



DEUTSCHER
LANDKREISTAG

Henneke (Hrsg.)

Wege zu einer
verfassungskonformen
SGB II-Organisation

BVerfG-Urteil,
Reaktionen und Schlussfolgerungen im
Schrifttum 2008



Schriften
des Deutschen
Landkreistages

Band 79
der Veröffentlichungen
des Vereins für Geschichte
der Deutschen Landkreise e.V.

Herausgeber:

Deutscher Landkreistag
Berlin

Redaktion:

DLT-Pressestelle

ISSN 0503-9185

Vorwort



Am 20.12.2007 hat das BVerfGE (E 119, 331 ff.) entschieden, dass Arbeitsgemeinschaften gem. § 44b SGB II dem Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung widersprechen. Zugleich hat es darauf hingewiesen (S. 372), dass 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 und die Frage aufgeworfen, weshalb der Vollzug der Leistungen durch Kreise und kreisfreie Städte anstelle der Arbeitsgemeinschaften nicht auch ohne die im SGB II vorgesehene zahlenmäßige Beschränkung möglich sein sollte.

Das BVerfG hat das Ziel der einheitlichen Aufgabenwahrnehmung, also der Leistungserbringung aus einer Hand, ausdrücklich anerkannt und dem Gesetzgeber mit einer Neuregelung, die das Ziel einer Bündelung des Vollzugs der Grundsicherung für Arbeitsuchende verfolgt (S. 385), einen der Größe der Umstrukturierungsaufgabe angemessenen Zeitraum – nämlich bis zum 31.12.2010 – belassen.

Die erste Halbzeit dieses Zeitraums ist verstrichen. In diesen Tagen zeichnet sich ab, dass für die seit etwa einem Jahr von vielen Akteuren angestrebte Verfassungsänderung eine qualifizierte Mehrheit in Bundestag und Bundesrat nicht zu erzielen, sondern eine Lösung im System des geltenden Verfassungsrechts zu finden ist.

Dennoch sind die zahlreichen Erörterungen und politischen Lösungsversuche bis heute nur scheinbar vergeblich gewesen. Vielmehr konnte wohl nur auf diese Weise die „besonders komplexe Regelungsmaterie“ in so intensiver Weise aus immer neuen Blickwinkeln durchdrungen werden. Das Für und Wider einer Mischverwaltung ist dabei gerade auch in den Details besonders deutlich zutage getreten. Auch sind die Beratungen der Föderalismuskommission II am 5.3.2009 abgeschlossen worden, ohne dass es im Grundgesetz zu einer – zu Beginn der Kommissionsberatungen intensiv erörterten – allgemeinen Ermöglichung vertikaler oder horizontaler Kooperationen gekommen ist.

Nunmehr gilt es, sich nicht in rückwärts gewandten Schuldzuweisungen zu ergehen, sondern allen Akteuren für die bisher entwickelten, zum Teil sehr detaillierten Lösungsbeiträge in einem kräftezehrenden Erörterungsprozess zu danken und den Blick wieder auf den vom BVerfG statuierten Auftrag an den Bundesgesetzgeber zu richten.

Um einen Beitrag zur Versachlichung der in der „zweiten Halbzeit“ nach der wahlkampf- und bundestagswahlbedingten Pause wieder aufzunehmenden Debatte zu leisten, werden in dieser Darstellung alle 2008 im rechtswissenschaftlichen Schrifttum erschienenen Beiträge zur Entscheidung des BVerfG und zu aus der Entscheidung zu ziehenden Schlussfolgerungen auf der Grundlage geltenden Verfassungsrechts dokumentiert. Von einer Wiedergabe verfassungspolitischer Änderungsvorschläge, die in der Zwischenzeit in der Bundes- und Landespolitik entwickelt worden sind, wurde demgegenüber abgesehen.

Möge am Ende der Debatte für einen zentralen Bereich der Gesetzesausführung im Bundesstaat, von dem Millionen Menschen betroffen sind und in dem sie die Leistungsfähigkeit der bundesdeutschen Verwaltung erleben, eine Lösung stehen, die zu einer „Bündelung des Vollzugs der Grundsicherung für Arbeitsuchende“ führt und eine hinreichend klare Zuordnung von Verwaltungszuständigkeiten herbeiführt, damit für den einzelnen Bürger „die Verwaltung in ihren Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten ‚greifbar‘“ wird.

Dank gebührt allen Autoren und Verlagen für die Genehmigung zum Nachdruck der Originalbeiträge, deren Fundstellen jeweils nachgewiesen sind.

Berlin, im März 2009



Prof. Dr. Hans-Günter Henneke
Geschäftsführendes Präsidialmitglied
des Deutschen Landkreistages

Inhalt

Wege zu einer verfassungskonformen SGB II-Organisation - BVerfG-Urteil, Reaktionen und Schlussfolgerungen im Schrifttum 2008 -

Hans-Günter Henneke

BVerfG: Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II sind mit Art. 28 Abs. 2 i.V.m. Art. 83 GG unvereinbar, Der Landkreis 2008, 5 – 16

Hans-Günter Henneke

Ist die dauerhafte Ausweitung des Optionsmodells nach § 6a SGB II verfassungsrechtlich untersagt?, Der Landkreis 2008, 113 – 119

Hans-Günter Henneke

Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Verlängerung/Entfristung/Ausweitung des sog. Kommunalen Optionsmodells, Der Landkreis 2008, 291 – 293

Hans-Günter Henneke

Hat das BVerfG die Trägerschaft im SGB II durch die Bundesagentur einerseits und die Kommunen andererseits bestätigt?, Der Landkreis 2008, 167 – 171

Hans-Günter Henneke

ARGE-Regelungsprobleme: Wege zu einer verfassungskonformen SGB II-Organisation, Der Landkreis 2008, 163 – 166

Joachim Wieland

Art. 84 GG – Klare Verantwortungszuordnung oder neue Vernetzungsstrategien?, Der Landkreis 2008, 184 – 186

Hans-Günter Henneke

Stärkung der Ebenenverantwortung oder Eröffnung von Umgehungsstrategien? – Auszug, Der Landkreis 2008, 196 – 201 und 205 – 206

Stefan Koriath

Leistungsträgerschaft und Kostentragung bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II), DVBl. 2008, 812 – 821

Friedrich Schoch

Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie durch das BVerfG?, DVBl. 2008, 937 – 946

Dan Bastian Trapp

Die Kontinuität der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur sog. Mischverwaltung, DÖV 2008, 277 – 282

Peter Michael Huber

Das Verbot der Mischverwaltung – de constitutione lata et ferenda, DÖV 2008, 844 – 851

Friedrich E. Schnapp

Mischverwaltung im Bundesstaat nach der Föderalismusreform, JURA 2008, 241 – 244

Volker Wahrendorf/Carsten Karmanski

Koordination statt Kooperation – zu neuen Organisationsstrukturen im SGB II nach dem Urteil des BVerfG v. 20.12.2007, NZS 2008, 281 – 285

Hubert Meyer

Das SGB II als Ernstfall des Föderalismus, NVwZ 2008, 275 – 278

Klaus Ritgen

Selbstverwaltungsgarantie und Mischverwaltungsverbot als Schranken der Organisationsgewalt des Bundes, NdsVBl. 2008, 185 – 193

Martin Burgi

Vom „Verbot der Mischverwaltung“ zur Dogmatik der vertikalen Kooperation im Bundesstaat, in: Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat, Festschrift für Friedrich E. Schnapp, 2008, 15 – 28

Daniela Winkler

Die Umsetzung von „Hartz IV“ als Herausforderung an das Organisationsrecht, VerwArch 2008, 509 – 537

Markus Mempel

Quo vadis, Hartz IV?, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2008, 114 – 125

Matthias Cornils

Verbotene Mischverwaltung, ZG 2008, 184 – 206

Winfried Kluth

Der grundgesetzliche Schutz der Landkreise vor Aufgabenübertragung und Aufgabenzug, ZG 2008, 292 – 303

Christian Waldhoff

„Hartz IV“ vor dem BVerfG – die Selbstverwaltung der Kreise zwischen eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung und verfassungswidriger Mischverwaltung, ZSE 2008, 57 – 74

Horst Dreier

Verfassungsänderung, leicht gemacht, ZSE 2008, 399 – 407

BVerfG: Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II sind mit Art. 28 Abs. 2 i.V.m. Art. 83 GG unvereinbar

Arbeitsgemeinschaften gem. § 44b SGB II widersprechen dem Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung, der den zuständigen Verwaltungsträger verpflichtet, seine Aufgaben grundsätzlich durch eigene Verwaltungseinrichtungen, also mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrzunehmen.

BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, – 2 BvR 2433 u. 2434/04 –

Auf die kommunale Verfassungsbeschwerde von elf (Land-)Kreisen (dazu ausf.: *Henneke*, *Der Landkreis 2005*, 3 sowie *2007*, 327; *ders.*, *DÖV 2005*, 177 sowie *DÖV 2006*, 726) hat das BVerfG § 44b SGB II für mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 und 2 i.V.m. Art. 83 GG unvereinbar erklärt und dem Gesetzgeber aufgegeben, bis Ende 2010 eine organisatorische Neuregelung zu treffen.

Gründe

B.

[108] Die Verfassungsbeschwerden (Vb.) sind **zulässig**.

[109] Die Beschwerdeführer (Bf.) sind beschwerdebefugt.

[111] § 44b Abs. 3 Satz 2 SGB II enthält für den Regelfall eine Verpflichtung der kommunalen Träger, ihre Aufgaben (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II) der Arbeitsgemeinschaft zu übertragen. Die Formulierung „sollen“ bedeutet in der Gesetzessprache eine den Adressaten treffende Verbindlichkeit, die Ausnahmen nur für atypische Fälle zulässt. Ermessen soll durch eine solche Regelung nicht eröffnet werden.

[112] Ein Wille, dem Wort „sollen“ hier einen anderen als den üblichen Sinn beizumessen, ist auch den Gesetzgebungsmaterialien nicht zu entnehmen. Allein die Anweisung an die Kommunen, ihre Aufgaben im Regelfall auf die Arbeitsgemeinschaften zu übertragen, ist dem Gesetz zu entnehmen. Die Tatsache, dass die gesetzlichen Regelungen keine Sanktion oder anderweitige Maßnahmen regeln, um diese Rechtsfolge durchzusetzen, ändert an diesem Befund nichts.

C. I.

[114] Soweit sich die Vb. gegen die **Aufgabenzuweisung (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II)** richten, bleiben sie erfolglos und sind zurückzuweisen. Die Bestimmung der Kreise und kreisfreien Städte zu Trägern der

Von Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Berlin

Grundsicherung verletzt nicht das Recht auf kommunale Selbstverwaltung. Eine Verletzung von Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG durch Aufgabenzuweisung ist nicht erkennbar (1.). Soweit die Bf. sich auf eine Verletzung von Art. 84 Abs. 1 GG berufen, haben ihre Vb. ebenfalls keinen Erfolg (2.).

[115] 1. Der die Bf. schützende Garantiegehalt des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG wird durch die Aufgabenzuweisung des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II nicht verletzt.

[116] a) Das **Recht der Selbstverwaltung** ist den **Gemeindeverbänden** nach Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG **für die Ausgestaltung ihres Aufgabenbereichs** nur **eingeschränkt** gewährleistet. Anders als bei den Gemeinden (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG) beschreibt die Verfassung die Aufgaben der Kreise nicht selbst, sondern überantwortet dies dem Gesetzgeber (vgl. BVerfGE 79, 127 <150>; 83, 363 <383>). Dessen Gestaltungsspielraum bei der Regelung des Aufgabenbereichs der Kreise findet erst dort Grenzen, wo verfassungsrechtliche Gewährleistungen des Selbstverwaltungsrechts der Kreise entwertet würden. Der Gesetzgeber darf diese Gewährleistung nicht unterlaufen, indem er keine Aufgaben zuweist, die in der von der Verfassung selbst gewährten Eigenverantwortlichkeit wahrgenommen werden könnten. Der Gesetzgeber muss deshalb einen Mindestbestand an Aufgaben zuweisen, die die Kreise unter vollkommener Ausschöpfung der auch ihnen gewährten Eigenverantwortlichkeit erledigen können.

[117] **Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG** spricht zwar nicht dagegen, den Kreisen auch staatliche Aufgaben in den übertragenen Wirkungskreis zuzuweisen; aber er **garantiert** daneben eine **Zuweisung in den eigenen Wirkungskreis**, also einen Bestand an überörtlichen, kreiskommunalen Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises (vgl. BVerfGE 83, 363 <383 f.>). **Dieser Aufgabenbestand muss** für sich genommen und im Vergleich zu zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein **Gewicht haben**, das der institutionellen Garantie der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften gerecht wird. ... Hält der Gesetzgeber diese Begrenzung ein, so bleibt ihm ein weites Spielraum, der die Gewährleistung des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG nicht berührt¹⁾.

[118] b) Nicht nur ein Entzug von Aufgaben (vgl. BVerfGE 79, 127), sondern auch eine **Aufgabenzuweisung kann in das Recht auf Selbstverwaltung eingreifen**, wenn dadurch die Möglichkeit eingeschränkt wird, Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen, die zum verfassungsrechtlich geschützten Aufgabenbestand gehören (vgl. NWVerfGH, NVwZ-RR 1993, 486 <487>; NVwZ 1996, 1100; NVwZ 1997, 793 f.; RhPVerfGH, NVwZ 2001, 912 <914>; SachsAnfVerfG, NVwZ-RR 1999, 393 <396>.)²⁾

[119] Bei Gemeinden wird die gemeindliche Selbstverwaltung bereits dadurch berührt, dass eine Aufgabenzuweisung ihnen erschwert, neue Selbstverwaltungsaufgaben zu übernehmen; denn zur Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung gehört das Zugriffsrecht auf alle Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft, die nicht anderen Verwaltungsträgern rechtmäßig zugewiesen sind. Demgegenüber **können sich Kreise nur unter besonderen Umständen gegen eine Aufgabenzuweisung durch den Gesetzgeber wehren**. Einen Abwehranspruch gegen Veränderungen des gesetzlichen Aufgabenbestands gewährt Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG den Gemeindeverbänden in der Regel nicht.

[120] Anders als bei den Gemeinden spricht bei den Gemeindeverbänden die Vermutung zunächst gegen einen Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht; da diese auf einen gesetzlich beschriebenen Aufgabenbestand verwiesen sind, bedeutet eine **Änderung** in aller Regel **nicht einen Eingriff in den verfassungsrechtlich garantierten Aufgabenbestand, sondern eine neue Umschreibung seines Umfangs**. Ein Eingriff in das verfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltungsrecht der Gemeindeverbände kann erst angenommen werden, wenn die Übertragung einer neuen Aufgabe ihre Verwaltungskapazitäten so sehr in Anspruch nimmt, dass sie nicht mehr ausreichen, um einen Mindestbestand an zugewiesenen Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises wahrzunehmen, der für sich genommen und im Vergleich zu zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein Gewicht aufweist, das der institutionellen Garantie der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften gerecht wird.

[121] Außerhalb eines solchen Mindestbestands an echten Selbstverwaltungsaufgaben schützt Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG gegen Aufgabenentziehungen und -zuweisungen

nicht; den Gemeindeverbänden ist, anders als den Gemeinden, kein bestimmter Aufgabenbereich unmittelbar durch die Verfassung zugewiesen (vgl. BVerfGE 21, 117 <128 f.>; 23, 353 <365>; 79, 127 <150 ff.>; 83, 363 <383>).

[122] c) Eine **Verletzung** des Kernbereichs oder **Wesensgehalts der Selbstverwaltung** durch die Aufgabenzuweisung in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II haben die Bf. nicht dargetan. Die Bf. bezeichnen die finanziellen Folgen der Zuweisung der Aufgaben der Grundsicherung für Arbeitsuchende als gravierend. Der Schutz des strikten Konnexitätsprinzips nach dem Verfassungsrecht der Länder werde umgangen, so dass ein vollständiger finanzieller Ausgleich für die zu übernehmenden Aufgaben ausbleibe.

[123] Auf diese Weise können Kreise eine Verletzung des Wesensgehalts der Selbstverwaltung nicht mit Erfolg geltend machen. Die Bf. beklagen durch den Hinweis auf finanzielle Belastungen mittelbar mangelnden Spielraum zur Erfüllung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben. Da aber Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben nicht garantiert, kann ein Verfassungsverstoß nicht festgestellt werden. Über den Bestand ihrer Pflichtaufgaben im eigenen Wirkungskreis und über die Wahrnehmung dieser Aufgaben geben die Bf. keine Auskunft. Sie legen nicht dar, wie es um die **Aufgaben** bestellt ist, **die nach Landesrecht üblicherweise den Kreisen als Pflichtaufgaben im eigenen Wirkungskreis zugewiesen sind** wie die Trägerschaft für weiterführende Schulen, die Nahverkehrsträgerschaft, die Abfallentsorgung oder etwa die Krankenhausversorgung. **Es kommt in Betracht, diesen Aufgabenkreis wenigstens als einen Mindestbestand an „kreis kommunalen“** – also überörtlichen – **Aufgaben zu beurteilen, der das Bild der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften und als nicht nur staatliche Verwaltungsstellen ausreichend prägen kann.** Solange aber eine ernsthafte Beeinträchtigung der Erfüllung solcher Aufgaben nicht nachprüfbar dargelegt ist, kann eine Verletzung des Wesensgehalts der Selbstverwaltung der Kreise durch Eingriffe in den Aufgabenbestand nicht angenommen werden⁹⁾.

[124] 2. Soweit sich die Bf. auf eine **Verletzung von Art. 84 Abs. 1 GG** berufen, haben ihre Vb. ebenfalls keinen Erfolg.

[125] a) Gemeinden und Gemeindeverbände können sich im Rahmen der Kommunalverfassungsbeschwerde nur eingeschränkt darauf berufen, dass eine gesetzliche Regelung auch sonstiges Verfassungsrecht verletzt; denn die Kommunalverfassungsbeschwerde folgt, auch wenn sie ausschließlich gegen Rechtsnormen gerichtet werden kann, nicht den Regeln der abstrakten Normenkontrolle. Das BVerfG ist nicht befugt,

im Gefolge einer zulässigen Kommunalverfassungsbeschwerde die Begründetheitsprüfung beliebig auf andere Verfassungsbestimmungen auszuweiten (vgl. *Bethge*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, § 91 Rn. 63).

[126] Ist die Selbstverwaltungsgarantie durch eine angegriffene Regelung nicht berührt, kann eine Überprüfung am Maßstab der grundgesetzlichen Kompetenzordnung im Verfahren der Kommunalverfassungsbeschwerde nicht erreicht werden (vgl. BVerfG-K, NVwZ 1995, 370 <371>; NVwZ 1999, 520 <522>; BayVBl 2000, 721 <722>).

[127] Im Rahmen einer Kommunalverfassungsbeschwerde können andere Verfassungsnormen als Art. 28 Abs. 2 GG nur insoweit als Prüfungsmaßstab herangezogen werden, als sie ihrem Inhalt nach das **verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitzubestimmen geeignet** sind (vgl. BVerfGE 1, 161 <181>; 56, 298 <310>; 71, 25 <37>; 91, 228 <242>). Die Rüge einer Verletzung von Art. 84 Abs. 1 GG oder Vorschriften über die Gesetzgebung des Bundes kann nur in dem Rahmen erhoben werden, den der Garantiegehalt des Art. 28 Abs. 2 GG eröffnet; sie ist akzessorisch (vgl. *Bethge*, BVerfGG, § 91 Rn. 59 ff.; siehe auch *Robra*, Organisation der SGB II-Leistungsträger im Schnittbereich zwischen Staatsorganisations-, Finanzverfassungs- und kommunalem Selbstverwaltungsrecht, 2007, S. 160).

[128] Soweit eine andere Norm des Grundgesetzes einen Bezug zur Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG aufweist, wird sie nicht in vollem Umfang zum **Prüfungsmaßstab im Rahmen einer kommunalen Vb.**⁴⁾, sondern nur insoweit, als sie sich als Konkretisierung des Art. 28 Abs. 2 GG darstellt (vgl. BVerfGE 71, 25 <38>). Nur soweit die Verfassungsnorm in den Gewährleistungsumfang des Art. 28 Abs. 2 GG hineinwirkt, kann sie im Rahmen einer Kommunalverfassungsbeschwerde als Prüfungsmaßstab herangezogen werden.

[129] Diese Einschränkungen der Kommunalverfassungsbeschwerde auf den Gewährleistungsbereich des Art. 28 Abs. 2 GG ergeben sich aus dem in der Verfassung geregelten gegenüberlich beschränkten Antragsrecht der Gemeinden und Gemeindeverbände (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG) und lassen eine Reihe von Konstellationen zu, in denen **Verfassungsverstöße** nicht geltend gemacht werden können und daher **– seien sie noch so offensichtlich – nicht** zu einer verfassungsgerichtlichen **Beanstandung führen können**, wenn die fragliche Norm nicht in einer anderen Verfahrensart – etwa der abstrakten oder konkreten Normenkontrolle – Prüfungsgegenstand wird.

[130] b) Danach muss **offen bleiben, ob der Bund durch § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2**

SGB II gegen Art. 84 Abs. 1 GG a.F. verstoßen hat⁵⁾; denn die Bf. können sich, soweit der Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG nicht berührt ist, im Rahmen einer Kommunalverfassungsbeschwerde nicht auf diese Norm des Grundgesetzes berufen.

[131] aa) **Art. 84 Abs. 1 GG a.F.** diene nicht dazu, den Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung zu erhalten, sondern **sollte** vor einem **unzulässigen Eingriff des Bundes in die Verwaltungszuständigkeit der Länder schützen**⁶⁾ (vgl. auch BVerfGE 22, 180 <209 f.>). Art. 84 GG a.F. betraf die Ausgestaltung der Landeseigenverwaltung und ermöglichte einen wirksamen Vollzug von Bundesgesetzen. Soweit es um die Aufgabenzuweisung an die Gemeinden und Gemeindeverbände geht, konnte es nur darum gehen zu verhindern, dass die Länder in der Gestaltung der von landesorganisatorischen Besonderheiten abhängigen Verwaltungsorganisation eingeschränkt werden, ohne dass dies das Grundgesetz ausdrücklich bestimmt oder zulässt. Der Schutz eines Mindestbestands an Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeindeverbände wird damit nicht bezweckt.

[132] Soweit sich die Bf. darauf berufen, dass landesrechtliche Konnexitätsvorschriften umgangen würden, führt dies ebenfalls nicht dazu, dass sich Gemeindeverbände im Rahmen einer Kommunalverfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht gegen die Zuweisung von Aufgaben auf Art. 84 Abs. 1 GG a.F. berufen können.

[133] Die Bf. machen geltend, dass die Kompetenzfrage im vorliegenden Zusammenhang nicht nur von bundesstaatlicher Bedeutung sei. Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bund und Ländern sei aus der Sicht der betroffenen Kreise und kreisfreien Städte von herausragendem materiellen Interesse, weil im **Falle einer bundesgesetzlichen Aufgabenzuweisung alle landesverfassungsrechtlichen Schutzmechanismen unanwendbar** würden. Damit wird aber lediglich dargelegt, dass aus verfassungssystematischen Gründen und im Hinblick auf die innerhalb der Länder ausgelösten finanzverfassungsrechtlichen Folgen ein **Durchgriff des Bundes auf die kommunale Ebene verfassungswidrig** sei. Damit sich die Gemeindeverbände im Rahmen der Kommunalverfassungsbeschwerde ohne weiteres auf Art. 84 Abs. 1 GG a.F. berufen können, müsste diese Vorschrift jedoch dazu dienen, die Gemeindeverbände vor einer Aufgabenzuweisung in ihren Kernbereich zu schützen. Dies lässt sich Art. 84 Abs. 1 GG a.F. nicht entnehmen.

[134] Schließlich können sich die Bf. auch nicht auf die **bisherige Rechtsprechung des BVerfG** berufen. Danach erlaubte Art. 84 Abs. 1 GG a.F. dem Bundesgesetzgeber jedenfalls in Ausnahmefällen die Zu-

weisung von Aufgaben an Gemeinden oder Gemeindeverbände als Selbstverwaltungsaufgaben. Das BVerfG hat als einen solchen Ausnahmefall die Einschaltung von Gemeinden in den Vollzug von Bundesgesetzen auch im Bereich des eigenen Wirkungskreises für zulässig erachtet, wenn es sich um eine **punktuell Annexregelung** zu einer zur Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers gehörenden materiellen Regelung handelte und wenn diese Annexregelung **für den wirksamen Vollzug der materiellen Bestimmungen des Gesetzes notwendig** war (vgl. BVerfGE 22, 180 <209 f.>; 77, 288 <299>.). Grund für diese Einschränkung war nicht eine Konkretisierung des Kernbereichs der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeindeverbände; vielmehr stellte das BVerfG darauf ab, dass das Grundgesetz die Materie des Kommunalrechts nicht dem Bund zuweist, sondern sie ausschließlich den Ländern belässt (Art. 30, 70 ff. GG). Eine Erweiterung des Schutzbereichs der kommunalen Selbstverwaltung hat das Gericht in Art. 84 Abs. 1 GG a.F. nicht gesehen.

[135] bb) Schließlich enthält **Art. 84 Abs. 1 GG a.F. keine Konkretisierung des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG. Anders als Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG** in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (BGBl I S. 2034) ließ sich der früheren Fassung des Art. 84 Abs. 1 GG **kein absolutes Verbot der Aufgabenzuweisung auf die kommunale Ebene** entnehmen¹⁾.

[136] c) Soweit die Bf. darauf verweisen, dass die nach ihrer Auffassung verfassungswidrige Aufgabenzuweisung nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II in der **Zukunft eine Erweiterung durch Bundesgesetz** ermögliche und die Bf. dem schutzlos ausgeliefert seien, werfen sie **Fragen** namentlich des **Übergangsrechts des Art. 125a GG** auf, die in diesem Verfahren zu klären kein Anlass besteht²⁾.

II.

[137] Die Vb. sind auch unbegründet, soweit die Bf. sich gegen § 46 Abs. 1 und Abs. 5 bis 10 SGB II wenden. Die Vorschrift ordnet eine **Geldzahlung des Bundes an die Länder** an. ...

[140] Einen Zahlungsanspruch gegen den Bund erwerben aus § 46 SGB II allein die Länder. Die Ausgaben der Kreise und kreisfreien Städte bestimmen die Höhe des Betrags, den jedes Land vom Bund beanspruchen kann. § 46 SGB II bietet aber keinen Anhaltspunkt für einen Anspruch der Kreise und kreisfreien Städte, weder gegen den Bund noch gegen das Land.

[141] § 46 Abs. 5 SGB II formuliert die Absicht, die Kommunen in bestimmter Höhe durch die Zahlung des Bundes zu entlasten. Aber ein **Rechtsverhältnis zwischen den Kommunen und dem Bund entsteht nicht**. Die Regelung gebietet auch dem

Land nicht, den Betrag an die Kreise und kreisfreien Städte weiterzugeben, noch beschränkt sie eine nach etwaigem Landesrecht zu leistende Zahlung auf den vom Bund erhaltenen Betrag³⁾.

III.

[144] Soweit die Bf. die **Verfassungswidrigkeit der in § 44b SGB II geregelten Arbeitsgemeinschaften rügen**, ist die Vb. begründet. **§ 44b SGB II** verstößt gegen Art. 28 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 83 GG¹⁾.

[145] 1. Die in § 44b SGB II geregelte **Pflicht der Kreise zur Aufgabenübertragung auf die Arbeitsgemeinschaften und die gemeinsame Aufgabenwahrnehmung** in den Arbeitsgemeinschaften betrifft die **Garantie der eigenverantwortlichen Aufgabenerledigung**, die den **Gemeindeverbänden in gleichem Umfang gewährt ist wie den Gemeinden** (Art. 28 Abs. 2 Sätze 1 und 2 GG).

[146] a) Das **Recht zur eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte** bedeutet allgemein die Freiheit von staatlicher Reglementierung in Bezug auf die Art und Weise der Aufgabenerledigung und die Organisation der Gemeindeverwaltung einschließlich der Entscheidungen über die Aufstellung des Haushalts und die Auswahl und Verwendung des Personals (vgl. BVerfGE 83, 363 <382>; 91, 228 <245>; 107, 1 <14>.). Zur Befugnis eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte gehört insbesondere die Festlegung der Abläufe und Entscheidungszuständigkeiten für die Wahrnehmung der Aufgaben (vgl. BVerfGE 91, 228 <236>.). Die Gemeinden und Gemeindeverbände können grundsätzlich nach eigenem Ermessen Behörden, Einrichtungen und Dienststellen errichten, ändern und aufheben, diese ausstatten, beaufsichtigen und die Steuerungsmechanismen festlegen. Eine Ausprägung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ist die Befugnis, darüber zu befinden, ob eine bestimmte Aufgabe eigenständig oder gemeinsam mit anderen Verwaltungsträgern wahrgenommen wird und ob zu diesem Zweck gemeinsame Institutionen gegründet werden (vgl. zur sog. Kooperationshoheit: *Mempel*, Hartz IV-Organisation auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, 2007, S. 129). Außerdem haben Gemeinden und Gemeindeverbände grundsätzlich das Recht auf freie Auswahl, Anstellung, Beförderung und Entlassung ihrer Mitarbeiter (vgl. BVerfGE 9, 268 <289 f.>; 17, 172 <182>; 91, 228 <245>.). Zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie gehören in diesem Zusammenhang die Dienstherrenfähigkeit und die eigene Personalauswahl.

[147] b) Die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung wird den Gemeinden und Gemeindeverbänden jedoch nur nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet (vgl. BVerfGE 91, 228 <236 f., 240>.). Sie unterliegt

normativer Prägung durch den Gesetzgeber, der sie inhaltlich ausformen und beschränken darf (vgl. BVerfGE 91, 228 <240>.). Die Übertragung der verwaltungsmäßigen Besorgung gemeindlicher Aufgaben auf einen anderen Träger begründet demnach für sich genommen noch keine Verletzung des Kernbereichs eigenverantwortlicher Aufgabenerledigung. Denn Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG berechtigt den Gesetzgeber, den Gemeinden Vorgaben zu ihrer Organisation zu machen, und verschafft ihm daher mittelbar auch Einfluss auf die Aufgabenerledigung. Dies ist mit der Regelungskompetenz des Gesetzgebers zur Organisation der Gemeinden unausweichlich verbunden und auch gewollt. Durch die Möglichkeit organisatorischer Rahmensezung soll der Gesetzgeber auf eine effektive Aufgabenerledigung durch die Gemeinden hinwirken können (BVerfGE 107, 1 <19>.).

[148] c) Der **Gesetzgeber** muss bei der Bestimmung der Reichweite der Selbstverwaltungsgarantie aber nicht nur einen Kernbereich unangetastet lassen, um den Wesensgehalt der Selbstverwaltung vor Aushöhlung zu schützen. Vielmehr **hat er den verfassungsgewollten prinzipiellen Vorrang einer dezentralen, also gemeindlichen, vor einer zentral und damit staatlich determinierten Aufgabenwahrnehmung zu berücksichtigen**¹⁾. Inhaltliche Vorgaben bedürfen damit eines gemeinwohlorientierten rechtfertigenden Grundes, insbesondere etwa durch das Ziel, eine ordnungsgemäße Aufgabenwahrnehmung sicherzustellen. Sie sind zu beschränken auf dasjenige, was der Gesetzgeber zur Wahrung des jeweiligen Gemeinwohlbelangs für erforderlich halten kann, wobei er angesichts der unterschiedlichen Ausdehnung, Einwohnerzahl und Struktur der Gemeinden typisieren darf und auch im Übrigen einen grundsätzlich weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum hat (vgl. BVerfGE 83, 363 <382 f.> m.w.N.).

[149] Die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung der Gemeinden und Gemeindeverbände wird aber beeinträchtigt, wenn der Gesetzgeber ohne hinreichend rechtfertigenden Grund die gleichzeitige Aufgabenwahrnehmung durch verschiedene Verwaltungsbehörden verbindlich anordnet.

[150] d) Ordnet der Gesetzgeber – wie bei den Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II – an, dass die Aufgaben gemeinsam von Bund und Gemeinden oder Gemeindeverbänden wahrgenommen werden, ist für die verfassungsrechtliche Prüfung auch entscheidend, **ob** die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern gemäß **Art. 83 ff. GG eingehalten** sind. Überschreitet der Gesetzgeber die ihm dort gesetzten Grenzen des zulässigen Zusammenwirkens von Bundes- und Landesbehörden, führt dies **gleichzeitig** zu einer **Verletzung der kommunalen Selbstver-**

waltungsgarantie in ihrer Ausprägung als Garantie eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG.

[151] Die Kompetenzaufteilung nach Art. 83 GG ist eine wichtige Ausformung des bundesstaatlichen Prinzips des Grundgesetzes und dient dazu, die **Länder vor einem Eindringen des Bundes** in den ihnen vorbehaltenen Bereich der Verwaltung zu **schützen** (vgl. BVerfGE 108, 169 <181 f.>). Die **Verwaltungszuständigkeiten** von Bund und Ländern sind **grundsätzlich getrennt** und können selbst mit Zustimmung der Beteiligten nur in den vom Grundgesetz vorgesehenen Fällen zusammengeführt werden. Zugewiesene Zuständigkeiten sind mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrzunehmen. Ausnahmen hiervon sind nur in seltenen Fällen und unter engen Voraussetzungen zulässig. Diese Grundsätze gelten auch für das Verhältnis von Bund und Kommunen. Die Gemeinden und Gemeindeverbände sind staatsorganisationsrechtlich und finanzverfassungsrechtlich den Ländern zugeordnet (vgl. BVerfGE 39, 96 <109>). Sie können sich zwar auf die Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. 2 GG stützen, bleiben jedoch hinsichtlich der grundgesetzlichen Verteilung der Verwaltungskompetenzen stets Bestandteil der Länder (vgl. auch *Mempel*, S. 36).

[152] aa) Die Verwaltung des Bundes und die Verwaltung der Länder, zu denen auch die Kommunen gehören, sind organisatorisch und funktionell im Sinne von in sich geschlossenen Einheiten prinzipiell voneinander getrennt (vgl. BVerfGE 108, 169 <182>). Die **Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern** sind in den Art. 83 ff. GG erschöpfend geregelt und grundsätzlich **nicht abdingbares Recht** (vgl. BVerfGE 32, 145 <156>; 41, 291 <311>; 63, 1 <39>). Bund und Länder dürfen von der in diesen Bestimmungen vorgeschriebenen „Verwaltungsordnung“ nicht abweichen. Es gilt der allgemeine Verfassungssatz (vgl. BVerfGE 4, 115 <139>), dass weder der Bund noch die Länder über ihre im Grundgesetz festgelegten Kompetenzen verfügen können; Kompetenzverschiebungen zwischen Bund und Ländern sind selbst mit Zustimmung der Beteiligten nicht zulässig (vgl. BVerfGE 32, 145 <156>).

[153] Der Spielraum bei der organisatorischen Ausgestaltung der Verwaltung findet in den Kompetenz- und Organisationsnormen der Art. 83 ff. GG seine Grenzen (BVerfGE 63, 1 <39>). Aus dem Normgefüge der Art. 83 ff. GG folgt, dass Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse gleich welcher Art im Aufgabenbereich der Länder, wenn die Verfassung dem Bund entsprechende Sachkompetenzen nicht übertragen hat, durch das Grundgesetz ausgeschlossen sind (vgl. BVerfGE 32, 145 <156>; 108, 169 <182>).

Das **Grundgesetz schließt, von begrenzten Ausnahmen abgesehen**, auch eine sog. **Mischverwaltung** aus (vgl. BVerfGE 63, 1 <38 ff.>; 108, 169 <182> m.w.N.).

[154] Die Regelungen der Art. 83 ff. GG gehen damit grundsätzlich von der Unterscheidung zwischen Bundes- und Landesverwaltung aus. Sie lassen freilich auch erkennen, dass die Verwaltungsbereiche von Bund und Ländern in der Verfassung nicht starr voneinander geschieden sind. Ein **Zusammenwirken von Bund und Ländern bei der Verwaltung ist in vielfältiger Form vorgesehen** (vgl. nur die bei der Auftragsverwaltung und im Rahmen der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder als eigene Angelegenheit möglichen Einwirkungen des Bundes <Art. 84, 85 GG>). **Innerhalb des durch die Art. 83 ff. GG gezogenen Rahmens** ist eine zwischen Bund und Ländern **aufgeteilte Verwaltung** deshalb **zulässig** (vgl. BVerfGE 63, 1 <38 ff.>; BVerfG-K, NVwZ 2007, 942 <944>). 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**¹⁾.

[155] bb) Die grundsätzliche Trennung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern gewährleistet durch eine klare und auf Vollständigkeit angelegte Zuordnung von Kompetenzen die Verantwortlichkeit der handelnden Staatsorgane.

[156] Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber auch bei der Bestimmung von Verwaltungszuständigkeiten die rechtsstaatlichen **Grundsätze der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit** (vgl. BVerfGE 21, 73 <79>; 78, 214 <226>; 98, 106 <119>; 108, 169 <181 f.>) zu **beachten**, um die Länder vor einem Eindringen des Bundes in den ihnen vorbehaltenen Bereich der Verwaltung zu schützen und eine Aushöhlung des Grundsatzes des Art. 30 GG zu verhindern (vgl. BVerfGE 108, 169 <181 f.>).

[157] 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“** (vgl. *Schmidt-Abmann*, Der Rechtsstaat, in: HStR, 3. Aufl., § 26 Rn. 79; vgl. auch *Fobra*, S. 188).

[158] Eine hinreichend klare Zuordnung von Verwaltungszuständigkeiten ist vor allem im Hinblick auf das Demokratieprinzip erforderlich, das eine ununterbrochene Legitimationsskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswältern fordert und auf diese Weise demokratische Verantwortlichkeit ermöglicht (vgl.

BVerfGE 47, 253 <275>; 52, 95 <130>; 77, 1 <40>; 83, 60 <72 f.>; 93, 37 <66 f.>). **Demokratische Legitimation** kann in einem föderal verfassten Staat grundsätzlich **nur durch das Bundes- oder Landesvolk für seinen jeweiligen Bereich vermittelt werden**. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist zwar nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns entscheidend, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau (vgl. BVerfGE 83, 60 <72>; 93, 37 <66 f.>). Daran fehlt es aber, wenn die Aufgaben durch Organe oder Amtswalter unter Bedingungen wahrgenommen werden, die eine klare Verantwortungszuordnung nicht ermöglichen. Der **Bürger muss wissen können, wen er wofür** – auch durch Vergabe oder Entzug seiner Wählerstimme – **verantwortlich machen kann**.

[159] cc) Der Verwaltungsträger, dem durch eine Kompetenznorm des Grundgesetzes Verwaltungsaufgaben zugewiesen worden sind, hat diese Aufgaben grundsätzlich durch eigene Verwaltungseinrichtungen, also mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrzunehmen. Der Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung **schließt** zwar die Inanspruchnahme der „**Hilfe**“ – auch soweit sie sich nicht auf eine bloße Amtshilfe im Einzelfall beschränkt – nicht zuständiger Verwaltungsträger durch den zuständigen Verwaltungsträger **nicht schlechthin aus**, setzt ihr aber Grenzen: Von dem Gebot, die Aufgaben eigenverantwortlich wahrzunehmen, darf nur wegen eines besonderen sachlichen Grundes abgewichen werden. Dem Grundgedanken einer Kompetenznorm (wie auch der finanziellen Lastenaufteilung zwischen Bund und Ländern) widerspricht es, wenn in weitem Umfang Einrichtungen der Landesverwaltung für Zwecke der Bundesverwaltung herangezogen würden (vgl. BVerfGE 63, 1 <41>).

[160] Daher kann die Heranziehung an sich unzuständiger Verwaltungseinrichtungen nur hinsichtlich einer eng umgrenzten Verwaltungsmaterie in Betracht kommen (vgl. BVerfGE 63, 1 <41>) und ist an besondere Voraussetzungen gebunden.

[161] 2. Danach **verliert § 44b SGB II die Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden**; das in dieser Vorschrift geregelte Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden überschreitet die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen.

[162] a) § 44b SGB II **ordnet an**, dass die Agenturen für Arbeit und die kommunalen Träger zur einheitlichen Wahrnehmung ihrer Aufgaben **Arbeitsgemeinschaften bilden**. Die Arbeitsgemeinschaften nehmen kraft Gesetzes die Aufgaben der Agentur für Arbeit als Leistungsträger wahr; die kommunalen Träger sollen ihre Aufgaben den Ar-

beitsgemeinschaften übertragen. Ziel der Regelung ist es danach, die Aufgaben grundsätzlich gemeinsam in den und durch die Arbeitsgemeinschaften zu vollziehen.

[163] Zwar überlässt der Gesetzgeber den Trägern der Leistung die Entscheidung darüber, in welcher Form die **Arbeitsgemeinschaften** errichtet und wie sie im Einzelnen organisatorisch ausgestaltet werden. Das ändert jedoch nichts daran, dass es sich um eine gemeinschaftliche Einrichtung einerseits der dem Bund zuzuordnenden Agenturen für Arbeit und andererseits der kommunalen Träger handelt. Auch wenn die Arbeitsgemeinschaften nicht als Träger für die Leistungen nach § 6 Abs. 1 SGB II bestimmt worden sind, wird ihnen in § 44b SGB II eine eigene Aufgabenzuständigkeit eingeräumt. Bei den Arbeitsgemeinschaften handelt es sich nicht lediglich um eine räumliche Zusammenfassung verschiedener Behörden; denn die beiden Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende übertragen die Aufgabenwahrnehmung auf die Arbeitsgemeinschaften (vgl. § 44b Abs. 3 SGB II). Die Arbeitsgemeinschaften sollen sich nicht auf eine bloße Zusammenfassung selbstständiger Einheiten beschränken, sondern die gesamten operativen Aufgaben einer hoheitlichen Leistungsverwaltung wahrnehmen (vgl. *Mempel*, S. 122). § 44b SGB II sieht eine **selbstständige**, sowohl von der Sozial- als auch von der Arbeitsverwaltung getrennte **Organisationseinheit** vor, die sich nicht auf koordinierende und informierende Tätigkeiten beschränkt, sondern die **gesamten Aufgaben einer hoheitlichen Leistungsverwaltung** im Bereich der Grundsicherung für Arbeitsuchende umfasst (vgl. *Berlit*, in: LPK-SGB II, § 44b Rn. 3).

[164] Die Arbeitsgemeinschaft ist nach § 44b Abs. 3 Satz 3 SGB II berechtigt, zur Erfüllung ihrer Aufgaben **Verwaltungsakte** und **Widerspruchsbescheide** zu erlassen. Die Leistungen der Grundsicherung sollen trotz geteilter Leistungsträgerschaft „aus einer Hand“ gewährt werden (vgl. *Ruge/Vorholz*, DVBl 2005, 403 <404>; *Brosius-Gersdorf*, VSSR 2005, 335 <356 f.>).

[165] Die Arbeitsgemeinschaften sind damit **gemeinschaftliche Verwaltungseinrichtungen der Bundesagentur und der kommunalen Träger** zum Vollzug der Grundsicherung für Arbeitsuchende. An dieser Einordnung ändert sich auch nichts dadurch, dass die Finanzierungs- und Gewährleistungsverantwortung bei der Bundesagentur und den kommunalen Trägern verbleiben soll. Auch bei einer fortbestehenden Unabhängigkeit und Eigenständigkeit der Träger der Grundsicherung findet in den Arbeitsgemeinschaften aber ein **gemeinschaftlicher Vollzug von Aufgaben des Bundes und der kommunalen Träger** statt. Ob die mit der Aufgabenerbringung betrauten Verwaltungsstellen zugleich Träger der Aufgabe sind, ist für die Zuordnung

der Verwaltungskompetenzen nach Art. 83 ff. GG irrelevant (vgl. *Brosius-Gersdorf*, VSSR 2005, 335 <349>).

[166] b) Die Arbeitsgemeinschaften sind als Gemeinschaftseinrichtung von Bundesagentur und kommunalen Trägern nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes nicht vorgesehen (aa). Besondere Gründe, die ausnahmsweise die gemeinschaftliche Aufgabenwahrnehmung in den Arbeitsgemeinschaften rechtfertigen könnten, existieren nicht (bb).

[167] aa) 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.

[168] Nach Art. 83 ff. GG führen die Länder, zu denen die Kommunen gehören, die Bundesgesetze aus, soweit das Grundgesetz 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 bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts durch Bundesgesetz zu errichten. Es kann **offenbleiben³⁾**, **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 gemäß Art. 87 Abs. 2 oder Abs. 3 GG (vgl. *Brosius-Gersdorf*, VSSR 2005, 335 <356 f.>), sondern um gemeinsame Einrichtungen von bundesunmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechts und Verwaltungseinrichtungen der Kommunen (Länder).

[170] bb) (1) Bei den Regelungen über die **Grundsicherung für Arbeitsuchende** handelt es sich **nicht** um eine **eng umgrenzte Verwaltungsmaterie**, die ausnahmsweise ein Abweichen vom Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung rechtfertigen könnte. Bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende handelt es sich um einen der **größten Sozialverwaltungsgebiete**, 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 Transferleistungen als auch die Beratung und Betreuung von

bedürftigen Erwerbsfähigen zum Gegenstand haben, betreffen nach seriösen Schätzungen etwa 6 bis 7 Millionen Menschen (vgl. *Lühmann*, DöV 2004, 677; Pressemitteilung des Deutschen Landkreistags vom 27. September 2007). Die Zuständigkeiten der Leistungsträger nach § 6 Abs. 1 Satz 1 SGB II machen jeweils einen erheblichen Teil der Sachaufgaben von Bundesagentur und kommunalen Trägern aus (vgl. *Mempel*, S. 127). Die **sozialen und finanziellen Dimensionen** der Grundsicherung für Arbeitsuchende sprechen klar gegen das Vorliegen einer eng umgrenzten Verwaltungsmaterie.

[171] (2) **Unabhängig davon**, dass ein Abweichen von der Kompetenzordnung des Grundgesetzes schon wegen Bedeutung und Umfang der Grundsicherung für Arbeitsuchende ausscheidet, **fehlt es auch an einem hinreichenden sachlichen Grund**, der eine gemeinschaftliche Aufgabenwahrnehmung in den Arbeitsgemeinschaften rechtfertigen könnte.

[172] Das Anliegen, die Grundsicherung für Arbeitsuchende „aus einer Hand“ zu gewähren, ist zwar ein sinnvolles Regelungsziel ...

[173] Schon die unterschiedlichen Vorschläge im Gesetzgebungsverfahren zeigen, dass es nicht erforderlich ist, zunächst zwei Träger für die Grundsicherung für Arbeitsuchende zu bestimmen, um diese sodann zur gemeinschaftlichen Aufgabenwahrnehmung in den Arbeitsgemeinschaften zu verpflichten. So sah der ursprüngliche Entwurf eines Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt der Bundesregierung vor, dass allein die Bundesagentur für Arbeit für das Erbringen der Leistungen zuständig sein sollte. Demgegenüber waren nach dem Entwurf eines Existenzgrundlagengesetzes der damaligen Opposition die Kreise und kreisfreien Städte und nach landesrechtlicher Bestimmung die kreisangehörigen Gemeinden als alleinige Leistungsträger vorgesehen. Die Regelung des **§ 6a SGB II** zeigt, dass der Bundesgesetzgeber selbst eine in der Natur der Aufgabe begründete **Notwendigkeit für die gemäß § 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 Arbeitsuchende außerhalb der Regellösung des § 44b SGB II vollziehen können. Weshalb dies **nicht auch ohne** die in § 6a Abs. 3 Satz 1 SGB II vorgesehene **zahlenmäßige Beschränkung möglich** sein sollte, ist nicht ersichtlich⁴⁾.

[174] Als sachlicher Grund für die Arbeitsgemeinschaften kann auch nicht angeführt werden, dass sich die politisch Handelnden nicht auf eine alleinige Aufgabenwahrneh-

mung entweder durch die Bundesagentur oder durch die kommunale Ebene einigen konnten. **Mangelnde politische Einigungsfähigkeit kann keinen Kompromiss rechtfertigen, der mit der Verfassung nicht vereinbar ist.**

[175] Schließlich rechtfertigt auch das historisch gewachsene Nebeneinander von kommunal verwalteter Sozialhilfe und von gesamtstaatlich verwalteter Arbeitslosenhilfe nicht die auf Dauer angelegte gemeinschaftliche Aufgabenwahrnehmung in den Arbeitsgemeinschaften. Zwar hatte sich seit Jahrzehnten und lange vor Bestehen der Bundesrepublik die getrennte Gewährung dieser Sozialleistungen entwickelt, und der Gesetzgeber verfolgt mit der **Zusammenlegung der Arbeitslosenhilfe** und der **Sozialhilfe** für Erwerbsfähige, als deren Folge die hier angegriffene Regelung erlassen wurde, ein **Ziel**, das in der Wissenschaft ebenso wie im politischen Willensbildungsprozess von der weit überwiegenen Meinung als **notwendig** erachtet worden ist. In dieser Situation muss er sich **aber** für eine **Lösung** entscheiden, **die mit der Kompetenzordnung des Grundgesetzes vereinbar ist**¹⁵⁾.

[176] c) Die Einrichtung der Arbeitsgemeinschaft in § 44b SGB II widerspricht dem Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung. ...

[177] aa) Eine **eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung** ist in den Arbeitsgemeinschaften **weder für die Agenturen für Arbeit noch für die kommunalen Träger gewährleistet**. Die von § 44b Abs. 1 Satz 1 SGB II geforderte einheitliche Aufgabenwahrnehmung führt dazu, dass die Aufgaben nur dann nach den Vorstellungen des jeweiligen Verwaltungsträgers vollzogen werden können, wenn diese sich mit denjenigen des anderen Trägers decken.

[178] (1) In den Arbeitsgemeinschaften sind **unabhängige und eigenständige Entscheidungen** über die Aufgabenwahrnehmung durch den jeweiligen Verwaltungsträger in weitem Umfang **weder vorgesehen noch möglich**. § 44b Abs. 1 Satz 1 SGB II bestimmt, dass die Aufgaben in den Arbeitsgemeinschaften einheitlich wahrgenommen werden. Diese einheitliche Aufgabenwahrnehmung zwingt die beiden Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende, sich in wesentlichen Fragen der Organisation und der Leistungserbringung zu einigen. Innerhalb der Arbeitsgemeinschaften sind die **Aufgaben der Arbeitsagenturen und der kommunalen Träger untrennbar verbunden** und werden **integriert und ganzheitlich wahrgenommen**; gerade dies ist der **Sinn der Regelung**. Organisatorische, personelle und rechtliche Maßnahmen, die einer der beiden Leistungsträger ergreift, haben Einfluss auf den Aufgabenvollzug des jeweils anderen Leistungsträgers.

[179] Die Mitarbeiter der Arbeitsgemeinschaften entscheiden einheitlich über die von beiden Trägern zu gewährenden Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Hierbei handelt es sich nicht lediglich um zusammengesetzte – und dementsprechend in Teile, die jeweils einem der beteiligten Leistungsträger zuzuordnen sind, zerlegbare – Verwaltungsakte oder Widerspruchsbescheide; vielmehr wird **über zentrale Fragen wie die Erwerbsfähigkeit und Hilfebedürftigkeit einheitlich entschieden** (vgl. auch §§ 44a, 45 SGB II). Weisungen oder Anordnungen eines der beiden Leistungsträger haben damit unmittelbaren Einfluss auf die Leistung des jeweils anderen.

[180] Die Bündelung von Wahrnehmungskompetenzen mit dem Ziel, für den Bürger Leistungen aus einer Hand anbieten zu können, fordert darüber hinaus eine **Zusammenführung von Daten** sowie deren gemeinsame Verwaltung und Verarbeitung. Der Vortrag der Bf. zu den zwingenden Vorgaben der Bundesagentur hinsichtlich der dazu einzusetzenden Software (insbesondere A2LL, VerBIS, FINAS) wurde in der mündlichen Verhandlung bestätigt (*Graaf*, Der Landkreis 2007, 344 <347>). Den kommunalen Trägern der Grundsicherung bleibt hinsichtlich der Organisation der elektronischen Datenverarbeitung keine Wahlmöglichkeit. Dadurch werden verfahrens- und inhaltliche Entscheidungsmöglichkeiten mit Wirkung für beide Leistungsträger auf die mit der vorgegebenen Software verarbeitbaren Lösungen begrenzt. **Durch die softwarebedingten Vorgaben verlieren die an den Arbeitsgemeinschaften beteiligten Landkreise und Kreise Entscheidungsspielräume**, die ihnen im Rahmen eigenverantwortlicher Aufgabenerfüllung zustünden.

[181] (2) Die **Organisationsstruktur der Arbeitsgemeinschaften** widerspricht ebenfalls der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung. Schon aus dem Gesetz ergibt sich, dass die Personalauswahl insbesondere hinsichtlich der Behördenleitung erheblich eingeschränkt wird. Gemäß § 44b Abs. 2 SGB II werden die Geschäfte der Arbeitsgemeinschaft von einem Geschäftsführer geführt. Können sich die beiden Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende nicht einigen, kommt es gemäß § 44b Abs. 2 Satz 3 SGB II zu einer wechselseitigen, jeweils auf ein Jahr befristeten Geschäftsführung einer der beiden Verwaltungsträger.

[182] Neben dem in § 44b SGB II geregelten Geschäftsführer sehen die ARGE-Musterverträge bei den privatrechtlichen Rechtsformen die Gesellschafterversammlung und im Übrigen die Trägerversammlung vor, die sich paritätisch aus den Vertretern der Gesellschafter der Arbeitsgemeinschaft oder den Vertretern der Vertragspartner zusammensetzen. Wesentliche Entscheidungen über die Aufgabenwahrnehmung

werden in diesen Gremien getroffen. Dabei kommt es zu einer Verschränkung von Bundesagentur und kommunalen Trägern und zu einer **Vergemeinschaftung der Willensbildung**. Die Folge ist einerseits die **unumgängliche Mitentscheidung des jeweils anderen Verwaltungsträgers** bei der Aufgabenwahrnehmung. Andererseits ergeben sich aus dieser Organisationsform **systemimmanente Blockademöglichkeiten und Kompromisszwänge** (vgl. *Berlit*, LPK-SGB II, § 44b Rn. 11; *Mempel*, S. 123).

[183] Eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung setzt voraus, dass der jeweils zuständige Verwaltungsträger auf den Aufgabenvollzug hinreichend nach seinen eigenen Vorstellungen einwirken kann. Daran fehlt es in der Regel, wenn Entscheidungen über Organisation, Personal und Aufgabenerfüllung nur in Abstimmung mit einem anderen Träger getroffen werden können. Besteht, wie bei den Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II, keine Letztentscheidungsmöglichkeit im Rahmen der Aufgabenwahrnehmung, **kann keiner der beteiligten Verwaltungsträger seinen eigenen Aufgabenbereich eigenverantwortlich wahrnehmen**.

[184] (3) Um die damit verbundenen Probleme zu lösen, ist die Bundesagentur für Arbeit z.B. in der **Rahmenvereinbarung**¹⁶⁾ zur „Weiterentwicklung der Grundsätze der Zusammenarbeit der Träger der Grundsicherung in den Arbeitsgemeinschaften gemäß § 44b SGB II“ vom 1. August 2005 eine Selbstbeschränkung eingegangen, nach der unter bestimmten Voraussetzungen auf Weisungen zur operativen Umsetzung der Grundsicherung für Arbeitsuchende verzichtet wird. Werden von den Arbeitsgemeinschaften jährlich abgeschlossene Zielvereinbarungen sowie die Controlling-Berichterstattung, das Benchmarking und die Mindeststandards bei der Leistungserbringung als verbindlich anerkannt, wird sowohl auf Weisungen bei der Umsetzung des gesetzlichen Auftrags als auch auf eine Rechenschaft der Arbeitsgemeinschaften über das auftragsgemäße Handeln verzichtet. In dem vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales und der Bundesagentur für Arbeit erstellten so genannten **Rollenpapier**¹⁷⁾ „Die Arbeitsgemeinschaften und ihre Träger im SGB II“ vom 12. Januar 2007 wird festgelegt, dass einseitige Eingriffe der Leistungsträger als Auftraggeber der Arbeitsgemeinschaften für ihren jeweiligen Aufgabenbereich die Ausnahme sein sollen, „aber wegen der Verantwortung als Leistungsträger grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden“ könnten. In der mündlichen Verhandlung ist deutlich geworden, dass bei gegensätzlicher Auffassung der jeweiligen Träger die **Leistungen nur erbracht** werden können, **wenn einer der beiden** – in der Praxis zumeist der kommunale Träger – **auf sein Weisungsrecht** und damit auf

seine Einwirkungsmöglichkeiten **verzicht**et.

[185] Selbstbeschränkungen eines der beiden Verwaltungsträger erweitern zwar die Möglichkeiten des anderen Verwaltungsträgers, seine eigenen Vorstellungen durchzusetzen. Die **Selbstbeschränkung** eines der Aufgabenträger **ist** aber jedenfalls hier **gleichzeitig** mit der **Nichtwahrnehmung der eigenen Verantwortung** verbunden¹⁹⁾. Soweit etwa nach der Rahmenvereinbarung vom 1. August 2005 die Kommunen auf die Ausführung von Bundesaufgaben einwirken und diese operativ steuern (vgl. *Mempel*, S. 152), kann dies nur auf der Grundlage entsprechend zurückgenommener Steuerungsansprüche auf Seiten des Bundes funktionieren. Entsprechendes gilt in umgekehrter Richtung. In diesen Fällen kann jedenfalls bei einem der beiden Verwaltungsträger nicht mehr von einer eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung gesprochen werden.

[186] Daher ist es folgerichtig, dass etwa der Bundesrechnungshof in seinem Bericht vom 19. Mai 2006 zur Durchführung der Grundsicherung für Arbeitsuchende (Ziff. 6.1.1.2) die vertragliche Beschränkung der Bundesagentur auf die Gewährleistungsverantwortung und in dem Verzicht auf verbindliche Weisungen eine unzulässige Einengung ihrer gesetzlichen Rolle als Leistungsträger sieht. Um ihrer Verantwortung für die rechtmäßige und wirtschaftliche Aufgabenerledigung durch die Arbeitsgemeinschaften nachzukommen, dürfe die Bundesagentur in ihren unmittelbaren Einflussmöglichkeiten nicht beschränkt werden.

[187] Ebenso wenig wie die Bundesagentur auf ihre eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung verzichten darf, besteht diese Möglichkeit für die kommunalen Träger, denn auch in diesem Fall würden die zugewiesenen Kompetenzen nicht in verfassungsgemäßer Weise wahrgenommen. Das Grundproblem lässt sich daher nicht durch eine Verschiebung der Einwirkungsmöglichkeiten zur einen oder anderen Seite hin bewirken; vielmehr fehlt es an einer eindeutigen Aufgaben- und Verantwortlichkeitszuordnung, die der Kompetenzordnung des Grundgesetzes entspricht.

[188] (4) Die **Aufsichtsregelungen beleugen den Mangel eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung**.

[189] Nach § 44b Abs. 3 Satz 4 SGB II führt die Aufsicht über die Arbeitsgemeinschaft die zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle im Benehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales. Dies betrifft die Aufsicht über die Arbeitsgemeinschaft hinsichtlich ihrer organisatorischen Ausgestaltung. Für die von den jeweiligen Leistungsträgern zu verantwortenden Bereiche bestehen zwar eigenständige Aufsichtsregelungen. So unterliegt die Bundesagentur für Arbeit, soweit

sie Leistungen nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II erbringt, der Rechts- und Fachaufsicht durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (§ 47 Abs. 1 Satz 1 SGB II). Soweit die kreisfreien Städte und Kreise Leistungen nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II erbringen, unterliegen sie der allgemeinen landesrechtlichen Kommunalaufsicht. Die mehrfache Aufsicht über die Arbeitsgemeinschaften spiegelt jedoch die problematische Zwischenstellung der Arbeitsgemeinschaften als Mischverwaltung einer Bundesbehörde und einer staatsorganisationsrechtlich den Ländern zuzuordnenden kommunalen Behörde wider (vgl. *Berlit*, LPK-SGB II, § 44 Rn. 54).

[190] Die Ausgestaltung der Aufsicht über die Arbeitsgemeinschaften als solche widerspricht der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung. Die in § 44b Abs. 3 SGB II vorgesehene Rechtsaufsicht umfasst unter anderem eine Überprüfung der Einhaltung von Rechtsvorschriften etwa im Hinblick auf die Geschäfts- und Rechnungsführung der Arbeitsgemeinschaften, Fragen der Rechtsform oder des Datenschutzes. Es erscheint schon fraglich, ob das Fehlen einer Fachaufsicht in diesem Bereich nicht zu unzureichender Aufsicht und Kontrolle führt. Jedenfalls erhalten durch § 44b Abs. 3 Satz 4 SGB II die Länder Aufsichtsbefugnisse auch gegenüber den Mitarbeitern der Bundesagentur für Arbeit in den Arbeitsgemeinschaften. ... Die mit § 44b Abs. 3 Satz 4 SGB II vorgenommene Zuweisung der Aufsicht an die zuständige oberste Landesbehörde, die diese im Benehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales zu führen hat, führt zudem gleichsam zu einer „**Mischaufsicht**“ ohne wirksame Vorkehrungen für den Fall, dass **Einvernehmen nicht erzielt** werden kann.

[191] bb) Das Grundgesetz fordert nicht nur die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung des jeweils zuständigen Verwaltungsträgers; vielmehr hat der Gesetzgeber auch bei der Bestimmung von Verwaltungszuständigkeiten die rechtsstaatlichen Grundsätze der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit zu beachten. Selbst wenn man davon ausginge, dass die gemeinschaftliche Aufgabenwahrnehmung in den Arbeitsgemeinschaften von der Kompetenzordnung des Grundgesetzes gedeckt wäre, würde **§ 44b SGB II gegen den Grundsatz der Verantwortungsklarheit verstoßen**.

[192] (1) Zwar ließe sich noch bestimmen, welcher der beiden Träger der Grundsicherung für die jeweilige Leistung zuständig ist. Die **organisatorische und personelle Verflechtung bei der Aufgabenwahrnehmung behindert** aber eine **klare Zuordnung staatlichen Handelns** zu einem der beiden Leistungsträger. Die trägerübergreifende gemeinschaftliche Aufbau- und Ablauforganisation, die einheitliche Ge-

schäftsführung und die gemeinsame Steuerung der Arbeitsgemeinschaften über die Trägerversammlung erschweren eine klare Abgrenzung von Verantwortungsbereichen der Bundesagentur für Arbeit und der kommunalen Träger (vgl. *Mempel*, S. 124).

[193] (2) Ausdruck der mangelhaften Zuordnung von Verantwortlichkeiten, die mit der unklaren Zuordnung der Arbeitsgemeinschaften zur Bundes- oder zur kommunalen Ebene zusammenhängt, sind auch **Unsicherheiten hinsichtlich der Anwendbarkeit von Bundes- und Landesrecht**, wie sie etwa im Vollstreckungsrecht und beim Datenschutz aufgetreten sind.

[194] Unsicherheiten über die Zuordnung von Zuständigkeiten tauchen bei der Verwaltungsvollstreckung auf, wenn gewährte Leistungen zurückgefordert und entsprechende Bescheide zwangsweise durchgesetzt werden müssen. ...

[195] (3) Die Übertragung der Wahrnehmungskompetenz auf die Arbeitsgemeinschaften, an denen Bund und kommunale Träger beteiligt sind, führt auch zu Unsicherheiten bei der Anwendung des sozialrechtlichen Datenschutzes. ... Diese Unklarheiten wirken sich als Hindernisse für eine wirksame Kontrolle insbesondere dann aus, wenn die mit der Kontrolle beauftragten Behörden des Bundes und der Länder eine Tatsachen- oder Rechtsfrage unterschiedlich beurteilen.

[196] cc) Die Unklarheiten in Bezug auf Einwirkungsmöglichkeiten und Verantwortungszurechnung führen zu **Freiräumen in den Arbeitsgemeinschaften**, die die **Gefahr einer Vorseלבstständigkeit ohne hinreichende Kontrolle** durch einen verantwortlichen Träger mit sich bringen. Ohne klare Zuständigkeiten besteht kein effektives Weisungs- und Aufsichtsrecht der zuständigen Aufsichtsbehörden. Es kann dann einerseits zu Kompetenzkonflikten von Aufsichtsorganen kommen; andererseits besteht die Gefahr, dass zur Vermeidung solcher Konflikte auf notwendige Steuerungs- und Kontrollmaßnahmen überhaupt verzichtet wird.

[198] dd) Die gemeinschaftliche Aufgabenwahrnehmung in den Arbeitsgemeinschaften beeinträchtigt auch die **Personalhoheit der Gemeindeverbände**.

[199] Nach den rechtlichen Vorgaben aus den Gründungsvereinbarungen der Arbeitsgemeinschaften bleibt die Verantwortung für das zur Verfügung gestellte Personal zwar bei dem jeweiligen Mitglied der Arbeitsgemeinschaft (vgl. § 9 Abs. 1 Mustervereinbarung Öffentlich-rechtlicher Vertrag und GbR-Gründungsvertrag; § 4 Abs. 1 Mustervereinbarung GmbH). Jedoch ist zu berücksichtigen, dass wesentliche Elemente der tatsächlichen Personalführung in der Praxis nur in den Händen des Geschäftsführers der Arbeitsgemeinschaft liegen können, der als Vermittler für die Anstellungskörper-

schaft wirken muss. Damit ist die Personalführung in einem **unaufhebbaren Dilemma** zwischen **faktischer Entleerung der kommunalen Personalhoheit** und **sachwidrig verkürzter Einflussmöglichkeit des Geschäftsführers** gefangen.

[200] Durch die Ausgliederung des der Arbeitsgemeinschaft zur Verfügung gestellten Personals aus den sonstigen kommunalen Beschäftigungsstrukturen werden **den Gemeindeverbänden gezielte Personalentwicklungsmaßnahmen erschwert**. ...

[201] ee) Schließlich berühren Vorgaben des SGB II über das Zusammenwirken von kommunalen Trägern der Grundsicherung und der Bundesagentur auch die **kommunale Finanzhoheit** (vgl. dazu BVerfG-K, NVwZ 1999, 520).

[202] Gerade im Bereich der aktiven Leistungen nach dem SGB II, also der regulären Eingliederungsleistungen und der flankierenden Maßnahmen (§§ 14 ff. SGB II), hängen Art und Umfang der zu erbringenden Leistungen in erheblichem Maße von gemeinsamen Planungen der Grundsicherungsträger und im Einzelfall von einer einvernehmlichen Eingliederungsvereinbarung mit dem Hilfebedürftigen ab (vgl. § 15 Abs. 1 SGB II). Damit wird über Ausgabenumfang und -art zwischen den Trägern der Grundsicherung konsensual entschieden; insoweit ist eine finanzielle Eigenverantwortung nur noch eingeschränkt gegeben. Es besteht vielmehr eine starke wechselseitige Beeinflussung der Finanzierungsverantwortung im Vollzug der Leistungen.

[203] 3. § 44b SGB II verletzt danach **Art. 28 Abs. 2 Sätze 1 und 2 GG in Verbindung mit Art. 83 GG**. Verstößt eine Norm gegen das Grundgesetz, führt dies in der Regel zur Nichtigkeit der angegriffenen Norm. ...

[206] Die durch die Grundsicherung für Arbeitssuchende gewährten Leistungen decken weite Bereiche der Sozialleistungen des Staates ab. 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.

[207] Die weitere Anwendung der angegriffenen Norm ist bis zu einer gesetzlichen Neuregelung, **längstens bis zum 31. Dezember 2010** zuzulassen. Dieser Zeitraum ist dem Gesetzgeber zur **Schaffung einer Neuregelung im Rahmen der hier betroffenen besonders komplexen Regelungsmaterie** 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**¹⁹⁾.

[208] Mit der Zusammenlegung der Sozialleistungen der Sozial- und der Arbeitslosenhilfe hat sich der Gesetzgeber einer historisch einmaligen Aufgabe gestellt, die unterschiedliche Lösungen zulässt. Zum Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens, aus dem die hier angegriffenen Normen hervorgingen, sah sich der Gesetzgeber einem historisch gewachsenen Nebeneinander von kommunal verwalteter Sozialhilfe und gesamtstaatlich verwalteter Arbeitslosenhilfe gegenüber. ... Diese 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.

[209] Namentlich die im Februar 2002 durch die Bundesregierung beauftragte Kommission zum Abbau der Arbeitslosigkeit und zur Umstrukturierung der Bundesanstalt für Arbeit schlug in ihrem Bericht „Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ vom 16. August 2002 vor, Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe zusammenzuführen. Jeder, der Sozialleistungen beziehe, solle von einer einzigen Stelle betreut werden und eine einzige Leistung erhalten. Durch die Zusammenführung werde nach den Ausführungen der Kommission eine entscheidende Schwachstelle der bisherigen Systeme beseitigt, nämlich die aus den jeweiligen Eigeninteressen der Leistungsträger resultierenden „Verschiebebahnhöfe“ bestimmter Zielgruppen (Kommission zum Abbau der Arbeitslosigkeit und zur Umstrukturierung der Bundesanstalt für Arbeit, Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, 2002, S. 67 ff. und S. 125 ff.).

[210] Dem Gesetzgeber muss für eine Neuregelung, die das **Ziel einer Bündelung des Vollzugs** der Grundsicherung für Arbeitssuchende 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**²⁰⁾ des § 6a SGB II und die **Ergebnisse der gemäß § 6c SGB II vorgesehenen Wirkungsforschung** zu den Aus-

wirkungen der Neuregelung des SGB II zu **berücksichtigen**.

Anmerkungen

Nachstehend sollen 20 Einzelanmerkungen zu den Entscheidungsgründen abgegeben werden, wobei sich neun auf den ersten Themenkomplex der Entscheidung „Bundesunmittelbare Aufgabenübertragung auf die Kommunen ohne abgesicherte Finanzierung“ und elf auf den zweiten Themenkomplex „Arbeitsgemeinschaften als unzulässige Mischverwaltung“ beziehen (in den Urteilsgründen gekennzeichnet durch 1) bis 20).

Während das Vorbringen der Kreise zum zweiten Themenkomplex vollen Umfangs durchgeschlagen hat, stellt sich die Situation hinsichtlich des ersten Themenkomplexes sehr viel differenzierter dar und bedarf noch der sorgfältigen Analyse.

Aus der vom BVerfG insoweit angenommenen Unbegründetheit der kommunalen Verfassungsbeschwerde auf eine „Niederlage“ der Beschwerdeführer oder gar einen „Sieg“ und damit einen „Blankoscheck“ des Bundes zu schließen, wäre mehr als vorschnell und würde „das Kind mit dem Bade ausschütten“ (dazu A.3).

Die elf beschwerdeführenden (Land-)Kreise verfolgen mit ihren Verfassungsbeschwerden gegen Bestimmungen des SGB II das Ziel festzustellen, dass der Bund auch vor der zum 1.9.2006 in Kraft getretenen Föderalismusreform in concreto nicht befugt war, Kreise und kreisfreie Städte zu Aufgabenträgern und Finanzierungsverantwortlichen nach dem SGB II zu bestimmen und sie hinsichtlich der Aufgabenwahrnehmung zu einer Mischverwaltung in einer Arbeitsgemeinschaft zu zwingen.

A. Bundesunmittelbare Aufgabenübertragung auf die Kreise und kreisfreien Städte ohne abgesicherte Finanzierung

1. Ausgestaltung des Aufgabenbereichs der Kreise

Da – anders als im noch anhängigen Verfahren gegen die Aufgabenübertragung hinsichtlich der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung – nur Kreise, nicht aber kreisfreie Städte Bf. waren, setzt sich das BVerfG eingangs mit dem Aufgabenzuflussrecht der Kreise auseinander. Bekanntlich unterscheidet sich in diesem – aber auch nur in diesem – Punkt die grundlegende Garantie kommunaler Selbstverwaltung der Gemeinden von der der Kreise (dazu unter Aufbereitung der Rechtsprechung: *Henneke*, Der Landkreis 2007, 560 [560 f.]). Während den Gemeinden in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG das Recht eingeräumt wird, sich aller nicht anderweitig gesetzlich geregelten Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ohne besonderen Kompetenztitels anzunehmen, ist nach Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG den Kreisen „für die Ausgestaltung

ihres Aufgabenbereichs das Recht der Selbstverwaltung nur eingeschränkt gewährleistet.“

Diese Erkenntnis ist ebenso wenig neu wie die Tatsache, auf die das BVerfG in ständiger Rechtsprechung hingewiesen hat:

„Das GG hat mit Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG auf die gegebene Tatsache reagiert, dass die Landkreise kraft Landesrechts vielfach Zuständigkeiten innehaben, die sich einer Allzuständigkeit annähern; es hat nicht darüber hinaus angeordnet, dass sie Allzuständigkeit auch haben sollen.“ (BVerfGE 79, 127 [151]).

„Für die Kreise fehlt es an einer solchen Verbürgung, jedoch wird auch ihnen herkömmlich kraft Landesrechts – bezogen auf ihren Bereich – Allzuständigkeit gewährt.“ (BVerfGE 83, 37 [55]).

Vorliegend stellt das BVerfG nur auf Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG, nicht aber auf die realen Ausprägungen im Landes-(verfassungs-) Recht und die Folgen für die demokratische Legitimation ab, und hebt insoweit zutreffend hervor, dass den Kreisen kreiskommunale Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises zuzuweisen sind, die im Vergleich zu zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein Gewicht haben müssen, das der institutionellen Garantie der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaft gerecht wird. Unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG folgt allerdings keine Wahrnehmungsbefugnis hinsichtlich freiwilliger Aufgaben – das ist für sich genommen unstrittig, da sich diese Befugnis aus den landesrechtlichen Generalklauseln ergibt.

2. Aufgabenzuweisung als Eingriff

Von zentraler Bedeutung für die kommunale Selbstverwaltung insgesamt ist es, dass das BVerfG ohne Weiteres anerkannt hat, dass auch eine Aufgabenzuweisung in das Recht auf Selbstverwaltung eingreifen kann, wenn dadurch die Möglichkeit eingeschränkt wird, Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen, die zum verfassungsrechtlich geschützten Aufgabenbestand gehören. Dass es im Vorfeld „erheblicher dogmatischer Anstrengungen“ bedürfte, um zu diesem inzwischen in der Rechtsprechung allgemein anerkannten Ergebnis zu gelangen, hat *Friedrich Schoch* (in: Henneke/Meyer [Hrsg.], Kommunale Selbstverwaltung zwischen Bewahrung, Bewährung und Entwicklung, 2006, S. 11 [40]) vor kurzem noch einmal treffend herausgearbeitet. Damit hat das BVerfG in Anknüpfung an die Rechtsprechung mehrerer Landesverfassungsgerichte die Weichen für einen Schutz der Kommunen vor Aufgabenüberlastungen ohne angemessenen finanziellen Ausgleich richtig gestellt.

3. Eingriff in Aufgabenbestand ./i. Neue Umschreibung des Aufgabenumfangs

Nach dem Einschlagen der richtigen Richtung wählt das BVerfG in concreto sodann aber einen Abzweig, der – soweit ersichtlich – bisher noch nicht erörtert wurde und der der weiteren intensiven Diskussion bedarf:

Wegen des unterschiedlichen Aufgabengriffsrechts in Art. 28 Abs. 2 S. 1 und Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG sollen sich Kreise nur unter besonderen Umständen gegen eine Aufgabenzuweisung durch den Gesetzgeber wehren können, da eine Änderung bei ihnen i.d.R. keinen Eingriff in den verfassungsrechtlich garantierten Aufgabenbestand, sondern nur eine neue Umschreibung seines Umfangs bedeuten soll. Es wird also *nicht* die bei Gemeinden und Kreisen in der Wirkung gleiche gesetzliche Aufgabenzuweisung als solche in den Blick genommen, sondern ihre Auswirkung auf den Bestand freiwilliger Aufgaben, und sodann danach differenziert, dass freiwillige Aufgaben den Gemeinden nach dem Grundgesetz, den Kreisen aber „nur“ nach dem – aus der verfassungsrechtlichen Betrachtung ausgeblendet – Landes-(verfassungs-)recht zustehen.

Da bundesgesetzliche Aufgabenübertragungen in aller Regel an Kreise und kreisfreie Städte gleichermaßen erfolgt sind, führt eine solche Argumentation zwingend dazu, dass ein und dieselbe Aufgabenübertragung sich gegenüber kreisfreien Städten als Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie, gegenüber Kreisen aber lediglich als Neuumschreibung des Aufgabenumfangs erweist. Wenn das BVerfG also in concreto zu dem Ergebnis gelangt, dass der die Bf. schützende Garantiegehalt des Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG durch die Aufgabenzuweisung des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II nicht verletzt wird, bedeutet dies zugleich, dass dadurch dennoch ein Eingriff in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG vorliegt, der nur von den davon betroffenen kreisfreien Städten nicht gerügt werden ist.

4. Prüfungsmaßstab bei kommunalen Verfassungsbeschwerden

Dass das Verfahren der kommunalen Verfassungsbeschwerde kein Recht auf umfassende Normenkontrolle einräumt, sondern verlangt, dass Prüfungsmaßstab nur Normen sind, die sich als Konkretisierung des Art. 28 Abs. 2 GG erweisen, ist unstrittig. Diese Prämisse hat das BVerfG in der Vergangenheit (BVerfGE 56, 298 [310]) allerdings nicht daran gehindert anzunehmen, Art. 70 GG sei seinem Inhalt nach das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitzubestimmen geeignet, da nach Art. 70 ff. GG Gemeindeangelegenheiten grundsätzlich zur Gesetzgebungsbefugnis der Länder gehörten.

Schoch/Wieland (Kommunale Aufgabenträgerschaft nach dem Grundsicherungsgesetz, 2003, S. 50) ist in der Einschätzung beizupflichten, dass für Art. 84 Abs. 1 GG konsequenterweise und erst recht nichts anderes gelten kann, da es verfassungsrechtlich keinen Unterschied machen kann, ob der Bund die Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Kommunalwesen gem. Art. 70 GG oder gem. Art. 84 Abs. 1 GG

verletzt. Während der Bund in Bezug auf die Sachmaterien nach Art. 73 ff. GG immerhin über eine Vielzahl von Kompetenztiteln verfügt, die – bei Verfolgung eines fachspezifischen Regelungsansatzes mit Auswirkungen auf die Kommunen – die allgemeine und subsidiär wirkende Kompetenzzuweisung an die Länder gem. Art. 70 GG zu überlagern vermögen, hat der Bund bei der Organisation der Gesetzesausführung durch kommunale Aufgabenwahrnehmung gem. Art. 84 Abs. 1 GG von vornherein nur ausnahmsweise die Kompetenz zum Durchgriff auf die Kommunen. Das verfassungsrechtliche Bild der kommunalen Selbstverwaltung wird demnach durch Art. 84 Abs. 1 GG mindestens ebenso so sehr geprägt wie durch Art. 70 GG, so dass allein schon deshalb eine unter Verstoß gegen Art. 84 Abs. 1 GG vorgenommene bundesgesetzliche Aufgabenzuweisung an die Kommunen zu einer Verletzung des Art. 28 Abs. 2 GG führt, ohne dass es eines zusätzlichen materiellen Verstoßes gegen das kommunale Selbstverwaltungsrecht bedarf. Demgegenüber verengt das BVerfG mit der vorliegenden Entscheidung den Prüfungsmaßstab weiter, wenn es ausführt, dass Art. 84 Abs. 1 GG a. F. nicht dazu diene, den Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung zu erhalten.

5. Verstoß gegen Art. 84 Abs. 1 GG a. F. offen

Aufgrund dieser Beschränkung des Prüfungsmaßstabes lässt es das BVerfG ausdrücklich offen, ob der Bund durch die Bestimmung der Kreise und kreisfreien Städte zu kommunalen Trägern in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II gegen Art. 84 Abs. 1 GG verstoßen hat. In Verbindung mit der Feststellung, dass in der Aufgabenübertragung auf die Kommunen ein Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung liegt, kommt diesem Offenlassen aus verfassungsprozessualen Gründen für die künftige Bewertung der Zulässigkeit auf der Grundlage bisherigen Verfassungsrechts vorgenommener Aufgabenübertragungen auf die Kommunen eine besondere Bedeutung zu.

6. Schutzwert des Art. 84 Abs. 1 GG a. F.

Dass mit Art. 84 Abs. 1 GG a. F. der „Schutz eines Mindestbestandes an Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeindeverbände“ schlechterdings nicht bezweckbar ist, hätte keiner Erwähnung bedürft. Selbstverständlich sollte Art. 84 Abs. 1 GG a. F. vor einem unzulässigen Eingriff des Bundes in die Verwaltungszuständigkeit der Länder schützen. Dass das BVerfG die verfassungssystematische Argumentation nicht positiv aufgreift, dass im Falle einer bundesgesetzlichen Aufgabenzuweisung alle landesverfassungsrechtlichen Schutzmechanismen unanwendbar werden, ist im Ergebnis für die Kommunen unbefriedigend. Die Argumentation des BVerfG, mit der auf die

bisherige Rechtsprechung Bezug genommen wird, sie aber nicht für einschlägig erachtet wird, bedarf noch der vertiefenden Durchdringung.

7. *Nunmehr absolutes Aufgabenübertragungsverbot*

Durch die Neufassung des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG seit 1.9.2006 im Zuge der Föderalismusreform I ist die praktische Relevanz der vorgenannten Ausführungen des BVerfG aber deutlich relativiert worden. Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG wird vom BVerfG zutreffend als „absolutes Verbot der Aufgabenzuweisung auf die kommunale Ebene“ charakterisiert.

8. *Übergangsrecht des Art. 125a GG*

Schließlich hebt das BVerfG hervor, dass die Frage einer Erweiterung von vor dem 1.9.2006 auf die Kommunen übertragenen Aufgaben nicht nach Maßgabe des Art. 84 Abs. 1 a. F., sondern nach Maßgabe des Art. 125a GG zu klären sei. Hinsichtlich der Passage der Urteilsbegründung sei erklärend darauf hingewiesen, dass nicht die Bf. die Auffassung vertreten haben, dass sie in Zukunft der Erweiterung durch Bundesgesetz schutzlos ausgeliefert seien; die Bf. haben allerdings darauf hingewiesen, dass der Bund eine entsprechende Position eingenommen habe, die von den Kommunen nicht geteilt werde.

Sollte es hinsichtlich der Frage einer Erweiterung von Aufgaben, die vor dem 1.9.2006 bundesgesetzlich den Kommunen zugewiesen worden sind, künftig zu einem Konflikt kommen, ist diese Frage verfassungsrechtlich als offen zu bezeichnen und ggf. vor dem BVerfG auszutragen. Die kommunale Seite ist insoweit nach wie vor der Auffassung, dass Art. 125a GG nicht dazu ermächtigt, nach dem 1.9.2006 geändertes materielles Recht auf eine Aufgabenübertragungsnorm zu stützen, die vor der Föderalismusreform in Kraft getreten ist (dazu ausf.: *Henneke*, in: Schmidt/Bleibtreu/Hofmann/Hoplauf, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 84 Rdn. 26 ff.). D. h. bei materiellen Gesetzesänderungen des Bundes bedarf es im Falle in der Vergangenheit erfolgter Aufgabenzuweisungen des Bundes an die Kommunen künftig stets auch eines darauf bezogenen Aufgabenübertragungsaktes der Länder.

9. *Land regelt Verteilung der Bundesmittel*

Im Einklang mit dem Vorbringen der Bf. hebt das BVerfG entgegen der zunächst vom Bund vertretenen Auffassung hervor, dass die Länder in der Verteilung der Bundesbeteiligung an den Kosten für Unterkunft und Heizung auf die Kommunen frei sind. Es setzt sogar hinzu:

„Die Regelung gebietet auch dem Land nicht, den Betrag an die Kreise und kreisfreien Städte weiterzugeben, noch beschränkt sie eine nach etwaigem Landesrecht zu leistende Zahlung auf den vom Bund erhaltenen Betrag.“

Damit ist bundesverfassungsgerichtlich festgestellt, dass die Länder befugt sind,

eigene Verteilungsregelungen auch hinsichtlich des Bundesanteils zu entwickeln, bei denen dem Gesichtspunkt der Mehrbelastung gegenüber dem früheren Recht besser Rechnung getragen wird als mit einer bloßen Weiterleitung des prozentualen Bundesanteils auf die jeweiligen kommunalen Träger. Die Länder sind damit in der Lage, ihren verfassungsrechtlichen Finanzausstattungsverpflichtungen gegenüber ihren Kommunen – auch unter Einbezug erhaltener Bundesmittel – nachzukommen.

B. *Arbeitsgemeinschaften als unzulässige Mischverwaltungen*

10. *Bei Arbeitsgemeinschaften folgt BVerfG der Argumentation der Bf.*

Bei den Ausführungen zur Verfassungswidrigkeit der Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II folgt das BVerfG in vollem Umfang dem Vortrag der Bf. (dazu ausf.: *Henneke*, DÖV 2005, 177 [186 ff.]; *ders.*, DÖV 2006, 726 [727 ff.]; *ders.*, Der Landkreis 2007, 327 [335 ff.]; siehe auch *Graaf*, Der Landkreis 2007, 344 ff. sowie *Hesse*, Der Landkreis 2007, 340 ff.).

Insoweit bedarf es hinsichtlich der Bestätigungen der Auffassung der Bf. durch das BVerfG keines weiteren Eingehens an dieser Stelle.

11. *Verfassungsgewollter prinzipieller Vorrang kommunaler Aufgabenwahrnehmung*

Eingangs seiner Betrachtungen zum Gesetzesvollzug macht das BVerfG deutlich, dass der Gesetzgeber bei der Regelung organisationsrechtlicher Fragen den verfassungsgewollten prinzipiellen Vorrang einer dezentralen, also kommunalen, vor einer zentral und damit staatlich determinierten Aufgabenwahrnehmung zu berücksichtigen hat. Dies gilt nicht nur vergangenheitsbezogen, sondern ist auch bei der zukünftig zu treffenden Regelung zu berücksichtigen.

12. *Geltendes Verfassungsrecht ermöglicht Antworten auf neue staatliche Herausforderungen*

Auch wenn das Grundgesetz – von begrenzten Ausnahmen abgesehen – eine Mischverwaltung ausschließt, hebt das BVerfG zutreffend hervor, dass dem Bedürfnis der öffentlichen Gewalt, in ihrem Streben nach angemessenen Antworten auf neue staatliche Herausforderungen nicht durch eine strikte Trennung der Verwaltungsräume gebunden zu werden, auch nach geltendem Verfassungsrecht Rechnung getragen werden kann, da die bestehenden Regelungen der Art. 83 ff. GG auch erkennen lassen, dass die Verwaltungsbereiche von Bund und Ländern in der Verfassung nicht starr voneinander geschieden sind. Das BVerfG betont zutreffend, dass ein Zusammenwirken von Bund und Ländern bei der Verwaltung in vielfältiger Form bereits nach geltendem Verfassungsrecht möglich

ist. Innerhalb, aber auch nur innerhalb des durch die Art. 83 ff. GG gezogenen Rahmens ist eine zwischen Bund und Ländern aufgeteilte Verwaltung deshalb zulässig.

Überlegungen im Rahmen der Föderalismusreform II, entgegen der Zielsetzung der Föderalismusreform I, die eine klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen angestrebt hat, u. U. zu neuen verfassungslegitimierten Kooperationsformen zu gelangen, ist damit mit Skepsis zu begegnen.

13. *Bundesausführungskompetenz für Grundsicherung für Arbeitsuchende offengelassen*

Spiegelbildlich zu der Aussage, dass der Gesetzgeber den verfassungsgewollten prinzipiellen Vorrang einer dezentralen, also kommunalen vor einer zentral und damit staatlich determinierten Aufgabenwahrnehmung zu berücksichtigen hat, führt das BVerfG aus, dass es angesichts der getroffenen Regelung zu den Arbeitsgemeinschaften offen bleiben könne, ob der Bund nach Art. 87 Abs. 2 und Abs. 3 GG die Verwaltungszuständigkeit für die Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II an sich ziehen kann, was zutreffend ist, da Art. 87 Abs. 3 GG für eine Bundesverwaltung mit Behördenunterbau restriktiv auszulegen ist und Art. 87 Abs. 2 GG für die Ausführung steuerfinanzierter öffentlicher Fürsorgeleistungen offenkundig nicht einschlägig ist. Eine Bundeskompetenz könnte nur bei Erfüllung der engen Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 3 GG bejaht werden.

14. *BVerfG hält Kontingentierung der Option nicht für geboten*

Das BVerfG betont, dass die Experimentierklausel des § 6a SGB II ohne weitere Voraussetzungen vorsieht, dass anstelle der Arbeitsgemeinschaften Kreise und kreisfreie Städte die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende außerhalb der bisherigen Regellösung des § 44b SGB II vollziehen können und fügen dem plakativ, aber ohne weitere Begründung an, dass nicht ersichtlich sei, weshalb dies nicht auch ohne die in § 6a Abs. 3 S. 1 SGB II vorgesehene zahlenmäßige Beschränkung möglich sein sollte. Man darf in der Aufhebung der Kontingentierung der Option allerdings nicht vorschnell den Königsweg aus der Neuregelungsnötigkeit mit Blick auf eine einheitliche Aufgabenwahrnehmung bei einem Träger erblicken, da insoweit die verfassungsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Aufgabenfinanzierung aus Art. 106 Abs. 8 GG Berücksichtigung finden müssen (dazu ausf.: *Henneke*, Der Landkreis 2004, 63 – 65).

15. *BVerfG erachtet Zusammenlegung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe als notwendig*

In bemerkenswerter Klarheit bekennt sich das BVerfG gleich mehrfach zum materiel-

len Ziel der Notwendigkeit der Zusammenlegung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe. Zugleich sieht das BVerfG aber die Notwendigkeit des Gesetzgebers, sich für eine Lösung zu entscheiden, die mit der Kompetenzordnung des Grundgesetzes vereinbar ist. Den klaren Darlegungen des BVerfG ist also die Intention zu entnehmen, jeden Gedanken an einen vermeintlichen Widerspruch zwischen materiellen Sachzielen und verfassungsrechtlichen Vorgaben von vornherein im Keime zu ersticken. Das BVerfG bekennt sich zu einem kräftigen „sowohl als auch“, nämlich zu der Zusammenlegung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe zu einer Aufgabenerfüllung aus einer Hand sowie durch einen Träger. Für eine künftig wieder getrennte Aufgabenwahrnehmung lassen sich aus der Entscheidung des BVerfG also keinerlei Anhaltspunkte gewinnen.

16. Rahmenvereinbarung

Ende Juni 2005 sollte für „klare Verhältnisse in den Job-Centern“ gesorgt werden. Geboren wurden dazu der Abschluss einer Rahmenvereinbarung und das Begriffspaar „Gewährleistungs- und Umsetzungsverantwortung“. Zwar begrüßten alle kommunalen Spitzenverbände die grundsätzliche Zielsetzung der kommunalen Verantwortungsstärkung, von Seiten des Deutschen Landkreistages wurde aber von Anbeginn an darauf hingewiesen, dass der bundesbehördliche Aufsichtszweig untergesetzlich nicht abbedungen werden könne. Bei der Übernahme von Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit durch kommunale Träger sollte das bundesaufsichtsrechtliche Instrumentarium zunächst voll auf die kommunalen Träger erstreckt werden. Dies lehnte der Deutsche Landkreistag als verfassungsrechtlich mit Art. 84 und 85 GG nicht zu vereinbaren ab und kritisierte, dass vom Bund über das Institut der Übernahme kommunaler Verantwortung in der Arbeitsgemeinschaft Erwartungen geweckt worden seien, die ohne explizite Änderung des Gesetzes nicht eingelöst werden könnten und daher letztlich enttäuscht werden müssten. Die Herstellung der bisher fehlenden eindeutigen Zuständigkeit bei der Aufgabenwahrnehmung in den Arbeitsgemeinschaften und eine Übernahme der Aufgabenwahrnehmung in kommunale Verantwortung sei durch eine untergesetzliche Rahmenvereinbarung ohne gesetzliche Änderung nicht möglich.

Statt auf diese Bedenken einzugehen, schloss darauf am 1.8.2005 der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit mit der Bundesagentur für Arbeit „und kommunalen Spitzenverbänden“ (nämlich zwei) eine Rahmenvereinbarung zur Weiterentwicklung der Grundsätze der Zusammenarbeit der Träger der Grundsicherung in den Arbeitsgemeinschaften gem. § 44b SGB II, in der die vom Deutschen Landkreistag angesprochenen kritischen Punkte schlicht ausgeblendet blieben. Von den Unterzeichnern der Rah-

menvereinbarung wurde argumentiert, dass damit Pläne obsolet würden, weiteren Kommunen die Option einzuräumen, die Betreuung der Langzeitarbeitslosen komplett in eigener Regie zu übernehmen. Von einer Option in der ARGE war plakativ die Rede. Eine gut funktionierende Arbeitsgemeinschaft mit starken dezentralen Kompetenzen werde sich nur noch wenig von einer Optionskommune unterscheiden, sodass nur schwer vorstellbar sei, welche zusätzlichen Vorteile es da noch geben solle, wurde prognostiziert (dazu ausf.: Henneke, Der Landkreis 2007, 327 <337>).

17. Rollenpapier

Im Frühjahr 2007 legten das Bundesministerium für Arbeit und Soziales und die Bundesagentur für Arbeit bei eindeutiger und einhelliger Ablehnung der Positionen durch die Länder (dazu: Der Landkreis 2007, 33f.) ein Rollenpapier: „Die Arbeitsgemeinschaften und ihre Träger im SGB II“ vor, dass sie nicht als Bruch mit der Rahmenvereinbarung, sondern als deren organische Fortentwicklung ausgaben. Im Rollenpapier wurde nunmehr wieder klar zwischen kommunalen und Bundeszuständigkeiten unterschieden und das Begriffspaar: „Gewährleistungs- und Umsetzungsverantwortung“ durch die ähnlich klingenden Wörter „Gesamtwartung und Umsetzungsverantwortung“ ersetzt. Von Seiten des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales wurde dargelegt, dass stets nur eine Stärkung der dezentralen Verantwortung angestrebt worden sei.

Von vielen Betrachtern ist das Rollenpapier dagegen als der Versuch des Bundesarbeitsministeriums angesehen worden, mit Blick auf die anstehende mündliche Verhandlung vor dem BVerfG zu retten, was noch bzw. nicht mehr zu retten war.

Geholfen hat dieser Zickzackkurs nicht. Sowohl zur Rahmenvereinbarung wie zum Rollenpapier führt das BVerfG aus, dass bei gegensätzlicher Auffassung der jeweiligen Träger Leistungen nur erbracht werden können, wenn einer der beiden auf sein Weisungsrecht und damit auf seine Einwirkungsmöglichkeiten verzichtet. Dies sei mit geltendem Verfassungsrecht nicht zu vereinbaren.

18. Selbstbeschränkung ist Nichtwahrnehmung eigener Verantwortung

Daran anknüpfend stellt das BVerfG nüchtern fest, dass Selbstbeschränkungen eines der beiden Verwaltungsträger zwar die Möglichkeiten eines anderen Verwaltungsträgers, seine eigenen Vorstellungen durchzusetzen, erweitert. Die Selbstbeschränkung eines der Aufgabenträger sei aber gleichzeitig mit der Nichtwahrnehmung der eigenen Verantwortung verbunden. Dann könne nicht mehr von einer eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung gesprochen werden. Insofern nimmt das BVerfG auch auf Aussagen des Bundesrechnungs-

hofs Bezug. Das Grundproblem lasse sich nicht durch eine Verschiebung der Einwirkungsmöglichkeiten zur einen oder anderen Seite hin lösen. Vielmehr fehle es an einer eindeutigen Aufgaben- und Verantwortungsordnung, die der Kompetenzordnung des Grundgesetzes entspricht. Auch dürfe es nicht zu Freiräumen in den Arbeitsgemeinschaften kommen, die die Gefahr einer Verselbstständigung ohne hinreichende Kontrolle durch einen verantwortlichen Träger mit sich bringe.

D. h.: Anders als bei den demokratisch legitimierten Optionskommunen darf es bei Arbeitsgemeinschaften gerade nicht dazu kommen, dass eine gut funktionierende Arbeitsgemeinschaft mit starken dezentralen Kompetenzen sich nur noch wenig von einer Optionskommune unterscheidet, da der Arbeitsgemeinschaft jegliche demokratische Legitimation fehlt.

Diese Ausführungen des BVerfG zur Selbstbeschränkung als Nichtwahrnehmung eigener Verantwortung sind nicht nur bedeutsam mit Blick auf die Verfassungswidrigkeit der Arbeitsgemeinschaften, sondern auch und erst recht mit Blick auf die rechtspolitische Diskussion um künftige Kooperationsnotwendigkeiten – ggf. auf vertraglicher Grundlage –, die bereits im Gerichtssaal unmittelbar nach Ende des Verkündungstermins medienwirksam eingesetzt hat.

19. Neuregelungsfrist bis Ende 2010

Dass das BVerfG für die Zukunft nicht von einem Modell wieder getrennter Aufgabenwahrnehmung ausgeht, wird insbesondere auch durch die Einräumung der langen Frist zur Neuregelung bis Ende 2010 deutlich. Zwar mögen bei dieser Fristbestimmung auch Aspekte politischer Machbarkeit nicht ausgeblendet worden sein, ausdrücklich stützt sich das BVerfG hinsichtlich der Fristbemessung aber nur auf sachliche Gründe, die in der Realisierung der angestrebten Zusammenführung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe bei einem Träger liegen.

Der dreijährige Zeitraum sei dem Gesetzgeber zur Schaffung einer Neuregelung im Rahmen einer besonders komplexen Regelungsmaterie zuzubilligen. Die bisherige Zuordnung der getrennt wahrgenommenen jeweils bedeutenden Aufgabenkomplexe teils zum Bund, teils zu den Ländern zugehörigen Kommunen erfordere zur Erreichung des Ziels der Zusammenlegung Umstellungen von ungewöhnlichem Ausmaß. Die historisch bedingte Aufteilung des Sachverstands auf den Gebieten der Fürsorge und der Arbeitsvermittlung zu einer einheitlichen Aufnahmewahrnehmung zusammenzuführen, sei sinnvoll und notwendig; dem Gesetzgeber müsse aber für eine Neuregelung, die das Ziel einer Bündelung des Vollzugs der Grundsicherung für Arbeitssuchende verfolge, ein der Größe der Umstrukturierungsaufgabe angemessener Zeitraum belassen werden.

Diese Verknüpfung von eingeräumter Regelungsfrist und umzusetzendem Regelungsziel gilt es bei der zu führenden politischen Diskussion besonderes hervorzuheben.

Allerdings sei darauf hingewiesen, dass die 69 Landkreise und kreisfreien Städte, die den gesamten SGB-Vollzug bereits eigenverantwortlich bei sich bündeln, nach ihrer Zulassung zu Optionskommunen Ende September 2004 lediglich gut drei Monate Zeit bis zum Inkrafttreten des SGB II am 1.1.2005 hatten. Angesichts dieser exorbitant kurzen Frist haben sie den Start bemerkenswert reibungslos bewältigt.

20. Erfahrungen der einheitlichen Aufgabenwahrnehmung in den Optionskommunen

Abschließend gibt das BVerfG dem Gesetzgeber auf, bei seiner im Rahmen von drei Jahren zu erledigenden Umstrukturierungsaufgabe die Erfahrungen der einheitlichen Aufgabenwahrnehmung in den Optionskommunen und die Ergebnisse der bis Ende 2008 auszuwertenden Wirkungsforschung zu den Auswirkungen der Neuregelung des SGB II zu berücksichtigen. Auch dies kann nur geschehen, wenn sich der Gesetzgeber unter Beachtung der intendierten Ziele für die Neuregelung hinreichend

Zeit nimmt und nicht vorschnell aus vordergründigen politischen Aspekten von dem eigentlichen Regelungsziel der Aufgabenzusammenführung abrückt. Auch das belegt, dass die Entscheidung des BVerfG dem Bundesgesetzgeber für eine Umkonzipierung auf der Grundlage getrennter Aufgabenwahrnehmung keinerlei argumentative Stütze ist. □

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

Ist die dauerhafte Ausweitung des Optionsmodells nach § 6a SGB II verfassungsrechtlich untersagt?

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, wonach durch Bundesgesetz den Kommunen Aufgaben nicht übertragen werden dürfen, steht der Ausweitung des Optionsmodells nicht entgegen:

- Es fehlt an einer bundesgesetzlichen Aufgabenträgerbestimmung. Die konkrete Trägerbestimmung erfolgt nach kommunal-individuellem Antrag und Zustimmung der obersten Landesbehörde durch den Bund.
- Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG bezieht sich auf die Gesamtheit der Kommunen (die kommunale Ebene). Bei der Option ist die jeweils einzelne Kommune betroffen.
- Es handelt sich um keine Aufgabenübertragung, sondern um die gesetzliche Ermöglichung eines Zugriffs der einzelnen Kommune auf bestimmte Aufgaben.

2. Die Finanzierung der Option erfolgt über den Sonderbelastungsausgleich des Art. 106 Abs. 8 GG, der in Abweichung von Art. 104a Abs. 1 GG bei vom Bund veranlassten Sonderbelastungen durch Einrichtungen der betroffenen Kommunen unmittelbare Finanzbeziehungen zwischen Bund und Kommunen ermöglicht.

3. Der Ausgleichsanspruch nach Art. 106 Abs. 8 GG ist auf Dauergeltung gerichtet und besteht für die gesamte Dauer der Sonderbelastung. Er wird daher vom Bund auch bei den bisherigen Hauptanwendungsfällen Bundeswehrstandorte und Hauptstadtlasten unbefristet gewährt.

4. Eine Kontingentierung der Anzahl der Optionskommunen ist verfassungsrechtlich nicht erforderlich. In seinem Urteil vom 20.12.2007 hält das Bundesverfassungsgericht selbst fest, dass nicht ersichtlich sei, weshalb die Option nicht auch ohne die bislang vorgesehene zahlenmäßige Beschränkung möglich sein sollte. Verfassungsgeboten ist allein eine Entscheidungsbefugnisse des Bundes beinhaltende Bundes-Zulassung als solche, um dem Merkmal der Bundes-Veranlassung Rechnung zu tragen.

Von Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Berlin

5. Bereits im Ursprungsgesetzwerk der Bundesregierung für ein Kommunales Optionsgesetz im Jahr 2004 war vorgesehen, allen optionswilligen Kommunen die Optionsmöglichkeit auf Dauer einzuräumen. Durch die zum 1.9.2006 in Kraft getretene Föderalismusreform I haben sich verfassungsrechtlich keine hierfür relevanten Änderungen ergeben.

A. Aktualität und Relevanz der Fragestellung

Der Deutsche Landkreistag hat sich hinsichtlich der Organisation des SGB II eindeutig positioniert: Er tritt uneingeschränkt für eine kommunale Gesamtträgerschaft nach dem SGB II ein, wobei die Aufgabenübertragung über die Länder zu erfolgen hat und die Finanzierung ebenfalls über die Länder und dabei über die in allen Landesverfassungen normierten Mehrbelastungsausgleichsregelungen zu sichern ist¹⁾. Für die Refinanzierung der Länder beim Bund hat der Deutsche Landkreistag einen Diskussionsvorschlag vorgelegt, der belastungswie anreizorientierte Komponenten enthält und im Rahmen der geltenden Verfassungsordnung umsetzbar ist²⁾.

Von interessierter Seite wird versucht, den Kommunalisierungsvorschlag dadurch zu diskreditieren, dass nunmehr zwar eingeräumt wird, dass die Kommunen durch das Konnexitätsprinzip in den jeweiligen Landesverfassungen vor finanziellen Mehrbelastungen geschützt sind, fälschlicherweise aber behauptet wird, dass der Finanzierungsvorschlag des DLT mit unkalkulierbaren finanziellen Risiken für die Bundesländer verbunden wäre oder die Länder alle Kosten³⁾ und nicht nur die Mehrbelastungen gegenüber dem Status quo zu tragen hätten. Insoweit haben es Bund und Länder in der Hand, diese Risiken zu vermeiden⁴⁾. Jedenfalls ist es gerade aus Bundesicht unglaubwürdig, den Vorschlag mit dem Hinweis auf vermeintliche Finanzierungsrisiken der Länder abzulehnen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 20.12.2007⁵⁾ gleich mehrfach deutlich gemacht, dass das politisch verfolgte Ziel der einheitlichen Aufgabenwahrnehmung aus einer Hand unterstützenswert sei, aber im Rahmen der geltenden Verfassung normiert werden müsse. Dafür komme

eine kommunale Trägerschaft in Betracht. Zur Herstellung einer einheitlichen Aufgabenträgerschaft aus einer Hand seien umfangreiche Regelungsnöwendigkeiten gegeben, so dass das Bundesverfassungsgericht aus diesem Grunde eine dreijährige Regelungsfrist bis Ende 2010 eingeräumt hat, die es zugleich ermöglicht, die Ergebnisse der Evaluierung zu den unterschiedlichen Trägermodellen zu berücksichtigen⁶⁾.

Hinsichtlich der aus der Verfassungswidrigkeit des § 44b SGB II zu ziehenden Konsequenzen wird neben der kommunalen Gesamtträgerschaft auch über erweiterte Optionsmöglichkeiten diskutiert. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 20.12.2007 die Aufhebung der Kontingentierung der Option selbst angeordnet. Insoweit wird man derzeit immer wieder mit der These konfrontiert, dass Grundgesetz erlaube dies entgegen den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts nicht⁷⁾. So heißt es in einem Schreiben der Arbeits- und Sozialpolitischen Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion und Stellvertretenden SPD-Bundesvorsitzenden *Andrea Nahles* vom 14.2.2008 u. a.:

„Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG steht einer Ausweitung der Experimentierklausel im SGB II (§ 6a SGB II) auf weitere Kommunen entgegen.“

¹⁾ Dazu ausl.: *Henneke*, Der Landkreis 2008, 59 ff. Unzutreffend: *Schmachtenberg*, Wirtschaftsdienst 2008, 79 (83). Richtig ist dagegen, dass das strikte Konnexitätsprinzip auch in Thüringen gilt, dort aber nicht auf die Übertragung von Selbstverwaltungsaufgaben anwendbar ist.

²⁾ *Henneke/Wohltmann*, Der Landkreis 2008, 62 ff.

³⁾ Unzutreffend: *Schmachtenberg*, Wirtschaftsdienst 2008, 79 (83).

⁴⁾ Dies verkennt *Schmachtenberg*, Wirtschaftsdienst 2008, 79 (83), wenn er ausführt, dass es überregionaler Ausgleich über die Landesgrenzen hinweg nicht möglich sei.

⁵⁾ BVerfG, DVBl. 2008, 173 ff. = NwZ 2008, 183 ff. = Der Landkreis 2008, 5 ff.

⁶⁾ Dazu ausl.: *Henneke*, Der Landkreis 2008, 3 f.; ders., Wirtschaftsdienst 2008, 65 ff.

⁷⁾ So etwa *Schmachtenberg*, Wirtschaftsdienst 2008, 79 (82 f.). „Es gehört zu den Grundsätzen öffentlicher Verwaltung, dass Durchführungs- und Finanzierungsverantwortung zusammenfallen. Bei der kommunalen Option liegen die Verantwortungen auf drei Ebenen: Verantwortlich für die Durchführung ist die Kommune; die Rechtsaufsicht liegt beim Land, die Finanzierung trägt der Bund. Eine solche Finanzierungsregelung kann allerdings im Rahmen eines Experiments für einen begrenzten Zeitraum genutzt werden. Die Verfassung schließt eine solche Regelung für eine dauerhafte und bundesweite Anwendung aus.“ *Mosley*, Wirtschaftsdienst 2008, 90 (91): „Das Optionsmodell kommt in veralgemeiner Form voraussichtlich nicht in Frage, weil es auf einer direkten Zuweisung von Aufgaben durch den Bund an die Kommunen beruht, die nach der Föderalismusreform 2006 nicht mehr gestattet ist. Ob bei einer BA-Zuständigkeit die bestehenden 69 Optionskommunen oder auch andere, freiwillig optieren könnten, war nicht Gegenstand des BundesverfassungsgerichtsUrteils.“

Nahles fährt sodann fort:

„Auch für die Ausgestaltung der dauerhaften Finanzierung dieses Modells wäre eine Grundgesetzänderung erforderlich.“

Die letztgenannte Aussage ist, soweit ersichtlich, in der Diskussion völlig neu. Die Finanzierung des Optionsmodells stützt sich bekanntlich auf den in Art. 106 Abs. 8 GG normierten Sonderbelastungsausgleich. Diese Verfassungsnorm ist die einzige Bestimmung im Grundgesetz, die unmittelbare Finanzbeziehungen zwischen dem Bund und *einzelnen* Kommunen, hier den zugelassenen kommunalen Trägern, erlaubt, während unmittelbare Finanzbeziehungen zwischen dem Bund und der kommunalen Ebene, also der *Gesamtheit* der Kommunen, verfassungsrechtlich weder vor noch nach der Föderalismusreform bestanden bzw. bestehen – darin lag gerade das zentrale Problem bei Aufgabenübertragungen des Bundes auf die kommunale Ebene vor der Föderalismusreform I.

Das Bundesverfassungsgericht hat demgegenüber in der Entscheidung vom 20.12.2007⁹ knapp, aber in der Aussage eindeutig ausgeführt:

„§ 6a SGB II sieht ohne weitere Voraussetzung vor, dass anstelle der Arbeitsgemeinschaften Kreise und kreisfreie Städte – in beschränkter Anzahl – die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende außerhalb der Regellösung des § 44b SGB II 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.“

Die nachstehenden Ausführungen dienen dazu, den Beweis dafür zu erbringen,

- dass sich Art. 84 Abs. 1 GG vor und nach der Föderalismusreform nur mit der generell-abstrakten gesetzlichen Aufgabenzuweisung auf die Ebene der Länder und Kommunen, also auf die *Gesamtheit* der Länder bzw. die *Gesamtheit* der Kommunen oder bestimmter kommunaler Gruppen (z. B. die Gesamtheit der Kreise und kreisfreien Städte), nicht aber auf individuell-konkrete Beziehungen zwischen dem Bund und *einzelnen Ländern* bzw. zwischen dem Bund und *einzelnen* Kommunen befasst, und dass das zum 1.9.2006 mit der Föderalismusreform I in Kraft getretene Aufgabenübertragungsverbot auf „die Gemeinden und Gemeindeverbände“ für die Frage der Ausweitung der Option nach § 6a SGB II nicht einschlägig ist und
- dass Art. 106 Abs. 8 GG als Ausnahme von Art. 104a Abs. 1 GG – weitere Ausnahmen sind Art. 104a Abs. 2 bis 4 GG – für *Sonderbelastungen einzelner* Kommunen für die *gesamte Zeit* deren Bestehens und damit soweit erforderlich auch *dauerhaft* den erforderlichen Ausgleich *unmittelbar zwischen dem Bund und den mit einer unzumutbaren Sonderbelastung versehenen Kommunen* gewährleistet, so dass der Sonderbelastungsausgleich verfassungsrechtlich

weder befristet ist noch einen experimentellen Charakter hat.

B. Verfassungsfragen der Verwaltungsorganisationsregelungen im SGB II

In §§ 6 Abs. 1, 6a SGB II finden sich drei Vorschriften über die Aufgabenträgerschaft, die unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben folgen.

I. § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II

In § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II wird die Bundesagentur für Arbeit zum Träger der Leistungen nach dem SGB II bestimmt, soweit Nr. 2 nichts Anderes bestimmt. Verfassungsrechtlich handelt es sich dabei – da es sich beim SGB II anders als beim SGB III um steuerfinanzierte Leistungen und nicht um solche von Sozialversicherungsträgern handelt¹⁰ – um die Errichtung mittelbarer Bundes-Unterbehörden. Nach Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG sind *bundesunmittelbare* Unterbehörden verfassungsrechtlich nur in engen Grenzen („neue Aufgaben“, „dringender Bedarf“) zulässig¹¹. In der verfassungsrechtlichen Kommentarliteratur ist hinsichtlich der Zulässigkeit bundesunmittelbarer Unterbehörden zu Recht von einem „Notbehelf für eine nicht absehbare Entwicklung“¹²) gesprochen worden.

Das Bundesverfassungsgericht¹³ hat in seiner Entscheidung vom 20.12.2007 ausdrücklich offengelassen, ob der Bund nach den Vorschriften des GG die Verwaltungszuständigkeit für die Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II an sich ziehen kann¹⁴.

II. § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II

Nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II sind die kreisfreien Städte und Kreise Träger für die Leistungen nach §§ 16 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 4, 22 und 23 Abs. 3 SGB II, soweit durch Landesrecht nicht andere Träger bestimmt sind. Diese Bestimmung ist von elf (Land-)Kreisen als unzulässiger unmittelbarer Bundesdurchgriff auf die kommunale Ebene vor dem Bundesverfassungsgericht angegriffen worden. Das BVerfG hat anerkannt, dass es sich bei einer Aufgabenzuweisung um einen Eingriff in die Garantie kommunaler Selbstverwaltung handelt, in concreto eine Verletzung des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG aber nicht angenommen¹⁵. Eine solche Aufgabenübertragung auf die kommunale Ebene, hier auf die Gesamtheit der kreisfreien Städte und Kreise, hätte der Bundesgesetzgeber nach der Föderalismusreform I ab 1.9.2006 nicht mehr vornehmen können. Das BVerfG¹⁶ hat umgekehrt formuliert:

„Anders als Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG ließ sich der früheren Fassung des Art. 84 Abs. 1 GG kein absolutes Verbot der Aufgabenzuweisung auf die *kommunale Ebene* entnehmen“¹⁷.

Die in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II in der Fassung vom 20.7.2006¹⁸) konkret vorgenommene Aufgabenübertragung auf die kreisfreien Städte und Kreise – aber auch

nur diese – gilt auch nach der Föderalismusreform gem. Art. 125a Abs. 1 GG als Bundesrecht fort. Sie kann durch Landesrecht ersetzt werden.

Die bundesunmittelbare Begründung einer kommunalen Trägerschaft für andere als die in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II vor dem 1.9.2006 normierten Aufgaben kommt seit der Föderalismusreform nicht mehr in Betracht. Stattdessen gilt insoweit:

„Adressat für Aufgabenübertragungen durch den Bund sind die Länder (Art. 83 und 84 Abs. 1 S. 1 GG). Eine Aufgabenübertragung auf die Kommunen kann nur noch durch Landesrecht erfolgen, für das das jeweilige Landesverfassungsrecht maßgeblich ist“¹⁹).

Unter einer Aufgabenübertragung ist die Zuweisung bestimmter Aufgaben zu verstehen, durch die der kommunale Aufgabenkreis verändert wird²⁰). Eine Übertragung von Aufgaben ist alles, was die Zuständigkeiten der kommunalen Ebene 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 war²¹).

„Neubegründungen und Erweiterungen von Aufgaben sind gleichermaßen Veränderungen der Aufgaben-Zuständigkeit und mithin gleichermaßen vom Verdikt des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG erfasst. Der Bund hat hierfür keine Gesetzgebungskompetenz mehr“²²).

Dass mit einer Aufgabenübertragung auf „die Kommunen“ die *kommunale Ebene* gemeint ist, hat nicht nur das Bundesverfassungsgericht²³) zurechtend hervorgehoben, sondern ist Allgemeingut²⁴). Im ersten zur Föderalismusreform erschienenen Kommentar heißt es eindeutig:

„Durch die Neuregelung in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG wird klargestellt, dass der Bund nicht auf die *kommunale Ebene* durch eine Aufgabenübertragung

⁹) BVerfG, DVBl. 2008, 173 (180) = NVwZ 2008, 183 (188) = Der Landkreis 2008, 5 (9).

¹⁰) Burgi, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2005, Art. 87 Rdn. 83; Henneke, ZG 2003, 137 (151 ff.); ders., in: Schmidt-Bleilou/Hofmann/Hopfauf, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 87 Rdn. 6.

¹¹) Henneke, Der Landkreis 2007, 327 (331); ders. (Fn. 9), Art. 87 Rdn. 11.

¹²) Sachs, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 87 Rdn. 75.

¹³) BVerfG, DVBl. 2008, 173 (179) = NVwZ 2008, 183 (187) = Der Landkreis 2008, 5 (9).

¹⁴) Dazu Henneke, Der Landkreis 2007, 5 (14) sowie ders. Der Landkreis, Heft 4/2008.

¹⁵) BVerfG DVBl. 2008, 173 (174) = NVwZ 2008, 183 (183 f.) = Der Landkreis 2008, 5 (5 f.); dazu Henneke, Der Landkreis 2008, 5 (13).

¹⁶) BVerfG, DVBl. 2008, 173 (176) = NVwZ 2008, 183 (185) = Der Landkreis 2008, 5 (7) = Der Landkreis 2008, 5 (5 f.).

¹⁷) Dazu Henneke, Der Landkreis 2008, 5 (14).

¹⁸) BGBl. I, S. 1706.

¹⁹) BT-Drs. 16/813, 15.

²⁰) BVerfGE 77, 288 (299); Henneke (Fn. 9), Art. 84 GG, Rdn. 25.

²¹) Burgi, DVBl. 2007, 70 (77); Henneke, NdsVBl. 2007, 57 (66); ders. (Fn. 9), Art. 84 GG, Rdn. 25.

²²) Burgi, DVBl. 2007, 70 (77).

²³) Fn. 15.

²⁴) Z. B. Schach, DVBl. 2007, 261 (265).

zugreifen kann²⁴⁾. Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG enthält ein allgemeines Durchgriffsverbot des Bundes auf die *kommunale Ebene*²⁵⁾.

III. § 6a SGB II

§ 6a SGB II knüpft gerade nicht an § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II, sondern an die Bestimmung über die Trägerschaft der Bundesagentur in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II an, indem „zur Weiterentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende *anstelle der Agenturen für Arbeit* als Träger der Leistungen nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 im Wege der Erprobung kommunale Träger zugelassen werden können.“

Kommunale Träger wurden nach § 6a Abs. 2 SGB II auf Antrag vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit als Träger im Sinne des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II durch Rechtsverordnung zugelassen, wenn sie sich zur Schaffung einer „besonderen Einrichtung“ und zur Mitwirkung an der Wirkungsforschung nach § 6c SGB II verpflichtet haben.

In Abs. 3 ist normiert, dass die Zahl der zugelassenen kommunalen Träger höchstens 69 beträgt, Abs. 4 bestimmt, dass der Antrag des kommunalen Trägers an die Zustimmung der zuständigen obersten Landesbehörde gebunden ist. Nach Abs. 5 konnte der Antrag bis zum 15.9.2004 mit Wirkung ab 1.1.2005 gestellt werden. Die Zulassung wurde für einen Zeitraum von sechs Jahren, also bis zum 31.12.2010, gewährt.

In § 6b SGB II ist bestimmt, dass der Bund die Aufwendungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende *einschließlich der Verwaltungskosten* mit Ausnahme der Aufwendungen für die ohnehin der Gesamtheit der Kreise und kreisfreien Städte zugewiesenen Aufgaben nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II trägt.

Im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD vom 11.11.2005 heißt es unter B.I.2.6 ergänzend:

„Sollte es bei der in 2008 anstehenden Evaluation zu keiner gemeinsamen Bewertung und Schlussfolgerung der Koalitionspartner kommen, wird die derzeit geltende gesetzliche Regelung für Kommunen zu optimieren, im bisherigen Umfang nach dem 31.12.2010 um weitere drei Jahre verlängert.“

Diese Prolongationsabrede ist in der gegenwärtigen Diskussion unstrittig.

Verfassungsrechtlich hat die gesetzliche Ermöglichung eines Zugriffs auf die Aufgabenträgerschaft anstelle der Agenturen für Arbeit durch einzelne Kommunen mit Art. 84 GG (= gesetzliche Aufgabenübertragung auf die kommunale Ebene) nichts zu tun, vielmehr knüpft sie ausschließlich an Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG an.

Das Aufgabenübertragungsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG ist durch § 6a SGB II in allen Komponenten nicht betroffen:

1. Keine bundesgesetzliche Aufgabenträgerbestimmung

Zunächst fehlt es bereits an einer *bundesgesetzlichen* Aufgabenträgerbestimmung. Stattdessen lässt der Gesetzgeber selbst gerade offen, wer in concreto Träger der Aufgabe nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II wird. Er normiert nur generell-abstrakt eine alternative Trägerschaft und deren Inanspruchnahmevoraussetzungen. Die konkrete Trägerbestimmung erfolgt nach kommunal-individuellem Antrag und Zustimmung der obersten Landesbehörde durch Bundesrechtsverordnung.

2. Keine Aufgabenübertragung

Es liegt keine bundesgesetzliche *Aufgabenübertragung* vor, da durch § 6a SGB II der kommunale Aufgabenbestand nicht unmittelbar verändert wird. Vielmehr bedarf es der vorgenannten drei weiteren Schritte

- des kommunal-individuellen Antrags,
- der Zustimmung der zuständigen obersten Landesbehörde und
- der Zulassung durch das zuständige Bundesministerium,

bevor es zu einer Veränderung des Aufgabenkreises der antragstellenden Kommune kommt.

3. Aufgabenkreis der kommunalen Ebene nicht verändert

Schließlich fehlt es – anders als bei § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II oder seiner möglichen Modifikation – an einer Veränderung des Aufgabenkreises der *kommunalen Ebene*, hier der Gesamtheit der kreisfreien Städte und Landkreise.

IV. Zwischenergebnis: Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG steht der Aufhebung der Optionskontingentierung nicht entgegen

Eine Änderung des § 6a SGB II, die zu einer Aufhebung der Kontingentierung der Option führt, berührt Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG in keiner Weise, so dass die eingangs zitierte Aussage von *Nahles* und anderen, Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG stehe einer Ausweitung des § 6a SGB II auf weitere Kommunen entgegen, verfassungsrechtlich unzutreffend ist.

Mit Blick auf Art. 84 und andere Vorschriften des VIII. Abschnittes des GG ist die Aussage des BVerfG also unzweifelhaft richtig, dass nicht ersichtlich ist, weshalb die Zulassung der Option in § 6a SGB II „nicht auch ohne die in § 6a Abs. 3 S. 1 SGB II vorgesehene zahlenmäßige Beschränkung möglich sein sollte.“

C. Sonderbelastungsausgleich gem. Art. 106 Abs. 8 GG

Damit konzentriert sich die verfassungsrechtliche Fragestellung auf den in Art. 106 Abs. 8 GG normierten Sonderbelastungsausgleich *einzelner* Kommunen und dessen Anforderungen an die Ausgestaltung von § 6a und § 6b SGB II.

Nach Art. 104a Abs. 1 GG gilt der Verfassungsgrundsatz, dass der Bund und die Länder einschl. der in diese inkorporierten

Gemeinden und Kreise gesondert die Ausgaben zu tragen haben, die sich aus der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ergeben – soweit nicht dieses Grundgesetz etwas anderes bestimmt.

Als einzige „andere Bestimmung des GG“ kommt Art. 106 Abs. 8 GG in Betracht. Danach gewährt der Bund den erforderlichen Ausgleich, wenn er in einzelnen Gemeinden (Gemeindeverbänden) besondere Einrichtungen veranlasst, die diesen Gemeinden (Gemeindeverbänden) unmittelbar Mehrausgaben oder Mindereinnahmen (Sonderbelastungen) verursachen, wenn und soweit den Gemeinden (Gemeindeverbänden) nicht zugemutet werden kann, die Sonderbelastungen zu tragen.

Genau um diese Ausgangskonstellation geht es vorliegend. Art. 106 Abs. 8 GG ermöglicht – ebenso wie die 1923 geschaffene Vorläuferregelung in § 62 RFAG – in einer spezifischen Konstellation *unmittelbare Finanzbeziehungen zwischen Bund und Kommunen* und führt für diesen Fall – anders als in Art. 104a Abs. 3 S. 2 GG – auch nicht zur Umwandlung bisheriger Selbstverwaltungsaufgaben in Bundesauftragsverwaltung.

Mit Blick auf Art. 106 Abs. 8 GG kann nicht einmal von einer eng auszulegenden Ausnahmevorschrift gesprochen werden, da es in den hier nicht angetasteten Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG dem verfassungsändernden Gesetzgeber obliegen hat zu bestimmen, wie das Grundgesetz das bundesstaatliche Prinzip ausformt. Entgegen *Schmachtenberg*²⁶⁾ kann nicht gegen ausdrücklich normiertes Verfassungsrecht auf vermeintliche „Grundsätze öffentlicher Verwaltung“ abgestellt werden, aufgrund derer Art. 106 Abs. 8 GG „allenfalls im Rahmen eines Experiments für einen begrenzten Zeitraum als Finanzierungsregelung genutzt werden“ könne. Darin liegt ein klassischer Zirkelschluss²⁷⁾.

I. Regelungsziel und -inhalt von Art. 106 Abs. 8 GG

Art. 106 Abs. 8 GG knüpft an den Regelungsgedanken in § 62 RFAG aus dem Jahre 1923 an. Diese Bestimmung sah eine Ausgleichspflicht des Reiches vor, „wenn einzelnen Ländern oder Gemeinden (Gemeindeverbänden) durch Verträge, Gesetze oder Verwaltungsmaßnahmen des Reiches besondere Kosten erwachsen.“ Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände hat mit Schreiben vom 18.3.1954 die Aufnahme einer entsprechenden Norm in das Grundgesetz gefordert. Mit der Finanzreform 1956 ist es zur Aufnahme verschiedener kommunalrelevanter Bestim-

²⁴⁾ *Trute* in: Starck (Hrsg.), *Föderalismusreform*, 2007, Tz. 174.

²⁵⁾ *Trute* (Fn. 24), Tz. 174.

²⁶⁾ *Schmachtenberg*, *Wirtschaftsdienst* 2008, 79 (82 f.).

²⁷⁾ Ebenso *Hidien*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 106 GG, Rdn. 1200.

mungen in die Finanzverfassung gekommen²⁹⁾, so etwa hinsichtlich der Realsteuergarantie und hinsichtlich der Einbeziehung der Kommunen in den Steuerverbund (Art. 106 Abs. 6 GG³⁰⁾). Diesen Bestimmungen wurde die Sonderbelastungsausgleichsregelung zu- und nachgeordnet. Art. 104a GG existierte damals noch nicht, sondern fand erst mit der Finanzreform 1969 Aufnahme in das GG³¹⁾. Systemgerecht wäre es gewesen, im Zuge der Einfügung des Art. 104a GG den Sonderbelastungsausgleich aus Art. 106 GG herauszulösen und innerhalb des Art. 104a GG als letzten Absatz zu platzieren³²⁾. Ein strenges systematisches Bemühen gab es seinerzeit aber nicht, zumal für einen Verbleib der Sonderbelastungsausgleichsregelung in Art. 106 GG die spezifische Kommunalrelevanz, die auch die heutigen Abs. 5, 6 und 7 des Art. 106 GG auszeichnet, spricht.

1. Notwendige Ergänzung zum vierstufigen Finanzausgleichssystem

Art. 106 Abs. 8 GG schließt eine Lücke, die das gestufte System des bundesstaatlichen Finanzausgleichs und auch der kommunale Finanzausgleich schon von ihrer jeweiligen Struktur her (Abstellen auf *generelle* Aufgabenverteilung) offen lassen müssen³³⁾. Diese Regelung bildet daher die notwendige Ergänzung zum System des Finanzausgleichs³⁴⁾; sie ist nicht per se eine Ausnahmevervorschrift³⁵⁾.

Art. 106 Abs. 8 GG erfüllt die Funktion, untypische Lasten, die auf Veranlassung des Bundes nur *einzelne* Kommunen (oder auch Länder, wie wohl diese Alternative bisher ohne praktische Relevanz geblieben ist) treffen, insoweit auszugleichen, als das allgemeine Finanzausgleichssystem dazu nicht in der Lage ist³⁶⁾.

Für die Kommunen gilt überdies, dass sich die in Art. 106 Abs. 8 GG geregelten Sonderbelastungen weder durch den kommunalen Finanzausgleich noch durch Zweckzuweisungen des Landes oder eigene Steuern ausgleichen lassen.

2. Sonderbelastung einzelner Kommunen statt Mehrbelastung der kommunalen Ebene

Dem klaren und eindeutigen Wortlaut der Norm zufolge ist die *Sonderbelastung einzelner* Kommunen Voraussetzung für die Gewährung eines Bundesausgleichs³⁷⁾. Die Norm will einen individuellen Anspruch für atypische Situationen gewähren³⁸⁾. Der Sonderbelastungsausgleich setzt schon begrifflich voraus, dass der Bund nicht allen Kommunen gleichmäßig Mehrbelastungen auferlegt, sondern dass einzelne Gebietskörperschaften ungleich und unzumutbar betroffen sind³⁹⁾.

Die Kommunen werden in Art. 106 Abs. 8 GG gerade nicht als Ebene, sondern als jeweiliger Rechtsträger angesprochen⁴⁰⁾. Es geht also um einen konkret-individuellen Ausgleich ausschließlich des Bundes⁴¹⁾. Art. 106 Abs. 8 GG ist keine Hintertür, über die

das GG den Kommunen die Eigenschaft einer dritten Ebene zuerkennt⁴²⁾. Mehrbelastungen, die allgemein in Ländern und/oder Kommunen durch den Vollzug eines Bundesgesetzes verursacht werden, können von Art. 106 Abs. 8 GG nicht erfasst werden⁴³⁾. Sie sind vielmehr nach Maßgabe von Art. 106 Abs. 4 S. 2 GG auszugleichen⁴⁴⁾.

Eine Sonderbelastung ist dadurch gekennzeichnet, dass sie im Verhältnis zum regulären Finanzbedarf und zur Finanzausstattung der betroffenen Gebietskörperschaft übermäßig ins Gewicht fällt und ohne die spezifische Aufgabe nicht bestünde⁴⁵⁾. Der Sonderbelastungsausgleich ist auf Grund seiner Funktion in doppelter Weise begrenzt: Zum einen in Bezug auf die Anspruchsberechtigten (*einzelne* Körperschaften) und zum anderen in Bezug auf den besonders engen Zusammenhang zwischen der vom Bund veranlassenen Aufgabe und dem finanziellen Ausgleich⁴⁶⁾.

„An sich“ fallen die Kosten der Aufgabenerfüllung nach Art. 104a Abs. 1 GG dem jeweiligen kommunalen Aufgabenträger zu. Bei Art. 106a Abs. 8 GG handelt es sich um einen – begrenzten – Aufgaben-Ausgaben-Ausgleich, der den allgemeinen Konnexitätsgrundsatz des Art. 104a Abs. 1 GG derogiert und bundesseitige Ingerenzen („veranlasst“) für konkrete Aufgaben des Bundes kompensiert⁴⁷⁾. *Hidden*⁴⁸⁾ charakterisiert Art. 106 Abs. 8 GG daher als „bundessingrenzkorrespondierende spezielle Ausgabenverteilungsnorm.“ Art. 106 Abs. 8 GG bewirkt eine differenzierte Finanzlastenverschiebung, die eine bundesseitige Ingerenz kompensiert, soweit diese für einzelne Kommunen für deren originäre Aufgabenwahrnehmung unzumutbar ist. Art. 106 Abs. 8 GG modifiziert also mit vertretbaren Gründen den allgemeinen Lastenverteilungsgrundsatz des Art. 104a Abs. 1 GG, ohne die prinzipielle Allgemeinheit des Finanzausgleichs damit zu tangieren oder zu relativieren.

Die ungleiche Beanspruchung einzelner Kommunen stellt eine Ungleichbehandlung in sachlicher Hinsicht dar, die ihrerseits eine Ungleichbehandlung in finanzieller Hinsicht (Ausgleichsleistungen an betroffene Kommunen) nicht nur rechtfertigt, sondern fordert⁴⁹⁾. Art. 106 Abs. 8 enthält damit das Gebot, eine entstandene Sonderbelastung durch eine Ungleichbehandlung (Sonderausgleich) zu beseitigen⁵⁰⁾. Die Gemeinden (Gemeindeverbände) dürfen die Bestimmung des Art. 106 Abs. 8 GG nicht benutzen, um besser gestellt zu werden als die anderen vergleichbaren Gemeinden (Gemeindeverbände), die keine vom Bund veranlassenen Einrichtungen haben⁵¹⁾. Der Sonderbelastungsausgleich ist für die Kommunen kein Mittel, sich auf diesem „Umweg“ zusätzliche Finanzquellen zu erschließen⁵²⁾.

3. „Besondere Einrichtung“

Unter „Einrichtung“ ist auch die Schaffung von Organisationsgesamtheiten wie Behörden zu verstehen. Dabei kann es sich auch

um die Vergrößerung konkreter, bereits bestehender Einrichtungen handeln⁵³⁾. Um eine „besondere Einrichtung“ handelt es sich immer dann, wenn sie nicht in allen vergleichbaren, sondern nur in einzelnen Kommunen veranlasst wird⁵⁴⁾. Die „besonderen Einrichtungen“ brauchen ihrer Art nach *keinen Ausnahmecharakter* zu haben. Ausreichend ist es, wenn die Einrichtung in ihrer Größe im Vergleich zu anderen Kommunen „besonders“ sind⁵⁵⁾.

4. Unmittelbare Ausgleichspflicht des Bundes

Nach Art. 106 Abs. 8 GG ist es nicht erforderlich, dass die vom Bund hervorgerufene Sonderbelastung einseitig und mit verpflichtender Wirkung vom Bund ausgesprochen worden ist. Auch wenn eine Gemeinde oder ein Gemeindeverband sich freiwillig verpflichtet, kann die Ausgleichspflicht des Bundes entstehen⁵⁶⁾.

Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen steht der Ausgleichspflichtung des

²⁹⁾ BGBl. I, 1077.

³⁰⁾ Dazu aus: Henneke, Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung. Eine systematische Darstellung, 2000, Rdn. 87 ff.

³¹⁾ Henneke (Fn. 29), Rdn. 90.

³²⁾ So auch *Hidden* (Fn. 27), Art. 106 Rdn. 1096.

³³⁾ Henneke (Fn. 29), Rdn. 795; Meis, Verfassungsrechtliche Beziehungen zwischen Bund und Gemeinden, 1989, S. 107; Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 106 Rdn. 97; Schwarz, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG – Bonner Grundgesetz, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 106 Rdn. 147; Heintzen, in: von Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar (GGK), Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 106 Rdn. 55.

³⁴⁾ BVerfGE 101, 158 (225); Henneke (Fn. 29), Rdn. 795; Meis (Fn. 32), S. 107; Maunz (Fn. 32); Heun, in: Dreier, GG Kommentar, Bd. III, 2000, Art. 106 Rdn. 41; Birk, in: GG-Alternativkommentar, Art. 106 Rdn. 46.

³⁵⁾ *Hidden* (Fn. 27), Art. 106 Rdn. 1182.

³⁶⁾ Henneke (Fn. 29), Rdn. 795; Heun (Fn. 33), Art. 106 Rdn. 41; Maunz (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 96.

³⁷⁾ Maunz (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 96; Mückl, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung, 1998, S. 167.

³⁸⁾ Mückl (Fn. 36), S. 168; Meis (Fn. 32), S. 109.

³⁹⁾ Maunz (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 97; Heun (Fn. 33), Art. 106 Rdn. 43.

⁴⁰⁾ Mückl (Fn. 36), S. 168; Meis (Fn. 32), S. 110; Maunz (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 99; *Hidden* (Fn. 27), Art. 106 GG, Rdn. 1182.

⁴¹⁾ *Hidden* (Fn. 27), Art. 106, Rdn. 1182.

⁴²⁾ Maunz (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 99; Meis (Fn. 32), S. 110.

⁴³⁾ Mückl (Fn. 36), S. 167; Schwarz (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 147.

⁴⁴⁾ Schwarz (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 149; dazu jüngst hinsichtlich der Finanzierungselemente bei einer Übertragung des SGB II-Vollzugs auf die Kommunen: Henneke/Wehrtmann, Der Landkreis 2008, 62 ff.

⁴⁵⁾ Heintzen (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 61 i. V. m. 59.

⁴⁶⁾ Meis (Fn. 32), S. 109.

⁴⁷⁾ *Hidden* (Fn. 27), Art. 106 GG Rdn. 1186 u. 1188.

⁴⁸⁾ *Hidden* (Fn. 27), Art. 106 GG Rdn. 1185 i. Vm. 1188.

⁴⁹⁾ Meis (Fn. 32), S. 107.

⁵⁰⁾ Schwarz (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 148.

⁵¹⁾ Maunz (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 98.

⁵²⁾ Meis (Fn. 32), S. 111.

⁵³⁾ Maunz, (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 100.

⁵⁴⁾ Maunz (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 100.

⁵⁵⁾ Maunz (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 100.

⁵⁶⁾ Maunz (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 101.

Bundes ein Rechtsanspruch der betroffenen Gebietskörperschaften auf Sonderbelastungsausgleich für die Dauer der Sonderbelastung gegenüber⁶⁵⁾. Die Ausgestaltung des Rechtsanspruchs der betroffenen Kommunen, der ein Ermessen des Bundes ausschließt, zeigt die Bedeutung, die der Verfassungsgeber dem Sonderbelastungsausgleich zugemessen hat⁶⁷⁾. Für eine Befristung des Ausgleichsanspruchs lassen sich aus Art. 106 Abs. 8 GG keinerlei Argumente herleiten. Sie ist weder bei Garnisonslasten noch bei Hauptstadtdlasten als die Hauptanwendungsfälle des Sonderbelastungsausgleichs jemals erwogen worden oder bei Fortbestehen der Last überhaupt vorstellbar.

Zwischen der betroffenen Gemeinde bzw. dem Gemeindeverband und dem Bund entstehen *direkte Finanzbeziehungen*, ohne dass die Länder zwischengeschaltet werden⁶⁸⁾. Nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck begründet Art. 106 Abs. 8 GG die direkten Finanzbeziehungen zwischen dem Bund und einzelnen, *potenziell allen betroffenen Kommunen*⁶⁹⁾ – nicht aber zur Gesamtheit der Kommunen.

Direkte Finanzbeziehungen zwischen Bund und Kommunen sind demnach der geltenden Finanzverfassung des GG ebenso wenig fremd wie direkte Beteiligungen der Kommunen an den Erträgen bestimmter Steuern. Die Kommunen sind also keineswegs vollständig durch die Länder mediatisiert, sondern können von Verfassungen wegen durchaus auch in direkten Finanzbeziehungen zum Bund stehen⁷⁰⁾. Das BVerfG⁷¹⁾ hat in der Maßstäbengesetz-Entscheidung daher zutreffend festgestellt, dass die gestärkte finanzwirtschaftliche Unabhängigkeit und Verselbstständigung der Kommunen die bisherige Zweistufigkeit der Finanzverfassung modifiziert hat⁷²⁾.

Der grundsätzliche Dualismus der Finanzverfassung steht derartigen unmittelbaren Beziehungen zwischen Bund und Kommunen nicht entgegen, sofern sie sachgerecht sind. Wann dies nach geltendem Recht der Fall ist, bestimmt die Finanzverfassung abschließend⁷³⁾.

5. Verwaltungsrechtsweg

Für Streitigkeiten über den Anspruch aus Art. 106 Abs. 8 GG ist keine Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts gegeben. Vielmehr handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art, für die die allgemeine Leistungsklage im Verwaltungsrechtsweg gegeben ist⁷⁴⁾.

Art. 106 Abs. 8 GG gibt den Kommunen einen verfassungsunmittelbaren, vor den Verwaltungsgerichten einklagbaren Anspruch der Kommunen gegen den Bund auch dann, wenn die Länder für die Kommunen kassenmäßig eingeschaltet werden⁷⁵⁾.

6. Zusammenfassende Einordnung

Hinsichtlich seiner Rechtsnatur wird Art. 106 Abs. 8 GG überwiegend als staatsorganisationsrechtlicher Aufopferungsanspruch⁷⁶⁾ qualifiziert. Konkret handelt es sich um einen – wenn auch begrenzten – Aufgaben-Ausgaben-Ausgleich, der den *allgemeinen Konnexitätsgrundsatz in Art. 104a Abs. 1 GG derogiert* und bundesseitige Einwirkungen für jeweils konkrete Aufgaben des Bundes kompensiert⁷⁷⁾. Durch ein spezielles Ausgabenverteilungssystem kompensieren zweckfreie Ausgleichsmittel bundesseitig veranlasste konkrete, individuell spezifische Sonderbelastungen, die zugleich die Berechnung der Ausgleichsleistungen nach oben begrenzen⁷⁸⁾.

Zusammenfassend beruht die Besonderheit des Art. 106 Abs. 8 GG darauf, dass er für einen engen Aufgabenbereich

- den Konnexitätsgrundsatz des Art. 104a Abs. 1 GG derogiert,
- die Staatsaufgabenenträger individualisiert und
- die staatsrechtliche Mediatisierung der Kommunen durch die Länder aufhebt⁷⁹⁾.

II. Die kommunale Option nach §§ 6a und 6b SGB II als Anwendungsfall des Art. 106 Abs. 8 GG

In § 6a SGB II i. d. F. vom 24.12.2003⁸⁰⁾ ist die Option kommunaler Trägerschaft erstmals geregelt worden. Danach sollten abweichend von § 6 die kreisfreien Städte und Kreise auf ihren Antrag und mit Zustimmung der zuständigen obersten Landesbehörde anstelle der Agenturen für Arbeit vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit durch Rechtsverordnung als Träger der Aufgaben nach dem SGB II zugelassen werden. Das Nähere sollte ein Bundesgesetz regeln.

In § 46 Abs. 1 SGB II wurde seinerzeit normiert, dass der Bund die Aufwendungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende trägt, soweit die Leistungen von der Bundesagentur erbracht werden. Er sollte der Bundesagentur hierfür die Verwaltungskosten erstatten. In den Fällen des § 6a SGB II sollte danach das zu erlassende Bundesgesetz eine entsprechende Finanzierung regeln, wobei eine Pauschalierung zulässig sein sollte.

In jeweiligen Entschließungen vom 19.12.2003 machten der Bundestag⁸¹⁾ und der Bundesrat⁸²⁾ Vorgaben für das zu erlassende Bundesgesetz, in denen es u. a. hieß: „Darüber hinaus räumt es den kreisfreien Städten und Kreisen die Option ein, ab dem 1.1.2005 anstelle der Agenturen für Arbeit auch deren Aufgaben – und damit alle Aufgaben im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende – wahrzunehmen. Hierzu soll eine faire und gleichberechtigte Lösung entwickelt werden, die sicherstellt, dass die optierenden Kommunen nicht gegenüber den Agenturen für Arbeit benachteiligt werden.“

Die Optionsmöglichkeit sollte allen *optionswilligen Kommunen auf Dauer* eingeräumt werden. Es sollte alle drei Jahre weitere

Optionswellen geben, in denen kommunale Träger mit Wirkung jeweils ab 1.1. des Folgejahres und mit Bindung jeweils für fünf Jahre von der Option sollten Gebrauch machen können. Dem BMWA wurde in den Entschließungen insoweit kein Ablehnungsrecht eingeräumt. Hinsichtlich der Finanzierung hierfür es in Ziff. 6 der Entschließungen konkretisierend:

„Der Bund zahlt den kommunalen Trägern für die anstelle der Agenturen für Arbeit wahrgenommenen Aufgaben für die Bedarfsgemeinschaften entsprechende Fallpauschalen für die Eingliederungsleistungen und die Verwaltungskosten. Er erstattet die Kosten für das Arbeitslosengeld II bzw. das Sozialgeld. Die Auszahlung der Mittel an die Kommunen erfolgt durch die Bundesagentur für Arbeit.“

Mit einem solchen Bundesgesetzlich geregelten Aufgabenzugriff einzelner Kommunen auf eine nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II grundsätzlich dem Bund obliegende Verwaltungsaufgabe wurde unter föderalen Gesichtspunkten Neuland betreten.

Mit der zu treffenden Finanzierungsregelung sollte sowohl sichergestellt werden, dass die optierenden kommunalen Träger nicht gegenüber den Agenturen für Arbeit finanziell benachteiligt werden als auch, dass optierende Kommunen im Vergleich zu nicht optierenden Kommunen trotz der zusätzlichen Aufgaben- und Ausgabenlast im Ergebnis finanziell nicht benachteiligt werden. Daher wurde in der Entschließung vorgesehen,

- dass der Bund – abgewickelt über die Bundesagentur – gegenüber den optierenden kommunalen Trägern einen direkten finanziellen Ausgleich vornimmt,
- dieser Ausgleich – ebenso wie gegenüber der Bundesagentur – auch die Verwaltungskosten erfasst, wobei

⁶⁵⁾ Henneke (Fn. 29), Rdn. 795.

⁶⁷⁾ Schoch/Wieland, Finanzverantwortung für gesetzgebend veranlasste kommunale Aufgaben, 1995, S. 84; Mückl (Fn. 36), S. 166.

⁶⁸⁾ Henneke (Fn. 29), Rdn. 795; Birk (Fn. 33), Art. 106 Rdn. 46; Mauriz (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 99; Schwarz (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 147 u. 149; Schoch/Wieland (Fn. 57), S. 84; Mückl (Fn. 36), S. 166; Meis (Fn. 32), S. 110; Heintzen (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 55.

⁶⁹⁾ Hidien (Fn. 27), Art. 106 Rdn. 1200.

⁷⁰⁾ Schoch/Wieland (Fn. 57), S. 84 f.

⁷¹⁾ BVerfGE 101, 158 (230).

⁷²⁾ Dazu: Henneke (Fn. 29), Rdn. 696; Hans Meyer (VVD-SRL, Bd. 52 (1993), S. 159) hat darüber hinausgehend sogar formuliert: „Mittlerweile wissen wir, dass die Kommunen notwendig die dritte Säule im Finanzverfassungssystem sind.“

⁷³⁾ Schoch/Wieland (Fn. 57), S. 84 f.

⁷⁴⁾ Mauriz (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 113; Heintzen (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 55; Schwarz (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 157.

⁷⁵⁾ Heintzen (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 55.

⁷⁶⁾ Heintzen (Fn. 32), Art. 106 Rdn. 55.

⁷⁷⁾ Hidien (Fn. 27), Art. 106 Rdn. 1186; Meis (Fn. 32), S. 106 f.

⁷⁸⁾ Hidien (Fn. 27), Art. 106 Rdn. 1187.

⁷⁹⁾ Hidien (Fn. 27), Art. 106 Rdn. 1218.

⁸⁰⁾ BGBl. I, 2954.

⁸¹⁾ BT-Drs. 15/2264.

⁸²⁾ BR-Drs. 943/03.

- auf eine Qualifizierung der von den kommunalen Trägern wahrgenommenen Aufgabe als Selbstverwaltungsangelegenheit oder als Weisungsangelegenheit bundesgesetzlich bewusst verzichtet worden ist.

Vor diesem Hintergrund stellte sich die Frage, ob die Ermöglichung dieser in der Entscheidung formulierten Vorgaben ohne Grundgesetzänderung möglich war.

Ich habe seinerzeit trotz des seit Jahrzehnten unbestrittenen weiten faktischen Anwendungsbereichs des Art. 106 Abs. 8 GG die Auffassung vertreten, dass diese Vorschrift für § 6a SGB II weder unmittelbar einschlägig sei, weil sie nur für „vom Bund veranlasste Einrichtungen“ gelte, noch ausdehnend ausgelegt werden könne⁷³⁾, weil der Begriff der Einrichtung für die hier einschlägige Fragestellung keinen Anknüpfungspunkt bilde.

Zur Erreichung der in den Entschlüssen formulierten und in der Sache zwingenden Zielsetzungen habe ich am 6.2.2004 gegenüber dem BMWA, den Bundestagsfraktionsvorsitzenden und den Ministerpräsidenten seinerzeit eine Verfassungsänderung vorgeschlagen⁷⁴⁾ und parallel in die Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung eingebracht⁷⁵⁾. Dabei wurde insbesondere vorgeschlagen, ausdrücklich in der Verfassung zu normieren, dass der finanzielle Ausgleich auch die Verwaltungsausgaben umfasst. Wegen des Abweichens von der Grundregel des Art. 104a Abs. 5 GG bedurfte es m. E. der ausdrücklichen Ersetzung des Sonderbelastungsausgleichs auf die Verwaltungsausgaben.

In der Arbeitsgruppe „Gesetzgebungskompetenzen und Mitwirkungsrechte“ der Föderalismuskommission wurde auf Vorschlag des Bundesministeriums der Justiz (BMJ) am 12.2.2004 erstmals die – inzwischen in diesem Sinne geregelte – Frage erörtert, ob in Art. 84 GG eine Ingerenz des Bundes hinsichtlich der Einrichtung von Behörden noch gewährleistet sein müsse. Wenn der Bund darauf verzichte, sei – so das BMJ – auch das Problem der Konnexität in Bezug auf die Kommunen gelöst. Dieser Vorschlag stieß sowohl auf Länder- wie auf Kommunalseite auf spontane Zustimmung. Daraufhin wurde das BMJ von Arbeitsgruppenvorsitzenden gebeten zu prüfen, ob die Regelungsbefugnis des Bundes hinsichtlich der Einrichtung der Behörden in Art. 84 GG gestrichlen werden könne.

Damit schien eine Vermischung der Diskussion in der Föderalismuskommission (künftige Unterbindung des Bundesdurchgriffs auf die kommunale Ebene) und der verfassungsrechtlichen Absicherung der Finanzausstattung optierender Kommunen (einzel-fallbezogener, verfassungsrechtlich abgesicherter Sonderbelastungsausgleich zwischen dem Bund und einzelnen Kommunen

entsprechend dem seit 1923 praktizierten Vorbild, das 1956 im Grundgesetz verankert wurde) ausgeschlossen.

Dass das glatte Gegenteil der Fall war, sollte sich nur wenige Tage später erweisen. Inzwischen hatte es sich zur allgemeinen Erkenntnis verdichtet, dass die Umsetzung der Inhalte der Entschlüssen vom 19.12.2003 zur Ausgestaltung der in § 6a SGB II geregelten Option kommunaler Trägerschaft einer Verfassungsänderung bedürfte, jedenfalls mit Blick auf die Übernahme der Verwaltungsausgaben. Die Bundesregierung stand also vor der Frage, entweder den Vorschlag zu einer punktuellen Verfassungsänderung aufzugreifen oder aber mit dem vorzulegenden Gesetzentwurf gegen § 6a SGB II i. d. F. vom 24.12.2003 und die Entschlüssen von Bundestag und Bundesrat zu verstoßen. Sie entschied sich für den zweiten Weg und schlug zunächst ein sog. Organleihemodell vor, das insbesondere die Forderung nach einer vollen Kostenerstattung einschl. der Verwaltungskosten erfüllen sollte, aber auf Kosten der Aufgabenerfüllung als Selbstverwaltungs-aufgabe ging. Dieses Modell stieß indes auf breite Ablehnung.

Am 20.2.2004 verständigten sich Bundesarbeitsminister *Wolfgang Clement* und Ministerpräsident *Roland Koch* dann doch auf die notwendige Verfassungsänderung zur Umsetzung des bereits normierten § 6a SGB II⁷⁶⁾. Nur wenige Tage später nahm die Bundesregierung jedoch eine erneute Kehrtwendung vor. Am 7.3.2004 kam es zu einem Spitzengespräch zwischen Bundesminister *Wolfgang Clement* und der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, in dem jener deutlich machte, dass die Bundesregierung nicht mehr davon ausgehe, dass es zu einer Grundgesetzänderung komme. Daher werde man den vorgelegten Gesetzentwurf zurückziehen und einen neuen Vorschlag auf der Grundlage eines erweiterten Organleihemodells erarbeiten. Dies führe zu einer zeitlichen Verschiebung mit der Folge, dass der Gesetzentwurf erst am 14.5.2004 behandelt werden könne. *Clement* regte überdies an, sich an die Föderalismuskommission zu wenden, um die Chancen eines Inkrafttretens einer verfassungsrechtlichen Sonderbelastungsausgleichsregelung nach Erörterung der Grundsatzfragen in der Kommission zu eruieren. Dies geschah umgehend. Mit Schreiben vom 9.3.2004 wurden seitens des DLT ausführlich vermeintliche Verknüpfungen zwischen der beabsichtigten Neufassung des Art. 84 Abs. 1 GG und dem gebotenen verfassungsrechtlich abgesicherten Sonderbelastungsausgleich optierender Kommunen nach § 6a SGB II widerlegt.⁷⁷⁾

Die B-Länder lehnten im Vermittlungsausschuss ein Organleihemodell strikt ab, was zum Scheitern der Gespräche mit der Folge führte, dass allein die Fraktionen von

SPD und Bündnis 90/Die Grünen am 30.3.2004 den Entwurf für ein Kommunales Organleihegesetz in den Deutschen Bundestag einbrachten⁷⁸⁾. Die *unkontingierliche* und *unbefristete*, also auf *Dauer gerichtete Option mit periodisch wiederkehrendem Zugriffzeitpunkten*, wie sie in den Entschlüssen angetragen vorgesehen war, war in dem Gesetzentwurf weiterhin – allerdings auf der Basis der Organleihe – *enthalten*.

Am 26.4.2004 fand zu diesem Gesetzentwurf eine öffentliche Anhörung im Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Arbeit statt. Besondere Bedeutung erlangte dabei im Nachhinein die schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen *Wieland*, der sich wie folgt einließ:

„In den Arbeitsgemeinschaften werden eine Bundesbehörde und staatsorganisationsrechtlich den Ländern zugeordnete Träger kommunaler Selbstverwaltung organisatorisch zusammengefasst. Die im SGB II getroffene gesetzliche Regelung schöpft die von der Verfassung eröffneten organisatorischen Möglichkeiten angesichts der Bedeutung der Materie und der für den Gesetzesvollzug erforderlichen bedeutenden personellen und sachlichen Ressourcen zumindest sehr extensiv aus.

Die in § 6 a SGB II eröffnete Option kommunaler Trägerschaft ist in ihrer Struktur geeignet, die verfassungsrechtlichen Bedenken deutlich abzumildern. Damit würde eine klare demokratische Zuordnung der Aufgabenverantwortung möglich. Dieses Ziel wird jedoch durch die im vorliegenden Gesetzentwurf vorgesehene Organleihe gerade nicht erreicht.

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass jedenfalls finanzverfassungsrechtliche Bedenken gegen das in § 6 a SGB II vorgesehene Optionsmodell nicht durchschlagen. Das BVerfG hat bereits 1999 darauf hingewiesen: ‚Die gestärkte finanzwirtschaftliche Unabhängigkeit und Verselbständigung der Kommunen verifiziert die bisherige Zweistufigkeit der Finanzverfassung.‘ (BVerfGE 101, 158, 230)

⁷³⁾ Henneke, Der Landkreis 2004, 63 (64).

⁷⁴⁾ Henneke, Der Landkreis 2004, 63 ff.

⁷⁵⁾ AU 046 vom 9.3.2004, abgedruckt bei Henneke (Hrsg.), Föderalismusreform in Deutschland, 2005, S. 225 (230 ff.).

⁷⁶⁾ Vgl. hierzu die Darstellung von *Jacobi*, Einigung im Streit um Arbeitslose, in der Süddeutschen Zeitung vom 21.02.2004: ‚Bundeswirtschaftsminister *Wolfgang Clement* (SPD) rettete bei einem Spitzengespräch mit Hessens Ministerpräsidenten *Roland Koch* (CDU) durch diesen Kurswechsel einen der wichtigsten Kernpunkte der Reformagenda. *Koch* lobte nach dem Gespräch am Freitag die ‚grundsätzliche Bereitschaft des Bundes, eine Grundgesetzänderung vorzunehmen.‘ SPD-Arbeitsmarkt-sprecher *Klaus Brandner* bestätigte, dass die Koalition nicht mehr grundsätzlich gegen eine Verfassungsänderung sei, solange sie auf diesen konkreten Fall bezogen sei. Als Vorbild soll ein Entwurf von *Hans-Günter Henneke*, dem Geschäftsführer des Landkreistages, dienen. *Clement* wollte das Verhältnis ursprünglich über ein kompliziertes Rechtsinstrument namens Organleihe regeln, was die Union aber strikt ablehnt. Selbst *Brandner* räumte ein, dass dies den Zusagen an die Union im Vermittlungsausschuss vom vergangenen Dezember nicht entsprochen hätte.“

⁷⁷⁾ Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, AU 46 vom 09.03.2004, ebenfalls abgedruckt bei Henneke (Fn. 75), S. 225 ff.

⁷⁸⁾ BT-Drs. 15/2816.

Der modifizierten Zweistufigkeit der Finanzverfassung entspricht die Regelung nach Art. 106 Abs. 8 GG, die einen Ausgleichsanspruch von Kommunen direkt gegen den Bund vorsieht. Verfassungsrechtlich wäre dementsprechend ohne Weiteres eine Optionslösung möglich, die eine Aufgabenträgerschaft von Kommunen vorsähe und dadurch die Misslichkeiten beseitigte, die gegenwärtig aus der doppelten Verantwortlichkeit für die Grundsicherung für Arbeitsuchende erwachsen.

Es ist deshalb ratsam, den kreisfreien Städten und Kreisen – wie in § 6 a SGB II vorgesehen – die Option zu eröffnen, selbst Träger der Verwaltungsaufgaben zu werden, statt nur dem Bund ihre personellen und sächlichen Ressourcen zur Verfügung zu stellen.⁷⁹⁾

Der Bundestag stimmt dem Kommunalen Optionsgesetz in der vorgelegten Form am 29.4.2004 zu, der Bundesrat rief allerdings am 14.5.2004 erneut den Vermittlungsausschuss an, wobei Ministerpräsident Koch⁸⁰⁾ sich für die Ermöglichung einer kommunalen Trägerschaft anstelle der Organleihe aussprach und sich auf den Sachverständigen Wieland berief. Bundesminister Clement entgegnete, dass er für die bei einer kommunalen Trägerschaft notwendige Verfassungsänderung zumindest im Bundestag keine Mehrheit sehe.⁸¹⁾ Die Regelungselemente

- unkontingentierter Zugriff
- Option auf Dauer

wurden indessen nicht in Frage gestellt.

Im anschließenden Vermittlungsverfahren zum Kommunalen Optionsgesetz wurde vom BMWA in letzter Minute ein neues Modell „aus dem Ärmel gezogen“. Diese Lösungsvariante sah statt des dauerhaften Zugriffs potenziell aller Kommunen eine auf sechs Jahre befristete Kontingentierung der Zahl der auszubehenden Optionen bei voller kommunaler Trägerschaft ohne die bisher für erforderlich erachtete Verfassungsänderung vor. Mit anderen Worten sollte es auf dieser modifizierten Grundlage sowohl zu einer vollen kommunalen Trägerschaft als auch zu einer – verfassungsrechtlich bereits bestehenden – unmittelbaren Finanzbeziehung zwischen dem Bund und den einzelnen zuzulassenden kommunalen Trägern kommen – eine Lösung, die sich letztlich zentral auf die Interpretation von Wieland zur Auslegung des Art. 106 Abs. 8 GG in der Anhörung des zuständigen Bundestagsausschusses am 26.4.2004 stützte, die die dauerhafte unkontingentierte Option zur Grundlage hatte.

Gefeilscht wurde im Vermittlungsausschuss ganz zum Schluss – wie vom BMWA prognostiziert – nicht mehr über den Lösungsweg mit den veränderten Elementen, sondern nur noch über die konkrete Zahl der zuzulassenden kommunalen Optionen. „69“ lautete dann das gefundene Ergebnis. Die Zahl resultierte aus der Gesamtstimmzahl des Bundesrates, wobei je Land bei der Verteilung der Optionsmöglichkeiten

die auf das jeweilige Land entfallende Stimmzahl zunächst zugrunde gelegt wurde. Um die Vereinbarkeit des Kommunalen Optionsgesetzes (KOG) mit Art. 106 Abs. 8 GG in der bestehenden Fassung zu erzielen, waren folgende Hürden zu überwinden:

- Es muss sich um bundesveranlasste Mehrausgaben in den einzelnen Kommunen handeln.
- Die Mehrausgaben müssen unmittelbar durch „besondere Einrichtungen“ verursacht sein.
- Die Abweichung von Art. 104a Abs. 5 GG, wonach der Bund und die Länder einschränkungslös die bei ihren Behörden entstehenden Verwaltungsausgaben tragen, muss sich verfassungsunmittelbar ergeben.

Nach § 6a SGB II i. d. F. vom 24.12.2003 musste das BMWA jeden Antrag stellenden kommunalen Träger zulassen, so dass das Merkmal der Bundesveranlassung nicht gegeben war. Auch war seinerzeit das Erfordernis einer „unmittelbaren Kostenverursachung durch besondere Einrichtungen“ nicht erfüllt. Dass Art. 106 Abs. 8 GG in Abweichung von Art. 104a Abs. 5 GG auch eine Abgeltung von Verwaltungsausgaben erfasst, ist verfassungssystematisch zumindest schwer vertretbar⁸²⁾. Zuzugeben ist allerdings, dass das Gegenteil bisher höchst-richterlich nicht entschieden worden ist und realiter die Sonderbelastungen der Optionskommunen zu einem Großteil gerade aus Verwaltungsausgaben bestehen.

Um das Merkmal der Bundesveranlassung auszufüllen, wurde eine Kontingentierung der Option eingeführt – und zwar auf höchstens 69 kommunale Träger. Für die Zulassung war danach ein kommunaler Antrag zwar eine notwendige, nicht aber hinreichende Voraussetzung. Verfassungsgeboten ist allein die Entscheidungsbefugnisse beinhaltende Bundeszulassung als solche, nicht aber die Kontingentierung auf eine bestimmte Zahl, um so dem verfassungsrechtlichen Merkmal der „Bundesveranlassung“ Rechnung zu tragen.

Überdies wurden nach § 6a Abs. 2, 6 SGB II die zugelassenen kommunalen Träger zur Schaffung einer „besonderen Einrichtung“ verpflichtet, wobei die Anforderungen an eine solche Einrichtung im Gesetz nicht näher definiert worden sind. Das Erfordernis der Gründung einer „besonderen Einrichtung“ ist nicht aus der Sache heraus begründet, sondern dient allein dem Ziel, dem verfassungsrechtlichen Erfordernis des Art. 106 Abs. 8 GG („unmittelbare kommunale Mehrausgaben aus besonderen Einrichtungen“) Rechnung zu tragen.

Da die innerhalb der Einrichtung anfallenden Kosten in weiten Teilen Verwaltungsausgaben sind, ist die Kostenerstattung des Bundes auf diese Ausgaben erstreckt worden.

Von diesem Zeitpunkt an haben alle Akteure zugrunde gelegt, dass damit die Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 8 GG schon nach geltendem Verfassungsrecht erfüllt waren. BMWA-Staatssekretär Rudolf Anzinger fasste mir gegenüber dies in die Worte „no risk, no fun“; Bundesminister Otto Schily antwortete auf meine Frage nach der Vereinbarung mit der Verfassung, man müsse dies mehr aus der anwaltlichen Perspektive sehen. Das Bundesverfassungsgericht hat mit seiner Entscheidung vom 20.12.2007 den 2004 handelnden politischen Akteuren Recht gegeben und lediglich die Frage aufgeworfen, warum denn überhaupt eine Kontingentierung der Option eingeführt worden sei. Von einem verfassungsrechtlich gebotenen Erfordernis einer Befristung der Option ist bei alledem – völlig zu Recht – niemals die Rede gewesen.

III. Ergebnis

Dass es im Vermittlungsverfahren zu einer Kontingentierung und Befristung der Option auf sechs Jahre kam, hat sich als Ergebnis eines politischen Aushandlungsprozesses ergeben. Den Verzicht auf einen freien kommunalen Zugriff auf Dauer, der im Gesetzentwurf von SPD und Grünen zum Kommunalen Optionsgesetz noch enthalten war, hat sich die Unionsseite von der Bundeseite „abkaufen“ lassen, um so die kommunale Trägerschaft für die verbleibenden Optionskommunen als Selbstverwaltungsaufgabe auszugestalten, was mit dem Vermittlungsausschussergebnis vom Dezember 2003 ebenfalls intendiert war.

Verfassungsrechtlich durch Art. 106 Abs. 8 GG geboten war eine solche Beschränkung weder seinerzeit noch heute. Das eigentliche verfassungsrechtliche Problem der Subsumtion des § 6b SGB II unter Art. 106 Abs. 8 GG lag in der Frage, ob es verfassungsrechtlich entgegen Art. 104a Abs. 5 GG erlaubt ist, auch Verwaltungsausgaben vom Sonderbelastungsausgleich zu erfassen. Mit der Erwägung, dass die Sonderbelastungen aus der kommunalen Option zu einem nicht unerheblichen Teil aus Verwaltungsausgaben bestehen, ist der Gesetzgeber 2004 dieses Risiko eingegangen. Es verändert sich nicht dadurch, wenn die Kontingentierung und Befristung der Option aufgehoben werden. ■

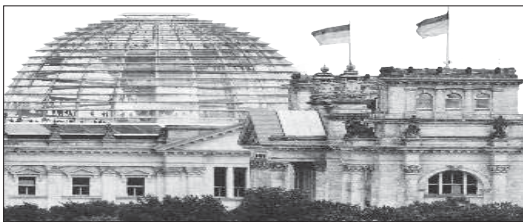
Prof. Dr. Hans-Günter Henneke,
Hauptgeschäftsführer des Deutschen
Landkreistages, Berlin

⁷⁹⁾ BT-Ausschuss-Drs. 15 (09) 1137.

⁸⁰⁾ BR Sten. Ber. 2004/194.

⁸¹⁾ BR Sten. Ber. 2004/207.

⁸²⁾ Ebenso Hilden (Fn. 27), Art. 106 Rdn. 1243, m.w.N. in Fn. 202 f.



Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Verlängerung/Entfristung/Ausweitung des sog. Kommunalen Optionsmodells

– Anmerkungen zur Stellungnahme der Bundesressorts –

Von Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Berlin

Am 18.6.2008 hat der Bund (BMI, BMJ, BMF) auf eine Bitte der Länder eine Beurteilung zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Verlängerung/Entfristung/Ausweitung des sog. Kommunalen Optionsmodells (§§ 6a, 6b SGB II) vorgelegt, nachdem eine diesbezügliche Bitte des Deutschen Landkreistages vom 28.3.2008 unbeantwortet geblieben ist, Bundesarbeitsminister *Olaf Scholz* aber bereits am 20.2.2008 im Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales ausgeführt hatte:

„Man darf die Optionskommunen beibehalten und man darf sie auch verlängern. Die Kommunen werden durch das Urteil des Verfassungsgerichts nicht berührt; sie werden nicht beeinträchtigt, sie werden weitergeführt werden können. Die bleiben erhalten, wenn sie erhalten bleiben wollen. Das kann man als sichere Botschaft mitnehmen.“

Die gemeinsame Stellungnahme der Bundesressorts kommt zu einem anderen Befund.

A. Ausgangssicht

Bereits in der Sachverhaltsschilderung blenden die Bundesressorts aus, dass gesetzlich vorgesehen ist, eine ergebnisoffene Evaluation der unterschiedlichen Trägermodelle durchzuführen. Stattdessen heißt es:

„Das SGB II sieht keine Möglichkeit für eine Verlängerung der Zulassung und keine Regelung für die Zeit nach Ablauf der Zulassung vor. Deshalb müsste auf der Grundlage des geltenden Rechts nach 2010 die Zuständigkeit für die Bundesleistungen in den Optionskommunen wieder an die Agentur für Arbeit zurückfallen.“

Sodann wird allerdings auf den Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD verwiesen, der bei nicht gemeinsamer Bewertung der Koalitionspartner eine Verlängerung im bisherigen Umfang um weitere drei Jahre vorsieht.

Sinn der Optionseinräumung und der Wirkungsforschung war und ist es allerdings nicht, ohne weitere gesetzgeberische Entscheidung zu einem Heimfall der Aufgaben an die BA zu kommen, sondern auf der

Grundlage gesammelter Erfahrungen zu gegebener Zeit seitens des Gesetzgebers eine neue und dauerhafte Entscheidung über die Aufgabenzuständigkeit nach dem SGB II zu treffen.

B. Relevante Verfassungsänderungen

Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung prüfen die Bundesressorts die Zulässigkeit einer Verlängerung/Entfristung/Erweiterung des Kommunalen Optionsmodells zunächst am Maßstab des mit der Föderalismusreform zum 1.9.2006 in Kraft getretenen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG und untersuchen anschließend ihre Vereinbarkeit in finanzverfassungsrechtlicher Hinsicht mit Art. 106 Abs. 8 GG.

I. Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG

Bei der ursprünglichen Regelung der §§ 6a, 6b SGB II existierte Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG noch nicht. In der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung war aber zeitgleich zum Gesetzgebungsverfahren zum Kommunalen Optionsgesetz im ersten Halbjahr 2004 die später in das Grundgesetz eingefügte Regelung bereits verabredet worden. Bei Verabschiedung des KOG mit den §§ 6a - c SGB II wussten die gesetzgebenden Körperschaften also, dass es – im Falle des Erfolgs der Föderalismusreform I – künftig zu einer Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG entsprechenden Regelung kommen würde. Dies wurde seinerzeit offensichtlich nicht als Hinderungsgrund für die in §§ 6a - c SGB II in der Zeitachse geöffneten Regelungen angesehen. Es liegt jedenfalls keine einzige Äußerung vor, die einen Widerspruch zwischen dem Regelungskonzept der §§ 6a - c SGB II und dem zu verbindenden Bundesdurchgriff auf die Kommunen (heute: Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG) ausgemacht hätte. Beides sollte zugleich umgesetzt werden. Diese Zielsetzung ist auch dem Koalitionsvertrag zu entnehmen, der

sowohl ein im Detail ausgearbeitetes Konzept für die Föderalismusreform I einschl. Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG als auch eine Verlängerung der Option nach §§ 6a - c SGB II für den Fall der nicht gemeinsamen Bewertung der Koalitionspartner vorsieht.

II. Art. 106 Abs. 8 GG

Bei den finanzverfassungsrechtlichen Fragen ist die Verfassungslage dagegen im Jahre 2008 nicht anders als seit 1956. D.h.: War die Optionseinräumung finanzverfassungsrechtlich 2004 verfassungskonform, ist sie dies auch heute, ohne dass die 2004 einfachgesetzlich vorgenommene Befristung und Kontingentierung auf 69 zugelassene kommunale Träger in dieser Form eine Verfassungsvorgabe darstellt.

2004 habe ich allerdings aus verschiedenen verfassungsrechtlichen Gründen eine verfassungsrechtliche Absicherung der Optionsfinanzierung für erforderlich gehalten. Darüber ist seinerzeit immerhin ein halbes Jahr intensiv diskutiert worden, bis die rot-grüne Bundesregierung, der Deutsche Bundestag und der Bundesrat zu der Erkenntnis gelangt sind, dass die Finanzierung der zugelassenen kommunalen Träger ohne Verfassungsänderung unmittelbar auf Art. 106 Abs. 8 GG gestützt werden kann. Die zeitliche Befristung der Option hat in diesem Zusammenhang unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten keine Rolle gespielt. Wie sollte sie auch? Entweder ist eine Finanzierungsregelung verfassungskonform oder sie ist es nicht. Die rechtliche Kategorie „ein bisschen verfassungsgemäß, weil in der Geltungsdauer auf sechs Jahre befristet“ existiert dagegen nicht.

III. BVerfG vom 20.12.2007

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 20.12.2007 die Zulässigkeit der Aufgabenwahrnehmung durch zugelassene kommunale Träger nicht tangiert und dabei darauf hingewiesen, dass es keine Gründe sehe, warum eine Befristung auf 69 Kommunen vorgenommen worden sei.

IV. Prüfprogramm der Bundesressorts

Die Bundesressorts versuchen mit ihrer Stellungnahme nun nicht etwa die parallelen Verabredungen aus dem Frühjahr 2004 und im Koalitionsvertrag zu Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG einerseits und §§ 6a - c SGB II andererseits zu harmonisieren und die 2004 maßgebliche Einschätzung, eine Änderung der Finanzverfassung sei zur Finanzierung der zugelassenen Träger nicht geboten, mit zusätzlichen Argumenten zu unterfüttern, sondern unternehmen es stattdessen, sowohl Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG als auch Art. 106 Abs. 8 GG gegen §§ 6a - c SGB II in Stellung zu bringen und setzen sich dabei ausschließlich mit meinen Argumenten auseinander. So soll der Eindruck „Henneke gegen den Rest der Welt“ erweckt werden, heißt es in dem Papier doch wörtlich:

„Für die Vereinbarkeit einer Verlängerung/Entfristung/Ausweitung des sog. Kommunalen Optionsmodells mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG werden – soweit ersichtlich, allerdings nur von einem Autor und mit z. T. divergierender Akzentuierung – Argumente angeführt“,

obwohl sich inzwischen zahlreiche Rechtswissenschaftler für die Vereinbarkeit der erweiterten und entfristeten Option mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG ausgesprochen haben. Zugleich geben die Bundesressorts meine Positionen im Einzelnen dann z. T. verzerrt wieder.

Statt sich auf die nicht auf andere Rechtsmaterien erweiterbare Solitärstellung der §§ 6a - c SGB II in ihrem Verhältnis zu Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG unter Berücksichtigung des Willens des Gesetzgebers und der im Koalitionsvertrag wiedergegebenen Absichten der Koalitionsfraktionen zu beschränken, werden Bedenken gegen eine verallgemeinerte Verwaltungszuständigkeit auf Antrag in die Überlegungen eingeführt. Die generelle verfassungsrechtliche Zulassung eines bundesgesetzlichen „Kommunalen Optionsmodells“ für eine Vielzahl von Aufgaben ist zu keiner Zeit von politischen Entscheidungsträgern auch nur erwogen worden. Dies findet lediglich als Gedanke in einem Aufsatz von *Articus, Ronnecker und Söbbeke* aus dem Herbst 2007 Erwähnung, ohne dass dieser Beitrag anschließend rezipiert worden wäre. Den Bundesressorts ist die völlig aus dem Zusammenhang gerissene Wiedergabe dieser Überlegungen in ihrer Darstellung eine halbe Seite wert, wobei grob falsch suggeriert wird, als bedauerten die genannten Autoren des Deutschen Städtetages, dass Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG dem Fortbestand der Option nach dem SGB II entgegenstehe. Ein solches Bedauern äußern die Autoren mit keinem Wort. Stattdessen spielen sie auf einem ganz anderen Spielfeld: Anstelle von Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG präferieren die Autoren verfassungspolitisch generell-abstrakt ein vertikales Kooperationsmodell zwischen Bund und Kommunen, das mit der hier maßgeblichen SGB II-spezifischen Fragestellung der Verlängerbarkeit und Erweiterbarkeit einer

vor Inkrafttreten des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG geschaffenen singulären Optionsmöglichkeit nichts zu tun hat.

Im Weiteren wird gegen meine Argumentation ein Auftragsgutachten von *von Mutius* ins Feld geführt, der aber auch nur die unbeantwortet gebliebene Frage aufwirft, ob in der Umwandlung der Experimentierklausel in eine Dauerlösung nicht eine Umgehung des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG gesehen werden müsse.

Dass das BVerfG hinsichtlich Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG präzise von einem „absoluten Verbot der Aufgabenübertragung auf die *kommunale Ebene*“ spricht, wird von den Bundesressorts als Akzentuierung eines absoluten und generellen Verbots von bundesgesetzlichen Aufgabenübertragungen an *Kommunen*“ uminterpretiert. Belegt wird diese Uminterpretation eines Aufgabenübertragungsverbots auf die *kommunale Ebene* auf ein solches an *einzelne Kommunen* nicht.

Nach für eine Vereinbarkeit der §§ 6a - c SGB II mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG sprechen den Erwägungen suchen die Bundesressorts an keiner Stelle. Gingen sie so an die sich viel drängender stellende Frage heran, ob der Bund die Bundesagentur für Arbeit nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II mit den sozialversicherungsfremden, steuerfinanzierten Aufgaben der Grundsicherung für Arbeitsuchende betrauen dürfte, stünde das Ergebnis – ein klares Nein – schnell fest. Zu dieser Frage findet sich in der Untersuchung aber kein einziges Wort, obwohl die Optionskommunen ihre optionspezifischen Zuständigkeiten ja anstelle der Bundesagentur für Arbeit ausüben.

Das dann erzielte Zwischenergebnis ist nicht hergeleitet, sondern stellt eine bloße Behauptung dar: Bei der bloßen Verlängerung könne man „mit einem blauen Auge“ davonkommen, gehe aber jedenfalls nicht unerhebliche verfassungsrechtliche Risiken ein. Dies gelte erst recht für eine völlige Entfristung oder gar für die Ausweitung des Kreises der möglichen Optionskommunen.

Die Abstufung des Risikozuwachses von der Verlängerung über die Entfristung bis zur Erweiterung ist in verfassungsrechtlichen Kategorien nicht fassbar. Wenn ausgeführt wird, dass nicht ausgeschlossen sei, dass das Bundesverfassungsgericht eine Verlängerung der Option im Streitfall passieren ließe, ignoriert diese Aussage die positiven Darlegungen des BVerfG zur Option in seiner Entscheidung von 20.12.2007 ebenso wie die verfassungsprozessuale Situation, die einen verfassungsgerichtlichen Streitfall nur bei gegenwärtiger unmittelbarer Selbstbetroffenheit zulässt. Bereits zugelassene oder neu zuzulassende kommunale Träger kommen als Beschwerdeführer gegen die begehrte Entfristung und Erweiterung der Option aber nicht in Betracht. Zutreffend weisen die Bundesressorts in ihrer Stellungnahme auf die fehlende finanzielle Belastung der Kommunen sowie den Umstand hin,

„dass die Aufgabenübertragung durch das Erfordernis einer förmlichen Beantragung der betreffenden Kommunen mit Zustimmung der jeweiligen Obersten Landesbehörde tatsächlich im Einvernehmen aller Beteiligten erfolgt.“

Bei der finanzverfassungsrechtlichen Überprüfung nach Art. 106 Abs. 8 GG formulieren die Bundesressorts eine grob falsche Prämisse:

„§ 6b Abs. 2 S. 2 SGB II normiert damit direkte Finanzbeziehungen zwischen dem Bund und der *kommunalen Ebene*, die der Finanzverfassung entsprechen müssen.“

§ 6b SGB II normiert gerade *keine* direkten Finanzbeziehungen zwischen dem Bund und der *kommunalen Ebene*, da diese nach dem Grundgesetz bewusst nicht vorgesehen sind, sondern einen Sonderlastenausgleich zwischen dem Bund und *einzelnen*, durch die Ausübung der Option besonders belasteten *kommunalen Trägern*.

C. Ist Art. 106 Abs. 8 GG einschlägig?

Dass Art. 106 Abs. 8 GG auf die zugelassenen kommunalen Träger von der Intention her eigentlich nicht passt, habe ich Anfang 2004 ausführlich herausgearbeitet und auch gegenüber der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung dargelegt. Die Verhandlungsführer *Roland Koch* und *Wolfgang Clement* haben sich daraufhin im Februar 2004 auf der Basis eines von mir unterbreiteten Vorschlags auf eine Verfassungsgerganzung in Art. 106 Abs. 8a GG verständigt. Diese Verständigung ist kurz darauf wegen des Widerstandes einer großen Bundestagsfraktion aber wieder obsolet geworden.

In der entscheidenden Phase des Vermittlungsverfahrens waren dann alle handelnden Akteure gegenüber den von mir formulierten Bedenken der Auffassung, das Optionsmodell lasse sich auf Art. 106 Abs. 8 GG geltender Fassung stützen. Ich habe im Dezember 2004 insoweit bewertend ausgeführt (ZSE 2004, 548 (576)):

„Man muss nur fest genug daran glauben, dass damit die Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 8 GG schon nach geltendem Verfassungsrecht erfüllt sind. Ein Staatssekretär der Bundesregierung fasste dies in die Worte: „No risk, no fun“; ein Bundesminister antwortete auf die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Verfassung, man müsse dies mehr aus der anwaltlichen Perspektive sehen. Mit diesem Glückserebnis des Vermittlungsausschusses am 30.6.2004 endet die Gestaltung der handelnden politischen Akteure in der ‚Saga um Hartz IV‘.“

Im Abstand von vier Jahren kann man das Geheimnis um die zitierten Akteure lüften: Bei dem Staatssekretär handelte es sich um den seinerzeitigen Staatssekretär im Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, *Rudolf Anzinger*, in einem Gespräch mit mir am Vormittag des 17.6.2004, unmittelbar bevor im Vermittlungsausschuss erstmals über die dann Gesetz gewordene Regelung beraten wurde. Bei dem Bundesminister handelte es sich um den seinerzeitigen Verfassungsminister und früheren Rechtsan-

walt *Otto Schily*, mit dem am 14.6.2004 ein Gespräch über die Verfassungsmäßigkeit der Optionslösung stattgefunden hat.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinen Darlegungen in der Entscheidung vom 20.12.2007 den Wagemut der Bundesregierung belohnt und gegen §§ 6a - c SGB II keinerlei Bedenken erhoben.

Äußerst sinnverzerrend ist es, wenn in den Darlegungen von BMI, BMJ und BMF seine seinerzeitige Positionierung dadurch diskreditiert werden soll, dass ausgeführt wird:

„Auch wenn derselbe Autor später Bedenken gegen eine (dauerhafte) Finanzierung über Art. 106 Abs. 8 GG als ‚völlig neu‘ bezeichnet hat, haben seine früher geäußerten Einwände nach wie vor Gewicht. Bei einer Ausweitung des Kreises der für eine Optionslösung in Betracht kommenden Kommunen würden die bereits gegen die ursprüngliche Lösung angeführten verfassungsrechtlichen Bedenken noch verstärkt. Sie erhalten vor allem durch die Unterlassung der seinerzeit diskutierten und im Ergebnis unterblebenen Verfassungsänderung zusätzliches Gewicht.“

Das eigentliche verfassungsrechtliche Problem der Subsumtion des § 6b SGB II unter Art. 106 Abs. 8 GG lag in der Frage, ob es verfassungsrechtlich entgegen Art. 104a Abs. 5 GG erlaubt ist, auch Verwaltungsausgaben vom Sonderlastenausgleich zu erfassen. Mit der Erwägung, dass die Sonderbelastungen aus der kommunalen Option zu einem nicht unerheblichen Teil gerade aus Verwaltungsausgaben bestehen, ist der Gesetzgeber 2004 dieses Risiko eingegangen. Es verändert sich nicht dadurch, dass die konkrete Kontingentierung und die Befristung der Option aufgehoben werden.

Das von mir (Der Landkreis 2008, 113 (114)) als „völlig neu“ eingestufte Bedenken bezieht sich dagegen nicht auf diesen Aspekt, sondern auf die Entfristung. Insoweit habe ich wörtlich formuliert:

„*Nahles* fährt sodann fort: ‚Auch für die Ausgestaltung der dauerhaften Finanzierung dieses Modells wäre eine Grundgesetzänderung erforderlich.‘ Die letztgenannte Aussage ist, soweit ersichtlich, in der Diskussion völlig neu.“

Das ist sie in der Tat, denn im Zuge der Diskussion um das Kommunale Optionsgesetz 2004 und seine verfassungsrechtliche Absicherung ging es bis zur Veränderung in der letzten Runde des Vermittlungsausschusses stets um eine dauerhafte Optionsausübung für potenziell alle antragstellenden Kommunen.

Von den Bundesressorts werden im Zusammenhang mit Art. 106 Abs. 8 GG für eine Verfassungswidrigkeit der bereits seit vier Jahren praktizierten und vom BVerfG unbeanstandet gelassenen Regelung vier Argumente angeführt, die sich alle nicht auf die Verlängerung/Entfristung/Ausweitung der Option nach §§ 6a - c SGB II beziehen, sondern allein auf ihre ursprüngliche Konstituierung. Argumentiert wird, dass es sowohl an einer „besonderen Einrichtung“ als auch an einer „Bundesveranlassung“ fehle. Folgt man dieser Auffassung, hätten §§ 6a - c SGB II niemals in das SGB II eingefügt werden dürfen. Auch wäre die im Koalitionsvertrag vorgesehene Verlängerung schlicht verfassungswidrig und zwar unabhängig von der Umsetzung der Ergebnisse der Föderalismuskommission I.

Dass es sich bei Art. 106 Abs. 8 GG um die Anordnung eines Ausgleichs von Sonderbe-

lastungen *einzelner* Gemeinden handelt, die vom allgemeinen Finanzausgleichssystem nicht erfasst werden können, ist richtig, spricht aber weder für eine Kontingentierung auf 69, noch gegen eine Verlängerung oder Entfristung. Dass eine „flächendeckende Regelung im Sinne des Kommunalen Optionsmodells“, mithin für die Gesamtheit der Kommunen, finanzverfassungsrechtlich nicht auf Art. 106 Abs. 8 GG gestützt werden kann und überdies gegen das neu formulierte Aufgabenübertragungsverbot in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG verstieße, steht völlig außer Frage, wird aber auch von niemandem behauptet.

Die von den Bundesressorts BMI, BMJ und BMF gezogene Schlussfolgerung:

„Losgelöst von der hier nicht zu erörternden Frage der finanzverfassungsrechtlichen Tragfähigkeit der geltenden Regelung birgt daher eine Verlängerung und erst recht eine Entfristung und Ausweitung des Optionsmodells erhebliche finanzverfassungsrechtliche Risiken.“

findet in den vorangehenden Darlegungen von BMI, BMJ und BMF also keinerlei Stütze.

D. Ergebnis

An den Darlegungen in dem Beitrag: *Henneke*, Ist die dauerhafte Ausweitung des Optionsmodells nach § 6a SGB II verfassungsrechtlich untersagt?, Der Landkreis 2008, 113 ff., ist daher uneingeschränkt festzuhalten. □

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

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-Organisation¹⁾ eine Bündelung des SGB II-Vollzugs in kommunaler Trägerschaft angezeigt ist²⁾, zu deren Übernahme der Deutsche Landkreistag die Bereitschaft der Kreise erklärt hat³⁾ und insoweit eine verfassungskonforme, ebenso belastungsgerechte wie anreizorientierte Finanzierung aufgezeigt hat⁴⁾, wurde ebenso dargelegt, wie bewusst gestreute verfassungsrechtliche Bedenken gegen die dauerhafte Ausweitung des Optionsmodells widerlegt werden konnten⁵⁾.

Bemerkenswert ist es vor diesem Hintergrund, dass von Seiten des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) immer wieder propagiert wird⁶⁾:

„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 Ertragscharakteristika 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 Jobcenter⁷⁾. 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 Ertragscharakteristika 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 nämlich⁸⁾:

„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*.“

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 an⁹⁾:

„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.“

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

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

²⁾ Dazu ausf.: Henneke, Der Landkreis 2008, 3 f.

³⁾ Henneke, Der Landkreis 2008, 59 ff.

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

⁵⁾ Dazu ausf.: Henneke, Der Landkreis 2008, 113 ff.

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

⁷⁾ Dazu kritisch: Keller, Der Landkreis 2008, 111 f.

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

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

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

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

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

An späterer Stelle fährt das BVerfG fort¹²⁾:

„Das Anliegen, die Grundsicherung für Arbeitssuchende ‚aus einer Hand‘ zu gewähren, ist ein sinnvolles Regelungsziel. Dieses kann aber sowohl dadurch erreicht werden, dass der Bund für die Ausföhrung 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 Außerkräfttreten 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 erfordert¹³⁾. 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 zuzuföhren, wird allgemein als sinnvoll und notwendig angesehen¹⁴⁾. Dem Gesetzgeber muss für eine Neuregelung, die das Ziel einer Bündelung des Vollzugs der Grundsicherung für Arbeitssuchende 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 berücksichtigen¹⁵⁾.“

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 ansieht¹⁶⁾:

„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 unabhängig 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 Nichtigterklärung 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.

1. 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 Auslegungsrundsätze¹⁷⁾.

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 wahrnehmen¹⁸⁾. 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 bestritten¹⁹⁾. Die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende sind keine Sozialversicherungsleistungen, sondern Fürsorgeleistungen des Staates²⁰⁾; die darauf bezogene Verwaltung ist in den Worten des BVerfG folglich eine „geordnete Sozialverwaltung“²¹⁾.

Ebenso wenig wie sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung der

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

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

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

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

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

¹⁷⁾ BVerfGE 63, 1 (35); Dittmann, Die Bundesverwaltung, 1983, S. 243; Hermes, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 87 Rdn. 56; Lerche, in: Maurz/Düing, 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).

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

¹⁹⁾ Brosius-Gersdorf, VSSR 2005, 335 (346 ff.).

²⁰⁾ Brosius-Gersdorf, VSSR 2005, 335 (352).

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

Grundsicherung für Arbeitsuchende aus dem Kompetenzfeld 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 Kompetenzteil fehlt die erforderliche Anknüpfung im SGB II an eine Sozialversicherungsleistung und damit ein Konnex zu dem Titel „Sozialversicherung im verfassungsrechtlichen Sinne“²²). Darauf habe ich bereits 2003 im Vorfeld der Neuregelung hingewiesen²³) 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 konnte²⁴).

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 bundeseigentliche 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 Z. 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 Z. 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 Sachgesetzgebungsbefugnis des Bundes nach Art. 73 ff. GG und gewährt ihm das Recht, die Ausführung der

Bundesgesetze durch Errichtung selbständiger Bundesoberbehörden und neuer bundeseigener 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 besitzen²⁵). 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.²⁶)

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 gefordert²⁷). 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 sind²⁸).

Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG liegt eine restriktive Gesamtintention zugrunde und ist ein „Notbehalf für nicht absehbare Entwicklungen“²⁹). Ob diese Voraussetzungen beim SGB II erfüllt sind, kann mit Fug und Recht bestritten werden³⁰). 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 Verwaltungsstellenbehörden 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 Bestimmung³¹). 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.³²)

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 währenden 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

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

²³) Dazu ausl.: *Henneke*, ZG 2003, 137 (152).

²⁴) Dazu ausl.: *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.; *Ernde*, 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. 54 sowie *Henneke*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hoptauf*, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 87 Rdn. 6.

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

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

²⁷) *BVerfGE* 14, 197 (213 f.).

²⁸) Weitergehend: *Lerche* (Fn. 17), Art. 87 GG Rdn. 213.

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

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

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

³²) *Bröhl*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GKG, 5. Aufl. 2001, Art. 87 GG Rdn. 25; *Blumen*, in: Isenhardt/Kirchhof (Hrsg.), HSR Bd. IV, 2. Aufl. 1999, § 101 Rdn. 80; *Mempel* (Fn. 22), S. 105.

³³) *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*³⁵⁾ 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* darstellt³⁶⁾. 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 Übertragung 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 ausgeführt³⁷⁾:

„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 es³⁸⁾:

„Die Übertragung der Aufgabe... wahrst 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 herausgearbeitet³⁹⁾:

„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, 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 kommt⁴⁰⁾. 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, wengleich über den Versicherungsbereich hinausgehenden Aufgabenbestandes der Bundesagentur handle 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 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.

Im 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 Sozialhilfefempfänger – 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 handle 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 nummehr 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

³⁵⁾ *Burgi* (Fn. 31), Art. 87 GG Rdn. 63; dazu auch *Mempel* (Fn. 22), S. 104.

³⁶⁾ BVerfGE 97, 198 (218).

³⁷⁾ BVerfGE 97, 198 (224 f.).

³⁸⁾ BVerfGE, DVBl. 2007, 173 (179) = NvWZ 2008, 183 (187 f.) = Der Landkreis 2008, 5 (9).

³⁹⁾ Ebenso *Mempel* (Fn. 22), S. 104; dars., *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 Sozialhilfeeinheiten 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** hätte, 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.

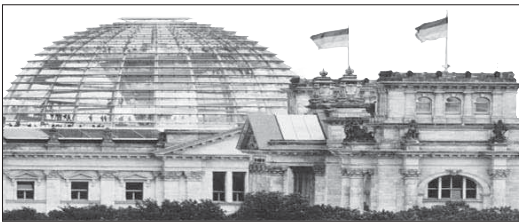
Wir wollen dann – und das ist für viele kommunale Verantwortliche sicherlich ganz interessant und eine wichtige Aussage – das **Angebot** machen, dass wir die Mitarbeiterinnen und **Mitarbeiter**, die sich mit der Frage Alg II-Auszahlung oder Arbeitsermittlung beschäftigen, **übernehmen**. Das ist die 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



Arge-Regelungsprobleme: Wege zu einer verfassungskonformen SGB II-Organisation^{*)}

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 sollen 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

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 Änderungsvorschlag 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 Aufgabenwahrnehmung 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).

^{*)} 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 Kompetenzzuteilung 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 nichtig, 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 II legitimiert, nicht aber für die neu geformte Sozialverwaltungsaufgabe 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 Arbeitsuchende 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 Ausnahmecharakters 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 Verwaltungsaufbau 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“ handle. 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 durchschritten, 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 Arbeitsuchende 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 Landes 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 ermöglichen 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,
Hauptgeschäftsführer des Deutschen
Landkreistages, Berlin

Art. 84 GG – Klare Verantwortungszuordnung oder neue Vernetzungsstrategien?

1. Problemaufriss

Seit dem Inkrafttreten der Föderalismusreform im Sommer 2006 ist geklärt, dass der Bund die Kommunen nicht zu Aufgabenträgern bestimmen darf. Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG und Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG bestimmen wortgleich: „Durch Bundesgesetz dürfen Gemeinden und Gemeindeverbände den Aufgaben nicht übertragen werden.“ Die Probleme, die sich vor allem in finanzieller Hinsicht aus dem Aufgabendurchgriff des Bundes auf die Kommunen ergeben, könnten damit gelöst sein. Aus dem Kreise der Mitglieder der Gemeinsamen Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnungen wird die Auffassung vertreten, dass mit dieser Grundgesetzänderung „das Gravamen“ der Kommunen erledigt gewesen sei. Die Kommunen hätten bereits zu einem frühen Zeitpunkt als Gewinner der Reform des Bundesstaates festgestanden¹⁾.

Ist aber durch die Ergänzung des Grundgesetzes ein Kosten verursachender Durchgriff des Bundes auf die Kommunen wirklich ausgeschlossen? Dann käme das in den Landesverfassungen verankerte Konnexitätsprinzip nunmehr auch in dem in der Staatspraxis wichtigsten Bereich zur Anwendung, weil die Länder die Kommunen mit dem Vollzug von Bundesgesetzen beauftragen und ihnen entsprechende Mittel zur Verfügung stellen müssten. Der Grundsatz: „Wer bestellt, bezahlt!“ würde umgesetzt, weil die Länder über ihre Mitwirkung im Bundesrat darüber entscheiden, ob Bundesgesetze verabschiedet werden und wie kostspielig deren Vollzug ist. Oder handelt es sich bei der Verankerung des Aufgabenübertragungsverbots im Grundgesetz eher um Verfassungskosmetik, die keine großen Auswirkungen auf die Staatspraxis haben wird?

Die Antwort auf diese Frage ist keineswegs eindeutig. Konzentrieren muss sie sich auf die Frage nach der Zulässigkeit der Erweiterung von Aufgaben, die der Bundesgesetzgeber unter der früheren Verfassungsrechtslage auf die Kommunen übertragen hat. Der Bundesgesetzgeber steht vor dem Problem, ob er die Kommunen mit dem Vollzug materiellrechtlicher Erweiterungen bestehender Aufgaben betrauen darf. Zu klären ist, ob eine solche Aufgabenerweiterung von der Fortgeltung bundesgesetzlich begründeter Zuständigkeiten der Kommunen gemäß Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG er-

Von Prof. Dr. Joachim Wieland, Speyer

fasst wird. Der Streit hat sich an Regelungen einer Weihnachtsbeihilfe im Sozialhilferecht und an der umstrittenen Finanzierung erweiterter Maßnahmen zur Kinderbetreuung entzündet²⁾. Im Folgenden werde ich die verfassungsrechtliche Problematik eines Durchgriffs des Bundes auf die Kommunen aufzeigen (2.) und die Bedeutung der Verfassungsergänzung aus dem Jahre 2006 herausarbeiten (3.).

2. Durchgriff des Bundes

Vor der Verfassungsänderung 2006 wurde bestritten, dass die Zuweisung kosten-trächtiger Aufgaben an die Kommunen durch den Bundesgesetzgeber die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung berührt. In der Literatur hatte sich aber im Laufe der Zeit die Auffassung durchgesetzt, dass ein solcher Aufgabendurchgriff zwangsläufig wie ein Entzug freiwilliger Selbstverwaltungsangelegenheiten wirke, weil die Kommunen ihre finanziellen Mittel nicht mehr für Aufgaben der Selbstverwaltung, sondern für die ihnen vom Bund neu übertragenen oder ausgeweiteten Aufgaben einsetzen müssten³⁾.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in seinem Urteil vom 20.12.2007 nun deutlich zwischen der Reichweite der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden und derjenigen der Gemeindeverbände unterschieden⁴⁾. Während die Verfassung in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG selbst die Aufgaben der Gemeinden beschreibe, lege das Grundgesetz die Aufgaben der Kreise nicht fest, sondern überlasse dies dem Gesetzgeber. Er verfüge bei der Regelung des Aufgabenbereichs der Kreise über einen Gestaltungsspielraum. Dessen Grenze verlaufe erst dort, wo die verfassungsrechtliche Selbstverwaltungsgarantie der Kreise entwertet würde. So dürfe der Gesetzgeber die Selbstverwaltung der Kreise nicht dadurch unterlaufen, dass er ihnen keine Aufgaben zuweise, die in der von der Verfassung selbst gewährten Eigenverantwortlichkeit wahrgenommen werden könnten. Vielmehr müsse der Gesetzgeber auch den Kreisen einen Mindestbestand an Aufgaben zuweisen, die sie unter vollkommener Ausschöpfung der auch ihnen gewährten Eigenverantwortlichkeit erledigen könnten. In diesem Sinne sieht das BVerfG das Recht der Selbstverwaltung der Gemeindeverbände

aus Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG für die Ausgestaltung ihres Aufgabenbereichs nur eingeschränkt gewährleistet.

Das Gericht hat seine Interpretation der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeindeverbände konkret in dem Sinne interpretiert, dass das Grundgesetz ihnen eine Zuweisung von Aufgaben in den eigenen Wirkungskreis neben der Zuweisung staatlicher Aufgaben garantiere. Auch sie müssten über einen Bestand an überörtlichen, kreiskommunalen Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises verfügen, der für sich genommen und im Vergleich zu den zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein Gewicht habe, das der institutionellen Garantie der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften gerecht werde. Das sei nicht mehr der Fall, wenn ihnen neben einem Schwergewicht an Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis „nur ganz randständige, in Bedeutung und Umfang nebensächliche Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises zugewiesen werden würden“⁵⁾. In diesem Fall wäre die Garantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG durch den Gesetzgeber umgangen und entwertet.

Das in diesem Sinne eingeschränkte Selbstverwaltungsrecht der Gemeindeverbände hat naturgemäß Auswirkungen auf ihren Schutz gegen kosten-trächtige Aufgabenübertragungen durch den Bund. Zwar räumt das BVerfG zum ersten Mal ausdrücklich ein, dass nicht nur ein Entzug von Aufgaben, sondern auch eine Aufgabenzuweisung in das Recht auf Selbstverwaltung eingreifen kann, wenn dadurch die Möglichkeit eingeschränkt werde, Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen, die zum verfassungsrechtlich geschützten Aufgabenbestand gehörten. Das BVerfG schließt sich insoweit der Rechtsprechung zahlrei-

¹⁾ Röttgen/Boehl, Abweichung statt Zustimmung. Die Re-Adjustierung des Verhältnisses von Bundestag und Bundesrat durch Änderung des Art. 84 GG, in: Holt-schneider/Schön (Hrsg.), Die Reform des Bundesstaates, 2007, S. 17 ff (28).

²⁾ Dazu Henneke, NdsVBl. 2008, 1 (3).

³⁾ So schon Schoch/Wieland, Finanzierungsverantwortung für gesetzgebereichs veranlasste kommunale Aufgaben, 1995, S. 38 ff. und 105 ff. zum weiteren Gang der Diskussion Schoch/Wieland, Kommunale Aufgabenträgerschaft nach dem Grundgesetzgesetz, 2003, S. 25 ff. und Schoch, DVBl. 2007, 261 f., jeweils mit weiteren Nachweisen zum Meinungsstand.

⁴⁾ BVerfG, Urteil vom 20.12.2007, Az. 2 BvR 2433 und 2434/04, Rn. 116 ff.

⁵⁾ BVerfG, Urteil vom 20.12.2007, Az. 2 BvR 2433 und 2434/04, Rn. 117.

cher Landesverfassungsgerichte an⁹⁾. Das Gericht stellt auch fest, dass bei Gemeinden die Selbstverwaltungsgarantie bereits dadurch garantiert werde, dass eine Aufgabenzuweisung es ihnen erschwere, neue Selbstverwaltungsaufgaben zu übernehmen. Zur Begründung verweist das BVerfG mit Recht auf das Zugriffsrecht der Gemeinden auf alle Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft, die nicht anderen Verwaltungsträgern rechtmäßig zugewiesen sind. Dieses Zugriffsrecht bildet den Kern der gemeindlichen Selbstverwaltung¹⁰⁾.

Die Rechtsposition der Kreise sieht das BVerfG aber deutlich schwächer: Sie können sich nur unter besonderen Umständen gegen eine Aufgabenzuweisung durch den Gesetzgeber wehren. In der Regel gewährt ihnen Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG keinen Abwehranspruch gegen Veränderungen ihres gesetzlichen Aufgabenbestandes. Es soll sogar eine Vermutung gegen einen Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht sprechen. Weil die Gemeinden von der Verfassung auf einen gesetzlich beschriebenen Aufgabenbestand verwiesen würden, bedeute dessen Änderung in aller Regel nicht einen Eingriff in den verfassungsrechtlich garantierten Aufgabenbestand, sondern nur eine neue Umschreibung seines Umfangs. Das BVerfG will einen Eingriff in das verfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltungsrecht der Gemeindeverbände erst dann annehmen, wenn die Übertragung einer neuen Aufgabe ihrer Verwaltungskapazitäten so sehr in Anspruch nehme, dass sie nicht mehr ausreichen, um einen Mindestbestand an zugewiesenen Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises wahrzunehmen. Diesen Mindestbestand sieht es dadurch gekennzeichnet, dass er für sich genommen und im Vergleich zu den den Kreisen zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein Gewicht aufweisen muss, das ihrer institutionellen Garantie als Selbstverwaltungskörperschaften gerecht wird. Außerhalb eines solchen Mindestbestandes an echten Selbstverwaltungsaufgaben schützt Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG nach Auffassung des BVerfG die Kreise nicht gegen Aufgabenziehungen und -zuweisungen. In diesem Zusammenhang wiederholt das Gericht seine Feststellung, dass den Gemeindeverbänden anders als für die Gemeinden kein bestimmter Aufgabenbereich unmittelbar durch die Verfassung zugewiesen sei. Erst wenn Kreise nachprüfbar dargelegt hätten, dass sie in der Erfüllung ihrer Selbstverwaltungsaufgaben ernsthaft beeinträchtigt seien, könne eine Verletzung des Wesensgehalts der Selbstverwaltung der Kreise durch Eingriffe in den Aufgabenbestand ausnahmsweise angenommen werden¹¹⁾.

Mit dieser Interpretation des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG weicht der Zweite Senat des BVerfG von seiner früheren Rechtsprechung ab: Noch 1991 hatte er betont, dass für das

Recht der Gemeindeverbände aus Art. 2 Abs. 2 GG „nichts grundsätzlich anderes als für die Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG“ gelte¹²⁾, dass sie also vergleichbar gegen eine Aufgabenzuweisung durch den Staat geschützt seien. Dementsprechend geht die Literatur von einem Abwehrrecht auch der Gemeindeverbände gegen die Zuweisung kostenträchtiger Aufgaben durch den Bundesgesetzgeber aus. Danach liegt in der Aufgabenzuweisung ohne entsprechende staatliche Kostendeckung stets ein Eingriff, weil die benötigten Finanzmittel nicht mehr für die Selbstverwaltung verfügbar sind. Der Gesetzgeber hat danach nicht nur den Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie, sondern auch das Aufgabenverteilungsprinzip und das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit des Handelns der Gemeindeverbände zu beachten. Zudem darf nur der zuständige Gesetzgeber in die Selbstverwaltungsgarantie eingreifen¹³⁾.

Dagegen sieht der Zweite Senat Gemeindeverbände gegen staatliche Aufgabenzuweisungen nur noch dann durch Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG geschützt, wenn diese eine Verletzung des Kernbereichs oder Wesensgehalts der Selbstverwaltung darlegen können. Selbst gravierende finanzielle Folgen einer Aufgabenzuweisung durch den Staat werden aber regelmäßig nicht den Kernbereich oder Wesensgehalt der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeindeverbände verletzen. Die vom BVerfG aufgestellten Anforderungen – nachprüfbarer Darlegungen, dass die Erfüllung eines Mindestbestandes an Selbstverwaltungsaufgaben ernsthaft beeinträchtigt sei – sind so hoch, dass ihre Erfüllung in der Staatspraxis weiterhin eine theoretische Möglichkeit bleiben dürfte.

Auch Art. 84 Abs. 1 GG legt das BVerfG in seinem Urteil vom 20.12.2007 wenig kommunalfreundlich aus. In seiner bisherigen Rechtsprechung ist es davon ausgegangen, dass das Kommunalrecht in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt. Die Einschaltung von Kommunen in den Vollzug von Bundesgesetzen durch den Bundesgesetzgeber ist danach immer nur als punktuelle Annexregelung zum materiellen Recht zulässig, wenn sie für einen wirksamen Vollzug des Bundesgesetzes notwendig ist¹⁴⁾. Im Rahmen einer kommunalen Verfassungsbeschwerde konnten die Kommunen dementsprechend bislang auch rügen, dass der Bund mit einer Regelung über seine Gesetzgebungskompetenz hinausgegangen sei. Dieser Rechtsprechung liegt die Feststellung zugrunde, dass die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes aus Art. 70 ff. GG ihrem Inhalt nach das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitbestimmen und deshalb in einer kommunalen Verfassungsbeschwerde zulässigerweise zum Streitgegenstand gemacht werden können¹⁵⁾.

Im Urteil vom 20.12.2007 klingt das nun deutlich anders. Danach schützte Art. 84 Abs. 1 GG a.F. nicht einen Mindestbestand kommunaler Selbstverwaltungsaufgaben. In ihrer alten Fassung habe die Vorschrift nicht dazu gedient, den Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung zu erhalten. Vielmehr habe sie nur die Länder von einem unzulässigen Eingriff des Bundes in ihre Verwaltungszuständigkeit schützen sollen. Art. 84 GG a.F. habe die Ausgestaltung der Landeseigenverwaltung betroffen und einen wirksamen Vollzug von Bundesgesetzen ermöglichen sollen. So verstanden genügt Art. 84 Abs. 1 GG a.F. nach Auffassung des Zweiten Senats nicht den Anforderungen an einen zulässigen Prüfungsmaßstab im Rahmen der Kommunalverfassungsbeschwerde. In diesem Rahmen können andere Verfassungsnormen als Art. 28 Abs. 2 GG nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG nur dann als Prüfungsmaßstab herangezogen werden, wenn sie ihrem Inhalt nach das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitzubestimmen geeignet sind¹⁶⁾. Die Rüge einer Verletzung von Art. 84 Abs. 1 GG a.F. oder von Vorschriften über die Gesetzgebung des Bundes könne nur in dem Rahmen erhoben werden, den der Garantiegehalt des Art. 28 Abs. 2 GG eröffne. Sie sei insoweit akzessorisch. Soweit eine andere Norm des Grundgesetzes einen Bezug zur Selbstverwaltungsgarantie aufweise, werde sie nur so weit zum Prüfungsmaßstab, wie sie sich als Konkretisierung des Art. 28 Abs. 2 GG darstelle.

Da das BVerfG Art. 84 Abs. 1 GG a.F. keinen Schutzgehalt zu Gunsten der Kommunen zuspricht, kommt die Vorschrift aus der Sicht des Zweiten Senats folgerichtig als Prüfungsmaßstab nicht in Betracht. Der Senat geht allerdings mit keinem Wort darauf ein, warum nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG die Art. 70 ff. GG mit ihren Aussagen zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes ihrem Inhalt nach das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitbestimmen haben, während die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 84 Abs. 1 GG a.F. diese Voraussetzung nicht erfüllt. Dem Senat ist die restriktive Wirkung seiner neuen Dogmatik durchaus bewusst. Er be-

⁹⁾ NWVerfGH, NVwZ-FR 1993, 486 (487); NVwZ 1996, 1100; NVwZ 2001, 912 (914); SachsAnhVerfG, NVwZ-FR 1999, 393 (396); aus der Literatur Schoch, in: Henneke/Meyer (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung zwischen Bewahrung, Bewahrung und Entwicklung, 2006, S. 11 (40).

¹⁰⁾ BVerfG, Urteil vom 20.12.2007, Az. 2 BvR 2433 und 2434/04, Rn. 118 f.

¹¹⁾ BVerfG, Urteil vom 20.12.2007, Az. 2 BvR 2433 und 2434/04, Rn. 119 ff.

¹²⁾ BVerfGE 83, 363 (383).

¹³⁾ Schoch/Wieland, Kommunale Aufgabenträgerschaft nach dem Grundicherungsgesetz, 2003, S. 26 ff. m. w. N.

¹⁴⁾ BVerfGE 22, 180 (210); 77, 288 (299).

¹⁵⁾ BVerfGE 56, 298 (310).

¹⁶⁾ BVerfGE 91, 228 (242); st. Rspr.

tont ausdrücklich, dass es eine Reihe von Konstellationen geben könne, in denen Verfassungsverstöße von den Kommunen im Rahmen der kommunalen Verfassungsbeschwerde nicht geltend gemacht werden könnten, selbst wenn sie noch so offensichtlich seien. Zur Überprüfung gestellt werden könnten entsprechende Normen nur im Wege der abstrakten oder konkreten Normenkontrolle¹⁴⁾. Was die Frage der Zulässigkeit einer Erweiterung von Aufgaben angehe, die der Bundesgesetzgeber den Kommunen unter der früheren Verfassungsrechtslage übertragen habe, sieht das BVerfG Fragen namentlich des Übergangsrechts des Art. 125a GG betroffen. Diese Fragen werden jedoch ausdrücklich nicht erörtert, sondern bleiben späteren Verfahren vorbehalten¹⁵⁾.

Die Ausführungen des Zweiten Senats des BVerfG zur begrenzten Reichweite der Selbstverwaltungsgarantie der Kreise stellen diese deutlich schlechter als Gemeinden. Wie das BVerfG in seiner berühmten Rastede-Entscheidung zu Recht festgestellt hat, wird ein minimaler Schutz des Kernbereichs der Selbstverwaltung der Bedeutung der verfassungsrechtlichen Garantie nicht gerecht. Er greife erst dann ein, wenn der Minimumstandard schon erreicht wäre. Dieser würde allenfalls verteidigt, nicht jedoch verhindert¹⁶⁾. Es ist kein überzeugender Grund ersichtlich, warum die Selbstverwaltung der Kreise weniger schutzbedürftig sein sollte als die Selbstverwaltung der Gemeinden. Dementsprechend hat das Gericht noch 1991 den Landkreisen genau wie den kreisfreien Städten Schutz vor Aufgabenzuweisungen aus Art. 28 Abs. 2 GG gewährt¹⁷⁾. Der vom Zweiten Senat nunmehr skizzierte Minimalschutz der Gemeindeverbände wird dem Ziel und dem Inhalt der Gewährleistung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG ebenso wenig gerecht wie es eine entsprechende Interpretation der gemeindlichen Selbstverwaltung würde. Auch mit dem zweiten Satz des Art. 28 Abs. 2 hat der Verfassungsgeber das Ziel der Stärkung der dezentralen Verwaltungsebene verfolgt. Zwar ist dem BVerfG darin zuzustimmen, dass der Gesetzgeber mit dem Recht zur Aufgabenzuweisung an die Gemeindeverbände über einen weiteren Handlungsspielraum verfügt, als es ihm gegenüber den Gemeinden zusteht. Den hat er in allen Kreisordnungen zur Normierung aufgabenrechtlicher Generalklauseln genutzt¹⁸⁾ und damit den Schutzzumfang der institutionellen Garantie der Selbstverwaltung für Landkreise zum Ausdruck gebracht. Dem Schutzgehalt der so umrissenen Garantie widerspräche es, wenn Gemeindeverbände dem Zugriff des Gesetzgebers in Form der des staatlichen Aufgabendurchgriffs weithin ungeschützt ausgesetzt wären. Vielmehr muss auch insoweit die institutionelle Garantie der Selbstverwaltung eine in der Staatspraxis wirksame Schutzwirkung entfalten.

3. Verfassungsergänzung 2006

Ob der Bundesgesetzgeber zukünftig Aufgabengaben, die er den Kommunen unter der alten Verfassungsrechtslage übertragen hat, erweitern darf, ist nach dem Urteil des BVerfG vom 20.12.2007 eine Frage des Übergangsrechts, das in Art. 125a GG normiert ist. Zur Auslegung dieser Vorschrift hat sich das BVerfG bewusst noch nicht geäußert¹⁹⁾. Nach der Verfassungsergänzung 2006 ergibt sich aus Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG ebenso wie aus der gleichlautenden Vorschrift des Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG nunmehr zwar eindeutig, dass der Bundesgesetzgeber den Kommunen keine neuen Aufgaben mehr übertragen darf. Ob er aber bestehende Aufgaben erweitern darf, hängt von der Auslegung des Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG ab. Danach gilt Recht, das als Bundesrecht erlassen worden ist, aber wegen der Änderung des Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG oder des Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte, als Bundesrecht fort. Es kann durch Landesrecht ersetzt werden (Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG).

Es ist jedoch eher unwahrscheinlich, dass ein Landesparlament aus eigenem Antrieb die bundesgesetzliche Aufgabenzuweisung durch eine landesgesetzliche ersetzen wird und so die Rechtswirkungen des Konnexitätsprinzips der jeweiligen Landesverfassung in Kraft treten lässt. In der Staatspraxis wird sich eher die Situation ergeben, dass der Bundesgesetzgeber den Kommunen bereits übertragene Aufgaben vor allem im sozialen Bereich durch Änderungen des materiellen Rechts erweitert und sie dadurch mit zusätzlichen Kosten belastet. In der Literatur wird eine solche materiellrechtliche Erweiterung bestehender Aufgaben als unzulässig angesehen, weil sie vom Verbot der Aufgabenübertragung in Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG und Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG erfasst sei. Die Fortgeltungsanordnung des Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG sei nicht zukunftssoffen und dynamisch²⁰⁾. Nach der Gegenauffassung soll die Erweiterung bestehender Aufgaben, die den Kommunen bereits übertragen sind, nicht vom Verbot der Aufgabenübertragung erfasst werden. Zur Begründung wird auf die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 125a Abs. 2 GG hingewiesen²¹⁾. Danach bleibt der Bund für die Änderung einzelner Vorschriften, nicht aber für eine grundlegende Neukonzeption zuständig, wenn Recht, das bis zum 15.11.1994 erlassen worden ist, wegen der seinerzeit erfolgten Änderung des Art. 72 Abs. 2 GG nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte²²⁾.

Folgte man der letztgenannten Auffassung, liefen die Übertragungsverbote in Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG und Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG weitgehend leer, weil der Bundesgesetzgeber in der Vergangenheit zur Begründung von Zuständigkeiten der Kom-

munen im Sozialbereich von seinem behaupteten Durchgriffsrecht umfassend Gebrauch gemacht hat. Das hat zur Folge, dass eine Übertragung neuer kosten trächtiger Aufgaben an die Kommunen in der Staatspraxis kaum zur Diskussion stehen wird. Zu erwarten sind vielmehr Modifizierungen und eben auch Erweiterungen bestehender Aufgaben, die den Kommunen lange vor der Verfassungsänderung durch den Bundesgesetzgeber übertragen worden sind. Der durch die Verfassungsergänzung 2006 erstrebte Schutz der Kommunen vor einem Aufgabendurchgriff greife also bei einer extensiven Interpretation des Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG kaum oder überhaupt nicht. Eine solche weite Auslegung der Übergangsvorschrift böte zudem einen Anreiz für den Bund, keine formell „neuen“ Sozialleistungen zu schaffen, sondern inhaltlich „neue“ Leistungen als „alte“ zu etikettieren. Der gesetzgeberischen Phantasie dürften insoweit wenig Grenzen gesetzt sein. Letztlich wird nur das BVerfG in einer neuen Entscheidung verbindlich klären können, wie Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG zu verstehen ist. Nach dem Urteil vom 20.12.2007 steht jedenfalls außer Zweifel, dass die Lösung des Problems in dieser Vorschrift liegt, auf die sich dementsprechend zukünftig die Aufmerksamkeit der Wissenschaft richten sollte. ■

Prof. Dr. Joachim Wieland,
Deutsche Hochschule für
Verwaltungswissenschaften Speyer

¹⁴⁾ BVerfG, Urteil vom 20.12.2007, Az. 2 BvR 2433 und 2434/04, Rn. 129.

¹⁵⁾ BVerfG, Urteil vom 20.12.2007, Az. 2 BvR 2433 und 2434/04, Rn. 136.

¹⁶⁾ BVerfGE 79, 127 (148).

¹⁷⁾ BVerfGE 83, 363 (384).

¹⁸⁾ § 2 I KrO BW; Art. 4 LKrO Bay; § 2 I 1 LKrO Bbg; § 2 I KrO Hess; § 89 I, II KrV MV; § 2 I KrO Nds.; § 2 I KrO NW; § 2 I 1 LKrO Rh-Pf; § 140 KStVG Saar; § 2 I LKrO Sachs; § 2 I LKrO S-Anh; § 2 I KrO S-Anh; § 2 I 1 KrO Schl.-H; § 86 I, II ThürKO.

¹⁹⁾ BVerfG, Urteil vom 20.12.2007, Az. 2 BvR 2433 und 2434/04, Rn. 136.

²⁰⁾ Henneke, Art. 84 Rn. 27; in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hoptauf, GG, Kommentar, 11. Auflage 2008; ZG 2007, 21; NdsVbl. 2008, 1 (4) jeweils m.w.N. und Schoch, DVBl. 2007, 261 (263).

²¹⁾ Maiwald, Art. 125a, Rn. 3; in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hoptauf, GG, Kommentar, 11. Auflage 2008.

²²⁾ BVerfGE 111, 226 (269).

Stärkung der Ebenenverantwortung oder Eröffnung von Umgehungsstrategien?

Zur Bedeutung der Art. 84 Abs. 1, 104a und 115 GG für die Stellung der Kommunen im Bundesstaat

Auf Einladung von Landrat Georg Gorrisen fand das diesjährige Professorengespräch des Deutschen Landkreistages am 4./5.3.2008 im Kreishaus des Kreises Segeberg statt. Gesprochen wurde auf der Grundlage von fünf Referaten über kommunale Selbstverwaltung im Zeichen der Föderalismusreform. Die Referate von Prof. Dr. Joachim Wieland¹⁾ und Prof. Dr. Rudolf Wendt²⁾ sind in diesem Heft abgedruckt. Das Referat von Prof. Dr. Winfried Kluth ist nachstehend wiedergegeben. Die Gesprächsleitung lag wiederum in den Händen von Prof. Dr. Helmut Schulze-Fielitz (Würzburg) und Prof. Dr. Friedrich Schoch (Freiburg), der auch das Gesprächsfazit zog³⁾. Die um Materialien angereicherte Tagungsdokumentation, die auch die Referate von Prof. Dr. Hermann Pünder (Hamburg) zur Begrenzung der Kreditaufnahme und von Prof. Dr. Martin Burgi (Bochum) zur Verwaltungskooperation sowie die darauf bezogene Diskussion enthält, erscheint in Kürze als Bd. 33 – wie bisher⁴⁾ in den Schriften zum deutschen und europäischen Kommunalrecht⁵⁾.

A. Art. 84 Abs. 1 i.V.m. Art. 125a Abs. 1 GG – Aufgabenübertragung des Bundes auf die Kommunen

Eingangs der Diskussion befasst sich Ehlers mit der Frage des Prüfungsmaßstabs für kommunale Verfassungsbeschwerden. Die Entscheidung des BVerfG vom 20.12.2007 habe gezeigt, dass insoweit immer noch Unsicherheiten über den Prüfungsmaßstab bestünden. Bei Individualverfassungsbeschwerden gehe das BVerfG in der Begründetheitsprüfung – anders als bei Kommunalverfassungsbeschwerden – auch auf nicht gerügte Grundrechtsverstöße und sonstige Normen des Verfassungsrechts ein. In der Hartz IV-Entscheidung sage das BVerfG dagegen ausdrücklich, dass dies nicht für kommunale Verfassungsbeschwerden gelte. Das BVerfG halte sich für nicht befugt, in der Begründetheitsprüfung ein weites Prüfraster anzulegen. Andere Normen als die Selbstverwaltungsgarantie könnten nur geprüft werden, wenn sie das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitbestimmen. Das sei ein sehr unbestimmter Maßstab.

Von Prof. Dr. Hans-Günter Henneke,
Berlin

Ehlers wies darauf hin, dass zwei Entscheidungen des VerfGH NW zeigten, welche Spannweite insoweit möglich sei. Im Dezember 2007 habe der VerfGH NW zum kommunalen Finanzausgleich⁶⁾ entschieden, dass zu den Vorschriften, die das Selbstverwaltungsbild mitbestimmen, auch das Rechtsstaatsprinzip gehöre. Um eine Kollision mit der bundesstaatlichen Kompetenzordnung zu vermeiden, müsse die Selbstverwaltungsgarantie der nordrhein-westfälischen Verfassung in Einklang mit bundesrechtlichen Normen und Gesetzgebungsbefugnissen ausgelegt werden. Das sei ein denkbar weiter Ansatz. Damit bestimme das ganze Bundesrecht das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen in Nordrhein-Westfalen mit. Folge dieses Prüfungsmaßstabs sei es, das den Kommunen mehrere 100 Mio. € vom Land zu erstatten seien. Andere Akzente habe der VerfGH NW in einer Entscheidung zur Landschaftsschutzverordnung gesetzt. Insoweit sei behauptet worden, dass die LandschaftsschutzVO nicht auf ein Gesetz gestützt werden könne. Der VerfGH NW habe hierzu entschieden, dass nur der allgemeine gesetzliche Rahmen dahingehend überprüft werden könne, ob er das Bild der kommunalen Selbstverwaltung mitzubestimmen geeignet sei. Die Überprüfung, ob eine Verordnung ihre Grundlage in einem bestimmten Gesetz finde, gehöre nicht dazu. Diese beiden Beispiele zeigten, dass man zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen kommen könne. Insofern seien hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs noch viele Fragen offen.

Henneke hob hervor, dass das BVerfG erstmals anerkannt habe, dass eine Aufgabenübertragung einen Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie darstelle. Die Landesverfassungsgerichte hätten dieses in der Vergangenheit längst anerkannt. Sodann kritisierte er das BVerfG insoweit, als es zu einer unterschiedlichen Eingriffswirkung für Gemeinden und Kreise gekommen sei. Das BVerfG habe die Eingriffswirkung nicht an der Aufgabenübertragung als solcher gemessen, sondern an den Folgewirkungen

für die grundsätzlich garantierten Aufgaben. Da dazu bei den Kreisen ein verfassungsunmittelbares Aufgabenzugriffsrecht nicht gehöre, komme das BVerfG zu dem Ergebnis, dass ein und dieselbe Regelung, nämlich die Aufgabenträgerbestimmung für Kreise und kreisfreie Städte, für 116 kreisfreie Städte zu einem rügefähigen Eingriff führe, während bei den 313 Kreisen dieselbe Regelung keine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts herbeiführe. Bisherige Aufgabenzuweisungen in Bundesgesetzen seien – abgesehen vom BauGG – immer Zuständigkeitsbegründungen für Kreise und kreisfreie Städte gleichermaßen gewesen. Dies gelte etwa für das Grundrechtsgesetz, das KJHG, das BSHG, das SGB II und das SGB XII. Wenn Kreise und kreisfreie Städte durch ein und denselben Rechtsakt in Pflicht genommen würden, könnten die Rechtswirkungen nicht verschieden sein. Das sei ein Aspekt, der bei der Konzipierung der neuen Dogmatik nicht berücksichtigt worden sei.

Dennoch riet Henneke davon ab, die Wirkungen der BVerfG-Entscheidung vom 20.12.2007 zu dramatisieren. Das Selbstverwaltungsrecht bestehe aus den beiden Elementen des Aufgabenbestandes und der Eigenverantwortlichkeit. Letzteres sei für Ge-

¹⁾ Wieland, in diesem Heft, 184 ff.

²⁾ Wendt, in diesem Heft, 188 ff.

³⁾ Schoch, in diesem Heft 214 ff.

⁴⁾ Henneke (Hrsg.), Stärkung der kommunalen Handlungs- und Entfaltungsspielräume (Gespräch 1994); Aktuelle Entwicklungen der inneren Kommunalverfassung (Gespräch 1995); Steuerung der kommunalen Aufgabenverantwortung durch Finanz- und Haushaltsrecht (Gespräch 1996); Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung (Gespräch 1997); Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet? (Gespräch 1998); Kommunen und Europa – Herausforderungen und Chancen (Gespräch 1999); Kommunale Aufgabenerfüllung in Anstaltsform (Gespräch 2000); Verantwortungsstellung zwischen Kommunen, Ländern, Bund und Europäischer Union (Gespräch 2001); Kommunale Perspektiven im zusammenwachsenden Europa (Gespräch 2002); Die Kommunen in der Sozialpolitik (Gespräch 2003); Künftige Funktionen und Aufgaben der Kreise im sozialen Bundesstaat (Gespräch 2004); Föderalismusreform in Deutschland (Gespräch 2005); Kommunale Verwaltungsstrukturen der Zukunft (2006). Öffentlicher Auftrag bei sich wandelnden Marktbedingungen (2007); alle erschienen in den Schriften zum deutschen und europäischen Kommunalrecht, Boorberg Verlag, Stuttgart.

⁵⁾ Henneke (Hrsg.), Kommunen in den Föderalismusreformen I und II, Stuttgart 2008.

⁶⁾ VerfGH NW, Ur. v. 11.12.2007; – VerfGH 10/06 –.

meinden und Kreise unzweifelhaft gleich. Hinsichtlich des Aufgabenbestandes unterscheidet sich die Selbstverwaltungsgarantie zwischen Gemeinden und Kreisen in Art. 28 Abs. GG „nur“ hinsichtlich des Aufgabengriffrechts für nicht anderweitig gesetzlich geregelte Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Diesbezüglich siehe Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG ein Zugriffsrecht der Kreise nicht vor, während ein solches für Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gegeben sei. Das sei aber auch der einzige Unterschied in der Selbstverwaltungsgarantie. Um diesen Unterschied sei es im Übrigen in der konkreten Fallkonstellation durch den Bund gar nicht gegangen, weil Gegenstand der kommunalen Verfassungsbeschwerde eine konkrete gesetzliche Aufgabenzuweisung durch den Bund gewesen sei. Es sei davor zu warnen, aus diesem einzigen Unterschied nun gravierende Schlussfolgerungen abzuleiten, also „aus einer Mücke einen Elefanten“ mit der Folge zu machen, dass das Selbstverwaltungsrecht der Kreise gar nichts mehr wert erscheine. Hätte das BVerfG den zutreffenden Gedanken der Ausformungsbedürftigkeit des Aufgabenbestandes der Kreise weitergeführt und folgerichtig in die Landesverfassungen geschaut, wäre es in einigen Landesverfassungen bereits auf eine Aufgabenallzuständigkeitsermittlung für die Kreise gestoßen. Dies sei etwa in Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt und Brandenburg der Fall. Neben den spezialgesetzlichen Zuweisungen einzelner Kreisaufgaben seien überdies in allen Landkreisorfnungen in einer Generalklausel die überörtlichen Aufgaben den Kreisen zugewiesen worden. Überdies gebe es in zehn von dreizehn Landkreisorfnungen die generalklauselartige Zuweisung von Ausgleichs- und Ergänzungsaufgaben.

Wenn man dies mit in den Blick nehme, was das BVerfG früher sowohl in der Ausländerwahlrechtsentscheidung⁷⁾ als auch in der Rastede-Entscheidung getan habe, komme man mit dem BVerfG zu dem Befund, dass sowohl die Gemeinden wie die Kreise über eine Aufgabenallzuständigkeit verfügen, sei sie nun verfassungsgesetzlich garantiert, oder sei sie einfachgesetzlich konstituiert⁸⁾. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG sage – in der Formulierung des BVerfG⁹⁾ – nur nicht, dass die Kreise auch Allzuständigkeit haben sollten. Dass sie über die Allzuständigkeit aber schon 1948/49 verfügt hätten, komme darin zum Ausdruck, dass Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG sowohl für Kreise als auch für Gemeinden gelte, denn nur die Aufgabenallzuständigkeit rechtfertige die unmittelbare demokratische Legitimation der Gemeinden und Kreise neben Bund und Ländern¹⁰⁾.

Meyer unterstützte diese Überlegungen und ergänzte sie mit Blick auf Funktionalreformprozesse in einzelnen Ländern. Insofern habe die im Ansatz unterschiedliche Interpretation der Aufgabenzuweisung zwischen Gemeinden und Kreisen seitens des BVerfG

im Hinblick auf das reale Leben nicht nur im Bundesrecht eine hohe Bedeutung, sondern auch auf der Landesebene. Fast alle Funktionalreformprozesse, die in den Ländern gegenwärtig diskutiert würden, seien davon geprägt, dass Aufgaben von der Landesebene auf die Kreisebene übertragen würden. Aufgabenübertragungen auf die Gemeindeebene seien demgegenüber äußerst singulär. Insofern sei die angesprochene Frage eines differenzierten Schutzgehalts von hoher Bedeutung.

Die vom BVerfG vorgenommene Differenzierung auf der Stufe des Eingriffs überzeuge nicht. Mit Henneke sei es nicht nachvollziehbar, wie es zu einer unterschiedlichen Behandlung des gleichen Sachverhaltes auf Seiten der Kreise einerseits und der kreisfreien Städte andererseits kommen solle. Meyer nannte dafür das Beispiel des Landkreises Lüchow-Dannenberg, bei dem der Plan bestünde habe, ihn in eine kreisfreie Gemeinde umzuwandeln. Meyer fragte insoweit, ob es von der Etikettierung eines solchen Gebildes abhängen könne, ob eine klagfähige Rechtsposition erlangt werde oder nicht. Unstrittig sei es zugestehen, dass der Gesetzgeber einen größeren Spielraum bei der Aufgabenzuweisung an die Kreise habe als bei den Gemeinden. Das BVerfG wandle dagegen eine qualitative Fragestellung in eine quantitative um, indem es bei den Kreisen prüfe, ob noch genug Substanz im Kern vorhanden sei. Wenn dies nicht der Fall sei, schlage die Regelung in einen Eingriff um, sonst würden die Kreise schutzlos gestellt. Eine solche Dogmatik überzeuge nicht.

Angesichts der zu erwartenden unterschiedlichen Auswirkungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden einerseits und der Kreise andererseits forderte Schliesky dazu auf, die Diskussion um die Dogmatik des Selbstverwaltungsrechts neu aufzunehmen. Dazu gebe es in Folge der Entscheidung des Landesverfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern zu den Regionalkreisen ohnehin Anlass, da in der Entscheidung und in der kommentierenden Literatur zur Frage der Reichweite der Selbstverwaltungsgarantie der Kreise interessante Fragestellungen aufgeworfen worden seien. Schliesky sprach sich dafür aus, zu einer stärkeren Subjektivierung der Rechtsposition von Gemeinden und Kreisen zu kommen, sonst werde die Selbstverwaltungsgarantie der Kreise letzten Endes leer laufen unter Berufung auf Argumente, die aus der Hartz IV-Entscheidung des BVerfG abgeleitet würden.

Kluth wies darauf hin, dass es bei der Hartz-IV-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur um Aufgabenübertragungen gegangen sei, sondern gleichzeitig auch um einen Aufgabentzug durch die Kooperationspflicht in den Arbeitsgemeinschaften. Für den gesetzlich zugewiesenen

Aufgabenbestand, der nicht auf Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft aufbaue, werfe dies die Frage auf, wie Kommunen bei gesetzlich zugewiesenen Aufgaben vor Entzug geschützt seien. Die Entscheidung werfe interessante, gerade für die Kreise bedeutsame Fragen auf, wie etwa die, ob auch die Länder außerhalb des kommunalen Bereichs Kooperationen verpflichtend vorschreiben könnten.

Wieland kritisierte, dass das BVerfG im Urteil vom 20.12.2007 die Nähe der Selbstverwaltungsgarantie von Gemeinden und Kreisen nicht angemessen zum Ausdruck gebracht habe. Vielmehr habe das BVerfG im Ergebnis die Selbstverwaltungsgarantie der Kreise relativ eng geschnitten. Da es die erste große Entscheidung seit langem zur Selbstverwaltungsgarantie der Kreise sei, stärke das deren Position nicht gerade.

Ehlers machte darauf aufmerksam, dass man nach der Verfassungsrechtslage vor der Föderalismusreform eine Beeinträchtigung der kommunalen Eigenverantwortlichkeit habe bemühen müssen, um den Eingriffscharakter von Aufgabenübertragungen des Bundes auf die Kommunen zu begründen. Nach der Föderalismusreform benötige man diesen Begründungsweg wegen des strikten Aufgabenübertragungsverbots auf die kommunale Ebene in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG nicht mehr. Wegen des strikten Aufgabenübertragungsverbots müsse man nicht mehr auf die „Krücke“ Eigenverantwortlichkeit oder finanzielle Verantwortlichkeit abstellen. Verstöße gegen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG könnten im Rahmen der kommunalen Verfassungsbeschwerde von Gemeinden und Kreisen gleichermaßen gerügt werden.

Ruffert unterstützte diese Position. Das BVerfG habe die etwas schwächer ausgeprägte Selbstverwaltungsgarantie der Kreise aus den sprachlich unterschiedlich gefassten Sätzen in Art. 28 Abs. 2 S. 1 und 2 GG abgeleitet. Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG stelle Gemeinden und Gemeindeverbände hinsichtlich des strikten Verbots der Aufgabenübertragung seitens des Bundes absolut gleich. Daher müsse der soeben eingeschlagene Rechtsprechungsweg des BVerfG unter der Geltung des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG wieder revidiert werden.

Röhl hob hervor, dass das Bild der kommunalen Selbstverwaltung zu einem großen Teil davon geprägt werde, was in einfachen Gesetzen an Aufgabenbeständen auf die Gemeinden und Kreise übertragen worden sei. Wenn es der Bund aufgrund der Föderalismusreform 1 nun gar nicht mehr in der Hand habe, das Bild der kommunalen

⁷⁾ BVerfGE 63, 37.

⁸⁾ BVerfGE 79, 127 (151); 83, 37 (53 ff.); 83, 363 (383).

⁹⁾ BVerfGE 79, 127 (151).

¹⁰⁾ BVerfGE 52, 95 (112); 83, 37 (53 f.); ausf. Wiedergabe der Rspr. bei Henneke, Der Landkreis 2007, 560 (561 ff.).

Selbstverwaltung zu prägen und diese Aufgabe allein in Länderhand übergehe, könne sich Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG als Pyrrhus-Sieg für die Kommunen erweisen, weil der Bund dann den Kommunen nicht mehr durch eigene Zuweisung bestimmte Aufgaben garantieren könne. Die Länder hätten statt dessen viel eher die Möglichkeit als bisher, Kommunen bestimmte Aufgaben zu entziehen bzw. in Weisungsangelegenheiten zu überführen oder ihnen nicht zukommen zu lassen. Das sei die Kehrseite dessen, dass der Bund künftig nicht mehr normieren dürfe, was Aufgaben der Kommunen seien.

Oebbecke unterstützte diesen Befund. Die kommunale Seite habe mit der Regelung in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG einen hohen Preis gezahlt. Die Auffüllung und der Zuwachs von Substanz in Selbstverwaltungsangelegenheiten von Seiten des Bundesrechts falle künftig weg. Was man heute Planungshoheit nenne, gebe es überhaupt nur, weil der Bund 1960 das Bundesbaugesetz erlassen habe. Dies sei nun alles vorbei. Daraus würden noch erhebliche Probleme entstehen.

Wieland stimmte Ehlers und Ruffert dahingehend zu, dass unter der Geltung des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG die Unterschiede zwischen Kreisen und Gemeinden hinsichtlich der Aufgabenzuweisung nicht mehr ins Gewicht fielen. Die spannende Frage sei dagegen, ob man überhaupt dahin gelange, dass Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG eine nennenswerte Bedeutung erhalte. So wie die Diskussion bisher laufe, gehe er davon aus, dass sich alle praktisch relevanten Fragen um Aufgabenerweiterungen drehen. Dann werde sich der Bund immer auf den Standpunkt stellen, dass es sich gar nicht um eine Aufgabenübertragung handele. Sollte dies geschehen, würde sich die Änderung des Art. 84 Abs. 1 GG hinsichtlich des S. 7 als bloße Verfassungskosmetik erweisen und die Musik werde woanders spielen. Der Bundespräsident habe allerdings mit der Nichtunterzeichnung des Verbraucherinformationsgesetzes ein deutliches Zeichen für die Relevanz des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG gesetzt.

Wieland prognostizierte, dass im besten Falle Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG Raum für vielfältige Auseinandersetzungen bieten werde. Der Bundesgesetzgeber werde im Zweifel dazu neigen, die Bestimmung großzügig zu seinen Gunsten auszulegen. Die Kommunen würden so in Situationen kommen, wo sie versuchen müssten, ihr Glück in Karlsruhe zu finden. Der zeitliche Ablauf, der dadurch entstehe, sei für den Bund ein weiterer Anreiz, es bei Aufgabenerweiterungen darauf ankommen zu lassen. Da Karlsruhe erst mehrere Jahre nach Inkrafttreten eines Gesetzes entscheide, seien bis dahin eingetretene Entwicklungen nicht mehr rückabwickelbar.

Hinsichtlich der Interpretation des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG ging Risse auf die Entstehungsgeschichte der Norm ein. Von Seiten

des Deutschen Landkreistages¹⁾) habe es in der Schlussphase der Föderalismuskommission I Bestrebungen gegeben, die Frage zu klären, wie mit Erweiterungen von Aufgaben umzugehen sei. Die Fragestellung sei der Kommission also durchaus bewusst gewesen. Risse verwies darauf, dass es in den Hintergrundberatungen im Ergebnis nicht gewollt gewesen sei, eine Klärung herbeizuführen. Die Interessenlage, die diesem Unwillen zugrunde gelegen habe, habe in der Erwartung bestanden, dass die durch schaffende Formulierung der Übergangsvorschrift dazu führen werde, dass sich die Unterbindung der Aufgabenübertragung seitens des Bundes auf die Kommunen auf erweiterte Aufgaben nicht signifikant auswirken werde. Daher habe man sich bewusst verschwommen ausgedrückt. Jedenfalls sei es der kommunalen Seite nicht gelungen, eine Klärung in dem Sinne herbeizuführen, dass von Seiten des Bundes und der Länder ausdrücklich gesagt worden sei, man erfasse nicht nur neue Aufgaben in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, sondern dehne das Durchgriffsverbot des Bundes in Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG ausdrücklich auch auf die Erweiterung bestehender Aufgaben aus.

Nach Auffassung Risses besteht die wesentliche Frage darin, was die geltende Verfassungsrechtslage jenseits dessen hergebe, was seinerzeit im Dezember 2004 formuliert worden sei. Risse schlug vor, eine gedankliche Anleihe bei der Rechtsprechung des BVerfG zur alten Fassung des Art. 84 Abs. 1 GG zu nehmen. Dort sei die Frage aufgetaucht, ob es Ausnahmefälle geben könne, in denen auch Änderungen des materiellen Rechts die Zustimmungspflichtigkeit des Gesetzes durch den Bundesrat auslösen könnten. Das BVerfG habe seinerzeit ausgeführt: Wenn Änderungen des materiellen Rechts das Programm, um das es verfahrensrechtlich gehe, so stark veränderten, dass damit letztlich auch Änderungen innerhalb des Verfahrensreichs betroffen seien, dann sei auch die Veränderung des materiellen Rechts zustimmungsbedürftig. Wenn man diesen Gedanken zur Interpretation des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG heranziehe, könne man sagen: Wenn die Erweiterung bestehender Aufgaben echte zusätzliche Belastungen – gerade auch finanzieller Art – für die Kommunen herbeiführe, dann sei der Schutzbereich des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG erreicht, sodass eine Umgebungsituation vorliege, die es zu unterbinden gelte. Trotz der nicht einschränkend formulierten Übergangsvorschrift in Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG könne man dann in diesen Fällen zu einem Verbot der Aufgabenübertragung seitens des Bundes auf die Kommunen kommen. Risse räumte zugleich ein, dass sein Vorschlag so wohl hinsichtlich Präzision als auch hinsichtlich der Anwendbarkeit auf den Einzelfall ein schwieriges Unterfangen darstelle, das aber der Interessenlage gerecht zu wer-

den vermöge. Mit der Idee der Fortgeltung in der Übergangsvorschrift des Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG sei es nicht vereinbar, wenn jede kleine Veränderung vom Übertragungsverbot erfasst würde. Sein Vorschlag erfasse jedenfalls die Bereiche, in denen es um besonders kostenträchtige Aufgabenübertragungen gehe.

Schliesky hielt die von Wieland zitierte Position *Maivalds* nicht für zutreffend. Die für Art. 125a Abs. 2 GG angestellten Überlegungen aus dem Ladenschlussurteil des BVerfG seien nicht analogiefähig. Es fehle bereits an einer vergleichbaren Interessenlage. Bei der Ladenschlussentscheidung sei es um die Auslegung des Art. 72 Abs. 2 GG i.d.F. von 1994 gegangen. Wenn nunmehr die Erforderlichkeit für bundesgesetzliche Regelungen fehle, könne danach der Bund dennoch einige punktuelle Änderungen vornehmen. Mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG habe der Verfassungsgeber dagegen ganz bewusst eine andere Kompetenzentscheidung getroffen. Eine vergleichbare Ausgangssituation zu Art. 72 Abs. 2 GG liege daher schlicht nicht vor. Bei Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG habe man finanzverfassungsrechtliche Probleme lösen müssen, weil es keine Mehrheit für eine Konnexitätsregelung zwischen dem Bund und den Kommunen gegeben habe. Daher habe man den Ausweg über die Verwaltungskompetenzen gesucht. Dies müsse man bei der Auslegung der Vorschrift bedenken.

Ehlers argumentierte in die gleiche Richtung. Ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Einfügung des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG sei es gewesen, die Finanzhoheit der Kommunen zu schützen. Das sei die Grundlage der Normierung gewesen, um über die Länder das Konnexitätsprinzip bei Aufgabenübertragungen herstellen zu können. Aufgabenerweiterungen von finanzieller Relevanz – und das seien fast alle Aufgabenerweiterungen – müssten daher von Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG „ohne Wenn und Aber“ erfasst werden.

Diese Position wurde auch von *Schlebusch* vertreten. Vieles was zu Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG gesagt werde, erinnere an die Debatten um die Einführung eines Konnexitätsprinzips auf Landesebene. Klar sei, dass Altregelungen nicht rückwirkend erfasst würden. Klar sei aber auch, dass mit den Konnexitätsregelungen auf Landesebene Standarderhöhungen und Aufgabenerweiterungen erfasst werden sollten. Jetzt habe man bei Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG i.V.m. Art. 125a GG eine vergleichbare Fallkonstellation, für die feststehe, dass die Regelungen, die bis zur Föderalismusreform getroffen worden seien, vom Aufgabenübertragungsverbot nicht erfasst würden. Wenn der Bund im Zuge der Beratungen der Föderalismuskommission verdeutlicht hätte, dass Aufgaben-

¹⁾ Henneke, Kommmissions-Drs. 79 vom 4.10.2004 sowie ders., Arbeitsunterlage 110 vom 15.12.2004, beide abgedruckt in: Henneke (Hrsg.), Föderalismusreform in Deutschland, 2005, S. 260 f. sowie 262 f.

erweiterungen und Standarderhöhungen vom Aufgabenübertragungsverbot nicht erfasst werden sollten, wäre deutlich geworden, dass Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG völlig leerliefe. Die kommunale Seite hätte dann nie ihre Zustimmung dazu gegeben. Vor einem solchen Hintergrund wären auch die Ausführungen des BVerfG im Hartz IV-Urteil vom 20.12.2007 völlig missverständlich, da das BVerfG insoweit zum Ausdruck gebracht habe, dass in Zukunft alle Schwierigkeiten, die in der Vergangenheit mit Art. 84 Abs. 1 GG a.F. bestanden hätten, durch das strikte Aufgabenübertragungsverbot auf die kommunale Ebene in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG (neu) ausgeräumt werden sollten. Da Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG Ersatz für das nicht durchsetzbare Konnexitätsprinzip zwischen Bund und Kommunen gewesen sei, müsse es so ausgelegt werden, wie die Konnexitätsregelungen in den Ländern gemeinhin verstanden würden.

Röhl hob ebenfalls hervor, dass Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG ein finanzverfassungsrechtliches Problem zu lösen versucht habe, indem es die Antwort auf das Problem in den Kompetenzkatalog hineingeschrieben habe. Die Folge sei aber, dass es sich bei Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG um eher formales Recht handele, das man dann auch so formal interpretieren müsse, wie Risse dies vorgeführt habe. Daher gelange auch Röhl zu dem Ergebnis, dass nur bei ganz extremen Fällen Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG dazu führe, dass Aufgabenüberweiterungen unzulässig seien. Es könne nicht jede materielle Gesetzesänderung etwa des SGB XII ab sofort ausgeschlossen sein, nur weil in diesem Gesetz schon eine kommunale Zuständigkeit enthalten sei. Da man für die Lösung des Problems der Aufgabenabwälzung des Bundes auf die Kommunen das Mittel des Art. 84 GG gewählt habe, sei man nunmehr gezwungen, auch aus dem Umfeld des Art. 84 GG zu argumentieren. Daher stellten nur ganz große, umfangreiche Änderungen im Aufgabenbestand, die praktisch dazu führten, dass es sich um eine andere Aufgabe handele, einen Umgehungstatbestand dar, der das Aufgabenübertragungsverbot auslöse.

Dem widersprach Erps. Man habe Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG nicht geschaffen, um ihn über Art. 125a Abs. 1 GG wieder auszuhebeln, sondern um klare Verantwortlichkeiten von Bund und Ländern gegenüber den Kommunen zu schaffen. Mit der Änderung des Art. 84 GG habe man das Ziel verfolgt, die Zahl der zustimmungsbedürftigen Gesetze und die Bedeutung von Vermittlungsverfahren zu vermindern. Daran müsse man sich jetzt auch halten.

Nach Auffassung Burgis geht es bei Aufgabenübertragungen nicht nur um Übertragungen „vom Stande Null aus“, sondern auch um spätere und zusätzliche Übertragungen, die man Erweiterungen nennen könne.

Deshalb könne nicht jede materielle Gesetzesänderung auf Jahrzehnte ausgeschlossen sein. Die Frage sei, wie man zu einer sachgerechten Abgrenzung komme. Nach der systematischen Auslegung finde man die Antwort nicht im Wortteil „Übertragung“ bzw. „Erweiterung“, sondern in der „Aufgabe“. Aufgabenregelungen seien von Verfahrensregelungen, instrumentellen Regelungen und Regelungen, die Maßstäbe betreffen, abzugrenzen. Art. 84 GG rede nur von aufgabenbezogenen Regelungen. So sei die Statuierung der Pflicht, Kindergartenplätze zu schaffen, eine Aufgabenübertragung. Auch die Verpflichtung, Sprachunterricht für Migrantenkinder in bestehenden Kindergärten durchzuführen, sei aufgabenbezogen und unterfalle damit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG. Wenn dagegen die täglichen Kindergartenöffnungszeiten um eine Stunde verlängert oder bestimmte Ausstattungsfragen neu geregelt würden, gehe es nicht um eine Aufgabenübertragung, sondern um die Veränderung der materiell-rechtlichen Maßstäbe und Standards, die von Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG nicht erfasst sei. In solchen Fällen sei weiter an Art. 28 Abs. 2 GG zu denken, weil damit der Bund direkt auf die Kommunen zugreifen könne.

Kluth betrachtete Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG zunächst aus dem Blickwinkel eines Landesverfassungsrichters, der verschiedentlich das strikte Konnexitätsprinzip in Landesverfassungsrecht auszulegen gehabt hat. Dort stelle die Rechtsprechung auf die finanziellen Folgen ab. Der Aufgabenbegriff werde insoweit sehr weit gefasst. Jede Standarderhöhung, die zusätzliche Kosten verursache, werde landesverfassungsrechtlich als eine neue Aufgabenübertragung gesehen. Da man mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG einen Ersatz für die nicht gewollte Konnexität zwischen Bund und Kommunen normiert habe, sei eine davon abweichende, die Anwendung der landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsregeln ausschließende Interpretation eine Umgehungslösung.

Röhl widersprechend verdeutlichte Kluth, dass auch in fortgeltenden Gesetzen mit kommunaler Zuständigkeitsbegründung bundesgesetzlich materiell-rechtliche Änderungen weiterhin vorgenommen werden könnten. Hinsichtlich der Aufgabenerweiterung empfehle es sich dann, in die Gesetzesnovelle hineinzuschreiben, dass diese von der zuständigen Behörde auszuführen seien. Die Länder hätten dann die Verpflichtung, die Zuständigkeitsübertragung vorzunehmen. Zu erwarten sei, dass die Länder dabei an bestehende Zuständigkeitsbestimmungen anknüpfen. Dann bekomme man zwei Finanzströme. Für die Kommunen sei dies sogar von Vorteil, da sie bei Aufgabensegmenten, die vom Land übertragen würden, nach Landesverfassungsrecht auch die Verwaltungskosten und nicht nur die Zweckausgaben erstattet bekämen. Gesetzestechnisch sei eine Auf-

gabenerweiterung also ohne Weiteres lösbar, ohne dass die Gefahr der Versteinerung von Recht drohe. Wegen Art. 104a Abs. 4 GG (neu) handele es sich bei diesen Gesetzen um zustimmungspflichtige Gesetze.

Henneke ergänzte Risses Rückblick auf die Entstehungsgeschichte des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG und die Übergangsregelung dahingehend, dass die Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung bis Dezember 2004 getagt habe. Das Durchgriffsverbot des Bundes auf die kommunale Ebene sei schon relativ früh fest vereinbart worden, nämlich noch vor der Sommerpause. Fest stehe, dass es sich dabei um ein Aliud zur Konnexität handele, wie Röttgen und Boehl⁷⁾ richtig hervorgehoben hätten. Daher sei auch die von beiden vorgenommene Wertung, dass die Kommunen frühzeitig zu den Gewinnern der Föderalismusreform gehört hätten, richtig gewesen. In den Beratungen der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung habe die Frage der Aufgabenerweiterung überhaupt keine Rolle gespielt. Henneke machte darauf aufmerksam, dass er selbst diese Frage mit zwei Eingaben im Oktober bzw. Dezember in die Beratungen eingebracht habe – und zwar zu einem Zeitpunkt, als die Kommission nicht mehr im Plenum getagt habe – bzw. schon gescheitert gewesen sei. In den Kommissionsberatungen selbst hätten Fragen des Übergangsrechts zu keiner Zeit eine Rolle gespielt. Das Übergangsrecht sei nach seinem Erkenntnisstand erst im Umfeld der Bildung der Großen Koalition im Herbst 2005 geregelt worden.

Hätte man nicht – wie geschehen – eine Übergangsregelung in Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG getroffen, sondern – etwa in einem Art. 126a – GG normiert, das die bisherigen bundesgesetzlichen Zuständigkeitsregelungen als Landesrecht fortgelte, weil auch künftig das Land Regelungen zu treffen habe⁸⁾, dann wäre das Problem der Aufgabenerweiterung gar nicht erst entstanden. Schließlich bestünde die materielle Regelungskompetenz auch nach der Föderalismusreform I für den Bund uneingeschränkt fort. Die Frage sei es nicht, ob der Bund et was materiell noch regeln dürfe oder nicht. Diese Befugnis habe er selbstverständlich nicht verloren. So dürfe er die Sozialhilfesätze anpassen und auch neue Leistungstatbestände normieren. Er dürfe nur eines

⁷⁾ Röttgen/Boehl, in: Holschneider/Schön (Hrsg.), Die Reform des Bundesstaates 2006, S. 17 (24); „... dass das zur Lösung der finanziellen Überbelastung der Kommunen propagierte ‚Konnexitätsprinzip‘ aus grundsätzlichen bundesstaatlichen Gründen nicht realisierbar sein würde. Abhilfe war darum nur an der Wurzel des Art. 84 Abs. 1 GG möglich. Um hier den gleichen Effekt für die Kommunen zu erzielen, musste die Lösung, die Regelungen in Bundesgesetzen über die zuständigen Behörden grundsätzlich weiter zulassen wollte, für die Kommunen eine explizite Ausnahme vorsehen.“; S. 17 (28); „Damit war das Gravamen der Kommunen erledigt. Zu einem frühen Zeitpunkt standen die Kommunen als Gewinner einer möglichen Reform fest.“

⁸⁾ So der Vorschlag von Henneke (Fn. 11).

nach der Gesetzesbegründung des Föderalismusreformgesetzes nicht mehr, nämlich neues materielles Recht an die Kommunen unmittelbar adressieren. Regelungsadressat neuer rechtlicher Regelungen könnten demgegenüber ausschließlich die Länder sein, die ihrerseits einen Übertragungsakt auf die Kommunen vornehmen müssten.

Ob – wie *Kluth* meinte – der Bund bei materiellen Neueregungen in das Gesetz hineinschreiben müsse, dass dieses von der „zuständigen Stelle“ auszuführen sei, könne er nicht sicher sagen. Er sei bisher davon ausgegangen, dass der Bund auch auf eine solche Zuständigkeitsaussage verzichten und sich auf die materielle Regelung beschränken könne. Die Tatsache, dass die Länder einen zusätzlichen Aufgabenübertragungsakt vornehmen müssten, sei darauf zurückzuführen, dass in Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG normiert worden sei, dass ursprünglich bundesrechtlich begründete Zuständigkeitsregelungen nicht als Landes-, sondern als Bundesrecht weiter gelten, wovon die Länder abweichen könnten. *Henneke* prognostizierte, dass die Länder dies ganz sicher nicht tun würden, weil sie bei einer Abweichung von ursprünglich bundesrechtlich begründeten Zuständigkeitsregelungen wüssten, dass sie dann in einer vollen Mehrbelastungsausgleichsverpflichtung gegenüber dem neuen kommunalen Träger stünden. *Henneke* prognostizierte, dass Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG hinsichtlich seiner realen Anwendung schlicht ins Leere laufen werde.

Henneke unterstützte *Burgis* Auffassung, dass eine Abgrenzung schwierig vorzunehmen sei. Eines sei aber gewiss: die Frage, die sich in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG stelle, stelle sich bei Gesetzen mit Kostenfolgen genauso in Art. 104a Abs. 4 GG. Daher lasse sich formulieren: Immer dann, wenn die Länder einem Bundesgesetz mit Kostenfolgen zustimmen müssten und es bisher kommunal ausgeführt wurde, müsse jedenfalls das, was neu zustimmungspflichtig sei, vom Aufgabenübertragungsverbot auf die Kommunen erfasst sein. Das bedeute umgedreht nicht, dass nicht auch andere, nicht kostenrelevante Fragestellungen vom Aufgabenübertragungsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG umfasst sein könnten.

Bedauerlich sei, dass der Bund seit Inkrafttreten der Föderalismusreform permanent betone, dass er weiterhin alles regeln dürfe vom Verbraucherinformationsgesetz über die Weibnachtsbeihilfe bis hin zu Sozialformen. Nach Auffassung des Bundes greife Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG in all diesen Fällen nicht ein, da bundeseitig alle Zuständigkeiten von der Jugendhilfe über die Sozialhilfe bis zur Grundsicherung im Alter in allen großen Sozialleistungsbereichen bereits geregelt worden seien und insoweit künftig neue Gesetze nicht mehr erfindbar seien. Auch hinsichtlich der Normierung des SGB II habe die Bundesregierung vor dem Bundesverfassungsgericht die Auffassung vertreten, dass es sich dabei nur um die Mo-

difikation geltenden Rechts und nicht um die Begründung einer neuen Aufgabe gehandelt habe. Lediglich für die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung hat die Bundesregierung eingeräumt, dass es sich dabei um eine neue Aufgabe gehandelt habe¹⁾, deren Übertragung allerdings bereits vor der Föderalismusreform erfolgt ist. Überdies sei der Bund der Auffassung, dass selbstverwaltungsbezogene Aufgaben vom Übertragungsverbot ohnehin nicht erfasst würden, da diese den Kommunen nicht übertragen würden, sondern auf der kommunalen Ebene ohnehin schon vorhanden seien. Daher zeichne sich erhebliches Konfliktpotential über die Auslegung des Art. 84 Abs. 1 S. 7 in Verbindung mit Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG ab.

Meyer unterstützte diese Argumentation und schloss sich der Interpretation an, dass Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG nicht so ausgelegt werden dürfe, dass damit die Zielsetzung des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG unterlaufen werde. Sonst werde eine Blankogesetzgebung nach dem Motto: „Je abstrakter, desto folgenreicher für die kommunale Ebene“ prämiert. Das Rechtsstaatsprinzip gebiete eine hinreichende Präzision rechtlicher Regelungen.

Abschließend betonte *Wieland*, dass endgültige Lösungen wohl noch nicht gefunden worden seien. Es gehe darum, dogmatisch irgendwo eine Grenzlinie plausibel zu machen, wie dies von *Risse* versucht worden sei. Man werde schwerlich sagen können, dass nur weil die alte Aufgabenzuweisung nach Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG fortgelte, jede Änderung im materiellen eine neue Aufgabenübertragung sei. Wenn man dies aber nicht sagen könne, gelange man sofort in sehr unbestimmte Abgrenzungskategorien hinein, bei denen es nicht leicht sein werde, handhabbare Lösungen zu finden. Auch die von *Risse* bemühte Rechtsprechung zu Art. 84 Abs. 1 GG a. F. habe immer wieder neue Fragen aufgeworfen ...

C. Kommunale Aufgabenträgerschaft auf Antrag nach § 6a SGB II – Kein Fall von Art. 84 Abs. 1 S. 7, 104a GG

Abschließend konfrontierte *Henneke* die Teilnehmer des Professorengesprächs mit der soeben bekannt gewordenen Fragestellung, dass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales und die arbeitsmarktpolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion der Auffassung seien, eine dauerhafte Anwendung des Optionsmodells im SGB II verstoße gegen geltendes Verfassungsrecht. Gestützt werde die Position auf das Aufgabenübertragungsverbot in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG; die mit der Zulässigkeit der Option verbundenen Fragestellungen seien aber insbesondere im Finanzverfassungsrecht und dabei in Art. 106 Abs. 8 GG als Ausnahmevorschrift zu Art. 104a GG angesiedelt. Nach der Hartz IV-Entscheidung des BVerfG vom 20.12.2007 müsse der Bundesgesetzgeber die SGB II-Organisation bis Ende 2010 neu regeln.

Im geltenden SGB II habe man in § 6a eine Regelung, die von dem BVerfG-Urteil gar nicht betroffen sei. Im Jahre 2004 habe man geregelt, dass 69 kommunale Träger anstelle des Bundes die eigentlich dem Bund auf verfassungsrechtlich höchst zweifelhafter Grundlage nach Art. 87 GG zugeordneten Aufgaben auf ihren Antrag hin wahrnehmen können. Auf der Grundlage der gesetzlichen Regelung habe man in den vergangenen Jahren einen großen Evaluierungsapparat ins Werk gesetzt, um auf der Basis der Ende 2008 vorzulegenden Evaluationsergebnisse 2010 die Frage zu erörtern, welches Organisationsmodell, das Bundesmodell oder das der kommunalen Trägerschaft, das zukunftsweisende und richtige ist. Jetzt seien das Bundesministerium für Arbeit und Soziales und Frau *Nahles* zu der Erkenntnis gelangt, dass Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG vermerktlich einer Ausweitung der Experimentierklausel im SGB II auf weitere Kommunen entgegenstehe. Auch für die Ausgestaltung der dauerhaften Finanzierung dieses Modells sei eine Grundgesetzänderung erforderlich.

Das Bundesverfassungsgericht habe in seiner Entscheidung vom 20.12.2007 einerseits ausgeführt, dass es nicht erkennen könne, warum die Ausübung der Optionsmöglichkeit zahlenmäßig kontingiert worden sei. Zum anderen habe es darauf hingewiesen, dass das Aufgabenübertragungsverbot in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG als Aufgabenübertragungsverbot auf die kommunale Ebene zu verstehen sei. Daran hätten aus kommunaler Sicht zu keiner Zeit Zweifel bestanden. Nunmehr werde allerdings von Seiten des Bundesarbeitsministeriums die Konstellation des Sonderbelastungsausgleichs in Art. 106 Abs. 8 GG zwischen dem Bund und einzelnen Kommunen ebenfalls in den Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG hineingelesen. Typische Anwendungsbereiche des Art. 106 Abs. 8 GG seien bekanntermaßen Garnisonsstandorte und Hauptstadtfolgestand. Von Bundesseite werde nunmehr gesagt, dass dies künftig alles nicht mehr gehe und verfassungswidrig geworden sei.

Hinsichtlich Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG vertrat *Henneke* die Auffassung, dass das BVerfG zu Recht ausdrücklich von einem Aufgabenübertragungsverbot auf die *kommunale Ebene* gesprochen habe. Mit dem Terminus „Aufgabenübertragung auf Gemeinden und Gemeindeverbände“ seien generell-abstrakte Regelungen gemeint. Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG sei daher für die vorgenannte Konstellation nicht einschlägig. Überdies handele es sich auch nicht um eine Übertragung von Aufgaben, sondern um das bundeseitige Angebot eines optionalen Zugriffs seitens der Kommunen¹⁾.

Hinsichtlich der finanzverfassungsrechtlichen Fragestellungen habe *Kluth* deutlich

¹⁾ Antwort der Bundesregierung auf eine Große Anfrage der FDP-Fraktion zu „Lage der Kommunen in der Bundesrepublik Deutschland“, Wiedergabe bei *Henneke*, Der Landkreis 2007, 165.

²⁾ Dazu ausf.: *Henneke*, Der Landkreis 2008, 113 ff.

gemacht, dass die Finanzverfassung zwar Folgeverfassung sei, aber sich nicht in der Funktion als Folgeverfassung erschöpfe, sondern auch eigenständige Entscheidungen enthalte. Dies sei gerade in Art. 106 Abs. 8 GG der Fall. Während sich die Art. 83 ff. GG nur mit Ebenzuständigkeiten befassen, also der Bundesebene, der Länderebene und der kommunalen Ebene, sei die optionale Trägerschaft nach § 6a SGB II im föderalen System etwas ganz Neues, das vom VIII. Abschnitt des GG nicht erfasst werde. Die Finanzverfassung halte hinsichtlich Art. 106 Abs. 8 GG mit dem Sonderbelastungsausgleich zwischen dem Bund und einzelnen Kommunen durchaus eine eigene Antwort parat, die keinen Anknüpfungspunkt im VIII. Abschnitt des GG finde, sondern für eine Sonderkonstellation, nämlich Garnisonsstädte und Hauptstadtlasten, geschaffen worden sei. Insoweit bestehe ein eigener Regelungsansatz, der besage, dass für Bundesveranlasste Einrichtungen, bei denen man eigentlich mehr an faktische Verhältnisse gedacht habe, aber in die möglicherweise auch durch Gesetz geschaffene bundesveranlasste Einrichtungen einzubeziehen seien, Sonderbelastungen einzelner kommunaler Träger vom Bund auszugleichen sind. Art. 106 Abs. 8 GG enthalte damit eine Abweichung von der Grundregel des Art. 104a Abs. 1 GG und sehe vor, dass bei den einzelnen Kommunen, bei denen diese Sonderbelastung bestehe, der Bund die daraus resultierende Mehrbelastung für die Dauer der fortbestehenden Sonderbelastung trage. Dabei handle es sich sozusagen um eine kommunal-individuelle Konnexität zwischen Bund und Kommunen, die seit 1956 im Grundgesetz geregelt sei und Vorläufer bereits in der Weimarer Republik gehabt habe. Bei Erfüllung der finanzverfassungsrechtlichen Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 8 GG stehe Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG einer Ausweitung der Anzahl der Optionskommunen seines Erachtens nicht entgegen. Ein Problem bestehe allerdings: Art. 104a Abs. 5 GG enthalte hinsichtlich der Verwaltungskosten eine den ganzen X. Abschnitt erfassende Spezialregelung. Insofern sei fraglich, ob diese Bestimmung durch die Sonderbelastungsausgleichsregelung des Art. 106 Abs. 8 GG derogiert werde, weil gerade bei dem Zugreifen auf eine Verwaltungsaufgabe die Sonderbelastung weitgehend in Verwaltungskosten bestehe.

Schlebusch teilte die Argumentation von Henneke. Nach der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom 20.12.2007 hätten sich die Länder für das Modell einer erweiterten und entfristeten Option ausgesprochen. Daher sei die Beantwortung der von Henneke aufgeworfenen Frage von höchster Relevanz und Aktualität. Schlebusch trat der vom Bund vertretenen Auffassung entgegen, dass Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG eine Ausweitung der entfristeten Option nicht zulasse. Es gehe gerade nicht um Aufgabenzuweisungen, weder an die Gesamt-

heit der Kommunen noch an einzelne Kommunen, sondern um die Ausübung eines Antragsrechts, die Aufgabenübernahme von einer Bundesbehörde mit Zustimmung des Landes zu beantragen. Darin sei keine Aufgabenzuweisung nach Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, sondern ein davon gänzlich abweichender Tatbestand zu erblicken. *Schulze-Fielitz* stellte fest, dass diese Einschätzung bei den Teilnehmern weitestgehend auf Zustimmung stieß.

Partiell abweichend äußerte sich *Oebbecke*. Er konzidierte allerdings ebenfalls, dass Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG keinesfalls betroffen sei und machte auch in der finanzverfassungsrechtlichen Regelung keine Probleme aus. Es sei genau so, wie von *Henneke* vorgebracht: Es werde vom Bund keine Aufgabe übertragen, sondern die Kommune beantrage die Übernahme einer Aufgabe, die an sich der Bund auszuführen hätte. Mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG habe dies nichts zu tun.

Das Problem liege aber woanders: Eigentlich dürfe der Bund den Kommunen keine Aufgabenwahrnehmungen überlassen. Der verfassungsrechtliche Normalfall sei, dass die Länder für die Ausführung der Gesetze zuständig seien. Um eine Option zu ermöglichen, brauche man im System der Art. 83 ff. GG eine Ermächtigung, wie sie etwa in Art. 89 Abs. 2 S. 3 und 4 oder in Art. 90 Abs. 2 und 3 GG im Bereich der Verkehrsverwaltung vorgesehen sei. Dort könne der Bund die Wahrnehmung von Aufgaben einem Land auf dessen Antrag übertragen. Eine entsprechende Regelung für das SGB II gebe es nicht. Im SGB II sei die Zuständigkeit für die Bundesagentur für Arbeit in Abweichung der Regelausführungszuständigkeit durch die Länder nach Art. 83 GG über Art. 87 Abs. 2 bzw. Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG begründet. Ob die Begründung trage, sei angesichts der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 87 GG höchst fraglich. Unterstellt, dass eine Bundeszuständigkeit begründbar sei, sei für ihn nicht erkennbar, wie der Bundesgesetzgeber auf der Basis des geltenden Verfassungstextes in § 6a SGB II eine Option für die kommunale Aufgabenwahrnehmung habe einbauen können. Es müssten also die Fragen der Bundeszuständigkeit nach Art. 87 Abs. 2 bzw. Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG und der verfassungsrechtlich nicht vorgesehene Einräumung eines Antragsrechts beantwortet werden.

Kluth vertrat die Auffassung, dass aus dem Blickwinkel des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG für sich eine strenge Auslegung folge. Daher halte er es nicht für ausgeschlossen, dass Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG auch Verschiebungen auf Antrag ausschließen wolle. Zum Verhältnis von Art. 104a Abs. 5 und Art. 106 Abs. 8 GG wollte sich *Kluth* abschließend nicht äußern. Es spreche aber viel dafür, dass entsprechend der Grundregel des Art. 104a Abs. 5 GG Art. 106 Abs. 8 GG nur Zweckausgaben erfasse. Im Übrigen sei der Veranlassungstatbestand bei Garnisonsstädten ein anderer als bei den Options-

kommunen. § 6a SGB II sei von seiner Intention her anders gelagert als die typischen Fälle der Art. 106 Abs. 8 GG, in denen der Bund durch eigene Entscheidungen und Maßnahmen in einzelnen Kommunen Folgekosten verursache. Insofern passe Art. 106 Abs. 8 GG auf den Anwendungsfall des § 6a SGB II nicht genau, wengleich die Grundidee eine ähnliche sei. Zu beachten sei aber, dass die Entscheidungsmöglichkeiten der Kommunen beim Zugriff auf eine Option andere seien als bei der Betroffenheit von Standortentscheidungen des Bundes.

Henneke ergänzte dahingehend, dass er selbst während des Gesetzgebungsverfahrens 2003/04 deutlich gemacht habe, dass die Einräumung einer Option nach § 6a SGB II sich nicht ohne Verfassungsänderung realisieren lasse¹⁾. Er habe dazu sogar den gesetzgebenden Körperschaften einen spezifischen Formulierungsvorschlag für einen Art. 106 Abs. 8a GG in Anlehnung an Art. 106 Abs. 8 GG unterbreitet²⁾, auf den sich die Verhandlungsführer im Vermittlungsausschuss sehr verständigt hätten³⁾, der letztlich aber politisch bei einer Bundestagsfraktion nicht durchzusetzen gewesen sei. Anschließend sei es zu einer Sachverständigenanhörung im Bundestagsarbeitsausschuss gekommen, in der der Sachverständige *Wieland* nach dem Motto: „Die Katze ist doch schon im dunklen Raum.“ gesagt habe: „Das steht doch alles in Art. 106 Abs. 8 GG schon drin.“ Daraufhin hätten die Verhandlungsführer im Vermittlungsausschuss erleichtert gesagt: „So bekommen wir das von *Henneke* geschaffene Problem der Notwendigkeit einer Verfassungsänderung für § 6a SGB II vom Hals, zumal uns eine solche Debatte nicht in die allgemeine Föderalismusreformdiskussion zur Unterbindung des Bundesdurchgriffs auf die Kommunen passt.“ Dann hätten alle Akteure ganz fest daran geglaubt, dass § 6a SGB II auf das 2004 geltende Verfassungsrecht, und zwar auf Art. 106 Abs. 8 GG, gestützt werden könne⁴⁾.

Henneke ergänzte: Wenn eine solche Lösung 2004 verfassungsrechtlich zulässig gewesen sei, habe die Einfügung von Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG zum 1.9.2006 an dieser Konstellation nichts geändert. ■

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

¹⁾ *Henneke*, Der Landkreis 2004, 63 ff.

²⁾ AU 046 v. 9.3.2004, abgedr. bei Henneke (Fn. 1), S. 225 (230 ff.).

³⁾ Vgl. dazu die Darstellung von *Jacobi*, Einigung im Streit um Arbeitslose, Süddeutsche Zeitung vom 21.2.2004, wiedergegeben bei *Henneke*, Der Landkreis 2008, 113 (118 Fn. 76).

⁴⁾ Wiedergabe bei *Henneke*, ZSE 2004, 548 (573 f., 576); ders., Der Landkreis 2008, 113 (118 f.).

Leistungsträgerschaft und Kostentragung bei der Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II) – Aufgabenwahrnehmung aus »einer Hand« zwischen reformiertem Grundgesetz und Bundesverfassungsgericht

Von Prof. Dr. Stefan Koriath, München*

Das Bundesverfassungsgericht hat Ende 2007 über die föderale Organisation und Kostenverteilung der im Jahr 2005 in Kraft getretenen Grundsicherung für Arbeitssuchende (»Hartz IV«) entschieden. Der Beitrag setzt sich kritisch mit dem Urteil auseinander und untersucht die rechtspolitischen Möglichkeiten zur Neugestaltung der Aufgabenwahrnehmung nach der Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Arbeitsgemeinschaften von Kommunen und Bundesanstalt für Arbeit.

I. Einführung

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 20. 12. 2007 über die kommunalen Verfassungsbeschwerden mehrerer Landkreise gegen §§ 6, 44 b und 46 SGB II entschieden¹ und dabei zentrale Festlegungen der »Hartz IV«-Reform bestätigt. Im Rahmen des gegenüber der abstrakten Normenkontrolle eingeschränkten Rechtsschutzbereichs der kommunalen Verfassungsbeschwerde² hält das Gericht die Zuweisung von Aufgaben im Bereich der Grundsicherung für Arbeitssuchende unmittelbar durch Bundesgesetz an die Kommunen für verfassungsgemäß. Da die einschlägige Regelung des § 6 SGB II aus dem Jahre 2003 stammt, konnte der 2006 eingefügte Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG, der die bundesgesetzliche Übertragung neuer Aufgaben auf die Kommunen ausschließt, nicht als Prüfungsmaßstab herangezogen werden. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist auch die Finanzierungsregel des § 46 SGB II verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Dagegen widersprechen die Arbeitsgemeinschaften von Kommunen und Bundesagentur für Arbeit nach § 44 b SGB II dem Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 u. 2 GG i. V. mit Art. 83 GG. Der Urteilstenor erklärt die Vorschrift bis längstens zum 31. 12. 2010 für anwendbar, sofern der Gesetzgeber nicht zuvor eine Neuregelung trifft.

Trotz grundsätzlicher Klärungen lässt das Urteil Fragen offen, auch solche, die es hätte beantworten können. Das Bundesverfassungsgericht beruft sich hierbei auf den beschränkten Prüfungsumfang der kommunalen Verfassungsbeschwerde, der ausschließlich die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) umfasst. Ob das Gericht die damit eröffnete Prüfungstiefe und -breite vollständig ausgefüllt hat, ist aber zweifelhaft. Tatsächlich stehen nur wenige der aufgeworfenen Ver-

sungsfragen unstreitig außerhalb der Reichweite des Art. 28 Abs. 2 GG (II.). Vor allem aber verlangt das Urteil rechtspolitische Konsequenzen zur administrativen Zukunft der Grundsicherung für Arbeitssuchende (III.). Bei der Auswahl zwischen – tatsächlich wohl eher der Suche nach – den verfassungsgemäßen, problemangemessenen und realisierbaren Neugestaltungen der Verwaltungs- und Finanzierungszuständigkeiten wird der Gesetzgeber vor schwierigen Herausforderungen stehen. Den Dreh- und Angelpunkt der nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts erforderlichen Neuregelung wird, wie immer bei kostenträchtigen Leistungsgesetzen, die Verteilung der Finanzierungslasten im Spannungsfeld der Interessen von Bund, Ländern und Gemeinden bilden. Schon jetzt werden in den Ministerien mögliche Gestaltungen mit dem Taschenrechner durchgerechnet und nach Gewinnen und Verlusten für den eigenen Haushalt bewertet. Das erinnert an das Jahr 2003, als es bei der unstreitig sinnvollen und seit langem geforderten Zusammenlegung der früheren Arbeitslosen- und Sozialhilfe fast unlösbare Interessenkonflikte gab, die für manche Schwachpunkte der damals neukonzipierten Grundsicherung, vor allem in administrativer Hinsicht, verantwortlich waren. Die hohe tatsächliche Bedeutung der jetzt erforderlichen Neuregelung lässt sich daran ermesen, dass zur Zeit fast 10 v. H. der in Deutschland lebenden Einwohner Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch II erhalten. Wenn erste Reaktionen aus der Politik darauf hindeuten, der Bundesgesetzgeber könne angesichts der Schwierigkeiten einer Neuregelung versucht sein, Minimallösungen zu finden³, so wird dies dem sozialpolitischen Rang der Grundsicherung nicht gerecht.

II. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts

1. Verfassungswidrigkeit des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II?

Die Grundsicherung soll die Hilfebedürftigkeit nicht nur durch finanzielle Hilfe ausgleichen, sondern vor allem überwinden helfen, indem der einzelne durch persönliche Ansprechpartner (Fallmanagement) intensiv betreut wird sowie Förderung durch arbeitsmarktpolitische Maßnahmen und sozialintegrative Leistungen erhält. § 6 Abs. 1 SGB II kennt zwei Träger der Grundsicherung für Arbeitssuchende, die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit und Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes (§ 19 a SGB II) umfasst. Die Bundesagentur für Arbeit ist

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Kirchenrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

1 BVerfG U. v. 20. 12. 2007 – 2 BvR 2433 u. 2434/04.

2 Dazu BVerfG, U. v. 23. 11. 1988 – 2 BvR 1619/83 u. a. – BVerfGE 79, 127 (141 ff.); K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, Rdnr. 192.

3 Vgl. etwa die Pressemitteilung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 20. 12. 2007: Denkbar sei der Verzicht auf die Leistungsgewährung aus einer Hand bei paralleler Erfüllung der jeweiligen Aufgaben durch Bund und Kommunen.

Trägerin insbesondere der Regelleistung und der Leistungen zur Eingliederung in Arbeit. Die Kommunen – Kreise und kreisfreie Städte – sind vor allem für die Kosten der Unterkunft und Heizung sowie begleitende Leistungen (z. B. Schuldner- und Suchtberatung) verantwortlich. Die mit der Ausführung des Sozialgesetzbuches II befassen Behörden müssen – gleichsam als Basis der Integrationsförderung – monatlich für ca. 7,2 Mio. Menschen den Lebensunterhalt sicherstellen; darunter sind 1,9 Mio. Kinder. Im Dezember 2007 erhielt eine Bedarfsgemeinschaft im Schnitt 811 Euro. Davon entfielen 42 v. H. auf Leistungen zum Lebensunterhalt, 37 v. H. auf Leistungen für Unterkunft und Heizung und 19 v. H. auf Sozialversicherungsbeiträge.

*a) Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung
(Art. 28 Abs. 2 GG)*

Die bundesgesetzliche Aufgabenzuweisung an die Kommunen prüft das Bundesverfassungsgericht, da nur Kreise die kommunale Verfassungsbeschwerde erhoben hatten, zunächst an der kreisspezifischen Ausforderung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG⁴. Das Ergebnis ist nicht weiter überraschend: Anders als bei den Gemeinden (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG) gibt es für die Kreise keinen verfassungsunmittelbaren Aufgabenbereich, sondern lediglich einen gesetzlich definierten. Der Gesetzgeber muss den Kreisen allerdings einen Mindestbestand an Aufgaben zuweisen, um die kreiskommunale Eigenverantwortlichkeit zu wahren. Staatlich übertragene und überörtliche kreiskommunale Aufgaben des eigenen Wirkungsbereiches müssen hierbei in einem angemessenen Verhältnis stehen⁵. Daraus folgt zugleich, dass nicht nur ein Aufgabenentzug, sondern auch eine Aufgabenzuweisung in das Selbstverwaltungsrecht eingreifen kann, »wenn dadurch die Möglichkeit eingeschränkt wird, Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen, die zum verfassungsrechtlich geschützten Aufgabenbestand gehören«⁶. Hierfür sah das Bundesverfassungsgericht nach dem Vortrag der Beschwerdeführer keinen Anhaltspunkt. Es blieb deshalb bei der Regel, dass die Änderung der kreislichen Aufgaben durch § 6 Abs. 1 SGB II nicht in den verfassungsrechtlich garantierten Aufgabenbestand eingreift, sondern ihn neu umschreibt.

Das alles ist richtig, lässt aber – verfassungsprozessual veranlasst – die Frage offen, wie die gleiche Aufgabenzuweisung an die kreisfreien Städte zu beurteilen ist, deren Selbstverwaltungsschutz in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG wurzelt. Das Gericht nimmt nicht die Aufgabenzuweisung als solche in den Blick, sondern beleuchtet ihre Auswirkung auf den Bestand freiwilliger Aufgaben, die den Gemeinden unmittelbar durch das Grundgesetz, den Kreisen nur nach dem Landes(verfassungs)recht zugewiesen sind. Daraus müsste zwingend folgen, dass dieselbe Aufgabenzuweisung bei den kreisfreien Städten in die Selbstverwaltungs-

garantie eingreift – ob sie diese verletzt, müsste anhand des Kernbereichsschutzes des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG beurteilt werden, der vom Bundesverfassungsgericht mangels Beschwerden kreisfreier Städte nicht herangezogen werden konnte. Im Ergebnis hält § 6 Abs. 1 Satz 1 SGB II auch einer Prüfung anhand des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG stand. Die Aufgabenzuweisung knüpft an die bislang von der kommunalen Ebene im Rahmen der früher umfassenden Sozialhilfe wahrgenommenen Aufgaben an. Die für den neudefinierten Adressatenkreis des Sozialgesetzbuchs II gebündelten Aufgaben werden flankiert durch finanzielle und personelle Entlastungen, die im Ergebnis der kommunalen Ebene mehr Raum für Selbstverwaltungsaufgaben lassen als bis zum 31. 12. 2004.

*b) Kommunale Selbstverwaltung und föderale
Verwaltungskompetenzen*

Erheblich problematischer sind die Ausführungen des Gerichts zu einer möglichen Verletzung des Art. 84 Abs. 1 GG a. F. Unstreitig ist der Ausgangspunkt: »Im Rahmen einer Kommunalverfassungsbeschwerde können andere Verfassungsnormen als Art. 28 Abs. 2 GG nur insoweit als Prüfungsmaßstab herangezogen werden, als sie ihrem Inhalt nach das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitzubestimmen geeignet sind [...]. Die Rüge einer Verletzung von Art. 84 Abs. 1 GG oder Vorschriften über die Gesetzgebung des Bundes kann nur in dem Rahmen erhoben werden, den der Garantiegehalt der Art. 28 Abs. 2 GG eröffnet; sie ist akzessorisch«⁷. Zweifelhafte wird es, wenn das Gericht eine solche Ausstrahlungswirkung für Art. 84 Abs. 1 GG a. F. verneint. Die Vorschrift habe die Verwaltungszuständigkeit der Länder schützen wollen, nicht aber einen Mindestbestand an Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeinden. Letzteres ist richtig, ersteres bestimmt den Schutzbereich des Art. 84 Abs. 1 GG a. F. zu eng. Weil die Kommunen im bundesstaatlichen Verfassungsrecht als Teil der Länder gelten (vgl. Art. 106 Abs. 9 GG), ist es zumindest möglich, dass der Schutz der Länderzuständigkeiten auch den Schutz der Kommunen umfasst. Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 70 GG ist dieser Gedanke im übrigen geläufig. Art. 70 GG sei geeignet, das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitzubestimmen, da nach Art. 70 ff. GG kommunale Angelegenheiten grundsätzlich zur Gesetzgebungsbefugnis der Länder gehören⁸. Nichts anderes kann dann aber für Art. 84 Abs. 1 GG a. F. gelten. Für die verfassungsrechtliche Bewertung bedeutet es keinen Unterschied, ob der Bund Länderkompetenzen nach Art. 70 GG oder Art. 84 GG verletzt⁹.

Für eine Ausstrahlungswirkung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie auf Art. 84 Abs. 1 GG a. F. streitet auch die vom Bundesverfassungsgericht in seiner Jugendhilfe-Entscheidung von 1967 entwickelte Formel, unter welchen Voraussetzungen Bundesgesetze auf der

4 BVerfG (Fußn. 1), Absatz-Nr. 115 ff.

5 Vgl. dazu bereits BVerfG, U. v. 7. 2. 1991 – 2 BvL 24/84 –, BVerfGE 83, 363 (383).

6 BVerfG (Fußn. 1), Absatz-Nr. 118.

7 BVerfG (Fußn. 1), Absatz-Nr. 127.

8 BVerfG, B. v. 7. 10. 1980 – 2 BvR 584/76 – BVerfGE 56, 298 (310).

9 F. Schoch/J. Wieland, Kommunale Aufgabenträgerschaft nach dem Grundsicherungsgesetz, 2003, S. 50.

Grundlage des Art. 84 Abs. 1 GG a. F. (»Einrichtung der Behörden«) ausnahmsweise Gemeinden unmittelbar als Aufgabenträger, auch im Bereich des eigenen Wirkungskreises, benennen durften. Es musste sich um eine punktuelle Annexregelung zu einer zur Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers gehörenden materiellen Regelung handeln, die für den wirksamen Vollzug der materiellen Bestimmung des Gesetzes notwendig war¹⁰. Das bezweckte zwar keine Erweiterung des Schutzbereiches der kommunalen Selbstverwaltung, wohl aber den Schutz des bestehenden Aufgabenkreises. Die Anwendung der Formel auf die kommunale Aufgabenträgerschaft nach § 6 Abs. 1 SGB II belegt dies: Zum einen handelte es sich nicht um einen punktuellen Annex, sondern um eine zentrale Entscheidung innerhalb der neugestalteten Grundsicherung für Arbeitssuchende, diese Aufgabe zumindest zum Teil der kommunalen Ebene zuzuweisen. Der Streit um die Aufgabenträgerschaft im Gesetzgebungsverfahren des Jahres 2003¹¹ spiegelt die Bedeutung der Festlegung in aller Deutlichkeit wider. Zum anderen gab es, wie bei allen Leistungsgesetzen, keine zwingende Notwendigkeit, unmittelbar die Kommunen als Leistungsträger zu benennen¹². Die Festlegung der Behördenzuständigkeit hätte dem Landesrecht überlassen bleiben können. Dass die neue Grundsicherung teilweise aus der traditionell kommunalen Sozialhilfe entstanden war, besagt nichts anderes – schließlich sah die ursprüngliche Konzeption der Grundsicherung vor, die gesamte Aufgabenwahrnehmung den Behörden der Bundesagentur für Arbeit zu übertragen. Wenn dies eine rechtspolitische Option war, dann konnte die vollständige oder teilweise Kommunalisierung dieser Aufgaben nicht zwingend sein, um den Vollzug des Gesetzes sicherzustellen. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II erfüllte die bundesverfassungsgerichtlichen Anforderungen an den bundesrechtlichen Durchgriff auf die Kommunen auf der Grundlage des früheren Art. 84 Abs. 1 GG nicht. Schon damit wäre es konsequent gewesen, Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG i. V. mit Art. 84 Abs. 1 GG a. F. als verletzt anzusehen.

Das verstärkt eine weitere Erwägung: Die Restriktion des Bundesdurchgriffs hatte auch die Aufgabe, eine Umgehung der landesrechtlichen Finanzgarantien und Einstandspflichten der Länder gegenüber den Kommunen zu verhindern. Im Fall der bundesrechtlichen Aufgabenübertragung durfte (und darf weiterhin bei den fortbestehenden Altfällen) der Bund die Aufgabe nicht durch Zahlungen an die Gemeinden finanzieren. Unmittelbare Finanzbeziehungen des Bundes zu den Kommunen über die Länder hinweg sind unzulässig. Die Länder wiederum

traf (und trifft nach wie vor bei den Altfällen) keine Kostenerstattungspflicht, weil nur landesrechtlich verursachte kommunale Kosten dem landesrechtlichen Konnexitätsprinzip unterfallen können. Zwar spielte eine bundesrechtlich verursachte Finanzierungslücke bei den Kommunen zum Zeitpunkt der Jugendhilfe-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts noch keine Rolle. Die zunehmende finanzielle Belastung der Kommunen durch Leistungsgesetze des Bundes rückte dies aber spätestens seit Mitte der 1990er Jahre in den Mittelpunkt der Durchgriffsproblematik. Auch das hätte es nahegelegt, den Schutz der Kommunen in den Schutzzweck des Art. 84 Abs. 1 GG a. F. einzubeziehen.

Die Problematik ist auch nach Einführung des absoluten Aufgabenübertragungsverbots in Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG, das unstreitig den Schutz des kommunalen Selbstverwaltungsrechts bezweckt, nicht schlagartig abgetan und Sache der Rechtsgeschichte. Die zahlreichen Altfälle haben nach Art. 125 a Abs. 1 Satz 1 GG Bestand. Eine Ersetzung durch Landesrecht wird wegen der damit verbundenen Kostentragungspflicht der Länder die Ausnahme bleiben. Unterhalb der landesrechtlichen Ersetzung unterliegen die Altfälle der begrenzten Modifikation durch Bundesrecht. Das wird auch zukünftig zum Rückgriff auf die alte Fassung des Art. 84 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab zwingen. Modifikationen der alten Aufgabenübertragungen setzen voraus, dass die Aufgabenübertragung als solche den Anforderungen der früheren Verfassungsrechtslage entsprach.

2. Verfassungsmäßigkeit des § 46 SGB II

Veranlasst durch den begrenzten Prüfungsmaßstab des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht der Finanzierungsregelung des § 46 SGB II wenig Aufmerksamkeit geschenkt. § 46 Abs. 5 SGB II verpflichtet den Bund zu jährlichen zweckgebundenen Zahlungen an die Länder. Mit ihnen beteiligt sich der Bund an den Aufwendungen der Kommunen für Unterkunft und Heizung nach § 22 Abs. 1 SGB II. Die Beträge sind von den Ländern an ihre Kommunen weiterzuleiten und bezwecken, dass die Kommunen »um jährlich 2,5 Mrd. Euro entlastet werden«. Die Berechnung der Bundesbeteiligung wurde seit Inkrafttreten des Gesetzes mehrfach geändert. Zuletzt wurde Ende 2006 festgelegt¹³, dass der Bund im Jahre 2007 seine Beteiligung an den Leistungen der kommunalen Träger für Unterkunft und Heizung von zuvor 29,1 v. H. auf 35,2 v. H. für Baden-Württemberg, 41,2 v. H. für Rheinland-Pfalz und für die übrigen Länder auf 31,2 v. H. festlegte. Seit 2008 bestimmt sich die Berechnung nach einer Formel.

Dem gesamten § 46 SGB II attestiert das Bundesverfassungsgericht, er verstoße »weder gegen Art. 28 Abs. 2 GG noch gegen eine andere Norm der Verfassung«¹⁴. Abgesehen davon, dass hier mit einer lapidaren Feststellung der Prüfungsbereich der kommunalen Verfassungsbe-

10 BVerfG, U. v. 18. 7. 1967 – 2 BvF 3/62 u. a. –, BVerfGE 22, 180 (209 f.); BVerfG, B. v. 9. 12. 1987 – 2 BvL 16/84 –, BVerfGE 77, 288 (299).

11 Vgl. den Entwurf eines Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BT-Drucks. 15/1516, S. 45 ff. (Zuständigkeit der Bundesagentur für Arbeit für alle Leistungen); Entwurf eines Existenzgrundlagengesetzes, BT-Drucks. 15/1523, S. 31 (Kreise und kreisfreie Städte als Leistungsträger).

12 Vgl. dazu S. Koriath, NVwZ 2005, 503 (508); vgl. auch H. Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rdnr. 122, 140.

13 Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und des Finanzausgleichsgesetzes vom 22. 12. 2006 (BGBl. I, S. 3376).

14 BVerfG (Fußn. 1), Absatz-Nr. 138.

schwerde verlassen wird, ist diese Einschätzung fragwürdig. Die nach Ländern differenzierten Kostenersatzquoten des § 46 Abs. 6 SGB II verstoßen gegen Art. 104 a Abs. 3 GG und installieren einen unzulässigen horizontalen Nebenfinanzausgleich. Im abschließenden System der finanzverteilenden Normen des Grundgesetzes sind umverteilende Finanzströme vom Bund zu den Ländern und zwischen den Ländern dem Finanzausgleich nach Art. 106, 107 GG vorbehalten. Soweit der Bund mit zweckgebundenen Zahlungen Aufgaben der Länder (zu ihnen zählen finanzverfassungsrechtlich die Kommunen, Art. 106 Abs. 9 GG) mitfinanzieren darf und will, muss sich die Bundesbeteiligung an den tatsächlich in jedem Land entstandenen Kosten orientieren. Bei Geldleistungsgesetzen – das Zweite Buch des Sozialgesetzbuchs unterfällt Art. 104 a Abs. 3 GG, soweit es um Geldzahlungen geht¹⁵ – ist eine quotale Beteiligung des Bundes möglich, sofern die Quote für alle Länder gleich und damit sichergestellt ist, dass von den tatsächlich entstehenden Kosten der Bund in jedem Land denselben Anteil abdeckt. Dagegen verstoßen die differenzierten Quoten des § 46 Abs. 6 SGB II. Sie sind zudem gleichheitswidrig und damit willkürlich, weil sie gleiche Sachverhalte von Land zu Land verschieden behandeln. Der Gleichheitssatz gilt nicht nur Grundrechtlich durch Art. 3 Abs. 1 GG, sondern auch im Verhältnis der Gebietskörperschaften untereinander¹⁶. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, seine Entscheidungen nicht aufgrund willkürlicher Festlegungen, sondern aufgrund sachgerechter Kriterien zu entwickeln. Insbesondere die Kriterien der Verteilung von Geld innerhalb und außerhalb des Finanzausgleichs sind rational, folgerichtig und unter Beachtung des Gleichheitssatzes festzulegen¹⁷. Das gilt in besonderem Maße für Ausgleich von Belastungen im Rahmen des Art. 104 a Abs. 3 GG, weil zweckgebundene Leistungen, wenn sie nicht den Kriterien tatsächlicher Kostenbelastung Rechnung tragen, das Finanzverteilungssystem der Art. 106, 107 GG empfindlich stören. Dem trägt § 46 Abs. 6 SGB II nicht Rechnung und ist daher verfassungswidrig.

3. Unzulässige Mischverwaltung in den Arbeitsgemeinschaften nach § 44 b SGB II

Nach § 44 b SGB II haben die Agenturen für Arbeit und die kommunalen Träger der Grundsicherung für Arbeitssuchende zur »einheitlichen Wahrnehmung ihrer Aufgaben« – so Absatz 1 Satz 1 der Vorschrift – auf vertraglicher Grundlage Arbeitsgemeinschaften begründet. Diese Arbeitsgemeinschaften nehmen kraft Gesetzes die Aufgaben der Agentur für Arbeit als Leistungsträger wahr.

Die kommunalen Träger sollen ihre Aufgaben den Arbeitsgemeinschaften übertragen. Nach § 44 b Abs. 3 Satz 3 SGB II ist die Arbeitsgemeinschaft berechtigt, im Rahmen ihres Aufgabenbereichs Verwaltungsakte und Widerspruchsentscheide zu erlassen. Trotz der geteilten Leistungsträgerschaft soll erreicht werden, Leistungen der Grundsicherung »aus einer Hand« zu gewähren¹⁸. Dieses Ziel ist einleuchtend, gemeinschaftliche Verwaltungseinrichtungen des Bundes und der Kommunen zum Vollzug der Grundsicherung widersprechen aber den Geboten der Trennung der Verwaltungsräume von Bund, Ländern und Kommunen und der Selbständigkeit der Aufgabenwahrnehmung. »Das Grundgesetz enthält keine Vorschrift, die eine Gemeinschaftseinrichtung von Bund und Ländern zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung der Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch (Zweites Buch) vorsieht. Nach der Systematik des Grundgesetzes wird der Vollzug von Bundesgesetzen entweder von den Länder oder vom Bund, nicht hingegen zugleich von Bund und Land oder einer von beiden geschaffenen dritten Institution wahrgenommen.«¹⁹ Gegenüber dieser klaren Einordnung wirkt der Hinweis gekünstelt, in den Arbeitsgemeinschaften bestehe die Unabhängigkeit und Eigenständigkeit der Träger fort, bei diesen verbleibe die jeweilige Sachkompetenz, die Arbeitsgemeinschaft führe nur die Aufgabe aus²⁰. Selbst wenn diese Unterscheidung möglich wäre, so widerspräche sie doch der einheitlichen Entscheidungsfindung und Entscheidung gegenüber dem Bürger. Dem verfassungsrechtlichen Verbot lässt sich ebenfalls nicht mit dem sozialpolitischen und verwaltungswirtschaftlich sicherlich berechtigten Argument begegnen, es sei sinnvoll, die in Jahrzehnten entstandenen Kompetenzen der Bundesbehörden – sie verwalteten und finanzieren aus Steuermitteln des Bundes die frühere Arbeitslosenhilfe – und der Kommunen – den traditionellen Sozialhilfeträgern – zusammenzuführen. In der früheren Trennung der Entscheidungsbereiche für Langzeitarbeitslose lag das Problem, das durch die Zusammenführung der nach wie vor zweigeteilten Leistungsträgerschaft in den Arbeitsgemeinschaften nur halb gelöst wurde. Die ganze Lösung hätte verlangt, alle Aufgaben der Grundsicherung entweder dem Bund – so der Gesetzentwurf der damaligen Bundesregierung – oder den Kommunen zuzuweisen, wie dies bei den nach geltendem Recht zahlenmäßig begrenzten Optionskommunen (§ 6 a SGB II) bereits der Fall ist.

Die in den Arbeitsgemeinschaften versuchte complexio oppositorum spiegelt demgegenüber ein auch in anderen Bereichen anzutreffendes Dilemma föderaler Entscheidungsfindung und Aufgabenverteilung. Gefordert wird allerseits eine klare Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen²¹, praktiziert wird die Verflech-

15 Bei Gesetzen, die Geld- und Sachleistungen nebeneinander vorsehen, greift Art. 104 a Abs. 3 GG a. F. hinsichtlich des Geldleistungsteils, vgl. zu dieser weitgehend konsentierten Auslegung R. Prokisch, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 104a, Rdnr. 200 (Loseblatt, Stand: Mai 2003); W. Heun, DVBl 1996, 1020 (1024); S. Koriath, DVBl 1993, 356 (361).

16 BVerfG, U. v. 27. 5. 1992 – 2 BvF 1/88 u. a. –, BVerfGE 86, 148 (251).

17 BVerfG, U. v. 11. 11. 1999 – 2 BvF 2/98 –, BVerfGE 101, 158 (219 f., 223, 228, 230).

18 K. Ruge/I. Vorholz, DVBl 2005, 403 (405).

19 BVerfG (Fußn. 1), Absatz-Nr. 167.

20 So das Sondervotum Broß, Osterloh und Gerhardt zur Entscheidung des BVerfG (Fußn. 1), Absatz-Nr. 215 f., im Anschluss an U. Berlin, in: J. Münder (Hrsg.), LPK-SGB II, 2. Aufl. 2007, § 44 b Rdnr. 42.

21 Dazu etwa die Gutachten und Referate zum 65. Deutschen Juristentages Bonn 2004 mit der Themenvorstellung »Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen«.

tung der Entscheidungsbereiche. Bei der Grundsicherung war die ebenübergreifende Verflechtung, ungewöhnlicherweise unter Einschluss der Gemeinden, eine Verlegenheitslösung, wengleich sie geeignet war, Wissen und Erfahrungen der Bundesseite und der Kommunen zu bündeln. Auch in anderen Bereichen, wie etwa einzelnen Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91a und Art. 91b GG, kann die gemeinschaftliche Aufgabenerfüllung und -finanzierung durchaus ihre Berechtigung haben. Hierfür aber gibt es die verfassungsrechtliche Grundlagen. Die Praxis des deutschen Bundesstaates in Gesetzgebung und Verwaltung ist jedenfalls, vor und nach der Föderalismusreform 2006, vom Prinzip der vertikalen Trennung der Kompetenzbereiche weit entfernt. Es ist eines der großen Defizite der Föderalismusreform, Vor- und Nachteile der Bund-Länder-Kooperationen nicht konsequent nach Sachbereichen und Instrumenten analysiert, bewertet und demgemäß beendet oder aufrechterhalten zu haben²². Mit der Verfassungswidrigkeitserklärung der Arbeitsgemeinschaften nach § 44 b SGB II erweist sich, wieder einmal, das Bundesverfassungsgericht als diejenige Instanz, die Folgerichtigkeit des Gesetzgebers annimmt und die Politik beim Wort nimmt. Wer die klare Verteilung von Verantwortung fordert, muss sich daran messen lassen. Wenn dagegen Kooperationen sinnvoll erscheinen, müssen hierfür die Verfassungsgrundlagen geschaffen werden. Sowohl die strikte Verantwortungsteilung als auch die Kooperation haben Vor- und Nachteile.

III. Neuorganisation der Leistungsträgerschaft

Bei der jetzt erforderlichen Reform steht es außer Frage, die inhaltliche Zusammenlegung der Arbeitslosen- und Sozialhilfe in Gestalt eines besonderen Leistungspaketes für arbeitsfähige Sozialhilfeempfänger aufrechtzuerhalten. Die Überwindung des historisch gewachsenen Nebeneinander von kommunal und gesamtstaatlich verwalteter Fürsorge ist der unbezweifelte Ertrag der Reform des Jahres 2003. Einer Neuordnung bedürfen ausschließlich die Verwaltungs- und gegebenenfalls Finanzierungszuständigkeiten. Dabei sind nicht nur die seit 2006 veränderten verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beachten. Es sollte darüber hinaus eine Lösung gefunden werden, die eine Aufgabenerfüllung durch einen Träger ermöglicht. Die gesetzgeberische Aufgabe des Jahres 2003, die divergierenden Interessen von Bund, Ländern und Kommunen zum Ausgleich zu bringen, wird sich wiederholen. Die absehbaren Schwierigkeiten hat das Bundesverfassungsgericht mit der Anordnung der Weitergeltung des § 44 b SGB II bis längstens zum 31. 12. 2010 berücksichtigt. »Dem Gesetzgeber muss für eine Neuregelung, die das Ziel einer Bündelung des Vollzugs der Grundsicherung für Arbeitssuchende verfolgt, ein der Größe der Umstrukturierungsaufgabe angemessener Zeitraum belassen werden. Dabei muss ihm die Möglichkeit gegeben werden, die Erfahrungen der einheitlichen Aufgabenwahrnehmung in den so genannten Optionskommunen des § 6 a SGB II und die

Ergebnisse der gemäß § 6 c SGB II vorgesehenen Wirkungsforschung zu den Auswirkungen der Neuregelung des Sozialgesetzbuchs – Zweites Buch – zu berücksichtigen.«²³ Zwei Hinweise des Bundesverfassungsgerichts sollte der Gesetzgeber auf sich wirken lassen und beherzigen. Zum einen lässt das Gericht mit der großzügigen Neuregelungsfrist von drei Jahren erkennen, dass es durchdachte neue Lösungen ermöglichen will. Zum zweiten: Ein laxer Umgang mit der Verfassung soll ausgeschlossen sein. Ebenso selbstverständlich hier angesichts der gegenwärtigen Gesetzgebungspraxis hervorhebenswert mahnt das Gericht: »Mangelnde politische Einigungsfähigkeit kann keinen Kompromiß rechtfertigen, der mit der Verfassung nicht vereinbar ist.«²⁴

1. Unmittelbare Folgen: Das Ende der Arbeitsgemeinschaften

Nur in der Übergangszeit bis längstens 2010 können die Arbeitsgemeinschaften aufrechterhalten werden. Das ist auch sinnvoll, soweit Investitionen getätigt wurden. Die Kommunen können in den Arbeitsgemeinschaften weiterhin dasjenige Personal einsetzen, das nach der Einführung der Grundsicherung, in die 90 % der früheren Sozialhilfeempfänger wechselten, nicht mehr zur Ausführung des Bundessozialhilfegesetzes benötigt wurde. Das Modell der Arbeitsgemeinschaften oder auch anderer Formen der Mischverwaltung hat aber über 2010 hinaus keine Zukunft, sofern die Verfassung nicht entsprechend geändert wird. Die hohe sozialpolitische Bedeutung der Grundsicherung geht weit über eng umgrenzte Verwaltungsmaterien hinaus, die ausnahmsweise vermischte Verwaltung und Verantwortung ohne Grundlage im Grundgesetz rechtfertigen könnten. Jeder gesetzgeberische Anlauf zur Minimalreform oder Weiterentwicklung des § 44 b SGB II mit dem Ziel von Kooperationslösungen wäre unzulässig.

2. Getrennte Aufgabenwahrnehmung?

Der kleinste zulässige Schritt des Gesetzgebers bestünde darin, zukünftig bei unveränderter Aufgabenzuweisung nach § 6 SGB II eine getrennte Aufgabenwahrnehmung von Bundes- und Kommunalbehörden vorzusehen. Auf der Verwaltungsebene müssten Kommunen und Arbeitsagenturen die Verträge über die Arbeitsgemeinschaften auflösen; nur technische und räumliche Kooperationen blieben möglich. Da kommunales Personal in den Arbeitsgemeinschaften derzeit auch Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit ausführt, müsste dieses Personal neu zugeordnet werden. Darüber hinaus müsste im Sozialgesetzbuch II nur wenig geändert werden. Der Gesetzgeber müsste die Verfahren zur Meldung und zum Austausch von Daten (§§ 50 ff. SGB II) neu regeln. Vor allem aber müssten diejenigen Vorschriften, die eine Bindung der Kommune an Entscheidungen der Bundesagentur vorsehen, aufgehoben werden (§ 15 SGB II – Eingliederungsvereinbarungen; § 44 a SGB II – Einschätzung der Erwerbsfähigkeit; § 31 SGB II – Sanktionen gegen Arbeitsverweigerer). Die ge-

22 S. Koriotz, ZG 2007, 1 (5 ff.).

23 BVerfG (Fußn. 1), Absatz-Nr. 210.

24 BVerfG (Fußn. 1), Absatz-Nr. 174.

genwärtige Bindungswirkung beschränkt die Eigenständigkeit der Aufgabenerfüllung. Damit zeigen sich sogleich die gravierenden Nachteile einer getrennten Aufgabenwahrnehmung: Die notwendige Koordination der Hilfen wäre mit erheblichen Schwierigkeiten belastet, der antragstellende Bürger würde getrennte Bescheide über die Gewährung der Regelleistungen und der Kosten für Unterkunft und Heizung erhalten. Verdoppelte Sachverhaltsermittlungen und Arbeitsabläufe wären unvermeidbar. Das wesentliche Ziel der Grundsicherung, die Hilfeleistung aus einer Hand, müsste aufgegeben werden. Schließlich wäre zu befürchten, dass angesichts der finanziell und sachlich vorrangigen Aufgaben des Bundes (Regelleistungen und die dafür maßgeblichen Feststellungen zur Erwerbsfähigkeit, Hilfebedürftigkeit etc.) eine dominierende Stellung des Bundes entstünde, während die Kommunen bei einer getrennten Aufgabenwahrnehmung auf Restbereiche beschränkt wären, insbesondere die Auszahlung der Unterkunftskosten. Ihnen blieben kaum Gestaltungsoptionen und statt dessen vorrangig Leistungsaufgaben nach bundesrechtlichen Vorgaben. Diese Gestaltungsoption, wie wohl verfassungsrechtlich möglich, sollte daher nicht weiter verfolgt werden.

3. Gebündelte Aufgabenwahrnehmung durch die Arbeitsagenturen oder die Kommunen

Auch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts hat, soweit es die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers durch, ausschließlich Modelle der Aufgabenwahrnehmung durch einen Träger im Blick. Der Gesetzgeber habe die Wahl, »für die Ausführung den Weg des Art. 87 GG« zu wählen, also die Bundesverwaltung, als auch, den »Gesamtvollzug nach der Grundregel des Art. 83 GG insgesamt den Ländern als eigene Angelegenheit«²⁵ zu überlassen. Soweit das Gericht an anderer Stelle und sehr allgemein den »verfassungsgewollten prinzipiellen Vorrang einer dezentralen, also gemeindlichen, vor einer zentral und damit staatlich determinierten Aufgabenwahrnehmung«²⁶ anspricht, lässt sich dem keine verfassungsrechtliche Vermutung für die Aufgabenwahrnehmung in der Grundsicherung entnehmen. Soziale Sicherung, einschließlich der steuerfinanzierten Fürsorge, ist traditionell auch eine staatliche und sogar zentralstaatliche Aufgabe (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7, Art. 87 GG)²⁷. Die sozialstaatliche, administrative und finanzielle Dimension der Grundsicherung geht weit über den überkommenen Tätigkeitsbereich der Gemeinden und Gemeindeverbände hinaus. Das steht, Finanzierungshilfen zugunsten der Gemeinden vorausgesetzt, einer künftigen Zuweisung an die Gemeinden nicht entgegen, wohl aber einem verfassungsrechtlichen Vorrang der kommunalen Ebene.

Das Zentralproblem einer vollständigen Entflechtung und monistischen Aufgabenwahrnehmung würde rechtlich in der Zusammenführung von Aufgaben- und Kosten-

tragung liegen. Die Bundeslösung würde Finanzverschiebungen zum Bund verlangen, eine Stärkung der Länder und Kommunen wäre bei einer vollständigen Kommunalisierung erforderlich. Das ist bei einem Gesamtumfang der Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch II von ca. 50 Mrd. Euro unmittelbar einsichtig. Der vom Grundgesetz für den Ausgleich vertikaler Belastungsverschiebungen vorgesehene Weg ist der Finanzausgleich (Art. 106 und 107 GG) und hier insbesondere die vertikale Umsatzsteuerverteilung (Art. 106 Abs. 3 und 4 GG). Nur im Fall einer Kommunalisierung kämen Erstattungsleistungen des Bundes auf der Grundlage des Art. 104a Abs. 3 GG in Betracht. Finanzausweisungen der Länder (und Kommunen) an den Bund sind unzulässig. Erstattungsleistungen allerdings haben den Nachteil, dass sie nach Grund und Höhe dem Dauerstreit von Bund und Ländern unterliegen, und dies in aller Regel stärker als die vertikale Umsatzsteuerverteilung. Der erstattungspflichtige Bund hat ein berechtigtes Interesse, die Mittelverwendung zu kontrollieren und die Kosten gering zu halten. Die Zahlungen empfangenden Länder sind zur Abrechnung verpflichtet und haben, wie immer beim Handeln auf fremde Rechnung, nur geringe Anreize zu einem wirtschaftlichen und sparsamen Verwaltungshandeln. Die Übereinstimmung von Durchführungs- und Finanzierungsverantwortung lässt sich nicht sicherstellen²⁸. Daraus folgt zugleich, dass die Verbindung von einer vollständigen Kommunalisierung mit einer um die eigene Entlastung ausgeweiteten Kostenerstattung durch den Bund einerseits keine Verwirklichungschance hat, andererseits nur eine formale Kommunalisierung wäre. Auch wenn Aufsichtsrechte und Kostenerstattungen des Bundes immer durch die Länder vermittelt wären, würde die von den Finanzen getragene Steuerung die kommunale Aufgabenerfüllung letztlich nicht stärken.

a) Vollständige Aufgabenwahrnehmung durch die Kommunen

Eine umfassende Kommunalisierung der Grundsicherung ist möglich, nicht aber durch den einzigen Schritt einer darauf zielenden Änderung des Sozialgesetzbuches II. Das schließt das nunmehr geltende absolute Verbot der bundesgesetzlichen Aufgabenzuweisung auf die kommunale Ebene (Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG) aus. Die Kommunalisierung verlangt jetzt zwei Schritte. Das Bundesgesetz benennt die Länder als Aufgabenträger, die ihrerseits sodann durch Landesrecht und mit den Kostenerstattungsfolgen aus dem landesrechtlichen Connexitätsprinzip die Aufgabe an die Kommunen weiterreichen können.

Die Übergangsvorschrift des Art. 125 a Abs. 1 Satz 1 GG, wonach bundesgesetzliche Aufgabenzuweisungen aus der Zeit vor dem 1. 9. 2006 bis zu einer landesrechtlichen Ersetzung Bestand haben, erweitert den Handlungsspielraum des Bundesgesetzgebers nicht. Selbst wenn es zwischen der Weitergeltung des Altrechts und der Ersetzung durch Landesrecht (Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG) Zwischenformen der begrenzten Weiterent-

25 BVerfG (Fußn. 1), Absatz-Nr. 172.

26 BVerfG (Fußn. 1), Absatz-Nr. 148.

27 H. F. Zacher, Grundlagen der Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung und Bundesarchiv (Hrsg.), Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945, Bd. 1, 2001, 333 (393 ff.).

28 Dazu auch R. Schmachtenberg, Wirtschaftsdienst 2008, 79 (82 f.).

wicklung des Altrechts durch Bundesrecht geben sollte²⁹, um eine Versteinerung der Rechtslage zu verhindern, falls die Länder von ihrer Ersetzungsbefugnis keinen Gebrauch machen wollen, erlauben diese Zwischenformen keine vollständige Kommunalisierung der Grundsicherung durch Bundesrecht. Begrenzte bundesrechtliche Modifikationen umfassen nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers³⁰ den Bereich, den das Bundesverfassungsgericht in seiner Ladenschlussentscheidung zu Art. 125 a Abs. 2 i. V. mit Art. 72 Abs. 2 GG a. F. so beschrieben hat: »Die Änderungskompetenz des Bundes ist [...] eng auszulegen und an die Beibehaltung der wesentlichen Elemente der in dem fortgeltenden Bundesrecht enthaltenen Regelungen geknüpft. Diese darf von Bundesgesetzgeber modifiziert werden. Zu einer grundlegenden Neukonzeption wären dagegen nur die Länder befugt [...]«. ³¹ Gemessen daran, handelt es sich bei der vollständigen Kommunalisierung um eine Neukonzeption. Die wesentlichen Elemente der Aufgabenverteilung nach dem Sozialgesetzbuch II würden durch eine vollständige Kommunalisierung entscheidend verändert. Erstmals in der Entwicklung der Sozialfürsorge überhaupt wären die Gemeinden für alle sozialstaatlichen Aufgaben im Zusammenhang der Langzeitarbeitslosigkeit zuständig, auch und vor allem für die Regelleistungen nach dem Sozialgesetzbuch II und die Wiedereingliederung in Arbeit. Diese grundlegende Aufgabenüberbürdung wäre vom schwachen Kompetenzgehalt des Art. 125 a Abs. 1 GG nicht erfasst.

Eine durch hintereinandergeschaltetes Bundes- und Länderrecht bewerkstelligte Kommunalisierung würde Folgeentscheidungen vor allem beim Personal und den Finanzen verlangen. Nur zum Teil geht es dabei um verfassungsrechtliche Probleme, vorrangig um politische Festlegungen. Zur Zeit sind der Bundesagentur für Arbeit zur Verwaltung der Grundsicherung etwa 35 000 Planstellen zugewiesen. Dieses Personal müsste abgebaut oder auf die Kommunen übertragen werden. Vor allem aber sähen sich die Länder (einschließlich Kommunen) einer zusätzlichen finanziellen Belastung von nach derzeitigem Stand etwa 36,5 Mrd. Euro pro Jahr gegenüber. Diese Belastung ergibt sich aus 26,5 Mrd. Euro für Regelleistungen und 10 Mrd. Euro für Wiedereingliederungsleistungen und Verwaltungskosten, die nach der geltenden Aufgaben- und Ausgabenverteilung vom Bund aufzubringen sind. Unter Berücksichtigung der bei der Einführung der

Grundsicherung den Kommunen zugesagten Entlastung von 2,5 Mrd. Euro errechnet sich – nach derzeitigem Leistungsumfang – ein Betrag von etwa 39 Mrd. Euro jährlich, der durch Finanzverschiebungen vom Bund zu den Ländern aufzufangen wäre³².

Zielgenau wirkende finanzverfassungsrechtliche Instrumente gibt es hierfür nicht. Eine Erhöhung des Umsatzsteueranteils der Länder nach Art. 106 Abs. 4 Satz 1 Abs. 3 Satz 3 GG wäre mit unerwünschten horizontalen Verschiebungen verbunden, weil die Umsatzsteuer zwischen den Ländern zu 75 v. H. nach der Einwohnerzahl, zu 25 v. H. nach der Steuerkraft verteilt wird (Art. 107 Abs. 1 Satz 4 GG). Das bewirkte Gewinne bei einwohnerstarken Ländern mit vergleichsweise geringen Fallzahlen und Verluste bei Ländern mit hoher Falldichte, den Stadtstaaten und insbesondere den östlichen Ländern, bei denen nur etwa 10 v. H. der Gemeinschaftsteuern entstehen, aber 34 v. H. der vom Bund finanzierten Grundsicherungsleistungen zu erbringen sind. Auch vertikal sind Verwerfungen zu befürchten, wenn, was realistisch erscheint, das Umsatzaufkommen steigt, die Belastungen aus der Grundsicherung aber sinken. In diesem Fall verlore der Bund Finanzmittel im Umfang über den zu den Ländern übergebenen Belastungen. Auf der alternativen Grundlage des Art. 104 a Abs. 3 GG könnte die Kostenbeteiligungsquote des Bundes nicht beliebig erhöht werden, denn eine Kostentragung ab 50 v. H. der Gesamtkosten bedeutet zwingend, dass das Gesetz in Bundesauftragsverwaltung auszuführen ist. Als dritter Weg wäre die Einführung länderspezifischer Festbeträge zu erwägen, die jährlich vom Bund zu leisten wären. Um Streitigkeiten zwischen den Ländern auszuschließen, müssten sich die Beträge an den gegenwärtig in den Ländern entstehenden Kosten orientieren. Jedes Land müsste einen Betrag erhalten, der den gegenwärtig vom Bund für dieses Land aufgebrauchten Mitteln für Regelleistungen, Eingliederungs- und Verwaltungsleistungen sowie der Bundesbeteiligung an den Kosten für Unterkunft und Heizung entspricht. Schon technisch schwierig an diesem Weg wäre zunächst die Berücksichtigung der Jahr für Jahr sich in jedem Land verändernden Belastungen; Festbeträge müssten regelmäßig angepasst werden. Zudem wäre eine Änderung des Grundgesetzes erforderlich, um solche Zahlungen des Bundes an die Länder zu ermöglichen. Art. 104 a Abs. 3 GG erlaubt die Einführung von Festbeträgen nur unter der beim Vollzug der Grundsicherung nicht einzuhaltenen Voraussetzung, dass der Gesamtbetrag der Leistungen durch die Pauschalzuweisungen auf keinem Fall überschritten wird³³. Ein den länderspezifischen Belastungen am nächsten kommender Ausgleich ließe sich erreichen, wenn die Instrumente der vertikalen Umsatzsteuerverteilung und der belastungsorientierten Bundesbeteiligung gemäß Art. 104 a Abs. 3 GG kombiniert würden.

29 Zu Unrecht ablehnend *M. Burgi*, DVBl 2007, 70 (76 f.), der das Verbot des Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG auch auf die Veränderung bereits bestehende Aufgaben erstrecken will. Das übersieht den Unterschied zwischen einer Aufgabenübertragung (nur hierfür gilt Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG) und einer Aufgabenbestimmungsnorm.

30 Vgl. BT-Drucks. 16/813, S. 15. Dazu auch *H. Trute*, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, 2007, Rdnr. 176 f. Grundsätzlich anders *H.-G. Hennecke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), GG, 11. Aufl. 2008, Art. 84 Rdnr. 26 ff.: Art. 125 a ermächtigt nicht dazu, nach dem 1. 9. 2006 geändertes materielles Recht auf frühere Aufgabenübertragungsnormen zu stützen.

31 BVerfG, U. v. 2. 6. 2004 – 1 BvR 636/02 –, BVerfGE 111, 10 (31).

32 Vgl. auch die Berechnungen aus der Sicht der Kreise bei *H.-G. Hennecke/M. Wobltmann*, Der Landkreis 2/2008, S. 18 ff.

33 *H. Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 104 a Rdnr. 31; Festbetragslösungen gänzlich ausschließend *J. Hellermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 104 a Rdnr. 88.

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich im Verhältnis der Länder zu ihren Kommunen. Das Land hat die vom Bund erhaltenen Mittel an die kommunalen Leistungserbringer weiterzugeben; die bei dieser Zwischenstation in der Vergangenheit bei anderen Leistungsgesetzen befürchteten »klebrigen Hände« der Länder verhindert jetzt das im Landesrecht überall verankerte Konnexitätsprinzip. Aus ihm folgt zugleich die Verpflichtung der Länder, Mehrkosten der Kommunen zu tragen, die durch Bundesmittel nicht abgedeckt wären. Der länderinterne Ausgleich wäre also unabhängig vom Mehrbelastungsausgleich zwischen Bund und Ländern. Die schon nach geltendem Recht von den Kommunen zu tragenden Leistungen (Kosten für Unterkunft und Heizung und flankierende Leistungen) unterfielen nur dann dem Konnexitätsprinzip, wenn sie bereits bei ihrer Begründung von ihm erfasst waren. Das Hauptproblem des länderinternen Ausgleichs bestünde in den Streitfragen, die schon bei anderen Aufgaben die Anwendung des Konnexitätsprinzips belasten: bedeutet die Verpflichtung des Landes zum angemessenen Ausgleich regelmäßig einen vollständigen Ausgleich der kommunalen Mehrbelastungen? Darf das Land von den Kommunen verlangen, Wirtschaftlichkeitspotentiale und Synergieeffekte zu nutzen und dies durch Pauschalierungen der Erstattungssumme zur Geltung bringen? Beides ist, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte, zu bejahen, wirft aber bei jeder neuen Aufgabenbelastung Anwendungsprobleme auf.

Die finanziellen Aspekte spiegeln wider, dass sich bei einer vollständigen Kommunalisierung der Grundsicherung die Rolle und Verantwortung der Länder und Kommunen für die Bewältigung der Langzeitarbeitslosigkeit drastisch verändern würde. Inwieweit sich dies in die bleibende Verantwortung des Bundes für die sozialversicherungsrechtlichen Aspekte der Arbeitslosigkeit einfügen ließe, bliebe abzuwarten. Jedenfalls bestünde die Gefahr, dass die Kommunalisierung der Grundsicherung eine vollständige Doppelstruktur der Arbeitsvermittlung zur Folge haben könnte. Außerdem sind Streitpunkte an der vom Bundesrecht bestimmten Nahtstelle von Arbeitslosengeld I und II zu erwarten.

b) Vollständige Aufgabenwahrnehmung durch die Bundesanstalt für Arbeit

Auf der Grundlage des Art. 87 Abs. 3 GG (nicht des Absatzes 2 der Vorschrift, der die Sozialversicherung erfasst, nicht aber die Verwaltung der steuerfinanzierten Sozialleistungen) könnte der Bund durch eine entsprechende Änderung des Sozialgesetzbuches II die Verwaltungszuständigkeit für alle Aufgaben der Grundsicherung für Arbeitssuchende an sich ziehen. Auch das Bundesverfassungsgericht hält diese Lösung für verfassungsrechtlich gangbar³⁴.

Spiegelbildlich zur Kommunalisierung sind wiederum Personal- und Finanzierungsfragen zu lösen. Der bei den Kommunen entstehende Personalüberhang – derzeit sind ca. 18 000 Beschäftigte der Kommunen in den Arbeitsgemeinschaften tätig – müßte durch einen Personalübergang auf den Bund bewältigt werden. Finanziell hätten die Länder durch die Aufgabenverlagerung zum Bund eine Entlastung von ca. 9,5 Mrd. Euro zu erwarten (derzeitige Kosten für Unterkunft, Heizung und begleitende Leistungen, abzüglich der Erstattungsleistungen des Bundes nach § 46 SGB II), der Bund entsprechende Belastungen. Für den erforderlichen Ausgleich gibt es in der Finanzverfassung allein das Instrument der Erhöhung des Umsatzsteueranteils des Bundes nach Art. 106 Abs. 3 Satz 4 GG. Wiederum entstehen Verwerfungen in der horizontalen Folgeverteilung: Die einzelnen Länder würden nicht entsprechend ihren jetzigen SGB II-Kosten belastet. Zu erwarten sind Umverteilungswirkungen zu Lasten der Länder mit unterdurchschnittlicher Falldichte. Länderzahlungen an den Bund – Festbeträge oder nach Quoten bestimmte Länderanteile –, die dies verhindern könnten, sind allerdings nach geltendem Recht unzulässig. Das Grundgesetz kennt keine vertikalen Zahlungen der Länder an den Bund nach dem Vorbild von Matrikularbeiträgen. Solche Zahlungen durch Änderung der Finanzverfassung zu ermöglichen, würde die geltende Finanzordnung durch ein systemfremdes Element erweitern. Dies sollte nicht in Betracht gezogen werden.

Gravierende Finanzierungsprobleme entstehen auch in den Ländern. Sie müssten, um den Verlust an Umsatzsteueranteilen tragen zu können, die bei den Kommunen entstehenden Entlastungen abschöpfen. Entsprechende Umlagen, die landesrechtlich auf Schwierigkeiten stoßen können, hätten möglicherweise wiederum unterschiedliche Entlastungswirkungen bei den Kreisen und kreisfreien Städten. Grundsätzlich stehen jedoch länderinternen Festbeträgen und quotalen Abschöpfungen keine verfassungsrechtlichen Hindernisse entgegen.

Sonderfragen wirft bei einer vollständigen Aufgabenübertragung auf den Bund die Zukunft des jetzigen und von 69 Kommunen wahrgenommenen Optionsmodells auf (§ 6 a SGB II). Zwar könnte den Optionskommunen ermöglicht werden, weiterhin alle Aufgaben der Grundsicherung wahrzunehmen; die dabei notwendigen besonderen Finanzierungswege müssten eine Gesamtlösung jedoch erheblich verkomplizieren.

c) Ausweitung des Optionsmodells?

§ 6 a SGB II ermöglicht zur Zeit einer begrenzten Zahl von Kommunen, freiwillig alle Aufgaben der Grundsicherung für Arbeitssuchende wahrzunehmen. Das geltende Recht ist auf 69 solcher Optionskommunen beschränkt. Die Beschränkung hängt unter anderem mit dem besonderen Finanzierungsweg nach § 6 b SGB II zusammen: Ausnahmsweise gibt es hier, gestützt auf Art. 106 Abs. 8 GG, direkte Finanzbeziehungen zwischen Bund und Optionskommunen zur Abgeltung der ansonsten vom Bund getragenen Leistungen, insbesondere der Regelleistungen.

Verfassungsrechtlich problematisch wäre es, die Zahl der Optionskommunen – entweder die getrennte Auf-

34 BVerfG (Fußn. 1), Absatz-Nr. 172. Die restriktiven Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 3 GG, die das BVerfG nicht näher beleuchten musste, wären erfüllt. Der »dringende Bedarf« nach Satz 2 der Vorschrift deckt auch den Fall, dass bislang von den Ländern wahrgenommene Aufgaben auf bestehende Behörden des Bundes übertragen werden.

gabenwahrnehmung oder die vollständige Aufgabenträgerschaft des Bundes flankierend – auszudehnen, unter Umständen sogar diesen Weg allen Kommunen zu eröffnen, die ihn beschreiten wollen. Zwar stellt das Bundesverfassungsgericht fest, insoweit mit Recht, dass die gegenwärtige zahlenmäßige Beschränkung durchaus gelockert werden könnte³⁵. Die spezielle Finanzierungsgrundlage des Art. 106 Abs. 8 GG kann jedoch nicht auf beliebig viele Kommunen ausgedehnt werden; sie trägt nur, wenn der Bund in »einzelnen« Gemeinden oder Gemeindeverbänden Einrichtungen veranlasst, die unmittelbar Mehrausgaben verursachen³⁶. Abgesehen von den daraus resultierenden verfassungsrechtlichen Bedenken wäre es wenig sinnvoll, das mit dem Optionsmodell einhergehende Auseinanderfallen von Aufgaben- und Ausgabenverantwortung dauerhaft und bei einer Vielzahl von Kommunen zu verfestigen. Eine Ausdehnung der Optionsfälle sollte daher nicht erwogen werden.

IV. Bund oder Kommunen?

Der Gesetzgeber kann die vom Bundesverfassungsgericht vergleichsweise großzügig gesetzte Übergangsfrist bis zum Ende des Jahres 2010 nutzen, um eine durchdachte Neuorganisation zu finden. Von schnellen Minimallösungen ist abzuraten. Es wäre stattdessen sogar sinnvoll, die neue Zuordnung der Verwaltungs- und Finanzierungszuständigkeit nach dem Sozialgesetzbuch II in die Beratung der Verwaltungs- und Finanzierungsthemen in der zweiten Stufe der Föderalismusreform einzubeziehen. Realistischerweise ist das aber kaum zu erwarten. Zu sehr haben sich bereits jetzt die Beratungen der Bund-Länder-Kommission zur Neuordnung der bundesstaatlichen Finanzbeziehungen auf Fragen der Staatsverschuldung verengt; selbst in diesem schmalen Themenbereich ist eine Einigung von Bund und Ländern alles andere als selbstverständlich. Konzeptionelle Schritte zur steuerfinanzierten sozialen Sicherung auf Verfassungsebene wird es wohl nicht geben. Das Augenmerk richtet sich folglich auf die Ebene des Gesetzes.

Wenn hier zu entscheiden ist, ob zukünftig die Kommunen oder die Behörden des Bundes die Aufgabe der Grundsicherung für Arbeitssuchende ausführen sollen, sprechen einige Aspekte für eine vollständige Zuweisung an die Kommunen. Es sind die Länder und vor Ort letztlich die Kommunen, die im Regelfall der Art. 83, 84 GG die Bundesgesetze ausführen. Gesähe dies auch bei der Grundsicherung, so verstärkte dies die dezentralen Gebietskörperschaften. Allerdings sollte die Grenze der möglichen Dezentralisierung nicht verkannt werden: Angesichts des enormen Gewichts und finanziellen Volumens der Grundsicherungsaufgaben kann der Bund aus der (Mit-)Finanzierungsverantwortung unabhängig von der

Verteilung der Verwaltungszuständigkeit nicht entlassen werden. Auf ein nach dem derzeitigen Gesamtaufwand erforderliches Umverteilungsvolumen zu den Kommunen und zu Lasten des Bundes würde sich der Bund nur bei substantiellen Mitbestimmungs- und Kontrollrechten über die Effektivität der Mittelverwendung einlassen können. Das Gesamtvolumen der Grundsicherung, derzeit etwa 50 Mrd. Euro, übersteigt jedenfalls die originäre Leistungsfähigkeit der kommunalen Ebene bei weitem³⁷ und gäbe ihr einen beispiellos großen Aufgabenbereich, der nur mit staatlicher Hilfe zu bewältigen wäre. Gestalt und Gewicht der Kommunen im Staatsaufbau würde sich grundlegend wandeln, zugleich vergrößerte sich aber auch ihre Abhängigkeit von Bund und Ländern. Immerhin verspricht aber die örtliche Verwurzelung der kommunalen Behörden Vorteile, auch ihre Vertrautheit mit allen sozialen Aufgaben im Umfeld der Langzeitarbeitslosigkeit. Dies betrifft – schon aus den Jahrzehnten des Bundessozialhilfegesetzes und davor – Sozialhilfe, Jugendhilfe, Wohnungsfürsorge und weitere Fürsorgebereiche³⁸.

Auf der anderen Seite gibt es gewichtige und im Ergebnis durchgreifende Gründe, die für eine umfassende Zuständigkeit des Bundes für alle Folgen der Arbeitslosigkeit sprechen. Es gibt zunächst einen engen Zusammenhang des Arbeitslosengeldes I und II. Jede gesetzliche Veränderung der Versicherungsleistung verändert die Rahmenbedingungen der Grundsicherung. Wird beides zusammengeführt, gibt es keine Versuchung für den Bund, die Grundsicherung als Verschiebebahnhof zu nutzen. Mittelfristig wäre es zudem von Vorteil, die Vermittlungsleistungen nach dem Zweiten und Dritten Buch des Sozialgesetzbuches zusammenzuführen. Es ist der Bund, der die wirtschaftspolitischen, arbeitsrechtlichen, arbeitsmarktpolitischen und nicht zuletzt rentenrechtlichen Rahmenbedingungen setzt; die naheliegende Konsequenz ist die volle Verantwortung für die Folgen der Arbeitslosigkeit. Schließlich dürfte bei der Realisierbarkeit der Bundeslösung ins Gewicht fallen, dass das finanzielle Umverteilungsvolumen gegenüber der jetzigen Aufgabenverteilung im Vergleich zur vollständigen Kommunalisierung mit 10 Mrd. Euro nur etwa ein Viertel beträgt. Vermutlich ist auch hier, weil die Aufgaben nach dem Sozialgesetzbuch II einen Kernbereich der Sozialpolitik betreffen, auf längere Sicht die »Anziehungskraft des größten Etats« (Johannes Popitz) unausweichlich. Die Berufung auf einen diffusen Grundsatz des Vorrangs dezentraler vor zentraler Aufgabenwahrnehmung, der keineswegs als verfassungsrechtliche Regel verstanden werden darf, trägt demgegenüber nicht. Vor dem Hintergrund der Entwicklung der letzten Jahrzehnte ungewöhnlich war die Haltung der Kommunen, zumindest der Kreise, zur Aufgabenträgerschaft.

35 BVerfG (Fußn. 1), Absatz-Nr. 173. Die an dieser Stelle sehr weitgehende Formulierung erklärt sich wohl daraus, dass das Gericht die Aufgabenwahrnehmung, nicht die besondere Finanzierungsregelung des § 6 b SGB II in den Blick nahm.

36 Zum Ausnahmecharakter des Art. 106 Abs. 8 GG H. Siekmann (Fußn. 33), Art. 106 Rdnr. 47; T. Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 106 Rdnr. 98 f.

37 Zum Vergleich: Für 2008 wird ein kommunales Steueraufkommen von 80 Mrd. Euro erwartet, vgl. Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.), Finanzbericht 2008, S. 298.

38 Das geschäftsführende Vorstandsmitglied des niedersächsischen Landkreistages meinte deshalb: Das »SGB II sei kein erweitertes Arbeitsamt, sondern ein erweitertes Sozialamt mit neuen Möglichkeiten und Aufgaben der Integration in den Arbeitsmarkt, H. Meyer, NVwZ 2008, 275 (278).

Lange Zeit vertraten sie die Auffassung, Langzeitarbeitslosigkeit sei ein dem Bund zugewiesenes Problemfeld. Erst seit Beginn des Jahrzehnts wurden Forderungen nach einer Kommunalisierung laut – verbunden mit Forderungen nach weitgehender Kostentragung des Bundes und Entlastung der kommunalen Ebene³⁹. Entscheidend

wird es sein, für das vergleichsweise neue Leistungssystem der Grundsicherung für Arbeitssuchende solche Verwaltungszuständigkeiten zu finden, die zur Bekämpfung der Ursachen der Hilfsbedürftigkeit beitragen können und gerade nicht das allumfassende Sozialamt festigen. Die letztendliche Folge wird vermutlich das sein, was die kommunalen Verfassungsbeschwerden verhindern wollten: die zentral gesteuerte örtliche (Bundes)Verwaltung.

39 Zusammenfassend dazu H.-G. Henneke, Wirtschaftsdienst 2008, S. 85 ff. Nach dem Urteil jetzt auch H. Meyer (Anm. 38), S. 277 f.

Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie durch das Bundesverfassungsgericht?

Von Prof. Dr. Friedrich Schoch, Freiburg i. Br.

Mit Urteil vom 20. 12. 2007 hat das Bundesverfassungsgericht auf Grund kommunaler Verfassungsbeschwerden mehrerer (Land-)Kreise die »Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften« für verfassungswidrig erklärt. Arbeitsgemeinschaften gemäß § 44 b SGB II widersprechen dem Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung, der den zuständigen Verwaltungsträger verpflichtet, seine Aufgaben grundsätzlich durch eigene Verwaltungseinrichtungen (eigenes Personal, eigene Sachmittel, eigene Organisation) wahrzunehmen. Die bisherigen Analysen der Entscheidung haben sich auf das »Verbot der Mischverwaltung« konzentriert.¹ Nachfolgend geht es um die Ungereimtheiten, die das Urteil zu Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG geschaffen hat.

I. Befund: Aufgabenzuweisung des Bundes an kreisfreie Städte und Landkreise

Unter Inanspruchnahme seiner Sachregelungsbefugnis für bestimmte Bereiche des Sozialrechts (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG) kreierte der Bundesgesetzgeber in der Vergangenheit vielfach kostenträchtige Aufgaben und bestimmte die kreisfreien Städte und die (Land-)Kreise zu Aufgaben- und Leistungsträgern.² Einen Ausgleich der den betroffenen Kommunen entstehenden (Mehr-)Ausgaben nahm der Bund nicht oder nur zum Teil vor. Der Landkreis K, der seinen Haushalt gerade saniert hatte, wird durch eine neuerliche,

vor dem 1. 9. 2006 (»Föderalismusreform I«⁴) vorgenommene bundesgesetzliche Aufgabenzuweisung (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II) jährlich mit über 200 Mio. Euro belastet⁵. K spürt die kassenwirksamen, bundesgesetzlich geschaffenen Sozialleistungen als Ausgaben des Kreishaushalts täglich; auch »gegenwärtig« und »unmittelbarer« könnte K durch einen Akt der Gesetzgebung kaum betroffen sein. Konsequenz: Von K geplante überfällige Investitionen und die verbesserte Erledigung weisungsfreier Pflichtaufgaben sowie die Wahrnehmung freiwilliger Kreisaufgaben⁶ müssen unterbleiben, die Entscheidungsspielräume der Kreisorgane bei der Mittelverwendung tendieren – wieder – gen Null. Bei vielen der betroffenen kreisfreien Städte sieht die Haushaltslage übrigens ähnlich (oder sogar noch schlimmer) aus⁷.

K wehrt sich gegen die den Kreishaushalt selbst, gegenwärtig (sowie auch in Zukunft) und unmittelbar belastende bundesgesetzliche Aufgabenzuweisung mit der kommunalen Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b GG, § 91 BVerfGG) beim Bundesverfassungsgericht. Der erhoffte Erfolg bleibt aus. Das Gericht behauptet, die Gewährleistung des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG sei »nicht

1 Zugleich Besprechung von BVerfG, Urt. v. 20. 12. 2007 – 2 BvR 2433/04 und 2 BvR 2434/04 – DVBl 2008, 173 = NVwZ 2008, 183 m. Bespr. Hubert Meyer, NVwZ 2008, 275. – Die in dieser Abhandlung zitierten Textziffern (Tz.) beziehen sich auf diese Entscheidung.

2 Vgl. Schnapp, Jura 2008, 241; Trapp, DÖV 2008, 277; Cornils, ZG 2008, 184; aus Verbandssicht (DLT) Henneke, Der Landkreis 2008, 5 (14 ff.).

3 Praktische Beispiele dazu unten III. 2.

4 Zu dem seit dem 1. 9. 2006 geltenden Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG unten V. 2.

5 Als Grundlage fungierte Art. 84 Abs. 1 (a. F.) GG: »Führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, so regeln sie die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren, soweit nicht Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates etwas anderes bestimmen.« Einzelheiten zum Streit um die Deutung der Bestimmung als Durchgriffskompetenz des Bundes gegenüber Kommunen bei Mückl, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung, 1998, S. 114 ff.

6 Näher zu dieser Aufgabenkategorie unten II. 1. a) bb).

7 Lesenswert (auch für Richter an höchsten Gerichten) die Schilderung der kommunalen Lebenswirklichkeit am Beispiel der Stadt Ulm von Soldt, Getriebene der Bundespolitik, FAZ Nr. 95 vom 23. 4. 2008 S. 3.

berührt« (Tz. 117), weil die Bestimmung den Gemeindeverbänden gegen Veränderungen des gesetzlichen Aufgabenbestands in der Regel einen Abwehrensanspruch nicht gewähre (Tz. 119), solange nur der Kernbereich (Wesensgehalt) der Selbstverwaltung gewahrt bleibe (Tz. 120, 121); Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG garantiere nicht die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben (Tz. 123). Die Einhaltung des Art. 84 Abs. 1 (a. F.) GG könne mittels Kommunalverfassungsbeschwerde nicht verlangt werden, da jene Regelung nicht dem Kernbereichsschutz des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG gedient habe (Tz. 133).

II. Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20. 12. 2007 überrascht aus dem Blickwinkel des Art. 28 Abs. 2 GG in mehrfacher Hinsicht. Das Urteil bricht mit zentralen verfassungsrechtlichen Grundannahmen zur kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Grundgesetzes, ohne dies offen zu legen⁸. Die Entscheidung weist Widersprüchlichkeiten auf, die umso merkwürdiger anmuten, als das Sondervotum ausdrücklich darauf hinweist⁹. Die überkommene und bislang allgemein anerkannte Dogmatik zu Art. 28 Abs. 2 GG wird aufgegeben, ohne dass die Folgen absehbar sind¹⁰. Rechtsprechung und Schrifttum werden zu zentralen Fragestellungen selektiv berücksichtigt; ausführlich begründete und rechtlich gut abgesicherte Gegenauffassungen bleiben unbeachtet¹¹. Ausdrücklich werden vom Zweiten Senat Verfassungsverstöße hingegenommen, »seien sie noch so offensichtlich« (Tz. 129).

1. Schutzgehalt des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG

a) Bisheriges Verständnis

aa) Aufgabengarantie und Eigenverantwortlichkeit

Nach überkommenem Verständnis weist Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG *normstrukturrell* einen doppelten Schutzgehalt auf: Sowohl Gemeinden als auch Gemeindeverbände verfügen über einen verfassungsrechtlich gewährleisteten Aufgabenbestand, und ihnen ist die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerledigung garantiert; beides zusammen konstituiert die Rechtsinstitutionsgarantie kommunaler Selbstverwaltung nach dem Grundgesetz¹². *Inhaltlich* umfasst die gemeindliche Aufgabengarantie verfassungsun-

mittelbar »alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft« und gesetzlich die zugewiesenen weisungsfreien Pflichtaufgaben, während die Gemeindeverbände (Landkreise) vollständig auf einen gesetzlich zugeordneten Aufgabenbestand angewiesen sind; in Bezug auf die Autonomie entspricht der gemeindlichen Aufgabenwahrnehmung »in eigener Verantwortung« auf Kreisebene das »Recht der Selbstverwaltung«, wobei insoweit für die Kreise »nichts grundsätzlich anderes als für die Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG« gilt¹³. Der verfassungsrechtlich relevante Unterschied zwischen Gemeindeebene und Kreisebene im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG liegt demnach in einem Teil der *Aufgabenenstehung* (genauer: den freiwilligen Selbstverwaltungsangelegenheiten): Während den Gemeinden – auch – verfassungsunmittelbar Aufgaben zugewiesen sind, sind die Kreise von einer gesetzlichen Aufgabenzuordnung abhängig¹⁴; Übereinstimmung besteht wiederum bei den gesetzlich zugeordneten weisungsfreien Pflichtaufgaben und den Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises.

Mit der Aufgabenenstehung ist noch nichts zur *verfassungsrechtlichen Garantie des Aufgabenbestandes* – auf der Schutzbereichsebene (!) – ausgesagt. Das ist, da es um eine Strukturfrage geht, nicht anders z. B. bei der Rundfunkautonomie (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) sowie bei der Hochschulautonomie (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) und auch beim Schutzgehalt der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG), die komplett vom Gesetzesrecht und dessen Ausformung von bestimmten Rechten als »Eigentum« abhängt (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). Der Schlüssel zum verfassungsrechtlichen Garantiegehalt des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG liegt im Verständnis der grundgesetzlichen Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung als *institutionelle Garantie*¹⁵. Daran ist in der Vergangenheit verschiedentlich Kritik geübt und ein subjektivrechtliches Verständnis gefordert worden¹⁶. Das Bundesverfassungsgericht hält in seiner Entscheidung vom 20. 12. 2007 jedoch zutreffend – da sich Einrichtungsgarantie und subjektive Berechtigung nicht ausschließen, sondern (ebenso wie z. B. bei Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 33 GG) ergänzen¹⁷ – an der Rechtsinstitutions-

⁸ Zur Ausformung der institutionellen Garantie unten II. 1. a) bb) und II. 1. b); zum Schutz des (kompletten) eigenen Wirkungskreises unten II. 1. a) cc) und II. 1. b); zur Einordnung des Art. 84 Abs. 1 (a. F.) GG unten II. 2. a); zum gespaltenen Eingriffsbegriff unten III. 2.

⁹ Zur Qualifizierung des Art. 83 GG als kommunalschützend versus Art. 84 Abs. 1 (a. F.) GG unten II. 2. b).

¹⁰ Zur Gleichsetzung des Schutzgehalts von Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG mit dessen Wesensgehalt unten II. 1. b); zur Gleichsetzung von Eingriff und Rechtsverletzung unten II. 1. b) und III. 1. b).

¹¹ Zur Qualifizierung bundesgesetzlicher Aufgabenzuweisung an Kommunen als Eingriff unten III. 1., zur Verfassungswidrigkeit einer solchen Aufgabenzuweisung unten IV.

¹² *Schmidt-Aßmann/Röhl*, in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, 1. Kap. Rdnr. 13 ff., 138.

¹³ So BVerfGE 83, 363 (383) = DVBl 1991, 691 (693); ausdrücklich bestätigend BVerfGE 103, 332 (359) = DVBl 2001, 1415 (1419).

¹⁴ Einzelheiten dazu bei *Schoch*, in: Henneke/Meyer (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung zwischen Bewahrung, Bewahrung und Entwicklung 2006, S. 11 (19 f.).

¹⁵ Z. B. BVerfGE 79, 127 (143, 152) = DVBl 1989, 300 (301, 303); BVerfGE 86, 90 (107) = DVBl 1992, 960 (961); *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Band II, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rdnr. 87; *Tettinger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, 5. Aufl. 2005, Art. 28 Rdnr. 127, 236.

¹⁶ *Mawer*, DVBl 1995, 1037 (1041 f.); *Waechter*, Die Verwaltung 29 (1996), 47 (63 ff.); *Kenntner*, DÖV 1998, 701 (707 ff.); *Ehlers*, DVBl 2000, 1301 (1305 ff.); *W. Schmidt*, in: Festschrift für Faber, 2007, S. 17 ff.

¹⁷ *Lusche*, Die Selbstverwaltungsaufgaben der Landkreise, 1998, S. 25 f.; *Schmidt-Aßmann*, in: Henneke/Meyer (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung zwischen Bewahrung, Bewahrung und Entwicklung, 2006, S. 59 (64 f.); *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 28 Rdnr. 34.

garantie fest und spricht in Bezug auf die Kreise ausdrücklich von der »institutionellen Garantie« (Tz. 117 und Tz. 120).

bb) Gesetzliche Ausgestaltung der institutionellen Selbstverwaltungsgarantie

Das institutionelle Rechtsdenken ist allerdings folgenreich. Eine institutionelle Verfassungsgarantie »bedarf der gesetzlichen Ausgestaltung und Formung«¹⁸. Berufen hierzu ist – selbstverständlich – der zuständige Gesetzgeber. Das ist für das Kommunalrecht grundsätzlich der Landesgesetzgeber¹⁹. Unabhängig vom Aufgabenmonismus oder Aufgabendualismus sind Gemeinden und (Land-)Kreisen freiwillige Selbstverwaltungsangelegenheiten und weisungsfreie pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben zugeordnet (eigener Wirkungskreis); außerdem sind ihnen (staatliche) Auftragsangelegenheiten bzw. Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung zugewiesen (übertragener Wirkungskreis).

Nach überkommener, bislang kaum bestrittener Doktrin, die die verfassungsrechtliche Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung als institutionelle Garantie erst nimmt, schützt Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG unabhängig von ihrer Entstehung alle zum *eigenen Wirkungskreis* der Kommunen gehörenden Angelegenheiten (d. h. freiwillige Aufgaben und weisungsfreie Pflichtaufgaben), während der *übertragene Wirkungskreis* (Auftragsangelegenheiten bzw. Weisungsaufgaben) Art. 28 Abs. 2 GG nicht unterfällt²⁰. Die institutionelle Garantie knüpft also (auf der Schutzbereichsebene) an den vorhandenen Aufgabenbestand an. Das gilt unabhängig davon, ob es um Aufgaben der Gemeinden oder der (Land-)Kreise geht. Unberührt hiervon – im vorliegenden Zusammenhang jedoch unbeachtlich – bleibt ein abweichender, umfänglich größerer Schutzzumfang der landesverfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantien, die zum Teil auch den übertragenen Wirkungskreis in den Schutzzumfang einbeziehen²¹.

cc) Verfassungsrechtlicher Schutz des eigenen Wirkungskreises

Nach der Rechtsinstitutionsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG ist der Aufgabenbestand der (Land-)Kreise zwar nur nach Maßgabe gesetzlicher Zuordnung gewähr-

leistet, er ist aber *verfassungsrechtlich* gewährleistet²². Wenn den (Land-)Kreisen Aufgaben zur freiwilligen Wahrnehmung oder als weisungsfreie Pflichtaufgaben gesetzlich zugewiesen sind (eigener Wirkungskreis), dann unterfallen sie nach bisheriger Doktrin (als gesetzliche Ausgestaltung und Formung der institutionellen Garantie kommunaler Selbstverwaltung) dem Schutzgehalt des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG.

Konsequenterweise hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 7. 2. 1991 zur Aufgabe der Krankenversorgung der Landkreise (und kreisfreien Städte) als *weisungsfreie Pflichtaufgabe* keinen Zweifel daran gelassen, dass ein Fall des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG vorliegt und die gesetzliche Aufgabenzuweisung mit der Verfassungsnorm vereinbar sein muss²³. Zu den *freiwilligen Kreisaufgaben* hat das Gericht schon früh erkannt, dass Kreis und Gemeinde auf Grund der engen Aufgabenberührung eine Gemeinschaft bilden, die territorial sowie nach Zweckbestimmung und Funktion eng verflochten sei; die kommunale Selbstverwaltung werde nicht nur durch die Allzuständigkeit der Gemeinden im örtlichen Wirkungskreis bestimmt, sondern zugleich durch eine Ergänzungs- und Ausgleichsfunktion der Kreise charakterisiert²⁴. Diese bundesverfassungsrechtlich anerkannte Ergänzungs- und Ausgleichsfunktion ist – zuständigkeitshalber – durch Landesgesetze (d. h. vornehmlich Generalklauseln in den Landkreisordnungen) in *Aufgabenwahrnehmungskompetenzen* für ergänzende und ausgleichende Aufgaben im kreisangehörigen Raum ausgeprägt worden²⁵; hinzu kommt als dritter Typus der freiwilligen Kreisaufgaben die Zuordnung überörtlicher (übergemeindlicher) Angelegenheiten²⁶.

Dieses in sich ausgewogene rechtsdogmatische Konzept zu Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG stellt(e) sicher, dass kein Aufgabengefälle zwischen Stadt und Land entsteht und keine unterschiedlichen Schutzstandards auf kommunaler Ebene zwischen dem kreisfreien und dem kreisangehörigen Raum herrschen. In Baden-Württemberg wird dies auch begrifflich dadurch zum Ausdruck gebracht, dass die kreisfreien Städte die Bezeichnung »Stadtkreis« tragen (§§ 3 Abs. 1, 131 Abs. 1 GemO BW, für die Weisungsaufgaben § 13 Abs. 1 Nr. 2 LVG BW).

b) Abschaffung des verfassungsrechtlichen Schutzgehalts von Kreisaufgaben

Von seiner bisherigen Rechtsprechung zum *Schutzgehalt* des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG will der Zweite Senat im Urteil vom 20. 12. 2007 nichts mehr wissen. Der verfassungsrechtliche Schutz des *eigenen Wirkungskreises* spielt (auf der Schutzbereichsebene) keine Rolle. Im Unterschied zum Beschluss vom 7. 2. 1991 wird Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG von vornherein bezüglich der gesetzlichen Aufgaben-

18 So BVerfGE 79, 127 (143) = DVBl 1989, 300 (301); Einzelheiten zur gesetzlichen Ausgestaltung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie bei *Lusche*, Selbstverwaltungsaufgaben (Fußn. 17), S. 38 ff.

19 BVerfGE 56, 298 (310) = DVBl 1981, 535.

20 BVerfGE 78, 331 (340) = DVBl 1988, 1114; BVerfGE 107, 1 (18); BVerwG, NVwZ 2007, 584 (585); Dreier, GG (Fußn. 15), Art. 28 Rdnr. 90, 175; Falk, Die kommunalen Aufgaben unter dem Grundgesetz, 2006, S. 173 f., 175.

21 Zu Niedersachsen jüngst NdsStGH, NdsVBl 2008, 37 (39). – Zur Rechtsnatur der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung für NRW OVG NW, NWVBl 1995, 300 (301) und NWVBl 2004, 109 (110 f.); *Vietmeier*, DVBl 1992, 413 ff.; *Riotte/Waldecker*, NWVBl 1995, 401 ff. *Dietlein/Lotz*, in: Gedächtnisschrift für Tertinger, 2007, S. 215 ff. Zur Rechtslage in Brandenburg VerfG Bbg, NVwZ-RR 1997, 152.

22 *Schmidt-Aßmann*, Kommunale Selbstverwaltung (Fußn. 17), S. 75.

23 BVerfGE 83, 363 (384) = DVBl 1991, 691 (694).

24 BVerfGE 58, 177 (196); bestätigend BVerfGE 79, 127 (152) = DVBl 1989, 300 (303).

25 *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 28 Rdnr. 73.

26 *Schoch*, DVBl 1995, 1047 (1049).

zuweisung als thematisch nicht einschlägig ausgeblendet, Fragen der Eingriffsabwehr und der Rechtfertigung eines Eingriffs stellen sich in der Folge erst gar nicht. Eine Begründung für das Abrücken von der früheren Entscheidung wird nicht gegeben²⁷. Sie hätte sich auch kaum finden lassen, sollte mit dem Verständnis des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG als ausgestaltungsfähige und ausgestaltungsbedürftige institutionelle Garantie nicht gebrochen werden. Kurzerhand wird auf der *Schutzgehaltsebene* (!) behauptet, der gesetzliche Gestaltungsspielraum bei der Regelung des Aufgabenbereichs der Kreise finde erst dort *Grenzen* (!), wo verfassungsrechtliche Gewährleistungen des Selbstverwaltungsrechts der Kreise entwertet würden; jene Grenze wird bei einem »Mindestbestand an Aufgaben« – ohne Erläuterung des »Mindestbestandes« – gezogen, die die Kreise unter vollkommener Ausschöpfung der auch ihnen gewährten Eigenverantwortlichkeit erledigen könnten (Tz. 116).

Genauso wie bei der »Glykol«-Entscheidung des Ersten Senats zu Art. 12 Abs. 1 GG²⁸ wird nun zu Art. 28 Abs. 2 GG eine Entdifferenzierung der bisherigen Dogmatik (Schutzbereich bzw. Schutzgehalt, Eingriff, Rechtfertigung des Eingriffs) vorgenommen und ein ebenso schlechtes wie unterkomplexes Rechtsverständnis präsentiert: Immer dann, wenn der Schutzbereich bzw. Schutzgehalt beeinträchtigt ist, steht auch schon die Verfassungswidrigkeit der Beeinträchtigung fest²⁹; denn wenn von vornherein nur ein nicht antastbarer »Mindestbestand« geschützt ist, markiert dessen Beeinträchtigung automatisch die Rechtsverletzung. Erinnert wird der Gesetzgeber lediglich daran, dass er den Kreisen nicht nur staatliche Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises zuweisen dürfe, da Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG eine Zuweisung von Aufgaben in den eigenen Wirkungskreis garantiere, d. h. einen Bestand an überörtlichen, kreiskommunalen Angelegenheiten³⁰; dies dürften nicht »nur ganz randständige, in Bedeutung und Umfang nebensächliche Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises« sein (Tz. 117).

Schon in einer früheren Kammerentscheidung hatte der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts behauptet, in »der Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben« seien die (Land-)Kreise »nicht durch Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG geschützt, sondern allein durch landesgesetzliche Zuweisung«³¹. In Bezug auf die erwähnte Trias freiwilliger Kreisaufgaben (überörtliche Angelegenheiten, Ergänzungs- und Ausgleichsaufgaben) ist Art. 28 Abs. 2

Satz 2 GG damit – wie nun bestätigt wird (Tz. 123) – substandard, normativ gleichsam »hohl«. Verschärfend tritt jetzt hinzu, dass der durch die weisungsfreien Pflichtaufgaben markierte eigene Wirkungskreis der (Land-)Kreise durch Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG von vornherein nur in seinem unantastbaren Wesensgehalt geschützt sein soll (Tz. 123). Wie dies mit einer *institutionellen Garantie* kreislicher »Selbstverwaltung« vereinbar ist, erklärt das Bundesverfassungsgericht nicht.³²

Die Trennlinie innerhalb der gesetzlichen Aufgabenausstattung der institutionellen Selbstverwaltungsgarantie zwischen freiwilligen Kreisaufgaben – nicht geschützt durch Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG – und weisungsfreien Pflichtaufgaben der (Land-)Kreise – durch Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG (wahrscheinlich) geschützt und zugleich den unantastbaren Wesensgehalt der kreislichen Selbstverwaltung markierend (Tz. 123) – wird besonders fragwürdig, wenn man die Probe auf das Exempel macht. Unter den vier vom Bundesverfassungsgericht genannten konkreten Beispielen zu Pflichtaufgaben findet sich die »Nahverkehrsträgerschaft«. Greift man sich einmal drei große Flächenländer heraus, stellt man fest, dass der Öffentliche Personennahverkehr als »freiwillige Aufgabe« der Daseinsvorsorge den »Stadt- und Landkreisen« (§§ 5, 6 Abs. 1 Satz 1 ÖPNVG BW) bzw. den »Landkreisen und kreisfreien Städten im eigenen Wirkungskreis« (Art. 2 Abs. 1 Satz 1 und Art. 8 Abs. 1 Satz 1 BayÖPNVG) bzw. den »Kreisen und kreisfreien Städten« (§ 1 Abs. 1 und § 3 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 ÖPNVG NW) zugewiesen ist. Es ist offensichtlich, dass mit dieser Etikettierung das landesverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip (Art. 71 Abs. 3 LV BW; Art. 83 Abs. 3 BayVerf; Art. 78 Abs. 3 LV NW) umgangen werden soll. Was gilt aber nun in Bezug auf Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG? Ist der ÖPNV als Kreisaufgabe geschützt oder nicht? Und wie verhält es sich mit einer generalklauselartigen landesverfassungsrechtlichen Aufgabenumschreibung? Ist z. B. die Förderung der Erwachsenenbildung, die von den »Gemeinden und Landkreisen«

32 Das BVerfG (Fußn. 1), Tz. 123, bestätigt, dass »Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben nicht garantiert« und meint dann in Bezug auf die Pflichtaufgaben der Kreise im eigenen Wirkungskreis, es »kommt in Betracht, diesen Aufgabenkreis wenigstens als einen Mindestbestand an »kreis kommunalen« – also überörtlichen – Aufgaben zu beurteilen, der das Bild der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften und als nicht nur staatliche Verwaltungsstellen ausreichend prägen kann«. Aber wieso verläuft innerhalb der institutionellen Garantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG eine kategorial wirkende Trennlinie zwischen freiwilligen Kreisaufgaben und weisungsfreien Pflichtaufgaben, wenn beide gleichermaßen gesetzlich zugewiesen sind? Ist die bundesverfassungsrechtlich anerkannte Ergänzungs- und Ausgleichsfunktion der (Land-)Kreise im kreisangehörigen Raum damit Makulatur? Warum soll der ländliche Raum bezüglich der kommunalen Aufgabenausstattung verfassungsrechtlich weniger Schutz erhalten als die kreisfreien Städte? Und wieso verläuft innerhalb des Bestandes an weisungsfreien Pflichtaufgaben nochmals eine Trennlinie, die von vornherein – nicht: nach gerechtfertigtem Eingriff – den von Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG geschützten Aufgabenbestand auf den Wesensgehalt reduziert?

27 Zutreffende Kritik hierzu bei *Wieland*, *Der Landkreis* 2008, 184 (186).

28 BVerfGE 105, 252 = DVBl 2002, 1358.

29 Zur Verfehlung dieser Rechtsauffassung *Murswiek*, *NVwZ* 2003, 1 ff.; *ders.*, *Der Staat* 45 (2006), 473 (479 ff.); *Huber*, *JZ* 2003, 290 ff.; *Bethge*, *Jura* 2003, 327 ff.; *Höfling*, in: *Festschrift für Rüfer*, 2003, S. 329 (334 ff.); *Kabl*, *Der Staat* 43 (2004), 167 ff.; *Faßbender*, *NJW* 2004, 816 ff.; *Hellmann*, *NVwZ* 2005, 163 ff. Rechtfertigungsversuche demgegenüber von *Bunke*, *Die Verwaltung* 37 (2004), 3 ff., sowie *Hoffmann-Riem*, *Der Staat* 43 (2004), 203 ff.

30 So bereits BVerfGE 83, 363 (383) = DVBl 1991, 691 (693).

31 BVerfG-K, *NVwZ-RR* 2007, 435 (436).

(Art. 22 LV BW) bzw. von den »Gemeinden und Gemeindeverbänden« (Art. 17 LV NW) vorzunehmen ist, eine durch Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG geschützte Aufgabe? Schon diese wenigen Beispiele machen deutlich, wie fragwürdig die vom Zweiten Senat vorgenommene »Zerlegung« der institutionellen Garantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG ist.

2. *Schutz der Kommunen durch Kompetenzvorschriften*
Nach ständiger Rechtsprechung fungieren andere Verfassungsnormen als Art. 28 Abs. 2 GG im Rahmen der Kommunalverfassungsbeschwerde als Prüfungsmaßstab, soweit sie ihrem Inhalt nach das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitzubestimmen geeignet sind³³. Dazu gehör(t)en anerkanntermaßen die *Kompetenzvorschriften* des Grundgesetzes. Denn für das Kommunalrecht liegt die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern (Art. 70 Abs. 1 GG). Folglich sind Eingriffe in das kommunale Selbstverwaltungsrecht³⁴ durch den Bundesgesetzgeber daraufhin zu überprüfen, ob Art. 70 ff. GG eingehalten sind³⁵. Konsequenterweise wurde erst unlängst vom Bundesverfassungsgericht festgestellt: »Auf eine Überschreitung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes kann eine Kommunalverfassungsbeschwerde gestützt werden, denn kompetenzwidrige Eingriffe in die Selbstverwaltung müssen die Kommunen nicht hinnehmen«.³⁶ Ergänzend war zuvor betont worden, der Rüge, eine bundesgesetzliche Regelung verstoße gegen das Bundesstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), indem sie den Bund zu einem unmittelbaren Durchgriff auf die betroffenen Kommunen (Gemeinden) ermächtigt, sei im Verfahren der kommunalen Verfassungsbeschwerde nachzugehen³⁷.

a) *Ignorierung der früheren Rechtsprechung zu Art. 84 Abs. 1 GG*

Speziell zum kompetenzrechtlichen Gehalt des Art. 84 Abs. 1 (a. F.) GG steht außer Frage, dass primär der Schutz der grundsätzlichen Verwaltungszuständigkeit der Länder bezweckt ist³⁸. Am Beispiel der Bauleitplanung, einer genuin gemeindlichen Angelegenheit, hatte das Bundesverfassungsgericht jedoch zutreffend deutlich gemacht, dass Art. 84 Abs. 1 (a. F.) GG auch eine *kommunalschützende Wirkung* zukommt: »Art. 84 Abs. 1 GG erlaubt dem Bundesgesetzgeber allerdings nicht schlechthin die Zuweisung von Aufgaben an die Gemeinden als Selbstverwaltungsaufgaben. Da das Grundgesetz die Materie Kommunalrecht nicht dem Bund zuweist, sondern sie ausschließlich

den Ländern belässt (Art. 30, 70 ff. GG), ist jedenfalls eine derartige Einschaltung der Gemeinden in den Vollzug der Bundesgesetze durch den Bundesgesetzgeber nur dann zulässig, wenn es sich um eine punktuelle Annexregelung zu einer zur Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers gehörenden materiellen Regelung handelt und wenn diese Annexregelung für den wirksamen Vollzug der materiellen Bestimmungen des Gesetzes notwendig ist«.³⁹

Nun behauptet das Bundesverfassungsgericht, da die Selbstverwaltungsgarantie durch die angegriffene Regelung nicht berührt sei⁴⁰, könne eine Überprüfung am Maßstab der grundgesetzlichen Kompetenzordnung im Verfahren der Kommunalverfassungsbeschwerde nicht erreicht werden (Tz. 126). Es müsse offen bleiben, ob der Bund durch § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II gegen Art. 84 Abs. 1 (a. F.) GG verstoßen habe (Tz. 130). Die Eliminierung des Art. 84 Abs. 1 (a. F.) GG aus dem Prüfungsmaßstab erreicht das Gericht durch einen doppelten Kunstgriff: Eine Berufung auf jene Bestimmung im Verfahren der Kommunalverfassungsbeschwerde setze voraus, dass Art. 84 Abs. 1 (a. F.) GG dem Schutz des *Kernbereichs* kommunaler Selbstverwaltung diene, was jedoch nicht der Fall sei (Tz. 131, 133, 134); außerdem lasse sich Art. 84 Abs. 1 (a. F.) GG – anders als Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG – *kein absolutes Verbot* der Aufgabenzuweisung auf die kommunale Ebene entnehmen (Tz. 135).

Erneut ändert das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung, ohne dies deutlich zu machen⁴¹. Seit wann wird das verfassungsrechtliche Bild kommunaler Selbstverwaltung nur durch Verfassungsnormen mitgeprägt, die dem *Kernbereichsschutz* dienen? Wird kommunale Selbstverwaltung vom Bundesverfassungsgericht fortan nur noch als Garantie eines – allerdings vom Gericht nicht definierten – Mindestniveaus verstanden? Und wieso kann nur die Einhaltung »absoluter« Verbotsnormen verlangt werden? Ist die Missachtung eines »relativen« Verbots durch den Bundesgesetzgeber mit millionen- oder sogar milliarden-schweren Kostenfolgen für die Kommunalhaushalte eine verfassungsrechtlich vernachlässigbare rein politische Entscheidung? BVerfGE 77, 288 (299) hatte *Kompetenzausübungsschranken* zu Gunsten kommunaler Körperschaften formuliert; warum darf die Einhaltung dieser Schranken von den durch das betreffende Bundesgesetz selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffenen Landkreisen nicht verlangt werden?

b) *Selbstwiderspruch des Bundesverfassungsgerichts*

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts kennt auf diese Fragen nicht nur keine Antworten, sondern er praktiziert im zweiten Teil seiner Entscheidung bei der Begründung der Verfassungswidrigkeit der »Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften« wegen Verstoßes gegen das Verbot der Mischverwaltung das genaue Gegenteil der zuvor aufgestellten Postulate. Ausgangsmaßstab ist insoweit die

33 BVerfGE 1, 167 (181); 56, 298 (310); 71, 25 (37); 91, 228 (242) = DVBl 1995, 290 (292). – Zusammenfassung der maßgeblichen Grundgesetzbestimmungen bei *Starke*, JuS 2008, 319 (323); ferner *Meier/Greiner*, VerwArch 97 (2006), 293 (295).

34 Zum Vorliegen eines »Eingriffs« im vorliegenden Zusammenhang unten III. 1.

35 BVerfGE 56, 298 (310); ThürVerfGH, DVBl 2005, 443 (444 f., 449).

36 So BVerfGE 112, 216 (221).

37 BVerfGE 56, 298 (311); Prüfung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes auch z. B. durch BVerfG-K, DVBl 1982, 27 (28).

38 BVerfGE 114, 196 (230 f.) = DVBl 2005, 1503 (1505).

39 So BVerfGE 77, 288 (299), unter Anknüpfung an BVerfGE 22, 180 (209 f.).

40 Zur Fehlerhaftigkeit dieser Behauptung unten III. 1. b).

41 Zutreffende Kritik hierzu bei *Wieland*, Der Landkreis 2008, 184 (185); *Korioth*, DVBl 2008, 812 (813 f.).

Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerledigung, die den (Land-)Kreisen durch Art. 28 Abs. 2 GG genauso gewährt wird wie den Gemeinden (Tz. 145). Die Senatsmehrheit behauptet nun plötzlich die Entscheidungserheblichkeit der Einhaltung der Art. 83 ff. GG durch § 44 b SGB II (Tz. 150). Nachdem Art. 83 GG – ohne jeden Bezug zum kommunalen Selbstverwaltungsrecht – als »wichtige Ausformung des bundesstaatlichen Prinzips des Grundgesetzes« markiert ist, wird unter Hinweis auf die Grundsätze getrennter Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern (!) unvermittelt behauptet: »Diese Grundsätze gelten auch für das Verhältnis von Bund und Kommunen.« (Tz. 151). Warum das so sein soll, wird nicht begründet. Das Sondervotum weist darauf hin, dass das Verhältnis zwischen Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 83 ff. GG nur einheitlich bestimmt werden kann und dass sich die Senatsmehrheit in Widersprüche verstrickt⁴². Ungerührt von dieser – rechtssystematisch zutreffenden – Kritik wird schließlich festgestellt, § 44 b SGB II verletze »Art. 28 Abs. 2 Sätze 1 und 2 GG i. V. mit Art. 83 GG« (Tz. 203).

Das Ergebnis ist verblüffend: Die *allgemeine*, nur das Bund-Länder-Verhältnis betreffende Vorschrift des Art. 83 GG schützt die Kommunen; die *spezifische*, auch als Kompetenzausübungsschranke zu Gunsten der Kommunen wirkende Bestimmung des Art. 84 Abs. 1 (a. F.) GG kann von den durch ein Bundesgesetz direkt belasteten kommunalen Körperschaften nicht zum Schutz der kommunalen Selbstverwaltung herangezogen werden. Die Grundfrage, ob der Bundesgesetzgeber überhaupt gemäß Art. 84 Abs. 1 (a. F.) GG auf die Kommunen durchgreifen durfte, wird beiseite geschoben, die nachgelagerte Frage zum »Wie« des bundesgesetzlichen (unzulässigen) Durchgriffs wird unvermittelt aus Art. 83 GG beantwortet. Keine Überlegung dazu, ob Art. 83 GG, um herangezogen werden zu können, wie Art. 84 Abs. 1 GG dem *Kernbereichsschutz* kommunaler Selbstverwaltung dienen muss, kein Gedanke zu der Frage, ob Art. 83 GG ein *absolutes Verbot* der Mischverwaltung enthalten muss, um kommunalschützend wirken zu können; ganz offensichtlich misst das Bundesverfassungsgericht bei der Aufgabengarantie des Art. 28 Abs. 2 GG einerseits und der Eigenverantwortlichkeit der Kommunen andererseits in Bezug auf Art. 83 ff. GG – ohne dies jedoch zu begründen – mit zweierlei Maß.

III. Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht

Die Frage des – rechtfertigungsbedürftigen – Eingriffs in das kommunale Selbstverwaltungsrecht wurde lange Zeit vornehmlich unter dem Aspekt des Aufgabentzugs und der staatlichen Reglementierung der Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung diskutiert. Demgegenüber galt die staatliche Übertragung von Aufgaben auf die Kommunen (einschließlich der Zuweisung kostenver-

ursachender Aufgaben) als Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung; ein »Eingriff« konnte darin nicht gesehen werden⁴³.

1. Eingriff durch staatliche Aufgabenzuweisung

Diese Rechtsauffassung entpuppte sich in der Sache umso stärker als Realitätsverweigerung und dogmatisch als unhaltbar, je unverblümter den Kommunen von Bund und (jeweiligem) Land ein – gar nicht erwünschter – Aufgabenzuwachs mit in der Regel erheblichen Kostenbelastungen beschert wurde⁴⁴. Die spätestens in den 1990er Jahren in der Mehrzahl finanziell ausgezehnten kommunalen Körperschaften (vor allem viele kreisfreie Städte und Landkreise) konnten weitere kostenträchtige Aufgaben nicht mehr verkraften.

a) Schutz gegen kostenträchtige Aufgabenbelastungen

Die Einsicht, dass eine – zumal kostenwirksame – staatliche Übertragung von Aufgaben auf Kommunen einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht darstellt, setzte sich (nach entsprechenden Vorarbeiten im Schrifttum) in der Landesverfassungsgerichtsbarkeit schließlich durch⁴⁵. Erkannt wurde, dass die (fortwährende) Übertragung zusätzlicher Aufgaben auf Kommunen, falls diese die kommunalen (Finanz-)Mittel in erheblichem Maße beanspruchen, die Möglichkeit zur Wahrnehmung bestehender Selbstverwaltungsaufgaben spürbar schmälert. Folglich stellt die Übertragung zusätzlicher Aufgaben jedenfalls mittelbar einen Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht dar, »weil sie kommunale Mittel beansprucht und dadurch Kapazitäten zur Wahrnehmung der sonstigen, insbesondere der freien Selbstverwaltungsaufgaben schmälert«⁴⁶.

Diese Rezeption der Lebenswirklichkeit und ihre verfassungsrechtliche Verarbeitung sind in einem so hohen Maße unmittelbar einleuchtend, dass eigentlich nur verwunderlich ist, wieso die Rechtsprechung zur Formulierung jener Erkenntnis so lange Zeit gebraucht hat. Die immerzu wiederkehrende bundes- und landesgesetzliche Übertragung ausgabenwirksamer Aufgaben auf Kommunen ohne einen entsprechenden Mehrbelastungsausgleich muss auf Dauer zwangsläufig die kommunale Selbstverwaltung aushöhlen⁴⁷. Im Rechtssinne führt die staatliche Zuweisung neuer kostenträchtiger Aufgaben auf die Kom-

42 Sondervotum der Richter *Broß, Osterloh und Gerhardt*, BVerfG (Fußn. 1), Tz. 224 (in DVBl 2008, 173 nicht abgedruckt). – Inhaltlich ist dem Sondervotum insoweit zu widersprechen, als es die kommunalschützende Wirkung des Art. 84 Abs. 1 (a. F.) GG verneint.

43 NdsOVG, DVBl 1994, 1203; SaarVerfGH, NVwZ-RR 1995, 153.

44 Die Kumulation ausgabenwirksamer bundesgesetzlicher Aufgabenzuweisungen unter dem Aspekt »öffentliche Fürsorge« (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG) an die Kommunen ist nachgezeichnet bei *Schoch/Wieland*, Kommunale Aufgabenträgerschaft nach dem Grundsicherungsgesetz, 2003, S. 80 ff.

45 Näher zur Entwicklung *Schoch*, Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie, 1997, S. 117 ff.

46 So VerfGH RP, DÖV 2001, 601 (602); ähnlich zuvor VerfGH NW, DVBl 1993, 197 (198) und DVBl 1997, 483; VerfG LSA, NVwZ-RR 1999, 393 (396); ferner VerfG Bbg, DVBl 2003, 938; VGH BW, VBlBW 2005, 234 (236).

47 *F. Kirchhof*, in: J. Ipsen (Hrsg.), Kommunale Aufgabenerfüllung im Zeichen der Finanzkrise, 1995, S. 53 (55).

munen (bzw. die Ausweitung bestehender Aufgaben und Standards) ohne gleichzeitige Kostenerstattung notwendigerweise zum faktischen Entzug vorhandener Selbstverwaltungsaufgaben⁴⁸; denn die dafür vorgesehenen Mittel müssen umgewidmet und zur Erfüllung der gesetzlich neu übertragenen (bzw. ausgeweiteten) Pflichtaufgaben eingesetzt werden⁴⁹. Dies kommt einem *Aufgabenzug durch Aufgabenüberlastung* gleich⁵⁰.

Die Konsequenz dieser auf der Hand liegenden Eingriffsdogmatik ist die Rechtfertigungsbedürftigkeit der Aufgabenübertragung. Der Eingriff ist indessen, wenn die Voraussetzungen vorliegen, auch rechtfertigungsfähig. Nach bislang geltender Doktrin muss der den Kommunen eine bestimmte Aufgabe zuweisende Gesetzgeber – selbstverständlich – nicht nur den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie wahren, er muss vielmehr auch das Aufgabenverteilungsprinzip des Art. 28 Abs. 2 GG und die Eigenverantwortlichkeit kommunalen Handelns beachten, und vor allem muss der in das Selbstverwaltungsrecht eingreifende (Bundes-)Gesetzgeber zuständig sein⁵¹.

b) Ausböhlung der Selbstverwaltung auf Kreisebene durch das Bundesverfassungsgericht

Von dem über einen Zeitraum von etwa 15 Jahren intensiv erarbeiteten Stand der Doktrin nimmt das Bundesverfassungsgericht nur begrenzt Notiz. Das Gericht anerkennt zwar, dass auch eine Aufgabenzuweisung in das Recht auf Selbstverwaltung eingreifen kann, »wenn dadurch die Möglichkeit eingeschränkt wird, Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen, die zum verfassungsrechtlich geschützten Aufgabenbestand gehören« (Tz. 118). Da zuvor jedoch freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben der Kreise aus dem Schutzgehalt des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG hinauskatapultiert worden waren⁵², ist in der Logik des Bundesverfassungsgerichts die Voraussetzung für die Bejahung des Eingriffs (»wenn . . .«) nicht erfüllt. Das Gericht geht sogar noch einen Schritt weiter und spricht angesichts des gesetzesabhängigen Aufgabenbestandes der (Land-)Kreise im Falle der gesetzlichen Aufgabenzuweisung an Gemeindeverbände von einer »Vermutung« gegen einen Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht; etwas anderes könne »erst angenommen werden, wenn die Übertragung einer neuen Aufgabe ihre Verwaltungskapazitäten so sehr in Anspruch nimmt, dass sie nicht mehr ausreichen, um einen Mindestbestand an zugewiesenen Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises wahrzunehmen, der für sich genommen und im Vergleich zu zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein Gewicht aufweist, das der institutionellen Garantie der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften gerecht wird« (Tz. 120).

Die Einlassungen des Bundesverfassungsgerichts zur Frage des »Eingriffs« durch eine kostenträchtige bundes-

gesetzliche Aufgabenzuweisung an die (Land-)Kreise sind gleich aus drei Gründen verfassungsrechtlich zu kritisieren:

- Ein »Eingriff« in das kommunale (kreisliche) Selbstverwaltungsrecht liegt nicht erst dann vor, wenn der »Mindestbestand an echten Selbstverwaltungsaufgaben« (Tz. 121) beeinträchtigt wird. *Eingriff* und *Rechtsverletzung* sind nicht identische, sondern unterschiedliche verfassungsrechtliche Kategorien. Es stellt eine Erfindung des Gerichts im Urteil vom 20. 12. 2007 dar, dass ein »Eingriff« in das Recht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG erst dann gegeben ist, wenn gleich eine »Verletzung des Kernbereichs oder Wesensgehalts der Selbstverwaltung durch die Aufgabenzuweisung in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II« dargetan sei (Tz. 122).
- Selbst wenn man – zu Unrecht – die Erfüllung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben durch Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG als nicht geschützt ansieht, kann kaum bezweifelt werden, dass die millionenschwere Belastung eines Landkreises mit bundesgesetzlich kreierteilen Sozialleistungen diesen Landkreis in der eigenverantwortlichen *Wahrnehmung der weisungsfreien Pflichtaufgaben* des eigenen Wirkungskreises massiv beeinträchtigt. Dass diese Aufgaben durch Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG geschützt sind, anerkennt das Bundesverfassungsgericht unter Hinweis auf die Schulträgerschaft von Landkreisen, ihre Nahverkehrsträgerschaft, die Abfallentsorgung und die Krankenhausversorgung (Tz. 123). Es ist in der Tat »offensichtlich«⁵³, dass die den Landkreisen bundesgesetzlich auferlegte Finanzierung einer neuen Sozialleistung Finanzmittel bindet, diese Mittel dann zwangsläufig für eine verbesserte Erfüllung weisungsfreier Pflichtaufgaben (z. B. bessere Ausstattung der Schulen, Ausbau des ÖPNV-Angebots etc.) nicht mehr zur Verfügung stehen und dadurch ein teilweiser Aufgabenzug bewirkt wird. Diese Fremdbestimmung soll keine Beeinträchtigung des Selbstverwaltungsrechts sein? Dem Evidenzerlebnis von Landesverfassungsgerichten in diesem Punkt weicht das Bundesverfassungsgericht aus, indem es den Beschwerdeführern vorwirft, sie legten nicht dar, wie es um ihre weisungsfreien Pflichtaufgaben bestellt sei. Warum hat das Gericht, wenn *dieser* Punkt (zur Überraschung aller) entscheidungserheblich ist, nicht von § 26 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG Gebrauch gemacht und einen kurzen Hinweis gegeben?
- Sogar dann, wenn die willkürliche und juristisch unhaltbare Gleichsetzung von »Eingriff« und »Rechtsverletzung« vorausgesetzt und eine »Beeinträchtigung« der Erfüllung weisungsfreier Pflichtaufgaben erst im Falle einer »Verletzung des Wesensgehalts der Selbstverwaltung der Kreise durch Eingriffe in den Aufgabenbestand« angenommen würde (Tz. 123), müsste jedenfalls ein *Eingriff in die Finanzhoheit* der betroffenen Landkreise bejaht werden. Dazu äußert sich das Bundesverfassungsgericht seltsamerweise mit keiner Silbe. Völlig unabhängig von der Frage, ob die Finanzhoheit

48 Meier/Greiner, VerwArch 97 (2006), 293 (307).

49 VerfG Bbg, DVBl 2003, 938, bezeichnet den Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht als »offensichtlich«.

50 Instruktiv dazu *Hufen*, DÖV 1998, 276 ff.

51 *Wieland*, Der Landkreis 2008, 184 (185).

52 Vgl. oben II. 1. b).

53 Vgl. oben Text zu und in Fußn. 49.

eine angemessene kommunale Finanzausstattung oder jedenfalls eine finanzielle Mindestausstattung umfasst, was bisher offen gelassen worden sei⁵⁴, ist unstreitig die eigenverantwortliche kommunale Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft im Rahmen eines gesetzlich geordneten Haushaltswesens geschützt⁵⁵. Das verfassungsrechtlich geschützte *autonome* Ausgabenverhalten ist indes massiv beeinträchtigt, wenn einem Landkreis bundesgesetzlich erhebliche finanzielle Lasten auferlegt und Kommunalfinanzen damit gebunden werden⁵⁶. Kein Eingriff in die Finanzhoheit? In anderem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht sogar im bloßen Mitspracherecht eines anderen kommunalen Verwaltungsträgers (Verwaltungsgemeinschaft) bei der Vorbereitung, Aufstellung und Durchführung kommunaler Haushaltspläne eine *Einschränkung* eines Teils der Selbstverwaltung (im Ergebnis jedoch keine *Verletzung*) gesehen⁵⁷. Demgegenüber soll keine rechtfertigungsbedürftige Einschränkung vorliegen, wenn der Bund selbst, gegenwärtig und unmittelbar gesetzlich Teile des Kreishaushalts bindet?

Die Verneinung eines »Eingriffs« in das Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG durch eine kostenträchtige bundesgesetzliche Aufgabenübertragung ist demnach verfassungsrechtlich unzutreffend⁵⁸.

2. Gespaltener Eingriffsbegriff

Bei der Qualifizierung kostenträchtiger bundesgesetzlicher Aufgabenzuweisungen an Kommunen als »Eingriff« in das kommunale Selbstverwaltungsrecht will das Bundesverfassungsgericht einen Unterschied zwischen den in Anspruch genommenen Gemeinden (kreisfreien Städten) einerseits und den Gemeindeverbänden (Landkreisen) andererseits machen. Während bei letztgenannten, wie erwähnt, eine »Vermutung« gegen einen Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht sprechen soll (Tz. 120), werde bei Gemeinden wegen der ihnen verfassungsunmittelbar zugeordneten Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft die »Selbstverwaltung bereits dadurch berührt, dass eine Aufgabenzuweisung ihnen erschwert, neue Selbstverwaltungsaufgaben zu übernehmen« (Tz. 119). Für die Bejahung des Eingriffs in das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht wird, ohne Begründung (in der Sache allerdings

zutreffend), anders als bei den (Land-)Kreisen eine Verletzung des Wesensgehalts der Selbstverwaltung nicht verlangt.

Bundesgesetzliche Aufgabenzuweisungen an kommunale Aufgabenträger sind nun allerdings – vor allem auf dem Gebiet des Sozialrechts – dadurch gekennzeichnet, dass sie gleichsam in einem Atemzug zugleich gegenüber kreisfreien Städten und (Land-)Kreisen vorgenommen werden. Das war z. B. bei dem ehemals eigenständigen Grundsicherungsgesetz gemäß § 4 Abs. 1 GSIG der Fall⁵⁹ (jetzt: Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung als Teil der Sozialhilfe, § 8 Nr. 2 SGB XII), gilt aber auch für wichtige sozialrechtliche Regelungen im geltenden Recht:

- Träger der Grundsicherung für Arbeitssuchende bezüglich bestimmter Leistungen sind »die kreisfreien Städte und Kreise«, soweit durch Landesrecht nicht andere Träger bestimmt sind (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II).
- Örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind »die Kreise und die kreisfreien Städte« (§ 69 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII).
- Örtliche Träger der Sozialhilfe sind »die kreisfreien Städte und die Kreise«, soweit nicht nach Landesrecht etwas anderes bestimmt wird (§ 3 Abs. 2 Satz 1 SGB XII).

Nach der Logik des Bundesverfassungsgerichts muss ein gesetzlicher Akt der Aufgabenübertragung juristisch in zwei Maßnahmen aufgespalten werden: Gegenüber kreisfreien Städten wirkt der Gesetzgebungsakt als Eingriff (Tz. 119), gegenüber (Land-)Kreisen als Aufgabenumschreibung (Tz. 120), schlägt jedoch in einen Eingriff um, sobald weisungsfreie Pflichtaufgaben nicht mehr in dem – freilich unbestimmt gebliebenen – Mindestumfang wahrgenommen werden können (Tz. 123). Der Grund für diese bislang zu Art. 28 Abs. 2 GG nicht gekannte Aufspaltung eines Gesetzgebungsaktes liegt darin, dass der Zweite Senat nicht über einen klaren Eingriffsbegriff verfügt: Bei den Gemeinden (kreisfreien Städten) wird der gesetzliche Aufgabenübertragungsakt – zutreffend – *qualitativ* danach beurteilt, ob den betroffenen Kommunen infolge der Aufgabenzuweisung die Wahrnehmung anderer Selbstverwaltungsaufgaben (gleichgültig, ob freiwillige Angelegenheiten oder weisungsfreie Pflichtaufgaben) *erschwert* wird; bei den (Land-)Kreisen hingegen werden die Folgen der Aufgabenzuweisung *quantitativ* daran gemessen, ob im Vergleich mit den übertragenen staatlichen Aufgaben noch ein *Mindestmaß* an zugewiesenen Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises wahrgenommen werden kann⁶⁰. Das Bundesverfassungsgericht erklärt erneut nicht, warum es die Belastungen von kreisfreien Städten (»Stadtkreisen«) und (Land-)Kreisen mit zweierlei Maß misst.

54 So z. B. BVerfG-K, LKV 1994, 145; NVwZ 1995, 370 (371); anders BVerfGE 86, 148 (219) = DVBl 1992, 965 (968): »Die Länder sehen sich seit jeher gehalten, für eine aufgabengerechte Finanzausstattung ihrer Kommunen zu sorgen.«

55 BVerfGE 26, 228 (244); 71, 25 (36); BVerfG-K, DVBl 1987, 135; DVBl 1999, 697; NVwZ-RR 2007, 435 f.

56 Schmidt-Aßmann, Kommunale Selbstverwaltung (Fußn. 17), S. 82: »Beeinträchtigungen durch die Zuweisung neuer Aufgaben und die gesetzliche Dekretierung kostenträchtiger Erfüllungsstandards stellen derzeit die wirklichen Gefährdungen kommunaler Eigenverantwortung dar. Sie müssen in eine zeitgerechte kommunalspezifische Dogmatik des Art. 28 Abs. 2 GG einbezogen werden. Dabei ist auch an das neuerlich geschärfte Kompetenzverständnis im Bundesstaat zu erinnern.«

57 BVerfGE 107, 1 (22).

58 Vgl. bereits Mückel, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz (Fußn. 5), S. 95 ff.

59 Zur verfassungsrechtlichen Problematik Schoch/Wieland, Grundsicherungsgesetz (Fußn. 44), S. 31 ff., 89 ff., 110 ff.

60 Treffend dazu Hubert Meyer, NVwZ 2008, 275 (276): merkwürdig anmutendes Ergebnis.

IV. Dispens von der Rechtfertigung der Aufgabenbelastung

Liegt im Rechtssinne kein Eingriff vor, bedarf es keiner Eingriffsrechtfertigung. Durch die willkürliche richterliche Beschneidung des Schutzgehalts von Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG und die Manipulierung des Eingriffsbegriffs gelingt es dem Bundesverfassungsgericht, sich einer Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des bundesgesetzlichen Durchgriffs auf die Landkreise durch § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II zu entziehen. Hätte das Gericht, so möchte man fragen, »Farbe bekannt«, falls auch eine kreisfreie Stadt Kommunalverfassungsbeschwerde erhoben hätte?

Die Umgehung der Rechtfertigungsebene setzt alle verfassungsrechtlichen Sicherungen zum Schutz der kommunalen Selbstverwaltung gegenüber bundesgesetzlichen Aufgabenübertragungen⁶¹ außer Kraft. In der Sache selbst liegen die vom Bundesverfassungsgericht früher anerkannten Voraussetzungen für den bundesgesetzlichen Durchgriff auf Kommunen (punktuelle Annexregelung zum materiellen Bundesrecht, Notwendigkeit kommunaler Aufgabenträgerschaft für den wirksamen Gesetzesvollzug)⁶² in der Regel nicht vor; denn es genügt im Normalfall, die Ausführung des Bundesgesetzes den Ländern zu überlassen oder zuzuweisen, so dass diese entsprechend ihrer Verwaltungsorganisation die sachgemessene Aufgabenträgerschaft bestimmen können⁶³.

V. Fazit und Ausblick

1. Schwächung der kommunalen Selbstverwaltung durch das Bundesverfassungsgericht

Mit seiner Entscheidung vom 20. 12. 2007 hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts die anerkannte und bewährte Dogmatik zur Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung einem Erosionsprozess jedenfalls in Bezug auf die Kreisebene ausgesetzt. Mögliche Rückwirkungen auf Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG (z. B. hinsichtlich des Schutzes gesetzlich zugewiesener weisungsfreier Pflichtaufgaben) sind noch gar nicht abzusehen.

Das Gericht spricht zwar in Bezug auf die (Land-)Kreise von einer »institutionellen Garantie« (Tz. 117, 120), weiß damit aber in der Sache nichts anzufangen und eliminiert die der Institution »Landkreis« normativ zugeordneten freiwilligen Kreisaufgaben kurzerhand aus dem Schutzgehalt des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG (Tz. 123). Eine institu-

tionelle Verfassungsgarantie wird so bereits auf der Schutzbereichsebene in einer Weise kuppelt, die eine Begründung verdient hätte.

Geradezu erstaunlich ist die Degradierung des Schutzgehalts von Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG (nicht: des »effektiven« Schutzes *nach* der Rechtfertigung eines Eingriffs) auf einen bloßen »Mindestbestand an Aufgaben« (Tz. 116); damit wird Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG bezüglich der Aufgabengarantie von vornherein (!) auf einen Kernbereichsschutz reduziert. Verfassungsrechtlich neu ist die Propagierung eines gespaltenen Eingriffsbegriffs für Gemeinden einerseits und (Land-)Kreise andererseits hinsichtlich *einer* gesetzlichen Aufgabenzuweisung, die zugleich kreisfreie Städte und (Land-)Kreise zu Aufgabenträgern bestimmt (Tz. 119, 120). Befremdlich ist, dass bei der Qualifizierung *einer* gesetzlichen Aufgabenzuweisung bei Gemeinden und (Land-)Kreisen mit zweierlei Maß gemessen wird (qualitativer versus quantitativer Maßstab). Juristisch fragwürdig ist die Behauptung, dass eine »Beeinträchtigung« verfassungsrechtlich geschützter kreiskommunaler Aufgaben erst im Falle einer »Verletzung des Wesensgehalts der Selbstverwaltung der Kreise« angenommen werden könne (Tz. 123). Die Gleichsetzung von »Eingriff« und »Verfassungsverstoß« ist ebenfalls neu, so dass auch hierzu eine Begründung fällig war. Erklärungsbedürftig ist die Rezeption eines Verstoßes gegen Art. 83 GG durch Art. 28 Abs. 2 GG (Tz. 151, 203), während Art. 84 Abs. 1 (a. F.) GG keine kommunalschützende Wirkung haben soll, weil die Bestimmung nicht den Kernbereich des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG schütze (Tz. 133). Überhaupt hätte die inflationäre Verwendung des Begriffs »Kernbereich« im Urteil vom 20. 12. 2007 dem Zweiten Senat eigentlich signalisieren müssen, dass die Entscheidung voller Ungereimtheiten steckt: Reduktion des Schutzgehalts von Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG bezüglich der Aufgabengarantie auf einen bloßen Kernbereich (»Mindestbestand an Aufgaben«), Identität von Eingriff und Kernbereichsverletzung, Kontrolle der Einhaltung von bundesgesetzlichen Kompetenzgrenzen nur bei Verletzung des Kernbereichs der Selbstverwaltungsgarantie der (Land-)Kreise. Warum bleiben alle diese überraschenden »Einsichten« ohne Begründung?

2. Bundesgesetzliche Erweiterung kommunaler Aufgaben

Mit Blick in die Zukunft könnte bedeutsam werden, dass das Bundesverfassungsgericht dem neuen Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG ein »absolutes Verbot der Aufgabenzuweisung auf die kommunale Ebene« für den Bundesgesetzgeber entnimmt (Tz. 135). Darin sollte eine Konkretisierung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG gesehen werden können⁶⁴. Auch wenn das Aufgabenübertragungsverbot des Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG die quantitative Vermehrung bestehender Aufgaben nicht erfassen sollte, so dass der Bundesgesetzgeber die den Kommunen (insbesondere den kreisfreien Städten und den Landkreisen) bereits über-

61 Vgl. dazu Schoch, Kommunale Selbstverwaltung (Fußn. 14), S. 26 ff.

62 Vgl. oben Text zu Fußn. 39.

63 Schoch/Wieland, JZ 1995, 982 ff.; Grote, JZ 1996, 832 (840); Bull/Welti, NVwZ 1996, 838 (845); Menzel, DVBl 1997, 640; Mückel, ZG 1998, 197 ff.; F. Kirchhof, JZ 1999, 1054 (1055); Goerlich, DVBl 1999, 1358 f.; Schoch, Der Landkreis 2003, 483 ff.; ders., NVwZ 2004, 1273 ff.; Unruh, ZG 2004, 279 ff.; Ruge/Vorholz, DVBl 2005, 403 ff.; Koriath, NVwZ 2005, 503 (508); ders., DVBl 2008, 812 (814); Zuck, NJW 2005, 649 (650); Meier/Greiner, VerwArch 97 (2006), 293 (313); Dreier, GG (Fußn. 15), Art. 28 Rdnr. 122.

64 Hubert Meyer, NVwZ 2008, 275 (276).

tragenen Aufgaben erweitern kann⁶⁵, ist das Problem des bundesgesetzlichen Durchgriffs auf die kommunale Ebene damit nicht gelöst. Das Bundesverfassungsgericht erklärt, ob Kommunen einer bundesgesetzlichen Erweiterung bestehender Aufgaben »schutzlos ausgeliefert seien«, sei eine Frage »des Übergangsrechts des Art. 125 a GG« (Tz. 136). Bundesrecht, das wegen Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG nicht mehr erlassen werden könnte, gilt danach fort (Art. 125 a Abs. 1 Satz 1 GG), kann aber durch Landesrecht ersetzt werden (Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG).

Welche Bedeutung diese Regelung für eine bundesgesetzliche Erweiterung bestehender Aufgaben der Kommunen hat, ist unklar⁶⁶. Der Vorschlag, die vom Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 125 a Abs. 2 GG ent-

wickelten Schutzstandards⁶⁷ als Mindeststandards auf Art. 125 a Abs. 1 GG zu übertragen⁶⁸, ist auf Ablehnung gestoßen⁶⁹. Schon wird mit guten Gründen vorhergesagt, der Bund werde anstelle der Schaffung »neuer« Sozialleistungen zu Lasten kommunaler Kassen bestehende kosten-trächtige Aufgaben in kommunaler Trägerschaft ausweiten, jedenfalls als Erweiterung »alter« Leistungen etikettieren; der gesetzgeberischen Phantasie seien insoweit wenig Grenzen gesetzt⁷⁰. Nach seinem Urteil vom 20. 12. 2007 bleibt wenig Hoffnung, dass der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts, sollte er angerufen werden, die entsprechenden verfassungsrechtlichen Herausforderungen bestehen könnte. Eine »zweite Chance«, die im Interesse des Schutzes der Verfassung gegenüber den Übergriffen der Bundespolitik auf die Kommunen ergriffen werden könnte, kann es wohl nur geben, wenn unter dem Schutz des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG stehende kreisfreie Städte Kommunalverfassungsbeschwerden erheben würden.

65 Ziegler, NVwZ 2008, 270 (271); Maiwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopf, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 125 a Rdnr. 3; Pevorb, in: Festschrift für Schnapp, 2008 (i. E.); a. A. Burgi, DVBl 2007, 70 (77).

66 Es stellt sich ferner die Frage, ob Art. 125 a Abs. 1 Satz 1 GG nur wirksames Bundesrecht erfasst. Dann müsste im Falle einer bundesgesetzlichen Erweiterung bestehender kommunaler Aufgaben zunächst geklärt werden, ob die Aufgabenübertragung als solche überhaupt verfassungsgemäß erfolgt ist. So Koriob, DVBl 2008, 812 (814).

67 BVerfGE 111, 10 (31) = DVBl 2004, 889.

68 Schoch, DVBl 2007, 261 (264 f.).

69 Hans Meyer, Die Föderalismusreform 2006 – Konzeption, Kommentar, Kritik, 2008, S. 133 ff.

70 Wieland, Der Landkreis 2008, 184 (186).

Die Kontinuität der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur sog. Mischverwaltung

– Bemerkungen zur Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit von § 44b SGB II („Hartz IV“) –

Von Dan Bastian Trapp, Wiss. Mitarbeiter, Bonn*

In dem Streit um die Verfassungsmäßigkeit der gem. § 44b SGB II zu errichtenden Arbeitsgemeinschaften zwischen kommunalen Leistungsträgern und der Bundesagentur für Arbeit, den das Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 20. Dezember 2007 entschieden hat, ist der Begriff des sog. Mischverwaltungsverbots zurück auf den Plan getreten. Die vorliegende Analyse der diesbezüglichen bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung offenbart zweierlei: (1.) Ein vom Bundesverfassungsgericht entwickeltes Dogma eines Mischverwaltungsverbots gibt es nicht; entscheidendes Prüfkriterium ist immer die Kompetenzordnung des Grundgesetzes. (2.) Möglicher „Spielverderber“ für kooperative Verwaltungsorganisati-

onformen ist damit keine bloße Lehre, sondern letztlich der aus Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip folgende Gesetzesvorbehalt.

I. Einführung

Nach § 44b SGB II werden Arbeitsgemeinschaften errichtet, die sich aus der Bundesagentur für Arbeit und den

* Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht (Abteilung Staatsrecht) an der Universität Bonn.

kommunalen Trägern der Grundsicherung für Arbeitssuchende zusammensetzen. Die Errichtung der Arbeitsgemeinschaften sollte zu einer vereinheitlichten Aufgabenwahrnehmung führen, von der man sich eine Effizienzsteigerung erhoffte.¹ Viele Autoren hielten das hier vorgesehene Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden für verfassungswidrig² und wurden darin nun durch das Bundesverfassungsgericht bestätigt.³ Zur Überprüfung der vorgesehenen Verwaltungskooperation zwischen Bundesagentur und den kommunalen Trägern werden immer wieder auch Kriterien herangezogen, die der Lehre vom Verbot der Mischverwaltung entstammen.⁴ Diese Lehre verfocht ursprünglich ein kategorisches Verbot jeder in der Verfassung nicht ausdrücklich zugelassenen Zusammenarbeit von Einrichtungen des Bundes mit solchen der Länder.⁵ In diesem Verstand wurde Mischverwaltung bald zum Veto, das – insbesondere von den Ländern – immer dann in Anschlag gebracht wurde, wenn der Bund tatsächlich oder vermeintlich in ländereigene Bereiche übergriff.⁶ Das kategorische Verbot von Mischverwaltung war bald gefestigte Rechtsauffassung im Bundesrat und fand – ohne näher definiert zu sein – Eingang in die Kommentarliteratur.⁷ Die aktuelle Literatur ist sich in der Ablehnung dieses engen Verständnisses einig.⁸ Den verbleibenden Unklarheiten über den begrifflichen Inhalt von Mischverwaltung wird mit dem Hinweis ausgewichen, die bloße Qualifizierung bestimmter Verwaltungsformen als Mischverwaltung fälle allein noch kein verfassungsrechtliches Urteil.⁹

Wenn hier für die Aufgabe der Lehre vom sog. Mischverwaltungsverbot plädiert wird, dann nicht nur deshalb, weil der heuristische Wert einer Prüfung nicht einleuchten will, die ihre Maßstäbe selbst als letztlich unmaßgeb-

lich erkennt. Das Hantieren mit dem Mischverwaltungsverbot könnte als unschädlicher Referenzverweis an einen ehemals prominenten Kampfbegriff¹⁰ durchgehen. Wenn aber Verwaltungsformen als gegen das Mischverwaltungsverbot verstößend angesehen werden, werden sie unter ein Verbot gestellt, dessen Reichweite weitgehend unklar ist und das in der Gefahr steht, die Grenze zwischen zwingendem Verfassungsrecht und den sich zwingend aus einer Lehre ergebenden Anforderungen zu verwischen.¹¹ Bei der Beurteilung neuer Verwaltungsformen müssen die entscheidenden Verfassungsvorgaben offengelegt werden. Mit dem Versuch, sie zu einer Lehre vom Mischverwaltungsverbot zu verdichten, zwingt man innovative Verwaltungsformen möglicherweise in ein unnötig enges Korsett und gibt zudem Anlass zu dem Missverständnis, das Streben der öffentlichen Gewalt nach angemessenen Formen¹² werde durch das blass werdende Veto einer grauen Theorie behindert. Dass dem nicht so ist, zeigt eine Analyse der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung: Das Gericht hat weder eine Lehre vom Verbot der sog. Mischverwaltung entwickelt, noch je Fälle anhand dieser Lehre gelöst. Entscheidend ist immer die als unverfügbar verstandene grundgesetzliche Kompetenz- und Organisationsordnung. Die darin liegende Befreiung von den Zwängen einer Lehre ist zugleich Hinweis auf die Autorität des angelegten Maßstabs: Ein Beharren auf der kompetenziellen Ordnung des Grundgesetzes ist kein Festhalten an grauer Theorie, sondern Umsetzung des Gesetzesvorbehalts der Verfassung und dient der Sicherung von Demokratieprinzip und Rechtsstaatlichkeit.¹³

II. Das Mischverwaltungsverbot etabliert sich

1. Die ersten Entscheidungen

Den zentralen Grundsatz für die Behandlung von Mischverwaltung liefert das Urteil des Zweiten Senats vom 1. Dezember 1954¹⁴. Darin ist nicht explizit von Mischverwaltung die Rede, der Senat betont aber die Unabdingbarkeit der grundgesetzlichen Kompetenzordnung zwischen Bund und Ländern; selbst eine einvernehmliche Änderung hieran sei grundsätzlich ausgeschlossen.¹⁵

1 Den fehlenden Erfolg dieser Konzeption beklagt *Hans-Günter Henneke*, Hartz IV in der „Überholung“: Die Suche nach klarer Verantwortungszuordnung geht weiter, DÖV 2006, 726 ff.; zu den gesetzgeberischen Motiven im Einzelnen vgl. die Stellungnahme der Bundesregierung im Urteil des BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 und 2 BvR 2434/04, Rn. 85 ff.

2 Vgl. *Kay Ruge/Irene Vorholz*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragestellungen bei der Arbeitsgemeinschaft nach § 44b SGB II, DVBl 2005, 403 ff.; *Hans-Uwe Erichsen/Martin Büdenbender*, Verfassungsrechtliche Probleme staatlich-kommunaler Mischverwaltung, NWVBl 2001, 161 ff.; *Hans-Günter Henneke*, Aufgabenwahrnehmung und Finanzlastverteilung im SGB II als Verfassungsproblem, DÖV 2005, 178 ff.; *ders.*, Kommunale Verfassungsbeschwerden von elf Landkreisen gegen die Hartz IV-Regelung, KWI-Arbeitshefte Nr. 8, S. 41 ff.; *Hans Lühmann*, Verfassungswidrige Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe im SGB II?, DÖV 2004, 677 ff.; *Rüdiger Zuck*, Hartz IV: Alg II = GG Null?, NJW 2005, 649 ff.; BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 (Fn. 1), insbes. Rn. 144 ff.

3 Ausführungen zu dieser Prüfung enthalten die Beiträge von *Zuck* (Fn. 2), NJW 2005, 649 (650); *Ruge/Vorholz* (Fn. 2), DVBl 2005, 403 (407 f.); *Lühmann* (Fn. 2), DÖV 2004, 677 (682 f.); *Erichsen/Büdenbender* (Fn. 2), NWVBl 2001, 161 (164 ff.).

4 *Jakob Kratzer*, Die Bundesoberbehörde, DÖV 1950, 529 (534).
5 Vgl. *Willi Blümel*, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), HdBStR IV, § 101 Rn. 122.

6 Vgl. *Michael Ronellenfötsch*, Die Mischverwaltung im Bundesstaat, Berlin 1975, S. 35, 37.

7 Vgl. nur *Lühmann* (Fn. 2), DÖV 2004, 677 (682); *Blümel* (Fn. 6), § 101 Rn. 122; *Peter Lerche*, in: *Theodor Maunz/Günter Dürig* (Hrsg.), GG, Art. 83 Rn. 84 ff.

8 *Erichsen/Büdenbender* (Fn. 2), NWVBl 2001, 161 (164), unter Verweis auf BVerfGE 63, 1 (38); *Ruge/Vorholz* (Fn. 2), DVBl 2005, 403 (407).

10 *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, § 41 VIII 1, S. 833.

11 Besonders problematisch ist es, den schillernden Begriff des Mischverwaltungsverbots als direkt aus der Verfassung hergeleitet anzusehen und daraus Konsequenzen zu ziehen, so *Zuck* (Fn. 2), NJW 2005, 649 (650).

12 Vgl. zu dem sich daraus ergebenden Spannungsfeld *Udo Di Fabio*, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), HdBStR II, § 27 Rn. 45; vgl. auch *Karl-Heinz Ladeu*, Zur Notwendigkeit einer flexiblen Abstimmung von Bundes- und Landeskompetenzen auf den Gebieten des Telekommunikations- und des Rundfunkrechts, ZUM 1998, 261 (269).

13 Sehr deutlich BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 (Fn. 1), Rn. 157 f.

14 BVerfGE 4, 115 ff.

15 BVerfGE 4, 115 (139). Im konkreten Fall hielt der Senat ein Gesetz für verfassungswidrig, das – mit Zustimmung der Länder – eine starke Kopplung der Landesbesoldung an das lückenlose und verbindliche Bundesbesoldungssystem vorsah. Der Senat sah darin eine unzulässige Einschränkung der gesetzgeberischen Freiheit der Länder.

In der ersten Entscheidung, die explizit von Mischverwaltung spricht – einem Urteil vom 10. Mai 1960¹⁶ – referiert der Erste Senat, was die damals herrschende Meinung unter Mischverwaltung verstand, nämlich eine Verwaltungsorganisation, bei der eine Bundesbehörde einer Landesbehörde übergeordnet ist, oder bei der ein Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden durch Zustimmungserfordernisse erfolgt.¹⁷ Der Einwand der unzulässigen Mischverwaltung bleibt im konkreten Verfahren mangels Betroffenheit der Beschwerdeführer zwar unberücksichtigt, der Senat führt aber aus, warum Mischverwaltung ohnehin nicht vorläge. Dazu stellt er fest, dass dem Bund die Verwaltungskompetenz zugewiesen war. Der durch das Gesetz errichtete Gesamtverband, in dem bundes- und landesunmittelbare Körperschaften zu dem Zweck vertreten waren, einen Ausgleich zwischen einzelnen Familienausgleichskassen herzustellen, leiste – sofern die Bundesregierung einen Verteilungsschlüssel festlege – lediglich technische Koordinierungsarbeit; von einer Mischverwaltung könne daher nicht ausgegangen werden.¹⁸ Maßgeblich ist demnach der Verbleib der Entscheidungskompetenz beim grundgesetzlichen Kompetenzträger; insoweit geht das Urteil nicht über den im Urteil vom 1. Dezember 1954¹⁹ aufgestellten Grundsatz von der Unabdingbarkeit der Kompetenzordnung hinaus.

2. Das verschleppte Missverständnis

In den drei folgenden Entscheidungen entsteht nun, was als das grundsätzliche Verbot der Mischverwaltung rezipiert wurde:

In einem Beschluss vom 21. Oktober 1971²⁰ hält der Zweite Senat eine ihm vorgelegte Norm für verfassungsgemäß; sie verstoße auch nicht gegen den „vom Bundesverfassungsgericht entwickelten allgemeinen Verfassungssatz, dass weder der Bund noch die Länder über ihre im Grundgesetz festgelegten Kompetenzen verfügen können [...] und „dass das Grundgesetz eine sogenannte Mischverwaltung, soweit sie nicht ausdrücklich zugelassen ist, ausschließt“²¹. Der als Beleg angeführte Verweis auf das Urteil vom 1. Dezember 1954²² geht aber hinsichtlich eines sog. Mischverwaltungsverbots ins Leere: Die Textstelle spricht nur von der Unverfügbarkeit der Kompetenzordnung.

In einem Urteil vom 4. März 1975²³ hält der Zweite Senat ein Gesetz (u. a.) unter Verweis auf den dem Bund durch Art. 104a Abs. 4 GG eröffneten Kompetenzrahmen für verfassungsgemäß. Die dort vorgesehene Kompetenz des Bundes beschränke sich auf die Gewährung von Finanzhilfen an die Länder, bei denen ansonsten aber die Investitionsplanungs- und Entscheidungskompetenz verbleibe. Der Senat führt aus: „Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse gleich welcher

Art im Aufgabebereich der Länder, ohne dass die Verfassung dem Bund entsprechende Sachkompetenz übertragen hat, verstoßen gegen das grundgesetzliche Verbot der Mischverwaltung“²⁴. Für dieses Verbot wird auf den Beschluss vom 21. Oktober 1971²⁵ verwiesen und zwar dort auf die Stelle, die auf das Urteil vom 1. Dezember 1954²⁶ verweist, das ja – wie ausgeführt – gar nicht von Mischverwaltung spricht. Nicht ausgeschlossen sei dagegen, dass der Bund – wie hier – „von sich aus die Durchführung einzelner Investitionsvorhaben innerhalb eines mit Bundeszuschüssen geförderten Investitionsbereiches, die er aus gesamtstaatlicher Sicht für erforderlich hält, gegenüber den Ländern anregt und sich gemeinsam mit den Ländern um eine Zusammenfassung der nach Art. 104a Abs. 4 GG geförderten Investitionen mit anderen Förderungsmaßnahmen des Bundes und der Länder bemüht“²⁷.

In einem Beschluss vom 10. Februar 1976²⁸ schließlich erklärt der Zweite Senat ein einmaliges Sonderförderungsprogramm des Bundes für nicht mit der in Art. 104a Abs. 4 GG vorgesehenen Kompetenzverteilung vereinbar. Der Bund hatte für sich in Anspruch genommen, über einzelne Förderungsanträge der Gemeinden selbst zu entscheiden. Mit der Inanspruchnahme einer solchen (Auswahl-)Befugnis verletze der Bund das grundgesetzliche Verbot einer sog. Mischverwaltung, so der Senat²⁹. Für dieses Verbot folgt nun ein Verweis, der über die Entscheidung BVerfGE 39, 96 (120) und E 32, 145 (156) wieder bei der Grundsatzentscheidung vom 1. Dezember 1954 in E 4, 115 (139) endet, die zwar – wie ausgeführt – die Unverfügbarkeit der grundgesetzlichen Kompetenzordnung, nicht aber ein allgemeines Mischverwaltungsverbot statuiert.

3. Zwischenergebnis

Für die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts bis zu diesem Zeitpunkt ist faktisch die Entscheidung vom 1. Dezember 1954 maßgeblich. Das Verfassungsgericht entscheidet Fragen der Kompetenzordnung am Maßstab der einschlägigen Kompetenznormen.³⁰ Planung und Entscheidung müssen beim grundgesetzlichen Kompetenzträger verbleiben.³¹ Das Mischverwaltungsverbot läuft gewissermaßen nebenher: Ist die Kompetenzordnung eingehalten, wurde auch gegen das sog. Mischverwaltungsverbot nicht verstoßen³², wurden Kompetenzen überschritten, ist darin auch ein Verstoß gegen das Mischverwaltungsverbot zu sehen³³.

16 BVerfGE 11, 105 ff.

17 BVerfGE 11, 105 (124). Diese Definition findet sich noch bei *Armin Dittmann*, in: *Michael Sachs* (Hrsg.), GG, Art. 83 Nr. 4, als jedenfalls unzulässige Form der Mischverwaltung.

18 BVerfGE 11, 105 (124 f.).

19 Siehe oben, BVerfGE 4, 115 ff.

20 BVerfGE 32, 145 ff.

21 BVerfGE 32, 145 (156).

22 Verwiesen wird auf BVerfGE 4, 115 (139).

23 BVerfGE 39, 96 ff.

24 BVerfGE 39, 96 (120).

25 Das Urteil verweist auf BVerfGE 32, 145 (156).

26 BVerfGE 4, 115 ff.

27 BVerfGE 39, 96 (121).

28 BVerfGE 41, 291 ff.

29 BVerfGE 41, 291 (311).

30 BVerfGE 4, 115 (135 ff.); 11, 105 (123); 32, 145 (154 ff.); 39, 96 (120 f.); 41, 291 (310 ff.).

31 BVerfGE 39, 96 (120); 41, 291 (311).

32 BVerfGE 32, 145 (156); 39, 96 (121 ff.).

33 BVerfGE 41, 291 (311); ähnlich auch *Frauke Brosius-Gersdorf*, Hartz IV und die Grundsicherung für hilfebedürftige erwerbsfähige Arbeitssuchende, VSSR 2005, 335 (375).

III. Die Entscheidung BVerfGE 63, 1 ff. – Wende oder Klarstellung?

Als „Abkehr vom Dogma der Mischverwaltung“³⁴ wird ein Beschluss des Zweiten Senats vom 12. Januar 1983³⁵ bezeichnet. In ausdrücklichem Anschluss an *Ronellenfitsch*³⁶ stellt der Senat darin klar, dass der Begriff Mischverwaltung kein anerkanntes Rechtsinstitut, sondern vielmehr juristisches Veto und Kampfbegriff³⁷ sei und jedenfalls zur Prüfung, ob ein Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden im konkreten Fall rechtlich zulässig ist, nichts beitrage.³⁸ Das Bundesverfassungsgericht greift dann den Versuch *Ronellenfitschs* auf, eine Definition des Begriffs zu finden, die die rechtliche Beurteilung nicht schon mit einschließe: Demnach sei Mischverwaltung jede funktionelle und organisatorische Verflechtung der Verwaltung von Bund und Ländern³⁹ sowie, unter Hinweis auf *Maunz*⁴⁰, jede Verwaltungstätigkeit, bei der die sachlichen Entscheidungen in einem irgendwie gearteten Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden getroffen werden.⁴¹ Für die Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit eines Zusammenwirkens von Bundes- und Landesbehörden seien die jeweiligen zwingenden Kompetenz- und Organisationsnormen des Grundgesetzes sowie sonstiges entgegenstehende Verfassungsrecht maßgeblich⁴², dafür verweist der Senat auf das Urteil vom 1. Dezember 1954⁴³ sowie auf alle Folgeentscheidungen⁴⁴. Damit wird klar, dass in der vorliegenden Entscheidung eben keine grundsätzliche Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung gesehen werden kann, sondern lediglich von einer begrifflichen Klarstellung bzgl. der Mischverwaltungsrechtsprechung ausgegangen werden muss. Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden wird nach wie vor an den Kompetenz- und Ordnungsnormen der Verfassung gemessen. Für ein Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden freilich, das diese Kompetenznormen unangetastet lasse, bedürfte es keiner besonderen verfassungsrechtlichen Ermächtigung.⁴⁵ Allerdings schließt sich der Senat dem von *Grawert*⁴⁶ entwickelten Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung an, was aber nicht mehr als eine Auslegung des Grundsatzes der Unverfügbarkeit der Kompetenzordnung darstellt. Der Kompetenzträger muss die ihm zugewiesene Verwaltungsaufgabe grundsätzlich durch eigene Verwaltungseinrichtungen – mit eigenen

personellen und sächlichen Mitteln – wahrnehmen.⁴⁷ Das schliesse zwar die Inanspruchnahme der Hilfe – auch einer über den Rahmen einer Amtshilfe hinausgehenden – nicht zuständiger Verwaltungsträger durch den zuständigen Verwaltungsträger nicht schlechthin aus, setze ihr aber Grenzen: „Dem Grundgedanken einer Kompetenznorm, die für eine Materie dem Bund die Verwaltungskompetenz zuordnet, widerspräche es etwa, würden in weitem Umfang Einrichtungen der Landesverwaltung für Zwecke der Bundesverwaltung herangezogen [...] Die Zuhilfenahme landesbehördlicher Einrichtungen für Zwecke einer – verfassungsrechtlich vorgeschriebenen – Bundesverwaltung muss die Ausnahme bleiben. Für das Abgehen von diesem Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung bedarf es eines besonderen sachlichen Grundes. Die Heranziehung an sich unzuständiger Verwaltungseinrichtungen kann nur hinsichtlich einer eng umgrenzten Verwaltungsmaterie in Betracht kommen.“⁴⁸ Der ausdrücklich aufrechterhaltene Grundsatz von der Unverfügbarkeit der Kompetenzordnung wird dadurch konkretisiert.

IV. Der Kontinuitätsbeleg

In einem Beschluss vom 7. Februar 1991⁴⁹ verteidigt der Zweite Senat die Verfassungsgemäßheit eines Gesetzes – das zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (der Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhäusern) unterschiedliche Maßnahmen der verschiedenen Bundes- und Landesverwaltungsträger vorsieht – gegen den Vorwurf der Mischverwaltung. Die kooperativ zu bewältigende Aufgabe sei nämlich durch das Gesetz nicht einer gemeinschaftlichen Organisation übertragen, sondern es lasse sich für jeden Aufgabenteil angeben, ob der Staat oder aber die jeweilige kommunale Körperschaft zuständiger Aufgabenträger sei.⁵⁰

In einem Beschluss des Zweiten Senats vom 28. Januar 1998 hatte die antragstellende Landesregierung eine bundesgesetzliche Regelung als verfassungswidrig reklamiert, die es den Ländern ermöglichte, bisher von ihnen auf dem Wege der Auftragsverwaltung wahrgenommene polizeiliche Aufgaben, der Bundespolizei rückzübertragen. Die Folge, dass bestimmte Aufgaben in einigen Ländern vom Bundesgrenzschutz und in anderen Ländern von der Landespolizei wahrgenommen werden würden, bezeichnete die Landesregierung als unzulässige Mischverwaltung.⁵¹ Dem folgte der Senat nicht. Es gebe keinen verfassungsrechtlichen Grundsatz, wonach der Vollzug von Bundesgesetzen stets einheitlich entweder vom Bund oder von den Ländern ausgeübt werden muss⁵², jedenfalls sofern die zugewiesenen Aufgaben nicht durch die Verfassung einem bestimmten Verwaltungsträger vorbehalten seien.⁵³ Dass der Senat bei seiner Entscheidung den Begriff Mischverwaltung in Anführungszeichen setzt, macht deutlich, dass es sich vorliegend in Wirklichkeit

34 *Josef Isensee*, in: *ders./Paul Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR* IV, § 98 Rn. 183; *Bümel* (Fn. 6), § 101 Rn. 121; *Bernd Holznagel/Marc-Stefan Güge/Pascal H. Schumacher*, Die Zulässigkeit der Übertragung von Landesregulierungsaufgaben im Energiesektor auf die BNetzA, *DVB* 2006, 471 (474).

35 BVerfGE 63, 1 ff.

36 Verweis auf *Ronellenfitsch* (Fn. 7), S. 17.

37 Verweis auf *Stern* (Fn. 10), S. 833.

38 BVerfGE 63, 1 (37 f.).

39 *Ronellenfitsch* (Fn. 7), S. 58.

40 *Theodor Maunz*, in: *ders./Günter Dürig* (Hrsg.), *GG*, Art. 83 Rn. 57.

41 BVerfGE 63, 1 (38).

42 BVerfGE 63, 1 (38).

43 BVerfGE 4, 115 ff.

44 BVerfGE 63, 1 (39).

45 BVerfGE 63, 1 (40).

46 *Rolf Grawert*, *Verwaltungskompetenz zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 1967, S. 195.

47 BVerfGE 63, 1 (41).

48 BVerfGE 63, 1 (41).

49 BVerfGE 83, 363 (377).

50 BVerfGE 83, 363 (377).

51 BVerfGE 97, 198 (208).

52 BVerfGE 97, 198 (227).

53 BVerfGE 97, 198 (217).

nicht um ein Problem der Mischverwaltung handelt, da die Regelung in keinem Fall zu kompetenziellen Überschneidungen führt: Entweder die Länder oder der Bund sind zuständig.⁵⁴

In einem Urteil des Zweiten Senats vom 15. Juli 2003⁵⁵ stellt dieser die Verfassungswidrigkeit von § 50 Abs. 4 TKG 1996 fest. Diese Norm verlagert die Zustimmungszuständigkeit bei der Verlegung neuer Telekommunikationslinien für solche Fälle auf die Regulierungsbehörde, in denen der Wegebausträger – regelmäßig Behörden der Länder und Gemeinden – selbst Lizenznehmer einer Telekommunikationslinie ist oder mit einem Lizenznehmer i. S. d. § 37 Abs. 1 oder 2 GWB zusammengeschlossen ist.⁵⁶ Das Bundesverfassungsgericht sieht in der Regelung ein verfassungswidriges Abweichen von der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern und verweist auf die Entscheidungen E 32, 145 ff. und 39, 96 ff.⁵⁷ Die Kompetenzverteilung nach den Art. 30 und 83 ff. GG sei eine wichtige Ausformung des bundesstaatlichen Prinzips im Grundgesetz und zugleich ein Element zusätzlicher funktionaler Gewaltenteilung.⁵⁸ Die durch die Regelung bewirkte Verlagerung der Verwaltungskompetenz von den zuständigen Ländern auf eine Bundesoberbehörde verletze diese Konzeption. Ausdrücklich stellt der Senat fest, dass die Verwaltung des Bundes und die Verwaltung der Länder organisatorisch und funktionell im Sinne von in sich geschlossenen Einheiten prinzipiell voneinander getrennt seien.⁵⁹ Abweichungen von dieser Kompetenzordnung seien auch mit Zustimmung der Beteiligten nicht zulässig.⁶⁰ Der Senat spricht unter Verweis auf die Entscheidungen E 32, 145 (145) und 39, 96 (120) vom sog. Mischverwaltungsverbot⁶¹ und zeigt damit wieder, dass es sich bei der Entscheidung im 63. Band⁶² keineswegs um eine Rechtsprechungskehrwende gehandelt hat, sondern dass Mischverwaltung nach wie vor nur dann verfassungsgemäß ist, wenn keine zwingenden Kompetenz- und Ordnungsvorschriften entgegenstehen.

Dem eingangs angesprochenen Urteil vom 20. Dezember 2007 lagen die Verfassungsbeschwerden von insgesamt elf Kreisen und Landkreisen zugrunde, die verschiedene Regelungen im Zusammenhang mit der sog. Hartz-IV-Reform als verfassungswidrig reklamieren. Der Zweite Senat hat, wie oben erwähnt, den Beschwerdeführern nur insoweit Recht gegeben, als diese die Verfassungswidrigkeit der in § 44 b SGB II geregelten Arbeitsgemeinschaften rügen. Der Senat macht in dieser jüngsten Entscheidung sehr deutlich, dass der Maßstab der verfassungsrechtlichen Beurteilung die Kompetenzaufteilung nach Art. 83 GG als wichtige Ausformung des bundesstaatlichen Prinzips ist.⁶³ Erneut wird die grundsätzliche Trennung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern betont und es wird der schon im ersten Urteil⁶⁴ aufgestellte

Grundsatz von der unverfügbaren Kompetenzordnung zitiert.⁶⁵ Dass diese Verfassungsgrundsätze sich (auch) gegen politische Kompromisse durchsetzen müssen, liegt im Wesen eines Verfassungsgrundsatzes.⁶⁶ Besonders deutlich stellt das Gericht hier die hinter diesen bekanntem Grundsätzen stehenden Prinzipien heraus: Der Grund für die Unverfügbarkeit der Kompetenzordnung liegt ganz entscheidend im Demokratieprinzip, das eine hinreichend klare Zuordnung der Verwaltungszuständigkeiten erfordert. Der Bürger müsse wissen können, wen er wofür – auch durch Vergabe oder Entzug seiner Wählerstimme – verantwortlich machen könne.⁶⁷

V. Fazit

Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich für die Zulässigkeit eines Zusammenwirkens von Bundes- und Landesbehörden aus dem in der ersten Entscheidung vom 1. Dezember 1954 aufgestellten Grundsatz der Unverfügbarkeit der Kompetenzordnung eine Regel formulieren, die verschiedene Konsequenzen hat.⁶⁸

Der Grundsatz lautet: Die grundgesetzliche Kompetenzordnung der Art. 30 und 83 ff. (die die Verwaltungsräume von Bund und Ländern als organisatorisch und funktionell im Sinne von in sich geschlossenen Einheiten prinzipiell voneinander getrennt ansieht⁶⁹) ist – als eine wichtige Ausformung des bundesstaatlichen Prinzips, Element zusätzlicher funktionaler Gewaltenteilung⁷⁰ und im Hinblick auf das Demokratieprinzip⁷¹ – unabdingbar und auch mit Zustimmung der Beteiligten nicht veränderbar.⁷²

55 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 (Fn. 1), Rn. 152.

56 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 (Fn. 1), Rn. 174 f.; insbes. ist nicht nachvollziehbar, wie der Hinweis auf politische Schwierigkeiten bei der Kompromissfindung die Prüftiefe des BVerfG beeinflussen sollte, vgl. aber die abweichende Meinung der Richter *Broß, Osterloh und Gerhardt*, Rn. 227 f.; zur fehlenden Eignung von Sachzwängen als Rechtfertigung für Einschränkungen des Demokratieprinzips für den Bereich der Kondominalverwaltung vgl. *Matthias Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, Berlin 1993, S. 587 f.

67 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 (Fn. 1), Rn. 157 f.

68 Da die aus den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts exzerpierten Regeln der Lösung konkreter Fälle entspringen, dürfen sie nicht als abschließendes Regelungskonzept verstanden werden; vgl. *Isensee* (Fn. 34), § 98 Rn. 184, der anmerkt, dass das Grundgesetz keine schematische Regelung für alle möglichen institutionellen Verflechtungen enthalte.

69 BVerfGE 108, 169 (182); dies wird auch in der Literatur – soweit ersichtlich – nicht bestritten; vgl. *Dittmann* (Fn. 17), Art. 83 Rn. 4; *Lerche* (Fn. 8), Art. 83 Rn. 84 ff.; *Roman Loeser*, Theorie und Praxis der Mischverwaltung, Berlin 1976, S. 104 ff.; *Isensee* (Fn. 34), § 98 Rn. 179; *Hans-Heinrich Trute*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 83 Rn. 29; *Stefan Koriath*, in: *Theodor Maunz/Günter Dürig*, GG, Art. 30 Rn. 26; *Ladeur* (Fn. 12) spricht von einer grundsätzlich trennscharfen Aufteilung der Verantwortlichkeiten, ZUM 1998, 261 (268); *Ronellenfisch* (Fn. 7), S. 250.

70 BVerfGE 108, 169 (181); *Trute* (Fn. 69), Art. 83 Rn. 32; *Lerche* (Fn. 8), Art. 83 Rn. 110; anders *Ronellenfisch* (Fn. 7), der die Trennung der Verwaltungsräume als bloßes Produkt der Duplizität der Staatsgewalt von Bund und Ländern ansieht, S. 250.

71 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 (Fn. 1), Rn. 158.

72 BVerfGE 4, 115 (139); 108, 169 (182); BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 (Fn. 1), Rn. 152.

54 BVerfGE 97, 198 (227).

55 BVerfGE 108, 169 ff.

56 BVerfGE 108, 169 (180 f.).

57 BVerfGE 108, 169 (182).

58 BVerfGE 108, 169 (181).

59 BVerfGE 108, 169 (182).

60 BVerfGE 108, 169 (182), ohne Verweis auf E 4, 115 (139).

61 BVerfGE 108, 169 (182).

62 BVerfGE 63, 1 f.

63 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 (Fn. 1), Rn. 151.

64 BVerfGE 4, 115 (139).

Daraus folgt die Regel: Der verfassungsrechtlich bestimmte Verwaltungsträger muss die Verantwortung für die ihm zugewiesene Aufgabe ausüben.⁷³ Und es lassen sich verschiedene Konsequenzen daraus ziehen: (1.) Planungs- und Entscheidungsbefugnisse müssen beim Kompetenzträger verbleiben.⁷⁴ (2.) Die zugewiesenen Aufgaben müssen grundsätzlich vom Kompetenzträger in eigener Verantwortung, d. h. mit eigenen personellen und sächlichen Mitteln, wahrgenommen werden.⁷⁵ Ausnahmen hiervon bedürfen eines besonderen sachlichen Grundes – nicht ausreichend sind bloße Zweckmäßigkeitserwägungen⁷⁶ – und können nur hinsichtlich einer eng umgrenzten Teilmaterie in Betracht kommen.⁷⁷ (3.) Bei kooperativ zu bewältigenden Aufgaben muss sich für je-

den Aufgabenteil angeben lassen, wer der zuständige Aufgabenträger ist.⁷⁸

Die Analyse der einschlägigen bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zeigt, dass das Gericht in seiner Entscheidungspraxis nie mit dem Verbot der Mischverwaltung operiert, sondern immer am Maßstab der als unverfügbar verstandenen grundgesetzlichen Kompetenz- und Organisationsordnung (und sonstigem entgegenstehenden Verfassungsrecht) prüft. Dieser Maßstab ist insofern flexibel, als jeweils unterschiedliche Kompetenz- und Organisationsnormen des Grundgesetzes auszulegen sind. Aus den Ergebnissen dieser Rechtsprechung kann folglich keine komplexitätsreduzierende Lehre entwickelt werden. Es bleibt dabei: Der Maßstab zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Verwaltungs Kooperationen ist die Kompetenz- und Organisationsordnung des Grundgesetzes.

73 BVerfGE 11, 105 (125); 39, 96 (122f.); *Lerche* (Fn. 8), Art. 83 Rn. 93, spricht von Einweisung in den Verantwortungsbereich.

74 BVerfGE 39, 96 (120).

75 BVerfGE 63, 1 (41) im Anschluss an *Grawert* (Fn. 46), S. 195; vgl. auch *Trute* (Fn. 69), Art. 83 Rn. 31.

76 BVerfGE 41, 291 (312); 108, 169 (182); *Isensee* (Fn. 34), § 98 Rn. 195.

77 BVerfGE 63, 1 (41); *Lerche* (Fn. 8), Art. 83 Rn. 93.

78 BVerfGE 83, 363 (377); *Dittmann* (Fn. 17), Art. 83 Rn. 5, spricht vom Verbleib der Letztverantwortung des grundgesetzlich zuständigen Verwaltungsträgers auch in der Kooperation.

Das Verbot der Mischverwaltung – de constitutione lata et ferenda

– Zum SGB-II-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Dezember 2007 –

Von Universitätsprofessor Dr. Peter M. Huber, München*

Das SGB-II-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Dezember 2007 bekräftigt die Neuauflage eines grundsätzlichen Verbots der Mischverwaltung und sichert dieses erstmals dogmatisch ab. Damit liegt es ganz auf der Linie der 2006 in Kraft getretenen Föderalismusreform I. Zwar ist noch nicht absehbar, ob sich am Ende, bei der gebotenen Neuregelung der Zuständigkeiten für die Grundsicherung Arbeitssuchender eine kommunalfreundliche, dezentrale Lösung durchsetzen wird, eine zentralistische Lösung in der Hand der Bundesagentur für Arbeit, oder ob die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts durch den berühmten Federstrich des (ver-

fassungsändernden) Gesetzgebers Makulatur werden und die verworfenen Arbeitsgemeinschaften unmittelbar im Grundgesetz verankert werden. Der (verfassungsändernde) Gesetzgeber täte freilich gut daran, sich auf die vorliegende Entscheidung und die ihr zugrunde liegenden Überlegungen einzulassen.

* Anmerkung der Schriftleitung: Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

I. Einleitung

Mit einem Paukenschlag hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts am 20. Dezember 2007 die mit § 44b SGB II im Dezember 2003 eingerichteten Arbeitsgemeinschaften der Bundesagentur für Arbeit und kommunaler Selbstverwaltungsträger wegen Verstoßes gegen Art. 28 Abs. 2 Sätze 1 und 2 i. V. m. Art. 83 GG für verfassungswidrig erklärt. Sie verstießen gegen die Kompetenzordnung des Grundgesetzes und verletzen die Gemeindeverbände (deshalb) in ihrem Anspruch auf eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung;¹ die Vorschrift bleibt allerdings bis zum 31. Dezember 2010 anwendbar, soweit der (verfassungsändernde) Gesetzgeber nicht zuvor eine andere Regelung trifft.

Die – nur von fünf Richtern getragene – Entscheidung ist nicht nur ein schöner (Teil-)Erfolg der klagenden Landkreise, die 2003 in die Arbeitsgemeinschaften mehr oder weniger gezwungen worden waren. Sie ist – anders, als das Sondervotum der Richter *Broß, Osterloh* und *Gerhardt* meint² – ungeachtet einiger Ungereimtheiten in der Begründung³ auch ein Meilenstein in der Dogmatik des deutschen Bundesstaatsrechts, ja sie ist ein „großer Wurf“.⁴ Entsprechend lebhaft sind die Reaktionen in der Fachwelt.⁴

Das gilt vor allem für die Wiederauflage eines grundsätzlichen Verbots der Mischverwaltung (II.) und seine Rück-

bindung an das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip (III.). Von einer rechtspolitischen Warte aus gesehen fügt sich das Urteil zudem in die Grundlinie der Föderalismusreform I ein und flankiert sie gewissermaßen (IV.). Wenn sich für die Kommunen auch nicht allzu viel Honig aus der Entscheidung saugen lässt (V.), so kann sie dem verfassungsändernden Gesetzgeber doch Orientierung vermitteln – bei der Neuregelung der Verwaltungszuständigkeiten für die Grundsicherung von Arbeitssuchenden und darüber hinaus auch bei einer eventuellen Neuordnung der Verwaltungskompetenzen im Rahmen der Föderalismusreform II (VI.).

II. Neuaufgabe des Verbots der Mischverwaltung

Hatte das Bundesverfassungsgericht in den ersten Jahrzehnten seiner Judikatur ein grundsätzliches Verbot der sog. Mischverwaltung angenommen,⁵ so hat es diese Linie später, als der „kooperative Föderalismus“ Hochkonjunktur hatte, relativiert. In dem insoweit als Leitentscheidung dienenden Beschluss zur Betrauung der Bayerischen Versicherungskammer mit der Geschäftsführung der Versorgungsanstalt der deutschen Bezirksschornsteinfegermeister aus dem Jahr 1983 stellt es fest, dass es keinen allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz gebe, wonach Verwaltungsaufgaben ausschließlich vom Bund oder von den Ländern wahrzunehmen sind, sofern nicht ausdrückliche verfassungsrechtliche Regelungen etwas anderes bestimmen. Wörtlich heißt es: „Eine verwaltungsorganisatorische Erscheinungsform ist nicht deshalb verfassungswidrig, weil sie als Mischverwaltung einzuordnen ist, sondern nur, wenn ihr zwingende Kompetenz- und Organisationsnormen oder sonstige Vorschriften des Verfassungsrechts entgegenstehen.“⁶

Diese Linie hat der Senat auch in der Folgezeit beibehalten. Noch im Urteil zum BGSNeuRG vom 28. Januar 1998 ist davon die Rede, dass die partielle Rücknahme von Aufgaben in bundeseigene Verwaltung „entgegen der Auffassung der Antragstellerin – auch nicht zu einer verfassungswidrigen ‚Mischverwaltung‘“ führe. Das Grundgesetz kenne „kein Gebot, wonach der Vollzug von Bundesgesetzen [...] stets einheitlich entweder vom Bund oder von den Ländern ausgeübt werden mußte.“⁷

Zwanzig Jahre später, in der 2003 ergangenen Entscheidung zu § 50 Abs. 4 TKG, taucht das Verbot der Mischverwaltung dagegen wieder auf, und zwar ohne Anführungszeichen. Vielmehr ist ausdrücklich davon die Rede, dass das Grundgesetz „auch eine so genannte Mischverwaltung [ausschließe], soweit sie nicht ausdrücklich zugelassen ist“⁸. Mit der SGB-II-Entscheidung bekräftigt das Bundesverfassungsgericht nun diese abermalige Kurskorrektur,⁹ und zwar mit einem Argumentationsaufwand, der alle vorhergehenden Entscheidungen bei weitem

1 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris = DVBl 2008, 5 ff. = NVwZ 2008, 183 ff. = Der Landkreis 2008, 5 ff.

2 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris, Rz. 225 ff.

3 Kritisch *St. Koriath*, Leistungsträgerschaft und Kostentragung bei der Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II) – Aufgabenwahrnehmung aus „einer Hand“ zwischen reformiertem Grundgesetz und Bundesverfassungsgericht, DVBl 2008, 812 (814f.).

4 *H.-G. Henneke*, Arge-Regelungsprobleme: Wege zu einer verfassungskonformen SGB II-Organisation, Der Landkreis 2008, 163 ff.; *ders.*, Ist die dauerhafte Ausweitung des Optionsmodells nach § 6a SGB II verfassungsrechtlich untersagt?, Der Landkreis 2008, 113 ff.; *ders.*, Hat das BVerfG die Trägerschaft im SGB II durch die Bundesagentur einerseits und die Kommunen andererseits bestätigt?, Der Landkreis 2008, 167 ff.; *ders.*, Stärkung der Ebenenverantwortung oder Eröffnung von Umgehungsstrategien, Der Landkreis 2008, 196 ff.; *ders.*, Die Kommunen in den Föderalismusreformen I und II, VBilBW 2008, 241 ff.; *ders.*, Der Bund und die Kommunen – Aufgaben und Finanzbeziehungen zu den Beispielen SGB II, SGB VIII und SGB XII, NdsVBl 2008, 1 ff.; *Koriath* (Fn. 3), DVBl 2008, 812 ff.; *M. Mempel*, Quo vadis, Hartz IV? – Handlungsoptionen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur SGB II-Organisation vom 20. Dezember 2007, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit (ArchSozArb) 2008, 114 ff.; *A. v. Mutius/F. v. Mutius*, Grundsicherung für Arbeitssuchende unter einem Dach – Zur Neustrukturierung der SGB II-Verwaltung ohne Grundgesetzänderung, KommJur 5 (2008), 201 ff.; *K. Peters*, Bundesverfassungsgericht erklärt ARGEn für verfassungswidrig, NDV 2008, 53 f.; *E.E. Schnapp*, Mischverwaltung im Bundesstaat nach der Föderalismusreform, Jura 2008, 241 ff.; *D. B. Trapp*, Die Kontinuität der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur sog. Mischverwaltung, DÖV 2008, 277 ff.; *Chr. Waldhoff*, „Hartz IV“ vor dem Bundesverfassungsgericht – die Selbstverwaltung der Kreise zwischen eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung und verfassungswidriger Mischverwaltung, ZSE 6 (2008), 57 ff.; *A. Schwendy*, Die Zukunft von Hartz IV: Chance zur Stärkung der Kommunalpolitik, Theorie und Praxis der Sozialen Arbeit 2008, 205 ff.

5 BVerfGE 4, 115 (139); 11, 105 (124); 32, 145 (156); 39, 96 (120); *P. M. Huber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1997, S. 65.

6 BVerfGE 63, 1 (38).

7 BVerfGE 97, 198 (227).

8 BVerfGE 108, 169 (182) – § 50 Abs. 4 TKG.

9 Anderer Ansicht *Trapp* (Fn. 4), DÖV 2008, 277 (281f.).

übertrifft. Das allein macht sie zur neuen Leitentscheidung für diese Frage:

„Die Kompetenzaufteilung nach Art. 83 GG ist eine wichtige Ausformung des bundesstaatlichen Prinzips des Grundgesetzes und dient dazu, die Länder vor einem Eindringen des Bundes in den ihnen vorbehaltenen Bereich der Verwaltung zu schützen [...]. Die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern sind grundsätzlich getrennt und können selbst mit Zustimmung der Beteiligten nur in den vom Grundgesetz vorgesehenen Fällen zusammengeführt werden. Zugewiesene Zuständigkeiten sind mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrzunehmen. Ausnahmen hiervon sind nur in seltenen Fällen und unter engen Voraussetzungen zulässig. Diese Grundsätze gelten auch für das Verhältnis von Bund und Kommunen [...].“

Die Verwaltung des Bundes und die Verwaltung der Länder, zu denen auch die Kommunen gehören, sind organisatorisch und funktionell im Sinne von in sich geschlossenen Einheiten prinzipiell voneinander getrennt [...]. Die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern sind in den Art. 83 ff. GG erschöpfend geregelt und grundsätzlich nicht abdingbares Recht [...]. Bund und Länder dürfen von der in diesen Bestimmungen vorgeschriebenen ‚Verwaltungsordnung‘ nicht abweichen. Es gilt der allgemeine Verfassungssatz [...], dass weder der Bund noch die Länder über ihre im Grundgesetz festgelegten Kompetenzen verfügen können; Kompetenzverschiebungen zwischen Bund und Ländern sind selbst mit Zustimmung der Beteiligten nicht zulässig [...].

Der Spielraum bei der organisatorischen Ausgestaltung der Verwaltung findet in den Kompetenz- und Organisationsnormen der Art. 83 ff. GG seine Grenzen [...]. Aus dem Normgefüge der Art. 83 ff. GG folgt, dass Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse gleich welcher Art im Aufgabenbereich der Länder, wenn die Verfassung dem Bund entsprechende Sachkompetenzen nicht übertragen hat, durch das Grundgesetz ausgeschlossen sind [...]. *Das Grundgesetz schließt, von begrenzten Ausnahmen abgesehen, auch eine so genannte Mischverwaltung aus.*¹⁰

Man kann dies mit der Mehrheit des Senats, die sich mehrfach ausdrücklich auf die „Schornsteinfeger-Entscheidung“ von 1983 beruft, als kontinuierliche Fortschreibung einer gefestigten Rechtsprechung ausgeben.¹¹ In der Tat steht auch für die Zukunft kein striktes Verbot der Mischverwaltung zu besorgen, weil die Regelungen der Art. 83 ff. GG nach Auffassung des Gerichts erkennen ließen, dass die Verwaltungsbereiche von Bund und Ländern in der Verfassung nicht starr voneinander geschieden seien und ein Zusammenwirken von Bund und Ländern in vielfältiger Form vorgesehen sei:

„Innerhalb des durch die Art. 83 ff. GG gezogenen Rahmens ist eine zwischen Bund und Ländern aufgeteilte Verwaltung deshalb zulässig [...]. 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.“¹²

Ein Beleg für Kontinuität ist das jedoch nicht. Denn es kann – wie auch der Vergleich mit der Kritik des Sondervotums deutlich macht¹³ – einen grundlegenden Richtungswechsel bedeuten, wenn sich der Bezugsrahmen einer Rechtsfigur ändert. So liegen die Dinge hier: Ging das Gericht seit 1983 davon aus, dass eine Mischverwaltung erlaubt ist, solange ihr nicht zwingende verfassungsrechtliche Gründe entgegenstehen, so gilt nun (wieder) ein grundsätzliches Verbot, sofern die sog. Mischverwaltung nicht in begrenzten Fällen ausnahmsweise zugelassen ist.

Eine solche Ausnahme lag mit Blick auf die Arbeitsgemeinschaften jedoch nicht vor,¹⁴ weder hinsichtlich der einheitlichen Entscheidung beider Träger der Grundversicherung¹⁵ noch für die Beschränkung der Personalhoheit,¹⁶ den Verzicht auf Steuerungsinstrumente im Konfliktfall¹⁷ oder die mehrfache, nicht voneinander abgegrenzte Regelung der Aufsicht.¹⁸ Dass die Senatsmehrheit hier den vom Sondervotum favorisierten Weg einer restriktiven verfassungskonformen Auslegung¹⁹ nicht beschritten hat, überzeugt. Denn auf diese Weise hätte den hinter dem grundsätzlichen Verbot der Mischverwaltung stehenden Grundentscheidungen der Verfassung nicht Rechnung getragen werden können.

III. Dogmatische Einordnung des Verbots der Mischverwaltung

Der mit Abstand wichtigste „Fortschritt“ dieser Entscheidung beruht jedoch auf dem Umstand, dass sie das Problem der Mischverwaltung nicht mehr bloß aus der Gesamtschau mehr oder weniger formaler und technokratischer Regeln angeht, was – je nach Standpunkt und Blickwinkel – unterschiedliche Wertungen erlaubt, sondern dass sie die Verflechtung von Entscheidungszuständigkeiten an materiell-rechtliche Grundsätze und Prinzipien der Verfassung anzubinden versucht. Das grundsätzliche Verbot der Mischverwaltung wird dadurch nicht nur „veredelt“, sondern gewinnt materiell-rechtliche Sub-

12 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris, Rz. 151 ff.

13 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris, Rz. 225 mit Bezugnahme auf die Erfordernisse eines „lebendigen Föderalismus“.

14 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris, Rz. 178 ff.; einheitliche Entscheidung beider Träger der Grundversicherung; Rz. 181 ff.; Beschränkung der Personalhoheit; Rz. 184 ff.; Verzicht auf Steuerungsinstrumente eines der Träger im Konfliktfall; Rz. 189 ff.; mehrfache, nicht voneinander abgegrenzte Regelung der Aufsicht.

15 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris, Rz. 178 ff.

16 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris, Rz. 181 ff.

17 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris, Rz. 184 ff.

18 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris, Rz. 189 ff.

19 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris, Rz. 213 ff.

10 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris, Rz. 151 ff. (Hervorhebung vom Verfasser).

11 In diesem Sinne auch *Trapp* (Fn. 4), DÖV 2008, 277 ff.

stanz, so dass auch zulässige Verflechtungen als regelwidrige Einschränkung oder Relativierung grundlegender Verfassungsentscheidungen eingeeordnet werden können.

1. Rechtsstaatlichkeit

Eine Wurzel dieses anspruchsvoll konzipierten grundsätzlichen Verbots der Mischverwaltung ist der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Trennung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern gewährleiste, so der Senat, „durch eine klare und auf Vollständigkeit angelegte Zuordnung von Kompetenzen die Verantwortlichkeit der handelnden Staatsorgane“:

„Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber auch bei der Bestimmung von Verwaltungszuständigkeiten die rechtsstaatlichen Grundsätze der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit [...] zu beachten, die Länder vor einem Eindringen des Bundes in den ihnen vorbehaltenen Bereich der Verwaltung zu schützen und eine Aushöhlung des Grundsatzes des Art. 30 GG zu verhindern [...]. Aus Sicht des Bürgers bedeutet rechtsstaatliche Verwaltungsorganisation [...] zuallererst Klarheit der Kompetenzordnung; denn nur so wird die Verwaltung in ihren Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten für den einzelnen ‚greifbar‘“²⁰.

2. Demokratieprinzip

Die zweite, nicht minder wichtige Wurzel ist das Demokratieprinzip.²¹ Demokratie und Volkssouveränität statuieren in dem repräsentativ-parlamentarischen System des Grundgesetzes²² nicht nur Zurechnungsfiktionen und stellen nicht nur formale Mindestanforderungen an die Legitimationskette zwischen dem Volk und den handelnden Staatsorganen;²³ sie sind vielmehr (optimierungsbedürftige) Rechtsprinzipien, die ihren praktischen Niederschlag in der Verfassungswirklichkeit finden müssen.²⁴

Die Wahlen zum Bundestag und zu den Landtagen erschöpfen sich deshalb nicht in der Kreation dieser (Verfassungs-)Organe, sondern besitzen eine real- wie personalplebiszitäre Dimension, die sie als „Surrogat der unmittelbaren Demokratie im Flächenstaat“²⁵ erscheinen lässt. Im Wahlakt trifft der Staatsbürger – verfassungsrechtlich wie politikwissenschaftlich gesprochen – die Entscheidung für ein bestimmtes Programm in personeller wie inhaltlicher Hinsicht und damit auch für die

politische Grobrichtung, für die die von ihm gewählte Partei aus seiner Sicht zu stehen scheint.

Voraussetzung für die Vermittlung effektiver demokratischer Legitimation in der repräsentativen Demokratie ist daher, dass das Parlament über hinreichende Kompetenzen verfügt, um die im Wahlakt getroffene Richtungsentscheidung der Bürger auch in die Tat umzusetzen.²⁶ Das gilt für den Bundestag wie für die Landtage. Das Demokratieprinzip widerstreitet deshalb Entwicklungen und Zuständen, in denen Wahlen und Abstimmungen zum inhaltslosen Ritual degenerieren, weil mit ihnen nicht auf politisch-inhaltliche Gestaltungsspielräume Einfluss genommen werden kann.²⁷

Berücksichtigt man, dass mit der Wahl des Bundestags der weitaus überwiegende Teil der legislativen, mit der Wahl der Landtage der größte Teil der exekutivischen staatlichen Maßnahmen legitimiert wird,²⁸ so liegt es auf der Hand, dass jede Beschränkung ihrer Steuerungsmöglichkeiten das demokratische Legitimationsniveau senkt. Politikverflechtung stellt sich deshalb als Demokratieproblem dar, soweit sie dazu führt, dass der Auftrag des Wählers auf Bundes- oder Landesebene relativiert und konterkariert wird.²⁹ Das hat auch das Bundesverfassungsgericht gesehen und im Hinblick auf die Verwaltungskompetenzen festgestellt:

„Eine hinreichend klare Zuordnung von Verwaltungszuständigkeiten ist vor allem im Hinblick auf das Demokratieprinzip erforderlich, das eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswältern fordert und auf diese Weise demokratische Verantwortlichkeit ermöglicht [...]. Demokratische Legitimation kann in einem föderal verfassten Staat grundsätzlich nur durch das Bundes- oder Landesvolk für seinen jeweiligen Bereich vermittelt werden [...]. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist zwar nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns entscheidend, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau [...]. Daran fehlt es aber, wenn die Aufgaben durch Organe oder Amtswalter unter Bedingungen wahrgenommen werden, die eine klare Verantwortungszuordnung nicht ermöglichen. Der Bürger muss wissen können, wen er wofür – auch durch Vergabe oder Entzug seiner Wahlstimme – verantwortlich machen kann.“³⁰

Vor diesem Hintergrund ist es nur konsequent, wenn das Mehrheitsvotum dem grundsätzlichen Verbot der Mischverwaltung die Verpflichtung entnimmt, dass „der Verwaltungsträger, dem durch eine Kompetenzzorm des Grundgesetzes Verwaltungsaufgaben zugewiesen worden

20 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris, Rz. 156 f.

21 Grundlegend zur verfassungsrechtlichen Relevanz von Politikverflechtung *P.M. Huber*, Deutschland in der Föderalismusfrage?, 2003, S. 14 ff.; *ders.*, Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?, Gutachten D, 65. DJT, 2004, D 33 ff.

22 Für die anderen Mitgliedstaaten der EU gilt Entsprechendes, *K. P. Sommermann*, Demokratiekonzepte im Vergleich, in: *Bauer/Huber/ders.* (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 191 (219).

23 Siehe dazu auch BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris, Rz. 158, unter Berufung auf BVerfGE 47, 253 (275); 52, 95 (130); 77, 1 (40); 83, 60 (72 f.); 93, 37 (66 f.).

24 Zum Charakter von Art. 20 Abs. 1 und 2 GG als Rechtsprinzip *S. Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008.

25 *P. Badura*, in: *Bonner Kommentar* (Drittbearb., 2008), GG, Art. 38 Rn. 40; *ders.*, Parlamentarismus und parteienstaatliche Demokratie, FS für Michaelis, 1972, S. 9 (22).

26 BVerfGE 89, 155 (171 f., 182); *P. Kirchhof*, Das Parlament als Mitte der Demokratie, in: FS für Badura, 2004, S. 237 (242 f.); *W. Kluth*, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, 1995, S. 61; *K. P. Sommermann*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), GG, Bd. II, 5. Aufl. 2005, Art. 20 Abs. 1 Rn. 95.

27 *Huber* (Fn. 21), D 34.

28 *P. M. Huber*, Recht der Europäischen Integration, 2. Aufl. 2002, § 4 Rn. 50.

29 *P. M. Huber*, Deutschland in der Föderalismusfrage?, S. 15; *ders.* (Fn. 21), D 35; *P. Kirchhof*, Das Parlament als Mitte der Demokratie, S. 237 (244).

30 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris, Rz. 158 f.

sind, [...] diese Aufgaben grundsätzlich durch eigene Verwaltungseinrichtungen, also mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrzunehmen“ hat.

„Der Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung schließt zwar die Inanspruchnahme der „Hilfe“ – auch soweit sie sich nicht auf eine bloße Amtshilfe im Einzelfall beschränkt – nicht zuständiger Verwaltungsträger durch den zuständigen Verwaltungsträger nicht schlechthin aus, setzt ihr aber Grenzen: Von dem Gebot, die Aufgaben eigenverantwortlich wahrzunehmen, darf nur wegen eines besonderen sachlichen Grundes abgewichen werden. Dem Grundgedanken einer Kompetenznorm (wie auch der finanziellen Lastenaufteilung zwischen Bund und Ländern) widerspräche es, wenn in weitem Umfang Einrichtungen der Landesverwaltung für Zwecke der Bundesverwaltung herangezogen würden [...] Daher kann die Heranziehung an sich unzuständiger Verwaltungseinrichtungen nur hinsichtlich einer eng umgrenzten Verwaltungsmaterie in Betracht kommen [...] und ist an besondere Voraussetzungen gebunden.“³¹

Ein rechtsstaatlich und demokratisch verankertes grundsätzliches Verbot der Mischverwaltung zwingt zu klaren und damit notgedrungen auch schematischen Lösungen. Es zwingt auch zu einer weitgehenden Normierung von Zuständigkeitszuweisungen, Verfahren und Aufsichtsrechtsverhältnissen. Man mag dies aus der Perspektive der Akteure bedauern und mit dem Sondervotum als einem „lebendigen Föderalismus“ abträglich kritisieren. Dabei sollte freilich nicht übersehen werden, dass dieser „lebendige Föderalismus“ typischerweise in der Gängelung nachgeordneter Ebenen durch diejenigen besteht, die sich „die Anziehungskraft des größeren Etats“ zu nutzen machen können, und dass dem (mündigen) Bürger durch derartige Verflechtungen wenig gedient ist – weder aus der rechtsstaatlichen Perspektive des Rechtsschutzes noch aus der demokratischen Perspektive von Partizipation, Legitimation und Steuerung.³² Gesetzliche Normierung schafft hingegen Transparenz, und das ist gut so!

IV. Kompatibilität mit den Leitgedanken der Föderalismusreform I

Auch wenn dies kein Maßstab für (verfassungs-)richterliche Rechtsfindung ist, so passt das „SGB-II-Urteil“ doch auch unter rechtspolitischem Blickwinkel in die Zeit.³³ Die am 1. September 2006 in Kraft getretene Föderalismusreform I folgte bekanntlich dem Leitgedanken, für eine klarere Trennung der Zuständigkeiten von Bund, Ländern und Kommunen zu sorgen,³⁴ und hat dies jeden-

falls im Ansatz auch eingelöst. Seitdem zeichnet sich so etwas wie eine „Konzeption“ bei der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern ab, die mehr ist als die bloße Fixierung dessen, was politisch erreichbar ist: Der Bund ist im Wesentlichen für die Außenvertretung zuständig sowie für die ihrer Natur nach überregionalen Angelegenheiten, weil beide die Leistungsfähigkeit der Länder a priori übersteigen. Die Länder genießen dagegen weitgehende Autonomie bezüglich ihres Selbstorganisationsrechts und besitzen die Zuständigkeiten für typischerweise regionale Angelegenheiten sowie für Bildung und Kultur. Das kann – mit Einschränkungen – als Ausdruck einer letztlich auf dem Subsidiaritätsprinzip aufbauenden Kompetenzverteilung begriffen werden, was in besonderer Weise auch für die Verwaltungszuständigkeiten gilt. Namentlich lässt die mit der Änderung der Art. 84 und Art. 85 GG verbundene Reduzierung der Ingegnenmöglichkeiten des Bundes die mit einem dezentralen Vollzug verbundenen Vorteile für den Bürger wieder besser zur Geltung kommen: sie erhöht das Partizipations- und Legitimationsniveau und ermöglicht eine effektive, den individuellen Gegebenheiten und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in besonderer Weise verpflichtete Vollzugskontrolle. Das dient nicht nur der Freiheitssicherung; auf dieser Grundlage kann auch das demokratische Prinzip auf Landesebene an Substanz gewinnen.

Diesen vom verfassungsändernden Gesetzgeber ermöglichten Fortschritt rundet das vom Bundesverfassungsgericht neu vermessene grundsätzliche Verbot der Mischverwaltung ab. Es ist zwar nicht der Schlussstein bei der Rekonstruktion des deutschen Bundesstaates; ein wichtiger Eckstein aber ist es durchaus.

V. Ertrag für die Kommunen

1. Begrenzter Prüfungsmaßstab des Art. 28 Abs. 2 GG

Für die Kommunen hält das „SGB-II-Urteil“ zumindest ein wenig Hoffnung bereit. Immerhin erkennt der Senat erstmals an, dass nicht nur in der Entziehung,³⁵ sondern auch in der Auferlegung neuer Aufgaben ein Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG liegen kann.³⁶ Im Übrigen aber betont er die Mediatisierung der Kommunen durch die Länder und schiebt ihrer weiteren Emanzipation als „dritte Ebene“ des Bundesstaates einen deutlichen Riegel vor.³⁷ Auch verwirft er das Ansinen, Art. 28 Abs. 2 GG zu einem Recht auf „Freiheit vor gesetzwidrigem Zwang“ auszubauen und die Berührung der Selbstverwaltungsgarantie zum Anlass einer allgemeinen Verfassungsmäßigkeitskontrolle zu nehmen. Insofern bleiben zwischen dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)³⁸ und der institutionellen Garantie des Art. 28 Abs. 2 Sätze 1 und 2 GG doch

31 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris, Rz. 160 f.

32 Zur Verankerung beider Perspektiven am Beispiel der Unterscheidung von Aufsicht und Überwachung P. M. Huber, Überwachung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, § 45 Rn. 31 i.E.

33 Ange deutet bei Koriath (Fn. 3), DVBl 2008, 812 (815 f.), mit kritischer Tendenz.

34 Siehe insoweit auch Gutachten und Berichte zum 65. DJT, 2004 von P. M. Huber, Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?, Gutachten D, sowie die

Berichte von A. Janssen, Referat, P 9 ff.; H. Meyer, Referat, P 53 ff. und St. Koriath, Referat P 89 ff., in: Bd. II/1, 2004.

35 Dazu BVerfGE 79, 127 ff. – Rastede.

36 Henneke (Fn. 4), Der Landkreis 2008, 196.

37 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris, Rz. 151 f.

38 BVerfGE 6, 32 ff.

erhebliche Unterschiede.³⁹ Die bundesrechtliche Aufgabenzuweisung in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II bleibt damit unbeanstandet.

2. Das Durchgriffsverbot als Konkretisierung von Art. 28 Abs. 2 GG

Für die Zukunft deutet der Senat jedoch an, dass sich die in der „SGB-II-Entscheidung“ geübte Zurückhaltung beim Kontrollzugriff mit Blick auf das 2006 in das Grundgesetz aufgenommenen Durchgriffsverbot ändern könnte. Da das Gericht die Feststellung, dass Art. 84 Abs. 1 GG a.F. keine Konkretisierung von Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG enthalten habe, damit begründet, dass dieser, anders als Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG n.F., kein absolutes Verbot der Aufgabenzuweisung auf die kommunale Ebene kannte, darf man wohl folgern, dass das Durchgriffsverbot der Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG und Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG die insoweit erforderliche Konkretisierung nun enthält und seine Verletzung deshalb auch mit der Kommunalverfassungsbeschwerde angegriffen werden kann.⁴⁰

Freilich besitzt das Durchgriffsverbot zwei offene Flanken:

Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Föderalismusreform am 1. September 2006 bestehende Aufgabenzuweisungen bleiben von dieser Neuregelung unberührt. Gem. Art. 125a Abs. 1 Sätze 1 und 2 GG gelten sie als Bundesrecht fort, können aber durch Landesrecht ersetzt werden. Vor diesem Hintergrund kann der Bundesgesetzgeber Mehrbelastungen der Kommunen auch durch die Verschärfung bestehender Anforderungen verursachen,⁴¹ denn er bleibt aufgrund seiner Sachkompetenz jedenfalls hinsichtlich des materiellen (Bundes-)Rechts änderungsbefugt. Im Einklang mit der Gesetzesbegründung⁴² wer-

den Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG und Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG deshalb auf die Übertragung qualitativ neuer Aufgaben beschränkt, so dass eine nur quantitative Aufgabervermehrung von ihnen nicht erfasst wird.⁴³

„Forderungen, den neuen Artikel 84 Abs. 1 Satz 7 GG in der Begründung dahingehend zu erläutern, dass dem Bund künftig auch eine Erweiterung bestehender Aufgaben verwehrt sein sollte, wurde im Gesetzgebungsverfahren nicht entsprochen. Vielmehr ist an die zum bisherigen Artikel 84 Abs. 1 GG bekannte Unterscheidung zwischen der rein quantitativen Vermehrung bereits bestehender Aufgaben und der Übertragung neuer Aufgaben [...] anzuknüpfen.“

Nach der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Festlegung des Aufgabenkreises einer Behörde qualitativ zu sehen; rein quantitative Vermehrungen bereits bestehender Aufgaben greifen nicht in den Ländern vorbehaltenen Bereich ein (BVerfG, Beschluss vom 8. April 1987, Az.: 2 BvR 909/82). Dementsprechend ist auch für den neuen Artikel 84 Abs. 1 Satz 7 GG zwischen einer (unzulässigen) Übertragung qualitativ neuer Aufgaben und einer zulässigen quantitativen Vermehrung bestehender Aufgaben zu unterscheiden. Hierfür spricht auch, dass andernfalls dem Bundesgesetzgeber jede gesetzgeberische Modifikation bestehender kommunaler Aufgaben versagt und damit eine Versteinerung des insoweit bereits geltenden Rechts zu besorgen wäre.⁴⁴

Dem wird zwar entgegengehalten, dass eine Paralyse der Bundesebene im Kontext von Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG und Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG nicht zu besorgen sei, weil der Bund aufgrund seiner fortbestehenden Sachkompetenz nach wie vor regelungsbefugt bleibe, ihm lediglich der Durchgriff auf die kommunale Ebene verwehrt würde.⁴⁵ Dieser Einwand versucht jedoch, ergebnisorientiert, die sachlich zusammenhängenden Fragen der Sachkompetenz und des Durchgriffs künstlich zu trennen und kann daher nicht überzeugen. Würde das Durchgriffsverbot nämlich auch dort greifen, wo die Kommunen bereits durch Bundesrecht zum Vollzug bundesgesetzlich definierter Verwaltungsaufgaben berufen sind, bedürfte es für jede inhaltliche Modifizierung des Bundesrechts entsprechender organisatorischer Regelungen auf Landesebene. Damit wäre die „Versteinerung“ des geltenden Bundesrechts vorprogrammiert. Das ist nicht gewollt. Vor diesem Hintergrund überzeugt es, die – der Rechtsprechung zu Art. 84 Abs. 1 GG a.F. zugrunde liegende – Differenzierung zwischen einer unzulässigen Übertragung qualitativ neuer Aufgaben und einer zulässigen quantita-

terling, Das Aufgabenübertragungsverbot nach Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG, Der Landkreis 2007, 56 ff.

39 Kritisch zum Prüfungsmaßstab Koriath (Fn. 3), DVBl 2008, 812 (813 f.).

40 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, juris, Rz. 135 f.

41 H.-D. Jarass/B. Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 84 Rn. 7; H. Schmid/R. Wiesner, Die Kinder- und Jugendhilfe und die Föderalismusreform, Teil 2, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZJK) 2006, 449 (451 f.); C. Zieglermeier, Das strikte Konnexitätsprinzip am Beispiel der Bayerischen Verfassung, NVwZ 2008, 270 (271); Ferner T. Groß, in: *Frauß/Höfling* (Hrsg.), GG, Stand: 2008, Art. 84 Rn. 22, für nicht wesentliche Verschärfungen. Ferner I. Kesper, Reform des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, NdsVBl 2006, 145 (154); a. A. M. Burgi, Künftige Aufgaben der Kommunen im sozialen Bundesstaat, DVBl 2007, 70 (76 f.); H.-G. Henneke, Die Kommunen in der Föderalismusreform, DVBl 2006, 867 (869 ff.); ders. (Fn. 4), NdsVBl 2008, 1 (3 ff.); ders., in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf* (Hrsg.), GG, 11. Aufl. 2008, Art. 84 Rn. 25 ff.; F. Schoch, Verfassungswidrigkeit des bundesgesetzlichen Durchgriffs auf die Kommunen, DVBl 2007, 261 (263 ff.). Offen gelassen bei W. Durner, Das Konnexitätsprinzip des Art. 83 Abs. 3 BV und das Abstimmungsverhalten der Staatsregierung im Bundesrat, BayVBl 2007, 161 (162); B. Kaplonek, Zur Anwendung von Art. 85 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 SächsVerf., SächsVBl 2007, 277 (283).

42 Anders H.-G. Henneke, Verpflichtung der Kommunen zur Ausführung neuer oder erweiterter Sozialleistungstatbestände durch den Bund?, ZG 2007, 21 (26 ff.). Siehe dazu ders. (Fn. 4), VBilw 2008, 241 (243 f., 245). Ausführlich zur Entstehungsgeschichte ders., Durch Bundesgesetze dürfen Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben nicht übertragen werden, NdsVBl 2007, 57 (58 ff.). Siehe auch W. För-

43 Jarass/Pieroth (Fn. 41), Art. 84 Rn. 7; Zieglermeier (Fn. 41), NVwZ 2008, 270 (271); Groß (Fn. 41), Art. 84 Rn. 22, differenziert zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Änderungen. Siehe auch Kesper (Fn. 41), NdsVBl 2006, 145 (154).

44 Siehe die Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage, BT-Drs. 16/3971, S. 7; ferner BT-Drs. 16/3989, S. 2. Siehe ferner C. Mauwald, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf* (Hrsg.), GG, 11. Aufl. 2008, Art. 125a Rn. 3.

45 Siehe nur Henneke (Fn. 4), NdsVBl 2008, 1 (3 ff.), unter Berufung auf Burgi (Fn. 41), DVBl 2007, 70 (77); Henneke (Fn. 42), NdsVBl 2007, 57 (66).

tiven Vermehrung bestehender Aufgaben auch auf das Verhältnis zwischen Bund und Kommunen zu übertragen und Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG entsprechend restriktiv auszulegen.⁴⁶

Ein anderes Problem betrifft dagegen die Frage, ob der Bund trotz der Einführung des Durchgriffsverbots und der den Ländern eingeräumten Ersetzungsbefugnis (Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG) bestehende Aufgabenzuweisungen an die Kommunen modifizieren kann. Das ist umstritten,⁴⁷ im Ergebnis jedoch zu bejahen. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat diese Frage in seiner „SGB-II-Entscheidung“ offen gelassen. In einem obiter dictum qualifiziert er Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG zwar als „absolutes Verbot der Aufgabenzuweisung auf die kommunale Ebene“, führt im Übrigen jedoch aus:

„Soweit die Beschwerdeführer darauf verweisen, dass die nach ihrer Auffassung verfassungswidrige Aufgabenzuweisung nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II in der Zukunft eine Erweiterung durch Bundesgesetz ermögliche und die Beschwerdeführer dem schutzlos ausgeliefert seien, werfen sie Fragen namentlich des Übergangsrchts des Art. 125a GG auf, die in diesem Verfahren zu klären kein Anlass besteht.“⁴⁸

Auch die Gesetzesbegründung zur Föderalismusreform spricht davon, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Ersetzungsbefugnis des Art. 125a Abs. 2 GG a.F.⁴⁹ auf die vorliegende Konstellation übertragen werden könne.⁵⁰ Diese billigt dem Bundesgesetzgeber in Materien, in denen eine bundesrechtliche Regelung nicht mehr erforderlich i. S. v. Art. 72 Abs. 2 GG ist, bekanntlich eine Änderungskompetenz zu, da es „keine Anhaltspunkte dafür [gibt], dass der verfassungsändernde Gesetzgeber [...] einen Stillstand im Bereich der [...] Gesetzgebung und damit eine Versteinierung einer

einmal geschaffenen Rechtslage in Kauf genommen hat oder hat verursachen wollen.“⁵¹ Diese Änderungskompetenz ist allerdings „eng auszulegen und an die Beibehaltung der wesentlichen Elemente der in dem fortbestehenden Bundesgesetz enthaltenen Regelung geknüpft. Eine grundlegende Neukonzeption ist dem Bund verwehrt“.⁵² Das bedeutet im Ergebnis freilich, dass vorbehaltlich einer Ersetzung durch Landesrecht bundesgesetzliche Aufgabenzuweisungen an die Kommunen in begrenztem Umfang weiterhin durch Bundesgesetz modifiziert und ausgedeutet werden können.

VI. Die „SGB-II-Entscheidung“ als Leitlinie für den verfassungsändernden Gesetzgeber

Zwar ist noch nicht absehbar, ob sich am Ende, bei der gebotenen Neuregelung der Zuständigkeitsregelungen für die Grundsicherung Arbeitssuchender bis Ende 2010, eine kommunalfreundliche, dezentrale Lösung durchsetzen wird, eine zentralistische Lösung in der Hand der Bundesagentur für Arbeit,⁵³ oder ob die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts durch den berühmten Federstrich des (verfassungsändernden) Gesetzgebers Makulatur werden wird und die soeben verworfenen Arbeitsgemeinschaften unmittelbar im Grundgesetz verankert werden.

Vor dem Hintergrund des bislang Ausgeführten liegt es freilich auf der Hand, dass die krude verfassungsrechtliche Absicherung der beanstandeten Arbeitsgemeinschaften die schlechteste aller denkbaren Lösungen wäre. Sie missbrauche, was freilich nicht der erste Stündenfall wäre, die Funktion der Verfassung als Rahmen- bzw. Grundordnung und verfehle das insoweit idealtypisch erforderliche Abstraktionsniveau.⁵⁴ Schwerer wiegt, dass damit auch die mit der Föderalismusreform I erzielten Fortschritte bei der Entflechtung der Entscheidungszuständigkeiten von Bund, Ländern und Kommunen⁵⁵ wieder ein Stück weit rückgängig gemacht würden und damit – wie das Bundesverfassungsgericht zu Recht hervorgehoben hat – das demokratische Legitimationsniveau ihrer Entscheidungen gesenkt würde. Sachlich zu rechtfertigen wäre ein solcher Einflussknick⁵⁶ kaum.

Sieht man von der vermutlich nicht ganz uneigennützig erstellten Studie ab, mit der die Bundesagentur für Arbeit die Überlegenheit der von ihr geführten Arbeitsgemeinschaften zu dokumentieren versucht hat,⁵⁷ sprechen doch

46 Anderer Ansicht H.-G. Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopflauf, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 84 Rn. 29; ders. (Fn. 42), ZG 2007, 21 (28 ff.).

47 H.-G. Henneke, Auf Eis gelegte Föderalismusreform von Großer Koalition wieder aufgetaut – Nicht alles ist freilich geblieben, was an Vernünftigen erreicht wurde, NdsVBl 2006, 158 (160, s. auch 162); A. Uhe, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Stand: 2008, Art. 125a Rn. 27 f.; F. Wollenschläger, Die Föderalismusreform: Genese, Grundlinien und Auswirkungen auf die Bereiche Bildung und Wissenschaft, RdJB 2007, 8 (11), Fn. 19. Ferner Matwald (Fn. 44), Art. 125a Rn. 3; a. A. C. Degenhart, Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform, NVwZ 2006, 1206 (1215); ders., in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 125a Rn. 7; Henneke (Fn. 46), Art. 84 Rn. 27; ders. (Fn. 42), ZG 2007, 21 (26 ff.); Schoch (Fn. 41), DVBl 2007, 261 (264). Siehe auch Durmer (Fn. 41), BayVBl 2007, 161 (162); M. Nierhaus/S. Rademacher, Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle?, LKV 2006, 385 (393). Eine Überleitungsregelung auf die Landesebene, wie mitunter vorgeschlagen (vgl. H.-G. Henneke, Finanzrecht in der Reform, in: ders./Pänder/Waldhoff (Hrsg.), Recht der Kommunalfinanzien, 2006, § 4 Rn. 62 ff., insbes. 66 ff.), wurde jedenfalls nicht Verfassungsrecht.

48 BVerfG, NVwZ 2008, 183 (185). Siehe dazu F. Schoch, Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie durch das Bundesverfassungsgericht?, DVBl 2008, 937 (945 f.).

49 BVerfGE 111, 10 (29f.) – Ladenschluss; 111, 226 (268 f.) – Juniorprofessur; 112, 226 (250) – Studiengebühren.

50 BT-Drs. 16/813, S. 20; ferner Henneke (Fn. 47), NdsVBl 2006, 158 (160, s. auch 162).

51 BVerfGE 111, 10 (29ff.) – Ladenschluss. In BT-Drs. 16/813, S. 20, ausdrücklich bekräftigt.

52 BVerfGE 111, 226 (269) – Juniorprofessur; ebenso 112, 226 (250) – Studiengebühren.

53 So die Prognose von Koritho (Fn. 3), DVBl 2008, 812 (821).

54 Mit beachtlichen Argumenten kritisch M. Brenner, Die neuartige Technik des Verfassungsrechts und die Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung, AöR 120 (1995), 248 ff.

55 P. M. Huber, Deutschland nach der Föderalismusreform – in besserer Verfassung!, FS für Scholz, 2007, S. 595 (602 ff.).

56 Zur dogmatischen Bedeutung des Begriffs s. P. M. Huber, Demokratie in Europa – Zusammenfassung und Ausblick, in: Bauer/ders./Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 491 (500); P. M. Huber, Entflechtung der Verwaltungskompetenzen als Leitlinie der Föderalismusreform, ZSE 6 (2008), 255 (278).

57 Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Übergänge aus Grundsicherung in Beschäftigung, 2008, Ziff. 2.2.

wichtige Gründe dafür, die Grundsicherung den kreisfreien Städten und Landkreisen zu überlassen. Sie kennen die Verhältnisse vor Ort und können insoweit situationsadäquater reagieren als die zentral gesteuerte Arbeitsverwaltung; zudem sind sie auch für andere Sozialleistungen wie die Sozial- (§§ 3 Abs. 2, 97 SGB XII) oder Jugendhilfe (§§ 69 Abs. 1 Satz 2⁵⁸, 85 SGB VIII) zuständig.

Der (verfassungsändernde) Gesetzgeber täte jedenfalls gut daran, sich auf die vorliegende Entscheidung und die in ihr skizzierten Überlegungen einzulassen. Ob er derzeit allerdings über die wünschenswerte grundsätzliche Orientierung verfügt, muss bezweifelt werden. Zwar haben Bundestag und Bundesrat Ende 2006 eine zweite Föderalismuskommission eingesetzt.⁵⁹ Betrachtet man jedoch ihre kontinuierlich geschrumpfte Agenda und die Gegenstände, die bei den öffentlichen Anhörungen am 22. Juni

2007⁶⁰ und am 8. November 2007⁶¹ eine Rolle gespielt haben, so scheint es, als hätten die Akteure den Kompass verloren. Die dort behandelten Vorschläge für Verfassungsänderungen sind, gelinde gesagt, disparat, ja sie laufen – wie etwa das Plädoyer für eine gemeinsame IT-Mischverwaltung von Bund, Ländern und Kommunen⁶² – darauf hinaus, die (bescheidenen) Erfolge der Föderalismusreform I wieder zunichte zu machen.⁶³ Vielleicht kann ja die Besinnung auf Aussagen und Einsichten des hier zu würdigenden „SQB-II-Urteils“ derartige Irrwege verhindern.

58 Es ist allerdings geplant, diese bundesgesetzliche Zuständigkeitszuweisung mit dem neuen Gesetz zur Förderung von Kindern in Kindertageseinrichtungen und in Tagespflege (KiföG) zu streichen; an den komplementären landesrechtlichen Regelungen dürfte sich allerdings wenig ändern.

59 Einsetzung einer gemeinsamen Kommission zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen, BT-Drs. 16/3885 = BR-Drs. 913/06.

60 Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen, Kommissionsprot. Nr. 4 v. 22.6.2007.

61 Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen, Kommissionsprot. Nr. 8 v. 8.11.2007.

62 Siehe dazu *U. Schliesky*, Die Aufnahme der IT in das Grundgesetz, ZSE 6 (2008), 304 (325), mit dem Vorschlag eines in einem Art. 37b GG zu verankern den „Verwaltungsverbundes“; *M. Burgi*, Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen, Kommissionsdr. 72.

63 Siehe etwa Eckpunkte zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen, Vorschlag der Vorsitzenden *P. Struck/G. H. Oettinger* v. 23.6.2008, Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen, Kommissionsdr. 128, S. 6 Ziff. 1.

Herausgeber

Dagmar Coester-Waltjen
Dirk Ehlers
Klaus Geppert
Jens Petersen
Helmut Satzger
Friedrich Schoch
Klaus Schreiber

JURA

Juristische Ausbildung

Mischverwaltung im Bundesstaat nach der Föderalismusreform

Von Prof. Dr. Friedrich E. Schnapp, Bochum

In seiner Entscheidung vom 20. 12. 2007 (2 BvR 2433/04; 2 BvR 2234/04) betreffend die Arbeitsgemeinschaften nach § 44 b SGB II (Hartz-IV-Organisation) hat das Bundesverfassungsgericht abermals betont, dass das Grundgesetz die Verwaltungen des Bundes und der Länder organisatorisch und funktionell voneinander trennt. Diese Verteilung ist nicht disponibel. Ein Zusammenwirken der beiden »Verwaltungsräume« ist nur dann statthaft, wenn das Grundgesetz dies vorsieht oder ausdrücklich zulässt. Alles andere verstößt gegen den Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung. Der nachstehende Beitrag gibt einen Überblick über die einschlägigen Konstellationen und zeigt die Ansätze zu einer dogmatischen Behandlung des Problems auf.

I. Überblick über die Kompetenzverteilung durch das Grundgesetz

In einem föderativen Staatswesen bedarf es der Verteilung aller staatlichen Aufgaben und Befugnisse auf den Zentralstaat und auf die Gliedstaaten, also in der Bundesrepublik Deutschland auf Bund und Länder. Die Grundregel hierfür liefert unter unserer Verfassungsordnung Art. 30 GG. Danach ist die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt¹. Kurzformelhaft ausgedrückt bedeutet diese Verfassungsbestimmung: Bei einem Schweigen des Grundgesetzes sind die Länder zuständig. Diese Grundregel wird aufgegriffen und für die drei Staatsfunktionen Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung in den Artikeln 70, 83 und 92 GG aufgefährt und variiert.

1. Die Verteilung im Bereich der *Rechtsprechung* ist – verglichen mit der auf den Gebieten der Gesetzgebung und der vollziehenden Gewalt – einfach und gut überschaubar. Nach Art. 92 GG wird rechtsprechende Gewalt ausgeübt durch das Bundesverfassungsgericht (Art. 93, 94 GG), die im Grundgesetz aufgeführten Bundesgerichte (Art. 95, 96 GG) und durch die Gerichte der Länder.

2. Die *Gesetzgebung* ist angesprochen in Art. 70 GG. Diese Bestimmung wiederholt nur leicht abgeändert die Grundregel des Art. 30 GG. Entgegen dem Eindruck, den diese Vorschrift vermittelt, hat die Gesetzgebung des Bundes in der politischen Wirklichkeit das eindeutige Übergewicht. Infolge der Föderalismusreform ist die Kategorie der Rahmengesetzgebung entfallen. Dafür ist die konkurrierende Gesetzgebung angereichert und differenziert geregelt, was das Verhältnis von Bundes- und Landesgesetzgebung angeht. Mit J. Ipsen² lässt sich hier unterscheiden zwischen Kern-, Bedarfs- und Abweichungskompetenzen. Im Bereich der *Kernkompetenzen* haben – wie bislang – die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner (konkurrierenden) Zuständigkeit zur Gesetzgebung keinen Gebrauch macht (Art. 72 I GG). Tut er das, so geht von

einem solchen Bundesgesetz eine (zeitliche und sachliche) Sperrwirkung aus³. Der Unterschied zur ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes besteht darin, dass auf deren Gebieten die Länder nie tätig werden können, während sie bei den Kernkompetenzen (wieder) gesetzgeberisch agieren dürfen, wenn eine Sperrwirkung (noch) nicht besteht oder wieder entfallen ist. Eine Überprüfung, ob im Bereich der Kernkompetenzen die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht (Art. 72 II GG), findet bei den Kernkompetenzen jedoch nicht statt. Man erkennt die Kernkompetenzen daran, dass sie in Art. 72 II GG *nicht aufgezählt* sind. Bei *Bedarfskompetenzen* muss die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung jedoch vorliegen⁴. Die *Abweichungskompetenzen* (Art. 72 III, 84 I GG) waren bis zur Föderalismusreform dem GG unbekannt; sie stellen eine Kompensation für den gänzlichen Wegfall der früheren Rahmengesetzgebung dar. Hier ist zu unterscheiden: Geht es um materiell-rechtliche Regelungen, also um das Was, sind die Art. 70 ff. GG einschlägig. Handelt es sich dagegen um Organisation und Vollzug, mithin um das Wer und Wie, erweisen sich die Art. 83 ff. GG als *leges speciales* dazu⁵. Im letzteren Bereich gibt es nämlich Regelungen, die differenzierter sind als diejenigen über die Gesetzgebung, die insbesondere von dem »Verteilungsmuster« bei der Gesetzgebung abweichen, wie es eingangs beschrieben worden ist. Vor allem existieren hier – soweit es um den Vollzug von Bundesrecht durch die Länder geht – Mitwirkungsrechte des Bundesrates, wenn die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren auf dem Spiele stehen, und abgestufte, damit zugleich aber auch eingeschränkte Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes auf die Länder. Diese vom Grundgesetz vorgenommene Verteilung wür-

1 Dazu, wann das Grundgesetz etwas anders »zulässt«, prägnant PIETZCKER, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 1990, § 99 Rdn. 11: »Läge ein »Zulassen« überall dort vor, wo das Grundgesetz die Zuständigkeit des Bundes nicht ausdrücklich ausschließt, so wäre Art. 30 GG in sein Gegenteil verkehrt: nicht der Bund müsste eine enumerierte Kompetenz dartun, vielmehr wären die Länder nur durch den ausdrücklichen Ausschluss einer Bundeskompetenz geschützt.« Ebenso BROSS in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 5. Aufl. 2003, Art. 83 Rdn. 25. Richtigerweise ist das »Zulassen« also als Verweis auf mitgeschriebene Bundeszuständigkeiten zu verstehen.

2 J. IPSEN, NJW 2006, 2801 (2805 f.) und Staatsrecht I, 18. Aufl. 2006, Rdn. 555 ff.

3 Zu Einzelheiten s. etwa KUNIG, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 72 Rdn. 7 ff.

4 Zur Kontrollrolle bei der Überprüfung durch das BVerfG siehe zuletzt BVerfGE 111, 226; 112, 226.

5 So auch BROSS (Fn. 1), Art. 84 Rdn. 4 und PIEROTH, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. 2006, Art. 83 Rdn. 2, auch mit Nachweisen zur Gegenmeinung.

de man unterlaufen, wollte man die Organisationsgewalt an die Befugnis zur materiellen Gesetzgebung »ankleben«.

Die Abweichungskompetenzen erweisen sich als eigentliche konkurrierende Gesetzgebungskompetenzen⁹: Auf den in Art. 72 III 1 GG bezeichneten Gebieten können die Länder abweichende Regelungen schaffen. Diesen kann der Bund durch ein späteres Gesetz derogieren, das allerdings erst sechs Monate nach Verkündung in Kraft tritt, es sei denn, der Bundesrat stimmt einer Verkürzung dieser Sperrzeit zu. Eine Regelung für Ausnahmefälle, wie sie Art. 84 I 5 GG vorsieht, gibt es an dieser Stelle nicht.

3. Im Bereich der *vollziehenden Gewalt* – und hier ist das Problemfeld »Mischverwaltung« angesiedelt – gestaltet sich die verfassungsrechtliche Ausbalancierung um einiges differenzierter. Hier existieren vier Vollzugstypen: (1) Der Regeltypus wird statuiert durch Art. 83 GG. Danach ist die Ausführung der Bundesgesetze eine eigene Angelegenheit der Länder, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt. Dieses »andere« ist einmal (2) die bundeseigene Verwaltung nach Art. 86 GG⁷ und (3) die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder im Auftrag des Bundes (Art. 85 GG)⁸. Als vierter Typus kommt hinzu die Vollziehung der Landesgesetze durch die Länder. Er ist im Grundgesetz nicht erwähnt, weil von der Grundregel des Art. 30 GG mit umfasst. Anders als im Bereich der Gesetzgebung liegt also der Schwerpunkt der Verwaltung auch tatsächlich bei den Ländern.

Der Regeltypus des Art. 83 GG ist, was die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren angeht, seit der sog. Föderalismusreform in einem differenzierten Regelwerk modifiziert worden¹⁰: Ausgangspunkt ist zunächst, dass – wie bislang – die Länder selbst die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren regeln, wenn sie Bundesrecht in landeseigener Verwaltung vollziehen (Art. 84 I 1 GG). Wenn ein Bundesgesetz »etwas anderes« bestimmt, d. h. die Behördeneinrichtung und das Verwaltungsverfahren selbst regelt, können die Länder – ebenso wie auf den Sachgebieten – davon abweichende Regelungen treffen (Art. 84 I 2 GG; so genannte *Abweichungsgesetzgebung*). Haben sie das getan, so kann der Bundesgesetzgeber durch eine spätere Regelung das Landesgesetz wieder aushebeln (Satz 3); denn die bundesrechtliche Regelung geht als »späteres Gesetz« (lex posterior) wegen Art. 84 I 4 in Verbindung mit Art. 72 III 3 GG der abweichenden landesrechtlichen Regelung vor. Ein solches Gesetz tritt aber frühestens sechs Monate nach seiner Verkündung in Kraft. Will der Bund diese Sperrfrist verkürzen, bedarf er jedoch der Zustimmung des Bundesrates (Art. 84 I 3 GG). Auch dadurch wird freilich die Möglichkeit einer Abweichung durch die Länder nicht beseitigt¹⁰. Bei diesem »Pingpong-Spiel«¹¹ gilt nicht die Grundregel des Art. 31 GG, wonach Bundesrecht Landesrecht bricht, sondern gem. Art. 84 I 4 in Verbindung mit Art. 72 III 3 GG die lex-posterior-Regel¹². Diesem Hin und Her kann der Bund endgültig nur entgegen, wenn er sich des Kompetenzzittels in Art. 84 I 5 GG bedient, der zulässt, dass der Bund in *Ausnahmefällen* wegen eines besonderen Bedürfnisses nach bundeseinheitlicher Regelung das Verwaltungsverfahren¹³ ohne Abweichungsmöglichkeit für die Länder regelt¹⁴. Derartige Gesetze bedürfen wiederum der Zustimmung durch den Bundesrat (Sätze 4 und 5). Da das Verwaltungsverfahren aber bereits weitgehend kodifiziert ist (VwVfG, AO, SGB X-1), dürfte der Anwendungsbereich dieser Vorschrift eher schmal sein. In jedem Fall behalten im Bereich von Behördeneinrichtung und Verwaltungsverfahren die Länder »den Fuß in der Tür« – entweder durch die Abweichungsgesetzgebung oder durch die Zustimmung des Bundesrates. Diese Tür darf durch Umgehungsversuche nicht zugeschlagen werden¹⁵.

Der landeseigene Vollzug von Bundesrecht – und hier vor allem begehen wir dem Phänomen der Mischverwaltung, wie die nachfolgende Übersicht über die Rechtsprechung erkennen lässt – kann wiederum in zwei Formen vor sich gehen: (1) Ent-

weder können die Länder die Bundesgesetze in landesmittelbarer Verwaltung vollziehen – also durch Ministerien und nachgeordnete Behörden – oder dies kann (2) Einrichtungen der mittelbaren Landesverwaltung überlassen sein, nämlich eigenständigen Körperschaften, Anstalten und/oder Stiftungen, die nicht der staatlichen Verwaltungshierarchie inkorporiert sind, aber im Regelfall der Staatsaufsicht unterliegen. Der Vollzug von Bundesrecht durch landesmittelbare Körperschaften etc. erweist sich als mittelbare Staatsverwaltung durch landesmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechts, anders gesagt: als landeseigene Ausführung von Bundesrecht. Damit entspricht dieser Vollzug dem Regeltypus des Art. 83 GG; denn »Ausführung von Bundesgesetzen« im Sinne der Art. 83 und 84 GG bedeutet – neben der Einrichtung der Behörden und der Regelung des Verwaltungsverfahrens – vor allem den Erlass untergesetzlicher Vorschriften und das übrige Verwaltungshandeln¹⁶.

II. Konstellationen bei der Mischverwaltung

Art. 83 GG trennt die Verwaltungsräume des Bundes und der Länder organisatorisch und funktionell¹⁷. Auch nach der Föderalismusreform hat sich daran nichts geändert. Das Grundgesetz hat andererseits ein Zusammenwirken von Bund und Ländern vorgesehen und zugelassen¹⁸. Die Frage ist, ob auch darüber hinausgehende Einwirkungen der Bundes- auf die Landesebene verfassungsverträglich sind¹⁹. Dies wird vom überwiegenden Teil des Schrifttums verneint²⁰.

6 J. IPSEN, NJW 2006, 2801 (2806).

7 Die Gegenstände finden sich in den Artikeln 87 bis 90, 108, 114 und 120 a GG.

8 Die Gegenstände der Auftragsverwaltung sind ebenfalls an verschiedenen Stellen des GG explizit benannt; s. z. B. Art. 87 b Abs. 2 GG.

9 Dazu auch TRUTE, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, 2007, S. 78 ff.

10 J. IPSEN, NJW 2006, 2801 (2805).

11 BATTIS/KERSTEN, DVBl. 2007, 152 (156); W. HOPPE, DVBl. 2007, 144 (145); J. IPSEN, NJW 2006, 2801 (2805).

12 Siehe aber BT-Drs. 16/813, S. 11: Anwendungs-, kein Geltungsvorrang.

13 Das Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung muss sich also auf das Verwaltungsverfahren beziehen, nicht auf das materielle Recht.

14 Zu diesem Mechanismus siehe auch J. IPSEN, NJW 1006, 2801 (2805).

15 PIEROTH (Fn. 5), Art. 84 Rdn. 1.

16 BVerfGE 6, 309 (329); 8, 122 (131); BLÜMEL, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 1990, § 101 Rdn. 21; BROSS (Fn. 1), Vorb. Art. 83–87 Rdn. 8. Der Begriff des Verwaltungsverfahrens in Art. 84 Abs. 1 GG ist nicht deckungsgleich mit dem der Verwaltungsverfahrensgesetze. Insbesondere ist er nicht auf die »nach außen« wirkende Tätigkeit (s. § 9 in Verbindung mit § 35 VwVfG) beschränkt.

17 BVerfGE 55, 274 (318 ff.); 63, 1 (36 ff.); 75, 108 (152).

18 Beschrieben in BVerfGE 63, 1 (39 f.). Ein Beispiel: Art. 108 GG.

19 Jüngstes Beispiel: § 138 SGB VI ermächtigt die Deutsche Rentenversicherung Bund, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, Entscheidungen in Grundsatz- und Querschnittsaufgaben zu treffen, die (auch) für die regionalen Rentenversicherungsträger vom Gesetz für verbindlich erklärt werden. Zu der dadurch ausgelösten Problematik s. etwa AXER, Verfassungsrechtliche Fragen einer Organisationsreform in der Rentenversicherung, DRV-Schriften, Bd. 24, 2000; BOECKEN, Verfassungsrechtliche Fragen einer Organisationsreform der gesetzlichen Rentenversicherung, 2000; KREBS, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Organisationsreform der Deutschen Rentenversicherung, DRV-Schriften, Bd. 14, 1999; SCHNAPP, DÖV 2003, 965 ff.

20 BROSS (Fn. 1), Art. 83 Rdn. 15 ff.; Art. 84 Rdn. 2; GERNER, BayVBl. 1955, 193 (195); LERCHE, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Band IV, Lfg. 1–41 (Oktober 2002), Art. 83 Rdn. 84; OSSENBÜHL, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 373 f., 425 f.; STERN, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 1980, S. 797; PIEROTH (Fn. 5), Art. 30 Rdn. 10; KÖTTGEN, JöR 11 (1962), 173 (187 f.); TIEMANN, Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in verfassungsrechtlicher Sicht, 1970, S. 75; TRUTE, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Band 3, 4. Auflage 2001, Art. 84 Rdn. 2 ff.; W. WEBER, DRV 1969, S. 121 (129, 131); LOESER, Theorie und Praxis der Mischverwaltung, 1976, S. 209 f.; SCHNAPP, DÖV 2003, 965 (971); a. A. H. BOGS, Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart, Berlin 1973, S. 266; HANS

Die Beantwortung der Frage, ob eine »Mischverwaltung« verfassungsrechtlich zulässig ist, setzt zunächst einmal voraus, dass man definitorisch klärt, was unter Mischverwaltung zu verstehen hat. Darin herrscht allerdings alles andere als Klarheit²¹. Hilfreich ist die folgende Unterscheidung²²: »Mischverwaltung« kann man einmal begreifen als *normativ* zu verstehende Kennzeichnung von verfassungsrechtlich unzulässigen Verbindungen zwischen Bund und Ländern auf dem Bereich der Verwaltung. Die Einordnung einer verwaltungsorganisatorischen Erscheinungsform als »Mischverwaltung« bedeutet dann *gleichzeitig* ihre Beurteilung als verfassungswidrig. Zum anderen lässt sich »Mischverwaltung« als *deskriptive* Bezeichnung eines Verwaltungstypus²³ verwenden, bei dem Entscheidungen in einem irgendwie gearteten Zusammenwirken von Bundes- und Landesebene getroffen werden, ohne dass damit ein rechtliches Urteil verbunden wäre²⁴. So erweist sich »Mischverwaltung« bei näherem Hinsehen einmal als ein dogmatischer, ein andermal als ein heuristischer Begriff, der auf Problemfelder verweist, aber selbst keine Lösungen für die Probleme speichert. Es gibt – bleibt man bei der deskriptiv-phänomenologischen Betrachtungsweise – demnach sowohl eine zulässige wie eine unzulässige Mischverwaltung²⁴. Das Bundesverfassungsgericht hatte sich in der Vergangenheit mehrere Male mit dieser Problematik zu befassen. Die Entscheidungen sollen kurz referiert werden, zumal im Schrifttum Unsicherheit über ihre Einschätzung besteht²⁵. Außerdem verschafft eine derartige Übersicht Einblick in die für das Problem der Mischverwaltung typischen Konstellationen.

III. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die Entscheidung Bd. 11, S. 105 betraf die damaligen Familienausgleichskassen, die für die Auszahlung des Kindergeldes zuständig waren und bei den Berufsgenossenschaften resortierten. Nach damaligem Rechtszustand gab es sowohl bundes- als auch landesunmittelbare gewerbliche Berufsgenossenschaften. Die Familienausgleichskassen waren zusammengeschlossen in dem Gesamtverband der Familienausgleichskassen, einer bundsunmittelbaren Körperschaft des öffentlichen Rechts. Dessen Hauptaufgabe war es, durch die Aufstellung eines Verteilungsschlüssels einen »angemessenen Ausgleich« zwischen den Familienausgleichskassen herbeizuführen, wenn die Aufbringung der Mittel zu »unzumutbaren Unterschieden« in der der Belastung der Beitragspflichtigen führte. Den Einwand der unzulässigen Mischverwaltung hat das Bundesverfassungsgericht nicht gelten lassen. Denn wenn die Vorschrift, die den Gesamtverband zur Herbeiführung eines angemessenen Ausgleichs ermächtigte, weggefallen wäre, so wäre diese Aufgabe der Bundesregierung zugefallen, die zum Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung berechtigt und verpflichtet war. Den Beschwerdeführern wäre also kein Nachteil entstanden²⁶.

In BVerfGE Bd. 32, S. 145 ging es um Bestimmungen des damaligen Gesetzes über die Finanzverwaltung, wonach die Umsatz- und die Beförderungsteuer durch die Oberfinanzdirektionen verwaltet wurden, die aber bei der Bearbeitung die Hilfe der Finanzämter in Anspruch nehmen konnten. Die entsprechende Vorschrift (§ 9 II FVG a. F.) hat das Bundesverfassungsgericht als noch vereinbar mit dem Grundgesetz angesehen, weil in Bereich des damaligen Art. 108 GG »das sonst (Art. 83 ff. GG) bestimmte Verhältnis zwischen Bundesverwaltung und Landesauftragsverwaltung in besonderer Weise abgewandelt« war²⁷. Das Grundgesetz selbst hatte also »Verhältnisse geschaffen oder doch vorgezeichnet, denen gegenüber die sonst geltenden Grundsätze der Unterscheidung von Bundes- und Landesverwaltung nicht ohne weiteres anwendbar«²⁸ erschienen. Am Schluss dieser Entscheidung wird ausdrücklich hervorgehoben, sie lasse den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsatz unberührt, »dass weder der Bund noch die Länder über ihre im Grundgesetz festgelegten Kompetenzen verfügen können, das Kompetenzverschieben zwischen Bund und Ländern auch nicht mit Zustimmung der Beteiligten zulässig sind und dass das Grundgesetz eine sogenannte Mischverwaltung, soweit sie nicht ausdrücklich zugelassen ist, ausschließt.«²⁹

Gegenstand der Entscheidung in Bd. 39, S. 96 waren Bestimmungen des damaligen Städtebauförderungsgesetzes, das Finanzhilfen des Bun-

des für städtebauliche Entwicklungsmaßnahmen vorsah. Nach diesem Gesetz konnte der zuständige Bundesminister ein Bundesprogramm für den Einsatz dieser Finanzhilfen aufstellen. Die damit eingeräumten Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse der Bundesebene hat das Gericht als verfassungswidrig angesehen, weil der damalige Art. 104 IV GG derartige Kompetenzen nicht vorsah und diese auch über die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes aus Art. 84 II-IV GG hinausgingen.

In BVerfGE 41, 291 ging es um ein Förderprogramm des Bundes für strukturschwache Regionen. In dem damaligen Art. 104 a IV GG³⁰ waren Finanzhilfen des Bundes vorgesehen; nach Satz 2 dieser Vorschrift war das Nähere durch ein zustimmungsbedürftiges Gesetz oder durch Verwaltungsvereinbarung zu regeln. Auf der Basis eines von der Bundesregierung beschlossenen »Einmaligen Sonderprogramms für Gebiete mit speziellen Strukturproblemen« hatte der Bund für sich das Recht in Anspruch genommen, über einzelne Förderungsanträge der Gemeinden unter Umgehung der Länder selbst zu entscheiden. Damit hat er aber – so das Gericht – gegen das verfassungsrechtliche Verbot der Mischverwaltung verstoßen.

Die Entscheidung Bd. 63, S. 1 hatte sich mit der Versorgungsanstalt der deutschen Bezirksschornsteinfegermeister zu befassen. Deren Geschäfte wurden von der Bayerischen Versicherungskammer geführt. Diese Bundesländer-Verschrankung hat das Bundesverfassungsgericht toleriert, weil von dem »Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenerwahrung«³¹ hier aus einem besonderen sachlichen Grund abgesehen worden sei: Die Versicherungskammer, die im Wege der Organleihe mit der Geschäftsführung betraut sei, stelle sich als eingegliedertes Organ (»Organleihex«) dar und sei insoweit auch keiner Einwirkungsmöglichkeit des Bundes ausgesetzt.

BVerfGE Bd. 108, S. 169 schließlich betraf § 50 IV des Telekommunikationsgesetzes (TKG)³². Nach Abs. 3 der Vorschrift bedürfen die Verlegung neuer und die Änderung vorhandener Telekommunikationslinien der Zustimmung der Träger der Wegebaukosten³³. War dieser selbst Lizenznehmer oder mit einem solchen zusammengeschlossen, so war für die Erteilung der Zustimmung nicht er, sondern – so bestimmte es Abs. 4 – die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, eine

SENDER, DÖV 1981, 409 ff.; Unendlich BLÜMEL, Verwaltungszuständigkeit, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 1990, § 101 Rdn. 120 ff.; PAPIER, in: Merten/Schmitt/Stettner (Hrsg.), Der Verwaltungsstaat im Wandel, Festschrift für Franz Knöpfle, München 1996, S. 273 ff. (279 f.).

- 21 S. a. MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 22 Rdn. 43 ff.
- 22 Hierzu auch HERMES, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 2000, Art. 83 Rdn. 48.
- 23 BVerfGE 63, 1 (38).
- 24 Richtig ist also die Feststellung von PIEROTH (Fn. 5, Art. 30 Rdn. 10): »Die Mischverwaltung, bei der dem Bund oder einem Land Mitentscheidungsrechte bezüglich einer in der Kompetenz des anderen liegenden Frage eingeräumt werden, ist grds. unzulässig, soweit sie nicht vom GG vorgesehen ist (BVerfGE 41, 291/311; 63, 1/38 ff.; 108, 169/182).« Ferner ERBGUTH, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 30 Rdn. 13; Verbot der Mischverwaltung.
- 25 So auch J. IPSEN, Staatsrecht I (Fn. 2), Rdn. 672 mit weiteren Nachweisen.
- 26 Ihr eigentlicher Beschwerdepunkt war ohnehin nicht die Mischverwaltung, sondern der Umstand, dass sie als Unternehmer – wie die Arbeitgeber in der gesetzlichen Unfallversicherung heißen – allein zur Finanzierung des Kindergeldes herangezogen wurden.
- 27 BVerfGE 32, 145 (154).
- 28 BVerfGE 32, 145 (155).
- 29 BVerfGE 32, 145 (156).
- 30 Diese Vorschrift lautete: »Der Bund kann den Ländern Finanzhilfen für besonders bedeutsame Investitionen der Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) gewähren, die zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts oder zum Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet oder zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums erforderlich sind. Das Nähere, insbesondere die Arten der zu fördernden Investitionen, wird durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, oder auf Grund des Bundeshaushaltsgesetzes durch Verwaltungsvereinbarung geregelt.«
- 31 Formulierung von GRAWERT, Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1967, S. 195.
- 32 BGBl. I, S. 1120.
- 33 Das sind regelmäßig Länder und Gemeinden.

Bundesbehörde also, zuständig. Diese Vorschrift hat das Gericht wegen Verstoßes gegen Art. 30 in Verbindung mit Art. 86 und 87 f. II 2 GG als verfassungswidrig und nichtig angesehen.

IV. Schlussfolgerungen

Das Bundesverfassungsgericht hat also – um zusammenzufassen³⁴ – eine unzulässige Mischverwaltung dann angenommen, wenn die Verwaltungsorganisation und der Verwaltungsvollzug geprägt waren von einer Überordnung oder von einem Zustimmungserfordernis³⁵ bzw. wenn es um Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse des Bundes im Aufgabenbereich der Länder ging³⁶. In einer seiner letzten einschlägigen Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht betont, ein Zusammenwirken von Bund und Ländern sei dann verfassungsrechtlich unzulässig, wenn zwingende Kompetenz- oder Organisationsnormen oder sonstige Vorschriften des Verfassungsrechts entgegenstünden³⁷. Zuvor hatte es ausgeführt: »Die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern sind in den Art. 83 ff. GG erschöpfend geregelt und grundsätzlich nicht abdingbares Recht (BVerfGE 32, 145 [156]; 39, 90 [190]; 41 291 [311]). Bund und Länder dürfen von der in diesen Bestimmungen vorgeschriebenen »Verwaltungsordnung« nicht abweichen. Es gilt der allgemeine Verfassungssatz (vgl. BVerfGE 4, 115 [139]), dass weder der Bund noch die Länder über ihre im Grundgesetz festgelegten Kompetenzen verfügen können; Kompetenzverschiebungen zwischen Bund und Ländern sind auch mit Zustimmung der Beteiligten nicht zulässig (BVerfGE 32, 145 [156]). Auch organisatorische Regelungen können nicht abbedungen werden. Der Spielraum bei der organisatorischen Ausgestaltung der Verwaltung findet in den Kompetenz- und Organisationsnormen der Art. 83 ff. GG seine Grenzen.« Das bedeutet: Die in den Art. 83 ff. GG festgeschriebene »Verwaltungsordnung« ist dort erschöpfend (abschließend) geregelt und nicht erweiterbar³⁸.

Das herkömmliche Sprechen vom »Verbot der Mischverwaltung« ist dabei noch zu undifferenziert bzw. als bloß abbreviative Redeweise zu verstehen. Um es – scheinbar widersprüchlich – zu formulieren: Mischverwaltung muss nicht (ausdrücklich) verboten sein, um verfassungsrechtlich verboten zu sein. Zu Erläuterung: In einem verfassten Rechtsstaat konstituiert die Verfassung zuallererst alle staatlichen Befugnisse und beschränkt sie nicht etwa nur, wie das noch im Spätkonstitutionalismus gesehen wurde³⁹. Jede Ausübung staatlicher Befugnisse bedarf einer (verfassungs-) rechtlichen Grundlage. Staatliches Handeln ist nicht immer dann gestattet, wenn das Grundgesetz es nicht ausdrücklich verbietet, sondern erst und nur dann, wenn das Grundgesetz es erlaubt. Insoweit sprechen die Art. 30 und 83 GG für das Bund-Länder-Verhältnis im Bereich der vollziehenden Gewalt eine berechtete Sprache: Will der Bund hier tätig werden, so ist dies nur dann zulässig, wenn das Grundgesetz eine andere Regelung »trifft« oder »zulässt« bzw. etwas anderes »bestimmt«. Es bedarf also nicht des Nachweises, dass das Grundgesetz Mischverwaltung (ausdrücklich) verbietet, um sie als unzulässig erscheinen zu lassen. Vielmehr muss das Grundgesetz die jeweils angestrebte Form der Mischverwaltung vorsehen oder zulassen⁴⁰, damit sie verfassungsverträglich ist. Anders gesagt: Jede Bundeskompetenz (auch bei der Regelung von Angelegenheiten der vollziehenden

Gewalt) muss ihre Grundlage im geschriebenen Recht finden⁴¹. Dem entspricht das Verdikt des Bundesverfassungsgerichts, wonach das Grundgesetz die so genannte Mischverwaltung ausschließt, soweit sie nicht ausdrücklich zugelassen ist⁴².

Dies bedeutet zugleich, dass diese Verfassungsbestimmungen dem Bund eine *Argumentationslast* aufbürden: Im Konfliktfall muss der Bund dartun, dass ihm eine Verwaltungskompetenz vom Grundgesetz eindeutig zugewiesen ist oder dass das Grundgesetz eine solche Inanspruchnahme einer Verwaltungskompetenz eindeutig zugelassen hat⁴³. Damit bleibt die Feststellung richtig: Art. 84 II–V GG umschreibt die Einwirkungs Befugnisse der Bundesebene auf die Landesverwaltung abschließend, und zwar ungeachtet dessen, ob es sich um unmittelbare oder um mittelbare Staatsverwaltung handelt⁴⁴. Der Bund darf auf die Länderebene nur so einwirken, wie Art. 84 GG es gestattet⁴⁵. Davon, dass es kein »Verbot der Mischverwaltung« gebe, wie manche meinen, kann also nicht die Rede sein. In seiner letzten einschlägigen Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht denn auch deutlich festgestellt: »Die Verwaltung des Bundes und die Verwaltungen der Länder sind organisatorisch und funktionell im Sinne von in sich geschlossenen Einheiten prinzipiell voneinander getrennt. Kompetenzverschiebungen zwischen Bund und Ländern ohne verfassungsrechtliche Grundlage sind selbst mit Zustimmung der Beteiligten nicht zulässig. Das Grundgesetz schließt auch eine so genannte Mischverwaltung, soweit sie nicht ausdrücklich zugelassen ist, aus (vgl. BVerfGE 32, 145 [156]; 39, 96 [120]).«⁴⁶ Daran hat sich auch durch die Föderalismusreform – wie gezeigt – nichts geändert.

34 Die vorstehend referierten Entscheidungen sind alle einschlägigen. Deshalb kritisiert BROSS (Fn. 1, Art. 83 Rdn. 16) zu Recht die Wendung in BVerfGE 63, 1 (37 f.), das BVerfG habe *verschiedentlich* von dem grundgesetzlichen Verbot der sog. Mischverwaltung gesprochen. Das erweckt den Eindruck, es existierten auch noch andere Judikate, in denen das anders gesehen wurde. Das ist aber nicht der Fall.

35 BVerfGE 11, 105 (124).

36 BVerfGE 39, 96 (120); 41, 291 (311).

37 BVerfGE 63, 1 (37 f.). Das ist verfassungsdogmatisch noch ungenau: Das Verfassungsrecht muss staatliches Handeln *gestatten*. Vgl. näher dazu den Text.

38 BVerfGE 32, 145 (156); 39, 96 (120); 108, 169 (182); BROSS (Fn. 1), Art. 83 Rdn. 4; PIEROTH (Fn. 5), Art. 84 Rdn. 1.

39 Repräsentativ OTTO MAYER (AöR Bd. 3 [1888], S. 38): »Wenn man so häufig sagen hört, der Staat kann Niemanden zum Eintritt in den Staatsdienst zwingen, der Staat bedarf der freiwilligen Unterwerfung, so ist das ungenau ausgedrückt: die Staatsgewalt kann Alles.«

40 PIETZCKER (Fn. 1), § 99 Rdn. 11; ZIPPÉLIUS/WÜRTEMBERGER, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl. 2005, S. 424.

41 PIEROTH (Fn. 5), Art. 30 Rdn. 5; RUPPELT, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, 2000, Art. 30 Rdn. 19 ff.

42 BVerfGE 108, 169 (182). S. a. Fn. 1.

43 MAUNZ/ZIPPÉLIUS, Deutsches Staatsrecht, 29. Aufl. 1994, S. 329.

44 Das ergibt sich daraus, dass landesunmittelbare juristische Personen aus der Sicht des Art. 83 GG als Gliederungen der Länder erscheinen: BVerfGE 83, 363 (375); BVerwG, NJW 2000, 3151; PIEROTH (Fn. 5), Art. 84 Rdn. 1.

45 STERN (Fn. 20), S. 797.

46 Hervorhebungen von mir.

Neue Zeitschrift für Sozialrecht

Monatsschrift für die anwaltliche, betriebliche, behördliche und gerichtliche Praxis

Schriftleitung: Ministerialdirigent Dr. Gerhard Knorr, Merseburger Str. 8 a, 80993 München

NZS 6/2008

16. Juni · 17. Jahrgang 2008 · Seite 281–336

Aufsätze und Berichte

Koordination statt Kooperation – zu neuen Organisationsstrukturen im SGB II nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Dezember 2007

Von Prof. Dr. Volker Wahrendorf, Vorsitzender Richter am Landessozialgericht, und Carsten Karmanski, Richter am Landessozialgericht Essen

I. Ausgangspunkt

Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende sind die Bundesagentur für Arbeit (§ 6 I 1 Nr. 1 SGB II) sowie die 116 kreisfreien Städte und 323 Kreise (§ 6 I 1 Nr. 2; kommunale Träger). Die kommunalen Träger erbringen Leistungen für Unterkunft und Heizung (§ 22 SGB II), zur Eingliederung (§ 16 II SGB II) sowie für Erstaussstattungen (Wohnung und Bekleidung) und mehrtägige Klassenfahrten (§ 23 III SGB II). Alle übrigen Aufgaben übernimmt die Bundesagentur. Beide Grundsicherungsträger haben sich nach § 44 b SGB II zu Arbeitsgemeinschaften (ARGE) zusammengeslossen und diesen Gemeinschaftseinrichtungen ihre Aufgaben nach dem SGB II übertragen (§ 44 b III 1 und 2 SGB II). Die ARGE sind von der Sozial- und Arbeitsverwaltung getrennt und nehmen als selbständige Organisationseinheiten die Aufgaben der Leistungsverwaltung im Bereich der Grundsicherung für Arbeitsuchende hoheitlich wahr. Sieht der kommunale Träger von einer Aufgabendelegation ab, was bundesweit in 21 Fällen gesehen ist, erfüllt die ARGE nur die Aufgabe der Bundesagentur; der kommunale Träger erbringt seine Leistungen selbst.

Hier von abweichend sieht § 6 a SGB II eine Experimentierklausel vor. Danach werden höchstens 69 Kreise und kreisfreie Städte auf Antrag mit Zustimmung der obersten Landesbehörden anstelle der Bundesagentur für Arbeit vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (durch Rechtsverordnung) im Wege der Erprobung zunächst für 6 Jahre als Träger der Aufgaben nach dem SGB II zugelassen. Diese sog. „zugelassenen kommunalen Träger“ sind nach § 6 b SGB II für die gesamten SGB-II-Leistungen zuständig (Einheits- oder Optionsmodell).

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 20. Dezember 2007¹ entschieden, dass die Bundesagentur

und die kommunalen Träger keine ARGE nach § 44 b SGB II bilden dürften. Das Grundgesetz (GG) verbiete eine solche Mischverwaltung. Denn die Verwaltung des Bundes und der Länder, zu denen auch die Kommunen gehörten, seien in sich geschlossene Einheiten und organisatorisch sowie funktionell voneinander getrennt.

Kompetenzverschiebungen zwischen Bund und Ländern seien selbst mit Zustimmung der Beteiligten unzulässig². Ordne der Gesetzgeber verbindlich an, dass Verwaltungsbehörden des Bundes und der Kommunen dieselbe Aufgabe gemeinsam erfüllen müssten, beeinträchtigte er damit die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung der Gemeinden und Gemeindeverbände³. Weise eine Kompetenznorm des Grundgesetzes einem Verwaltungsträger bestimmte Verwaltungsaufgaben zu, so müsse er sie grundsätzlich durch eigene Verwaltungseinrichtungen, also mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation erfüllen⁴ (Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung). Hieran fehle es, wenn der eine Grundsicherungsträger seine Aufgaben – wie in der ARGE – nur in Abstimmung mit dem anderen Träger wahrnehmen könne. Dies habe zur Folge, dass keinem der beiden Leistungsträger das Handeln der ARGE klar zugerechnet werden könne, was gegen den Grundsatz der Verantwortungsklarheit verstoße. Folglich sei § 44 b SGB II verfassungswidrig und dürfe längstens bis zum 31. 12. 2010 weiter angewendet werden.

Welche Organisationsform zukünftig verfassungsrechtlich möglich ist, lässt das BVerfG weitgehend offen, deutet

1) *BVerfGE*, Urteil vom 20. 12. 2007, Az.: 2 BvR 2433/04 und 2 BvR 2434/04, DVBl. 2008 S. 173 ff. = NVwZ 2008 S. 183 ff.

2) Rn. 152 des Urteils (Fn. 1).

3) Rn. 149 des Urteils (Fn. 1).

4) Rn. 159 des Urteils (Fn. 1).

aber zwei Möglichkeiten an. Dabei bezeichnet es das Anliegen, die Grundsicherung für Arbeitssuchende „aus einer Hand“ zu gewähren, als sinnvolles Regelungsziel. Dieses Ziel könne erreicht werden, indem der Bund den Weg des Art. 87 GG wähle (bundeseigene Verwaltung) oder den Gesamtvollzug nach der Grundregel des Art. 83 GG insgesamt den Ländern als eigene Angelegenheit überlasse⁵.

II. Problemstellung

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts wirft die Frage auf, wie die Zuständigkeiten im Grundsicherungsrecht zukünftig geregelt werden können.

Grundsätzlich sind drei Organisationsform denkbar:

- Alleinzuständigkeit des Bundes (dazu III.)
- Alleinzuständigkeit der Länder/Kommunen und erweitertes Optionsmodell (dazu IV.)
- Duale Zuständigkeit mit getrennter Aufgabenwahrnehmung (dazu V.)

III. Alleinzuständigkeit des Bundes (Modell: bundeseigene Verwaltung)

Nach Art. 83 GG führen die Länder die Bundesgesetze aus, soweit das GG nichts anderes bestimmt oder zulässt. Der Bund benötigt also eine Kompetenznorm, um selbst administrativ tätig werden zu können. Ob ihn das GG mit einer derartigen Kompetenz ausstattet, hat das BVerfG offen gelassen⁶. Zugleich hat es aber darauf hingewiesen, dass der Bund soziale Versicherungsträger als bundesunmittelbare Körperschaften führen (Art. 87 II GG) sowie selbstständige Bundesoberbehörden und neue bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts durch Bundesgesetz errichten könne (Art. 87 III GG).

Ein „sozialer Versicherungsträger“ iSd. Art. 87 II 1 GG muss Aufgaben der Sozialversicherung wahrnehmen⁷. Herzstück der Sozialversicherung ist das Versicherungsprinzip, das durch Leistungen aus dem Beitragsaufkommen der Versicherten (und ggf. Dritter) geprägt ist. Im Gegensatz zum Arbeitslosengeld I und den übrigen Leistungen der Arbeitsförderung nach dem SGB III, die die Bundesagentur aus Beiträgen der Versicherungspflichtigen und der Arbeitgeber erbringt (vgl. § 340 SGB III), werden die Leistungen nach dem SGB II aus dem Staatshaushalt und damit letztlich aus dem Steueraufkommen der Bürger finanziert. Die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende sind folglich keine Sozialversicherungs-, sondern Fürsorgeleistungen des Staates⁸. Auch wenn die Rechtsvorgängerin der Bundesagentur, die Bundesanstalt für Arbeit, seit jeher für die steuerfinanzierte Arbeitslosenhilfe zuständig gewesen ist⁹, dürfte eine (Allein-)Zuständigkeit der Bundesagentur unter dem Blickwinkel des Art. 87 II GG verfassungsrechtlich problematisch sein. Denn die Zuweisung sozialversicherungsfremder Aufgaben an einen bundesunmittelbaren Träger der Sozialversicherung muss dessen sozialversicherungsrechtliches Gepräge bewahren¹⁰. Betrachtet man Ausmaß, Umfang und Quantität der Grundsicherungsleistungen für Arbeitssuchende mit den verbliebenen Aufgaben der Bundesagentur im Bereich der Versicherungsleistungen (Arbeitslosengeld I), so verschiebt sich der Schwerpunkt der Aufgaben eindeutig in den Bereich der steuerfinanzierten Fürsorgeleistungen, zumal die Bundesagentur auch für die „versicherungsfremde“ Arbeitsvermittlung zuständig ist. Von einem sozialen Versicherungsträger, der sich maßgeblich durch (Sozialversicherungs-)Beiträge finanziert¹¹, dürfte dann schwerlich die Rede sein.

Auch die Voraussetzungen des Art. 87 III 2 GG sind keineswegs unproblematisch erfüllt. Nach dieser Vorschrift kann der Bund bei dringendem Bedarf mit Zustimmung des Bundesrates und der Mehrheit der Mitglieder des Bundestags bundeseigene Mittel- und Unterbehörden errichten, wenn ihm auf Gebieten, für die ihm die Gesetzgebung zusteht, neue Aufgaben erwachsen. Ob die Sachaufgabe der Grundsicherung für Arbeitssuchende noch „neu“ ist, nachdem sie bereits seit dem 1. 1. 2005 administriert wird, dürfte zweifelhaft sein. Weitere Zweifel an der Neuartigkeit der Aufgabe bestehen auch deshalb, weil Fürsorgeleistungen für Langzeitarbeitslose bereits vor dem SGB II existierten, das aus einer Reform des Sozialsystems, insbesondere aus einer Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe, entstanden ist¹². Allerdings werden an die Aufgabenneuheit iSv. Art. 87 III 2 GG gemeinhin keine allzu hohen Anforderungen gestellt¹³. Alte Tätigkeitsfelder können schon „neu“ sein, wenn sie dem Bund erstmals zu wachsen oder so umgestaltet werden, dass sie qualitativ andersartig werden¹⁴. Das ließe sich für Hartz IV sicherlich bejahen.

Ob ein „dringender Bedarf“ für die Errichtung bundeseigener Mittel- und Unterbehörden besteht, alle die notwendigerweise dezentral zu erfüllenden Grundsicherungsaufgaben nicht anders administriert werden können¹⁵, dürfte fraglich sein. Andererseits könnte ein „dringender Bedarf“ gerade durch das Urteil des BVerfG entstanden sein, weil es dem Gesetzgeber ultimativ aufgegeben hat, bis zum 31. 12. 2010 eine neue Regelung zu treffen.

Im Modell der bundeseigenen Verwaltung wäre die Bundesagentur einheitlich für alle Arbeitslosen (Arbeitslosengeld I-Bezieher und Arbeitslosengeld II-Empfänger) und alle Leistungen zuständig (incl. der Kosten der Unterkunft und der sozialen Begleitmaßnahmen). „Verschiebebahnhöfe“ zwischen dem SGB II und dem SGB III entfielen; die Arbeitsvermittlung im Bereich SGB II und SGB III könnte langfristig zusammengeführt werden. Für die Bekämpfung der Langzeitarbeitslosigkeit bliebe der Bund politisch verantwortlich. Da die Bundesagentur keinesfalls alle Leistungen allein erbringen könnte, müsste sie bestimmte Kommunalleistungen (z. B. flankierende Eingliederungsmaßnahmen) „einkaufen“. Das Personal der Kommunen könnte für diese Aufgaben weiter eingesetzt werden. Allerdings müssten zur Finanzierung jährlich rund 10 Mrd. €¹⁶ von den

5) Rn. 172 des Urteils (Fn. 1).

6) Rn. 167 f. des Urteils (Fn. 1).

7) *Hennes* in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 3, 2000, Art. 87 Rn. 56. *Sachs* in: *Sachs* (Hrsg.), *GG*, 4. Aufl. 2007, Art. 87 Rn. 49.

8) *Henneke*, *Verfassungsfragen der Zusammenführung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe bei der Bundesanstalt für Arbeit*, ZG 2003, S. 137, 152; *Brosius-Gersdorf*, *Hartz IV* und die Grundsicherung für hilfebedürftige erwerbsfähige Arbeitssuchende, VSSR 2005, S. 335, 351.

9) Vgl. dazu *Müller-Franken*, Die Verwaltung der Arbeitslosenhilfe im System der mittelbaren Bundesverwaltung, VSSR 1998, S. 133, 142 f.; kritisch *Bull* in: *Alternativkommentar zum GG*, 3. Aufl. 2001, Art. 87 Rn. 101; *Lerche* in: *Mauz/Dürig*, *GG*, Kommentar, Bd. IV, 51. Aufl. 2008, Art. 87 Fn. 63.

10) *BVerfG*, Beschluss vom 28. 1. 1998, Az.: 2 BvF 3/92, BVerfGE 97 S. 198, 217 ff. zur Bundespolizei; *Burgi* in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, *GG*, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 87 Rn. 76, der zu Recht Probleme sieht, soweit die Bundesagentur für Arbeit auch Vermittlungsaufgaben übernimmt.

11) Vgl. dazu *Burgi* (Fn. 10), Art. 87 Rn. 72; *Henneke*, Karlsruhe setzt Signale für kommunale Gesamtträgerchaft des SGB II, *Wirtschaftsdienst* 2008, S. 85.

12) *Brosius-Gersdorf* (Fn. 8), S. 354 f.

13) *Burgi* (Fn. 10), Art. 87 Rn. 130; *Lerche* (Fn. 9), Art. 87 Rn. 213.

14) *Lerche* (Fn. 9), Art. 87 Rn. 213; *Brosius-Gersdorf* (Fn. 8), S. 355.

15) *Burgi* (Fn. 10), Art. 87 Rn. 131; *Sachs* (Fn. 7), Art. 87 Rn. 76.

16) Bezogen auf das Kalenderjahr 2007, vgl. dazu *Schmachtenberg*, *Wie sollte die Betreuung der Langzeitarbeitslosen geordnet werden?*, *Wirtschaftsdienst* 2008, S. 79, 80.

Gemeinden über die Länder auf den Bund übertragen werden, was wohl eine Änderung der Finanzverfassung des GG erfordern würde.

IV. Alleinzuständigkeit der Länder/Kommunen und erweitertes Optionsmodell

Eine ausschließliche Kommunalisierung durch Bundesgesetz ist unzulässig. Denn der Bund darf den Städten und Gemeinden keine Aufgaben direkt zuweisen, weil Art. 84 I 7 GG seit dem 1. 12. 2006 ein „absolutes Verbot der Aufgabenzuweisung auf die kommunale Ebene“¹⁷ normiert. Eine Kommunalisierung ist deshalb nur über die Länder oder durch Erweiterung des Optionsmodells möglich.

1. Alleinzuständigkeit der Länder mit möglicher Kommunalisierung

Da das GG den landeseigenen Vollzug von Bundesgesetzen als Regelfall vorschreibt (Art. 30, 83 GG), stünde einer Alleinzuständigkeit der Länder verfassungsrechtlich nichts im Wege. Sie wären befugt, die Aufgaben an die Kommunen zu übertragen. Allerdings ließe sich nie auszuschließen, dass einzelne Länder von einer Übertragung auf die Kommunen absähen und andere Lösungen wählten.

Die Alleinzuständigkeit der Länder würde die zweiseitige öffentliche Arbeitsverwaltung (Bundesagentur einerseits, Länder bzw. Kommunen andererseits) zementieren, Verschiebebahnhöfe eröffnen und die überregionale Arbeitsvermittlung schwächen. Der Bund könnte sich aus der Bekämpfung der Langzeitarbeitslosigkeit zurückziehen. Länder mit einem hohen Anteil an Langzeitarbeitslosen in der Bevölkerung hätten ein großes Finanzierungsrisiko zu tragen. Je nach konjunktureller Entwicklung wären die Bundesländer bei steigender Arbeitslosigkeit mit erheblichen finanziellen Belastungen konfrontiert. Einzelne Kommunen wären insbesondere bei wirtschaftlichen Strukturkrisen in ihrem Wirkungskreis (Zusammenbruch der Textilindustrie im westlichen Münsterland, Bergbaukrise im Ruhrgebiet, Strukturschwäche der Neuen Bundesländer) mit der Aufgabe der Arbeitsverwaltung vollständig überfordert. Finanzpolitisch ergäbe sich ein jährlicher Transferbedarf von ca. 35,5 Mrd. €¹⁸ vom Bund auf die Länder, wobei der Kompensationsbedarf zwischen den Ländern stark differieren dürfte. Eine Änderung der Finanzverfassung des GG dürfte hierfür unumgänglich sein. Zudem wäre die Finanzierung zwischen Ländern und Kommunen ungeklärt, wengleich bei einer Aufgabenübertragung grundsätzlich das Konnexitätsprinzip der jeweiligen Landesverfassung gelten würde. Denn die Landesverfassungen sehen mitunter „Eigenbeteiligungen“ der Kommunen vor. Außerdem dürfte das Konnexitätsprinzip weder für die Kosten der Unterkunft noch für die flankierenden Leistungen gelten, weil die Kommunen diese Aufgaben bereits heute erfüllen müssen und das *BVerfG* sowohl die Aufgabenübertragung als auch die Finanzierung gebilligt hat. Darüber hinaus käme es wohl zu erheblichen Personalverschiebungen, weil Beschäftigte von der Bundesagentur zu den Kommunen wechseln müssten.

2. Erweitertes Einheits- oder Optionsmodell

Art. 84 I 7 GG dürfte einer Ausdehnung des Optionsmodells durch Bundesgesetz auf weitere Kommunen nicht entgegenstehen. Denn § 6 a SGB II überträgt den Kommunen keine Aufgaben im Sinne einer einseitigen Zuweisung¹⁹, sondern räumt ihnen lediglich ein Wahl- oder Optionsrecht ein, das sie freiwillig ausüben oder ungenutzt lassen können. Entschließt sich eine Kommune zu optieren, muss sie einen entsprechenden Antrag stellen und ein Zu-

lassungsverfahren durchlaufen, bevor sich ihr Aufgabenkreis erweitert. Dies belegt, dass es im Optionsmodell bei der Aufgabenverlagerung keinen Automatismus gibt, den Art. 84 I 7 GG gerade verhindern soll. Da der Bund der kommunalen Ebene keine Aufgaben aufoktroiert, sondern lediglich einzelnen Kommunen ein Angebot unterbreitet, dürfte eine Erweiterung der Option mit Art. 84 I 7 GG vereinbar sein. Dies sieht offenbar auch das *BVerfG* so, wenn es ausführt, dass nicht ersichtlich sei, weshalb das Optionsmodell „nicht auch ohne die in § 6 a III 1 SGB II vorgesehene zahlenmäßige Beschränkung möglich sein sollte“²⁰. Die Finanzierung des erweiterten Optionsmodells ließe sich über Art. 106 VIII GG dauerhaft sicherstellen. Nach dieser Vorschrift hat der Bund unzumutbare Sonderbelastungen auszugleichen, wenn er in einzelnen Ländern oder Gemeinden (Gemeindeverbänden) besondere Einrichtungen veranlasst, die in diesen Ländern oder Gemeinden (Gemeindeverbänden) unmittelbar Mehrausgaben oder Mindereinnahmen hervorruft. Es müssen also Mehrbelastungen entstehen, denen einzelne Länder oder Kommunen in besonderer Weise ausgesetzt sind. Sind dagegen alle oder die überwiegende Zahl der Gebietskörperschaften gleichermaßen betroffen, kann von „Sonderbelastungen“ keine Rede mehr sein²¹. Sollte der Gesetzgeber das Einheitsmodell also zum Regelfall erklären, würde er sich damit gleichzeitig den Weg zum Finanzausgleich über Art. 108 VIII GG versperren. Deshalb könnte der Optionsmodell zwar erweitern, faktisch aber nicht flächendeckend auf einen Großteil des Bundesgebiets ausdehnen.

V. Duale Zuständigkeit mit getrennter Aufgabenwahrnehmung

Schließlich könnten die Bundesagentur und die kommunalen Träger die ARGEn auflösen und ihre Aufgaben künftig getrennt voneinander wahrnehmen, wie dies bundesweit schon in 21 Fällen geschieht. Die Agentur für Arbeit übernehme die Betreuung und Vermittlung in Arbeit und würde über die Voraussetzungen der Regelleistung zur Sicherung des Lebensunterhalts (und der Leistungen für Mehrbedarfe) entscheiden, die Kommunen wären für die Kosten der Unterkunft und Heizung sowie für die begleitenden Hilfen nach § 16 II SGB II zuständig. Verfassungsrechtlich und nach der geltenden Rechtslage bestehen gegen dieses Modell keine Bedenken, weil die Aufgabenübertragung auf die Kreise und kreisfreien Städte zulässig ist, die bisherige Finanzierung beibehalten werden könnte und sich klare Weisungs- und Aufsichtstränge gewährleisten ließen. Damit wäre der Entscheidung des *BVerfG* Genüge getan.

Allerdings wäre keine einheitliche Leistungserbringung sichergestellt, weil beide Leistungsträger jeweils eigenständige Verwaltungsakte erlassen müssten. Doppelarbeit dürfte unvermeidbar sein. Statt der Aufgabenerledigung „aus einer Hand“ wäre lediglich eine „Hilfe unter einem Dach“ realisierbar. Durch die Beibehaltung zweier Verwaltungen ergäben sich für den betroffenen Bürger besondere Schwierigkeiten. Er erhielte zwei Leistungsbescheide (Regelleistung von der Bundesagentur, Kosten der Unterkunft von der Kommune) und müsste im Streitfall ggf. zwei Widerspruchs- und Klageverfahren durchführen. Da die Bescheide die jeweils andere Verwaltung – solange eine

17) Rn. 135 des Urteils (Fn. 1).

18) *Schmachtenberg* (Fn. 16), S. 80.

19) *BVerfG*, Beschluss vom 9. 12. 1987, Az.: 2 BvL 16/84, *BVerfGE* 77, S. 288, 299.

20) Rn. 173 des Urteils (Fn. 1).

21) *Mauz/Dürig* (Fn. 9), Art. 106 Rn. 97.

gesetzliche Regelung fehlt – nicht binden würden, könnte es bei unterschiedlichen Bewertungen von Einkommen und Vermögen zu Divergenzen kommen, die der Hilfebedürftige kaum nachvollziehen könnte. Für die Kommunen sind Einsatz von Einkommen und Vermögen im Hinblick auf § 19 Satz 3 SGB II aber besonders bedeutsam, weil sie das Risiko der Aufstockungsleistung tragen. Hier könnte allenfalls eine administrativ vereinbarte, aber in ihrer Entscheidungskompetenz weder die Bundesagentur noch die Kommunen bindende Clearingstelle eingerichtet werden. Für die Zeit der Streitschlichtung stellt sich die Frage der vorläufigen Gewährung von Kosten der Unterkunft an den Betroffenen, weil hierfür nach geltendem Recht keine Ermächtigungsgrundlage ersichtlich ist (§ 44 a I 3 SGB II bezieht sich ausschließlich auf die Erwerbsfähigkeit und Hilfebedürftigkeit). Völlig ungeklärt bleibt schließlich, wie bei diesem Modell Eingliederungsvereinbarungen zu handhaben sind, an deren Stelle ein Verwaltungsakt treten kann. Ein Zusammenwirken der beteiligten Grundsicherungsträger ist deshalb unerlässlich, wobei das *BVerfG* einer einvernehmlichen Zusammenarbeit (Kooperation, 1.) enge Grenzen gesetzt hat. Als Lösung bietet sich deshalb ein staatlich angeordnetes Zusammenwirken (Koordination, 2) an.

1. Kooperatives Jobcenter

Im dem Vorschlag des kooperativen Jobcenters kommt eher der politische Wille zum Ausdruck, auch weiterhin „Leistungen aus einer Hand“ zu gewähren, weniger ist es die rechtliche Beschreibung, wie trotz oder wegen des noch bestehenden § 44 b SGB II zu verfahren ist. Im kooperativen Jobcenter soll für den Bürger die partnerschaftliche Zusammenarbeit in den ARGEN zwischen Kommunen und Agenturen für Arbeit gemeinsam fortentwickelt werden. Es soll eine möglichst einheitliche Anlaufstelle für den Bürger vorhanden sein, eine gemeinsame Antragsannahme, eine abgestimmte Bescheiderteilung und Auszahlung. An die Stelle der bisherigen Trägerversammlung, in der beide Partner vertreten sind, tritt der Kooperationsausschuss. Für die Zusammenarbeit in kooperativen Jobcentern werden in einem Kooperationsvertrag Verabredungen zur Abstimmung und Leistungserbringung getroffen.

Auch wenn die deutsche Verwaltung auf Kooperation angelegt ist (vgl. Art. 35 GG), der Verwaltungsaufbau mittlerweile als „dezentral-kooperativ“ bezeichnet wird²² und das GG von einem „kooperativen Föderalismus“ ausgeht, können Bund und Länder keine „einvernehmliche Mischverwaltung“ aufbauen. Denn die Kompetenzordnung des GG ist weder für den Bund noch für die Länder/Kommunen verfügbar. Dies hat das *BVerfG* in seinem Urteil klar herausgearbeitet²³. Zwar erweiterten (freiwillige) Selbstbeschränkungen des einen Verwaltungsträgers die Möglichkeiten des anderen, seine eigenen Vorstellungen durchzusetzen. Die Selbstbeschränkung eines Aufgabenträgers sei aber gleichzeitig mit der Nichtwahrnehmung der eigenen Verantwortung verbunden, so dass jedenfalls bei einem der beiden Verwaltungsträger nicht mehr von einer eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung gesprochen werden könne. Damit hat das *BVerfG* auch rein kooperative, untergesetzliche Lösungen deutlich begrenzt. Dies entzieht Kooperationsausschüssen, die verbindlich über die eigenverantwortlichen Aufgaben eines Verwaltungsträgers (mit)entscheiden, den Boden. Dasselbe dürfte auch für „Grundbescheide“ gelten, die den einen Träger an die Rechtsauffassung des anderen binden (sollen). Dies bedeutet im Ergebnis, dass die selbständigen Verwaltungseinheiten der Bundesagentur auf der einen Seite und der kommunalen Träger auf der anderen Seite nicht miteinander

kooperieren können, sondern ihr Vorgehen koordinieren müssen.

2. Koordinierte Verwaltug: Kontakt zum Bürger durch einen Träger

Koordination ist mehr als ein beziehungsloses Nebeneinander und zufällige Abgestimmtheit und weniger als Gleichschaltung oder völlige Harmonisierung. Wer koordiniert, stimmt das Verwaltungshandeln sinnvoll aufeinander ab, ohne dabei die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung, Eigenständigkeit, Handlungsfreiheit und Verantwortungsklarheit der Verwaltungsträger anzutasten²⁴. Eine solche Koordination zwischen der Bundesagentur und den kommunalen Trägern ist verfassungsrechtlich zulässig. Unzulässig wäre nur das Kooperationsmodell, bei dem der eine Träger die Aufgaben des anderen partiell miterfüllen oder beide so zusammenwirken würden, dass sie gemeinsam etwas Neues hervorbringen.

Die Koordination selbständiger Verwaltungsträger ist naturgemäß schwierig und kann – hier nicht zuletzt wegen des kommunalen Selbstbestimmungsrechts der Gemeinden – nicht zur Perfektion gesteigert werden. Ein in sich geschlossenes Koordinationssystem wird daher nicht zu erreichen sein. Vor diesem Hintergrund lässt sich Koordination erzielen, indem das Gesetz

- selbst das Verwaltungshandeln so determiniert, dass bei ordentlichem Vollzug der Vorschriften ein koordiniertes Handeln entsteht (ipso-iure-Koordination) oder
- inhaltliche oder verfahrensrechtliche Regelungen vorsieht, die zu einer gegenseitigen Abstimmung nötigen (sog. gesetzlich institutionalisierte Koordination)²⁵.

Zur ipso-iure-Koordination zählen z. B. Regelungen über die Anerkennung fremder behördlicher Akte, auf denen die weitere Arbeit aufbaut. So führt z. B. die Anerkennung der Vertriebenen- und Schwerbehinderteneigenschaft (mit Ausweiserteilung) zu allen vorgesehenen Vergünstigungen. Verwaltungsrechtlich handelt es sich dabei um eine Tatbestandswirkung. Dagegen scheidet eine gesetzlich institutionalisierte Koordination (Weisung einer Aufsichtsbehörde) aus. Zwischen Behörden und Trägern, die einander – wie Bundesagentur und kommunale Träger – nicht in irgendeiner Weise über- oder nachgeordnet sind, kommt als Koordinationsmechanismus nur die Beteiligung an der Entscheidung im Einzelfall in Betracht. Allerdings müssten Tatbestandswirkung und Beteiligungsrechte gesetzlich normiert werden²⁶.

Unabhängig von einer gesetzlichen Neuregelung könnten die Grundsicherungsträger ihr Vorgehen schon jetzt so koordinieren, dass nur einer gegenüber dem Hilfebedürftigen auftritt, als nur ein Leistungsträger nach außen handelt.

a) Einheitliche Bescheiderteilung

Die Verfügung über Regelleistung, die die Bundesagentur erlassen muss, und die Verfügung über die Unterkunft- und Heizungskosten, für die der kommunale Träger zuständig ist, sind trennbare Verwaltungsakte iSd. § 31 des Zehn-

22) Püttner, Verwaltungslehre, 4. Aufl. 2007, § 9 IV 1, S. 110 f.

23) Rn. 185 des Urteils 8Fn. 1).

24) Vgl. auch *BVerfGE*, Entscheidung vom 10. 5. 1960, Az.: 1 BvR 190/58 u. a., SozR Nr. 1 zu Art. 74 GG = BVerfGE 11 S. 105.

25) Püttner (Fn. 22), § 9 III 1 S. 103 f.

26) BSG, Urteil vom 6. 10. 1981, Az.: 9 RVs 3/81, SozR 3870 § 3 Nr. 13 = BSGE 52 S. 168, 174; *BVerfGE*, Urteil vom 27. 2. 1992, Az.: 5 C 48/88, BVerfGE 90 S. 65, 69; *BfH*, Urteile vom 13. 12. 1985, Az.: III R. 204/81, NVwZ, 1987 S. 175, 176; vom 5. 2. 1988, Az.: III R. 244/83, BfHE 152 S. 488, 490; vom 22. 2. 1989, Az.: III R. 167/86, BfHE 158 S. 375, 378 und vom 22. 2. 1991, Az.: III R. 35/87, BfHE 164 S. 198, 200; *Stelkens/Bank/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 43 Rn. 135.

ten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB X) und können in einem Bescheid zusammengefasst werden²⁷. Auch das BVerfG geht offensichtlich davon aus, dass ein einheitlicher Leistungsbescheid in mehrere Verfügungssätze zerlegt werden kann²⁸. Träte beispielsweise nur die Bundesagentur nach außen hin auf, würde sie ihre Entscheidung über die Regelleistung in ihrem Bescheid verlaublichen und wäre gleichzeitig verpflichtet, die Verfügung des kommunalen Trägers 1:1 in denselben Bescheid zu übernehmen. Divergierende Entscheidungen wären nicht auszuschließen, was schon aus Sicht des betroffenen Bürger nicht hingenommen werden kann.

b) Verbindliches Einigungsstellen- und Clearingverfahren

Jeder Grundsicherungsträger prüft die Anspruchsvoraussetzungen in eigener Verantwortung. Auf Grund der verfassungsrechtlichen Vorgaben (unterschiedliche Weisungs- und Aufsichtsstränge; Selbstverwaltungsrecht der Kommunen) muss überdacht werden, ob das verbindliche Einigungsstellenverfahren nach § 44 a SGB II weiterhin Bestand haben kann, weil es nicht nur koordinierende, sondern kooperative Regelungen enthält, die insbesondere bei der Bestimmung des einzusetzenden Einkommens und Vermögens die Eigenverantwortlichkeit der Leistungsträger einschränken²⁹. Dessen ungeachtet erfasst § 44 a Satz 1 SGB II nur Fragen der Hilfebedürftigkeit und der Erwerbsfähigkeit, nicht jedoch die Kosten der Unterkunft.

c) Bindung des einen Trägers an die Entscheidung des anderen

Die Bindung eines Trägers an die Entscheidung eines anderen ist über die sog. Tatbestandswirkung und über (verwaltungsinterne) Beteiligungsrechte möglich. Die Bindungswirkung ist nach verwaltungsverfahrenrechtlicher Dogmatik ein Ausnahmefall und bedarf – wie dargestellt – einer gesetzlichen Anordnung.

aa) Tatbestands- und Feststellungswirkung

Im Sozialrecht findet sich eine derartige Er Streckung der Bindungswirkung beispielsweise im Schwerbehindertenrecht, im Statusfeststellungsverfahren nach § 7 a SGB IV, in der Entscheidung der Einzugsstelle nach § 28 h II 1 SGB IV und in § 88 III 1 des Soldatenversorgungsgesetzes (SVG). Er lautet: „Die bekannt gegebene Entscheidung einer Behörde der Verwaltung (...) ist für die Behörde der jeweils anderen Verwaltung verbindlich.“ Dabei ist jedoch immer zu beachten, dass die Bindungswirkung nur für den Entscheidungssatz (Tenor) des Verwaltungsaktes gilt, nicht jedoch für seine Begründung oder die Beurteilung von Vorfragen: Entscheidet die Bundesagentur, dass ein Hilfesuchender z. B. Anspruch auf die Regelleistung in voller Höhe (347,00 €) hat, so steht dies auch für alle anderen Behörden und öffentlichen Rechtsträger und damit auch für den kommunalen Träger fest. Der kommunale Träger muss diese Entscheidung seiner eigenen Beurteilung ungeprüft zu Grunde legen. Damit ist für die Koordination aber noch nichts gewonnen. Denn die Entscheidung über die Regelleistung hat für den kommunalen Träger hinsichtlich der koordinationsbedürftigen Vorfragen (Erwerbsfähigkeit, Hilfebedürftigkeit) keine Bindungs- oder präjudizielle Wirkung. Eine Feststellungswirkung im Hinblick auf vorgreifliche Inzidentfragen besteht nur, wenn dies gesetzlich eindeutig angeordnet ist. Ansonsten ist kein Rechtsträger an die Feststellungen zur Sach- und Rechtslage gebunden, die ein anderer Träger in einem Verwaltungsakt implizit getroffen hat³⁰.

bb) Schaffung von Beteiligungsrechten

Der Gesetzgeber kann die Entscheidung der federführenden Behörde von der verwaltungsinternen Mitwirkung ei-

ner anderen Behörde oder eines anderen Verwaltungsträgers abhängig machen. Diese sog. mehrstufigen Verwaltungsakte dürfen erst nach Erteilung der Zustimmung (Genehmigung, Einvernehmen und dgl.) einer anderen Behörde oder sogar eines anderen Verwaltungsträgers erlassen werden. In der Regel ist die Zustimmung als verwaltungsinterne Erklärung konzipiert, die im Vorfeld gegenüber der Behörde abzugeben ist, die nach außen hin auftritt und den Verwaltungsakt erlässt³¹. Hierzu zählen z. B. das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 Bundesbaugesetzbuch (BauGB) oder die Zustimmung nach § 9 II Fernstraßengesetz (FStrG). Ein weiteres Beispiel findet sich im Ausländerbeschäftigungsrecht. Dort bestimmt § 4 II 3 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG), dass einem Ausländer, der keine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Beschäftigung besitzt, die Ausübung einer Beschäftigung nur erlaubt werden kann, wenn die Bundesagentur für Arbeit zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. Derartige Beteiligungsrechte ließen sich auch im Verhältnis zwischen Bundesagentur und kommunalen Trägern installieren, um das Handeln beider Grundsicherungsträger zu koordinieren.

VI. Zusammenfassung

1. Die bundeseigene Verwaltung durch die Bundesagentur nach Art. 87 II GG wäre verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Der Bund könnte aber bundeseigene Mittel- oder Unterbehörden nach Art. 87 III 2 GG errichten.

2. Eine Kommunalisierung könnte über die Länder verwirklicht werden, die jedoch von einer Übertragung auf die Kommunen absehen und andere Lösungen wählen könnten.

3. Die Experimentierklausel des § 6 a SGB II kann über den Kreis der bisher 69 Optionskommunen hinaus erweitert werden. Eine flächendeckende Ausdehnung auf einen Großteil des Bundesgebiets scheitert aber faktisch an der Finanzverfassung.

4. Die Bundesagentur und die kommunalen Träger können nicht im „Sinne eines kooperativen Jobcenters“ zusammenwirken, sondern können ihr Vorgehen lediglich koordinieren. Bei der dualen Zuständigkeit mit getrennter Aufgabenwahrnehmung muss es daher stichwortartig heißen: „Koordination statt Kooperation“.

5. Da die Bundesagentur und die kommunalen Träger einander weder über- noch nachgeordnet sind, kommen als Koordinationsmechanismen nur die Tatbestandswirkung und die Beteiligung an der Entscheidung im Einzelfall in Betracht. Tatbestandswirkung und Beteiligungsrechte müssen gesetzlich normiert werden.

Unabhängig von einer gesetzlichen Neuregelung könnten die Grundsicherungsträger ihr Vorgehen schon jetzt so koordinieren, dass nur einer gegenüber dem Hilfebedürftigen auftritt, also nur ein Leistungsträger nach außen handelt. Allerdings muss für den Bürger verfahrensmäßig zum Ausdruck kommen, dass die Bundesagentur über die Regelleistung, die Kommunen über die Kosten der Unterkunft verbindlich entscheiden.

²⁷ BSG, Urteil vom 7. 9. 2006, B 7 a AS 8/06 R, SozR 4-4200 § 22 Nr. 1.

²⁸ Rn. 179 des Urteils (Fn. 1).

²⁹ S. dazu Brosius-Gersdorf (Fn. 8), S. 359.

³⁰ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 43 Rn. 26; Meyer in: Knack, VwVfG, 8. Aufl. 2008, § 43 Rn. 22; Stelkens/Bonk/Sachs, (Fn. 26), § 43 Rn. 151; Wölff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 20 Rn. 65.

³¹ Kopp/Ramsauer (Fn. 30), § 35 Rn. 66 a; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 9 Rn. 30.

der Hinweis genügen, dass die Beschwerdeführer nicht die Aufgabenübertragung auf die kommunale Ebene angegriffen haben. Auf dem Prüfstand stand in diesem Punkt nur der Weg hierzu, nämlich eine Aufgabenübertragung unmittelbar durch den Bund, und die damit verbundene Finanzierungsregelung.

Das Urteil gab den Karlsruhern Verfassungshütern Gelegenheit, nochmals Stellung zu nehmen zu verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie für die Kreise (hierzu unter II). Das spannende Thema der Zulässigkeit eines Aufgabendurchgriffs des Bundes auf die kommunale Ebene wurde noch unter den Vorzeichen der Art. 83 ff. GG a. F. vor der Föderalismusreform entschieden (unter III). Im Kern stehen die grundlegenden Ausführungen der Mehrheit des *Senats* zur Unzulässigkeit einer Mischverwaltung zwischen Bund und Kommunen in der hier vorliegenden Konstellation (unter IV). Dem schließt sich ein kurzer Ausblick auf die zu ziehenden rechtspolitischen Konsequenzen an (unter V).

II. Selbstverwaltungsgarantie der Kreise

Anders als die Gemeinden verfügen die Kreise nicht über eine Allzuständigkeitsvermutung für neue Aufgaben. Sie haben nach Art. 28 II 2 GG das Selbstverwaltungsrecht „im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches“. Die Zuweisung eines Aufgabenbereiches obliegt somit dem Gesetzgeber. Eine Analyse der Strukturelemente von Satz 1 und Satz 2 des Art. 28 II GG führt hinsichtlich Aufgabenbestand, Eigenverantwortlichkeit sowie dem Gesetzesvorbehalt zu folgenden Ergebnissen: Die Aufgabenallzuständigkeit der Gemeinden in Bezug auf die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ korrespondiert mit der Gewährleistung eines nur „gesetzlichen Aufgabenbereiches“ der Landkreise. Dem Recht der Gemeinden, ihre Angelegenheiten „in eigener Verantwortung zu regeln“, entspricht bei den Landkreisen das „Recht der Selbstverwaltung“. Die für die Gemeinden gewählte einschränkende Formulierung „im Rahmen der Gesetze“ findet für die Landkreise ihr Gegenstück in der Wendung „nach Maßgabe der Gesetze“⁵.

Die Entscheidung, in welcher Art und Weise eine Aufgabenzuweisung an die Landkreise erfolgt, obliegt der ausformenden Kompetenz des Gesetzgebers. Das *BVerfG* hat bereits früher klargestellt, es dürfe sich aber nicht ausschließlich um staatliche Angelegenheiten des *übertragenen Wirkungskreises* handeln⁶. Der Gesetzgeber müsse den Landkreisen vielmehr bestimmte Aufgaben als Selbstverwaltungsaufgaben, als kreiskommunale Aufgaben des *eigenen Wirkungskreises*, zuweisen. Das „Recht auf Selbstverwaltung“ in Art. 28 II 2 GG entspreche insoweit der Vorschrift des Art. 28 II 1 GG⁷. Hieran knüpft das *BVerfG* nun ausdrücklich an. Der den Kreisen unter vollkommener Ausschöpfung der auch ihnen gewährten Eigenverantwortlichkeit zugewiesene Bestand an überörtlichen, kreiskommunalen Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises müsse für sich genommen und im Vergleich zu zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein Gewicht haben, das der institutionellen Garantie der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften gerecht werde, andernfalls wäre die Garantie des Art. 28 II 2 GG durch den Gesetzgeber entwertet und durch den Gesetzgeber umgangen⁸. Es ist daher nicht zutreffend, den Landkreisen von Verfassung wegen allein einen gewissen quantitativen Aufgabenbestand zuzubilligen⁹. Vielmehr wird ein Mindestmaß an typischen, historisch über-

Zur Rechtsprechung

Dr. Hubert Meyer, Hannover

Das SGB II als Ernstfall des Föderalismus

BVerfG schützt sozialpolitischen Gestaltungsspielraum und föderale Eigenverantwortung^{*}

I. Einleitende Bemerkungen

Mit Urteil vom 20. 12. 2007 hat der *Zweite Senat* des *BVerfG* § 44 b SGB II, das organisatorische Kernelement der früher gern „Hartz IV“ genannten Reform im Rahmen der Agenda 2010 der Regierung von Bundeskanzler *Gerhard Schröder*, für unvereinbar mit Art. 28 II 1 und 2 i. V. mit Art. 83 GG erklärt. Dem Gesetzgeber wurde eine Übergangsfrist für eine verfassungskonforme Neuregelung bis zum 31. 12. 2010 eingeräumt¹. Soweit sich die Verfassungsbeschwerden der insgesamt elf Landkreise hingegen gegen die Zuweisung der Zuständigkeit für einzelne Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende ohne vollständigen Ausgleich der sich daraus ergebenden Mehrbelastungen richteten, wurden sie zurückgewiesen.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat in einer offiziellen Reaktion hervorgehoben, das Arbeitslosengeld II und seine Finanzierung seien als verfassungsgemäß bestätigt, die beiden Hauptanliegen der klagenden Landkreise damit abgewiesen worden, denn die Beschwerdeführer hätten die Verantwortung der Kommunen für die Leistungen der Kosten der Unterkunft und Heizung und deren finanziellen Ausgleich angegriffen. Hier bestehe nun Klarheit: Die Trägerschaft im SGB II durch die Bundesagentur einerseits und durch die Kommunen andererseits bleibe nicht nur unberührt – sie sei vom *BVerfG* sogar bestätigt worden². Bevor auf diesen eigenwilligen Versuch des Gewinnens der Deutungshoheit durch das BMAS eingegangen wird, sind die grundlegenden verfassungsrechtlichen Bestätigungen und neuen Erkenntnisse des Urteils kurz zu würdigen. An dieser Stelle muss

^{*} Besprechung von *BVerfG*, Ur. v. 20. 12. 2007 – 2 BvR 2433/04 u. a., NVwZ 2008, 183. – Der Autor ist als Geschäftsführendes Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages tätig und Mitherausgeber der NVwZ.

1) NVwZ 2008, 183.

2) Deutscher Bundestag, Ausschuss für Arbeit und Soziales, Ausschussdrucksache 16(11)893 v. 21. 1. 2008.

3) Überzeugend vgl. *Schoch*, in: *Henneke/Maurer/Schoch*, Die Kreise im Bundesstaat, 1994, S. 9 ff. (23); zuletzt *Henneke*, DVBl 2007, 87 (89).

4) Ausf. vgl. *Kluth*, in: *Meyer/Wallerath* (Hrsg.), Gemeinden und Kreise in der Region, 2004, S. 65 ff.

5) *BVerfGE* 83, 363 (383) = NVwZ 1992, 365; ebenso bereits u. *Mutius/Dreher*, Reform der Kreisfinanzen, 1990, S. 17; *Clemens*, NVwZ 1990, 834 (842).

6) NVwZ 2008, 183 Rdnr. 116f.

7) So aber *Bovenschildte*, Gemeindeverbände als Organisationsformen kommunaler Selbstverwaltung, 2000, S. 220 ff., 255 ff.

kommenen Aufgaben gewährleiser⁸. Hinzufügen darf man: Auch die verfassungsrechtliche Garantie einer unmittelbar gewählten Volksvertretung auf Kreisebene als Ausdruck der politisch-demokratischen Funktion kommunaler Selbstverwaltung verlangt nach einem qualitativ ins Gewicht fallenden Aufgabenkanon, da die höchsten verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Legitimation der Kreistagsabgeordneten sonst leer liefe.

Hervorzuheben ist die begrüßenswerte Klarstellung, dass nicht nur ein Entzug von Aufgaben, sondern auch eine Aufgabenzuweisung in das Recht der Selbstverwaltung eingreifen kann⁹. Nachdem es zunächst „erheblicher rechtsdogmatischer Anstrengungen bedurfte“¹⁰, um dieser Erkenntnis zum Durchbruch zu verhelfen, bestätigt das *BVerfG* ohne Aufhebens die Linie der im Urteil zitierten Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte.

Anders als bei den Gemeinden spricht nach Auffassung des *BVerfG* bei den Kreisen allerdings die Vermutung zunächst gegen einen Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht. Da diese nicht auf einen gesetzlich beschriebenen Aufgabenbestand verwiesen seien, bedeute eine Änderung in der Regel nicht einen Eingriff in den verfassungsrechtlich garantierten Aufgabenbestand, sondern eine Umschreibung seines Umfangs. Ein Eingriff liege erst vor, wenn die Übertragung einer neuen Aufgabe die Verwaltungskapazitäten so sehr in Anspruch nehme, dass sie nicht mehr ausreichen, um einen Mindestbestand an zugewiesenen Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises wahrzunehmen¹¹. Diese Erwägungen überzeugen nicht¹². Ob ein Eingriff vorliegt, sollte tunlichst nicht davon abhängen, welche übrigen Aufgaben wahrgenommen werden. Damit wird eine qualitative ungemünzt in eine quantitative Frage. Da eine Aufgabe in der Regel Kreisen und kreisfreien Städten gleichermaßen zugewiesen wird, führt die Interpretation des *BVerfG* im Übrigen zu dem merkwürdigen anmutenden Ergebnis, dass derselbe Akt der Aufgabenübertragung bei der einen Kommune (Stadt) als Eingriff, bei der anderen (Kreis) als Umschreibung des Aufgabenumfanges gewertet würde. Plausibler erscheint es, in beiden Fällen von einem Eingriff auszugehen, und erst im zweiten Schritt bei der Zulässigkeit des Eingriffs zu differenzieren.

III. Aufgabendurchgriff des Bundes

Kein Erfolg war den Beschwerdeführern mit der behaupteten Verletzung des Art. 84 I GG a. F. beschieden. Anerkennungsmäßig vermag eine Kommunalverfassungsbeschwerde kein Recht auf eine umfassende Normenkontrolle zu eröffnen. In dieser Verfahrensart können mit den Worten des *BVerfG* „... andere Verfassungsnormen als Art. 28 II GG nur insoweit als Prüfungsmaßstab herangezogen werden, als sie ihrem Inhalt nach das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitzubestimmen geeignet sind“¹³. Da nach Auffassung des Gerichts für die Kläger der Schutzbereich des Art. 28 II GG nicht berührt ist, kann offenbleiben, ob die Bestimmung der kreisfreien Städte und Kreise zu (Mit)Trägern der Grundsicherung für Arbeitssuchende in § 6 I 1 Nr. 2 SGB II gegen Art. 84 I GG a. F. verstoßen hat. Diese Vorgehensweise liegt in der (kritikwürdigen) Interpretation des Art. 28 II GG durch das Gericht begründet. Parallelen zum Verständnis der Art. 70 ff. GG als konkretisierende Normen der Selbstverwaltungsgarantie¹⁴ lassen sich nicht ziehen, wenn der Schutzbereich gar nicht erst als tangiert betrachtet wird. Das *BVerfG* musste in seiner Logik nur noch klarstellen, dass Art. 84 I a. F. nicht dazu diene, den Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung zu erhalten. Ob der Bund durch § 6 I 1 Nr. 2 SGB II gegen Art. 84 I GG a. F. verstoßen hat, lässt das Gericht offen. Es handelt sich um ein vergangenheitsorientiertes juristisches Gefecht, weil die materiell die Kommunen belastenden Normen wie in einer Vielzahl weiterer Fälle prozessual ohnehin nicht mehr angreifbar sind.

Aus kommunaler Brille ist die Feststellung verschmerzbar, Art. 84 I GG a. F. enthalte keine Konkretisierung des Art. 28 II 2 GG. Ungleich bedeutsamer für die Zukunft ist der nachfolgende Satz, der Art. 84 I 7 GG in der nunmehr geltenden Fassung¹⁵ als absolutes Verbot der Aufgabenzuweisung auf die kommunale Ebene¹⁶ und damit sehr wohl als Konkretisierung der Selbstverwaltungsgarantie versteht. Dies wird man dahingehend zu verstehen haben, dass auch nach Auffassung des *BVerfG* bei einem

Verstoß des Bundesgesetzgebers gegen diese Norm der Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie verletzt und damit eine im Wege der Kommunalverfassungsbeschwerde rügefähige Position für Gemeinden und Kreise gleichermaßen eröffnet ist.

Auch die Rüge der Verfassungswidrigkeit der § 46 I und V-X SGB II, die die (Mit)Finanzierung der Aufwendungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende, insbesondere die anteilige Finanzierung der Kosten der Unterkunft, durch den Bund regeln, blieb ohne Erfolg. Die Norm berechtige und verpflichte ausschließlich den Bund und die Länder, Ansprüche oder Pflichten der Kommunen würden nicht begründet. Erneut¹⁷ lässt das *BVerfG* daher auch in diesem Verfahren u. a. die von der ganz herrschenden Auffassung der Landesverfassungsgerichte und des Schrifttums¹⁸ bejahte Frage, ob zu der durch Art. 28 II GG gewährleisteten kommunalen Finanzhoheit über eine eigenverantwortliche Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft hinaus auch eine angemessene Finanzausstattung oder jedenfalls finanzielle Mindestausstattung gehört, ausdrücklich offen. Immerhin wird die Frage differenzierend in den Raum gestellt und nicht von vornherein auf die Mindestausstattung eingeeignet.

IV. Arbeitsgemeinschaften als unzulässige Mischverwaltung

Voller Erfolg war denjenigen Beschwerdeführern beschieden, die auch die in § 44 b SGB II geregelte Verpflichtung der kommunalen Träger der Grundsicherung für Arbeitssuchende angegriffen hatten, mit den Agenturen für Arbeit durch privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Verpflichtung *Arbeitsgemeinschaften* zu bilden und den Arbeitsgemeinschaften die Wahrnehmung der Aufgaben zu übertragen. Die Arbeitsgemeinschaften sahen sich nach einem Gesetzgebungsverfahren, das hinsichtlich der Trägerfrage wohl jedenfalls als wenig stringent und übersichtlich bezeichnet werden darf¹⁹, vielfältigen Anfragen und Kritik ausgesetzt²⁰. Es mangelte in der Regel nicht am guten Willen des Zusammenwirkens vor Ort. Als unverträglich erwiesen sich die zentrale Steuerung einer bundesweit agierenden Mammutbehörde und das Bestreben des kommunalen Partners nach flexiblen, den örtlichen Verhältnissen angepassten Lösungen. Aus diesen praktischen Schwierigkeiten resultierte letztlich der Wunsch nach einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung des zu Grunde liegenden Konstrukts.

Die verfassungsrechtliche Kritik wurde von der Mehrheit des *Zweiten Senats* des *BVerfG* geteilt. Bei § 44 b SGB II ging es nicht um eine neue Aufgabe für die verfahrensbeteiligten Landkreise, sondern um den bundesgesetzlich begründeten Zwang, bisherige Aufgaben in bestimmter Kooperation mit einer Bundesbehörde wahrzunehmen. Betroffen ist also die eigenverantwortliche Aufgabenerledigung. Hier bestehen keine verfassungsrecht-

8) Zur Ausgestaltung vgl. näher H. Meyer, in: *Litten/Wallerath* (Hrsg.), *MVVerf.*, 2007, Art. 72 Rdnrn. 34 ff.

9) *BVerfG*, NVwZ 2008, 183 Rdnr. 118.

10) Schoch, in: *Henneke/Meyer* (Hrsg.), *Kommunale Selbstverwaltung zwischen Bewahrung, Bewahrung und Entwicklung*, 2006, S. 11 (40).

11) NVwZ 2008, 183 Rdnrn. 120 f.

12) *Henneke*, Der Landkreis 2008, 12 (13), spricht von einem „Abzweig“ des *BVerfG*, der weiterer intensiver Diskussion bedürfe.

13) NVwZ 2008, 183 Rdnr. 127, unter Anführen früherer Judikatur des Gerichts.

14) Vgl. in diesem Sinne *Henneke*, Der Landkreis 2008, 12 (13), unter Hinweis auf *BVerfGE* 56, 298 (310) = NJW 1981, 1659.

15) Des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes v. 28. 8. 2006, BGBl. I, 2034 ff. – Föderalismusreform I.

16) *Ausf. dazu Schoch*, DVBl 2007, 261 ff.; *Försterling*, Der Landkreis 2007, 56 ff.; *ders.*, ZG 2007, 36 (42 ff.); *Henneke*, NdsVBl 2007, 57 ff., jew. m. w. Nachw.

17) Vgl. bereits *BVerfGE* 26, 172 (181) = NJW 1969, 1955; *BVerfGE* 26, 228 (244) = NJW 1969, 1843; *BVerfGE* 71, 25 (36 f.) = NVwZ 1986, 289; *BVerfGE* 83, 363 (386) = NVwZ 1992, 365; *BVerfG*, NVwZ-RR 2007, 435 f.

18) *Ausf. Nachw.* bei H. Meyer in: *Litten/Wallerath* (o. Fußn. 8), Art. 73 Rdnr. 2 m. Fußn. 4.

19) Anschaulich die Schilderung bei *Henneke*, in: *ders.* (Hrsg.), *Künftige Funktionen und Aufgaben der Kreise im sozialen Bundesstaat*, 2004, S. 95 ff.

20) Vgl. nur *Henneke*, DÖV 2005, 177 (186 ff.); *dens.*, DÖV 2006, 726 (727 ff.); *dens.*, Der Landkreis 2007, 327 (335 ff.); *Hesse*, Der Landkreis 2007, 340 ff.; *Graaf*, Der Landkreis 2007, 344 ff.

lich relevanten Unterschiede zwischen Gemeinden und Kreisen. Die Karlsruher Richter erläutern einleitend die verfassungsrechtlichen Grundlagen der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung durch Kommunen. Ausdrücklich oder dem Inhalt nach werden die Organisations-, namentlich in Form der Kooperations-, und die Personalhoheit als Ausprägungen der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie herausgearbeitet. Neigte das BVerfG bei früherer Gelegenheit, insbesondere anlässlich der Überprüfung der Pflicht zur Bestellung hauptamtlicher Gleichstellungsbeauftragter²¹, im Ergebnis zu einer weitgehenden Relativierung der Organisationshoheit durch den Gesetzesvorbehalt des Art. 28 II GG, zieht es vorliegend erfreulich streng verfassungsrechtliche Grenzlinien.

Hervorzuheben ist die einleitende Feststellung, der Gesetzgeber müsse nicht nur den Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie unangetastet lassen. Vielmehr habe er den verfassungsgewollten, prinzipiellen Vorrang einer dezentralen, also gemeindlichen, vor einer zentral und damit staatlich determinierten *Aufgabenwahrnehmung* zu berücksichtigen. Überschreite der Gesetzgeber die in Art. 83 ff. GG gesetzten Grenzen zulässigen Zusammenwirkens, bedeute dies zugleich eine Beeinträchtigung des kommunalen Selbstverwaltungsrechtes. Inhaltliche Vorgaben bedürften stets eines gemeinwohlorientierten rechtfertigenden Grundes, insbesondere etwa durch das Ziel, eine ordnungsgemäße Aufgabenwahrnehmung sicherzustellen. Zwar sei dem Gesetzgeber grundsätzlich ein weiter Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung der Gemeinden und Gemeindeverbände werde aber beeinträchtigt, wenn der Gesetzgeber ohne hinreichend rechtfertigenden Grund die gleichzeitige Aufgabenwahrnehmung durch verschiedene Verwaltungsbehörden verbindlich anordne²².

Von grundlegender Bedeutung für die weitere Aufgabenwahrnehmung im föderalen Bundesstaat sind die nachfolgenden Ausführungen, die sich eng an den Verfassungstext anlehnen, ihre selbstverständliche Bedeutung in der Staatspraxis aber einzubüßeln drohen. Die Mehrheit des *Senats* des BVerfG erinnert daran, dass Art. 83 GG als wichtige Ausformung des bundesstaatlichen Prinzips dazu diene, die Länder, zu denen staatsorganisationsrechtlich auch die Kommunen gehören, vor dem Eindringen des Bundes in den ihnen vorbehaltenen Bereich der Verwaltung zu schützen. Zweimal wird darauf hingewiesen, die Verwaltungszuständigkeiten ständen auch einvernehmlich nicht zur Disposition²³. Der nach dem Grundgesetz zuständige Verwaltungsträger müsse seine Aufgaben grundsätzlich mit eigenen Verwaltungseinrichtungen, also mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrnehmen²⁴.

Es folgt die Prüfung des § 44 b SGB II an diesen, im Einzelnen näher dargelegten und begründeten Grundlinien. Die Arbeitsgemeinschaften als Gemeinschaftseinrichtungen von Bundesagentur und kommunalen Trägern seien nach dem Grundgesetz nicht vorgesehen, was keiner näheren Begründung bedarf. Eine unter Umständen denkbare Ausnahme vom Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung kommt gerade deshalb schon nicht in Betracht, weil es sich bei der Grundsicherung für Arbeitssuchende nicht um eine Bagatelldmaterie, sondern um einen der größten Sozialversicherungsbereiche handelt²⁵. Das BVerfG lässt es nicht bei diesen für sich hinreichenden Erwägungen bewenden. Es betont im Folgenden, was in Erinnerung zu behalten ist, zweifach, das Anliegen, die Grundsicherung für Arbeitssuchende „aus einer Hand zu gewähren“, sei ein sinnvolles Ziel bzw. ein Ziel, das in der Wissenschaft wie im politischen Willensbildungsprozess von der weit überwiegenden Meinung für sinnvoll erachtet worden sei. Da sinnvolle, verfassungskonforme Lösungen zum Erreichen des Ziels zur Verfügung ständen, bestehe kein sachlicher Grund für die Vermischung beider Möglichkeiten. Insbesondere: „Mangelnde politische Eingriffsfähigkeit kann keinen Kompromiss rechtfertigen, der mit der Verfassung nicht vereinbar ist“²⁶. Zutreffend und zur Abrundung wird schließlich auf die Aufsichtsregelungen hingewiesen, die den Mangel an eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung belegen²⁷. Hätte es hierzu noch eines Beweises bedurft, die andauernde Auseinandersetzung bspw. um die Zulässigkeit diverser Eingliederungsmaßnahmen nach § 16 II 1 SGB II zwischen dem BMAS und den 16 (!) Bundesländern²⁸ über die Urteilsverkündung des BVerfG hinaus würde ihn erbringen.

Wenn die Grundhaltung der Senatsmehrheit, wie von den drei dissentierenden Richtern befürchtet²⁹, dazu führen würde, dass die Bereitschaft der gesetzgebenden Körperschaften schwinde, „neue Formen der Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern unter Inkaufnahme vorübergehender Unsicherheiten und Phasen des Experimentierens zu entwickeln“, wäre für eine klarere Verantwortungszurechnung und -wahrnehmung im föderalen Bundesstaat, einer der wesentlichen Zielsetzungen der Föderalismusreform I, viel gewonnen. Die normative Steuerungskraft der Verfassung würde stark leiden, wenn der einfache Gesetzgeber durch Verwenden des Etikettes „Experiment“ zentrale Zuständigkeitsregelungen der Verfassung suspendieren könnte.

V. Ausblick auf rechtspolitische Konsequenzen

Und was nun? Nicht einmal drei Stunden brauchte der verantwortliche Bundesminister für Arbeit und Soziales, um die Antwort der Bundesregierung zu präsentieren. Unter der Überschrift „So geht es auch“³⁰ wurde ein Herzstück der Hartz IV-Reform, die Leistungsgewährung aus einer Hand, vermeintlich bereits verabschiedet. Lapidar heißt es, die Zusammenarbeit zwischen den beiden Aufgabenträgern in der Arbeitsgemeinschaft sei praktisch und hilfreich gewesen, aber es gehe auch anders. Der stauenden Öffentlichkeit wurden die in der Anfangsphase als „Gesetzesverweigerer“ gebrandmarkten 21 Landkreise, die die Aufgaben neben der Bundesagentur in so genannter getrennter Aufgabenwahrnehmung praktizieren, als „erfolgreiche Vorbilder“ präsentiert. Eine Lösung, die den politischen Charme hat, keiner Verfassungsänderung zu bedürfen. Wenn die Arbeitsgemeinschaften auslaufen, tritt die getrennte Aufgabenzuständigkeit für die von Bundeseite zu verantwortenden und über die Bundesagentur abzuwickelnden Aufgaben einerseits und den Aufgaben der Kreise und kreisfreien Städte andererseits quasi automatisch ein. Eine bequeme, eine sozialpolitisch aber steinzeitlich anmutende Lösung.

Der Intention des BVerfG entspräche sie nicht. Selten hat eine Entscheidung aus Karlsruhe so deutlich in der Sache Stellung bezogen, gleichzeitig aber den politischen Spielraum des Gesetzgebers betont und gewahrt. Hätten die Karlsruher Richter die getrennte Aufgabenwahrnehmung für eine erwägenswerte Alternative gehalten, hätten sie – der Regel folgend – die Nichtigkeit des § 44 b SGB II feststellen können, ja müssen. Davon haben sie Abstand genommen und nur die Unvereinbarkeit mit der Verfassung festgestellt. Wäre der vom BMAS in Aussicht genommene Weg der zutreffende, hätte das BVerfG es nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen für unabdingbar angesehen, 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“³¹.

Über die bereits zitierten Passagen hinaus hält das BVerfG fest, mit der Zusammenlegung der Sozialleistungen der Sozial- und Arbeitslosenhilfe habe sich der Gesetzgeber einer historisch einmaligen Chance gestellt, die unterschiedliche Lösungen zulasse. Dem Gesetzgeber müsse für die Neuregelung, „die das Ziel einer Bündelung des Vollzugs der Grundsicherung für Arbeit Verloren“, ein der Größe der Umstrukturierungsaufgabe angemessener Zeitraum belassen werden. Als einen solchen erachtet das Gericht drei Jahre. Dies solle dem Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnen,

21) BVerfGE 91, 228 (238 ff.) = NVwZ 1995, 677.

22) NVwZ 2008, 183 Rdnrn. 148 ff.

23) NVwZ 2008, 183 Rdnrn. 151 ff.

24) NVwZ 2008, 183 Rdnr. 159.

25) NVwZ 2008, 183 Rdnrn. 169 ff., unter Bezugnahme auf Lübbmann, DOV 2004, 677; Mempel, Hartz IV-Organisation auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, 2007, S. 127.

26) NVwZ 2007, 183 Rdnrn. 171 ff., insb. 174.

27) NVwZ 2008, 183 Rdnr. 188 ff.

28) Vgl. Schreiben des BMAS v. 21. 11. 2007 (II b5-29 045) an die 69 Optionskommunen einerseits und das „Positionspapier der Bundesländer zur Anwendung des § 16 II 1 SGB II – weitere Leistungen“, erarbeitet auf der Grundlage des Beschlusses der Arbeits- und Sozialministerkonferenz am 15./16. 11. 2007 andererseits.

29) NVwZ 2008, 183 Rdnr. 228.

30) Pressemitteilung des BMAS v. 20. 12. 2007.

31) BVerfG, NVwZ 2008, 183 Rdnr. 204.

die Erfahrungen der einheitlichen Aufgabenwahrnehmung in den so genannten Optionskommunen des § 6 a SGB II und die Ergebnisse der im Gesetz verankerten Wirkungsforschung zu berücksichtigen³². Ein deutlicher Fingerzeig des Gerichts, der gleichwohl den Primat der Politik wahrt.

Anders als bei der erstmaligen Entscheidung über die Aufgabenwahrnehmung liegen heute gesicherte Zahlen und Erkenntnisse vor. Dies betrifft nicht nur Fallzahlen und Finanzvolumen. Bedeutsamer noch sind die inhaltlichen Erfahrungen im Vollzug des SGB II. Aus kommunaler Sicht wird darauf hingewiesen, eine beachtliche Anzahl der Leistungsempfänger des SGB II sei zunächst als „arbeitsmarktfrem“ einzustufen und habe keine reale Chance, durch aktivierende Eingliederungsmaßnahmen in den 1. Arbeitsmarkt vermittelt zu werden. Die Familien im Leistungsbezug des SGB II befänden sich häufig in einem Betreuungsgeflecht verschiedener Hilfesysteme, wobei das Betreuen und Fördern im Rahmen des SGB II nur einen Baustein darstelle. Die Praxis ist geprägt durch Familien und Partnerschaften mit Kindern, die auf Grund der multiplen Problemlagen nicht nur Hilfen nach dem SGB II, sondern auch Leistungen im Rahmen der Sozialhilfe (z. B. Eingliederungshilfe für behinderte oder von Behinderung bedrohte Kinder; Suchthilfe; Schuldnerberatung) erhalten. Die Hilfeempfänger sind den kommunalen Behörden der Kreisebene oftmals bekannt aus Kontakten des Öffentlichen Gesundheitsdienstes, der Jugendämter und des Allgemeinen Sozialdienstes³³. Plastisch ist formuliert worden, das SGB II sei kein erweitertes Arbeitsamt, sondern ein erweitertes Sozialamt mit neuen Möglichkeiten und Aufgaben der Integration in den Arbeitsmarkt. Dies mündet in die Forderung, die Verantwortung des Vollzuges des SGB II bundesweit den kommunalen Gebietskörperschaften der Kreisebene zu übertragen.

Ob es dazu kommt ist offen. Die „kommunale Familie“ scheint weniger zerstritten als bei der erstmaligen Entscheidung, aber keineswegs einig. Sie hat die Entscheidung ohnehin nicht in der Hand. Eine kommunale Zuständigkeit ist nur zu begründen, wenn die Länder die Aufgabe für sich reklamieren und sie sodann an die Landkreise und kreisfreien Städte weiterdelegieren. Angesichts des zu bewegenden Finanzvolumens von derzeit ca. 38 Mrd. Euro jährlich setzt dies eine hinreichende, verfassungsrechtlich abgesicherte und Verwerfungen zwischen den Ländern vermeidende Lösung voraus. Werden die Länder es auf sich nehmen, die Mühen der Auseinandersetzung mit dem Bund und politische Restrisiken zu tragen? Das ist die entscheidende Frage, nicht nur für die künftige Administrierung des SGB II. Wer nicht bereit wäre, politische Verantwortung für originäre Länderinteressen betreffende Aspekte der Wirtschafts-, Arbeitsmarkt-, Sozial- und Jugendpolitik zu reklamieren, sollte sich künftiger Diskussionen um manche Petitionen der Gesetzgebungszuständigkeit und des Verwaltungsvollzuges zwischen Bund und Ländern enthalten. Dann bedürfte es grundlegender Überlegungen zum Föderalismus deutscher Prägung.

32) NVwZ 2008, 183 Rdnrn. 208 und 210.

33) Exemplarisch vgl. die Schilderung in: Niedersächsischer Landkreistag (Hrsg.), Die Richtung stimmt! Das kommunale Positionspapier zum SGB II, vom 20. 12. 2007, einzusehen unter www.nlt.de (NLT-Aktuell – Verbandspositionen).

ABHANDLUNGEN

Selbstverwaltungsgarantie und Mischverwaltungsverbot als Schranken der Organisationsgewalt des Bundes

Von Dr. Klaus Ritgen, Berlin*

Am 20. 12. 2007 hat der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) sein Urteil über wesentliche Elemente der Hartz-IV-Reform gesprochen.¹ Für verfassungswidrig erklärt hat das Gericht darin die Arbeitsgemeinschaften nach § 44 b des Zweiten Buchs des Sozialgesetzbuchs (SGB II), in denen die Bundesagentur für Arbeit und die örtlichen Träger nach dem Willen des Gesetzgebers in institutionalisierter Form bei der Erbringung der Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende zusammenwirken müssen. Diese Arbeitsgemeinschaften – kurz ARGEn genannt – widersprechen nach Auffassung des Senats dem Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung, der den zuständigen Verwaltungsträger verpflichtet, seine Aufgaben grundsätzlich durch eigene Verwaltungseinrichtungen, also mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrzunehmen. Nicht gefolgt ist das BVerfG dagegen dem Antrag der beschwerdeführenden Kreise und Landkreise, das SGB II auch insoweit für verfassungswidrig zu erklären, als ihnen damit die Zuständigkeit für einzelne Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende ohne vollständigen Ausgleich der sich daraus ergebenden finanziellen Mehrbelastungen zugewiesen worden ist. Eine Verletzung des den Kreisen in Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG garantierten Rechts auf kommunale Selbstverwaltung konnte das BVerfG in dieser Aufgabenzuweisung nicht erblicken.

I. Grundzüge der Hartz-IV-Reform

Die unter der Bezeichnung „Hartz IV“ bekannt gewordene Reform der Arbeitslosen- und Sozialhilfe, eines der Kernelemente der „Agenda 2010“ der Regierung von Bundeskanzler Schröder, war als großer Wurf gedacht. Ausgangspunkt war die Erkenntnis, dass das Nebeneinander zweier steuerfinanzierter Fürsorgesysteme nahezu zwangsläufig zu Ineffizienzen führen muss und einer optimalen Betreuung entgegensteht, wenn beide Systeme die Aufgabe haben, die soziale Notlage von Menschen zu bekämpfen, die – obschon erwerbsfähig – dauerhaft ohne Arbeit sind. Um diesem Missstand abzuwehren, sollte die seit jeher kommunal verwaltete Sozialhilfe mit der gesamtstaatlich verwalteten Arbeitslosenhilfe zu einer Leistung der Grundsicherung für Arbeitsuchende zusammengelegt werden.² Nach den ursprünglichen Planungen der Bundesregierung hätte die Bundesagentur für Arbeit mit dieser Aufgabe betraut werden sollen.³ Die Aufwendungen für die Grundsicherung für Arbeitsuchende sollten vom Bund getragen werden; eine Gegenfinanzierung sollte dadurch erreicht werden, dass sein Anteil am Umsatzsteueraufkommen zulasten

der Länder und Kommunen steigen sollte. Dieses Modell scheiterte letztlich am Widerstand aller Länder im Bundesrat, die ihrerseits einen Gegenvorschlag präsentierten, wonach die Kreise und kreisfreien Städte mit allen Vermittlungs-, Beratungs- und Leistungsaufgaben für diejenigen Hilfebedürftigen betraut werden sollten, die keine Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung (mehr) erhalten. Die dadurch verursachten Aufwendungen hätten den Ländern aus dem Steueraufkommen des Bundes erstattet werden sollen, welche verpflichtet worden wären, die Mittel an die kommunalen Leistungsträger weiterzugeben.

Erst im Vermittlungsausschuss kam es zu einem Kompromiss zwischen diesen ganz gegensätzlichen Lösungsansätzen staatlicher bzw. kommunaler Aufgabenwahrnehmung. Der gefundene Kompromiss besagt im Kern, dass die Aufgaben zwar jeweils den Kommunen bzw. dem Bund zugewiesen sind, aber gemeinsam wahrgenommen werden (müssen). Dementsprechend erklärt das SGB II die Kreise und kreisfreien Städte für einige der Leistungselemente der Grundsicherung zuständig, z. B. für die Kosten der Unterkunft und Heizung, während im Übrigen die Zuständigkeiten bei der Bundesagentur liegen. Um dennoch die allgemein für sachgerecht erachtete Leistungserbringung aus einer Hand ermöglichen zu können, sieht § 44 b SGB II die Bildung von Arbeitsgemeinschaften (ARGEn) aus den örtlichen Agenturen für Arbeit und den kommunalen Trägern vor. Hinsichtlich der Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit ist schon im Gesetz geregelt, dass sie von den ARGEn wahrgenommen werden. Mit Blick auf die kommunalen Träger bestimmt das Gesetz, dass sie ihre Aufgaben auf die ARGEn übertragen „sollen“.⁴ Dieser Sollverpflichtung

* Der Verfasser ist Verfassungsreferent des Deutschen Landkreistags.

1 DVBl. 2008, 173 ff. = NVwZ 2008, 183 ff.; auszugsweise abgedruckt auch in diesem Heft 201. Zu dieser Entscheidung des BVerfG auch schon *Henneke*, Der Landkreis 2008, 12; *Meyer*, NVwZ 2008, 275; *Trapp*, DÖV 2008, 277; *Cornilles*, ZG 2008, 184.

2 Eingehend zum Hintergrund *Mempel*, Hartz-IV-Organisation auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, 2007, S. 15 ff.; *Robra*, Organisation der SGB II-Leistungsträger, 2007, S. 13 ff.; *Lühmann*, DÖV 2004, 677 ff.; *Ruge/Vorholz*, DVBl. 2005, 403 ff.; *Albers*, NdsVBl. 2004, 118 ff.

3 Siehe dazu den Entwurf eines Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BT-Drs. 15/1516.

4 Dieser Formulierung entnimmt die Senatsmehrheit eine Regelverpflichtung der Kommunen, ihre Aufgaben zu übertragen. Das Minderheitenvotum der Richter *Broz*, *Osterloh* und *Gerhardt*, die die Entscheidung insgesamt für unzutreffend halten, betont dagegen, dass die Formulierung kein zwingendes Gebot postuliere. Siehe *BVerfG* (o. Fn. 1) Tz. 224.

ist die ganz überwiegende Zahl der Kommunen nachgekommen.⁵ Gemäß § 46 Abs. 5 bis 10 SGB II beteiligt sich der Bund an den Leistungen für Unterkunft und Heizung. Eine Erstattung dieser Kosten unmittelbar an die Kommunen ist indes nicht vorgesehen; der Anteil des Bundes fließt vielmehr den Ländern zu. Ob und wie die Länder diese Mittel an die Kommunen weitergeben, ist nicht Gegenstand der Regelungen des SGB II.

II. Verfassungsrechtliche Fragestellungen

Mit dieser Lösung verbinden sich aus verfassungsrechtlicher Sicht vor allem zwei Fragestellungen.

1. Unzulässiger Aufgabendurchgriff des Bundes?

Die erste Frage lautet, ob der Bund, indem er den Kreisen und kreisfreien Städten unmittelbar – also unter Umgehung der Länder – bestimmte Aufgaben im Zusammenhang mit der Gewährleistung der Grundsicherung für Arbeitsuchende übertrug, gegen die in Art. 83 ff. GG verfassungsrechtlich niedergelegte „Verwaltungsordnung“ verstoßen haben könnte. Denn nach Art. 83 und Art. 84 Abs. 1 GG in seiner damals noch gültigen Fassung ist es grundsätzlich Sache der Länder, die für den Vollzug von Bundesrecht zuständigen Behörden – also ggf. auch die Kommunen – zu benennen.⁶ Art. 84 Abs. 1 GG (a. F.) räumte dem Bund zwar die Kompetenz ein, durch zustimmungspflichtiges Bundesgesetz diese Organisationsentscheidung an sich zu ziehen und – im Sinne eines „Durchgriffs“ – unmittelbar die Kommunen mit Vollzugsaufgaben zu betrauen, jedoch war diese Kompetenz nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG aus verfassungssystematischen Gründen eng begrenzt. Insbesondere weil die Verfassung die Materie des Kommunalrechts nicht dem Bund, sondern den Ländern zugeordnet hat, war ein auf Art. 84 Abs. 1 ff. (a. F.) gestützter Durchgriff des Bundes auf die Kommunen nach dieser Rechtsprechung nur zulässig, wenn es sich bei der Aufgabenzuweisung um eine punktuelle Annexregelung handelte, die zum wirksamen Vollzug der materiellen Bestimmung notwendig war.⁷

Im vorliegenden Fall erscheint der „Durchgriff“ des Bundes auf die kommunale Ebene allerdings nicht nur wegen der damit verbundenen Missachtung der Kompetenzordnung für den Verwaltungsvollzug als verfassungsrechtlich problematisch, sondern könnte auch der Garantie kommunaler Selbstverwaltung gemäß Art. 28 Abs. 2 GG widersprechen, weil die Aufgabenübertragung aus Sicht der Kommunen ohne Ausgleich für die damit verbundenen finanziellen Mehrbelastungen durch den Bund erfolgte. Die betroffenen Kommunen müssen also zur Wahrnehmung der ihnen vom Bund übertragenen Aufgaben Mittel einsetzen, die ihnen ansonsten zur Erfüllung anderer, insbesondere freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben zur Verfügung stünden.

Dass es zu solchen isolierten, also nicht mit finanziellen Kompensationen verbundenen Aufgabenverlagerungen auf die Kommunen kommen konnte, wie sie in der Vergangenheit vom Bund, aber auch von den Ländern vielfach praktiziert wurden, war eine strukturelle Verwerfung im Verfassungssystem der Bundesrepublik, die maßgeblich zur bis heute schlechten finanziellen Situation der Kommunen beigetragen hat. Soweit es die Länder betrifft, ist dieser Webfehler in der verfassungsrechtlichen Ordnung allerdings bereits seit einiger Zeit behoben worden. Mittlerweile enthalten nämlich sämtliche Landesrechte sog. Konnexitätsregelungen,⁸ die im Kern bestimmen, dass den Kommunen neue Aufgaben nur übertragen werden dürfen, wenn gleichzeitig die insoweit benötigten Finanzmittel zur Verfügung gestellt werden. Die Konnexitätsvorschriften greifen indes nicht, wenn eine Aufgabe – wie im Fall der Hartz-IV-Reform – an den Ländern vorbei den Kommunen unmittelbar durch den Bund zugewiesen wird. Für diesen Teil des Problems hat sich erst später eine Lösung gefunden, und zwar in Gestalt des im Zuge der Föderalismusreform I in Art. 84

Abs. 1 Satz 7 GG mit Wirkung ab dem 1. 9. 2006 neu geregelten Durchgriffsverbots, das es dem Bund verwehrt, Aufgaben unmittelbar auf Gemeinden und Gemeindeverbände zu übertragen.⁹

Aus heutiger Sicht würde es somit – aus gutem Grund – zu einer kompensationslosen Inanspruchnahme der Kreise und kreisfreien Städte, wie sie mit der Aufgabenübertragung nach dem SGB II verbunden ist, nicht mehr kommen können. Was bleibt, sind zahlreiche Altfälle, für die man sich eine Klärung durch das BVerfG erhofft hatte, zu der es bedauerlicherweise aber nicht gekommen ist (dazu unten sub III. 1.).

2. ARGEn als verbotene Mischverwaltung?

Die zweite Frage, die sich angesichts der vom Bundesgesetzgeber gefundenen Lösung geradezu aufdrängte, war, ob die gemeinsame Aufgabenwahrnehmung durch die Bundesagentur für Arbeit und die örtlichen Träger in der institutionalisierten Form der ARGEn nach § 44 b SGB II nicht gegen das verfassungsrechtliche Verbot der Mischverwaltung verstößt. Dass gemeinschaftliche Verwaltungseinrichtungen des Bundes und der Länder im Widerspruch zu der auf strikte Trennung der Verwaltungsräume angelegten Kompetenz- und Organisationsvorschriften des Grundgesetzes nach Art. 83 ff. GG stehen können, leuchtet unmittelbar ein. Tatsächlich sind das BVerfG in seiner frühen Rechtsprechung¹⁰ und das ältere Schrifttum¹¹ wie selbstverständlich von einem entsprechenden Verfassungsverbot der Mischverwaltung ausgegangen. Diese restriktive Haltung hat allerdings nicht zu verhindern vermocht, dass sich in der Verfassungspraxis zahlreiche Formen der Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern, aber auch der Länder untereinander entwickelt haben, die sich unter dem Begriff des „kooperativen Föderalismus“ zusammenfassen lassen und mit der Einfügung der Vorschriften über die Gemeinschaftsaufgaben in Art. 91 a f. GG auch im Verfassungsrecht Niederschlag gefunden haben.¹² Auch in Rechtsprechung und Lehre war mittlerweile an die Stelle der strikten Ablehnung jeder von der Kompetenzordnung des Grundgesetzes nicht ausdrücklich autorisierten Form des Ebenen übergreifenden Zusammenwirkens beim Verwaltungsvollzug eine Auffassung getreten, die stärker differenzierte und die verfassungsrechtliche Beurteilung einer Kooperationsform nicht davon abhängig machte, ob sie als Mischverwaltung einzuordnen war, sondern vielmehr danach fragte, welche Kompetenz- und Organisationsnormen des Grundgesetzes ihr konkret entgegenstehen.¹³ Beispielpflichtig dafür

5 Lediglich 21 Kommunen haben sich für das Modell einer getrennten Aufgabenwahrnehmung entschieden. Weitere Kreise und kreisfreie Städte haben von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, auch die Aufgaben der Agenturen für Arbeit und damit alle Aufgaben im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende wahrzunehmen. Rechtliche Grundlage dafür ist die Experimentierklausel des § 6 a S. 1 SGB II. Die Zahl der sog. „Optionskommunen“ ist auf 69 begrenzt.

6 Siehe *Henneke/Ruge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 10. Aufl. 2004, Art. 84 Rn. 10.

7 *BVerfGE* 77, 288, 299; 22, 180, 209 f.; dazu auch *Trute*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band III, 5. Aufl. 2005, Art. 84 Rn. 10 f.; *Lerche*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 84 Rn. 27, 59.

8 Siehe dazu die Zusammenstellung bei *Henneke*, Kreisrecht, 2. Aufl. (2007), S. 22 ff.

9 Dazu etwa *Henneke*, NdsVBl. 2007, 57 ff.; *ders.*, Der Landkreis 2008, 196 ff.; *Försterling*, Der Landkreis 2007, 56 ff.; *Schoch*, DVBl. 2007, 261 ff.; *Wieland*, Der Landkreis 2008, 184 ff.

10 *BVerfGE* 32, 145, 156; 39, 96, 120; 41, 291, 311.

11 Eingehende Analyse bei *Hebeler*, „Mischverwaltung“ – Verfassungsrechtlicher Argumentationstypus oder lediglich staats- und verwaltungswissenschaftliche Umschreibung eines Phänomens bundesstaatlicher Ebenenverflechtung?, in: Bauschke u. a. (Hrsg.), Pluralität des Rechts – Regulierung im Spannungsfeld der Rechtsbenen, 2003, S. 38, 43 ff.

12 *Völkmann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band III, 5. Aufl. 2005, Art. 91 a Rn. 2 f.

13 In diesem Sinne etwa *Papier*, Verfassungsrechtlicher Probleme bei der Organisation der Sozialversicherungsträger, in: FS Knöpfle, 1996, S. 273, 279 f.; grundlegend *Ronnellenfitsch*, Die Mischverwaltung im Bundesstaat,

steht der lange Zeit als Leitentscheidung geltende Beschluss des BVerfG vom 12. 1. 1983 zum Schornsteinfegergesetz,¹⁴ in dem die aus der alten Rechtsprechung bekannte Formel, wonach das Grundgesetz Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse des Bundes im Aufgabenbereich der Länder grundsätzlich entgegenstehe,¹⁵ nicht mehr aufgegriffen wurde. Dagegen knüpft die Hartz-IV-Entscheidung wieder an diese ältere Rechtsprechungslinie an und verschärft die Anforderungen, die von Verfassungen wegen an die Zulässigkeit Ebenen übergreifender Formen der Verwaltungszusammenarbeit bestehen (dazu sogleich unten sub III. 3.).

III. Die Entscheidung des BVerfG

Dementsprechend haben die Beschwerdeführer in vollem Umfang Erfolg, soweit sie sich gegen die Verpflichtung zur Errichtung der ARGEn wenden. Die diesem Urteilsspruch zu Grunde liegenden Ausführungen des Gerichts zu den Grenzen und Möglichkeiten einer „Mischverwaltung“ unter dem Grundgesetz machen das Urteil zur Hartz-IV-Reform fraglos zu einer der bedeutendsten staatsorganisationsrechtlichen Entscheidungen der letzten Jahre. Zugleich baut das BVerfG seine Rechtsprechung zur Reichweite der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) aus, und zwar insbesondere hinsichtlich des Selbstverwaltungsrechts der Kreise, die als „Gemeindeverbände“ gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG in diese Gewährleistung einbezogen sind. Der verfassungsrechtliche Schutz gerade auch der Kreise als Träger der Selbstverwaltung wird gestärkt, selbst wenn den Beschwerdeführern im Ergebnis der Erfolg versagt bleibt, soweit sie die Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Bundesdurchgriffs begehren. Letzteres hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass sich das BVerfG nicht für befugt erachtet, bestimmte Aspekte des ihm unterbreiteten, oben sub II. entfalteten verfassungsrechtlichen Streitstoffs im Verfahren der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b GG überhaupt zu prüfen (sogleich sub I.).

1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Bundesdurchgriffs bleibt ungeklärt

Letzteres gilt für die Frage, ob es gegen Art. 84 Abs. 1 GG (a. F.) verstößt, dass der Bund den Kreisen und kreisfreien Städten Aufgaben im Zusammenhang mit der Ausführung des SGB II unmittelbar durch Bundesgesetz und damit unter Umgehung der Länder zugewiesen hat. Nach Auffassung des BVerfG können sich die Beschwerdeführer auf diese Vorschrift nicht berufen. Sie sei im Rahmen einer Kommunalverfassungsbeschwerde nicht Maßstab der verfassungsgerichtlichen Überprüfung. Dieses Ergebnis ist – auch im Lichte der bisherigen Rechtsprechung – überraschend und wenig überzeugend.

a) Prüfungsmaßstab der Kommunalverfassungsbeschwerde

Richtig ist allerdings, dass mit einer Kommunalverfassungsbeschwerde, wie sie von den Beschwerdeführern erhoben wurde, nur eine Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG gerügt werden kann. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b GG. Diese Beschränkung auf das Selbstverwaltungsrecht bedeutet allerdings nicht, dass Prüfungsmaßstab einer Kommunalverfassungsbeschwerde allein Art. 28 Abs. 2 GG wäre. Vielmehr hat das BVerfG seit jeher auch andere Verfassungsbestimmungen als Prüfungsmaßstab herangezogen, soweit diese geeignet sind, den Gewährleistungsgehalt des Art. 28 Abs. 2 GG zu konkretisieren und auszugestalten.¹⁶ Eine solche Ausdehnung des Prüfungsmaßstabs über Art. 28 Abs. 2 GG hinaus mag auf den ersten Blick an die seit der Elfes-Entscheidung gängige Praxis erinnern, wonach quasi jeder Verfassungsverstoß über den Vorbehalt der „verfassungsmäßigen Ord-

nung“ in Art. 2 Abs. 1 GG in eine Grundrechtsverletzung umgemünzt und im Wege der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG geltend gemacht werden kann.¹⁷ Und in der Tat gibt es in der Lehre Stimmen, die den Grundgedanken des Elfes-Urteils auch auf die Kommunalverfassungsbeschwerde angewendet wissen wollen.¹⁸ So weit geht das BVerfG jedoch nicht.¹⁹ Es versteht Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b GG gerade nicht so, dass mit der Kommunalverfassungsbeschwerde jeder, also auch jeder formelle Verfassungsverstoß geltend gemacht werden kann, solange die in Rede stehende Maßnahme die beschwerdeführende Kommune nur auch in ihrem Selbstverwaltungsrecht tangiert. Das BVerfG hält vielmehr – im Einklang mit der ganz überwiegenden Meinung im Schrifttum – daran fest, dass im Grundsatz nur ein materieller Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 GG der Kommunalverfassungsbeschwerde zum Erfolg verhelfen kann.²⁰ Soweit andere Vorschriften herangezogen werden, treten diese ausnahmsweise und eigenständig neben den Prüfungsmaßstab des Art. 28 Abs. 2 GG, weil sie eine besondere Nähe, einen inhaltlichen Bezug zu dieser Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung aufweisen.²¹

b) Kein Schutz kommunaler Selbstverwaltung durch Art. 84 Abs. 1 GG a. F.

Für Art. 84 Abs. 1 GG (a. F.) hat das BVerfG nunmehr ein solche enge Beziehung zur Selbstverwaltungsgarantie verneint. Dem liegt die Auffassung zu Grunde, Art. 84 Abs. 1 GG (a. F.) habe (lediglich) dazu gedient, die Länder vor einem unzulässigen Eingriff des Bundes in ihre Verwaltungszuständigkeiten zu schützen, und stelle auch keine Konkretisierung des Selbstverwaltungsrechts dar.²² Damit werden die Kommunen sozusagen aus dem Schutzbereich des Art. 84 Abs. 1 GG (a. F.) herausgenommen. Das vermag nicht zu überzeugen und steht auch in Widerspruch zur älteren Rechtsprechung des BVerfG.

So hat das Gericht – einerseits – eine Verletzung der Kompetenzen für die Gesetzgebung nach Art. 70 ff. GG für im Verfahren der Kommunalverfassungsbeschwerde rufefähig angesehen und zur Begründung angeführt, dass die Kompetenzverteilung „ihrem Inhalt nach geeignet ist, das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitzubestimmen, weil danach kommunale Angelegenheiten grundsätzlich zur Gesetzgebungsbefugnis der Länder gehören“.²³ Mit genau diesem Argument, nämlich dem Hinweis auf Zuständigkeit der Länder für das Kommunalrecht, begründet das BVerfG – andererseits –, dass der Bund seine Kompetenz aus

1975; Loeser, Theorie und Praxis der Mischverwaltung, 1976. Zum Meinungsstand vor der Hartz-IV-Entscheidung des BVerfG bspw. Hermes, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band III, 2000, Art. 83 Rn. 47 ff.; Krebs, Verwaltungsorganisation, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 3. Aufl. 2007, § 108 Rn. 73 ff.; Groß, in: Friaulf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 83 Rn. 30 ff.

14 BVerfGE 63, 1 ff.; zur Einordnung dieser Entscheidung etwa Broß, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band III, 5. Aufl. 2003, Art. 83 Rn. 15 ff.

15 BVerfGE 32, 145, 156.

16 BVerfGE 56, 298, 310; 71, 25, 37; ferner etwa Meyer, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band III, 5. Aufl. 2003, Art. 93 Rn. 65; Voßkuhle, in: von Mangoldt/Klein/Stark (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band III, 5. Aufl. 2005, Art. 93 Rn. 202.

17 Dazu nur Voßkuhle (o. Fn. 16), Art. 93 Rn. 180.

18 So Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 Rn. 813; Mückl, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung, 1998, S. 134 ff.

19 Siehe dazu die Analyse bei Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2001 Rn. 700; die Übernahme der Grundgedanken aus dem Elfes-Urteil ablehnend auch Bethge, in: Mauz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, § 91 Rn. 64.

20 Zum Ganzen Bethge, DVBl. 1981, 914, 915; ferner Benda/Klein (o. Fn. 20), Rn. 700.

21 Benda/Klein (o. Fn. 20), Verfassungsprozessrecht, Rn. 700.

22 BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 131 ff.

23 BVerfGE 56, 298, 310.

Art. 84 Abs. 1 GG (a. F.) nur in engen Grenzen für einen Durchgriff auf die kommunale Ebene nutzen darf.²⁴ Warum die Kommunen nur in dem einen Fall sich darauf berufen können sollen, dass die Länder und nicht der Bund für die Regelung kommunaler Angelegenheiten zuständig ist, leuchtet schlechterdings nicht ein. Wenn die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten den Kommunen gewährleisten soll, nur von dem für sie zuständigen, also dem Landesgesetzgeber, adressiert zu werden, muss dies doch in gleicher Weise – wenn nicht noch viel mehr – auch hinsichtlich der Zuständigkeit für die Verwaltungsorganisation gelten. Wenn also ein Verstoß gegen Art. 70 ff. GG durch eine Kommunalverfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann, muss dies erst recht auch für einen Verstoß gegen die bundesstaatliche „Verwaltungsordnung“ nach Art. 83 ff. GG gelten.²⁵

Die Schlussfolgerungen des BVerfG im Hartz-IV-Urteil stehen aber nicht nur in Widerspruch zu älteren Entscheidungen, sie vermögen auch inhaltlich nicht zu überzeugen. Soweit das Gericht behauptet, Art. 84 Abs. 1 GG (a. F.) habe dem Schutz der Länder vor einem unzulässigen Eingriff in ihre Verwaltungszuständigkeiten gedient, so ist das aus einer verfassungssystematischen, auch die Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Kommunalrecht mit einbeziehenden Perspektive sicher richtig, aber nur die halbe Wahrheit, wenn damit zugleich die Aussage verbunden wird, die Kommunen seien durch diese Kompetenzvorschrift nicht geschützt. Denn bei einer solchen Reduktion der Schutzwirkung des Art. 84 Abs. 1 GG (a. F.) bleibt völlig außer Acht, dass ein Durchgriff des Bundes auf die Kommunen ebenso wie jede andere Bundesregelung im Anwendungsbereich dieser Vorschrift nur mit Zustimmung der Mehrheit der Länder im Bundesrat möglich war. Der Schutz der Länder vor Übergriffen des Bundes in die ihnen nach Art. 83 GG zugewiesenen Verwaltungszuständigkeiten für den Vollzug von Bundesrecht verwirklichte sich somit in erster Linie über dieses Zustimmungserfordernis.

Wenn das BVerfG vor diesem Hintergrund in der für den vorliegenden Problemkreis grundlegenden Entscheidung zum Jugendwohlfahrtsgesetz²⁶ diesen Schutz nicht für ausreichend erachtet und zur Beschränkung der Kompetenz des Bundes aus Art. 84 Abs. 1 GG (a. F.) verfassungssystematisch auf die Zuständigkeit der Länder für die Materie des Kommunalrechts verweist, könnte man das auf den ersten Blick so verstehen, als habe das BVerfG damit die Länder vor sich selbst oder jedenfalls jene Minderheit der Länder schützen wollen, die dem Eingriff des Bundes in ihren Zuständigkeitsbereich im Bundesrat nicht zugestimmt haben. Solche paternalistischen Beschränkungen der Entscheidungsfreiheit der Ländermehrheit sind dem bundesstaatlichen Gefüge des Grundgesetzes jedoch ebenso fremd wie besondere Schutzmechanismen für diejenigen Länder, die bei einer Abstimmung im Bundesrat unterliegen. Viel näher liegt daher die Vermutung, dass es bei der verfassungssystematischen Interpretation, die das BVerfG zur Begrenzung der Bundeskompetenz aus Art. 84 Abs. 1 GG (a. F.) bemüht, letztlich doch darum geht, die Schutzwirkung offenzulegen, die dieser Vorschrift hinsichtlich der kommunalen Ebene zukommt. Hinter dem Hinweis auf die ausschließlich den Ländern zugeordnete Materie des Kommunalrechts verbirgt sich so gesehen nichts anderes als die schlichte Erkenntnis, dass die Kommunen durch die Kompetenzordnung des Grundgesetzes jedenfalls insoweit geschützt sind, als sie – soweit es nicht um die Einhaltung der allgemeinen Bundesrechtsordnung geht, an die sie selbstverständlich gebunden sind²⁷ – nur von Maßnahmen der jeweiligen Landesgesetzgeber adressiert werden dürfen. Das entspricht auch ihrer Stellung als „Glieder im gestuften Staatsaufbau innerhalb der Sphäre der Länder“.²⁸ Nur bei dieser, eine Einbeziehung der Kommunen in den „Schutzbereich“ des Art. 84 Abs. 1 GG (a. F.) voraussetzenden Betrachtungsweise wird im Übrigen verständlich, warum das BVerfG – im Einklang mit der ganz herrschenden Auffassung in der

Lehre²⁹ – eine verfassungssystematische Reduktion der Kompetenz des Bundes aus dieser Bestimmung gerade insoweit für geboten erachtet, als es um einen Durchgriff auf die Kommunen geht, während – soweit ersichtlich – alle übrigen, auch noch so schwerwiegenden Eingriffe in die Länderzuständigkeiten nach Art. 83 GG verfassungsrechtlich unbedenklich sein sollen, soweit ihnen die Länder im Bundesrat nur zugestimmt haben.

Wie der Senat vor diesem Hintergrund in der Hartz-IV-Entscheidung zu der Einschätzung gelangen konnte, Art. 84 Abs. 1 GG (a. F.) sei nicht geeignet, das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitzubestimmen, bleibt unverständlich³⁰ und wird gänzlich fragwürdig, wenn man – wofür eigentlich alles spricht – bei der verfassungssystematischen Interpretation auch die oben dargelegten (sub II.1.) finanzverfassungsrechtlichen Folgen eines Durchgriffs des Bundes einbezieht.³¹ Darauf sei hier nur hingewiesen.

c) Ausblick

Wie wäre die Entscheidung ausgefallen, wenn das BVerfG Art. 84 Abs. 1 GG (a. F.) als Prüfungsmaßstab herangezogen und folglich die von ihm selbst aufgestellten Zulässigkeitskriterien für einen Bundesdurchgriff angewendet hätte? Mit dieser Frage betritt man naturgemäß das Reich der Spekulation, doch fällt es angesichts der weiteren Ausführungen des BVerfG nicht schwer, sie zu beantworten. Wie schon erwähnt kommt nach der bisherigen Rechtsprechung ein solcher Durchgriff nur in Betracht, wenn es sich um eine punktuelle Annexregelung handelt und die Zuweisung der Zuständigkeit an die Kommunen für den wirksamen Vollzug des Gesetzes notwendig ist.³² Diese Formel greift das Gericht auch in seiner aktuellen Entscheidung auf,³³ sodass davon auszugehen ist, dass sie nach wie vor Gültigkeit beansprucht. Dann aber kann an dem verfassungsrechtlichen Schicksal dieses Elements der Hartz-IV-Reformen kein Zweifel bestehen: Der Durchgriff erweist sich als verfassungswidrig.³⁴ Denn ganz abgesehen davon, dass angesichts der großen Zahl der Betroffenen und des Umfangs der einzusetzenden Haushaltsmittel kaum von einer „punktuellen Annexregelung“ gesprochen werden kann,³⁵ gibt es – wie das BVerfG an anderer Stelle seiner Entscheidungsgründe hervorhebt – keinen zwingenden Grund dafür, die Verwaltung der Grundsicherung für Arbeitsuchende so zu organisieren, wie sie letztlich organisiert wurde.³⁶

2. Das Selbstverwaltungsrecht der Kreise

Auch wenn ein Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Ordnung der Verwaltungszuständigkeiten vom BVerfG nicht geprüft wurde, musste das Gericht doch entscheiden, ob in der bundesgesetzlichen Aufgabenzuweisung nicht unmittelbar ein unzulässiger Eingriff in Art. 28 Abs. 2 GG zu sehen ist. Dabei ist zu berücksich-

24 BVerfGE 77, 288, 299; 22, 180, 209 f.

25 Dazu auch Wieland, Der Landkreis 2008, 184, 185 f.; Schoch, Der Landkreis 2008, 214, 215 f.

26 BVerfGE 22, 180 ff.

27 Henneke/Ruge (o. Fn. 6), Art. 84 Rn. 10.

28 Tettinger, in: von Mangoldt/Klein/Stark (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band II, 5. Aufl. 2005, Art. 28 Rn. 159.

29 Trute, in: von Mangoldt/Klein/Stark (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band III, 5. Aufl. 2005, Art. 84 Rn. 11; Broß (o. Fn. 14), Art. 84 Rn. 14; anders etwa Remmert, VerwArch 94 (2003), 459, 473 ff.

30 Vgl. auch Wieland, Der Landkreis 2008, 184, 185 f.; Schoch, Der Landkreis 2008, 214, 215 f.

31 Siehe dazu etwa Schoch, NVwZ 2004, 1273 ff.; Trute (o. Fn. 29), Art. 84 Rn. 11.

32 BVerfGE 77, 288, 299; 22, 180, 210.

33 BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 134.

34 So im Ergebnis bereits Ruge/Vorholz, DVBl. 2005, 403, 404 f.; Mempel (o. Fn. 2), Hartz-IV-Organisation, S. 97 ff.

35 Dass es sich bei den Regelungen über die Grundsicherung für Arbeitsuchende „nicht um eine eng begrenzte Verwaltungsmaterie“ handelt, stellt das BVerfG ausdrücklich fest. Siehe BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 170.

36 BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 171 ff.

tigen, dass die Verfassungsbeschwerden nicht von Gemeinden, sondern von Kreisen erhoben wurden, deren Recht auf Selbstverwaltung nicht durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, sondern durch Satz 2 dieser Verfassungsnorm gewährleistet wird. Diese beiden Gewährleistungen unterscheiden sich – das wird auch an dieser Entscheidung des BVerfG wiederum deutlich – nur hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Garantie des Aufgabenbestandes, nicht aber hinsichtlich der durch Art. 28 Abs. 2 GG ebenfalls geschützten Art der Aufgabenwahrnehmung in Selbstverwaltung.³⁷ Dementsprechend stellt das BVerfG ausdrücklich fest, dass die Garantie der eigenverantwortlichen Aufgabenerledigung den Kreisen in gleichem Umfang wie den Gemeinden gewährt wird.³⁸

a) Verfassungsgarantie kreiskommunaler Aufgaben

Während Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG den Gemeinden *alle* Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zur Wahrnehmung überträgt, fehlt es für die Kreise an einem solchen Übertragungsakt durch das Grundgesetz. Anders als bei den Gemeinden beschreibt die Verfassung die Aufgaben der Kreise nicht selbst, sondern überantwortet dies gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG dem Gesetzgeber. Das bedeutet allerdings nicht, dass sich aus der verfassungsrechtlichen Garantie kommunaler Selbstverwaltung keinerlei Vorgaben für den Aufgabenbestand der Kreise ergeben. Vielmehr hat das BVerfG schon früher klargestellt, dass Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG verletzt wäre, wenn der Gesetzgeber den Kreisen neben staatlichen Aufgaben (übertragener Wirkungskreis) nicht jedenfalls einen Mindestbestand an Selbstverwaltungsaufgaben (eigener Wirkungskreis) zuweisen würde,³⁹ also an Aufgaben, die – wie es jetzt heißt – die Kreise „unter vollkommener Ausschöpfung der auch ihnen gewährten Eigenverantwortlichkeit erledigen können“.⁴⁰ Allerdings bleibt das BVerfG bei dieser schon bekannten Feststellung nicht stehen, sondern verdeutlicht – soweit ersichtlich erstmals in seiner Rechtsprechung – unter welchen Voraussetzungen diese Garantie eines Mindestbestandes überörtlicher, kreiskommunaler Selbstverwaltungsaufgaben verletzt ist. Insoweit kommt es entscheidend auf das Verhältnis der den Kreisen in den übertragenen Wirkungskreis zugewiesenen staatlichen Aufgaben und den ihnen zur Erledigung in den eigenen Wirkungskreis übertragenen Selbstverwaltungsaufgaben an. Der Bestand an Selbstverwaltungsaufgaben muss nämlich – so das BVerfG – „für sich genommen und im Vergleich zu zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein Gewicht haben, das der institutionellen Garantie der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften gerecht wird. Würden ihnen neben einem Schwergewicht an Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis nur ganz randständige, in Bedeutung und Umfang nebensächliche Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises zugewiesen, so wäre die Garantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG durch den Gesetzgeber umgangen und entwertet.“⁴¹

b) Eingriff oder Neuumschreibung des Aufgabenbestands?

Verfügen damit neben den Gemeinden auch die Kreise über einen verfassungsrechtlich geschützten Bestand an Selbstverwaltungsaufgaben, bleibt zu prüfen, ob in diesen Bestand nicht nur durch den Entzug, sondern auch – wie im vorliegenden Fall – durch die Übertragung neuer Aufgaben eingegriffen werden kann. Davon wird in der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte⁴² und in der Literatur⁴³ schon seit geraumer Zeit mit der zutreffenden Erwägung ausgegangen, dass die Übertragung von Aufgaben, zu deren Erfüllung die Kommunen verpflichtet sind, angesichts der Beschränktheit kommunaler Mittel die Möglichkeit einschränken kann, Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen, die zum verfassungsrechtlich geschützten Aufgabenbestand gehören. Dieser zutreffenden Auffassung schließt sich das BVerfG nunmehr ohne Einschränkung an.⁴⁴

In der Folge differenziert es allerdings zwischen Gemeinden und Kreisen. Während bei den Gemeinden potenziell jede Aufga-

benzuweisung geeignet sein könne, ihr Selbstverwaltungsrecht zu verletzen, seien die Kreise nur unter besonderen Umständen befugt, sich gegen eine Aufgabenzuweisung durch den Gesetzgeber wehren zu können. Diese Differenzierung ist nach Auffassung des BVerfG der unterschiedlichen Reichweite der verfassungsrechtlichen Aufgabengarantie der Gemeinden auf der einen und der Kreise auf der anderen Seite geschuldet. Denn die Gemeinden hätten von Verfassungs wegen ein Zugriffsrecht auf alle Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft, wohingegen die Kreise auf einen gesetzlich beschriebenen Aufgabenbestand verwiesen seien. Deshalb soll eine Änderung des Aufgabenbestands der Kreise in aller Regel keinen Eingriff in den verfassungsrechtlich garantierten Aufgabenbestand, sondern eine neue Umschreibung seines Umfangs sein. Ein Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der Kreise könne erst angenommen werden, „wenn die Übertragung einer neuen Aufgabe ihre Verwaltungskapazitäten so sehr in Anspruch nimmt, dass sie nicht mehr ausreichen, um einen Mindestbestand an zugewiesenen Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises wahrzunehmen, der für sich genommen und im Vergleich zu zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein Gewicht aufweist, das der institutionellen Garantie der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften gerecht wird.“⁴⁵

c) Kein Schutz für freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben der Kreise?

Der verfassungsrechtliche Schutz des Aufgabenbestandes der Gemeinden auf der einen und der Kreise auf der anderen Seite unterscheidet sich also in einem Punkt. Während die Gemeinden sich darauf berufen können, dass sie schon von Verfassungs wegen alle Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft zugewiesen erhalten haben und daher jede Modifikation dieses Aufgabenbestandes durch den Gesetzgeber die Selbstverwaltungsgarantie berührt, verpflichtet Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG den Gesetzgeber mit Blick auf die Kreise einerseits dazu, ihnen Selbstverwaltungsaufgaben von einigem Gewicht zu übertragen, gibt dem Gesetzgeber andererseits bei Modifikationen dieses einmal übertragenen Aufgabenbestandes aber vergleichsweise freie Hand. Die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen wird erst überschritten, wenn durch einen Aufgabenzug ein Mindestbestand an Selbstverwaltungsaufgaben nicht mehr vorhanden ist bzw. wenn – im Falle der Zuweisung neuer Aufgaben – die Kreise daran gehindert werden, diesen Mindestbestand an Selbstverwaltungsaufgaben mit den gegebenen Mitteln wahrzunehmen.

Diese Grenze war nach Auffassung des BVerfG im vorliegenden Fall noch nicht erreicht, sodass eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts durch Aufgabenübertragung nicht festgestellt werden konnte.⁴⁶ Bemerkenswert ist dabei, dass das Gericht bei der Prüfung der Frage, ob die Kreise trotz der Zuweisung neuer Aufgaben noch ausreichend in der Lage sind, ihre Selbstverwaltungsaufgaben zu erfüllen, lediglich auf die *pflichtigen* Selbstverwaltungsauf-

³⁷ Sehr klar in diesem Sinne auch *BVerfGE* 83, 363, 383.

³⁸ *BVerfG* (o. Fn. 1), Tz. 145.

³⁹ *BVerfGE* 83, 363, 383; siehe auch *Tettinger* (o. Fn. 28), Art. 28 Rn. 237.

⁴⁰ *BVerfG* (o. Fn. 1), Tz. 116.

⁴¹ *BVerfG* (o. Fn. 1), Tz. 117 m. w. N.

⁴² *NWVerfGH*, NVwZ-RR 1993, 486, 487; NVwZ 1996, 1000; NVwZ 1997, 793 f.; *RhPVVerfGH*, NVwZ 2001, 912, 914; *SachsAnhVerfG*, NVwZ-RR 1999, 393, 396.

⁴³ *Schoch*, Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie, 1997, S. 117 ff.; *ders.*, in: Henneke/Meyer (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung zwischen Bewahrung, Behinderung und Entwicklung, 2006, S. 11, 40; *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopflauf (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl. 2008, Art. 28 Rn. 77.

⁴⁴ *BVerfG* (o. Fn. 1), Tz. 118.

⁴⁵ *BVerfG* (o. Fn. 1), Tz. 120.

⁴⁶ *BVerfG* (o. Fn. 1), Tz. 122; siehe dazu auch *Wieland*, *Der Landkreis* 2008, 184, 185, der zu Recht kritisch bemerkt, dass diese Anforderungen so hoch sind, „dass ihre Erfüllung in der Staatspraxis weithin nur eine theoretische Möglichkeit bleiben dürfte“.

gaben abstellt, aber nicht untersucht, inwieweit die Möglichkeiten der Kreise zur Wahrnehmung *freiwilliger* Selbstverwaltungsaufgaben noch gegeben sind. Begründet wird dies damit, dass Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben durch die Kreise nicht garantiere.⁴⁷ Diese Schlussfolgerung wäre indes nur zutreffend, wenn dem Verfassungsgebot, wonach die Kreise mit Selbstverwaltungsaufgaben von hinreichendem Gewicht ausgestattet sein müssen, nur durch die Zuweisung *pflichtiger* Selbstverwaltungsaufgaben Rechnung getragen werden könnte. Demgegenüber weisen die Landes(verfassungs)gesetzgeber den Kreisen nicht nur *pflichtige* Selbstverwaltungsaufgaben zu, sondern stattdessen sie – für ihren Bereich – regelmäßig mit einer Allzuständigkeit aus, wie sie sich für die Gemeinden unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ergibt,⁴⁸ räumen ihnen also auch die Kompetenz zur Wahrnehmung *freiwilliger* Aufgaben ein.⁴⁹ Mit anderen Worten: Wenn Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG den Aufgabenbestand der Kreise jedenfalls so weit schützt, als sie kraft gesetzlicher Zuweisung über einen ausreichend gewichtigen Bestand an Selbstverwaltungsaufgaben verfügen müssen, ist nicht ersichtlich, warum sich dieser – im Vergleich zu den Gemeinden zwar modifizierte und zurückgenommene, immerhin aber gegebene – verfassungsrechtliche Schutz kreiskommunaler Aufgaben nur auf *pflichtige*, nicht aber auch auf *freiwillige* Selbstverwaltungsaufgaben der Kreise erstrecken sollte. Denn die *pflichtigen* werden ebenso wie die *freiwilligen* Selbstverwaltungsaufgaben aufgrund (landes-)gesetzlicher Zuweisung wahrgenommen. Wenn die Gesetzesakzessorität der kreiskommunalen Aufgaben dem verfassungsrechtlichen Mindestschutz der *pflichtigen* Selbstverwaltungsaufgaben nicht entgegensteht, kann sie auch dem Schutz der *freiwilligen* Selbstverwaltungsaufgaben nicht entgegenstehen. Deshalb vermag die Feststellung des Gerichts, dass Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG die Wahrnehmung *freiwilliger* Selbstverwaltungsaufgaben durch die Kreise nicht garantiert, in dieser Schärfe nicht zu überzeugen.

3. Die Eigenverantwortlichkeit kommunaler Verwaltung und das Verbot der Mischverwaltung

Das SGB II weist den Kreisen und kreisfreien Städte sowie dem Bund bzw. der Bundesagentur für Arbeit im Zusammenhang mit der Verwaltung der Grundsicherung für Arbeitsuchende je eigene Aufgaben zu, verpflichtet den Bund und die Kommunen aber gleichzeitig zu einer gemeinsamen Wahrnehmung dieser Aufgaben in der institutionalisierten Form der ARGEn gemäß § 44 b SGB II. Diese Vorschrift sieht – so das BVerfG – „eine selbstständige, sowohl von der Sozial- als auch von der Arbeitsverwaltung getrennte Organisationseinheit vor, die sich nicht auf koordinierende und informierende Tätigkeiten beschränkt, sondern die gesamten Aufgaben einer hoheitlichen Leistungsverwaltung im Bereich der Grundsicherung für Arbeitsuchende umfasst“.⁵⁰ Bei den ARGEn handelt es sich um „gemeinschaftliche Verwaltungseinrichtungen der Bundesagentur und der kommunalen Träger zum Vollzug der Grundsicherung für Arbeitsuchende“.⁵¹ Eine solche, besonders weit reichende Form der Verwaltungszusammenarbeit verstößt nach Auffassung des BVerfG gegen das verfassungsrechtliche Verbot der Mischverwaltung und verletzt zugleich die kommunale Selbstverwaltungsgarantie in ihrer Ausprägung als Garantie eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung.⁵²

a) Eigenverantwortlichkeit als Element der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie

Dass das Selbstverwaltungsrecht des Art. 28 Abs. 2 GG nicht nur einen bestimmten Aufgabenbestand schützt, sondern auch die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerledigung gewährleistet, steht seit jeher außer Frage. Beide Elemente zusammen konstituieren die Rechtsinstitutionsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung in Gemeinden und Gemeindeverbänden.⁵³ Gestützt auf

diese Gewährleistung können sich die Kommunen insbesondere gegen Maßnahmen des Gesetzgebers zur Wehr setzen, die die Art und Weise der Aufgabenerledigung und die Organisation der Kommunalverwaltung betreffen. Zur Verdeutlichung wird insoweit auf eine Reihe von kommunalen Hoheiten wie die Organisations-, die Personal- oder auch die Kooperationshoheit verwiesen. Der Schutz dieser Hoheiten wirkt zwar nicht absolut, was – in der Verfassungswirklichkeit – durch eine Vielzahl von staatlichen Ingerenzen auf die kommunale Verwaltungstätigkeit unterstrichen wird, verlangt dem Gesetzgeber aber ab, dass er für solche Eingriffe einen gemeinwohlorientierten, rechtfertigenden Grund anführen kann, bspw. das Ziel, eine ordnungsgemäße Aufgabenwahrnehmung sicherzustellen.⁵⁴

Vor diesem Hintergrund hätte man vielleicht erwarten können, dass das BVerfG die Errichtung der Arbeitsgemeinschaften und die im Gesetz vorgesehene Übertragung kommunaler Aufgaben zur Erledigung auf diese Einrichtung unmittelbar und nur am Recht auf eigenverantwortliche Aufgabenerledigung prüft, wie es den Kreisen durch Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistet ist.⁵⁵ Diesen Weg beschreitet das Gericht aber nicht. Es lässt letztlich offen, ob schon bei einer gleichsam isolierten Prüfung dieses Rechts ein Verfassungsverstoß festzustellen gewesen wäre, und prüft stattdessen, ob beim Erlass des SGB II die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern gemäß Art. 83 ff. GG eingehalten worden sind. Überschreite der Gesetzgeber die ihm dort gesetzten Grenzen des zulässigen Zusammenwirkens von Bundes- und Landesbehörden, führe dies – so das BVerfG – „gleichzeitig zu einer Verletzung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in ihrer Ausprägung als Garantie eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung nach Art. 28 Abs. 2 GG“.⁵⁶

b) Verfassungsrechtliches Verbot der Mischverwaltung

In der Folge (re-)konstruiert das BVerfG aus der Zusammenschau der bundesstaatlichen Ordnung der Verwaltungskompetenzen nach Art. 83 ff. GG mit anderen tragenden Verfassungsprinzipien wie dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip ein verfassungsrechtliches Verbot der Mischverwaltung. Die Bildung der ARGEn nach dem SGB II steht mit diesem Verbot nicht in Einklang und erweist sich deshalb als verfassungswidrig.

aa) Mischverwaltung in der Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG hatte in der Vergangenheit schon mehrfach über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Zusammenwirkens von Verwaltungsträgern des Bundes und der Länder in Formen, die nicht ausdrücklich vom Grundgesetz vorgesehen und autorisiert sind, zu entscheiden.⁵⁷ Diese Rechtsprechung war zunächst von einer ausgesprochen restriktiven Haltung geprägt, die in der Formel kulmiert, dass „Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse gleich welcher Art im Aufgabenbereich der Länder, ohne dass die Verfassung dem Bund entsprechende Sachkompetenzen übertragen hat, [...] gegen das grundgesetzliche Verbot einer sog. Mischverwaltung [verstoßen]“.⁵⁸

47 BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 123.

48 Henneke (o. Fn. 43), Art. 28 Rn. 73.

49 Dazu auch Henneke, Der Landkreis 2008, 172 ff.

50 BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 163.

51 BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 165.

52 BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 144 ff.

53 Henneke (o. Fn. 43), Art. 28 Rn. 34; Tettinger (o. Fn. 28), Art. 28 Rn. 178 ff.

54 BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 145 ff.

55 Zu einer solchen Prüfung etwa Mempel (o. Fn. 2), Hartz-IV-Organisation, S. 128 ff.

56 BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 150.

57 Siehe dazu den Rechtsprechungsüberblick bei Mempel (o. Fn. 2), Hartz-IV-Organisation, S. 67 ff.; Cornils, ZG 2008, 184 ff.

58 BVerfGE 39, 96, 120.

Mit dem Beschluss zum Schornsteinfegergesetz vom 12. 1. 1983⁵⁹ schien dann eine Neubewertung dieser Frage durch das BVerfG einzusetzen. In deutlicher Distanzierung zu den älteren Entscheidungen heißt es in diesem Beschluss, dass es keinen verfassungsrechtlichen Grundsatz gebe, „wonach Verwaltungsaufgaben ausschließlich vom Bund oder von den Ländern wahrzunehmen sind, sofern nicht ausdrücklich verfassungsrechtliche Regelungen etwas anderes zulassen“.⁶⁰ Eine starre Festlegung auf bestimmte, in der Verfassung ausdrücklich vorgesehene Verwaltungstypen existiere nicht.⁶¹ Auch der erstmals in dieser Entscheidung – ohne Bezug auf die kommunale Selbstverwaltung – formulierte Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung, wonach es zu einer verfassungsrechtlich zugewiesenen Verwaltungskompetenz gehöre, dass der jeweilige Kompetensträger seine Aufgabe durch eigene tatsächliche und persönliche Mittel wahrzunehmen habe,⁶² erweist sich nicht als unüberwindliche Schranke. Ausnahmen kommen vielmehr in Betracht, wenn sich die Heranziehung einer fremden Verwaltungseinrichtung zur Erledigung eigener Aufgaben auf eine eng umgrenzte Verwaltungsmaterie beschränkt und aus einem besonderen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Das bis zu diesem Beschluss des BVerfG strikt vertandene Verbot der Mischverwaltung war damit entschieden relativiert, und es schien, als stünde die bundesstaatliche Kompetenzordnung weitgehend zur Disposition des Gesetzgebers, sofern sich die Modifikationen nur auf Randbereiche erstreckten und sich sachlich rechtfertigen lassen würden. Die Gefahren, die mit einer solchen Aufweichung der doch gerade auf Eindeutigkeit angewiesenen Kompetenzordnung zwangsläufig einhergehen,⁶³ wurden offenbar nicht gesehen oder als nur gering eingestuft.

Eine neuerliche Trendwende in der Rechtsprechung des BVerfG deutete sich dann allerdings schon mit dem Beschluss zu § 50 Abs. 4 TKG an und ist mit der aktuellen Hartz-IV-Entscheidung vollends vollzogen. An der TKG-Entscheidung fällt zunächst auf, dass das BVerfG nicht den Schornsteinfeger-Beschluss zitiert, sondern diesen gleichsam überspringt, auf die älteren Entscheidungen zurückgreift und ohne jeden Vorbehalt ein striktes Verbot formuliert, wonach das Grundgesetz die Mischverwaltung ausschließt, sofern sie nicht ausdrücklich zugelassen sei.⁶⁴ Zugleich wird dieses Mischverwaltungsverbot aber auch auf einen Gesichtspunkt gestützt, der in den älteren Entscheidungen noch keine Rolle gespielt hatte: Das BVerfG weist nämlich zusätzlich darauf hin, dass der Gesetzgeber auch bei der Bestimmung von Verwaltungszuständigkeiten die rechtsstaatlichen Grundsätze der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit zu beachten habe.⁶⁵

bb) Das Mischverwaltungsverbot in der Hartz-IV-Entscheidung Die Hartz-IV-Entscheidung ist demgegenüber erkennbar von dem Bemühen geprägt, die beiden Rechtsprechungslinien miteinander zu versöhnen, insbesondere die Aussagen der Schornsteinfeger-Entscheidung in den verfassungsrechtlichen Tatbestand des Mischverwaltungsverbots zu integrieren.

Ausgangspunkt der Entfaltung der verfassungsrechtlichen Obersätze sind erneut die Grundsätze der älteren Rechtsprechung, auf die das Gericht schon in der TKG-Entscheidung abgestellt hatte.⁶⁶ Dementsprechend wird den Art. 83 ff. GG entnommen, dass die Verwaltung des Bundes und die Verwaltung der Länder – ungeachtet einer Reihe von ausdrücklich vorgesehenen Formen der Mitwirkung wie etwa der Auftragsverwaltung – „organisatorisch und funktionell im Sinne von in sich geschlossenen Einheiten prinzipiell voneinander getrennt“ seien.⁶⁷ Betont wird zugleich der anerkannte verfassungsrechtliche Grundsatz, wonach über im Grundgesetz festgelegte Kompetenzen auch einvernehmlich nicht verfügt werden dürfe. Aus dem Normgefüge der Art. 83 ff. GG folge, dass Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse gleich welcher Art im Aufgabenbereich der Länder ausgeschlossen seien, wenn die Verfassung dem Bund entsprechende Sachkompetenzen nicht übertragen habe.

Das Gericht begnügt sich aber nicht mit dem Hinweis auf die durch die Art. 83 ff. GG in Konkretisierung des Bundesstaatsprinzips konstituierte „Verwaltungsordnung“ des Grundgesetzes, um die Grenzen des zulässigen Zusammenwirkens von Bundes- und Landesbehörden aufzuzeigen. Es stützt das von ihm postulierte Verbot der Mischverwaltung darüber hinaus vielmehr auch auf das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip. Hinsichtlich des Rechtsstaatsprinzips wird – wie schon in der Entscheidung zu § 50 TKG – auf die Grundsätze der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit verwiesen. Diese hätten nicht nur die Funktion, die Länder vor einem Eindringen des Bundes in den ihnen vorbehaltenen Bereich der Verwaltung zu schützen und eine Aushöhlung des Art. 30 GG zu verhindern, sondern sollten aus Sicht des Bürgers auch für eine klare Kompetenzordnung sorgen, die „Verwaltung in ihren Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten für den einzelnen ‚greifbar‘ zu machen.“⁶⁸ Auch aus dem Demokratieprinzip wird die Notwendigkeit einer klaren Kompetenz- und damit Verantwortungsordnung hergeleitet, weil der Bürger anders nicht wissen könne, „wen er wofür – auch durch Vergabe oder Entzug seiner Wählerstimme – verantwortlich machen könne“.⁶⁹ Abgerundet – und hierin liegt erkennbar der Versuch einer Harmonisierung mit der Schornsteinfeger-Entscheidung – wird das vom BVerfG angeführte Begründungsensemble sodann mit dem Hinweis auf den Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung.⁷⁰

Dieser Versuch erweist sich bei näherem Hinsehen als durchaus problematisch. Während insbesondere die Herleitungen aus dem Bundesstaatsprinzip in der früheren Rechtsprechung als strikte Verbote der Mischverwaltung formuliert waren und auch die TKG-Entscheidung in diesem Sinne zu lesen ist, hatte das BVerfG den Grundsatz eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung schon in der Schornsteinfeger-Entscheidung nicht als absolutes Verbot verstanden, sondern Ausnahmen zugelassen und davon abhängig gemacht, dass sie sich auf eine gegenständlich eng begrenzte Verwaltungsmaterie beschränken und von einem sachlich rechtfertigenden Grund gedeckt sind. Diese Einschränkungsmöglichkeit wird nunmehr gleichsam in den verfassungsrechtlichen Verbotstatbestand der Mischverwaltung „importiert“ und führt in der Zusammenschau aller Begründungsansätze zu dem Obersatz, das Grundgesetz schließe, von begrenzten Ausnahmen abgesehen (!), die Mischverwaltung aus.⁷¹

cc) Bewertung

Ungeachtet solcher Einwände handelt es sich bei diesem Urteil um eine der herausragenden Entscheidungen des BVerfG zum Staatsorganisationsrecht. Das liegt vor allem darin begründet, dass das BVerfG mit seinem Hartz-IV-Urteil die Wichtigkeit einer klaren Verteilung von Verantwortung zwischen Bund, Ländern und Kommunen⁷² betont und damit wenig Raum für aus Sach-

⁵⁹ BVerfGE 63, 1.

⁶⁰ BVerfGE 63, 1, 39.

⁶¹ BVerfGE 63, 1, 40 f.

⁶² BVerfGE 63, 1, 41.

⁶³ Siehe *Di Fabio*, Gewaltenteilung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Aufl. 2004, § 27 Rn. 41.

⁶⁴ BVerfGE 108, 169, 182.

⁶⁵ BVerfGE 108, 169, 161 f.

⁶⁶ Zum Folgenden BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 151 ff.

⁶⁷ BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 152.

⁶⁸ BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 157.

⁶⁹ BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 158.

⁷⁰ BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 159 ff.

⁷¹ BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 153. Das ist auch deshalb problematisch, weil die Schornsteinfeger-Entscheidung keinen klassischen Fall der Mischverwaltung im engeren Sinne zum Gegenstand hatte, sondern eine Organleihe betraf. Zum Ganzen eingehend *Cornils*, ZG 2008, 184 ff.

⁷² Eingehend zu den damit zusammenhängenden Fragestellungen auch *Huber*, Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen, Gutachten D für den 65. DJT, 2004, sowie die Beiträge in

zwängen angeblich unausweichliche Formen einer kondominialen Verflechtung zwischen den Ebenen belässt, die letztlich zu einer Aushebelung des Bundesstaatsprinzips grundgesetzlicher Prägung führen können.⁷³ Der Wert der bundesstaatlichen Gewaltengliederung liegt ja nicht zuletzt darin, dass die ihr eigene Aufteilung der Staatsgewalt auf verschiedene Träger die Transparenz fördert und politische Verantwortung sichtbar macht, wobei „Verantwortung“ bedeutet, dass den gewählten Vertretern und den von ihnen berufenen Amtsträgern öffentliches Handeln hinreichend sicher zugerechnet werden kann.⁷⁴ Insoweit besteht eine eng Verbindung zwischen dem Bundesstaats- und dem Demokratieprinzip: Wird die bundesstaatliche Gliederung der Staatsgewalt durch Verflechtungen unterlaufen, sodass nicht mehr klar ist, wem – dem Bund oder den Ländern – eine bestimmte Entscheidung zugerechnet werden kann, geraten auch die „Mechanismen demokratischer Rückkopplung“ in Gefahr und wird der „Kreislauf demokratischer Kontrolle der Herrschenden“ gestört.⁷⁵ Aus dieser Perspektive mag man in dem Urteil auch eine Absage an den „kooperativen Föderalismus“ und eine Rückkehr zu traditionellen Vorstellungen sehen.

4. Konsequenzen für die Arbeitsgemeinschaften nach § 44 b SGB II

Aus Sicht der Beschwerdeführer hatte es indes keine negativen Konsequenzen, dass das Verbot der Mischverwaltung nach dem aktuellen Stand der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht als strikte Regel zu verstehen ist, sondern eng begrenzte Ausnahmen zulässt. Das BVerfG hatte keine Mühe darzulegen, dass es sich angesichts der Vielzahl der Betroffenen nicht um eine eng begrenzte Verwaltungsmaterie handelt und dass es keinen sachlichen Grund gibt, der zwingend für eine gemeinschaftliche Aufgabenwahrnehmung durch den Bund und die Kommunen spricht. Die Arbeitsgemeinschaften wurden dementsprechend für verfassungswidrig erklärt.⁷⁶

5. Fazit

Das BVerfG hat mit dieser Entscheidung den Eigenwert der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung gegenüber dem Zugriff eines Gesetzgebers verteidigt, der sich nicht aus sachlichen Erwägungen, sondern letztlich nur mangels politischer Einigungsfähigkeit mit den ARGen nach § 44 b SGB II auf einen Verwaltungstyp festgelegt hat, für den es aus gutem Grund in der Verfassung keine rechtliche Basis gibt. Insoweit ist die Entscheidung uneingeschränkt zu begrüßen. Dass es daneben in dem Urteil auch Passagen gibt, deren Bedeutung sich dem Leser nicht unmittelbar erschließen,⁷⁷ vermag an dieser positiven Einschätzung nichts zu ändern. Bedauerlich ist darüber hinaus vor allem, dass das Gericht sich mit nicht wirklich überzeugenden prozessrechtlichen Erwägungen einer Auseinandersetzung mit dem drängenden Problem eines Durchgriffs des Bundes auf die kommunale Ebene entzogen hat. Was bleibt, ist die Frage nach der künftigen Ausgestaltung der Sozialverwaltung.

IV. Künftige Gestaltungsoptionen

Zur künftigen Gestaltung der Sozialverwaltung hat sich das Gericht naturgemäß nicht geäußert. Dennoch lassen sich seiner Entscheidung wichtige Anhaltspunkte dafür entnehmen, wie die Verwaltung der Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende in verfassungskonformer Weise organisiert werden könnte.

1. Keine getrennte Trägerschaft

Fest steht dabei zunächst, dass es – anders als vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) geplant⁷⁸ – nicht bei einer getrennten Trägerschaft der Aufgaben bleiben kann, wie sie das SGB II derzeit noch vorsieht. Dem steht bereits entgegen, dass die

geregelt Zuweisung gewichtiger Aufgaben im Zusammenhang mit der Grundsicherung für Arbeitsuchende an die Kommunen gegen Art. 84 Abs. 1 GG (a. E.) verstößt. Dies zu prüfen und festzustellen, sah sich das BVerfG aus prozessualen Gründen zwar gehindert. Wie bereits dargelegt ergibt sich aber aus der Zusammenschau der älteren Rechtsprechung des Gerichts zur Zulässigkeit eines Aufgabendurchgriffs des Bundes auf die kommunale Ebene mit einzelnen Passagen der aktuellen Entscheidung, dass die entsprechenden Bestimmungen verfassungsrechtlich nicht haltbar sind. Im Übrigen weist das Gericht in den Urteilsgründen ausdrücklich darauf hin, dass „nach der Systematik des Grundgesetzes [...] der Vollzug von Bundesgesetzen entweder von den Ländern oder vom Bund, nicht hingegen zugleich von Bund und Land [...] wahrgenommen“ wird.⁷⁹ Eine geteilte Aufgabenträgerschaft, wie sie dem BMAS offenbar vorschwebt, dürfte danach kaum in Betracht kommen.

2. Besteht eine Bundeskompetenz für den Verwaltungsvollzug des SGB II?

Will man an der allgemein für sachgerecht gehaltenen einheitlichen Wahrnehmung der aus der Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe neu geschaffenen Aufgabe der Gewährleistung einer Grundsicherung für Arbeitsuchende festhalten, bleibt mithin nur, die Aufgabe zur Gänze den Ländern – und über diese den Kommunen – oder aber dem Bund zuzuordnen. Ersteres entspräche dem verfassungsrechtlichen Regelmodell, wonach die Länder Bundesrecht als eigene Angelegenheiten ausführen (Art. 83 GG) und ist hier nicht näher zu erläutern. Die Zuweisung der Aufgabenträgerschaft an den Bund würde diesem Regelmodell dagegen zuwiderlaufen und käme – gerade angesichts der in der Hartz-IV-Entscheidung so betonten Unverfügbarkeit der bundesstaatlichen Kompetenzordnung – nur auf einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Grundlage in Betracht. Eine solche ist prima facie indes nicht ersichtlich. Allerdings heißt es in den Urteilsgründen, dass neben dem Gesamtvollzug nach der Grundregel des Art. 83 GG auch eine Ausführung nach Art. 87 GG vorstellbar wäre.⁸⁰ Über die tatsächliche Zulässigkeit einer Überführung der Grundsicherung für Arbeitsuchende in bundeseigene Verwaltung ist damit indes noch nichts gesagt. Insoweit kommt es vielmehr allein darauf an, ob sich ein solches Vorhaben unter die Tatbestandsvoraussetzungen entweder des Art. 87 Abs. 2 oder von Art. 87 Abs. 3 GG subsumieren lassen könnte. Eine eingehende Analyse dieser Fragestellung würde den Rahmen vorliegender Untersuchung sprengen.⁸¹ Auf drei Gesichtspunkte sei abschließend aber gleichwohl noch hingewiesen.

a) Art. 87 Abs. 3 GG

Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG räumt dem Bund zwar das Recht ein, für alle Angelegenheiten, für die er die Gesetzgebungszuständigkeit besitzt, Bundesoberbehörden oder bundesunmittelbare Körperschaften bzw. Anstalten zu errichten. Die Errichtung von Bundesbehörden mit eigenem Verwaltungsunterbau – und nur dies

Henneke (Hrsg.), Verantwortungsteilung zwischen Kommunen, Länder, Bund und Europäischer Union, 2001.

⁷³ Zutreffend *Oeter*, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1998, S. 456.

⁷⁴ Siehe nur *Di Fabio* (o. Fn. 63), § 27 Rn. 41.

⁷⁵ *Oeter* (o. Fn. 73), Bundesstaatsrecht, S. 456.

⁷⁶ BVerfG (o. Fn. 1), Tz. 169 ff.

⁷⁷ Das gilt etwa für *BVerfG* (o. Fn. 1), Tz. 176 ff., bei denen letztlich unklar bleibt, ob das Gericht den Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung in seiner aus Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG abgeleiteten Dimension oder als allgemeines Organisationsprinzip der Staatsverwaltung prüft.

⁷⁸ Dazu auch *Meyer*, NVwZ 2008, 275, 277, *Schmachtenberg*, Wirtschaftsdienst 2008, 79 ff.

⁷⁹ *BVerfG* (o. Fn. 1), Tz. 167 – Hervorhebung nur hier.

⁸⁰ *BVerfG* (o. Fn. 1), Tz. 172.

⁸¹ Vgl. eingehend *Henneke*, Der Landkreis 2008, 163 ff.

kommt bei einer flächendeckenden Wahrnehmung der Aufgabe in Betracht – ist aber nach Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG an die weitere Voraussetzung geknüpft, dass es sich um neue Aufgaben handelt und ein dringender Bedarf für bundeseigene Mittel- und Unterbehörden besteht. Ob diese Voraussetzungen bei den Aufgaben nach dem SGB II erfüllt sind, lässt sich mit guten Gründen bezweifeln.⁸² Damit dürfte der Weg über Art. 87 Abs. 3 GG aber versperrt sein.

b) Art. 87 Abs. 2 GG

Gemäß Art. 87 Abs. 2 GG besitzt der Bund eine Verwaltungskompetenz für die Errichtung „sozialer Versicherungsträger“. Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass der Begriff des „sozialen Versicherungsträgers“ in Art. 87 Abs. 2 GG identisch ist mit dem in der Kompetenzvorschrift des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG verwendeten Begriffs (des Trägers) der „Sozialversicherung“.⁸³ Bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende geht es aber nicht um einen Zweig der Sozialversicherung, was eine Finanzierung durch Sozialversicherungsbeiträge voraussetzt.⁸⁴ Vielmehr handelt es sich – wie schon bei der Arbeitslosen- und der Sozialhilfe – um ein *steuerfinanziertes* Fürsorgesystem. Auch Art. 87 Abs. 2 GG scheidet damit im Grundsatz als Kompetenzgrundlage aus.

c) Wahrnehmung sozialversicherungsfremder Aufgaben durch die Bundesagentur für Arbeit als Ausweg?

Als letzter Strohalm, auf den sich eine Bundeszuständigkeit noch gründen ließe, bliebe daher allenfalls, was das BVerfG zur Wahrnehmung von Nicht-Grenzschutzaufgaben durch die Bun-

desgrenzschutzbehörde ausgeführt hat.⁸⁵ Danach erscheint es zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, die Bundesagentur für Arbeit und die Agenturen für Arbeit als Träger der Sozialversicherung i. S. d. Art. 87 Abs. 2 GG mit Aufgaben zu betrauen, die – wie die Grundsicherung für Arbeitsuchende – keine solchen der Sozialversicherung sind.⁸⁶ Das setzte nach der Rechtsprechung des BVerfG allerdings voraus,⁸⁷ dass die Zuweisung solch sozialversicherungsfremder Aufgaben das „Gepräge“ der Bundesagentur als Sozialversicherungsträger wahrte. Ob davon angesichts der in der Hartz-IV-Entscheidung vom BVerfG hervorgehobenen beträchtlichen finanziellen und sozialen Dimension der Grundsicherung für Arbeitsuchende⁸⁸ noch die Rede sein kann, ist ebenfalls eher unwahrscheinlich.

d) Ergebnis

Als verfassungsrechtlich über jeden Zweifel erhabener Lösungsansatz für die anstehende Neuorganisation der Hartz-IV-Verwaltung erweist sich nach alledem die *constitutione lata* nur, den Gesamtvollzug der Grundsicherung für Arbeitsuchende entsprechend der Grundregel des Art. 83 GG den Ländern zu zuweisen.

⁸² Dazu *Brosius-Gersdorf*, VSSR 2005, 335, 354 f.

⁸³ *BVerfGE* 63, 1, 36; *Trute* (o. Fn. 29), Art. 87 Rn. 59; *Lerche* (o. Fn. 7), Art. 87 Rn. 153.

⁸⁴ Siehe *Trute* (o. Fn. 29), Art. 87 Rn. 61.

⁸⁵ *BVerfGE* 97, 198 ff.

⁸⁶ Auch dazu *Trute* (o. Fn. 29), Art. 87 Rn. 63.

⁸⁷ Dazu *BVerfGE* 97, 198, 218.

⁸⁸ *BVerfG* (o. Fn. 1), Tz. 170.

Vom „Verbot der Mischverwaltung“ zur Dogmatik der vertikalen Kooperation im Bundesstaat

Von *Martin Burgi*, Bochum

I. Der Jubilar und das Recht der Verwaltungsorganisation

Ausweislich seines Schriftenverzeichnisses hat *Friedrich E. Schnapp* immer wieder grundlegende Beiträge in einem Rechtsgebiet geleistet¹, an dem die juristischen Karawanen allzuoft vorbeiziehen, nämlich dem Allgemeinen Teil des Rechts der Verwaltungsorganisation. Noch mehr als der tiefe Einblick in das Sozialrecht, das hier wie auch sonst reich an kreativ-extraordinären Gestaltungsformen ist, dürfte ihn hierbei das Streben nach methodischer Sorgfalt und dogmatischer Durchdringung inspiriert haben, denn um beides steht es im staatlichen Innenbereich nicht durchgehend zum Besten. Das liegt an bis heute wirkmächtigen Impermeabilitätsvorstellungen², an der für den Außenstehenden oftmals schwer zugänglichen Phänomenologie und nicht zuletzt daran, das von der Rechtswissenschaft ganz allgemein die Steuerungsmedien Personal, Finanzmittel und eben auch Organisation im Vergleich mit dem Steuerungsmedi-um Recht unterschätzt werden³.

¹ Zu nennen sind insbesondere die Aufsätze „Zu Dogmatik und Theorie des staatlichen Organisationsrechts“ (Rechtstheorie 1978, 275), „Grundbegriffe des öffentlichen Organisationsrechts“ (Jura 1980, 68; fortgeführt in Jura 1980, 293), „Dogmatische Überlegungen zu einer Theorie des Organisationsrechts“ (AöR 105 [1980], 243) und natürlich der Staatsrechtslehrervortrag aus dem Jahre 1984 zum Thema „Der Verwaltungsvorbehalt“ (VVDStRL 43 [1985], 172). Der Beitrag „Mischverwaltung im Bundesstaat nach der Föderalismusreform“ (Jura 2008, 24 ff.) konnte leider nicht mehr berücksichtigt werden.

² Als Beitrag zu ihrer Überwindung: *Schnapp*, AöR 105 (1980), 245; zu weiteren Spezifika des Verwaltungsorganisationsrechts vgl. *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2006, § 6 Rdnr. 2.

³ Vgl. aber aus neuerer Zeit nun Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997; *John-Koch*, Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat, 2005, sowie die Beiträge von *Groß*, *Jestaedt*, *Wißmann* und *Schuppert* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2006, §§ 13 bis 16.

Der jüngste Streifzug durch das Verwaltungsorganisationsrecht hat den Jubilar in ein Themenfeld geführt, dessen Überschrift jedem Juristen geläufig ist, und zwar in Konnotation mit einer normativen Aussage. Gemeint ist die „Mischverwaltung“, welche angesichts der zahlreichen Kompetenzverteilungsvorschriften der föderalen Verfassungsordnung (per se, ausnahmslos oder grundsätzlich?) verfassungswidrig sei. *Schnapp* widmet sich diesem Thema aus Anlass grundstürzender Reformüberlegungen im Bereich der Gesetzlichen Unfallversicherung, die er im Ergebnis kritisch beurteilt⁴. Der nachfolgende Beitrag befasst sich nicht mit der Kompetenzgemäßheit der dort untersuchten Gestaltungsform eines Zusammenwirkens von Bund und Ländern, sondern mit dem von *Schnapp* formulierten verfassungsrechtlichen „Obersatz“: Danach sei ein „Zusammenwirken von Bund und Ländern ... nicht schon dann zulässig, wenn keine Vorschriften des Verfassungsrechts entgegenstehen, sondern erst dann, wenn sie es gestatten“. Im Konfliktfall müsse „der Bund dartun, dass ihm eine Verwaltungskompetenz vom Grundgesetz eindeutig zugewiesen ist oder dass das Grundgesetz eine solche Inanspruchnahme einer Verwaltungskompetenz eindeutig zugelassen hat“. Ein Zusammenwirken bzw. eine Aufgabewahrnehmung gleichsam zur gesamten Hand müsse „ausdrücklich“ vorgesehen sein.

Diese Thesen verdienen als seltener Ausdruck eines dogmatischen Zugriffs auf die höchst aktuelle Thematik der vertikalen Kooperation im Bundesstaat allgemeine Beachtung. Denn mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20.12.2007, durch das das Zusammenwirken von Bundesagentur für Arbeit und Kommunen in den sog. Arbeitsgemeinschaften zum Vollzug des SGB II (besser bekannt als „Hartz IV“) für verfassungswidrig erklärt wurde⁵, ist die Bedeutung des Sozialrechts als Referenzgebiet für das Allgemeine Verwaltungsorganisationsrecht, noch viel mehr aber die prekäre verfassungsrechtliche Situation der insgesamt eher zu- statt abnehmenden Kooperationen innerhalb des bundesdeutschen Mehr-Ebenen-Systems endgültig in das politische und rechtliche Bewusstsein einer breiteren Öffentlichkeit gelangt. Spätestens jetzt liegt es auf der Hand, dass Klarheit über die verfassungsrechtlichen Maßstäbe, Determinanten und Kriterien im Hinblick auf die Beurteilung gegenwärtiger und künftiger Kooperationen Not tut. Wie groß der Problemdruck ist, kann man nicht zuletzt daran sehen, dass die „Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen“ (sog. Föderalismusreform II) neben der „verstärkten Zusammenarbeit der Länder untereinander“ einen erheblichen Teil ihrer Aufmerksamkeit der „Zusammenarbeit von Bund

⁴ Mischverwaltung in der Sozialversicherung, VSSR 2007, 243.

⁵ DVBl. 2008, 173; ausführlich kommentiert durch (den Repräsentanten der erfolgreich klagenden Landkreise) *Henneke*, Der Landkreis 2008, 3 ff.

und Ländern“ widmet⁶, nicht zuletzt, aber auch nicht nur mit Blick auf die IT-Strukturen⁷ bzw. auf die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie mit ihrem Erfordernis eines „einheitlichen Ansprechpartners“⁸.

II. Trennung von deskriptiver und normativer Betrachtung

Lange Zeit ist die Diskussion um die Kompetenzgemäßheit vertikaler Kooperationen unter dem Schlagwort „Verbot der Mischverwaltung“ geführt worden. Danach sollten „Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbe-fugnisse gleich welcher Art im Aufgabenbereich der Länder, ohne dass die Verfassung dem Bund entsprechende Kompetenzen übertragen hätte“, unstatthaft sein. Die Titulierung einer bestimmten Erscheinungsform der vertikalen Kooperation als „Mischverwaltung“ löste vielfach gleichsam automatisch das verfassungsrechtliche Verdikt aus; Phänomenologie und rechtliche Beurteilung drohen so in eins gesetzt zu werden⁹. Auf Grund der bis heute bestehenden begrifflichen Unschärfen hat dies zu einer in den politischen Bereich hinein fortwirkenden Stigmatisierung bestimmter organisatorischer Gestaltungen geführt. Es ist treffend, wenn Loeser konstatiert: „In der Beurteilung der Mischverwaltung als unter dem Grundgesetz verfassungswidrig, ist man sich ... offenbar so sicher gewesen, dass man eine exakte Beschreibung dessen, was mit dem Begriff Mischverwaltung gemeint ist, zu vernachlässigen können glaubte“¹⁰. Das BVerfG allerdings hat sich bereits mit seinem Beschluss vom 12.01.1983¹¹ deutlich von der Vermischung von deskriptiver und normativer Betrachtung distanziiert. Dies gipfelte in den Worten, wonach eine bestimmte verwaltungsorganisatorische Erscheinungsform „nicht deshalb verfassungswidrig (sei), weil sie als Mischverwaltung einzuordnen ist, sondern nur, wenn zwingende Kom-

⁶ Ausweislich des für die Sachverständigenanhörung über die sog. Verwaltungsthemen am 8. 11. 2007 erstellten Fragenkatalogs (Kommissionsdrucksache 063; www.bundestag.de), Abschnitt V.

⁷ Zu den dort teilweise (nicht durchgehend) zurecht erhobenen Forderungen nach einer verstärkten Kooperation im Interesse etwa der Koppelung der verschiedenen Netze, der Standardisierung oder gar des gemeinsamen Anbietens von Diensten vgl. hier nur *Eifert*, *Electronic Government*, 2006, S. 390 ff.; *Nolte*, *DÖV* 2007, 941 (944 ff.).

⁸ Zu den insoweit diskutierten Optionen vgl. zuletzt *Schliesky* (Hrsg.), *Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung*, Teil 1, 2008.

⁹ Vgl. als besonders einflussreiche Beiträge aus dieser Zeit *Köttgen*, *DÖV* 1955, 485; *Fußlein*, *DVBl.* 1956, 1; *Darmstadt*, *Zur Frage einer Mischverwaltung von Bund und Ländern*, 1961; kritisch reflektierend: *Ronellenfitsch*, *Die Mischverwaltung im Bundesstaat*, 1. Teil, *Der Einwand der Mischverwaltung*, 1975; *Loeser*, *Theorie und Praxis der Mischverwaltung*, 1976.

¹⁰ *AaO*, 653.

¹¹ *BVerfGE* 63, 1 (38), fortgeführt in verschiedenen Folgeentscheidungen, vgl. etwa zuletzt *BVerfG*, *NVwZ* 2007, 944.

petenz- oder Organisationsnormen oder sonstige Vorschriften des Verfassungsrechts entgegenstehen“. In der Hartz IV-Entscheidung spricht das Gericht nur noch von „sogenannte(r)“ Mischverwaltung¹². Der Begriff „Mischverwaltung“ bzw. „Verbot der Mischverwaltung“ kann heute somit bestenfalls zur Kennzeichnung einer Problematik, aber weder zur Beschreibung von Phänomenen noch, und erst recht nicht als rechtliche Aussage verwendet werden. Dies hat zuletzt *Friedrich Schnapp* in wünschenswerter Deutlichkeit bestätigt, indem er feststellt, dass sich „Mischverwaltung bei näherem Hinsehen einmal als ein dogmatischer, ein andermal als ein heuristischer Begriff, der auf Problemfelder verweist, aber selbst keine Lösungen für die Probleme speichert“, erweise¹³.

Konsequenter und im Interesse einer vollkommen vorurteilsfreien rechtlichen Auseinandersetzung mit den durch das Zusammenwirken von Bund und Ländern aufgeworfenen Problemen geboten ist es daher, gänzlich auf den Begriff zu verzichten¹⁴ und stattdessen zur Charakterisierung des Zusammenwirkens von Bund und Ländern von „vertikaler Kooperation“ zu sprechen. Vertikale Kooperationen können wiederum in verschiedenen Varianten erfolgen (informelle Kooperationen, Organleihe, in einer gemeinschaftlichen Verwaltungseinrichtung etc.¹⁵). Neben der im vorliegenden Beitrag unternommenen Erarbeitung dogmatischer Bausteine liegt in der Fortschreibung der Phänomenologie eine weitere hoffentlich in absehbarer Zeit in Angriff genommene Aufgabe¹⁶.

III. Notwendigkeit ausdrücklicher Zulassung oder mögliche Kompetenzgemäßheit trotz Fehlens expliziter Kooperations-Bestimmungen?

Die hier eingeforderten dogmatischen Anstrengungen würden bereits im Keim erstickt, wenn es über die wenigen im Grundgesetz enthaltenen Fälle der expliziten Zulassung des Zusammenwirkens von Bund und Ländern hinaus (u.a. im Rahmen des Art. 108 Abs. 4 sowie in Sonderlagen notrechtlicher Art in Art. 35 GG; vgl. ferner Art. 91a u. 91b GG) keine Kompetenzgemäßheit beste-

¹² BVerfG, DVBl. 2008, 173, Rdnr. 153.

¹³ VSSR 2007, 253; vgl. ferner *Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand April 1983, Art. 83 Rdnr. 90.

¹⁴ Dafür explizit auch *Hebeler*, in: Bauschke u.a. (Hrsg.), Pluralität des Rechts – Regulierung im Spannungsfeld der Rechtsebenen, 42. Tagung der wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“, 2002, S. 37 ff. m.w.N.

¹⁵ Weitere Beispiele bei *Loeser* (Fn. 9), 122; *Lerche* (Fn. 13), Art. 83 Rdnr. 108 ff.

¹⁶ Vgl. bislang *Pietzcker*, in: Starck (Hrsg.), Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat, 1988, S. 17 (29 ff.); *Hebeler* (Fn. 14), S. 39 ff.

hender Kooperationen geben könnte. Die Auseinandersetzung mit den in der Einleitung zitierten verfassungsrechtlichen Obersätzen von *Friedrich Schnapp* ist somit von grundlegender Bedeutung.

1. Ausgangspositionen

Der Reigen der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen wird mit dem Beschluss vom 21.10.1971 eröffnet¹⁷, und er endet mit der bislang mit der bereits erwähnten Hartz IV-Entscheidung¹⁸. Dazwischen hatte sich das BVerfG mit verschiedenen Erscheinungsformen vertikaler Kooperationen in verschiedenen Aufgabenfeldern (vom Schornsteinfegerwesen bis zum Emissionshandel, über die städtebaulichen Entwicklungsmaßnahmen bis zum Telekommunikationsrecht) zu befassen¹⁹.

Zu der hier formulierten Frage hat das BVerfG bereits in seiner Auftakt-Entscheidung wörtlich festgestellt, dass „in einzelnen Fällen“ zulässige Formen der Mischverwaltung denkbar seien²⁰. In der bereits erwähnten besonders ausführlichen Entscheidung aus dem Jahre 1983 hat das Gericht diese Aussage dahingehend konkretisiert, dass „die Verwaltungsräume von Bund und Ländern nicht starr voneinander geschieden sind“, und es „keinen allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz, wonach Verwaltungsaufgaben ausschließlich vom Bund oder von den Ländern wahrzunehmen sind, soweit nicht ausdrückliche verfassungsrechtliche Regelungen etwas anderes zulassen“, gebe. Des Weiteren hat es in Gestalt des Vorliegens einer lediglich „eng umgrenzten Verwaltungsmaterie“ und eines „besonderen sachlichen Grundes“ zwei Kriterien für ein statthaftes „Abgehen von dem Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabewahrnehmung“ benannt²¹. Von dieser Linie ist das BVerfG auch in der Hartz IV-Entscheidung nicht abgewichen. Dies kommt am deutlichsten in der Formulierung zum Ausdruck, wonach „die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern ... in den Art. 83 ff. GG erschöpfend geregelt und *grundsätzlich* (Hervorhebung durch den Verf.) nicht abdingbares Recht“ seien bzw. dass das Grundgesetz „auch eine sog. Mischverwaltung ausschliesse“, jedoch „von begrenzten Ausnahmen abgesehen“²². Die Summe all dessen bildet die in Rdnr.

¹⁷ BVerfGE 32, 145.

¹⁸ Vgl. Fn. 5.

¹⁹ BVerfGE 41, 291; BVerfGE 63, 1; BVerfGE 108, 169; BVerfG, NVwZ 2007, 942. Vgl. ferner zur Übertragung von Landes-Regulierungsaufgaben gemäß § 54 Abs. 2 EnWG auf die Bundesnetzagentur OLG Düsseldorf, RdE 2007, 163, und zur diesbezüglichen Thematik *Holznaegel/Gögel/Schumacher*, DVBl. 2006, 471.

²⁰ BVerfGE 32, 145 (154).

²¹ BVerfGE 63, 1 (39 f.).

²² BVerfG, DVBl. 2008, 173, Rdnr. 152 bzw. 153.

169 verwendete Formulierung, wonach „das Zusammenwirken von Bund und Ländern im Bereich der Verwaltung nicht in jedem Falle einer besonderen verfassungsrechtlichen Ermächtigung“ bedürfe.

Nichtsdestoweniger wird in der Literatur teilweise angenommen, dass Erscheinungsformen der „Mischverwaltung von Bund und Ländern“ außerhalb der expliziten Kooperations-Bestimmungen (wie etwa über die Amtshilfe etc.) nicht statthaft seien²³. Am deutlichsten ist diese Position jüngst in den eingangs erwähnten Worten von *Schnapp* formuliert worden. Danach komme es nicht darauf an, ob das Grundgesetz Formen der Mischverwaltung verbiete, sondern darauf, ob es sie erlaube. Am deutlichsten: „Jede Bundeskompetenz ... muss ihre Grundlage im *geschriebenen* (Hervorhebung durch den Verf.) Recht finden“²⁴. Andere Stimmen in der Literatur interpretieren die Rechtsprechung des BVerfG dahingehend, dass auch außerhalb der expliziten Kooperations-Bestimmungen, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, Erscheinungsformen der vertikalen Kooperation statthaft sein können. Die Verwaltungsräume von Bund und Ländern seien geschlossen, aber nicht abgeschlossen bzw. sie seien verschieden, aber nicht abgeschieden²⁵.

2. Verfassungsinterpretation im Hin- und Herwandern des Blicks

M.E. geht es in der Sache nicht darum, dass die Art. 30, 83 ff. GG keine ausdrückliche Regelung zugunsten der Zulassung von Kooperationsformen enthielten. Vielmehr geht es darum festzustellen, was überhaupt ihre Aussage ist und wann der ihnen zu entnehmende föderale Gehalt verletzt wird. Dies kommt trefflich zum Ausdruck in der Formulierung des BVerfG, dass „nicht durch jedes Zusammenwirken von Bund und Ländern die Kompetenz- und Organisationsnormen der Art. 83 ff. GG angetastet“ würde²⁶. Dies bedeutet nicht mehr und nicht weniger, als dass Erscheinungsformen der vertikalen Kooperation möglich sein können, sofern sie nicht die durch die Art. 30, 83 ff. GG aufgerichtete Ordnung missachten. Diese Ordnung ist wiederum durch den Grundsatz der Trennung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern geprägt, welcher zugleich den Ausgangspunkt der im nächsten Abschnitt unternommenen

²³ So interpretierte *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IV, 1990, § 98 Rdnr. 181 f., jedenfalls die Rechtsprechungslinie bis 1983 (d.h. bis zu BVerfGE 63, 1; mit dieser Entscheidung habe das BVerfG einen „föderativen Damm“ niedergedrückt, ohne „einen neuen aufzubauen“). Es habe hierdurch „mehr Probleme aufgeworfen als gelöst“.

²⁴ VSSR 2007, 254.

²⁵ Formulierung nach *Ronellenfitsch* (Fn. 9), S. 250. Vgl. ferner *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Fn. 13), Art. 83 Rdnr. 90 ff.; *Eifert* (Fn. 7), S. 391; zuletzt *Hummel*, DVBl. 2008, 84 (87).

²⁶ BVerfGE 63, 1 (40).

Suche nach den verfassungsrechtlichen Maßstäben für die Beurteilung von Erscheinungsformen der vertikalen Kooperation bildet (IV. 1.).

Ist mithin danach zu fragen, ob die dem Grundgesetz zu entnehmende Ordnung durch eine bestimmte Erscheinungsform der vertikalen Kooperation (nicht) angetastet wird, so ist zuallererst jeweils eine möglichst detaillierte Beschreibung der zu beurteilenden Erscheinungsform vonnöten. Dabei ist zweierlei wichtig. Zum Ersten muss berücksichtigt werden, dass jede Erscheinungsform der vertikalen Kooperation wesensmäßig durch ein wechselseitiges Geben und Nehmen gekennzeichnet ist. Sicherlich gibt es Fälle, die stärker durch ein Eindringen des Bundes in den Verwaltungsraum der Länder gekennzeichnet sind (so etwa in der der Hartz IV-Entscheidung zugrunde liegenden Konstellation mit den Arbeitsgemeinschaften), es gibt aber auch Fälle, in denen die Länder in den Verwaltungsraum des Bundes hineinwirken können, indem dieser sie etwa im Wege der Organleihe einbezieht. Noch einmal anders gelagert sind Fälle, die durch eine durchgehende Wechselseitigkeit geprägt sind, so etwa wenn die Pläne zur Schaffung einer Behördennetz-Betreibereinheit (sog. Deutschland-Online-Organisation) verwirklicht werden sollten, deren zentrale Aufgabe in der Realisierung eines Koppelnetzes (einer Verbindung zwischen den bislang separaten Netzen des Bundes und denen der Länder) besteht; in einem solchen Fall würden gleichzeitig die Länder in den Verwaltungsraum des Bundes und der Bund in die Verwaltungsräume der Länder eindringen, jeweils buchstäblich technisch vermittelt (gekoppelt) über das besagte Koppelnetz.

Ungeachtet dieser Abstufungen greift jedenfalls der schlichte Vergleich mit den (in der Sache von vornherein verfassungswidrigen) Fällen einer Anmaßung von Kompetenzen durch den Bund zu Lasten der Länder zu kurz. Die Art. 30, 83 ff. GG regeln unmittelbar nur diesen Fall; für die Fälle der vertikalen Kooperation, die durch ein wechselseitiges Geben und Nehmen gekennzeichnet sind, sind sie nach Wortlaut und Intention (Schutz der Länder vor Kompetenzanmaßung seitens des Bundes) nicht unmittelbar anwendbar. Daher ist die maßgebliche Frage zutreffend dahingehend formuliert, dass sie (lediglich) eine Ordnung aufrichten, die durch Erscheinungsformen der vertikalen Kooperation nicht angetastet werden dürfe.

Zum Zweiten ist dem allgemein anerkannten Umstand Rechnung zu tragen, dass bei der organisatorischen Ausgestaltung der Verwaltung regelmäßig ein weiterer Spielraum besteht als er durch die das Staat-Bürger-Verhältnis reglementierenden Verfassungsaussagen eröffnet wird. Die Verwaltung bedarf seiner, um „den verschiedenartigen und sich ständig wandelnden organisatorischen Erfordernissen Rechnung tragen und damit eine wirkungsvolle und leistungsfähige Verwaltung gewährleisten zu können“, wie das BVerfG in der

Hartz IV-Entscheidung ausdrücklich bestätigt hat²⁷. Weiter heißt es, dass die öffentliche Gewalt „in ihrem Streben nach angemessenen Antworten auf neue staatliche Herausforderungen nicht durch eine zu strikte Trennung der Verwaltungsräume gebunden“ werden dürfe²⁸. Von zentraler Bedeutung ist umso mehr eine differenzierte Betrachtung der einzelnen Erscheinungsformen. Sämtliche Entscheidungen des BVerfG sind daher durch ein großes Maß an Detailgenauigkeit und Einzelfallbezogenheit geprägt. Bei der Beurteilung neuer Erscheinungsformen kann demnach nicht einfach auf die jeweils bis dato ergangene Rechtsprechung verwiesen werden. Der hier aufzunehmende dogmatische Auftrag lautet vielmehr dahingehend, im Anschluss an die Beschreibung der konkret zur Beurteilung anstehenden Erscheinungsformen diese anhand der im Abschnitt IV beschriebenen Kriterien unter Berücksichtigung der dort genannten verfassungsrechtlichen Determinanten und den ebenfalls dort zu entfaltenden verfassungsrechtlichen Maßstäben messen zu können.

IV. Bausteine einer Dogmatik der vertikalen Kooperation

1. Maßstäbe

Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die Beurteilung der Kompetenzgemäßheit von Erscheinungsformen der vertikalen Kooperation sind unzweifelhaft in den Art. 30 und 83 ff. GG zu finden. Die dort vorgenommene Kompetenzaufteilung zwischen dem Bund und den Ländern ist die wichtigste Ausformung des bundesstaatlichen Prinzips nach Art. 20 Abs. 1 GG und zugleich ein Element zusätzlicher funktionaler Gewaltenteilung. Mit ihr wird politische Macht verteilt und deren Auswirkungen ein verfassungsrechtlicher Rahmen gesetzt, innerhalb dessen ein Zusammenwirken der verschiedenen Kräfte und ein Ausgleich der widerstreitenden Belange ermöglicht werden soll²⁹. Diese den Art. 30, 83 ff. GG zu entnehmenden Kompetenzregeln sind nicht-dispositives Recht, d.h. der Umstand, dass Bund und Länder im Einzelfall einvernehmlich eine vertikale Kooperation eingehen wollen, könnte ein sich aus jenen Bestimmungen ergebendes Verbot nicht überwinden³⁰.

²⁷ DVBl. 2008, 173, Rdnr. 154.

²⁸ Noch weiter gehen die dissentierenden Richter *Broß, Osterloh* und *Gerhardt* (BVerfG, DVBl. 2008, 173, Rdnr. 212 ff. [227]), die von einer „Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers“ sprechen.

²⁹ BVerfGE 63, 1 (41); BVerfGE 108, 169 (181).

³⁰ BVerfGE 39, 96 (109); BVerfGE 41, 291 (311); BVerfG, DVBl. 2008, 173, Rdnr. 151.

Bereits die erste Lektüre der Art. 83 ff. GG erweist die seit Jahrzehnten unangefochtene Erkenntnis, dass die Verwaltungskompetenz von Bund und Ländern grundsätzlich voneinander getrennt sind, d.h. dass das Grundgesetz in der Regel nur die Verwaltung entweder durch den Bund oder durch die Länder vorsieht. Im Ausgangspunkt ist von einer „Trennung der Verwaltungsräume“ von Bund und Ländern auszugehen³¹. Dabei bedeutet „Trennung“ das Vorhandensein von jeweils in sich geschlossenen Einheiten und zwar sowohl in organisatorischer als auch in funktioneller Hinsicht. Die jeweils zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse sollen grundsätzlich mit eigenen personellen und sächlichen Mitteln wahrgenommen werden. Speziell aus den Art. 83 ff. GG folgt, dass die dort normierten Verwaltungstypen grundsätzlich abschließend gefasst sind. Die Erfindung weiterer Verwaltungstypen oder von Kombinationsformen ist grundsätzlich ausgeschlossen. Unterhalb der Schwelle der Schaffung neuer Verwaltungstypen ziehen die Art. 83 ff. GG in Gestalt der dort vorgesehenen Ingerenzrechte des Bundes (vgl. etwa das in Art. 85 Abs. 3 GG vorgesehene Weisungsrecht und die Befugnis zum Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften nach Art. 84 Abs. 2 GG) Grenzen; der Kreis dieser Ingerenzrechte darf grundsätzlich nicht durch die Schaffung neu- bzw. andersartiger Einwirkungsmöglichkeiten erweitert werden. Diese seit langem anerkannten Grundsätze sind mit Inkrafttreten der Föderalismusreform I weiter gefestigt worden, deren zentrale Ordnungsidee in der „Entflechtung“ der Zuständigkeiten und Verfahren zwischen Bund und Ländern lag, mit dem Ziel der Schaffung klarerer Verantwortlichkeiten und Erhöhung der Transparenz³². Gemeinsames Basis-Tatbestandsmerkmal der durch die Art. 83 bis 85 GG eingeführten Verwaltungstypen nebst Ingerenzbefugnissen des Bundes bildet freilich das Erfordernis der „Ausführung von Bundesgesetzen“. Darunter ist die „vollzugstypische Konkretisierungsaufgabe“, das Handeln im Rahmen von „Handlungspflicht und -befugnis“ zu verstehen³³.

Erfasst ist mithin nur die gesetzesausführende Verwaltung, nicht auch diejenige Verwaltungstätigkeit, die frei von gesetzlicher Determinierung lediglich zur Beachtung der allgemeinen Gesetze verpflichtet ist. Die Bedarfsdeckungsverwaltung und die wirtschaftliche Betätigung von Verwaltungen fällt nach allgemeiner Auffassung demnach nicht in den Anwendungsbereich der Art. 83 bis

³¹ Formulierung nach *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 2, 1980, S. 832; vgl. zuvor bereits *Grawert*, Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1967, S. 264.

³² Ausführlich entfaltet in dem von *Huber* für den 65. Deutschen Juristentag 2004 erstatteten Gutachten (hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Band 1, 2004, D 33 ff.).

³³ *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Band III, 2000, Art. 83 Rdnr. 31; vgl. ferner *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 83 Rdnr. 52.

85 GG³⁴. Dies bedeutet, dass die detaillierten Aussagen zu den verschiedenen Verwaltungstypen beim Vollzug von Bundesgesetzen und den hierbei bestehenden Ingerenzbefugnissen bei der Bildung des Maßstabes zur Beurteilung von Erscheinungsformen der vertikalen Kooperation in diesen Aufgabenfeldern nicht relevant sind. Das hat zur Folge, dass der Grundsatz der Trennung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern eher abgeschwächt als verstärkt wird, weil als verfassungsrechtlicher Maßstab „nur“ der deutlich allgemeiner gefasste Art. 30 GG, wonach „die Ausübung der staatlichen Befugnisse und Erfüllung der staatlichen Aufgaben ... Sache der Länder (ist), soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt“, übrig bleibt. Er gilt im Unterschied zu den Art. 83 bis 85 GG generell auch für die nicht-gesetzesausführende Verwaltungstätigkeit³⁵.

Was das für die Beurteilung von Erscheinungsformen der vertikalen Kooperation bedeutet, ist (dies als weiterer Beleg für die Notwendigkeit einer Dogmatik) ungeklärt. Immerhin wird die Feststellung Lerches³⁶, dass sich am „prinzipiellen Verbot der Mischverwaltung auch in diesem Bereich ... nichts“ ändere, dass sich aber „ein breiterer Raum für unterverfassungsrechtliche organisatorische Gebilde“ entfalten könne, als zutreffend anzusehen sein. Denn die grundgesetzliche Fassung der gesetzesfreien Verwaltung ist jedenfalls in föderaler Hinsicht weniger dicht ausgefallen als die der gesetzesakzessorischen Verwaltung. Diese Einschätzung wird dadurch bestätigt, dass die beiden sogleich vorzustellenden zusätzlichen verfassungsrechtlichen Determinanten bei der Prüfung der Kompetenzgemäßheit von Erscheinungsformen der vertikalen Kooperation, das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip (vgl. IV. 2.), gar nicht oder wiederum nur abgeschwächt eingreifen, wenn es an gesetzlichen Regelungen, die Verwaltungszuständigkeiten festlegen, gerade fehlt (und mithin auch die Perspektive des Bürgers und des Rechtsschutzes nicht betroffen ist) bzw. wenn es eben um Entscheidungen im reinen Binnenbereich der Verwaltung geht, die von vornherein der Exekutive zugewiesen sind, weswegen Effektivitäts- und Effizienzgesichtspunkte einen größeren Raum einnehmen können als bei der Ausgestaltung der unmittelbaren Auswirkung der Staatsgewalt nach außen³⁷.

³⁴ Vgl. statt vieler *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Fn. 13), Art. 83 Rdnr. 8.

³⁵ Vgl. *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Fn. 13), Art. 83 Rdnr. 42; *Erbguth*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Auflage 2007, Art. 30 Rdnr. 33.

³⁶ *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Fn. 13), Art. 83 Rdnr. 86; ihm folgend *Eifert* (Fn. 7), S. 402.

³⁷ Dies kann hier nicht vertieft werden; vgl. (im Hinblick auf bedarfsdeckende Aufgaben) nur *Eifert* (Fn. 7), S. 403.

2. Determinanten

Dieser soeben skizzierte föderale Maßstab wird, bei Vorliegen der jeweiligen tatbestandlichen Voraussetzungen³⁸, durch das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip ergänzt. Das Rechtsstaatsprinzip zielt aus der Perspektive und dem Schutzinteresse der Bürger auf eine Verteilung von Verwaltungszuständigkeiten ab, die den Grundsätzen der „Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit“ entspricht. Der Bürger soll zuverlässig ermitteln können, welche Stelle innerhalb der weitverzweigten Verwaltung gleichsam für ihn zuständig ist. Widersprüchliche Zuständigkeitsregeln sind daher verfassungswidrig. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG setzt dieses im Formalen wurzelnde Verdikt voraus, „dass es tatbestandlich um die Bestimmung von Verwaltungszuständigkeiten geht“³⁹.

Die zweite Determinante, das Gebot der demokratischen Legitimation des Verwaltungshandelns nach Art. 20 Abs. 2 GG, erfordert ebenfalls eine hinreichend klare Kompetenzverteilung, und zwar im Interesse der Ermöglichung demokratischer Verantwortlichkeit. Der Bürger muss (nicht nur im Hinblick auf seine Wahlentscheidungen) einschätzen können, wen er wofür verantwortlich machen kann. Im föderalen Verfassungsstaat wird demokratische Legitimation entweder grundsätzlich nur durch das Bundes- oder durch das Landesvolk für seinen jeweiligen Bereich vermittelt. Als tatbestandliche Voraussetzung für das Gebot der demokratischen Legitimation fungiert das in Art. 20 Abs. 2 GG konstituierte Merkmal der „Ausübung von Staatsgewalt“. Dabei genügt es nicht, dass überhaupt eine Verwaltungstätigkeit vorliegt, vielmehr muss eine Intensitätsschwelle überschritten werden, was mit dem Begriff der „Entscheidung“ erfasst wird (Staatsgewalt im formellen Sinne)⁴⁰.

An dieser Stelle bloß erwähnt werden kann, dass nicht in jedem Falle der vertikalen Kooperation, jedoch bei Einbeziehung der Kommunen, als weitere verfassungsrechtliche Determinante der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit kommunaler Aufgabenwahrnehmung nach Art. 28 Abs. 2 GG hinzutritt. Er ver-subjektiviert die Einhaltung der Kompetenzgemäßheit einer vertikalen Kooperation zwischen dem Bund und den Ländern zugunsten der Kommunen⁴¹.

³⁸ Soeben (IV 1) wurde bereits festgestellt, dass das Rechtsstaats- bzw. das Demokratieprinzip nicht in jeden Fall der staatlichen Aufgabenwahrnehmung eingreifen bzw. nicht in jedem Fall in der gleichen Intensität Wirkungen entfalten.

³⁹ BVerfGE 63, 1 (40 f.); BVerfGE 108, 169 (181 f.); BVerfG, DVBl. 2008, 173, Rdnr. 156.

⁴⁰ BVerfGE 83, 60 (73); *Trute*, in: Grundlagen (Fn. 3), § 6 Rdnr. 27 f.

⁴¹ So ausführlich das BVerfG in der Hartz IV-Entscheidung (DVBl. 2008, 173, Rdnr. 147, 176 ff.).

3. Kriterien

Können somit auch jenseits expliziter Kooperations-Bestimmungen Erscheinungsformen der vertikalen Kooperation ausnahmsweise statthaft sein, so bedarf es der Entwicklung von Kriterien, deren Erfüllung im Einzelfall über die Annahme einer statthaften Ausnahme entscheidet. Das BVerfG hat in zwei der oben (vgl. III. 1.) zusammengestellten Entscheidungen den Kreis der Kriterien zur Beurteilung der Kompetenzgemäßheit aus seiner Sicht umschrieben. Das erste Kriterium ist dadurch gekennzeichnet, dass es auf das „Vorliegen einer eng umgrenzten Verwaltungsmaterie“ ankommt. Es widerspräche nach Auffassung des BVerfG dem Grundgedanken einer Kompetenznorm, „wenn in weitem Umfang Einrichtungen der Landesverwaltung für Zwecke der Bundesverwaltung herangezogen würden“⁴². In der Hartz IV-Entscheidung wurde dieses Kriterium zutreffend verneint, und zwar mit der Begründung, dass es sich hierbei um einen der größten Sozialverwaltungsgebiete, der einen beträchtlichen Teil der Sozialleistungen des Staates umfasse, gehandelt habe. Diese Einschätzung ist sowohl angesichts der Anzahl der von den Regelungen betroffenen Personen als auch in Anbetracht des Finanzvolumens ohne Weiteres nachvollziehbar. Materien von bescheidenerer finanzieller und politischer Dimension, insbesondere eher technisch geprägte Aktivitäten, dürften demgegenüber die Hürde des ersten Kriteriums überspringen können.

Das zweite Kriterium kann der Formulierung des BVerfG entnommen werden, wonach von dem Gebot, die Aufgaben eigenverantwortlich wahrzunehmen, „nur wegen eines besonderen sachlichen Grundes abgewichen werden“ dürfe⁴³. Nach Durchsicht der bisherigen Judikatur genügt es insoweit nicht, wenn lediglich eine oder mehrere politische Zielsetzungen zu Gunsten der jeweils intendierten Form der vertikalen Kooperation ins Feld geführt werden. Vielmehr hat das BVerfG in den bisherigen Entscheidungen jeweils eine umfangreiche Prüfung verschiedener aufgabenbezogener und organisatorischer Aspekte vorgenommen. In der Literatur ist daraufhin zu Recht der Schluss gezogen worden, dass die endgültige Entscheidung über die Kompetenzgemäßheit einer einzelnen Erscheinungsform erst im Anschluss an eine detaillierte Auseinandersetzung mit verschiedenen aufgaben- und organisationsbezogenen topoi getroffen werden könne⁴⁴. Diese Auseinandersetzung kann unter dem Sammelpunkt „sachlicher Grund“ angesiedelt werden. Sie setzt wiederum die sorgfältige Beschreibung der konkret zu beurteilenden Erscheinungsform (auf der Ebene der Phänomenologie; vgl. II.) voraus. Aufgabenbezogene Aspekte

⁴² BVerfGE 63, 1 (41); BVerfG, DVBl. 2008, 173, Rdnr. 159.

⁴³ BVerfGE 63, 1 (41); BVerfG, DVBl. 2008, 173, Rdnr. 159.

⁴⁴ Übereinstimmend *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Fn. 13), Art. 83 Rdnr. 93 ff.; *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 33), Art. 83 Rdnr. 37 ff.; *Eifert* (Fn. 7), S. 399.

liegen in den Sachgesetzhelikeiten der jeweils betroffenen Materien (wobei seit der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 1983 verwaltungspraktische und -ökonomische Erwägungen grundsätzlich anerkannt sind⁴⁵), im Charakter der im Kooperationswege übernommenen Tätigkeiten als bloß unterstützenden, koordinierenden oder informierenden Charakters sowie in der kompetenziellen Ausstattung der kooperierenden Träger. Aufgaben, für die zu Gunsten des Bundes allenfalls eine Kompetenz kraft Natur der Sache in Frage käme, können u.U. eher im Wege vertikaler Kooperation erledigt werden als Aufgaben, bei denen das nicht der Fall ist. Eher organisationsbezogener Natur sind sodann Aspekte wie die konkret gewählte Rechtsform, der Umfang der Einwirkungs- und Kontrollrechte und insbesondere die Verankerung nicht nur von Einstimmigkeits-, sondern auch von Mehrheitsentscheidungen.

Noch mehr Unklarheiten (und daher Aufträge für künftige dogmatische Arbeiten) bestehen freilich hinsichtlich der Voraussetzungen für das Eingreifen jener beiden Kriterien. Können sie zur Rechtfertigung jedweder Form der vertikalen Kooperation herangezogen werden oder von vornherein nur gegenüber bestimmten Erscheinungsformen?

Die beiden Entscheidungen des BVerfG, die die Kriterien eingeführt und geprüft haben, betrafen Erscheinungsformen des Einbeziehens von Verwaltungseinheiten der Länder durch den Bund im Wege der Organleihe⁴⁶ bzw. im Wege der Einbindung in eine gemeinschaftliche Verwaltungseinrichtung (so in der Hartz IV-Entscheidung)⁴⁷. Da in beiden Entscheidungen kein ausdrücklicher Zusammenhang zwischen der jeweils betroffenen Erscheinungsform und dem Eingreifen der beiden Kriterien hergestellt wird, besteht gegenwärtig wohl kein Anlass, sie nun im Hinblick auf die Beurteilung anderer Erscheinungsformen für nicht einschlägig zu halten. Insbesondere gegenüber Erscheinungsformen, die die Verwaltungskompetenzausstattung der Länder in größerem Maße schonen als die Erscheinungsformen der Einbeziehung in den Bereich der Bundesverwaltung (vgl. zu den Erscheinungsformen bereits II.), können die beiden Kriterien gleichsam im Wege eines a maiore ad minus-Schlusses Verwendung finden. Denn das BVerfG hat wiederholt betont, dass der Schutzzweck der föderalen Anforderungen an Formen der vertikalen Kooperation gerade im Schutze der Länder „vor einem Eindringen des Bundes in den ihnen vorbehaltenen Bereich“ bestünde⁴⁸.

⁴⁵ BVerfGE 63, 1 (43).

⁴⁶ BVerfGE 63, 1.

⁴⁷ BVerfG, DVBl. 2008, 173, Rdnr. 173.

⁴⁸ BVerfGE 108, 169 (181 f.); BVerfG, DVBl. 2008, 173, Rdnr. 156.

V. Schluss

Die vorstehenden Überlegungen verstehen sich als Gesprächsbeitrag, obwohl es angesichts der beeindruckenden Präsenz und neugierigen Aufgeschlossenheit des Jubilars für den Fakultätskollegen ein Leichtes gewesen wäre, den persönlichen Dialog zu suchen. Dass statt seiner der Festschriftenaufsatz gewählt worden ist, entspringt allein der Hoffnung, weitere Verfassungs- und Verwaltungsrechtler für das Thema der vertikalen Kooperation interessieren zu können!

Die Umsetzung von »Hartz IV« als Herausforderung an das Organisationsrecht

– Eine Analyse der verfassungs- und sozialrechtlichen Diskussion unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG vom 20. 12. 2007, Az. 2 BvR 2433/04 und 2 BvR 2434/04 –

Von Akademischer Rätin Dr. *Daniela Winkler*, Universität Tübingen

I. Einleitung	509
II. Gesetzgebungsgeschichte	511
III. Gegenwärtige Rechtslage	514
IV. Problemfelder	519
1. Eingriff in die Länderhoheit (Art. 84 Abs. 1 GG)	520
2. Selbstverwaltungsrecht der Kommunen (Art. 28 Abs. 2 GG)	524
3. Verbot der Mischverwaltung	532
4. Finanzverfassungsrechtliche Vorgaben	535
V. Zusammenfassung und Ausblick	536

Reformerische Ansätze des Gesetzgebers werden oftmals von politischen Zielvorstellungen und Bedürfnissen geleitet, ohne das (staats-)organisationsrechtlich Mögliche im Blick zu behalten. Die im Rahmen der Reform des Sozialhilferechts durch das sog. Hartz IV-Gesetz erfolgte Zusammenlegung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe verband den Wunsch nach einer bundeseinheitlichen Ausgestaltung mit der Notwendigkeit, den örtlichen Bezug zu wahren. Hierbei fehlt es mancherorts an der Reflektion des vorgegebenen Organisationsrechts, welches eine Zusammenarbeit von kommunaler und Bundesebene in dem gewählten Sinne nicht vorsieht. Das Urteil des zweiten Senats des BVerfG vom 20. 12. 2007,¹ welches sich insbesondere mit Fragen des kommunalen Selbstverwaltungsrechts beschäftigt, bietet Anlass, die hiermit verbundenen organisationsrechtlichen Fragen genauer auszuloten.

I. Einleitung

Die Arbeiten der Kommission »Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt« (sog. Hartz IV-Kommission) sowie der Kommission zur Reform der Gemeindefinanzen formulierten im Jahre 2003 – unter dem Eindruck wirtschaftlicher Rezession und damit zusammenhängend hoher Arbeitslosigkeit – das politische Projekt, Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe für *erwerbsfähige*² Personen zusammenzuführen und diese mit Hilfe einer Grundsicherung in die Lage zu versetzen, entsprechend dem Sozialstaatsgebot des Grundgesetzes ihre materiellen Grundbedürfnisse zu befriedigen. Dabei sollte insbesondere die zuvor gesplittete Aufgabenwahrnehmung von

1 BVerfG, Urteil vom 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 und 2 BvR 2434/04, abrufbar unter http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20071220_2bvr243304.html.

2 Nicht erwerbsfähige Personen erhalten (weiterhin) Sozialhilfe nach dem SGB XII.

Bund (Arbeitslosenhilfe) und Kommunen (Sozialhilfe) aufgehoben werden.³ Beru-
hend auf den Arbeitsergebnissen der sog. Hartz IV-Kommission sollten auf diese
Weise ein einziger Ansprechpartner für alle Erwerbslosen gewährleistet und sämt-
liche Doppelzuständigkeiten zwischen Kommunen und Arbeitsverwaltung beseitigt
werden.⁴ Hintergrund dieser Neuerung war die Erkenntnis, dass sich Empfänger
von Arbeitslosenhilfe und Empfänger von Sozialhilfe in einer weitgehend ver-
gleichbaren Lage befinden, ohne dass sie in der Vergangenheit einheitliche und auf-
einander abgestimmte Hilfen aus einer Hand bekamen.⁵ Obwohl beide Hilfsformen
steuerfinanzierte Fürsorgeleistungen mit dem Ziel der Gewährleistung des Exis-
tenzminimums darstellten, differierten sie im Hinblick auf Anspruchsvoraussetzungen,
Sanktionsregelungen, Eingliederungsleistungen und insbesondere der Höhe
der Hilfeleistung, welche sich einerseits am ausfallenden Arbeitsentgelt, andererseits
am Bedürfnis des Hilfsbedürftigen orientierte.⁶ Obwohl zudem primäre Aufgabe
sowohl der Sozial- als auch der Arbeitsämter die (Re-)Integration in den Arbeits-
markt sein sollte, agierten beide mit unterschiedlichen Handlungsansätzen und wenig
aufeinander abgestimmt.⁷ Insbesondere das bisherige Sozialhilferecht verknüpfte
Leistungsbezug und Arbeitsanreiz nicht in nach politischen Maßstäben ausrei-
chendem Maße.

Rechtlich umgesetzt wurden die geplanten Regelungen zunächst durch das »Vier-
te Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt«⁸ sowie in einem zweiten
Schritt durch das »Gesetz zur optionalen Trägerschaft von Kommunen nach dem
Zweiten Buch Sozialgesetzbuch«⁹ (sog. Kommunales Optionsgesetz). In Gesetzes-
form gegossen wurde hierdurch in erster Linie die Idee, die beiden bisher bestehen-
den steuerfinanzierten Sozialleistungen (Arbeitslosen- und Sozialhilfe) als »Grund-
sicherung« in einem neuen Zweiten Buch Sozialgesetzbuch materiell-rechtlich zu-
sammenzuführen. Die ursprüngliche Idee der alleinigen Organisations- und Finan-
zierungsverantwortung (des Bundes) wurde allerdings letztendlich verwässert,
indem die Wahlmöglichkeit der Kommunen zwischen der alleinigen Trägerschaft
der Aufgaben nach dem SGB II sowie einer gemeinsamen Zuständigkeit mit der
Bundesagentur für Arbeit (im Folgenden: BA), als Organ des Bundes, ermöglicht
wurde. Diese Lösung gestaltet sich als Kompromiss im Prozess der Gesetzgebung,
da – wie im Folgenden darzulegen sein wird – Einigkeit allein über das Ob der Zu-
sammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe, nicht jedoch über das Wie be-
stand.¹⁰

3 Zu bereits zuvor vorgenommenen Verbesserungen der Zusammenarbeit zwischen örtlichen So-
zialhilfeträgern und Arbeitsämtern *Marschner*, NVwZ 2001, 170 ff.

4 *Jann/Schmid*, in: BÜchner/Gründel (Hrsg.), Hartz IV und die Kommunen, KWI-Arbeitsheft 8,
2005, 8–15 (12).

5 Abschlussbericht der Arbeitsgruppe »Arbeitslosenhilfe/Sozialhilfe« der Kommission zur Re-
form der Gemeindefinanzen vom 17. 4. 2003, S. 7.

6 Abschlussbericht der Arbeitsgruppe »Arbeitslosenhilfe/Sozialhilfe« der Kommission zur Re-
form der Gemeindefinanzen vom 17. 4. 2003, S. 7.

7 BT-Drucks. 15/1516, S. 42.

8 BGBl. I 2003, S. 2954.

9 BGBl. I 2004, S. 2014.

10 Vgl. auch *Bauer*, in: BÜchner/Gründel (Hrsg.) (Fußn. 4), S. 28.

II. Gesetzgebungsgeschichte

Das »Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt« (im Folgenden: Hartz IV-Gesetz) dient dem Abschluss der bereits mit den Vorgängervorschriften (Erstes bis Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt) begonnenen Umsetzung der Empfehlungen der Kommission »Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt«. ¹¹ Seine primäre Zielsetzung besteht in der Einführung einer (einheitlichen) Grundsicherung für Arbeitssuchende (vgl. § 19a SGB II-E). Dementsprechend sah bereits der Gesetzesentwurf von SPD und Bündnis 90/Die Grünen eine gemeinsame Regelung für bisherige Arbeitslosenhilfe- und Sozialhilfeempfänger in einem neuen SGB II vor. ¹² Die Trägerschaft dieser »Grundsicherung für Arbeitssuchende« (das sog. Arbeitslosengeld II) sollte jedoch noch uneingeschränkt bei der BA liegen (§ 6 SGB II-E), ¹³ insbesondere um zu vermeiden, dass die entstehenden Kosten lediglich (zwischen Gebietskörperschaften bzw. zwischen diesen und der BA) verschoben, nicht jedoch nachhaltig gesenkt würden. ¹⁴ Die hierdurch gestiegenen Aufwendungen des Bundes sollten durch die Anhebung seines Anteils am Umsatzsteuereinkommen ausgeglichen werden. ¹⁵ Die finanzielle Entlastung der Kommunen wurde zu einem maßgeblichen Ziel des Gesetzesvorhabens erklärt. ¹⁶ Entsprechend § 9 Abs. 1a SGB II-E war vorgesehen, Job-Center als einheitliche Anlaufstellen der Arbeitsagenturen einzurichten. Der »Gegenentwurf« der CDU/CSU-Fraktion zum Erlass eines »Gesetzes zur Sicherung der Existenzgrundlagen« (Existenzgrundlagengesetz; im Folgenden: EGG), ¹⁷ welcher ebenso wie der Entwurf der Regierungskoalition die Zusammenfassung der konkurrierenden Sicherungssysteme vorsah, wies hingegen den kreisfreien Städten und Landkreisen die maßgebliche Aufgabenträgerschaft und somit die Zuständigkeit für alle Vermittlungs-, Beratungs- und Leistungsaufgaben zu (vgl. § 9 Abs. 1 i. V. mit § 101 Abs. 1, Abs. 4, §§ 103 f. des Art. 1 EGG). Hiernach gewährleistete die »Übersichtlichkeit kommunaler Behörden, ihre dezentrale Führung und Ortsnähe« ¹⁸ einen wirksameren Gesetzesvollzug »als der verzweigte und zentralisierte Apparat einer

11 Umfassend zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes *Robra*, SGB II-Leistungsträger, 2007, S. 20 ff., 32 ff.

12 BT-Drucks. 15/1516.

13 Verfassungsrechtlich problematisch war insoweit allerdings die Frage, ob es sich bei der Grundsicherung nach dem SGB II um eine Aufgabe nach Art. 87 Abs. 2 GG handelt; zweifelnd *Bauer* (Fußn. 10), S. 30.

14 BT-Drucks. 15/1516, S. 45.

15 BT-Drucks. 15/1516, S. 33.

16 BT-Drucks. 15/1516, S. 41.

17 BT-Drucks. 15/1523. Es handelt sich dabei um einen vom Land Hessen erarbeiteten Entwurf, der wortgleich am 26. 9. 2003 im Bundesrat eingebracht wurde (BR-Drucks. 558/03).

18 *Ruge/Vorholz*, DVBl. 2005, 403 (403 f.) verweisen allerdings darauf, dass insbesondere die Verteilung der finanziellen Lasten zwischen Bund und Kommunen unter den Fraktionen umstritten war.

Bundesverwaltung«. ^{19,20} Die finanzielle Absicherung²¹ der Kommunen sollte durch einen parallel in das Grundgesetz eingefügten Art. 106b²² sichergestellt werden.²³

Im Rahmen der Verhandlungen des Vermittlungsausschusses²⁴ wurde den kommunalen Trägern (d. h. kreisfreien Städten und Kreisen) ein fest umrissener Aufgabenkreis zugewiesen, im Übrigen verblieb die Aufgabenträgerschaft bei der BA (§ 6 SGB II-E).²⁵ Zugleich wurde mit § 6a SGB II-E die Option weiter gehender Aufgabenübertragung auf kommunale Träger eröffnet. Diese Verantwortungsdiversifizierung machte zugleich die Einführung des § 44b Abs. 1 SGB II-E erforderlich, welche die Leistungsträger zur einheitlichen Aufgabenwahrnehmung in den nach § 9a Abs. 1a SGB II-E eingerichteten Job-Centern verpflichtete. Bezüglich der Option der kommunalen Träger wurde hier weiterhin bestimmt, dass das Nähere ein »Bundesgesetz« regelt.

In einem zweiten Schritt wurde daher das »Gesetz zur optionalen Trägerschaft von Kommunen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch« (im Folgenden: Kommunales Optionsgesetz) erlassen. In dessen Rahmen sollte maßgeblich die Einbindung der Kommunen in das Steuerungssystem sowie deren Finanzierung geregelt werden.²⁶ Entsprechend dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/ Die Grünen sollten die kommunalen Stellen als Organe der Bundesagentur für Arbeit tätig werden (§ 6b Abs. 1 SGB II-E).²⁷ Dies entsprach den Vorstellungen des Eckpunktepapiers der Regierungsfraktion vom 16. 2. 2004,²⁸ während die CDU/CSU-Fraktion sowie die unionsgeführten Länder²⁹ die Zuweisung als Pflichtaufgabe im eigenen Wirkungskreis mit dem Argument vorsahen, unter letzterem Gesichtspunkt sei auch der Begriff des »Trägers« in § 6a SGB II-E verankert worden.³⁰ Das Modell der Organleihe zeigte sich hingegen zwar geeignet, »gleiche Bedingun-

19 BT-Drucks. 15/1523, S. 1 f.

20 In einem Positionspapier vom 9. 9. 2003 führt die CDU-Fraktion weiterhin aus, dass die weitere Zuordnung von 2,1 Millionen Haushalten mit rund 4,3 Millionen Personen die BA als zuständige Behörde überfordern würde, »zumal bei dem neuen Personenkreis der ehemaligen Sozialhilfeempfänger oft Leistungen wie Schuldner-, Sucht- und Drogenberatung notwendig sind, mit denen die BA keinerlei Erfahrung hat (S. 3)«.

21 Vorgesehen war die Erstattung von 2/3, in den neuen Ländern sogar bis zu 90 % der Kosten für die neue Leistung; vgl. Positionspapier der CDU-Fraktion vom 9. 9. 2003, S. 3.

22 »(1) Den Ländern steht ab dem 1. Januar 2005 für diejenigen durch Arbeitslosigkeit verursachten Aufwendungen, für die keine Leistungen der Arbeitslosenversicherung bereit stehen, ein Betrag aus dem Steueraufkommen des Bundes zu. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf. Der Betrag nach Satz 1 bleibt bei der Bemessung der Finanzkraft nach Artikel 107 Abs. 2 unberücksichtigt. (2) Die Länder stellen durch Gesetz sicher, dass die vom Bund erstatteten Aufwendungen in voller Höhe an die zuständigen Träger weitergeleitet werden.«.

23 BT-Drucks. 15/1527.

24 Vgl. hierzu den Beschluss vom 7. 11. 2003 zur Anrufung des Vermittlungsausschusses (BR-Drucks. 731/03).

25 Vgl. BT-Drucks. 15/2259.

26 Vgl. das Eckpunktepapier der Regierungsfraktion vom 16. 2. 2004, S. 4 f.

27 BT-Drucks. 15/2816, S. 4.

28 Eckpunktepapier der Regierungsfraktion vom 16. 2. 2004, S. 4.

29 Vgl. das Eckpunktepapier der CDU/CSU-Bundestagsfraktion und der unionsgeführten Länder vom 16. 2. 2004, S. 1.

30 Vgl. hierzu die Ausführungen des hessischen Ministerpräsidenten Roland Koch, Pl.-Pr. 15/103, S. 9353 (D), 9354 (A).

gen bzw. Messkriterien für BA und optierende Kommunen zu schaffen«,³¹ hätte allerdings die im vorhergehenden Vermittlungsverfahren kompromisshalber erarbeitete »föderativ-kommunale Verwaltungsorganisation . . . in eine exklusiv zentralistische verwandelt«. ³²

Unter Hinweis auf den Wortlaut des § 6a SGB II-E (»Träger«) sowie die im Rahmen des erstgenannten Gesetzgebungsverfahrens ausgehandelte Entschließung zwischen Regierungs- und Oppositionsfraktionen beantragte der Bundesrat die Einleitung eines Vermittlungsverfahrens.³³ Die Empfehlung des Vermittlungsausschusses sah vor, die kommunalen Träger bei Erfüllung ihrer Aufgaben nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II-E als eigenständige Aufgabenträger zu berufen, soweit nicht die sich aus den §§ 44b, 50, 51, 51b, 52, 53, 54, 55, 65a, 65b, 65d und 65e SGB II-E ergebenden Aufgaben betroffen sind. § 6a SGB II-E wurde hiernach als »Experimentierklausel« ausgestaltet. Gemeinsam mit § 6b SGB II-E sollte diese ermöglichen, in einem fairen Wettbewerb zwischen den Agenturen für Arbeit und den Kommunen unterschiedliche Formen der Trägerschaft für einen befristeten Zeitraum zu erproben. Ein solcher Wettbewerb soll es ermöglichen, unterschiedliche Ansätze zur Eingliederung im Hinblick auf ihre Wirksamkeit zu vergleichen.³⁴ Die Empfehlung wurde im Gesetzesbeschluss übernommen.³⁵ Die Ausdifferenzierung der Leistungsträgerschaft ist demnach das politisch wenig überzeugende Ergebnis der variierenden Mehrheitsverhältnisse in Bundestag und Bundesrat,³⁶ welche eine Einigung über das vorzugswürdige ordnungspolitische Konzept nicht hervorbringen konnte und damit zugleich die Qualität des »Sozialorganisationsrecht(s)³⁷ als Steuerungsressource«³⁸ geflissentlich ignoriert.³⁹

Gegenstand des Vermittlungsverfahrens war darüber hinaus die Verteilung finanzieller Mittel. Nach Auffassung der Bundesratsmehrheit bewirkt die Regelung des SGB II eine finanzielle Belastung der Kommunen.⁴⁰ Die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses sah diesbezüglich eine Verpflichtung zur Entlastung der Kommunen um jährlich 2,5 Milliarden Euro vor.⁴¹ Hierzu sollte der Bund einen bestimmten Anteil an den von den Kommunen zu erbringenden Leistungen für Unterkunft und Heizung übernehmen. Diese Vorschriften wurden in der vereinbarten Form in das SGB II übernommen.

31 Stellungnahme des DGB, Ausschussdrucks. 15(9)1136 vom 22. 4. 2004, S. 2.

32 Bauer (Fußn. 10), 33.

33 Vgl. BR-Drucks. 339/04 vom 14. 5. 2004.

34 Änderungsantrag der A-Länder für das Vermittlungsverfahren, S. 21.

35 BGBl. I 2004, S. 2014.

36 Fablbusch, in: Rolfs et al. (Hrsg.), BeckOK SozialR, 8. Aufl. 2007, § 6 SGB II Rdnr. 2.

37 Zur organisationsrechtlichen Dimension des SGB II Lühmann, DÖV 2004, 677 (678 f.); Lühmann, Zusammenführung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe, 2005, S. 126 ff.

38 Vgl. hierzu die Beiträge in Schmidt-Aßmann/Hofmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997; insbes. Pitschas, S. 151 ff.

39 Rixen, in: Eicher/Spellbrink (Hrsg.), SGB II, 2. Aufl. 2008, § 6 SGB II Rdnr. 3.

40 BRatPl.-Pr. 799, S. 196 A ff., 198 C f., 201 C f.

41 BT-Drucks. 15/3495, S. 7.

III. Gegenwärtige Rechtslage

Nach der gegenwärtigen Rechtslage⁴² sind Träger der Leistung nach dem SGB II die Bundesagentur für Arbeit⁴³ (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II) sowie – bei Fehlen entgegenstehender landesrechtlicher Regelungen – kommunale Träger (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II), soweit Leistungen für die Betreuung minderjähriger oder behinderter Kinder, die häusliche Pflege von Angehörigen, die psychosoziale Betreuung sowie die Suchtberatung (§ 16 Abs. 2 Satz 1, 2 Nr. 1 bis 4 SGB II), Leistungen für Unterkunft und Heizung (§ 22 SGB II) oder Leistungen für Erstausstattungen für die Wohnung einschließlich Haushaltsgeräten, Erstausstattungen für Bekleidung einschließlich bei Schwangerschaft und Geburt sowie Leistungen für mehrtägige Klassenfahrten im Rahmen der schulrechtlichen Bestimmungen (§ 23 Abs. 3 SGB II) betroffen sind.⁴⁴ Der BA verbleiben demnach Leistungen zur Eingliederung nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 Nr. 5, 6 SGB II. Weiterhin sieht § 6 Abs. 2 SGB II seit der Änderung durch das Kommunale Optionsgesetz die Möglichkeit der Heranziehung der kreisangehörigen Gemeinde und Gemeindeverbände durch die aufgabenzuständigen Kreise vor. Ersteren wird hiermit die Wahrnehmungszuständigkeit, nicht jedoch die Aufgabenzuständigkeit übertragen.⁴⁵

42 BGBl. I 2003, S. 2954; geändert durch Art. 2a des Gesetzes zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung vom 23. 7. 2004, BGBl. I, 1842; Art. 1 des Kommunalen Optionsgesetzes vom 30. 7. 2004, BGBl. I, 2014; Art. 2 des Vierten Gesetzes zur Änderung des SGB III und anderer Gesetze vom 19. 11. 2004, BGBl. I, 2902; Art. 2a des Verwaltungsvereinfachungsgesetzes vom 21. 3. 2005, BGBl. I, 818; Art. 1 des Freibetragsneuregelungsgesetzes vom 14. 8. 2005, BGBl. I, 2407; Art. 4 Abs. 35 des Gesetzes zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters vom 22. 9. 2005, BGBl. I, 2809; Art. 1 des Ersten Änderungsgesetzes vom 22. 12. 2005, BGBl. I, 3675; Art. 2 des Fünften Gesetzes zur Änderung des SGB III und anderer Gesetze vom 22. 12. 2005, BGBl. I, 3676; Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des SGB II und anderer Gesetze vom 24. 3. 2006, BGBl. I, 558; Art. 1 des Gesetzes zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20. 7. 2006, BGBl. I, 1706; Art. 253 der Neunten Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 31. 10. 2006, BGBl. I, 2407; Art. 10 des Gesetzes zur Änderung des Betriebsrentengesetzes und anderer Gesetze vom 2. 12. 2006, BGBl. I, 2742; Art. 2 Abs. 16 des Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes vom 5. 12. 2006, BGBl. I, 2748; Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des SGB II und des Finanzausgleichsgesetzes vom 22. 12. 2006, BGBl. I, 3376; Art. 3 des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes vom 26. 3. 2007, BGBl. I, 378; Art. 2 des Gesetzes zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen vom 19. 4. 2007, BGBl. I, 538; Art. 2 des RV-Altersgrenzenanpassungsgesetzes vom 20. 4. 2007, BGBl. I, 554; Art. 1a des Dienstrechtsanpassungsgesetzes BA vom 19. 7. 2007, BGBl. I, 1457; Art. 6 Abs. 9 des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der EU vom 19. 8. 2007, BGBl. I, 1970; Art. 1 des Zweiten Änderungsgesetzes des SGB II – Perspektiven für Langzeitarbeitslose mit besonderen Vermittlungshemmnissen – Job-Perspektive vom 10. 10. 2007, BGBl. I, 2326; Art. 2 des Vierten Änderungsgesetzes des SGB III – Verbesserung der Qualifizierung und Beschäftigungschancen von jüngeren Menschen mit Vermittlungshemmnissen vom 10. 10. 2007, BGBl. I, 2329. Zu weiteren Reformperspektiven Henneke, DÖV 2006, 726 ff.

43 Zusammengesetzt aus der Zentrale in Nürnberg, 10 Regionaldirektionen, 178 Agenturen für Arbeit und rund 660 Geschäftsstellen.

44 Sog. »Trennungsmo-*dell*«, Rixen (Fußn. 39), § 6 SGB II Rdnr. 2.

45 Rixen (Fußn. 39), § 6 SGB II Rdnr. 4.

Den finanziellen Ausgleich der hierdurch den Kommunen entstehenden Belastungen⁴⁶ regelt § 46 Abs. 5–10 SGB II. § 46 Abs. 5 SGB II legt nunmehr Folgendes fest: »Der Bund beteiligt sich zweckgebunden an den Leistungen für Unterkunft und Heizung nach § 22 Abs. 1, um sicherzustellen, dass die Kommunen durch das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt unter Berücksichtigung der sich aus ihm ergebenden Einsparungen der Länder um jährlich 2,5 Milliarden € entlastet werden.« Da das Grundgesetz keine unmittelbaren Leistungsbeziehungen zwischen Bund und Kommunen vorsieht,⁴⁷ erfolgen die Finanzströme vom Bund zu den Ländern (vgl. § 46 Abs. 10 Satz 1 SGB II), welche den erforderlichen Ausgleich der finanziellen Belastungen der Kommunen auszugleichen haben.⁴⁸ Über die finanziellen Hilfen des Bundes hinaus sollte die angestrebte finanzielle Entlastung der Kommunen insbesondere dadurch gewährleistet werden, dass die Länder die ihnen eigenen Vorteile der Wohngeldreform an die Kommunen weitergeben.⁴⁹

Entsprechend der Experimentierklausel des § 6a Abs. 1 Satz 1 SGB II sollten zur Weiterentwicklung der Grundsicherung an Stelle der Arbeitsagenturen auch kreisfreie Städte und Kreise als Träger der Leistung nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 im Wege der Erprobung zugelassen werden. Durch diese sog. Opt-Out-Klausel wurden die Interessen der Unionsparteien und des Deutschen Landkreistages an einer reinen kommunalen Zuständigkeit für Langzeitarbeitslose berücksichtigt.⁵⁰ Der experimentelle Charakter der Vorschrift wurde gewählt, um die Differenzen zwischen den Regierungs- und den Oppositionsfractionen hinsichtlich der Trägerschaft von BA oder Kommunen in bestmöglichem Einvernehmen und unter allseitiger Gesichtswahrung aus der Welt zu schaffen.⁵¹ Höchstens 69 kommunale Träger (§ 6a Abs. 3 Satz 1 SGB II) konnten auf Antrag vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales als Träger im oben genannten Sinne durch Rechtsverordnung zugelassen werden (§ 6a Abs. 2 Satz 1 SGB II).⁵² Mittlerweile wurden die Optionskommunen (63 Kreise und 6 kreisfreie Städte⁵³), welche »besondere Einrichtungen« für die Erfüllung der übertragenen Aufgaben einrichten (§ 6a Abs. 2 Satz 1 i. V. mit Abs. 6 SGB II) sowie sich zur Mitwirkung an der Wirkungserforschung nach § 6c SGB⁵⁴ verpflichten müssen, durch die Kommunalträger-Zulassungsverordnung⁵⁵ vom 24. 9. 2004 ernannt. Entsprechend § 6b Abs. 1 Satz 1 SGB II sind die zugelassenen kommunalen Träger an Stelle der Bundesagentur im Rahmen ihrer örtlichen Zuständigkeit Träger der Aufgaben nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II mit Ausnahme der sich aus den §§ 44b, 50, 51, 51b, 53, 55 und 65d SGB II ergebenden Aufgaben. Die zunächst weiterhin aus der Anordnung des § 6b Abs. 1 Satz 1 SGB II entnommenen Ausnahmen (Aufgaben nach §§ 52, 54, 65a und 65b SGB II)

46 Entsprechend § 6b Abs. 2 Satz 1 SGB II trägt der Bund die Aufwendungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende einschließlich der Verwaltungskosten *mit Ausnahme der Aufwendungen für Aufgaben nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II*. Damit bleiben den Kommunen Kosten in Milliardenhöhe; *Albers*, NdsVBl. 2004, 118 (123).

47 Vgl. daher auch den Entschließungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP vom 23. 4. 2004, BT-Drucks. 15/3005, S. 2.

48 Vgl. hierzu die Nachweise in Fußn. 144.

49 Vgl. hierzu die Nachweise in Fußn. 143.

50 *Jann/Schmid* (Fußn. 4), 12.

51 *Rixen* (Fußn. 39), § 6a SGB II Rdnr. 2.

52 Zu Vor- und Nachteilen aus Sicht der Kommunen *Münder*, KommJur 2004, 15 (17).

53 Erlangen, Schweinfurt, Wiesbaden, Hamm, Mühlheim a. d. Ruhr, Jena.

54 Nach § 6c Satz 1 SGB II untersucht das BMWA (nunmehr: BMAS) die Wahrnehmung der Aufgaben durch die zugelassenen kommunalen Träger im Vergleich zur Aufgabenwahrnehmung durch die Bundesagentur für Arbeit in einem Zeitraum bis zum Ende des Jahres 2008.

55 Verordnung zur Zulassung von kommunalen Trägern als Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende, BGBl. I 2004, S. 2349.

wurden durch Art. 1 des Gesetzes zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitssuchende⁵⁶ gestrichen. Mit dieser Vorschrift wird daher zunächst als Grundsatz die uneingeschränkte Leistungsträgerschaft der Kommunen (d. h. Eigenverantwortung und Gestaltungsspielraum bei der Ausgestaltung und Wahrnehmung der Aufgaben)⁵⁷ festgehalten und somit die Differenzen zwischen Regierungs- und Oppositionsfractionen im Sinne der letzteren aufgelöst. Die Kommune wird demnach originär sachzuständiger Verwaltungsträger kraft gesetzlicher Delegation,⁵⁸ die Kommunen handeln also (anders als bei der Organleihe) im eigenen Namen.⁵⁹ Das entgegenstehende Konzept der Bundesregierung einer Letztverantwortung der BA war dem arbeitsmarktpolitischen Konzept geschuldet, durch eine Strukturreform der BA, deren engere politische Führung durch das BMWa (d. h. das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit; jetzt: Arbeit und Soziales) und Reformen im Leistungsgeschehen die Langzeitarbeitslosigkeit zu bekämpfen.⁶⁰ Dabei bleiben die Optionskommunen von einer Reihe von Verpflichtungen verschont; insbesondere handelt es sich hierbei um die Verpflichtung zur Gründung einer Arbeitsgemeinschaft. Die hierdurch den Kommunen zusätzlich entstehenden Aufwendungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende werden entsprechend § 6b Abs. 2 Satz 1 SGB II vom Bund getragen.

Schließlich werden die Leistungsträger entsprechend § 44b Abs. 1 Satz 1 SGB II verpflichtet, zur Sicherstellung einer einheitlichen Aufgabenwahrnehmung durch privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vertrag Arbeitsgemeinschaften⁶¹ zu errichten. Diese Arbeitsgemeinschaften nehmen gemäß § 44b Abs. 3 Satz 1 SGB II – bindend – die Aufgaben der Agentur für Arbeit als Leistungsträger wahr. Auch die kommunalen Träger »sollen«⁶² nach § 44b Abs. 3 Satz 2 SGB II die Wahrnehmung ihrer Aufgaben auf die Arbeitsgemeinschaft übertragen. Eine Ausnahme enthält jedoch § 6b Abs. 1 SGB II für die Optionskommunen,⁶³ d. h. Adressat der Regelung sind nur die Kommunen i. S. des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II. Die ursprüngliche Positionierung der Arbeitsgemeinschaften in den nach § 9 Abs. 1a SGB II eingerichteten Job-Centern entfiel nachträglich,⁶⁴ da sich die (als einheitliche Anlaufstellen gedachten)⁶⁵ Job-Center nicht bewährt hatten.⁶⁶ Gemäß § 44b Abs. 3 Satz 3 SGB II sind die Arbeitsgemeinschaften zur Erfüllung ihrer Aufgaben zum Erlass von Verwaltungsakten und Widerspruchsbescheiden ermächtigt. Sie sind Behörden i. S. des § 1 Abs. 2 SGB X und unterliegen entsprechend § 94 Abs. 2 SGB X staatlicher Aufsicht. Diese wird nach § 44b Abs. 3 Satz 4 SGB II durch »die zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle im Benehmen mit dem Bundes-

56 BGBl. I 2006, S. 1706.

57 Vgl. BT-Drucks. 15/3005, S. 1.

58 *Rixen* (Fußn. 39), § 6a SGB II Rdnr. 1.

59 *Rixen* (Fußn. 39), § 6b SGB II Rdnr. 2.

60 *Fahlbusch* (Fußn. 36), § 6b SGB II Rdnr. 1.

61 Vom BVerwG (Urteil vom 11. 11. 1999, NVwZ-RR 2000, 361 [361]) allgemein definiert als »Zusammenschluss mehrerer juristischer Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks«.

62 Damit unterliegt die rechtliche, personelle und sachliche Ausstattung der ArGE der Disposition der Kommunen; *Knoblauch/Hübner*, SächsVBl. 2004, 276 (277).

63 *Fahlbusch* (Fußn. 36), § 6b SGB II Rdnr. 2; *Rixen* (Fußn. 36), § 44b SGB II Rdnr. 3; *Rixen* (Fußn. 39), § 44b SGB II Rdnr. 5.

64 BGBl. I 2006, S. 1706.

65 Hierzu *Reis/Brülle*, NDV 2004, 159 ff.

66 BT-Drucks. 16/1410, S. 31 (zu § 9 SGB III): »Aufgrund der Um- und Neustrukturierung der Agenturen für Arbeit und aufgrund der heterogenen Struktur der Arbeitsgemeinschaften und zugelassenen kommunalen Träger hat sich die Festlegung auf ein einheitliches Organisationsmodell als nicht umsetzbar erwiesen.«.

ministerium für Arbeit und Soziales« ausgeübt. Die Arbeitsgemeinschaften werden nicht Aufgabenträger, sondern üben (nur) eine organisationsrechtliche Wahrnehmungszuständigkeit bzw. Durchführungsverantwortung aus.⁶⁷

Arbeitsgemeinschaften stellen eine Kooperationsform des Sozialversicherungsrechts dar, welche hinsichtlich ihrer Rechtsform »offen« ausgestaltet sind.⁶⁸ Die kommunalen Träger und die Arbeitsagenturen bestimmen die Rechtsform unter Berücksichtigung der besonderen Gegebenheiten vor Ort unter Beachtung des haushaltsrechtlichen Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.⁶⁹ § 44b Abs. 1 Satz 1 SGB II ermöglicht explizit die Wahl einer öffentlich-rechtlichen oder einer privatrechtlichen Rechtsform, worin eine Abkehr von der zuvor überwiegenden vertretenen Auffassung zu beobachten ist, dass Arbeitsgemeinschaften nur in privatrechtlicher Organisationsform denkbar sind.⁷⁰ Als *private Rechtsform*^{71,72} kommt vornehmlich⁷³ die GmbH in Betracht.⁷⁴ Insoweit

67 LSG Bln-Bbg, Urteil vom 5. 7. 2006, L 10 AS 545/06, BeckRS 2006 43720, Rdnr. 19 a. E.

68 J. Kersten, ZfPR 2005, 130 (132); Rixen (Fußn. 36), § 44b SGB II Rdnr. 1; Rixen (Fußn. 39), § 44b SGB II Rdnr. 3 f. Hierzu Strobel, NVwZ 2004, 1195 ff.

69 Strobel (Fußn. 68), S. 1196.

70 Unter Berufung auf die Gesetzgebungsgeschichte (vgl. BT-Drucks. 9/95, S. 20) wurde bei der Auslegung des § 94 SGB X die Möglichkeit der Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Organisation bislang verneint; vgl. Giese, in: Giese/Wahrendorf (Hrsg.), SGB, 2. Aufl., 36. Lfg. 2007, § 94 SGB X Rdnr. 4.3; Sehnert, in: Vogelgesang et al. (Hrsg.), SGB X, 2007, K § 94 SGB X (Lfg. 2/05) Rdnr. 5. A.A. B. Linnebacher, Arbeitsgemeinschaft, 1994, S. 151 ff., 155 ff.; Engelmann, in: M. von Wulffen (Hrsg.), SGB X, 5. Aufl. 2005, § 94 SGB X Rdnr. 4. Diese Wahlfreiheit besteht allerdings nur hinsichtlich des Errichtungsaktes. Diesem vorgeschaltet muss zwingend eine öffentlich-rechtliche Gründungsvereinbarung erfolgen (zu dieser Differenzierung auch Berlitz, in: J. Münder (Hrsg.), LPK-SGB II, 2. Aufl. 2006, § 44b SGB II Rdnr. 21, 28). Ihm nachgeschaltet erfolgt eine öffentlich-rechtliche Aufgabenübertragung auf die Arbeitsgemeinschaft, verbunden mit einer Beleihung durch die Agentur für Arbeit oder die kommunalen Träger; eine Beleihung hingegen verneinend Quaaß, SGB 2004, 723 (727); vgl. jedoch Fußn. 71.

71 Zur Ausübung von Hoheitsrechten muss eine privatrechtliche Organisationsform (durch oder aufgrund eines Gesetzes) *beliehen* werden. Insofern ist str., ob die Beleihung bereits durch § 44b Abs. 3 Satz 3 SGB II oder erst durch einen nachfolgenden individuellen Beleihungsakt erfolgt. Kersten (Fußn. 68), S. 133 legt eine diff. Betrachtungsweise zugrunde, wonach die Beleihung hinsichtlich der Wahrnehmung der Aufgaben durch die Arbeitsagenturen unmittelbar durch das Gesetz, hinsichtlich der Wahrnehmung der Aufgaben durch die kommunalen Träger jedoch durch gesonderten Übertragungsakt erfolgt; i. Erg. ebenso Berlitz (Fußn. 70), § 44b SGB II Rdnr. 53. Jedenfalls der Annahme einer unmittelbaren Beleihung der Arbeitsgemeinschaft hinsichtlich der kommunalen Aufgaben stünde das landesrechtlich fundierte kommunale Organisationsrecht entgegen. Insgesamt krit. Ruge/Vorholz (Fußn. 18), S. 409, die in § 44b SGB II weder eine Übertragung von Aufgaben noch die Verleihung einer entsprechenden Befugnis, sondern die Ausgestaltung der Arbeitsgemeinschaft als Verwaltungshelfer sehen. Generell krit. zur Wahl einer privaten Rechtsform, da es dieser an der erforderlichen spezialgesetzlichen Ermächtigung zum hoheitlichen Handeln fehle, Knoblauch/Hübner (Fußn. 62), S. 277.

72 Die Beleihung eines Privaten ist allerdings auch an die Vorgaben des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 2 GG) geknüpft, dessen Einhaltung auf den ersten Blick bei Errichtung einer privatrechtlichen Organisationsform zweifelhaft sein kann (a. A. jedoch Kersten (Fußn. 68), S. 134 f.). Breitkreuz, SGB 2005, 141 (145) schlägt insofern eine teleologische Reduktion des Art. 20 Abs. 2 GG unter dem Gesichtspunkt vor, dass die Gründung einer privatrechtlichen Arbeitsgemeinschaft sich »als verwaltungstechnische Bündelung von Entscheidungen der demokratisch hinreichend legitimierten Leistungsträger darstellt«.

73 Zu Vorbehalten gegen die Gründung einer GbR vgl. die Hinweise in Fußn. 79.

74 Gegen die Gründung einer AG spricht, dass der Vorstand nach § 76 Abs. 1 AktG die Gesellschaft unter eigener Verantwortung leitet und an Weisungen der Aktionäre nicht gebunden ist (Ruge/Vorholz (Fußn. 18), S. 409); einschränkend jedoch Kersten (Fußn. 68), S. 138). Die Gründung eines rechtsfähigen Vereins ist, weil nach § 56 BGB die Zahl der Mitglieder mindestens sieben betragen muss, nicht in Betracht zu ziehen (Ruge/Vorholz (Fußn. 18), S. 409). Einer Grün-

erscheint es naheliegend, die Arbeitsgemeinschaften nicht über einen eigenen Haushalt verfügen zu lassen, sondern sie nur als organisatorische Hülle auszugestalten; sie könnten dann weder auf eigenes Personal noch auf eine eigene Infrastruktur zurückgreifen. Vielmehr wäre den Arbeitsgemeinschaften mit Hilfe einer Ausgabe- und Verpflichtungsermächtigung der Zugriff und die Verfügungsgewalt über die entsprechenden Haushaltsanteile der Bundesagentur für Arbeit zu gewähren.⁷⁵ Diese Konstellation könnte dann wohl die bei Ruge/Vorholz⁷⁶ hervorgehobene Schwierigkeit umgehen, dass die formal haftungsbegrenzte Gesellschaft aufgrund des gesetzlichen Leistungsanspruchs der Betroffenen mit einer unbeschränkten kommunalen Nachschussverpflichtung konfrontiert würde, welche dem kommunalrechtlichen Gebot der Haftungsbegrenzung zuwiderlaufen würde. Als öffentlich-rechtliche Rechtsform⁷⁷ kommt insbesondere die Gesellschaft öffentlichen Rechts in Betracht,⁷⁸ welche auch als Regelform im Mustervertrag der BA und des BMWA (jetzt: BMAS) für die Errichtung von Arbeitsagenturen vorgesehen ist. Die Gründung erfolgt durch Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags, der in entsprechender Anwendung des BGB (vgl. § 61 Satz 2 SGB X) der Errichtung einer GBR entsprechen müsste.⁷⁹ Die Gründung einer *juristischen Person* des öffentlichen Rechts (Körperschaft,⁸⁰ Anstalt oder Stiftung) scheidet zunächst an dem Fehlen der erforderlichen institutionellen Gesetzgebung.⁸¹ Diese könnte nach teilweise vertretener Auffassung allerdings zulässigerweise auch durch die Landesgesetzgebung vorgesehen werden.⁸² Beispielhaft seien hierfür § 3 Abs. 1 Ausführungsg SGB II NRW,⁸³ §§ 2a, 2a Ausführungsg SGB II Nds⁸⁴ oder § 11c

derung in Form der KG steht § 164 Satz 1 HGB entgegen, der den Kommanditisten den Einfluss auf die Geschäftsführung der KG entzieht, während das Kommunalwirtschaftsrecht, § 44b Abs. 2 Satz 3, 4 SGB II sowie das Demokratieprinzip einen effektiven Einfluss auch der kommunalen Träger auf die Geschäftsführung der Arbeitsgemeinschaft fordert; vgl. *Kersten* (Fußn. 68), S. 138.

75 *Strobel* (Fußn. 68), S. 1197.

76 *Ruge/Vorholz* (Fußn. 18), S. 410.

77 Tatsächlich ist eine Bevorzugung der öffentlichen-rechtlichen Rechtsform zu beobachten; vgl. *Blanke/Trümmer*, Arbeitsgemeinschaften, 2006, S. 24 ff.

78 Bejahend *Strobel* (Fußn. 68), S. 1198 f.; *Tapper*, SGB 2005, 683 (689); krit. hingegen *Berlit* (Fußn. 70), § 44b SGB II Rdnr. 21; *Quaas* (Fußn. 70), S. 726 f.

79 Dies würde wiederum dem in GemO und LKrO normierten Gebot der Haftungsbegrenzung zuwiderlaufen. Da aber § 44b Abs. 1 Satz 1 SGB II die Errichtung der Arbeitsgemeinschaften durch öffentlich-rechtliche Verträge ausdrücklich vorsieht und diese Vorschrift nur durch Bejahung der skizzierten Gesellschaften öffentlichen Rechts mit Sinn erfüllt werden könne, geht *Strobel* ([Fußn. 68], S. 1199) davon aus, dass die kommunalrechtlichen Vorschriften in Bezug auf diese Arbeitsgemeinschaften nach Art. 31 GG verdrängt werden. Krit. hingegen *Wixen* (Fußn. 36), § 44b SGB II Rdnr. 14 f., 16, wonach der Regelungsgehalt des SGB II die Wertungen des Kommunalwirtschaftsrechts inkorporiert, nicht hingegen suspendiert; im Erg. ebenso *Berlit* (Fußn. 70), § 44b SGB II Rdnr. 25; *Kersten* (Fußn. 68), S. 146; *Knoblauch/Hübner* (Fußn. 62), S. 277; *Ruge/Vorholz* (Fußn. 18), S. 409 f. Vgl. auch die Sonderregelung in § 11a Abs. 1 Satz 2 HessOffG. Ablehnend zum Rückgriff auf §§ 705 ff. BGB unter dem Hinweis, dass diese »ein besonderes, der Zivilrechtsordnung eigenes Schuldverhältnis« normierten: *Quaas* (Fußn. 70), S. 727 (Hervorhebung durch Verf.). Ähnlich *Berlit* (Fußn. 70), § 44b SGB II Rdnr. 21, nach welchem § 61 Satz 2 SGB X lediglich auf die Regelungen und Rechtsgrundsätze verweist, die sich auf den Abschluss, die Bestandskraft und die Abwicklung von Verträgen beziehen, nicht hingegen auf das materielle Zivilrecht (etwa das Gesellschaftsrecht); vgl. auch *Blanke/Trümmer* (Fußn. 77), S. 46 f.

80 Vorgeschlagen wird insofern etwa eine Gründung als öffentlicher Zweckverband (*Knoblauch/Hübner* (Fußn. 62), S. 277 f.); krit. hingegen mit dem Hinweis darauf, dass dieser auf beiden Seiten einen kommunalen Vertragspartner voraussetzt *Quaas* (Fußn. 70), S. 726.

81 A.A. LSG BW, Urteil vom 30. 6. 2005, L 8 45 2374/05 ER-B; abrufbar unter <http://www.sozialgerichtsbarkeit.de/sgb/esgb/show.php?modul=esgb&id=23358&s0=&s1=1&s2=&words=&sensitive=>.


82 *Strobel* (Fußn. 68), S. 1198.

83 GVBl. 2004, S. 821.

84 GVBl. 2004, S. 358.

HessOffG⁸⁵ genannt, wonach die Arbeitsgemeinschaften in der Rechtsform einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet werden können.

Einen guten Überblick über die beschriebene aktuelle Rechtslage bietet vorliegende von *Henneke* erarbeitete Übersicht:⁸⁶

Aufgaben- und Finanzverantwortung nach dem SGB II			 DEUTSCHER LANDKREISTAG	
Aufgabe	Leistungen zur Eingliederung, § 16 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 4 SGB II Leistungen für Unterkunft und Heizung, § 22 SGB II Einmalige Leistungen nach § 23 Abs. 3 SGB II		Grundsicherung für Arbeit-suchende im Übrigen	
Aufgaben-träger	Kreise/kreisfreie Städte bzw. abweichendes Landesrecht (kommunale Träger)		Bundesagen-tur für Arbeit mit Ausnah-me des Gebiets der 69 zugelassenen kommunalen Träger 2005–2010
Aufgaben-wahrneh-mung	Übertragung auf Arbeitsgemeinschaft soll erfolgen		Übertragung auf Arbeits-gemeinschaft	zugelassene kommunale Träger müs-sen besondere
	Möglichkeit der Heranziehung kreisangehöriger Gemeinden und der Beauftragung Dritter		Möglichkeit der Beauftra-gung Dritter	Einrichtun-gen für die Aufgabenerfüllung gründen
Aufgaben-finanzierung	für Aufgaben nach § 16 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 4 SGB II, § 22 Abs. 3 und § 23 Abs. 3 SGB II: kommunale Träger	für Leistungen nach § 22 Abs. 1 SGB II: Kommunale Träger tragen zunächst Gesamtausgaben. Bund beteiligt sich gegenüber den Ländern zweckgebunden mit 29,1 %, um kommunale Gesamtentlastung von 2,5 Mrd. € unter Berücksichtigung der kommunalen Mehrkosten aus § 16 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 4, § 22 und § 23 Abs. 3 SGB II und von an die Kommunen weitergeleiteten Einsparungen der Länder sicherzustellen. Länder leiten die Bundesmittel an kommunale Träger weiter. Bei Prognosefehlern: laufende Revisionsklausel	Bund	Bund – pauschal unmittelbar gegenüber zugelassenen kommunalen Trägern einschl. Verwaltungskosten

IV. Problemfelder

Die im Vorfeld beschriebenen Regelungen werfen in verschiedener Hinsicht staatsorganisationsrechtliche Probleme auf. Möglich erscheinen insbesondere Friktionen mit Art. 84 Abs. 1 GG (hierzu 1.), Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 GG (hierzu 2.), dem Verbot der Mischverwaltung (hierzu 3.) sowie den finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben des GG (hierzu 4.). Im Anschluss an eine ange-regte wissenschaftliche Debatte hatte nunmehr kürzlich das Bundesverfassungs-

85 GVBl. 2004, S. 488.

86 Abbildung aus *Henneke*, Der Landkreis 2005, 455 (456).

gericht die Möglichkeit, zu einigen Streitfragen Stellung zu nehmen. Gegenstand des Verfahrens waren erstens die kommunale Zuweisung der Zuständigkeit für einzelne Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende ohne vollständigen Ausgleich der sich daraus ergebenden finanziellen Mehrbelastung sowie zweitens die kommunale Verpflichtung, Arbeitsgemeinschaften mit der Bundesagentur für Arbeit zu bilden. Die beschwerdeführenden Kreise und Landkreise fühlten sich hierdurch in ihrem Recht auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG verletzt.

1. *Eingriff in die Länderhoheit (Art. 84 Abs. 1 GG)*

Die Aufgabenübertragung nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i. V. mit § 16 Abs. 2 Nr. 1 bis 4, § 22 sowie § 23 Abs. 3 SGB II könnte als verfassungsrechtlich nicht gebotener unmittelbarer Durchgriff des Bundes auf kommunale Träger gegen die Organisationsstruktur der Art. 83 ff. GG verstoßen.⁸⁷ Mangels entgegenstehender Regelung führen die Länder das SGB II als eigene Angelegenheit aus (Art. 83 1. Hs. GG). Demnach regeln grundsätzlich die Bundesländer die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren. Die Befugnis des Bundes zur Aufgabenbestimmung der Kommunen kann – nach der zur Zeit der Gesetzgebung geltenden Verfassungslage – nur auf Art. 84 Abs. 1 2. Hs. GG im Sinne der »Einrichtung der Behörden« beruhen. Hierunter fallen sowohl die Errichtung (Gründung) als auch die Einrichtung (Ausgestaltung) der Behörden wie auch die Festlegung ihrer Aufgaben und Befugnisse.⁸⁸ In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass nicht lediglich die bisherigen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft bei den Kommunen verbleiben,⁸⁹ sondern mit dem SGB II eine inhaltliche Neukonzeption des Leistungsrechts und eine organisatorische Neuübertragung der Aufgaben geschaffen ist.⁹⁰ Dies ergibt sich insbesondere aus dem Umstand, dass die Leistungserbringung der Kommunen nunmehr ausschließlich auf die Eingliederung in das Erwerbsleben ausgerichtet ist.⁹¹ Demnach liegt in den genannten Regelungen eine »Behörden-einrichtung« i. S. des Art. 84 Abs. 1 GG a. F.⁹² Hierzu zählte – nach zur Zeit der Gesetzgebung geltender Rechtslage – auch die Aufgabenübertragung auf Kommu-

87 Vgl. *Albers* (Fußn. 46) S. 124.

88 *Dittmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 84 GG Rdnr. 7.

89 So die Argumentation der Bundesregierung in BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 86.

90 *Henneke*, DÖV 2005, 177 (184).

91 Im Einzelnen *Henneke* (Fußn. 90), S. 184.

92 A.A. *Münder*, in: Münder (Hrsg.) (Fußn. 70), § 6 SGB II Rdnr. 3, der zwischen allgemeinen Aufgabenzuweisungen und konkreten Behördenerrichtungen auf kommunaler Ebene unterscheidet. Da aus der Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG auch die Kompetenz folge festzulegen, welche öffentlich-rechtliche Ebene die Aufgaben wahrzunehmen hat, bedürfte es nicht des Rückgriffs auf die einschlägige Entscheidung des BVerfG (vgl. BVerfG, Urteil vom 18. 7. 1967, BVerfGE 22, 180 ff.). Dem ist allerdings jedenfalls entgegenzuhalten, dass der Bund sich bei Einführung des SGB II auf seine Kompetenzen aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG sowie Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (»Arbeitsvermittlung sowie die Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung«) gestützt hat und die beschriebene Differenzierung artifiziell erscheint.

nen.⁹³ Nach h. M. und Rspr. war diese Kompetenz des Bundes zum Schutz der Organisationsgewalt der Länder jedoch inhaltlich begrenzt. Bei der Auslegung des Art. 84 Abs. 1 2. Hs. GG a. F., dessen Telos allein die Gewährleistung eines wirksamen Vollzugs der Bundesgesetze ist, musste beachtet werden, dass das Grundgesetz die Materie Kommunalrecht nicht dem Bund zurechnet, sondern den Ländern belässt.⁹⁴ Danach war der Bund nur ermächtigt, Kommunen für den Vollzug bestimmter Bundesgesetze vorzusehen, wenn es sich um eine punktuelle Annexregelung zu einer zur Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers gehörenden materiellen Regelung handelt und diese Annexregelung für die Gewährleistung eines wirksamen Gesetzesvollzuges notwendig ist.⁹⁵

Die Annäherung an den unbestimmten Rechtsbegriff der »punktuellen Regelung« versucht *Lübmann* über die Komplexität der organisatorischen Regelung, die finanziellen Folgen des Vollzugs sowie die Beeinträchtigung der Organisationshoheit der Länder.⁹⁶ Die Beeinträchtigung der Organisationshoheit hält sich insofern in überschaubaren Grenzen, als sich die Zuweisung auf einen fest umschriebenen Aufgabenkreis nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II bezieht.⁹⁷ Zudem verbleibt dem Land nach dem 2. Halbsatz der Regelung die Möglichkeit, andere kommunale Träger als kreisfreie Städte und Kreise zu benennen.⁹⁸ Von der Rechtsfolge gedacht ließe sich zwar der erhebliche Umfang der Verwaltungsaufgabe und die zu ihrer Erfüllung notwendigen Haushaltsmittel von erheb-

93 Die grundsätzliche Subsumtion der bundesgesetzlichen Aufgabenzuweisung an die Kommunen unter das Tatbestandsmerkmal der »Behördeneinrichtung« entsprach der h. M. (vgl. nur BVerfG, Urteil vom 18. 7. 1967, BVerfGE 22, 180 (210); Beschluss vom 9. 12. 1987, BVerfGE 77, 288 (299); BayVGh, Urteil vom 9. 2. 2004, BayVBl. 2004, 623 (623); *Dittmann* (Fußn. 88), Art. 84 GG Rdnr. 12; *Remmert*, VerwArch 94 (2003), 459 (475); *Trute*, in: Mangoldt et al. (Hrsg.), GG, Bd. III, 5. Aufl. 2005, Art. 84 GG Rdnr. 11. Nach a. A. ist ein derartiger unmittelbarer Rückgriff auf die Kommunen grundsätzlich unzulässig, da Art. 84, 85 GG diesen Fall mit den Alternativen der »Behördeneinrichtung« und der »Regelung des Verfahrens« nicht erfasst (hierzu *Müchel*, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz, 1998, S. 115). Hierbei handelt es sich jedoch um eine einschränkende Auslegung, welche die Wortlautbedeutung des Art. 84 Abs. 1 GG ungebührlich einschränken würde. Eine Auffassung, welche die Aufgabenzuweisung an die Kommunen auf eine Annexkompetenz zur Sachmaterie (Art. 70 ff. GG) stützen will (vgl. *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, 2000, Art. 84 GG Rdnr. 44; *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Bd. V, 50. Lfg. 2007, Art. 84 GG (24. Lfg. 1985) Rdnr. 27), würde hingegen den Regelungsgehalt des Art. 84 Abs. 1 GG umgehen (*Lübmann* [Fußn. 37], S. 680).

94 BVerfG, Urteil vom 18. 7. 1967, BVerfGE 22, 180 (210).

95 Vgl. BVerfG, Urteil vom 18. 7. 1967, BVerfGE 22, 180 (210); Beschluss vom 9. 12. 1987, BVerfGE 77, 288 (299); StGH BW, Urteil vom 10. 5. 1999, DVBl. 1999, 1351 (1352); BayVGh, Urteil vom 9. 2. 2004, BayVBl. 2004, 623 (623). Kritisch zur einschränkenden Auslegung des Art. 84 Abs. 1 2. Hs. GG *Remmert* (Fußn. 93), S. 475 ff.; a. A. *Henneke* (Fußn. 90), S. 177 (183), der darauf verweist, dass die Verfassungsinterpretation aus Gründen der Einheit der Verfassung die systematische und die teleologische Interpretation zur Gewinnung eines normativ zutreffenden Verständnisses einbeziehen muss. Noch enger *Schoch/Wieland*, Kommunale Aufgabenträgerschaft, 2002, S. 99, nach denen eine unmittelbare Aufgabenzuweisung Bund-Kommunen nur dann verfassungsrechtlich zulässig ist, »wenn der Bund wegen der divergierenden Verwaltungsstrukturen in den Ländern nachweist, daß ohne bundesunmittelbare Bestimmung der Aufgabenträger (im kommunalen Bereich) eine Verwirklichung des materiellen Regelungskonzepts des Bundesgesetzes ausgeschlossen ist«.

96 *Lübmann*, DÖV 2004 (Fußn. 37), S. 681; *Lübmann*, Der Landkreis 2004, 415 (416); *Lübmann*, Zusammenführung (Fußn. 37), S. 166.

97 *Kersten* (Fußn. 68), S. 136.

98 *Lübmann*, DÖV 2004 (Fußn. 37), S. 681; *Rixen* (Fußn. 39), § 6 SGB II Rdnr. 10.

lichem Umfang dagegen einwenden,⁹⁹ in der Rechtsprechung fanden jedoch insbesondere die finanziellen Folgen bislang keine Berücksichtigung.¹⁰⁰ Eine Qualifikation als »punktuelle« Regelung wird § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II daher in der Regel bescheinigt.¹⁰¹ Zweifel bestehen jedoch hinsichtlich der *Notwendigkeit* der Regelung zur Sicherstellung eines wirksamen Gesetzesvollzugs. Gegen eine entsprechende Notwendigkeit spricht § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2. Hs. SGB II, wonach ja eine andere Aufgabenzuweisung durch die Länder gerade möglich bleiben soll.¹⁰² Dagegen spricht ebenso die ursprüngliche Gesetzesfassung, wonach die Bundesagentur für Arbeit als alleiniger Träger vorgesehen war.¹⁰³ Die hierin enthaltene organisationsrechtliche Komponente (in Form einer Bündelungswirkung) wird durch die Regelung in § 6 SGB II gerade wieder aufgehoben. Da die angestrebte Zusammenführung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe jedoch nicht nur eine materielle, sondern auch eine organisationsrechtliche Komponente aufweist,¹⁰⁴ macht die Kompromissregelung des Vermittlungsausschussverfahrens die Einrichtung der Arbeitsagenturen erst erforderlich. Weiterhin ist auf § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB II zu verweisen, welcher das Arbeitslosengeld II als »Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts einschließlich der *angemessenen Kosten für Unterkunft und Heizung*« ausweist, wodurch letzteres als Element des Arbeitslosengeldes II anzusehen ist.¹⁰⁵ Dies entspricht auch der ursprünglich ausschließlichen Aufgabenzuweisung an die BA. Die nunmehr vorliegende Aufgabensplittung ist hingegen kein notwendiges rechtliches Mittel zur Sicherstellung eines wirksamen Gesetzesvollzugs,¹⁰⁶ sondern notwendiges politisches Mittel zur Gewährleistung einer interfraktionellen Einigung im Vermittlungsverfahren.¹⁰⁷ Um eine für den wirksamen Gesetzesvollzug »notwendige« Regelung handelt es sich daher bei § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i. V. mit § 16 Abs. 2 Nr. 1 bis 4, § 22 sowie § 23 Abs. 3 SGB II gerade nicht. Nach der überwiegenden Literaturmeinung ist die Regelung daher verfassungsrechtlich unzulässig.¹⁰⁸ Nach entgegenstehender Auffassung ergibt sich die Notwendigkeit der Regelung daraus, dass nur die kommunalen Träger mit ihrer spezifischen Kompetenz und Erfahrung hinsichtlich der in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II beschriebenen Aufgaben in der Lage sind, die Anspruchsberechtigten flächendeckend und ortsnah zu versorgen.¹⁰⁹ Diese Argumentation bewegt sich zwar auf einer Linie mit der Rechtsprechung¹¹⁰ zu vergleichbaren Aufgabenzuweisungen durch das GSIG¹¹¹ (nunmehr in §§ 41 ff. SGB XII überführt) sowie durch die Vorgängervorschrift des § 96 Abs. 1 Satz 1 BSHG,¹¹² kann aber auf der Grundlage der vorstehenden Feststellungen nicht überzeugen.

- 99 So Henneke (Fußn. 90), S. 184 unter Hinweis auf F. Kirchhof, JZ 1999, 1054 (1054); Ruge/Vorholz (Fußn. 18), S. 404 f.
- 100 Vgl. nur StGH BW, Urteil vom 10. 5. 1999, DVBl. 1999, 1351 (1353).
- 101 Im Ergebnis ebenso Lühmann, DÖV 2004 (Fußn. 37), S. 681; Lühmann, Zusammenführung (Fußn. 37), S. 169; Robra (Fußn. 11), S. 96 f.
- 102 Vgl. Albers (Fußn. 46), S. 124; Bauer (Fußn. 10), S. 31; Henneke (Fußn. 90), S. 185; Henneke, in: Büchner/Gründel (Hrsg.) (Fußn. 4), S. 41–47 (43); Robra (Fußn. 11), S. 98.
- 103 Bauer (Fußn. 10), S. 31; Henneke (Fußn. 102), S. 42 f.; Lühmann, DÖV 2004 (Fußn. 37), S. 682; Robra (Fußn. 11), S. 97.
- 104 Lühmann, DÖV 2004 (Fußn. 37), S. 682.
- 105 Henneke (Fußn. 90), S. 185.
- 106 Nichts anderes ist im Ergebnis anzunehmen, soweit der koalitionsübergreifende Kompromiss als Ausdruck einer finanzwirtschaftlichen Lastenverteilung bewertet wird; so Ruge/Vorholz (Fußn. 18), S. 404.
- 107 Vgl. auch Henneke (Fußn. 90), S. 185.
- 108 Lühmann, DÖV 2004 (Fußn. 37), S. 681 f.; Lühmann, Zusammenführung (Fußn. 37), S. 172; Ruge/Vorholz (Fußn. 18), S. 405; Robra (Fußn. 11), S. 98; Henneke, Der Landkreis 2005, 3 ff.
- 109 Breitkreuz (Fußn. 72), S. 144 Fußn. 29; Kersten (Fußn. 68), S. 136; Rixen (Fußn. 39), § 6 SGB II Rdnr. 7.
- 110 Kritik wird allerdings auch hier von Seiten der Literatur geübt; vgl. Trute (Fußn. 93), Art. 84 GG Rdnr. 11 (Fußn. 42).
- 111 BayVGfH, Urteil vom 9. 2. 2004, BayVBl. 2004, 623 (624); krit. hierzu Schoch, NVwZ 2004, 1273 (1275 f.).
- 112 StGH BW, Urteil vom 10. 5. 1999, DVBl. 1999, 1351 (1352 f.).

Nunmehr schließt Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG in der durch die Föderalismusreform modifizierten Fassung die Möglichkeit der unmittelbaren Aufgabenübertragung auf Kommunen ausdrücklich aus. Bundesgesetzliche Aufgabenzuweisungen an die Kommunen, die nach bisheriger Verfassungsrechtslage zustande gekommen sind, gelten nach Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG fort, können jedoch durch Landesrecht ersetzt werden (Satz 2). Dies gilt jedoch einschränkend nur für solche Rechtsvorschriften, die seinerzeit verfassungsgemäß zustande gekommen sind.¹¹³ Die Unzulässigkeit der Aufgabenübertragung nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II wird hierdurch nicht geheilt.

Teilweise wird aus dem beschriebenen Verstoß gegen Art. 84 Abs. 1 GG zugleich ein Verstoß gegen das Recht auf kommunale Selbstverwaltung gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG abgeleitet. Art. 84 Abs. 1 GG wird hiernach nicht nur als Schutzvorschrift zugunsten der Organisationshoheit der Länder, sondern zugleich als Schutzvorschrift zugunsten des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen – insbesondere deren ausreichender Finanzausstattung – begriffen,¹¹⁴ da im Falle einer Aufgabenübertragung Bund-Kommune sowohl grundgesetzliche als auch landesverfassungsrechtliche Konnexitätsvorschriften umgangen werden, sodass der Bund zu Lasten der Gemeinde über verfassungsrechtliche Schutzstandards disponieren könnte. Unter Zugrundelegung dieses Argumentationsmusters strebten auch die beschwerdeführenden Kreise in der BVerfG-Entscheidung eine Überprüfung des Art. 84 Abs. 1 GG an.¹¹⁵ Das BVerfG hat sich dieser Auffassung nicht angeschlossen, sondern Art. 84 Abs. 1 GG lediglich eine organisationshoheitliche Bestimmung entnommen.¹¹⁶ Art. 84 Abs. 1 GG ist seiner Auffassung nach nicht geeignet, »das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitzubestimmen«.¹¹⁷ In der Tat ist die Vorschrift Spiegelbild eines zweistufigen Staatsaufbaus, der die Kommunen zwar als Teil der Länder, nicht aber als eigenständiges Schutzobjekt versteht.¹¹⁸

Seltener¹¹⁹ thematisiert wird die Frage, ob auch die »zahlenmäßig begrenzte, qualitativ kontrollierte sowie von Evaluierungspflichten flankierte«¹²⁰ Aufgabenübertragung durch § 6a Abs. 1 SGB II einen Verstoß gegen Art. 84 Abs. 1 GG darstellt. Als unerheblich erweist sich in diesem Zusammenhang das Antragsfordergebnis nach § 6a Abs. 1 SGB II, da eine solche Kompetenzverteilungsvorschrift nicht von dem Einvernehmen der Beteiligten abhängig ist.¹²¹ Der Eingriff in die Organisationshoheit der Länder erweist sich bei § 6a SGB II insoweit als geringfügig, als dieser an den Zustimmungsvorbehalt der Länder gebunden ist. Das Vorliegen einer »punktuellen« Annexregelung ist

113 *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.) (Fußn. 88), Art. 125a GG Rdnr. 3.

114 Vgl. *Schoch/Wieland* (Fußn. 95), passim. Entsprechend zu § 96 Abs. 1 Satz 1 BSHG *Schoch/Wieland*, JZ 1995, 982 ff. In Anlehnung hieran *Henneke* (Fußn. 90), S. 186; *Robra* (Fußn. 11), S. 159 f.

115 BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 76 ff.

116 BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 130 ff.

117 So die Anforderungen bei BVerfG, Urteil vom 20. 3. 1952, BVerfGE 1, 167 (181); Beschluss vom 7. 10. 1980, BVerfGE 56, 298 (310); Urteil vom 15. 10. 1985, BVerfGE 71, 25 (37); Beschluss vom 26. 10. 1994, BVerfGE 91, 228 (242). Vgl. BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 127, 130.

118 Hierzu BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 130 ff.

119 Ausnahmen finden sich jedoch bei *Lühmann*, DÖV 2004 (Fußn. 37), S. 682; *Rixen* (Fußn. 39), § 6a SGB II Rdnr. 1; *Robra* (Fußn. 11), S. 99.

120 *Rixen* (Fußn. 39), § 6a SGB II Rdnr. 1.

121 *Robra* (Fußn. 11), S. 99.

daher zu bejahen.¹²² Anders als im Falle des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II ist weiterhin die Notwendigkeit der Regelung zur Sicherstellung eines wirksamen Gesetzesvollzugs gegeben, da durch die optionale Aufgabenübertragung nach § 6a Abs. 1 SGB II die Bündelung von Kompetenzen auf der kommunalen Ebene (als gesetzlicher Idealfall)¹²³ wiederhergestellt wird.¹²⁴ Soweit diskutiert wird § 6a Abs. 1 SGB II daher als zulässige Regelung i. S. des Art. 84 Abs. 1 GG angesehen,¹²⁵ welche gemäß Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG als Bundesrecht fortgilt.

2. Selbstverwaltungsrecht der Kommunen (Art. 28 Abs. 2 GG)

Die Regelungen des SGB II können in unterschiedlicher Hinsicht in ein Spannungsverhältnis zur Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG treten. Es handelt sich hierbei zu nächst um die Aufgabenübertragung¹²⁶ nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II, welche die kreisfreien Städte und Kreise betrifft. Eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts würde bereits in der Aufgabenübertragung als solcher liegen, wenn hierdurch die Möglichkeit eingeschränkt wird, Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen, die zum verfassungsrechtlich geschützten Aufgabenbereich gehören.¹²⁷ Bei den *Gemeinden* ist dieser Fall bereits gegeben, wenn ihnen eine Aufgabenzuweisung erschwert, neue (freiwillige) Selbstverwaltungsaufgaben zu übernehmen. Beschwerdeführer der Kommunalverfassungsbeschwerde vor dem BVerfG waren jedoch *Kreise* und *Landkreise*, deren Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG gegenüber demjenigen der Gemeinden bereits beschränkt ist. Nicht die Verfassung, sondern der Gesetzgeber begründet die Reichweite ihres Selbstverwaltungsrechts. Eine äußere Grenze formuliert die Verfassung dahingehend, dass der Gesetzgeber einen Mindestbestand an Aufgaben zuweisen muss, die die Kreise unter Aus-

122 *Robra* (Fußn. 11), S. 99 ff.

123 Dabei ist es unbeachtlich, dass die Anordnung des § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB II verfassungsrechtlich betrachtet unzulässig ist. Die verbindliche Aufgabenzuweisung an die Kommunen wird bei verfassungsgerichtlicher Aufhebung durch die Ausführungsgesetze der Länder übernommen; hierzu *Robra* (Fußn. 11), S. 21 f.

124 So *Lühmann*, DÖV 2004 (Fußn. 37), S. 682; *Lühmann* (Fußn. 96), S. 417 f.; *Lühmann*, Zusammenführung (Fußn. 37), S. 172; *Robra* (Fußn. 11), S. 101 f.

125 *Lühmann*, DÖV 2004 (Fußn. 37), S. 682; *Rixen* (Fußn. 39), § 6a SGB II Rdnr. 1; *Robra* (Fußn. 11), S. 99 ff.

126 Der mit der Neuregelung verbundene Entzug der Aufgabenverantwortung über die örtlichen Sozialhilfeempfänger vermag hingegen nicht zu einem Eingriff in das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht zu führen, da den Gemeinden nach SGB XII weiterhin die Zuständigkeit für die »Hilfe zum Lebensunterhalt« verbleibt. Es handelt sich daher bei der Neuregelung in erster Linie um eine (verfassungsrechtlich) zulässige Modifizierung des Kreises der Leistungsberechtigten (*Robra* (Fußn. 11), S. 48 f.; a. A. wohl *H.-G. Henneke*, ZG 2003, 137 (147 ff.)). Der daneben zu beobachtende Entzug der Leistungen der Hilfe zur Arbeit nach §§ 18–20 BSHG a. F, welche in die Trägerschaft der BA nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB II übergegangen sind, stellt ebensowenig einen Eingriff in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG dar, da die »Sozialhilfe« lediglich eine »formelle« (vgl. hierzu unter Fußn. 151) Selbstverwaltungsangelegenheit, d. h. keine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft, darstellt, auf deren Entzug sich die Kommune nicht berufen könnte (hierzu *Robra* (Fußn. 11), S. 62 ff.).

127 BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 118; NWVerfGH, Urteil vom 22. 9. 1992, NVwZ-RR 1993, 486 (487); Urteil vom 12. 12. 1995, NVwZ 1996, 1100 (1100); Urteil vom 9. 12. 1996, NVwZ 1997, 793 (793 f.); RhPfVerfGH, Urteil vom 16. 3. 2001, NVwZ 2001, 912 (914); SachsAnhVerfG, Urteil vom 8. 12. 1998, NVwZ-RR 1999, 393 (396). Ebenso *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Abs. 2 Rdnr. 120.

schöpfung der ihnen gewährten Eigenverantwortlichkeit erledigen können. Die Zuweisung von Aufgaben des übertragenden Wirkungskreises darf daher nicht so weit gehen, dass der Bestand an überörtlichen, kreiskommunalen Angelegenheiten nur eine randständige Bedeutung behält.¹²⁸ »Ein Eingriff in das verfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltungsrecht der Gemeindeverbände kann erst angenommen werden, wenn die Übertragung einer neuen Aufgabe ihre Verwaltungskapazitäten so sehr in Anspruch nimmt, dass sie nicht mehr ausreichen, um einen Mindestbestand an zugewiesenen Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises wahrzunehmen, der für sich genommen und im Vergleich zu zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein Gewicht aufweist, das der institutionellen Garantie der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften gerecht wird.«¹²⁹ Vorliegend wurde von den Kreisen die finanzielle Mehrbelastung durch die Aufgabenübertragung geltend gemacht, woraus ein mangelnder Spielraum zur Übernahme freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben resultiere. Diesen Einwand weist das BVerfG zutreffenderweise mit dem Hinweis darauf zurück, dass die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben gerade nicht durch die Verfassung garantiert sei,¹³⁰ während eine Beeinflussung der Wahrnehmung der den Kreisen als Pflichtaufgaben im eigenen Wirkungskreis resp. als pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben zugewiesenen Aufgaben nicht geltend gemacht wurde.

Anders könnte sich die Rechtslage allerdings bei den kreisfreien Städten darstellen, welche ebenfalls Adressat der Regelung in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II sind. Diese könnten zunächst durch die Aufgabenübertragung als solche bzw. die damit verbundene Finanzierungslast in ihrem Recht aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verletzt sein mit daraus folgendem Abwehranspruch gegen die Aufgabenübertragung. Dies wäre der Fall, wenn es ihnen die neue Aufgabe oder die damit verbundene Finanzierungslast erschwerte, andere Selbstverwaltungsaufgaben zu übernehmen. Ein Eingriff in die Finanzhoheit der Gemeinden wäre hierin allerdings nur zu sehen, wenn Art. 28 Abs. 2 Satz 1 i. V. mit Abs. 2 Satz 3 GG nicht nur eine eigenverantwortliche Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft, sondern auch eine angemessene Finanzausstattung garantieren würde.¹³¹ Hinsichtlich dieser Streitfrage stehen sich der grundsätzlich zweistufige Staatsaufbau,¹³² der die Kommunen als Teil der Länder begreift, sowie die in der Verfassung »gestärkte finanzwirtschaftliche Unabhän-

128 BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 116 f.

129 BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 120.

130 BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 123. Vgl. *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.) (Fußn. 88), Art. 28 Rdnr. 79. A.A. *Robra* (Fußn. 11), S. 138.

131 Im letzteren Sinne *Dreier* (Fußn. 127), Art. 28 Abs. 2 Rdnr. 156; *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Bd. IV, 50. Lfg. 2007, Art. 28 Abs. 2 Rdnr. 84b; *Tettinger*, in: von Mangoldt et al. (Hrsg.), GG, Bd. II, 5. Aufl. 2005, Art. 28 Abs. 2 Rdnr. 246; die rechtliche Komponente eines Finanzausstattungsanspruchs äußerst einschränkend *Remmert* (Fußn. 93), S. 478 ff.

132 Im Schrifttum wird überwiegend davon ausgegangen, dass das Grundgesetz einen zweistufigen Staatsaufbau (Bund und Länder) zu Grunde legt; vgl. nur *Lühmann*, DÖV 2004 (Fußn. 37), S. 679. Nur vereinzelt wird darauf verwiesen, dass die grundgesetzliche Ordnung organisatorisch von drei Verwaltungsbereichen geprägt ist (Bund, Länder und Kommunen); so etwa *Lerche* (Fußn. 93), Art. 83 (21. Lfg. 1983) Rdnr. 14.

gigkeit und Verselbstständigung«¹³³ der Kommunen als dezentraler Ebene gegenüber. Die ausgetauschten Argumente im Streit für und gegen einen Verstoß gegen die kommunale Finanzhoheit knüpfen primär an der Frage eines ausreichenden finanziellen Ausgleichs an. Obwohl die Kosten für die Aufgaben nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II explizit (§ 6b Abs. 2 Satz 1 a.E SGB II) bei den Kommunen verbleiben, wird ein Eingriff in die Finanzhoheit der Kommunen abgelehnt, da das SGB II mit § 46 Abs. 5 ff. SGB II eine auf Anpassung in den nächsten Jahren angelegte, also problemsensible Finanzierungsregelung vorsehe.¹³⁴ Die Anwendbarkeit dieser Regelungen ergibt sich aus § 6b Abs. 2 Satz 3 SGB II, wonach die besonderen Finanzierungsregelungen des § 46 Abs. 5–9 SGB II unberührt bleiben. Im Übrigen geht es in diesen Regelungen gerade um die Kostenbeteiligung des Bundes für Leistungen, welche von vornherein den Kommunen zugewiesen wurden.¹³⁵ Erfasst sind hiervon jedoch nur Leistungen i. S. des § 22 Abs. 1 SGB II, während die Lasten aus den Aufgaben nach § 16 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1–4 SGB II sowie § 22 Abs. 3 und § 23 Abs. 3 SGB II in vollem Umfang bei den kommunalen Trägern verbleiben.¹³⁶ Dennoch wird den Kommunen eine Gesamtentlastung von 2,5 Millionen € garantiert. Insgesamt erscheint daher ein das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht unzulässig beschränkender Eingriff durch die bloße Aufgabenübertragung eher fern liegend.

Henneke bejaht hingegen trotz der sog. »problemsensiblen Finanzierungsregelung« einen Verstoß gegen die Finanzhoheit der Kommunen, da die Finanzierungsregelung die Kreise und kreisfreien Städte »verfassungswidrig mit erheblichen Ausgabeverpflichtungen (belaste), ohne kommunalträger-individuell einen entsprechenden Mehrbelastungsausgleich vorzusehen«.¹³⁷ Er weist zugleich darauf hin, dass aufgrund der Streuwirkungen der Be- und Entlastungen hiermit für manche Kommunen eine Mehrbelastung verbunden ist.¹³⁸ Es handelt sich hierbei insbesondere um solche Kommunen, die wegen geringer bisheriger Sozialhilfefaufwendungen über ein geringes Entlastungspotenzial bei der Sozialhilfe verfügen, künftig aber für eine große Zahl bisheriger Arbeitslosenhilfeempfänger die Leistungen für Unterkunft und Heizung übernehmen müssen.¹³⁹ Eine finanzielle Mehrbelastung der Kommunen erscheint damit zumindest möglich.

Richtigerweise verweist das BVerfG demgegenüber darauf, dass die streitgegenständlichen Vorschriften (§ 46 Abs. 1 und Abs. 5 bis 10 SGB II) den Finanztransfer für Leistungen nach § 22 Abs. 1 SGB II nur im Verhältnis Bund-Länder regeln und daher keine Rechtsverletzung der Kommunen begründen können.¹⁴⁰ Wie die Länder

133 BVerfG, Urteil vom 11. 11. 1999, BVerfGE 101, 158 (230); *Huber*, Gutachten D zum 65. DJT 2004, S. 129 ff.; *Nierhaus* (Fußn. 130), Art. 28 Rdnr. 86.

134 *Kersten* (Fußn. 68), S. 136; *Rixen* (Fußn. 39), § 6 SGB II Rdnr. 8.

135 *Rixen* (Fußn. 39), § 6b SGB II Rn 5.

136 Die Frage der finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieser Regelung soll an vorliegender Stelle ausgespart bleiben und wird erst unten (IV. 4.) näher behandelt.

137 *Henneke* (Fußn. 90), S. 183.

138 *Henneke* (Fußn. 90), S. 182.

139 *Henneke* (Fußn. 102), S. 45.

140 BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 137–143.

diese Mittel an die kommunalen Träger weiterzuleiten haben, sieht das SGB II hingegen nicht vor.¹⁴¹ Einzelne Regelungen hierfür finden sich in den Ausführungsgesetzen¹⁴² der Länder,¹⁴³ festgelegt werden daneben zum Teil »länderinterne« Ausgleichsleistungen, welche die länderseitigen Ersparnisse an die Kommunen weitergeben.¹⁴⁴ Gegenstand einer Rechtsverletzung könnte daher nur das Unterlassen einer Regelung zum direkten Finanzausgleich zwischen Bund und Kommunen sein.¹⁴⁵ Aber auch dieses – vorliegend nicht Streitgegenständliche – Begehren wäre aufgrund der finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben erfolglos. Wie oben ausgeführt stellt der Eingriff in die Finanzhoheit der betroffenen Kreise nach der Auffassung des BVerfG daneben keinen abwehrrechtlichen Schutz zur Verfügung. Gleiches ist wohl angesichts des gesetzgeberischen Ermessens zum Ausgleich eines möglichen Eingriffs für die kreisfreien Gemeinden anzunehmen.¹⁴⁶

Darüber hinaus könnten die Gemeinden in ihrer Organisationshoheit betroffen sein. Dies würde allerdings voraussetzen, dass sich die verfassungsrechtliche Gewährleistung auch auf die staatlicherseits übertragenen Aufgaben erstreckt. Die Frage, welche rechtliche Qualität die Wahrnehmung dieser Aufgaben hat bzw. wie die Aufsicht über die Aufgabenwahrnehmung ausgestaltet ist, kann entsprechend der Anordnung der Art. 83 f. GG grundsätzlich nur von den Ländern geregelt werden. Die durch das SGB II angeordnete Aufgabenträgerschaft der Kommunen verdeutlicht jedoch zumindest, dass es sich hierbei um eine originär kommunale Aufgabe handelt. In den dementsprechend in den meisten Bundesländern erlassenen Ausführungsgesetzen zum SGB II wird die Erfüllung der Aufgaben nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bzw. § 6a SGB II daher als »Aufgabe im eigenen Wirkungskreis«¹⁴⁷ bzw. als »(pflichtige) Selbstverwaltungsaufgabe«¹⁴⁸ resp. »weisungsfreie Pflichtaufgabe«¹⁴⁹ oder als »Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung«¹⁵⁰ (d. h. zumindest als *formelle* Selbstverwaltungsaufgabe)¹⁵¹ ausgestaltet. Die hiermit einhergehende

141 *Henneke* (Fußn. 90), S. 178.

142 Vgl. hierzu BW AG-SGB II vom 14. 12. 2004, GBl., S. 907, zuletzt geändert durch GBl., S. 252; BerLAG-SGB II vom 7. 9. 2005, GVBl., S. 467; HessOffG vom 20. 12. 2004, GVBl., I S. 488, geändert durch GVBl. I 2006, S. 666; AG-SGB II MV vom 28. 10. 2004, GVOBl. M-V, S. 502, zuletzt geändert durch GVOBl. M-V, S. 248; Nds. AG-SGB II vom 16. 9. 2004, Nds. GVBl., S. 358, zuletzt geändert durch Nds. GVBl. 2007, S. 220; RhPfAG-SGB II vom 22. 12. 2004; SaarAG-SGB II vom 15. 12. 2004, Abl. S., 50; LSAUntStützVO vom 17. 12. 2004, GVBl. LSA, S. 834; geändert durch GVBl. 2007 LSA, S. 12; ThürAG SGB II vom 10. 12. 2004; AG-SGB II NRW vom 16. 12. 2004, GV. NRW, S. 821, zuletzt geändert durch GV. NRW 2007, S. 207; AG-SGB II SchH vom 14. 12. 2004, GVOBl. Schl.-H, S. 484, geändert durch GVOBl. Schl.-H, S. 487.

143 Vgl. etwa § 4a BW AG-SGB II; § 11 HessOffG; § 7 AG-SGB II MV; § 4 Nds. AG-SGB II; § 6 AG-SGB II NRW; § 4 Abs. 1 RhPfAG-SGB II; § 7 SaarLAG-SGB II; § 4 AG-SGB II SchH; § 3 LSA UntStützVO; § 1 Abs. 4 ThürAG SGB II.

144 Vgl. § 4b BW AG-SGB II; § 6 AG-SGB II MV; § 5 Nds. AG-SGB II; § 4 Abs. 2, 3 RhPfAG-SGB II; § 1 Abs. 1–3 ThürAG SGB II.

145 BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 143.

146 Vgl. *Remmert* (Fußn. 93), S. 471; *Tettinger* (Fußn. 131), Art. 28 Abs. 2 Rdnr. 251.

147 § 1 AG-SGB II MV; § 1 Abs. 3 Nds. AG-SGB II; § 5 LSA UntStützVO; § 3 Abs. 1 Satz 1 ThürAG SGB II.

148 § 1 HessOffG; § 1 RhPfAG-SGB II; § 1 SaarAG-SGB II; § 1 AG-SGB II SchH.

149 § 1 Satz 2 BW AG-SGB II.

150 § 1 AG-SGB II NRW.

151 Vgl. die Differenzierung zwischen materiellen und formellen Selbstverwaltungsaufgaben etwa bei *Mückl* (Fußn. 93), S. 231 ff. Als Bsp. einer »formellen Selbstverwaltungsangelegenheit«, also einer solchen, die den Kommunen gesetzlich als Selbstverwaltungsaufgabe zugewiesen ist, ma-

Rechtsaufsicht¹⁵² weist im Einzelnen differierende Regelungen auf.¹⁵³ Die Qualifizierung der sog. »Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung«, die sich in einer Zwitterposition zwischen Selbstverwaltungsaufgabe und auftragsweise durchzuführender staatlicher Verwaltungsangelegenheit bewegen, ist zwar umstritten. Jedenfalls nach der nordrhein-westfälischen Rechtslage¹⁵⁴ wird jedoch mittlerweile von einer Zuordnung zu den Selbstverwaltungsangelegenheiten ausgegangen.¹⁵⁵ Im Wesentlichen stützt sich diese Auffassung auf § 7 AG VwGO NRW, der sich angesichts der bundesgesetzlichen Vorgaben in § 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 3 VwGO nur dann als notwendig erweist, wenn man von vorgenannter Zuordnung ausgeht. Die Kommunen können sich daher hinsichtlich ihrer Organisationsfreiheit auf den Schutz des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG berufen. Insoweit wird zum Teil darauf verwiesen, dass den Gemeinden ein ausreichender Gestaltungsspielraum verbleibe.¹⁵⁶ Kritisch könnte dies jedoch im Hinblick auf die Anordnung des § 44b Abs. 3 Satz 2 SGB II sein. Hinsichtlich der Kommunen wurde – unter Beachtung der in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verankerten kommunalen Selbstverwaltungsgarantie¹⁵⁷ – zwar nur eine »Soll«-Verpflichtung eingefügt; im klassischen verwaltungsrechtlichen Kontext ist hiermit jedoch grundsätzlich eine strikte Rechtsverpflichtung für den Regelfall normiert, welche mit einem Abweichungsrecht in Ausnahme- oder atypischen Fällen verbunden ist.¹⁵⁸ In diesem Sinne interpretiert ein Teil des sozialverwaltungsrechtlichen Schrifttums auch § 44b Abs. 3 Satz 2 SGB II.¹⁵⁹ Unter dem Eindruck des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG scheint sich jedoch vorrangig eine andere Interpretation herauszukristallisieren.¹⁶⁰ Die Formulierung wird dann als »dringlicher Appell« an die kommunalen Träger verstanden, die Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach dem SGB II auf die Arbeitsgemeinschaften zu übertragen, welcher es dennoch in das Ermessen der kommunalen Träger stellt, ob und inwieweit sie die Wahrnehmung ihrer Aufgaben auf eine Arbeitsgemeinschaft übertragen. Ein Verstoß gegen die Organisationshoheit der Kommune ist daher abzulehnen.^{161,162}

teriiell-rechtlich betrachtet jedoch eine rein staatliche Aufgabe ohne jeden Bezug zur örtlichen Gemeinschaft darstellt, wird etwa die Sozialhilfe genannt (vgl. *Schoch/Wieland*, Finanzierungsverantwortung, 1995, S. 100 f.).

152 Die zulässigen Aufsichtsmittel bestimmen sich mangels besonderer Regelungen nach § 94 Abs. 2 2. Hs. SGB XI i. V mit § 88 SGB IV (*Knoblauch/Hübner* (Fußn. 62), S. 278).

153 Weisungsrecht (§ 2 IV AG-SGB II NRW); Unterrichtsrecht des zuständigen Ministeriums (§ 2 Satz 2 Nds. AG-SGB II; § 2 III AG-SGB II NRW).

154 In Anlehnung hieran hat sich eine ähnliche Rechtsauffassung in Brandenburg durchgesetzt.

155 *Erichsen*, KommunalR NRW, 2. Aufl. 1997, S. 69 f.; *Riote/Waldecker*, NWVBl. 1994, 400 ff.; *Tettinger* (Fußn. 131), Art. 28 Abs. 2 Rdnr. 175. In dieselbe Richtung tendierend *Nierhaus* (Fußn. 130), Art. 28 Rdnr. 52: »Selbstverwaltungsangelegenheiten in abgeschwächter Form«, allerdings eingeschränkt auf Aufgaben mit relevantem örtlichen Charakter. A.A. *Dreier* (Fußn. 127), Art. 28 Abs. 2 Rdnr. 90, der die »Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung« explizit aus dem Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG herausnimmt.

156 *Rixen* (Fußn. 39), § 6 SGB II Rdnr. 8. Vgl. auch BayVGH, Urteil vom 9. 2. 2004, BayVBl. 2004, 623 (624) für die entsprechende Regelung des GSiG.

157 *Strobel* (Fußn. 68), S. 1196.

158 Vgl. *Henneke*, in: Knack (Hrsg.), VwVfG, 8. Aufl. 2004, § 40 Rdnr. 33; *Maurer*, AllgVerwR, 16. Aufl. 2006, § 7 Rdnr. 11; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 40 Rdnr. 26.

159 *Henneke* (Fußn. 102), S. 43; *Henneke* (Fußn. 90), S. 187; *Mempel*, Hartz IV-Organisation, 2007, S. 130; *Ruge/Vorholz* (Fußn. 18), S. 405 f.

160 *Berlit* (Fußn. 70), § 44b SGB II Rdnr. 13; *Kersten* (Fußn. 68), S. 135 f.; *Robra* (Fußn. 11), S. 206. So auch die Rechtsauffassung der Bundesregierung in BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 87.

161 A. A. *Henneke* (Fußn. 90), S. 187.

162 Zugleich scheidet ein Verstoß gegen die gemeindliche Kooperationshoheit aus, welche durch die Verpflichtung zur Kooperation von Gemeinden und Bundeseinrichtungen betroffen sein könnte; hierzu *Kersten* (Fußn. 68), S. 135.

Anders sieht dies das BVerfG, welches in dem durch die Anordnung der Aufgabenerfüllung in Arbeitsgemeinschaften – seiner Auffassung nach (hierzu noch unten IV. 3.) – überschrittenen Verbot der Mischverwaltung zugleich einen Verstoß gegen das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden erblickt.¹⁶³ Art. 28 Abs. 2 GG wird hier nach durch die Anordnungen des Art. 30, 83 GG, maßgeblich den hierin enthaltenen »Grundsatz der eigenverantwortlichen Kompetenzwahrnehmung«, geprägt.¹⁶⁴ Angesprochen ist hiermit nur ein Aspekt des sog. Verbots der Mischverwaltung, nämlich der Schutz der Länder vor einem unberechtigten Eindringen des Bundes. Der daneben in diesem Verbot auch enthaltene »Grundsatz der Verantwortungs-klarheit«, welcher in rechtsstaatlichen, demokratischen und grundrechtlichen Vorgaben wurzelt,¹⁶⁵ dient in erster Linie dem Schutz des Bürgers.¹⁶⁶ Lediglich in Ausnahmefällen, in denen sogar die Zurechenbarkeit zweifelhaft ist, lässt sich diesem Grundsatz auch eine bundesstaatliche Dimension zuerkennen.¹⁶⁷ Einen Verstoß gegen das »Verbot der Mischverwaltung« angenommen¹⁶⁸ lässt das BVerfG die Frage unbeantwortet, warum die Kreise einen solchen geltend machen können. Zunächst gilt es festzuhalten, dass eine Beeinträchtigung der Gemeinden in der eigenverantwortlichen Wahrnehmung ihrer Aufgaben immer nur die Organisationshoheit aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1, 2 GG, nicht jedoch Art. 30, 83 GG tangiert. Tatsächlich handelt es sich hierbei nicht um eine Problematik der *eigenverantwortlichen Wahrnehmung*, sondern der *eigenverantwortlichen Entscheidung* über die Wahrnehmung ihrer Aufgaben. Diese jedoch ist aufgrund der weiten – verfassungskonformen – Auslegung der »Soll«-Bestimmung nicht berührt. Der darüber hinaus in bundesstaatlichen Erwägungen, insbesondere Art. 30, 83 GG, beruhende Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung, der vorliegend wohl – wie im weiteren zu zeigen sein wird – auch betroffen ist, ist zwar nicht disponibel¹⁶⁹ (da dieser nicht in einer subjektiven Rechtsstellung, sondern der objektiven Kompetenzordnung wurzelt),¹⁷⁰ kann aber auch nicht von den Gemeinden geltend gemacht werden. Vielmehr handelt es sich hierbei in der Tat um die Frage eines Verstoßes gegen eine Ausprägung des »Verbots der Mischverwaltung«. Die entgegenstehenden Ausführungen des BVerfG, dass eine gesetzgeberische Überschreitung der in Art. 83 ff. GG gesetzten Grenzen des zulässigen Zusammenwirkens von Bundes- und Landesbehörden »gleichzeitig zu einer Verletzung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in ihrer Ausprägung als Garantie eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG« führe,¹⁷¹ passt zudem wenig zu der vorigen

163 BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 144 ff.

164 BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 150.

165 *Trute* (Fußn. 93), Art. 83 Rdnr. 32.

166 In diese Richtung auch BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 157.

167 *Trute* (Fußn. 93), Art. 83 Rdnr. 32.

168 Vgl. unten IV. 4.

169 BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 152.

170 Konsequenterweise erscheint es daher, dass von Seiten des BVerfG die Auslegung der »Soll«-Vorschrift gar nicht erörtert wird.

171 BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 150; konkret ausgeführt am Bsp. der Finanzhoheit, vgl. BVerfG, aaO., Abs.-Nr. 202.

Annahme, dass ein Verstoß gegen Art. 84 Abs. 1 GG nicht von den Kommunen geltend gemacht werden könne. Die Ausführungen des BVerfG erwecken daher den Eindruck, streitgegenständlich nicht aufgeworfene Fragen der Bundesstaatlichkeit erörtern zu wollen. Kritisch in diesem Sinne äußert sich auch das abweichende Sondervotum der Richter *Broß*, *Osterloh* und *Gerhardt*. Alle Anschein nach aus einem »rein selbstverwaltungsrechtlichen« Blickwinkel argumentierend bejahen diese – entsprechend den obigen Ausführungen – ein weites, die Selbstverwaltungsgarantie schonendes Verständnis der »Soll-Vorschrift«. ¹⁷²

Bei Inanspruchnahme der Optionsbefugnis nach § 6a SGB II können die kreisfreien Städte und Kreise in ihrer Organisationshoheit betroffen sein, soweit die Regelungen in § 6a Abs. 6 SGB II in Rede stehen. Im Hinblick auf die den Kommunen übertragenen Aufgabenlasten wird auch ihre Finanzhoheit tangiert. Dies betrifft Aufgaben nach § 6a Abs. 1 SGB II insoweit, als aufgrund von Pauschalierungen keine volle Selbstkostendeckung der Kommunen gewährleistet ist. ¹⁷³ Ein Eingriff in die kommunale Finanzhoheit ist hieraus allerdings ebenso wenig abzuleiten wie aus der Anordnung in § 6b Abs. 3 SGB II, wonach der Bundesrechnungshof berechtigt ist, die Leistungsgewährung zu prüfen. ¹⁷⁴ Daneben fordert § 6a Abs. 6 SGB II von den Kommunen die Errichtung *besonderer Einrichtungen* für die Erfüllung der Aufgaben dieses Gesetzes. Wie diese Einrichtungen im Einzelnen ausgestaltet sein sollen, normiert das Gesetz nicht. Fraglich ist auch die organisatorische Ausgestaltung dieser Einrichtungen im Verhältnis zu den oben erwähnten Arbeitsgemeinschaften. Die Ungenauigkeit der Bezeichnung »besondere Einrichtung« lässt einen Eingriff in die Organisationshoheit fernliegend erscheinen. Vielmehr zeigt ein genauerer Blick auf die durch die Gesetzgebung tangierten finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben, »dass die besondere Einrichtung »nur als »künstlich« geschaffenes Instrument (dient), um eine direkte Erstattung der Aufwendungen für die Grundsicherung für Arbeitssuchende vom Bund an die Optionskommunen zu ermöglichen.«. ¹⁷⁵ Und Art. 106 Abs. 8 GG, auf den sich diese Bezeichnung bezieht, versteht den Begriff der »besonderen Einrichtung« weit, indem er hierunter »nicht nur Einrichtungen gegenständlicher technischer Art, . . . sondern auch die Schaffung von Organisationsgesamtheiten wie Behörden, . . . Institute usw. (oder) rechtliche Einrichtungen wie Stiftungen und Fonds« fasst. ¹⁷⁶

§ 6 Abs. 2 Satz 1 1. Hs. SGB II sieht darüber hinaus vor, dass die Länder bestimmen können, »dass und inwieweit die Kreise ihnen zugehörige Gemeinden oder Gemeindeverbände zur Durchführung der in Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 genannten Aufgaben nach diesem Gesetz heranziehen und ihnen dabei Weisungen erteilen kön-

172 Abweichendes Sondervotum *Broß*, *Osterloh* und *Gerhardt*, in: BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 224.

173 Vgl. darüber hinaus die finanzverfassungsrechtliche Unzulässigkeit der in § 6b Abs. 2 GG getroffenen Regelung; hierzu unten IV. 4.

174 Krit. insoweit *Fahlbusch* (Fußn. 36), § 6b SGB II Rdnr. 4.

175 *Robra* (Fußn. 11), S. 75; *Robra/Schmidt-De Caluwe*, in: Estelmann (Hrsg.), SGB II, § 6a SGB II Rdnr. 33, wonach der Gesetzgeber mit § 6a Abs. 6 SGB II die Regelungen der Finanzverfassung umgeht.

176 *Maunz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Bd. VI, 50. Lfg. 2007, Art. 106 (1978) Rdnr. 106.

nen«. Von dieser Regelung haben die Gesetze weitestgehend¹⁷⁷ Gebrauch gemacht;¹⁷⁸ teilweise wurde den Kreisen darüber hinaus die Möglichkeit eingeräumt, die kreisangehörigen Gemeinden *auch* zur Erfüllung der Aufgaben nach § 6a SGB II heranzuziehen (vgl. § 6 Abs. 2 Satz 3 SGB II).¹⁷⁹ Die Kreise bleiben dabei in jedem Fall vollverantwortliche kommunale Träger der entsprechenden Aufgaben.¹⁸⁰ Um dies zu unterstreichen, wird tlw. festgelegt, dass die herangezogenen Gemeinden bei ihrer Aufgabenwahrnehmung im Namen des Aufgabenträgers handeln.¹⁸¹ Ihnen gegenüber besteht ein unbeschränktes Weisungsrecht,¹⁸² da es sich um Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis bzw. Auftragsangelegenheiten handelt.¹⁸³ Dies ist bundesrechtlich normiert und tlw. in den Landesgesetzen wiederholt.¹⁸⁴ Allerdings ist zumeist¹⁸⁵ vorgesehen, dass die Einbeziehung der Gemeinden nur mit deren Einverständnis erfolgen kann.¹⁸⁶ Hier können die kreisangehörigen Gemeinden dann auch an den entstehenden Aufwendungen beteiligt werden.¹⁸⁷ In jedem Fall verbleiben bei den kreisangehörigen Gemeinden die Personal- und Verwaltungskosten.¹⁸⁸ Soweit die Aufgabenübertragung nicht an die Mitwirkung der betroffenen kreisangehörigen Gemeinden gekoppelt ist, könnte in dem umfassenden Weisungsrecht ein

177 Eine entsprechende Regelung fehlt sinnigerweise in Berlin, darüber hinaus in Sachsen-Anhalt, Thüringen.

178 § 2 Abs. 1 HessOffG; § 5 Abs. 1 Satz 1 SaarlAG-SGB II; § 3 Abs. 1 Satz 1 Nds. AG SGB II; § 2 Abs. 1 Satz 1 AG-SGB II MV; § 5 Abs. 1 AG-SGB II NRW; § 2 Abs. 1 Satz 1 BW AG-SGB II; § 2 RhPfAG-SGB II; § 3 Abs. 1 AG-SGB II SchH.

179 Vgl. nur § 2 Abs. 2 HessOffG; § 5 Abs. 1 Satz 1 SaarlAG-SGB II; § 2 Abs. 1 Satz 2 AG-SGB II MV; § 3 Abs. 1 Nds. AG-SGB II; § 5 Abs. 2 AG-SGB II NRW; § 3 Abs. 2 AG-SGB II SchH; § 2 Abs. 3 BW AG-SGB II; § 5 Abs. 4 RhPfAG-SGB II.

180 *Münder* (Fußn. 92), § 6 SGB II Rdnr. 16.

181 § 2 Abs. 2 Satz 1 AG SGB II MV; § 3 Abs. 1 Satz 2 Nds. AG-SGB II. Teilweise wird hingegen festgestellt, dass die kreisangehörigen Gemeinden »im eigenen Namen« entscheiden; so in § 5 Abs. 1 Satz 1 RhPfAG-SGB II; § 3 Abs. 1 Satz 1 1. Hs. a.E AG-SGB II SchH. Damit haben die Länder die ihnen bereits unter der Vorgängervorschrift (§ 96 Abs. 1 Satz 2 BSHG) eingeräumte Möglichkeit genutzt, die Heranziehung in Form der *Delegation* (Kompetenzübertragung) oder der *Mandatierung* (Ermächtigung zur Ausübung fremder Kompetenz) vorzunehmen.

182 Eingeschränkt allerdings in § 2 Abs. 1 Satz 2 BW AG-SGB II. Tlw. wird das Weisungsrecht auch auf allgemeine Anordnungen beschränkt; vgl. § 2 Abs. 1 Satz 3 HessOffG; § 2 Abs. 1 Satz 3 2. Hs. RhPfAG-SGB II.

183 *Reinhard*, in: Kruse et al. (Hrsg.), SGB II, 2005, § 6 SGB II Rdnr. 9.

184 Vgl. § 2 Abs. 2 Satz 2 AG-SGB II MV; § 5 Abs. 1 Satz 2 SaarlAG-SGB II; § 3 Abs. 1 Satz 1 2. Hs. AG-SGB II SchH.

185 Anders etwa nach § 2 AG-SGB II MV; § 3 Abs. 1, 2 AG-SGB II SchH. Vgl. auch § 5 Abs. 1 Satz 2 RhPfAG-SGB II: Anhörungspflicht.

186 Dies wird dadurch sichergestellt, dass die Heranziehung nur »im Benehmen mit den kreisangehörigen Gemeinden« (so in NRW gemäß § 5 Abs. 1, 2 AG-SGB II NRW), »mit Zustimmung von zwei Dritteln aller Stimmen des gemeinsamen Ausschusses« (so in BW gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 BW AG-SGB II), »auf Antrag« (so in Hessen gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 HessOffG) oder durch »Heranziehungsvereinbarung« (d. h. öffentlich-rechtlichen Vertrag) (so in Niedersachsen gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nds. AG-SGB II) erfolgt.

187 Vgl. § 5 Abs. 4, 5 AG-SGB II NRW. Vgl. aber auch § 5 AG-SGB II SchH (Kostenerstattungspflicht trotz mangelndem Einvernehmensefordernis); einschränkend § 2 Abs. 5 AG-SGB II MV, wonach nur die Verwaltungskosten und Auslagen bei den herangezogenen Gemeinden verbleiben; ähnlich § 2 BW AG-SGB II.

188 Allerdings werden auch diese tlw. von den Kreisen ersetzt.

Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gesehen werden. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass sich die verfassungsrechtliche Gewährleistung grundsätzlich nicht auf die von den Kommunen nur auftragsweise durchzuführenden Verwaltungsangelegenheiten beziehen.¹⁸⁹

3. Verbot der Mischverwaltung

Ein Verstoß gegen das »Verbot der Mischverwaltung« wird verschiedentlich im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Errichtung von Arbeitsgemeinschaften durch BA und kommunale Träger diskutiert. Nach der Rechtsprechung des BVerfG meint *Mischverwaltung* jede Verwaltungstätigkeit, bei der die sachlichen Entscheidungen in einem irgendwie gearteten Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden getroffen werden.¹⁹⁰ Bei dieser Beschreibung handelt es sich jedoch weniger um eine »Definition als . . . (um einen) deskriptive(n) Sammelbegriff für die verschiedensten Kooperationsformen.«¹⁹¹ Auch eine Inaugenscheinnahme der wissenschaftlichen Verwendung macht offensichtlich, dass der Begriff der Mischverwaltung vielfältig besetzt, daher ungenau und als dogmatische Begrenzung nur eingeschränkt zu verwenden ist. Eine verwaltungsorganisatorische Erscheinungsform ist daher nicht bereits deshalb mit dem Stigma der Verfassungswidrigkeit zu belegen, »weil sie als Mischverwaltung einzuordnen ist, sondern nur, wenn ihr zwingende Kompetenz- oder Organisationsnormen oder sonstige Vorschriften des Verfassungsrechts entgegenstehen.«¹⁹² Zur Konkretisierung sind daher im Folgenden verschiedene Ausprägungen des Oberbegriffs zu beleuchten. Die Annahme eines »generellen« Verbots der Mischverwaltung wäre jedenfalls zu weitgehend. Vielmehr sind dessen Grenzen durch die Verfassung bestimmt. Dies zeigt sich einerseits durch die explizite Zulassung bestimmter Mischverwaltungsformen (vgl. etwa Art. 120a GG), andererseits durch die Rückführung bestimmter Aspekte des Mischverwaltungsverbots auf verfassungsrechtliche Staatsstrukturprinzipien. Deren Beschränkung bedarf jedenfalls der Rechtfertigung durch ein kollidierendes Verfassungsgut, nach weiterer Auffassung¹⁹³ durch einen sachlichen Grund.

Der auf *Grawert* zurückgehende *Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung*¹⁹⁴ wurde von Seiten des BVerfG¹⁹⁵ bereits in der Vergangenheit besonders in den Blick genommen. Hiernach nimmt ein »Verwaltungsträger, dem durch eine Kompetenznorm des Grundgesetzes Verwaltungsaufgaben zugewiesen worden sind, diese Aufgaben durch eigene Verwaltungseinrichtungen – mit eigenen

189 *Tettinger* (Fußn. 131), Art. 28 Abs. 2 Rdnr. 174, der sich allerdings explizit auf *staatliche* Verwaltungsangelegenheiten bezieht.

190 BVerfG, Beschluss vom 12. 1. 1983, BVerfGE 63, 1 (38) in Anlehnung an *Ronellenfitsch*, Mischverwaltung im Bundesstaat, 1975, S. 58 ff.

191 *Robra* (Fußn. 11), S. 185. Ähnlich *Mempel* (Fußn. 159), S. 31: »Der Mischverwaltungsbegriff hat sich . . . von einer plakativen Wertungs- zu einer Sammelbezeichnung entwickelt, der nicht länger das Verdikt der Verfassungswidrigkeit anhaftet.«

192 BVerfG, Beschluss vom 12. 1. 1983, BVerfGE 63, 1 (38).

193 Vgl. etwa BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 169.

194 *Grawert*, Verwaltungsabkommen, 1967, S. 195.

195 BVerfG, Beschluss vom 12. 1. 1983, BVerfGE 63, 1 (41).

personellen und sächlichen Mitteln – wahr.«¹⁹⁶ Von Seiten des BMAS wird ein Verstoß gegen das Verbot der Mischverwaltung (in der Ausprägung der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung) mit der Begründung abgelehnt, die Aufgabenträger blieben auch dann verantwortliche Träger der Leistung, wenn sie in einer Arbeitsgemeinschaft zusammenarbeiten. Die Aufgaben würden von der Arbeitsgemeinschaft entsprechend den fachlichen Vorgaben des jeweiligen Leistungsträgers wahrgenommen. Die Arbeitsgemeinschaft sei damit eine institutionalisierte Form der besonders engen Zusammenarbeit. Dem schließen sich auch ein Teil der Literatur,¹⁹⁷ die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts¹⁹⁸ sowie die Richter *Broß*, *Osterlob* und *Gerhardt* in ihrem abweichenden Sondervotum¹⁹⁹ an. Maßgeblich wird von dieser Auffassung darauf hingewiesen, dass im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft nur die organisationsrechtliche Wahrnehmungszuständigkeit, nicht hingegen die Leistungsträgerschaft²⁰⁰ zusammengefasst werde.²⁰¹ Hierfür spricht zunächst, dass eine Leistungskonfusion hinsichtlich der jeweiligen Fachentscheidungen grundsätzlich dadurch vermieden werden könnte, dass die Sozialleistungen nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II explizit verschiedenen Trägern zugerechnet werden (können).²⁰² Anders verhält es sich jedoch hinsichtlich der Organisations- und Personalentscheidungen, welche in den Arbeitsgemeinschaften durch den Geschäftsführer auf der Grundlage des § 44b SGB II, des Gründungsvertrags sowie der allgemeinen arbeits- und dienstrechtlichen Bestimmungen getroffen werden.²⁰³ Auch technische Vorgaben der elektronischen Datenverarbeitung machen eine durchgehende Trennung beider Arbeitsgebiete unmöglich.²⁰⁴ Dem wird zwar entgegengehalten, dass das Grundgesetz eine solche Kooperation nicht verbiete, solange die Leistungsentscheidungen selbst klar voneinander abgrenzbar sind.²⁰⁵ Auch hinsichtlich der Fachentscheidung sind allerdings Verknüpfungen zu beobachten, so etwa wenn die Feststellung der Erwerbsfähigkeit und Hilfebedürftigkeit der Betroffenen gemäß § 44a SGB II durch die BA Bindungswirkung hinsichtlich der Gewährung kommunaler Leistungen entfaltet.²⁰⁶ Im Falle einer uneinheitlichen Bewertung ist hier sogar die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens vorgesehen.

Das BVerfG schließlich erachtet die fehlende Verbindung der Aufgabenträgerschaft als unerheblich, soweit ein gemeinschaftlicher Vollzug von Aufgaben des

196 BVerfG, Beschluss vom 12. 1. 1983, BVerfGE 63, 1 (41).

197 *Breitkreuz* (Fußn. 72), S. 144 f.; *Kersten* (Fußn. 68), S. 135 f.; *Rixen* (Fußn. 63), § 44b SGB II Rdnr. 26; *Quaas* (Fußn. 70), S. 725 f.

198 BSG (7b. Senat), Urteil vom 7. 11. 2006, SozR 4–4200 § 20 Nr. 2, Rdnr. 13; BSG (11b. Senat), Urteil vom 23. 11. 2006, SozR 4–4200 § 20 Nr. 3, Rdnr. 40.

199 BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 212 ff.

200 Hierzu ausf. *Blanke/Trümmer* (Fußn. 77), S. 21 f.

201 Vgl. etwa BSG (11b. Senat), Urteil vom 23. 11. 2006, SozR 4–4200 § 20 Nr. 3, Rdnr. 40.

202 *Kersten* (Fußn. 68), S. 134, 136.

203 *Kersten* (Fußn. 68), S. 134 zu den hieraus resultierenden demokratietheoretischen Schwierigkeiten.

204 BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 180.

205 *Kersten* (Fußn. 68), S. 137.

206 *Ruge/Vorholz* (Fußn. 18), S. 407. Vgl. auch BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 179.

Bundes und der kommunalen Träger stattfindet.²⁰⁷ Zutreffend spricht *Mempel* inso- weit von einer »Vergemeinschaftung von Kompetenzen«, welche sich dadurch aus- zeichnet, dass die Arbeitsgemeinschaften die »Wahrnehmungskompetenzen der zu- ständigen Leistungsträger in einer neuen Verwaltungseinheit mit eigener Geschäfts- leitung« vereinigen.²⁰⁸ Zusätzlich »findet eine Vergemeinschaftung der Willensbil- dung durch Verlagerung von strategischen und anderen Steuerungsentscheidungen auf das Gremium der Trägerversammlung statt.«²⁰⁹

Daneben erscheint zugleich ein Verstoß gegen den *Grundsatz der Verantwor- tungsklarheit* möglich.²¹⁰ Letzterer beruht maßgeblich auf rechtsstaatlichen und de- mokratischen²¹¹ Erwägungen, welche eine rationale und transparente Verwaltungs- organisation gebieten.²¹² Durch die gewählte Organisationsform ist der Grundsatz ausreichender Verantwortungsklarheit nicht gewährleistet, sofern der Arbeitsge- meinschaft auch die Aufgaben des kommunalen Trägers zugewiesen sind. Nach au- ßen handelt hier alleine die Arbeitsgemeinschaft, möglicherweise auch in Form von Verwaltungsakten. Diese unterfällt einer aus Bundes- und Landesbehörde zusam- mengesetzten Aufsicht.²¹³ Die Kompetenzen der Bundesagentur und des kommu- nalen Trägers vereinen sich nach § 44b Abs. 2 Satz 1 SGB II in der Person des Ge- schäftsführers.²¹⁴ Die demokratische Kontrolle und Verantwortlichkeit erscheint daher diffus.²¹⁵ Dies äußert sich konkret in Unsicherheiten hinsichtlich des anwend- baren Vollstreckungs- und Datenschutzrechts.²¹⁶ Ein Verstoß gegen das Verbot der Mischverwaltung liegt nahe.²¹⁷

Auch sind keine sachlichen Gründe für eine ausnahmsweise Vermischung der Verwaltungszuständigkeiten ersichtlich,²¹⁸ da die Gewährung der Grundsicherung »aus einer Hand« näher liegender durch die Monopolisierung der Aufgabenträger-

207 BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 165.

208 *Mempel* (Fußn. 159), S. 122.

209 *Mempel* (Fußn. 159), S. 122. Hierzu auch BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 182.

210 Vgl. hierzu BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 191 ff.

211 BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 158, welches darauf verweist, dass demokratische Legitimation in ei- nem föderal verfassten Staat grundsätzlich nur durch das Bundes- oder Landesvolk für seinen jeweiligen Bereich vermittelt werden kann.

212 *Berlit* (Fußn. 70), § 44b SGB II Rdnr. 10.

213 Nach entgegenstehender Auffassung ist hier zu trennen zwischen der Aufsicht über die Arbeits- gemeinschaft sowie der weiteren Aufsicht (nach Landesrecht) über die kommunalen Träger so- wie (nach Bundesrecht) über die Arbeitsagenturen als Organe der BA; vgl. *Rixen* (Fußn. 63), § 44b SGB II Rdnr. 34; in diese Richtung auch BSG (11b. Senat), Urteil vom 23. 11. 2006, SozR 4-4200 § 20 Nr. 3, Rdnr. 40. Vgl. andererseits BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 188 ff., wonach die ge- meinsame Aufsicht allerdings gegen den Grundsatz der »eigenverantwortlichen Aufgaben- wahrnehmung« verstoßen soll.

214 Unter dem letzten Gesichtspunkt krit. *Lübmann*, DÖV 2004 (Fußn. 37), S. 683; *Lübmann* (Fußn. 96), S. 418; *Lübmann*, Zusammenführung (Fußn. 37), S. 177. Ähnlich *Henneke* (Fußn. 90), S. 188 ff.

215 *Berlit* (Fußn. 70), § 44b SGB II Rdnr. 11.

216 Hierzu BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 193 ff.

217 In diesem Sinne *Ruge/Vorholz* (Fußn. 18), S. 408.

218 *Mempel* (Fußn. 159), S. 126 ff. Vgl. auch BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 166 ff.

schaft auf Bundesebene *oder* kommunaler Ebene erfolgt wäre. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit ist daher – mit dem BVerfG – kritisch zu bewerten.²¹⁹

4. Finanzverfassungsrechtliche Vorgaben

Entsprechend § 6b Abs. 2 Satz 1 SGB II trägt der Bund die Aufwendungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende einschließlich der Verwaltungskosten mit Ausnahme der Aufwendungen für Aufgaben nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II. Er trägt demnach die besonderen Aufwendungen der Optionskommunen. Fraglich ist, ob diese Regelung mit den finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar ist. Auf der Grundlage seines zweistufigen Staatsaufbaus kennt das Grundgesetz grundsätzlich keine direkten Finanzbeziehungen zwischen Bund und Kommunen. Dies unterstreichen Art. 104a Abs. 1, 5 GG sowie Art. 104b GG. Eine Stärkung der finanzverfassungsrechtlichen Unabhängigkeit (mit anderen Worten: eine Modifizierung des Zweistufigkeitsgrundsatzes)²²⁰ der Kommunen zeigt sich lediglich in Art. 106 Abs. 5–6 GG. Jedoch lässt sich aus dieser Bestimmung keine Etablierung der Kommunen als dritte Ebene im Rahmen der Finanzverfassung ableiten.²²¹ Eine Durchbrechung des beschriebenen Grundsatzes formuliert lediglich Art. 106 Abs. 8 GG.²²² Alleine auf dieser Ausnahmegvorschrift könnte die Regelung nach § 6b Abs. 2 Satz 1 SGB II stammen. Hinsichtlich der Verwaltungskosten gilt es allerdings Art. 104a Abs. 5 GG zu beachten, der diesbezüglich eine Sonderregelung enthält.²²³ Unabhängig hiervon stellt sich die Frage, ob Art. 106 Abs. 8 GG in der beschriebenen Fallkonstellation überhaupt anwendbar wäre. Hierzu müsste die Errichtung einer »besonderen Einrichtung« (vgl. § 6a Abs. 6 SGB II) durch den Bund *veranlasst* sein. Hingegen entscheidet vorliegend die antragstellende Kommune selbstständig²²⁴ über ihr Tätigwerden in Form einer besonderen Einrichtung.²²⁵ Schließlich wirkt die Norm nur bei Sonderbelastungen *einzelner* Kommunen. Sie erfasst also jedenfalls nicht den Fall, dass alle oder viele Gemeinden durch die Übertragung einer überörtlichen Aufgabe gleichmäßig belastet werden.²²⁶

219 So auch *Berlit* (Fußn. 70), § 44b SGB II Rdnr. 10 unter Hinweis auf die Bedeutung der Materie für die sozialstaatlich gebotene Grundsicherung zahlreicher Menschen und des erheblichen Einsatzes personeller und sächlicher, insbesondere finanzieller Ressourcen; vgl. ebenfalls *Zuck*, NJW 2005, 649 (650). A.A. das abweichende Sondervotum *Broß*, *Osterloh* und *Gerhardt*, in: BVerfG (Fußn. 1), Rdnr. 221.

220 BVerfG, Urteil vom 11. 11. 1999, BVerfGE 101, 158 (230).

221 *Robra* (Fußn. 11), S. 73.

222 *Maunz* (Fußn. 176), Art. 106 (1978) Rdnr. 99.

223 So *Robra* (Fußn. 11), S. 75 m. v. N in Fußn. 465. A. A. wohl *Heun* in: Dreier (Hrsg.) (Fußn. 93), Art. 106 Rdnr. 43; *Schwarz*, in: von Mangoldt et al. (Hrsg.), GG III, 5. Aufl. 2005, Art. 106 Abs. 8 Rdnr. 151, die explizit nur Art. 104 Abs. 4 GG als Sonderregelung zu Art. 106 Abs. 8 GG begreifen.

224 Nach *Maunz* (Fußn. 176), Art. 106 (1978) Rdnr. 101 kann eine Ausgleichspflicht des Bundes allerdings auch entstehen, wenn eine Gemeinde sich *freiwillig* zur Errichtung verpflichtet.

225 *Robra* (Fußn. 11), S. 75.

226 *Remmert* (Fußn. 93), S. 466.

Der Grundsatz des zweistufigen Verwaltungsaufbaus verdeutlicht sich auch in Art. 109 Abs. 1 GG, wonach Bund und Länder in ihrer Haushaltswirtschaft selbstständig und voneinander unabhängig sind. Dem steht die Anordnung in § 6b Abs. 3 SGB II entgegen, wonach der Bundesrechnungshof berechtigt ist, die Leistungsgewährung nach Abs. 2 zu prüfen. Stattdessen folgen aus dem haushaltswirtschaftlichen Trennungsgrundsatz auch die Prüfzuständigkeiten des Bundesrechnungshofs (vgl. Art. 114 Abs. 2 GG) sowie der Landesrechnungshöfe. § 6b Abs. 3 SGB II verstößt gegen diese verfassungsrechtlichen Grundsätze.²²⁷ Daran ändert auch eine teilweise²²⁸ angenommene Ausweitung der Bundesprüfzuständigkeit auf Fälle des Art. 106 Abs. 8 GG nichts, da diese Vorschrift – wie zuvor erörtert – ja gerade keine Anwendung findet.

V. Zusammenfassung und Ausblicke

Die »neue« Ausgestaltung des Rechts der sozialen Grundsicherung, welches die vormalige Arbeitslosenhilfe sowie Sozialhilfe zusammenfasst, erweist sich in ihrer konkreten Ausgestaltung als politischer Formelkompromiss. Die damit einhergehende Missachtung staatsorganisationsrechtlicher Vorgaben spiegelt sich in den zuvor festgestellten Verfassungswidrigkeiten wider: Im Einzelnen sind Verstöße gegen Art. 84 Abs. 1 GG a. F., gegen Art. 83 Abs. 1 GG (als Ausprägung des Mischverwaltungsverbots), gegen das finanzverfassungsrechtliche Verbot unmittelbarer Finanzbeziehungen zwischen Bund und Kommunen sowie (nach Auffassung des BVerfG) gegen Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 i. V. mit Art. 83 Abs. 1 GG zu konstatieren. Rechtsfolge des BVerfG ist der gerichtliche Auftrag, die bisherige Regelung der Arbeitsgemeinschaften bis zum 31. 12. 2010 abzuändern und an die bestehende Verfassungslage anzupassen. Die weiteren Verfassungswidrigkeiten waren nicht Gegenstand des verfassungsgerichtlichen Urteilsspruchs. Ihre abschließende Bewertung gilt es daher abzuwarten.

Verschiedene Problemlösungen sind vor diesem Hintergrund möglich: Ohne Grundgesetzänderung und große Finanzverschiebungen erscheint neben der getrennten Aufgabenwahrnehmung durch Arbeitsagentur und Kommunen nach Auflösung der Arbeitsgemeinschaften im Jahre 2010 maßgeblich die Aufgabenwahrnehmung im Wege kooperativer Jobcenter möglich. Bei diesen sog. KJC handelt es sich um ein von der Bundesagentur und dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales entwickeltes Kooperationsmodell für die Zusammenarbeit der Träger vor Ort, welche in getrennter Trägerschaft, aber freiwilliger kooperativer Wahrnehmung die ihnen obliegenden Aufgaben erfüllen. Sichergestellt würden hierdurch getrennte Zuständigkeiten, eindeutige Weisungsstränge sowie eine klare Finanzverantwortung. Hingegen mit großen Finanzverschiebungen verbunden wäre entweder die vollständige Übertragung auf die Bundesagentur für Arbeit (ca. 10 Mrd. € Mehrausgaben für den Bund) oder die Länder (Verschiebung von Bundesmitteln in Höhe von ca. 35,5 Mrd. €), welche die Weiterübertragung auf die Kommunen veranlassen könnten. Staatsorganisatorisch handelt es sich hierbei um einen Fall der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder, dessen Normierung nach Art. 104a Abs. 4 GG (ausnahmsweise) zustimmungsbedürftig wäre. Im Rahmen

227 Vgl. *Robra* (Fußn. 11), S. 76 f.

228 So *Heuer*, in: Zavelberg, Die Kontrolle der Staatsfinanzen, 1989, S. 181 (187).

dieser Lösungen blieben jedoch entweder die sozialpolitischen Kompetenzen der Kommunen ungenutzt oder die Bundeseinheitlichkeit der Grundsicherung könnte nicht mehr gewährleistet werden. Eine unmittelbare (Gesamt-)Aufgabenübertragung auf die – interessierten – Kommunen bedarf wegen Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG ebenso wie die Beibehaltung der Arbeitsgemeinschaften der Verfassungsänderung. Hierbei kämpft die erste Alternative mit dem Aufbau einer doppelten Verwaltungsstruktur von Bund und kommunalen Trägern. Im zweiten Fall sind Friktionen mit dem Rechtsstaatsprinzip unausweichlich.

Entsprechend einem Beschluss der Arbeits- und Sozialministerkonferenz (ASMK) vom 9. 5. 2008 wurde eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Prüfung der verschiedenen Vorschläge eingesetzt, welche am 27. 6. 2008 mit einem Entscheidungsvorschlag endete. Unter Ablehnung der vom Bundesarbeitsministerium favorisierten Kooperativen Jobcenter einigten sich die Minister in diesem Rahmen auf eine Verfassungsänderung. Laut Vorschlag der ASMK soll ein entsprechender Art. 91c ins Grundgesetz eingefügt werden, wonach die bundesunmittelbare Körperschaft und die Länder oder die nach Landesrecht zuständigen Gemeinden und Gemeindeverbände in Arbeitsgemeinschaften zusammenwirken, »die als juristische Personen des Landesrechts die Gesetze nach Satz 1 als eigene Angelegenheiten der Länder im Sinne von Art. 83 ausführen«.

Quo vadis, Hartz IV? Handlungsoptionen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur SGB II-Organisation vom 20. Dezember 2007

Zwar wollte der Vorsitzende des Zweiten Senats und Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Winfried Hassemer, seine Ausführungen während der Urteilsverkündung am 20. Dezember 2007¹ nicht als „schallende Ohrfeige für den Gesetzgeber“ missverstanden wissen². Eine Ohrfeige bleibt es aber allemal, hat doch das BVerfG das Organisationsmodell der Arbeitsgemeinschaften (ARGen) nach dem SGB II zur gemeinsamen Betreuung und Vermittlung von Langzeitarbeitslosen durch die örtliche Arbeitsagentur und den jeweiligen Landkreis bzw. die kreisfreie Stadt für verfassungswidrig erklärt und dem Gesetzgeber auferlegt, bis 2010 eine Neuregelung zu treffen. Bereits kurz nach der Urteilsverkündung sprachen Journalisten von einem gerade ausgebrochenen „Kleinkrieg um die Hartz IV-Reformreform“³. Zwei Dinge sollten gleichwohl in Anbetracht der hitzigen Auseinandersetzung nicht aus den Augen verloren werden, sondern vielmehr als Richtschnur und Orientierung für die Bewältigung der anstehenden Umgestaltungsaufgabe dienen: Urteilsbegründung und Verfassung. Denn im Grunde hat das BVerfG dem Bundesgesetzgeber augenfällige Anhaltspunkte dafür gegeben, wie eine Organisationsreform im SGB II realisiert werden kann.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Der Zweite Senat des BVerfG hat mit seinem Urteil zur Hartz IV-Organisation eine Entscheidung getroffen, die in den kommenden drei Jahren die politischen Kräfte im Land erheblich beschäftigen wird. Er hat den Kommunalverfassungsbeschwerden von elf (Land-)Kreisen gegen organisatorische Regelungen des SGB II stattgegeben, soweit sich die Beschwerdeführer gegen die in § 44 b SGB II geregelte Pflicht zur Aufgabewahrnehmung der Leistungen auf die Arbeitsgemeinschaften und die einheitliche Ausführung von kommunalen Trägern und der Bundesagentur für Arbeit (BA) in den ARGEn gewendet hatten.⁴ Diese Vorschrift verletze die Landkreise in ihrem Anspruch auf eigenverantwortliche Aufgabenerledigung und verstoße gegen die Kompetenzordnung des Grundgesetzes (GG). Damit schloss sich das Gericht in diesem Punkt vollumfänglich der Argumentation der Beschwerdeführer an.⁵

1 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433 u. 2434/04.

2 So zitiert bei Bovensiepen/Kerscher: Jobcenter sind verfassungswidrig organisiert, Süddeutsche Zeitung vom 21.12.2007.

3 SPIEGEL ONLINE vom 20.12.2007, www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,524657,00.html.

4 Zum Vorbringen der Beschwerdeführer Henneke, Der Landkreis 2005, 3 und 2007, 327; ders., DÖV 2005, 177 und 2006, 726.

Die ARGE n sind als Gemeinschaftseinrichtung von BA und kommunalen Trägern nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes nicht vorgesehen. Besondere Gründe, die ausnahmsweise die gemeinschaftliche Aufgabenwahrnehmung in den ARGE n rechtfertigen könnten, sahen die Verfassungsrichter nicht. Zudem widerspricht die Einrichtung der Arbeitsgemeinschaft dem Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung, der den zuständigen Verwaltungsträger verpflichtet, die Aufgaben grundsätzlich durch eigene Verwaltungseinrichtungen, also mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrzunehmen.⁵

DR. MARKUS MEMPEL

Ist Pressesprecher beim Deutschen Landkreistag, Berlin. E-Mail: markus.mempel@landkreistag.de

Bestätigung der Rechtsprechung zu Mischverwaltungen

Damit setzte das BVerfG seine spätestens seit dem 12.1.1983⁷ bestehende Rechtsprechungslinie zu verfassungsrechtlich nicht vorgesehenen Formen von Mischverwaltung von Bund und Ländern fort, auf die es ausdrücklich und mehrfach Bezug nimmt.⁸ Hinter der Problematisierung von solchen Mischformen steht der Gedanke, dass die Verwaltungsräume von Bund und Ländern grundsätzlich voneinander getrennt sind und die bestehende Demarkation nicht mittels Mitbestimmung, gemeinsamer Behördenstruktur oder sonstiger Beteiligungsrechte bei Entscheidungsprozessen der jeweils anderen Ebene aufgeweicht werden darf.⁹ Rechtlich problematisch sind sämtliche res mixtae wegen der Festlegungen von Formen der Erledigung staatlicher Aufgaben in den Art. 83 ff. GG. Die dort normierten Verwaltungstypen sind grundsätzlich abschließend und nicht erweiterbar oder abdingbar, auch nicht durch konsensuales Zusammenwirken von Bund und Ländern.¹⁰ Weder Bund noch Länder können über die ihnen im GG zugewiesenen Aufgabenverantwortlichkeiten und gegenseitigen Mitwirkungsrechte verfügen.¹¹ Aus Art. 30, 83 GG folgt, dass Mitwirkungsrechte des Bundes im Verwaltungsbereich der Länder durch das GG bestimmt oder zugelassen sein müssen.¹² Sämtliche nicht im GG vorgesehenen neuen Formen von Mischverwaltung als Sonderfälle bundesstaatlicher Verwaltung sind daher verfassungsrechtlich prinzipiell rechtfertigungsbedürftig.¹³

5 Was die Beschwer der bundesunmittelbaren Zuweisung der Zuständigkeit für einzelne SGB II-Leistungen angeht, wurden die Beschwerden zurückgewiesen. Diesem Aspekt soll hier jedoch nicht nachgegangen werden. Nur soviel: Die Verfassungsbeschwerden scheiterten ausdrücklich nicht an der Verfassungsmäßigkeit des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II, sondern an der Interpretation des Umfangs des Schutzzwecks des Art. 84 Abs. 1 a.F. GG und des Schutzbereichs des Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG, speziell bezogen auf die Eigenschaft der Beschwerdeführer als Gemeindeverbände (BVerfG, Ur t. v. 20. Dezember 2007, Tz. 129 ff.). Zur hier nicht entschiedenen Frage der Verfassungswidrigkeit der Aufgabenübertragung Henneke, ZG 2003, 137; ders., Der Landkreis 2004, 141 und 2005, 3; ders., DÖV 2005, 177.

6 BVerfG, Ur t. v. 20. Dezember 2007, Tz. 176.

7 BVerfGE 63, 1.

8 Vgl. nur BVerfG, Ur t. v. 20. Dezember 2007, Tz. 151.

9 Forstthoff, Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, Tübingen 1931, 122 ff.; Kratzer, DÖV 1950, 529 (534); Achterberg, JA 1980, 210 (215).

10 BVerfG, Ur t. v. 20. Dezember 2007, Tz. 152; E 4, 115 (139); 12, 205 (221); 32, 145 (156); 63, 1 (39); NVwZ 2003, 1497 (1498); Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Stand März 2006, Art. 83 Rn. 84.

11 BVerfG, Ur t. v. 20. Dezember 2007, Tz. 152; E 32, 145 (156).

12 Köttgen, DÖV 1955, 485 (487); vgl. BVerfGE 108, 169 (182).

Damit ist auch die in Art. 20 Abs. 2, 3, 28 Abs. 1 S. 1 GG verankerte Staatszielbestimmung des Rechtsstaates angesprochen. Das Rechtsstaatsprinzip fordert Vorhersehbarkeit, Nachvollziehbarkeit, Kontrollierbarkeit und damit Verantwortungsklarheit staatlichen Handelns.¹⁴ Dies beinhaltet die eigenverantwortliche Erfüllung von Aufgaben in eigenen Einrichtungen mit eigenen personellen und sächlichen Mitteln durch den Verwaltungsträger, dem nach einer Kompetenznorm des GG Verwaltungsaufgaben zugewiesen sind.¹⁵ Demnach muss stets erkennbar sein, welchem Träger öffentlicher Verwaltung ein bestimmtes staatliches Handeln zuzurechnen ist.¹⁶ Aus Sicht des Verantwortungsträgers bedeutet dies ein „Eintreten müssen“ nach außen, ein „Rede- und Antwort-Stehen“ im Hinblick auf den Vorwurf rechtswidrigen Handelns und Entschheidens.¹⁷ Nur durch die Klarheit der Kompetenzordnung wird die Verwaltung in ihren Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten für den Bürger greifbar, damit er weiß, wen er wofür verantwortlich machen kann.¹⁸

In Anknüpfung an seine ständige Rechtsprechung sind aber nach dem BVerfG und herrschender Lehre Formen einer kooperativen Verwaltungsführung als Ausnahme von den Kompetenz- und Organisationsnormen der Art. 83 ff. GG dann nicht ausgeschlossen, wenn die Letztverantwortlichkeit des zuständigen Verwaltungsträgers auch in der Kooperation gewahrt bleibt, besondere sachliche Gründe für ein Abweichen vom Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung sprechen und sich die Zusammenarbeit auf eine eng umgrenzte Verwaltungsmaterie beschränkt.¹⁹

§ 44 b SGB II als Fall unzulässiger staatlich-kommunaler Mischverwaltung

Die genannten Kriterien sind allerdings im Falle des § 44 b SGB II in gleich mehrfacher Hinsicht nicht erfüllt. Ziel der Regelung ist es, die Aufgaben der Agentur für Arbeit und des kommunalen Trägers gemeinsam in den und durch die ARGen zu vollziehen.²⁰ Damit wird die Errichtung einer zwischen den Verwaltungsebenen von Bund und Ländern angesiedelten Gemeinschaftseinrichtung angeordnet, die verfassungsrechtlich nicht vorgesehen ist.²¹ Bei ihr handelt es sich um eine neuartige staatlich-kommunale Kooperationsform, die mit der Wahrnehmung der Aufgaben der Leistungsträger betraut wird, und damit um einen klaren Fall von Mischverwaltung. In ihr verschmelzen die Kompetenzen von Arbeitsagenturen und kommunalen Trägern in einer integrierten und ganzheitlichen Aufgabenwahrnehmung und haben wechselseitig Einfluss auf die Verantwortlichkeiten des jeweils anderen Trägers.

13 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 154; E 4, 115 (139); 32, 145 (156); 63, 1 (39); 108, 169 (182); Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Auflage München 1984, S. 686; Lerche, a.a.O., Art. 83 Rn. 86, 88.

14 Fuchs, DÖV 1986, 363 (371).

15 BVerfGE 63, 1 (41).

16 Lerche, a.a.O., Art. 83 Rn. 110; Schwanengel, DÖV 2004, 553 (554); Fuchs, DÖV 1986, 363 (371).

17 Wilke, DÖV 1975, 509 (512); Schmidt-Abmann, VVDStRL 34 (1976), 221 (227 f.).

18 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 157 f.

19 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 159 f., 169; E 63, 1 (41).

20 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 162.

21 Vgl. Kersten, ZfPR 2005, 130 (147).

Die ARGE n sind nicht lediglich eine räumliche Zusammenfassung verschiedener Behörden und beschränken sich nicht auf koordinierende und informierende Tätigkeiten selbstständiger Einheiten, sondern nehmen die gesamten operativen Aufgaben einer hoheitlichen Leistungsverwaltung wahr.²² In ihnen verschmelzen die Wahrnehmungszuständigkeiten der Leistungsträger in einer gemeinsamen Einrichtung mit einheitlicher Geschäftsführung, einheitlicher Willensbildung in der Trägerversammlung und der Befugnis zum Erlass einheitlicher Rechtsakte.²³ Die im SGB II festgelegte Kompetenzordnung wird so nicht gemäß den getrennten Zuständigkeiten von Bund und Kommunen in zwei unterscheidbaren Arbeitssträngen abgebildet, sondern aufgabenübergreifend organisiert mit der Konsequenz, dass die Aufgabenverantwortlichkeiten verschwimmen.²⁴ Infolgedessen sind Blockademöglichkeiten und Kompromisszwänge systemimmanent.²⁵ Die wechselseitige Einflussnahme der Leistungsträger wird dabei dem Erfordernis einer eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung nicht gerecht.²⁶

Die überwiegende Auffassung erachtet derartige gemeinsame Bund-Länder-Einrichtungen seit Langem für unzulässig.²⁷ Dies bestätigt das BVerfG und schließt auch eine ausnahmsweise Rechtfertigung im Einzelfall aus: Es sei kein besonderer sachlicher Grund ersichtlich, der diese Form staatlich-kommunaler Mischverwaltung rechtfertigen könnte.²⁸ Weder mangelnde Einigungsfähigkeit der gesetzgebenden Körperschaften noch das historisch gewachsene Nebeneinander von kommunal verwalteter Sozialhilfe und gesamtstaatlich verwalteter Arbeitslosenhilfe stellen einen solchen Grund dar.²⁹ Aber auch die unterschiedlichen Vorschläge im Gesetzgebungsverfahren zeigten nach Ansicht der Richter, dass es nicht erforderlich war, zunächst zwei Träger für die Grundsicherung für Arbeitsuchende zu bestimmen, um diese sodann zur gemeinschaftlichen Aufgabenwahrnehmung in den ARGE n zu verpflichten.³⁰ Zudem handele es sich bei dem den Mischgebilden zugeordneten Verwaltungsbereich nicht lediglich um eine eng umgrenzte Materie, sondern um die Erbringung von Transfer- und Eingliederungsleistungen für etwa sieben Mio. Hilfeempfänger/innen.³¹ Außerdem verstößt die in § 44 b Abs. 3 S. 4 SGB II vorgesehene Aufsicht der Länder im Benehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) über die ARGE n gegen die Verfassung.³²

22 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 163; vgl. Mempel, Hartz IV-Organisation auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, Berlin 2007, 122.

23 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 177 ff.; Henneke, DÖV 2005, 177 (178).

24 Vgl. BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 177 ff.; Berlit, in: LPK-SGB II, § 44b Rn. 10; Graaf, Der Landkreis 2007, 344 ff.; Hesse, Der Landkreis 2007, 340 ff.

25 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 182; Mempel, a.a.O., 123.

26 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 146, 149, 176; Henneke, DÖV 2005, 177 (189); Ruge/Vorholz, DVBl. 2005, 403 (408); Vorholz, Der Landkreis 2004, 711 (713). Generell hält daher Bull, RsDE Nr. 8 (2001), 42 (45), gemeinsame Entscheidungsinstanzen von Arbeitsagenturen und Kommunen wegen Vermischung der Verwaltungskompetenzen für verfassungswidrig.

27 Nachweise bei Mempel, a.a.O., 82. Gleiches gilt für Mischrechtsakte wie bspw. in § 44 b Abs. 3 S. 3 SGB II geregelt.

28 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 166.

29 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 174 ff.

30 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 173.

31 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 170; Mempel, a.a.O., S. 127.

32 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 190.

An der Verfassungswidrigkeit des § 44 b SGB II ändert auch die am 1. August 2005 abgeschlossene „Rahmenvereinbarung zur Weiterentwicklung der Grundsätze der Zusammenarbeit in den Arbeitsgemeinschaften“ und die damit angeblich bezweckte klarere Verantwortungsverteilung nichts.³³ Im Gegenteil bewirken eine Übernahme der sog. Umsetzungsverantwortung in den ARGEn durch die kommunalen Träger und die Globalsteuerung durch die BA im Rahmen der sog. Gewährleistungsverantwortung eine institutionelle Verfestigung der Mischinstitutionen und eine gesteigerte Verwaltungsverflechtung. So entsteht eine Neuverteilung der Verantwortlichkeiten in der ARGEn, die die Aufgabenverteilung in § 6 Abs. 1 S. 1 SGB II nunmehr gänzlich überspielt. Die Verpflichtung zur gemeinschaftlichen Aufgabenwahrnehmung in den ARGEn führt gleichzeitig zu einem Verstoß gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG, weil dadurch die Befugnis verletzt wird, darüber zu befinden, ob eine bestimmte Aufgabe eigenständig oder gemeinsam mit anderen Verwaltungsträgern wahrgenommen wird und ob zu diesem Zweck gemeinsame Institutionen gegründet werden.³⁴

Konsequenzen aus dem Urteil

Verstößt eine Norm gegen das GG, führt dies in der Regel zur Nichtigkeit der angegriffenen Vorschrift. Im Hinblick auf einen geordneten Gesetzesvollzug im Bereich der Grundsicherung für Arbeitssuchende hat das Gericht die Norm aber nur für „unvereinbar mit dem Grundgesetz“ erklärt und dem Gesetzgeber aufgegeben, bis zum 31. Dezember 2010 eine Neuregelung zu treffen.³⁵ Ab dem 1. Januar 2011 darf die Vorschrift nicht mehr angewendet werden.

Bereits zeitgleich mit der Verkündung der Urteilsgründe wurde eine Reihe von Ansichten geäußert, wie die organisatorische Umgestaltung im SGB II aussehen könnte. Die Bandbreite reichte an den Tagen um Weihnachten von der hauptsächlich von Bundesarbeitsminister Olaf Scholz propagierten getrennten Aufgabenwahrnehmung³⁶ über eine reine BA-Trägerschaft bis hin zur vollumfänglichen kommunalen Verantwortlichkeit. Doch schon ein Blick in die Urteilsbegründung gibt Aufschluss über den verfassungsrechtlich möglichen Weg einer organisatorischen Neugestaltung. Betrachtet man die zentralen Aussagen der Entscheidung im Gesamtkontext, so ist der Weg einer Zusammenführung der Aufgaben in kommunaler Trägerschaft vorgezeichnet.

Plädoyer des BVerfG für eine einheitliche Aufgabenträgerschaft

Das Gericht hat unmissverständlich festgestellt, dass das Reformziel der „Leistungen aus einer Hand“ ein richtiges Regelungsziel darstellt.³⁷ Die historisch bedingte Auftei-

33 Vgl. BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 165; Brosius-Gersdorf, VSSR 2005, 335 (358).

34 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 146, 150. Gegen eine Pflicht zur Aufgabenübertragung seitens der Kommunen hingegen das Minderheitenvotum, Tz. 224.

35 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 203 ff.

36 Pressemitteilung des BMAS vom 20. Dezember 2007.

37 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 172.

lung des Sachverstands auf den Gebieten der Fürsorge und der Arbeitsvermittlung auf die Kommunen als öffentliche Träger der Sozialhilfe einerseits und die Bundesarbeitsverwaltung andererseits einer einheitlichen Aufgabenwahrnehmung zuzuführen, werde allgemein als sinnvoll und notwendig angesehen.³⁸ Vor der Einbringung des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt in das Gesetzgebungsverfahren hatte es sich zu einer allgemeinen Erkenntnis verdichtet, dass die von allen Seiten angestrebten leistungsrechtlichen und strukturellen Reformziele nur mittels eines einheitlichen Leistungssystems für den Personenkreis der Langzeitarbeitslosen, mithin durch Zuständigkeitskonzentration auf einen Verwaltungsträger und eine daraus folgende Leistungserbringung „aus einer Hand“, erreicht werden könnten. Neben einer effektiveren Eingliederung in Arbeit sollten zudem bürgerfreundliche und kundenorientierte Verwaltungsstrukturen geschaffen werden, unnötige Doppelbürokratie abgebaut und das Nebeneinander zweier gleichgerichteter, steuerfinanzierter Sozialleistungssysteme beendet werden.³⁹

Indessen ist dieses Reformziel ersichtlich verfehlt worden.⁴⁰ Wie bisher sind neben der Bundesarbeitsverwaltung die Kommunen sowohl für passive als auch für aktive Leistungen zuständig. Doppelstrukturen und Schnittstellenprobleme werden sogar ausgeweitet, indem beide SGB II-Träger bestimmte Gewährungen des einheitlichen Leistungsrechts jeweils für den gesamten Personenkreis erbringen und entsprechende Verwaltungskapazitäten vorzuhalten haben. Die Aufteilung der Gesamtaufgabe bewirkt, dass wie bisher zwei Träger für dieselben Aufgaben der Absicherung des Lebensunterhalts und der Arbeitsintegration von Langzeitarbeitslosen zuständig sind.

Die folgerichtige Lösung bestand im Jahre 2003 und besteht aufgrund des jüngsten Urteils – obgleich das Gericht die Aufgabenverteilung an sich nicht beanstandet hat – mithin vor allem darin, die Aufgabenverantwortlichkeiten bei einem Leistungsträger zu konzentrieren. Auch der Ombudsrat Grundsicherung für Arbeitsuchende spricht von der dualen Trägerschaft als verfehelter Organisationsentscheidung, die das gravierende Problem der an sich richtigen Zusammenlegung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe darstellt.⁴¹ Diese Strukturentscheidung sei nicht praktikabel und der Größe der Aufgabe unangemessen. In einer Bereinigung dieses Zustands liegt nicht zuletzt auch eine große Chance zur Schaffung klarer Verantwortungsstrukturen im Bundesstaat.

Verfehlung des Reformziels: Getrennte Trägerschaft

Hingegen finden sich in der Entscheidung keinerlei Anhaltspunkte für eine getrennte Aufgabenwahrnehmung von BA und Landkreisen/kreisfreien Städten. Zwar hat das SGB II vor der Verfassungsgerichtsentscheidung nach verfassungskonformer Auslegung des § 44 b Abs. 3 S. 2 1. HS SGB II eine vollkommen organisatorisch getrennte Aufgabenwahrnehmung toliert.⁴² Allerdings würde so das allseits befürwortete und

38 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 208.

39 BT-Drs. 15/1516, 47.

40 Vgl. BT-Drs. 15/1516, 42.

41 Ombudsrat, Schlussbericht v. 23. Juni 2006, 19.

42 Mempel, a.a.O., 133 ff.; vgl. Vorholz, Der Landkreis 2004, 711 (712).

propagierete Reformziel der Leistungserbringung aus einer Hand endgültig aufgegeben werden. Bis zum Verfassungsgerichtsurteil handelte es sich bei der getrennten Aufgabenwahrnehmung als Variante der Aufgabenerfüllung lediglich um eine „Krücke“ zur Vermeidung größerer organisatorischer und rechtlicher Komplikationen beim Gesetzesvollzug. Neben den zugelassenen kommunalen Trägern nach § 6 a SGB II war dies immerhin ein weitgehend rechtssicherer, zumindest jedoch verfassungskonformer Modus der Aufgabenwahrnehmung vor dem Hintergrund des § 44 b SGB II als geltendes Recht.

Nach dem Karlsruher Urteil stellt sich die Situation allerdings fundamental anders dar: Aufgrund der Verfassungswidrigkeit des § 44 b SGB II ist der Bundesgesetzgeber nunmehr erneut aufgefordert, für eine wirkungsvolle Umsetzung des Reformziels „Leistungen aus einer Hand“ zu sorgen. Hält er hingegen an der getrennten Aufgabenwahrnehmung als vormaligem Notbehelf fest, vergibt er Reformchancen und bindet sich an eine Konstruktion, deren einziger Zweck darin bestand, keine verfassungswidrigen Mischbehörden in Gestalt der ARGEn zu bilden. Das BVerfG hat daher vollkommen zutreffend zum Ausdruck gebracht, dass sowohl Leistungen aus einer Hand als auch durch einen Träger erreicht werden müssen. Alles andere wäre ein deutlicher Rückschritt.

Hinzu kommt, dass auch unter verwaltungsökonomischen Gesichtspunkten eine getrennte Aufgabenwahrnehmung keine geeignete Form des Gesetzesvollzuges ist. Der jüngst vom Internationalen Institut für Staats- und Europawissenschaften vorgelegte „Dritte Zwischenbericht der Evaluation der Aufgabenträgerschaft nach dem SGB II in Baden-Württemberg“ macht deutlich, dass in Fällen getrennten Vollzugs unlösbar verwaltungspraktische wie rechtliche Probleme und geringe lokale Handlungs- und Gestaltungsspielräume bestehen, die die angestrebte Hilfestellung aus einer Hand sowie die Vernetzung nicht in gemeinsamer Verantwortung befindlicher Leistungen in Frage stellen.⁴³ Die ausdrücklich als „Ausweichlösung mit erheblichen Vollzugsrisiken“ titulierte Variante bestätigt demnach nicht die vom BMAS vertretene Auffassung der getrennten Aufgabenträgerschaft als vorzugswürdige Konstruktion.⁴⁴ Auch die über Kooperationsvereinbarungen – wie etwa in Gestalt des Vorschlags von BMAS und BA für ein „Kooperatives Jobcenter“ – ausgestaltete getrennte Aufgabenwahrnehmung erschwert damit strukturell die ganzheitliche Behandlung von Problemlagen sowie die beabsichtigte Hilfe aus einer Hand und perpetuiert letztlich auch bestehende Parallelstrukturen von BA und Kommunen im Bereich des SGB II.

Verfassungswidrig: BA-Trägerschaft

Wird demgegenüber die Aufgabe bei einem Träger zusammengeführt, bestehen grundsätzlich zwei Alternativen: Die vollumfängliche Trägerschaft der BA und die der Landkreise/kreisfreien Städte. Auszugehen ist vom Regelfall des Vollzuges von Bundesgesetzen durch die Länder als deren eigene Angelegenheit, Art. 30, 83, 84 Abs. 1 GG. Will der Gesetzgeber davon abweichen und soll das SGB II in Bundesverwaltung wahr-

⁴³ Hesse, Dritter Zwischenbericht B-W, Berlin 2007, 12, 46.

⁴⁴ Hesse, a.a.O., 47.

genommen werden, muss das GG dies bestimmen oder zulassen. Maßstab sind hier Art. 86 S. 1, 87 Abs. 2, 3 GG. Zwar hat das BVerfG offen gelassen, ob der Bund die Verwaltungszuständigkeit für das SGB II an sich ziehen konnte bzw. dies bezogen auf eine zusammengeführte Gesamtaufgabe kann.⁴⁵ Hätte sich das Gericht jedoch mit der Frage befasst, wäre es nach verfassungsrechtlichem Maßstab zur Verneinung der entsprechenden Bundesverwaltungskompetenz gelangt.

a) Art. 87 Abs. 2 S. 1 GG

Zunächst ist Art. 87 Abs. 2 S. 1 GG als eine BA-Zuständigkeit legitimierende Kompetenznorm in Betracht zu ziehen, wonach diejenigen sozialen Versicherungsträger als bundesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechts geführt werden, deren Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt. Die BA wird als eine solche rechtsfähige bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts in § 367 Abs. 1 SGB III beschrieben, mitsamt ihrer Mittel- und Unterbehörden.

Bereits im Hinblick auf die bestehende Bestimmung der BA zur Trägerin der wesentlichen steuerfinanzierten Transfer- und Eingliederungsleistungen des SGB II kann sich der Bund nicht auf Art. 87 Abs. 2 S. 1 GG berufen. Danach wäre erforderlich, dass die BA nach wie vor als Sozialversicherungsträgerin agiert, was im Falle der aus allgemeinen Haushaltsmitteln finanzierten SGB II-Leistungen nicht gegeben ist. Die Verwaltungskompetenz nach Art. 87 Abs. 2 S. 1 GG steht dem Bund nur für den Bereich des Sozialversicherungsrechts (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) zu. Vor diesem Hintergrund ist schon die Übertragung der Zuständigkeiten nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II für steuerfinanzierte Sozialleistungen für eine Klientel von etwa sieben Mio. Personen unzulässig, weil dadurch die Aufgabenstruktur der BA entscheidend verändert wird.⁴⁶ Mit ca. 930.000⁴⁷ Empfänger/innen von Arbeitslosengeld nach den §§ 117 ff. SGB III erhalten – gemessen am Gesamtaufgabenkatalog der BA – verhältnismäßig wenige Personen Versicherungsleistungen.⁴⁸ Angesichts des gewaltigen Personenkreises von SGB II-Leistungsberechtigten ordnen sich diese Aufgaben keineswegs der Versicherungstätigkeit der BA unter, sondern gestalten deren Erscheinungsbild entscheidend um.

Im Übrigen ist das Recht der Arbeitslosenhilfe nicht geeignet, die Verwaltungskompetenz der BA für den Bereich des SGB II zu legitimieren; vielmehr entbindet der vor Einführung des SGB II bestehende Rechtszustand nicht von einer verfassungsgemäßen Inanspruchnahme von Verwaltungskompetenzen seitens des Bundes. Bereits die Arbeitslosenhilfe war keine beitrags-, sondern nach § 363 Abs. 1 SGB III a.F. eine steuerfinanzierte Transferleistung, die an das Arbeitslosengeld als Versicherungsleistung lediglich anknüpfte und zu ihm bestenfalls einen indirekten Bezug hatte. Somit können bereits die bestehenden Verantwortlichkeiten der BA nach dem SGB II nicht auf die Kompetenznorm des Art. 87 Abs. 2 S. 1 GG gestützt werden.⁴⁹

45 BVerfG, Ur. v. 20. Dezember 2007, Tz. 168. Die Verfassungsbeschwerden boten hierzu keinen Anlass.

46 Vgl. Burgi, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 3, 5. Auflage, Art. 87 Rn. 63, 41 f.

47 BA-Statistik Dezember 2007.

48 Vgl. BT-Drs. 15/1516, 49: „Hinzu kommt, dass die Zahl der Bezieher der Grundsicherung für Arbeitsuchende die Zahl der Bezieher von Leistungen des Dritten Buches deutlich und auf Dauer übersteigen wird.“

49 Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 11. Auflage 2008, Art. 87 Rn. 6; vgl. auch Brosius-Gersdorf, VSSR 2005, 335 (350 f.).

Dementsprechendes gilt erst recht für eine Betrauung der Nürnberger Behörde mit sämtlichen Verantwortlichkeiten nach dem SGB II. Die Zuweisung weiterer versicherungsfremder Aufgaben würde das Gepräge der BA als Sozialversicherungsträgerin endgültig verändern.⁵⁰ Festzuhalten bleibt daher, dass die BA bereits durch die bestehenden SGB II-Zuständigkeiten einen Aufgabenzuwachs erfahren hat, der ausschließlich außerhalb ihres Kernaufgabenbereiches der Erbringung von Versicherungsleistungen angesiedelt ist und deren ursprüngliche Aufgaben überlagert und verdrängt. Diese Wesensveränderung wird nicht zuletzt anhand der internen aufbau- und ablauforganisatorischen Trennung der Aufgabenstränge SGB II und SGB III deutlich, denn die unter direkter Aufsicht des BMAS vollzogene Grundsicherung für Arbeitsuchende wird außerhalb der Selbstverwaltungsstrukturen der BA wahrgenommen.

b) Art. 87 Abs. 3 GG

Auch Art. 87 Abs. 3 GG ist nicht einschlägig. Da in diesem Zusammenhang das Problem der Wesensveränderung der BA als Sozialversicherungsträgerin bestehen bleibt, müsste sich der Gesetzgeber bei deren Umgestaltung zu einer vorwiegend steuerfinanzierten Arbeitsvermittlerin und Grundsicherungsbehörde neu kompetenziell legitimieren. Dies käme einer Neugründung der Agentur gleich, zu deren Errichtung sich der Bund auf eine entsprechende Verwaltungskompetenznorm berufen müsste.⁵¹

Es stellt sich die Frage, wie das Vorhandensein des aus Regionaldirektionen und örtlichen Arbeitsagenturen bestehenden Verwaltungsunterbaus nach Art. 87 Abs. 3 GG zu beurteilen ist. Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG, nach dem selbstständige Bundesoberbehörden und neue bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts errichtet werden können, beschränkt sich auf die Aufgabenwahrnehmung mittels einer zentralen Verwaltungsstufe und umfasst dabei nicht die Vorhaltung eines eigenen Verwaltungsunterbaus.⁵² Derartige Subeinheiten können nur auf Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG gestützt werden, der abschließend die Etablierung eines Verwaltungsunterbaus regelt. Die Vorschrift betrifft indes nur die Bundeseigenverwaltung, nicht hingegen den Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung, zu dem die BA gehört.⁵³ Im Ergebnis ist daher eine Bestimmung der BA zur alleinigen Trägerin der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach geltendem Verfassungsrecht nicht möglich.

Der Bund müsste stattdessen eine umfassende Organisationsreform durchführen und in Anbetracht des Umfangs der Aufgabe und des Bedarfs nach einer örtlichen Erbringung von Eingliederungs- und Geldleistungen eine bundeseigene Verwaltung samt Unterbau errichten. Diese ist jedoch aufgrund der in Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG aufgestellten Voraussetzung des besonderen Bedürfnisses i.S. eines dringenden Bedarfs für die Errichtung der betreffenden Behörden nicht zu realisieren, weil die Regelung des Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG nur greift, soweit dem Bund neue Verwaltungsaufgaben erwachsen, die bisher weder vom Bund noch von anderen Trägern hoheitlicher Verwal-

50 Vgl. Henneke, ZG 2003, 137 (153).

51 Vgl. Bull, in: AK-GG, Band 3, 3. Auflage, Art. 87 Rn. 102.

52 Blümel, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 2. Auflage, Heidelberg 1999, § 101 Rn. 80; Burgi, a.a.O., Art. 87 Rn. 103, 105.

53 Burgi, a.a.O., Art. 87 Rn. 114; Bull, a.a.O., Art. 87 Rn. 100.

tung erfüllt worden sind.⁵⁴ Dieses Kriterium ist vorliegend nicht gegeben, weil es sich bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende gerade nicht um eine neue Aufgabe handelt. Zudem ist darüber hinaus kein Grund ersichtlich, warum die höchst ausnahmsweise Berufung auf diese Vorschrift und damit die Regionalisierung der Bundesverwaltung in Betracht kommen sollte. Die Gesetzesausführung durch die Länder ist daher auch deshalb einschlägig, weil es sich beim SGB II um Massenverwaltung handelt und keine Merkmale einer Spezialmaterie vorhanden sind. Anderenfalls müsste der Bund teure Parallelstrukturen zur dezentralen Landesverwaltung aufbauen.

Lösungsmöglichkeit: Landesrechtlich ausgestaltete kommunale Trägerschaft

Die Aufteilung der Verwaltungskompetenzen in unserem Bundesstaat geht prinzipiell von einem Vollzug durch die Länder aus. Da bildet die Grundsicherung für Arbeitsuchende als Arbeitsförderungs- und Fürsorgerecht keine Ausnahme. Dies umso weniger, als der Vollzug unstrittig dezentral vor Ort erfolgen muss und das GG für diese (Regel-)Fälle klar die Länder als Vollzugsebene vorsieht. Auch das BVerfG macht dies in Bezug auf die kommunale Selbstverwaltung als mittelbare Landesverwaltung deutlich und stellt heraus, dass der Gesetzgeber den verfassungsgewollten prinzipiellen Vorrang einer dezentralen vor einer zentral und damit staatlich determinierten Aufgabenwahrnehmung zu berücksichtigen hat.⁵⁵

Zudem bestehen beachtenswerte inhaltliche Gründe für eine umfassende Trägerverantwortlichkeit der Landkreise/kreisfreien Städte für sämtliche SGB II-Aufgabenteile⁵⁶, die bereits im Gesetzgebungsverfahren des Jahres 2003 von unterschiedlicher Seite vorgebracht wurden.⁵⁷ So sind im Gegensatz zur BA die Kommunen seit jeher als soziale Kompetenzzentren für Aufgaben der Kinderbetreuung, der Sucht- und Schuldnerberatung sowie der Wohnungsfürsorge zuständig.⁵⁸ Daneben bestehen Erfahrungen in der lokalen Wirtschafts- sowie Beschäftigungspolitik. Kennzeichnend für ein kommunales Engagement ist die Nähe zum Betroffenen bei der Erbringung von Sozialleistungen, über die die bundeszentral agierende BA nicht verfügt.⁵⁹ Ferner kann eine dezentrale Struktur im Zusammenspiel mit der Übersichtlichkeit der kommunalen Verwaltungsstellen einen effektiven Verwaltungsvollzug begünstigen.⁶⁰ Es ist davon auszugehen, dass so Effizienz, Flexibilität und die Qualität der Leistungen zunehmen, was zuallererst den Arbeitslosen zugute käme. Außerdem böte eine kommunale Vollträgerschaft auch die Möglichkeit, unmittelbare finanzielle Anreize zu schaffen: Erfolgreiche Eingliederungsbemühungen könnten so unmittelbar die kommunalen Haushalte entlasten und für die Bürgerschaft in Gestalt einer erhöhten finanziellen Handlungsfähigkeit der Kommune spürbar werden.

54 Henneke, a.a.O., Art. 87 Rn. 11.

55 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 148.

56 Hierzu Henneke, Der Landkreis 2003, 368 (369), Syrbe/Freese, LKV 2006, 353 (354 f.).

57 BT-Drs. 15/1523, S. 72; BT-Drs. 15/1749, 15.

58 Vgl. Henneke, ZG 2003, 137 (151); Tempelhahn, Der Landkreis 2001, 271 (273).

59 Hesse, a.a. O., 51.

60 BT-Drs. 15/1523, 1 f., 72.

Mithin spricht vieles für die Überführung der gebündelten Aufgabenzuständigkeiten in den Verwaltungsbereich der Bundesländer. Zu beachten ist allerdings, dass nach Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG keine Aufgaben direkt vom Bund auf die Kommunen übertragen werden dürfen. Die Verantwortlichkeiten müssten daher an die Länder abgegeben werden, die die nach Landesrecht zuständigen Behörden festzulegen hätten. Hierbei ist davon auszugehen, dass die Landkreise/kreisfreien Städte mit der Aufgabe betraut werden würden, da deren im Rahmen des Vollzuges des SGB II/BSHG gesammelten Erfahrungen im Umgang mit Personen, die bereits länger arbeitslos sind und zudem spezifische Vermittlungshemmnisse aufweisen, eine solche Trägerentscheidung nahelegen.⁶¹ Dadurch würde schließlich rechtspolitisch ein Weiteres erreicht: Die Zusammenführung der Verantwortlichkeiten in den Bereichen des SGB II und SGB XII schüfe ein verwaltungsorganisatorisch homogenes Grundsicherungssystem, das das gesamte Spektrum existenzsichernder Sozialleistungen abdeckte und sich auf kommunaler Ebene zu einem Gesamtpaket von „Hilfen aus einer Hand“ bündeln würde.

Als Folge dessen griffen in finanzieller Hinsicht die Konnexitätsbestimmungen der Landesverfassungen, die einen aufgabenangemessenen Mehrbelastungsausgleich sicherstellen würden. Zur Realisierung dessen seitens der Länder ist eine originäre Einnahmeverteilung zwischen Bund und Ländern erforderlich, da sich in Anbetracht eines erheblichen ländersseitigen Aufgaben- und Ausgabenzuwachses die Ausgabenrelation von Bund und Ländern deutlich zulasten der Länder verändern würde, was einen Revisionsanspruch hinsichtlich des Umsatzsteuerbeteiligungsverhältnisses nach Art. 106 Abs. 4 S. 1 GG auslöst.⁶²

Öffnung der Option nach § 6 a SGB II?

Mit der Experimentierklausel des § 6 a SGB II ist bereits ein Ansatz einheitlicher Aufgabenträgerschaft zeitlich befristet für die 69 zugelassenen kommunalen Träger (Optionskommunen) verwirklicht. In seinem Urteil sagt das BVerfG, dass nicht ersichtlich sei, weshalb dieses Modell nicht auch ohne die in § 6 a Abs. 3 Satz 1 SGB II vorgesehene zahlenmäßige Beschränkung möglich sein sollte.⁶³ Daraus wird deutlich, dass es verfassungsrechtlich keine Gründe gegen eine Erweiterung der Option sieht. Daher muss auch eine regional unterschiedliche Trägerstruktur als Möglichkeit in die Überlegungen einbezogen werden. Verfassungsrechtlich jedenfalls wäre eine Öffnung der Option – die finanziellen Folgefragen zunächst ausgeblendet – vor dem Hintergrund des ausdrücklich verbotenen Aufgabendurchgriffs des Bundes auf die Kommunen möglich, weil einerseits – jedenfalls nach der bisherigen Regelung des § 6 a Abs. 4 S. 1 SGB II – jedes Bundesland auf die Bestimmung „seiner“ Kommunen zu Aufgabenträgern Einfluss hat und damit die Organisationshoheit der Länder – wenn überhaupt –

61 Vgl. Syrbe/Freese, LKV 2006, 353 (354 f.).

62 Eine einfachgesetzliche Kostenübernahme des Bundes scheidet u.a. deshalb aus, weil in diesem Falle die Aufgabe in Bundesauftragsverwaltung umschlagen würde, Art. 104a Abs. 3 S. 2 GG.

63 BVerfG, Urt. v. 20. Dezember 2007, Tz. 173.

nur in einem sehr geringen Maße berührt ist.⁶⁴ Zudem handelte es sich um einen freiwilligen Zugriff der Kommunen auf die Aufgabe, weshalb auch ein Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht ausscheidet.

Allerdings wäre in diesem Fall offen, worin neben einer kommunalen Zuständigkeit eine sinnvolle Alternative bestehen sollte. Da wie gezeigt eine BA-Trägerschaft aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in Betracht kommt, aber auch eine getrennte Trägerschaft einerseits aus denselben Erwägungen hinsichtlich des BA-Aufgabenteils, andererseits aufgrund der Verfehlung des Gesetzesziels der Leistungsgewährung aus einer Hand und durch einen Träger entfällt, ist diese Frage vorerst nicht zu beantworten. Umso mehr spricht daher für eine landesrechtlich ausgestaltete kommunale Vollträgerschaft.

64 Robra, Organisation der SGB II-Leistungsträger, Berlin 2007, 99 ff.

Matthias Cornils

Verbotene Mischverwaltung

Zur Kontur des Verfassungsgrundsatzes föderal getrennter Verwaltungsräume vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

In die Jahrzehnte alte Diskussion um das Verbot so genannter Mischverwaltung im Bundesstaat ist in den letzten Jahren durch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wieder Bewegung gekommen. Die vor 25 Jahren durch den Beschluss zum Schornsteinfegergesetz¹ weit ins Abseits gestellte Rede vom grundsätzlichen Verbot der Mischverwaltung erscheint plötzlich wieder rehabilitiert. Und auch in der Sache macht das Gericht mit der Forderung nach klarer Kompetenzabgrenzung Ernst: Sowohl in dem Urteil zur wegerechtlichen Zustimmung gem. § 50 Abs. 4 TKG (1996) vom 15. Juli 2003² als auch in dem Urteil vom 20. Dezember 2007 zu den von den Kommunen und der Bundesagentur für Arbeit gebildeten Arbeitsgemeinschaften zur Verwaltung der Grundsicherung für Arbeitssuchende (»Hartz-IV«)³ haben die jeweils zur Prüfung gestellten Vorschriften dem prüfenden Blick des Bundesverfassungsgerichts nicht standgehalten (I.). Diese Entscheidungen, ihre teilweise neuartigen Argumentationsstrukturen, und ihr Verhältnis zu den Präjudizien aus der früheren Rechtsprechung (II.) geben Anlass, über die alten Fragen neu nachzudenken, wie strikt – oder vielleicht auch elastisch – die Scheidung der Verwaltungskompetenzen zwischen Bund und Ländern nach dem Grundgesetz begriffen werden muss und welche Spielräume zu Zusammenarbeit und Verflechtung hier verfassungsrechtlich eröffnet sind (III.). Wesentliche Bedeutung hat das Hartz-IV-Urteil schließlich auch deswegen, weil es die bundesstaatliche Problematik der Mischverwaltung mit der Garantie kommunaler Selbstverwaltung verknüpft und die Kommunen im Ergebnis an der bundesstaatlichen Kompetenzgewährleistung der Art. 83 ff. GG teilhaben lässt. Diese Verknüpfung ist keineswegs selbstverständlich, im Urteil aber eher behauptet als begründet, so dass hier auch insofern ein kritischer Blick angezeigt scheint (IV.).

I. Rechtsprechungslinien

Das Urteil des BVerfG zu den Hartz-IV-Arbeitsgemeinschaften bringt in sehr ausführlichen Darlegungen die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Thema der ebenenübergreifenden Verwaltungskooperation im Bundesstaat auf einen neuen, durchaus gegenüber der Vorgängerjudikatur anders akzentuierten

Der Verfasser, Dr. *Matthias Cornils*, ist Privatdozent an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

1 BVerfGE 63, 1 ff.

2 BVerfGE 108, 169 ff.

3 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, NVwZ 2008, 183.

Stand. Zwar bemüht sich der Zweite Senat um Kontinuität und Einpassung des Urteils in die überkommenen Rechtsprechungslinien. Auffallend ist dabei aber vor allem die Verknüpfung mit der frühen Rechtsprechung zum Verbot der Mischverwaltung vor dem Beschluss des BVerfG zum Schornsteinfegergesetz von 1983, der sich von jenen älteren Entscheidungen gerade abgesetzt hatte. Gewiss versucht der Senat auch eine Synthese der Aussagen in der älteren Rechtsprechung mit den Positionen im Schornsteinfegerbeschluss. Bei allen Harmonisierungsbemühungen bleibt aber die Wiederbelebung der früheren Aussagen dominierend, Grund genug, diese und sodann die Neuausrichtung im Schornsteinfegerbeschluss zunächst kurz zu skizzieren.

1. Die frühe Rechtsprechung: Trennungsthese und »Verbot der Mischverwaltung«

Über Jahrzehnte genoss das 1950 im Schrifttum begrifflich geprägte⁴ und schon wenig später auch in den Sprachgebrauch der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten übernommene »Verbot der Mischverwaltung« die Anerkennung des BVerfG als Verfassungsrechtsatz (»grundgesetzliches Verbot der Mischverwaltung«). Die Begründungserwägungen in den Entscheidungen, die von diesem Verbot handelten, waren knapp, offenbar in der Annahme, dass über das Ergebnis nicht zu streiten sei. In der Entscheidung zum Familienlastenausgleich vom 10. Mai 1960 wird die »unzulässige Mischverwaltung« mit der (nicht näher personifizierten) »herrschenden Meinung« definiert als »eine Verwaltungsorganisation, bei der eine Bundesbehörde einer Landesbehörde übergeordnet ist, oder bei der ein Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden durch Zustimmungserfordernisse erfolgt«, und zwar auch für den Bereich mittelbarer Staatsverwaltung durch Körperschaften des öffentlichen Rechts.⁵ 1971 betont das Gericht in dem Beschluss zur Beförderungssteuer den Zusammenhang des Verbots der Mischverwaltung mit dem »Grundsatz, dass Kompetenzverschiebungen zwischen Bund und Ländern – auch mit Zustimmung der Beteiligten – unzulässig sind.«⁶ Außerdem findet sich hier der bedeutungsschwere Satz, dass die Mischverwaltung durch das Grundgesetz ausgeschlossen sei, »soweit sie *nicht ausdrücklich zugelassen* ist«. Der grundlegende Beschluss zu den Finanzhilfen nach Art. 104a Abs. 4 GG (a.F.) von 1975 bringt dann die apodiktische Feststellung, dass sämtliche »Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse gleich welcher Art im Aufgabenbereich der Länder, ohne dass die Verfassung dem Bund entsprechende Sachkompetenzen übertragen hat [...], gegen das grundgesetzliche Verbot einer sogenannten Mischverwaltung [verstoßen]«. ⁷ Wenig später zieht das BVerfG daraus, ebenfalls für die Finanzhilfen, die Konsequenz, ein Strukturförderungsprogramm des Bundes für verfassungswidrig zu erklären, bei dem sich der Bund die Förderentscheidung selbst vorbehalten hatte.⁸

4 Kratzer, DÖV 1950, 529; zum Herkommen der Begrifflichkeit näher *Hebeler*, in: *Bauschke* u.a. (Hrsg.), *Pluralität des Rechts – Regulierung im Spannungsfeld der Rechtsebenen*, 2002, S. 37 (42).

5 BVerfGE 11, 105 (124).

6 BVerfGE 32, 145 (156).

7 BVerfGE 39, 96 (120).

8 BVerfGE 41, 291 (311).

2. Der Beschluss zum Schornsteinfegergesetz: Von der Trennungsthese zum Ausgestaltungsspielraum

Mit dem Beschluss vom 12.1.1983 zum Schornsteinfegergesetz⁹ setzt das BVerfG dann neuen Kurs, und zwar in signifikanter Abgrenzung von der alten Rechtsprechung. Die Entscheidung hat die Auffassungen in der Literatur zum Thema der Mischverwaltung in der Folge stark geprägt.¹⁰ Sie bildet auch den Hintergrund, vor dem die neue Positionsbestimmung im Hartz-IV-Urteil in ihren Unterschieden, aber auch in ihrem Bemühen um Kompromiss und Integration der älteren Formeln erst verständlich wird. Gegenstand der Entscheidung war eine Vorschrift des Schornsteinfegergesetzes, in der die Geschäftsführung der Versorgungsanstalt der Deutschen Schornsteinfeger, einer bundesunmittelbaren Anstalt des öffentlichen Rechts, der bayerischen Versicherungskammer übertragen wurde. Es ging also um einen Fall der Organleihe einer Verwaltungseinrichtung eines Landes durch einen Bundes-Verwaltungsträger. Das BVerfG zitiert die eigene Rechtsprechung mit dem Bemerkenswerten, es habe selbst verschiedentlich von dem »grundgesetzlichen Verbot der sogenannten Mischverwaltung« gesprochen. Was dann folgt, ist Distanzierung, erst vom Begriff, dann in der Sache.¹¹ Aus dem Begriff, sofern er nicht von vornherein schon in einem engen Sinne auf unzulässige Kooperationsformen beschränkt werde, ergebe sich für die rechtliche Beurteilung nichts. Klassifizierungen verwaltungswissenschaftlicher Art könnten die rechtliche Beurteilung nicht ersetzen. In der Sache wird dann nur noch das Verbot der Disposition über die zugewiesenen Kompetenzen (»Delegationsverbot«¹²) bestätigt sowie, in weicher Formulierung, die »grundsätzliche Unterscheidung zwischen Bundes- und Landesverwaltung« im Grundgesetz. Ein Bekenntnis zu klarer Kompetenztrennung ist das nicht mehr, wie schon der nächste Satz deutlich macht, in dem es heißt, dass die »Verwaltungsbereiche von Bund und Ländern nicht starr voneinander geschieden« seien. Dann folgt, begründet in methodisch zweifelhafter Induktion¹³ aus den ausdrücklichen grundgesetzlichen Regelungen über die Verwaltungszusammenarbeit von Bund und Ländern, die endgültige Verabschiedung der Trennungsthese und damit die Abkehr von der früheren Rechtsprechung: War dort noch Mischverwaltung außerhalb ausdrücklicher grundgesetzlicher Ermächtigung für ausgeschlossen erklärt worden, soll es jetzt »keinen allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz« mehr geben, »wonach Verwaltungsaufgaben ausschließlich vom Bund oder von den Ländern wahrzunehmen sind, sofern nicht ausdrückliche verfassungsrechtliche Regeln etwas anderes zulassen«.¹⁴ Daher bedürfe ein Zusammenwirken von Bund und Ländern auch nicht in jedem Fall einer besonderen verfassungsrechtlichen Ermächtigung. Der danach bestehende »weite Spielraum zu organisatorischer Ausgestaltung« stößt auch bei den im Grundgesetz normierten »Verwaltungsarten«, also den Typen der Landeseigenverwaltung,

⁹ BVerfGE 63, 1.

¹⁰ Z.B. Blümel, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR, § 101 Rn. 120 ff.; *Brosius-Gersdorf*, VSSR 2005, 335 (374 ff.); *Müller-Franken*, VSSR 2000, 155 (166 f.); kritisch aber *Isensee*, in: *ders./Kirchhof*, HStR V, § 98 Rn. 183.

¹¹ Man mag vermuten, dass die Schrift von *Ronellenfisch*, Mischverwaltung im Bundesstaat, 1975, literarische Vorbereitung und Grundlage dieses Rechtsprechungswechsels war, s. insb. S. 248 ff.: Verwerfung der Trennungsthese, Verwerfung der Annahme strikt-exklusiver (»numerus clausus«) Verwaltungstypen.

¹² *Müller-Franken*, VSSR 2000, 155 (168); andere Terminologie (»Kompetenzerhaltungsgebot«) bei *Trute*, in: v. *Mangoldt/Klein*, Bonner Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 83 Rn. 29.

¹³ Gegen eine Rechtsanalogie aus den Einzelvorschriften, die eine Kooperation zulassen. *Lerche*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art. 83 (Stand: 1983) Rn. 88; umgekehrt scharfe Kritik an der Umkehrschluss-Argumentation der Befürworter der Trennungsthese bei *Ronellenfisch* (Fn. 11), S. 248 ff.

¹⁴ BVerfGE 63, 1 (39).

Bundesauftragsverwaltung und Bundesverwaltung in unmittelbarer oder mittelbarer Trägerschaft des Bundes, nicht auf eine definitive Grenze. Auch insoweit könne nicht von einer »starken Festlegung« durch das Grundgesetz ausgegangen werden. Immerhin führt das BVerfG in Anlehnung an *Rolf Grawert*¹⁵ nunmehr einen »Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung« ein. Danach gehöre es zur verfassungsrechtlich zugewiesenen Verwaltungskompetenz, dass der jeweilige Kompetenzträger seine Aufgabe durch eigene tatsächliche oder persönliche Mittel wahrnimmt. Eine Inanspruchnahme von Verwaltungseinrichtungen nicht zuständiger Verwaltungsträger, insbesondere im Wege der Organleihe, kommt danach nur im Ausnahmefall, unter zwei Voraussetzungen, in Betracht: Die Heranziehung fremder Verwaltungseinrichtungen muss sich auf eine eng umgrenzte Verwaltungsmaterie beschränken und aus einem besonderen sachlichen Grund gerechtfertigt sein.¹⁶

3. Die aktuelle Rechtsprechung: Renaissance der Trennungsthese oder Formelkompromiss?

a) BVerfGE 108, 169

Der neuerliche Paradigmenwechsel in der aktuellen Rechtsprechung ist wesentlich schon in dem Urteil zur wegerechtlichen Zustimmung der Regulierungsbehörde nach § 50 Abs. 4 TKG a.F. von 2003 eingeleitet worden. Als ob es die Entscheidung zum Schornsteinfegergesetz nie gegeben hätte – sie wird nicht einmal zitiert – wird hier wieder die Formel aus den alten Entscheidungen herangezogen, nach der das Grundgesetz Mischverwaltung ausschließe, soweit sie nicht ausdrücklich zugelassen ist.¹⁷ Das ist gewissermaßen der rückwärtsgewandte Teil des Urteils. Hinzu kommen bemerkenswerte Neuerungen: Das Mischverwaltungsverbot wird jetzt erstmals flankiert mit rechtsstaatlichen Konsistenzforderungen, deren Verletzung sogar tragend für das Verfassungswidrigkeitsurteil des Gerichts sind. Aus der Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer¹⁸ wird das dort für die Gesetzgebungskompetenzen erfundene rechtsstaatliche Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung in die Abgrenzung der Verwaltungskompetenzen übertragen: Auch bei der Bestimmung von Verwaltungszuständigkeiten müsse der Geetzgeber die rechtsstaatlichen Grundsätze der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit beachten. Dies habe der Gesetzgeber mit § 50 Abs. 4 TKG vernachlässigt, indem er in nicht »folgerichtiger« Weise die sonst in die Landeszuständigkeit (Straßenverwaltung) fallende wegerechtliche Zustimmung zur Verlegung neuer Telekommunikationslinien für einen Sonderfall in die Bundeszuständigkeit der Regulierungsbehörde (Telekommunikationsverwaltung) überwiesen habe.¹⁹ Es ist wichtig zu sehen, dass das BVerfG bei dieser Argumentation nicht von einem Kompetenzübergriff des Bundes ausging: Ob der Bund sich hinsichtlich der wegerechtlichen Zustimmung auf die Verwaltungskompetenz für das Telekommunikati-

15 *Grawert*, Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1967, S. 195.

16 BVerfGE 63, 1 (41).

17 BVerfGE 108, 169 (182).

18 BVerfGE 98, 106 (119).

19 BVerfGE 108, 169 (184).

onswesen (Art. 87f Abs. 2, 3 GG) hätte stützen können, ließ das BVerfG gerade offen. Es ging also nicht um Mischverwaltung im eigentlichen Sinne, um Kompetenzabwälzung oder Fremdbestimmung durch unzuständige Träger. Verfassungswidrig war die Ermächtigung des Bundes (der Regulierungsbehörde) vielmehr schon und (festgestelltermaßen) allein deswegen, weil der Gesetzgeber seine eigene Grundentscheidung, die wegerechtliche Zustimmung grundsätzlich der Straßenverwaltung und damit dem Kompetenzbereich der Länder zuzuordnen, für den Ausnahmefall des § 50 Abs. 4 TKG »systemwidrig« durchbrochen hatte. Zwar geht es dem BVerfG erkennbar eigentlich wohl doch um die Abwehr der Gefahr des »Eindringens des Bundes in die den Ländern vorbehaltenen Verwaltungsbereiche« (insbesondere auch: Vollzug von Landesstraßenrecht durch die Bundesbehörde).²⁰ Die verfassungsrechtliche Argumentation basiert aber – ob überzeugend oder nicht²¹ – allein auf dem Argument der fehlenden »Folgerichtigkeit« der Zuständigkeitsregelung.

b) BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04

Die Begründung des Hartz-IV-Urteils ist viel breiter angelegt als die des TKG-Urteils. Sie fertigt aus dem disparaten präjudiziellen Material eine raumgreifende Obersatz-Collage, die jedoch für sich betrachtet durch kleine, aber wichtige Modifikationen der alten Bausteine in eine bemerkenswert konsistente Fassung gebracht wird. Schwächen zeigt die Begründung erst im Subsumtionsteil, wo die abstrakten Maßstäbe miteinander verflochten und dadurch verbogen werden.²²

Zum Thema der Mischverwaltung kommt der Senat überhaupt nur, indem er eine etwaige Überschreitung der bundesstaatlichen Grenzen einer Verwaltungskooperation von Bund und Ländern gleichsetzt mit einer Verletzung der durch Art. 28 Abs. 2 GG garantierten Eigenverantwortlichkeit kommunaler Selbstverwaltung.²³ Prüfungsmaßstab im Verfahren der Kommunalverfassungsbeschwerde konnte unmittelbar nur Art. 28 Abs. 2 GG sein. Die gesamte entscheidungstragende Argumentation zur Mischverwaltung verläuft also inzident, eingebettet in die Prüfung am Maßstab der kommunalen Eigenverantwortlichkeit. Sie dient allein dazu, ein Argument für die am Ende angenommene Verletzung der kommunalen Eigenverantwortlichkeit zu liefern. Ob dieser Schluss von der unzulässigen Mischverwaltung auf eine Verletzung der Selbstverwaltungsgarantie aufgeht, ist indes eine höchst prekäre Frage (dazu u. IV.)

Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe zur Mischverwaltung werden in drei Abschnitten aufbereitet. Der Senat beginnt mit den Grundaussagen der alten, im TKG-Urteil schon reanimierten Rechtsprechung:²⁴ Das Grundgesetz gehe von der grundsätzlichen Trennung der Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern

²⁰ BVerfGE 108, 169 (184 f.).

²¹ Zur Kritik u. III. 3. b).

²² Zur Kritik u. III. 3. a).

²³ BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 150.

²⁴ BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 151.

aus, die »nur in den vom Grundgesetz vorgesehenen Fällen zusammengeführt werden« können (*Trennungsgrundsatz*). Es schlieÙe mithin, von begrenzten Ausnahmen abgesehen, die Mischverwaltung aus. Auch der apodiktische Satz, wonach »Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse (des Bundes) gleich welcher Art im Aufgabenbereich der Länder verfassungsrechtlich verboten« seien,²⁵ sofern nicht das Grundgesetz dem Bund entsprechende Sachkompetenzen überträgt, findet wieder seinen Platz.²⁶ Dann folgen Konzessionen an den Schornsteinfegerbeschluss, namentlich, dass das Grundgesetz keine starre Scheidung und strikte Trennung der Verwaltungsbereiche von Bund und Ländern, vielmehr vielfältige Formen des Zusammenwirkens von Bund und Ländern bei der Verwaltung vorsehe.²⁷ Die vergleichende Lektüre beider Entscheidungen erweist jedoch, dass der Senat gerade die besonders weittragenden Aussagen aus der Schornsteinfegerentscheidung weggelassen hat: So fehlt der Schlüsselsatz, dass es keinen allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz ausschließlicher Wahrnehmung der Verwaltungsaufgaben durch Bund oder Länder gebe. Das gleiche gilt für die Aussage, auch vor den Verwaltungstypen des Grundgesetzes mache der Organisationsspielraum der zuständigen Organe nicht halt (keine »starre Festlegung«). Statt dessen ist jetzt in sorgfältig gewählten, wengleich schon durch den Kammerbeschluss zum Treibhausgas-Emissionshandel²⁸ formulierten Worten davon die Rede, dass »innerhalb des durch die Art. 83 ff. GG gezogenen Rahmens eine zwischen Bund und Ländern aufgeteilte Verwaltung« zulässig sei. *Aufgeteilte* Verwaltung ist offensichtlich etwas anderes als gemeinsame oder verflochtene (kondominiale) Verwaltung; sie gerät mit dem Verbot der Mischverwaltung begrifflich und sachlich nicht in Konflikt.²⁹ Es kann keinen Zweifel geben, dass die Zugeständnisse des Hartz-IV-Urteils an die Schornsteinfegerentscheidung deutlich zurückhaltender und unverbindlicher ausfallen als das Bekenntnis zum alten Verbot der Mischverwaltung.

Im zweiten Abschnitt greift das BVerfG den erstmals im TKG-Urteil entwickelten Ansatz einer rechtsstaatlich begründeten *Verantwortungsklarheit* der Verwaltung auf, reichert ihn aber weiter mit in dieser Kombination neuartigen demokratischen Erwägungen an:³⁰ Klare Verantwortungszurechnung an die jeweiligen Verwaltungsträger sei auch aus demokratischer Sicht unabdingbar, damit der Bürger wissen könne, »wen er wofür – auch durch Vergabe oder Entzug seiner Wählerstimme – verantwortlich machen« könne. Das Verbot der Mischverwaltung ist also seit den neuen Entscheidungen zum Telekommunikationsgesetz und zur Hartz-IV-Grundsicherung nicht mehr nur, wie früher, bundesstaatlich, sondern auch rechtsstaatlich und demokratisch fundiert.

25 BVerfGE 39, 96 (120).

26 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 153.

27 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 154.

28 BVerfG (K) NVwZ 2007, 942 (944).

29 *Lerche* (Fn. 13), Art. 83 Rn. 87; *Krebs*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Organisationsreform der Deutschen Rentenversicherung, 1999, S. 13; eher irreführend daher der dafür auch gebrauchte Begriff »Verbundverwaltung«, kritisch dazu schon *Loeser*, Theorie und Praxis der Mischverwaltung, 1976, S. 94.

30 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 158.

Die letzte Komponente im Kranz der Prüfmaßstäbe bildet sodann der im Schornsteinfegerbeschluss etablierte *Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung* einschließlich der Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Abweichung von diesem Grundsatz.³¹ So klar diese Obersatzbildung in den Bahnen der alten Rechtsprechung bleibt und also das prinzipielle Gebot eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung allein auf den Einsatz eigener Verwaltungsressourcen (und auf nichts anderes) bezieht, so irritierend ist dann allerdings im späteren Verlauf der Entscheidungsgründe die Anwendung dieses Maßstabes auf den konkreten Fall. Bezogen auf die Arbeitsgemeinschaften werden der Gehalt des Grundsatzes, damit aber auch die ihm inhärenten Ausnahmooptionen, nämlich erheblich erweitert. Anstatt auf die engere Situation der (gänzlichen oder partiellen) Organleihe wird der Grundsatz jetzt viel allgemeiner auf das »Zusammenwirken von Bund und Ländern« schlechthin bezogen: Danach verbietet er – und nicht etwa schon das zuvor formulierte Delegationsverbot oder das Verbot der Mitentscheidung Unzuständiger –, dass »in weitem Umfang Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse des Bundes im Aufgabenbereich der Länder« ohne entsprechende verfassungsrechtliche Ermächtigung vorgesehen werden.³² Wenn dies aber erst Garantiegehalt des Grundsatzes der Eigenverantwortlichkeit ist, so ist nur folgerichtig, dass dann eben auch eine »Ausnahme von den Kompetenz- und Organisationsnormen der Art. 83 ff. GG« denkbar ist, wenn auch nur unter den im Schornsteinfegerbeschluss entwickelten Bedingungen eines besonderen sachlichen Grundes und einer eng umgrenzten Verwaltungsmaterie. Der Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung scheint in dieser viel breiter angelegten Bedeutung das Verbot der Mischverwaltung insgesamt zu konsumieren. Er gerät damit vor allem wegen der möglichen Ausnahmen in eigenartige Konkurrenz zu den im Hartz-IV-Urteil ja gleichzeitig zugrunde gelegten strikten Sätzen zum Verbot der Mischverwaltung.

II. Kritik

Damit ist eine gravierende Unklarheit und auch inhaltliche Fragwürdigkeit aufgedeckt, die durch die neue Entscheidung in das Thema der Mischverwaltung hineingetragen worden ist. Bevor jedoch darauf eingegangen werden soll (u. 3.), sind zunächst die Klarstellungen abzuhandeln, die sich der aktuellen Rechtsprechung verdanken.

1. Ende der Begriffsdiskussion

Dankbar stimmt, dass die wenig fruchtbaren Diskussionen über den Begriff der Mischverwaltung und seine normative Bedeutung, die noch den Schornsteinfegerbeschluss von 1983³³ und wesentliche Teile der wissenschaftlichen Beschäftigung

31 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 159 f.

32 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 169.

33 BVerfGE 63, 1 (36 ff.).

mit dem Thema dominierten³⁴, vom BVerfG jetzt nicht mehr weitergeführt werden. Der Zweite Senat hat sowohl im TKG-Urteil als auch im Harz-IV-Urteil keine Probleme mehr mit der Verwendung des Terminus Mischverwaltung. Gewiss folgt aus dem Begriff der Mischverwaltung als solchem rechtlich überhaupt nichts, sondern nur aus den Vorschriften des Grundgesetzes über die Verteilung und Abgrenzung der Verwaltungskompetenzen. Die Frage konnte seit jeher nur sein, ob sich aus dem Grundgesetz textexplizit oder implizit Verfassungsnormen begründen lassen, die verbandsübergreifende Kooperationen zwischen den Verwaltungsträgern in der föderalen Staatsorganisation mehr oder weniger weit gehend verbieten. »Mischverwaltung« ist nicht mehr als eine griffige Bezeichnung entweder umfassend für alle solche Kooperationen³⁵ oder – enger – nur für diejenigen, die verfassungsrechtlich verboten sind (»*unzulässige* Mischverwaltung«). Es geht und ging immer schon um ein inhaltliches Interpretationsproblem hinsichtlich der Existenz und Stringenz eines grundgesetzlichen Trennungsprinzips für die Verwaltungskompetenzen, nicht um Begriffsjurisprudenz.

2. Klarstellung: Trennungsprinzip/Rechtfertigungsbedürftigkeit der verbandsübergreifenden Kooperation

Eine wichtige Klarstellungsleistung – insbesondere im Verhältnis zu der in dieser Hinsicht ganz undurchsichtigen Entscheidung zum Schornsteinfegergesetz – liegt auch darin, dass das BVerfG jetzt die grundsätzliche Argumentationsstruktur, insbesondere das Verhältnis von Prinzip und Abweichung bzw. Einschränkung, wieder deutlich gemacht hat. Ausgangspunkt ist danach die Anerkennung eines Prinzips der Trennung der Verwaltungssphären von Bund und Ländern sowie die grundsätzliche unverfügbare Alleinzuständigkeit des jeweiligen Verwaltungsträgers, die konstitutive Mitentscheidungsrechte eines nichtzuständigen Verwaltungsträgers ausschließt.³⁶ Der auch jetzt noch vom BVerfG anerkannte organisatorische Gestaltungsspielraum erscheint durch den verfassungsnormativen Rahmen der Art. 83 ff. GG und das durch diesen errichtete Trennungsprinzip deutlich enger geschnürt als in dem Beschluss von 1983. Damals wurde der »weite Spielraum organisatorischer Ausgestaltung allgemein und im Einzelfall« viel stärker betont und außerdem in seinen Grenzen dadurch aufgeweicht, dass das Grundgesetz angeblich erstens keine exklusive Zuordnung einer Verwaltungsaufgabe entweder zum Bund oder den Ländern vorsehe und zweitens selbst die Verwaltungstypen der Art. 83 ff. GG keine strikte Sperrwirkung gegenüber darüber hinausgehenden Zusammenarbeitsformen entfalten. Der Spielraum zur Verwaltungszusammenarbeit war damit weitgehend entgrenzt. Vom Verbot der Mischverwaltung blieb nicht nur dem Begriff, sondern auch der Sache nach nicht mehr viel übrig. Indem das BVerfG nunmehr gerade diese prekären Sätze nicht mehr übernommen hat, ist deutlich ge-

34 z.B. *Hebeler* (Fn. 4), S. 37 (47 ff.).

35 *Ronellenfötsch* (Fn. 11), S. 58: »Mischverwaltung ist jede funktionelle oder organisatorische Verflechtung der Verwaltung von Bund und Ländern«.

36 *Isensee*, in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.), HStR IV, 1990, § 98 Rn. 182, 187: »Prinzip der Ausschließlichkeit«.

macht, dass das Trennungsprinzip im Sinne einer exklusiven Entweder-Oder-Zuständigkeit (keine Doppel- oder Kondominalzuständigkeit) und also in der Tat ein »Verbot der Mischverwaltung« vorbehaltlich verfassungsnormativer Durchbrechungen Hauptaussage der bundesstaatlichen »Verwaltungsordnung«³⁷ ist.

3. Die Unklarheiten: Zuordnungs- und dadurch verursachte Sachprobleme des Verbots der Mischverwaltung

Allerdings gibt es Unklarheiten und Interpretationsprobleme, die auch nach dem Hartz-IV-Urteil noch fortbestehen, teilweise sogar neu geschaffen worden sind. Aus einer Überblicksperspektive lässt sich das Problem so umreißen: Wie verhalten sich die verschiedenen Aspekte des Mischverwaltungsverbotes zueinander und welchen Inhalt haben sie im genaueren? Wie dargelegt, ist das Verbot der Mischverwaltung in jahrzehntelanger Rechtsprechungsentwicklung zu einer komplexen Angelegenheit geworden: Im großen Topf der Gesamtargumentation finden sich zunächst die Einzelaspekte des Verbots der – auch freiwilligen – Kompetenzdisposition (Delegationsverbot), des Verbots der Mitentscheidung nicht zuständiger Verwaltungsträger (Fremdbestimmungsverbot), schließlich das Verbot der Umgehung der Verwaltungstypen der Art. 83 ff. GG mit den darin vorgesehenen spezifischen Ingerenzmitteln des Bundes (Umgehungsverbot³⁸). Hinzu tritt der Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung, der im Schornsteinfegerbeschluss noch auf das grundsätzliche Gebot der Nutzung eigener Verwaltungsmittel (und damit das grundsätzliche Verbot der Inanspruchnahme fremder Verwaltungsmittel, insbesondere Organleihe) begrenzt war, im Harz-IV-Urteil aber jetzt, wie geschildert, in problematischer Weise erweitert worden ist. Schließlich wird diese Konstruktion überlagert durch die rechtsstaatlichen und jetzt auch noch demokratischen Anforderungen an hinreichende Klarheit und Folgerichtigkeit der Verantwortungsabgrenzung (Verantwortungsklarheit³⁹). Bei dieser Komplexität wird zunehmend unübersichtlich, welche konkrete Anforderung aus welchem Normaspekt des Verbots der Mischverwaltung folgt. Problematisch wäre dabei weniger eine bloße Mehrfachabstützung desselben Ergebnisses. Bedenken ergeben sich vielmehr daraus, dass die Kumulation der verschiedenen Einzelmaßstäbe insgesamt sogar zu einer Schwächung der normativen Stringenz führen kann, insofern die Maßstäbe unterschiedlich strikt formuliert sind und damit im Ergebnis Rechtfertigungsmöglichkeiten für Verwaltungszusammenarbeit eröffnen können, die bei einer schlankeren und strengeren Fassung des Verbots der Mischverwaltung auscheiden würden. Genau diese Gefahr findet sich in den Entscheidungsgründen des Hartz-IV-Urteils verwirklicht, und zwar vor allem in Hinsicht auf das Verhältnis des Grundsatzes eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung zu den anderen Komponenten des Mischverwaltungsverbots.

37 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 152.

38 *Trute* (Fn. 12), Art. 83 Rn. 30.

39 *Trute* (Fn. 12), Art. 83 Rn. 32; *Bull.*, in: *Denninger* u.a. (Hrsg.), *Alternativkommentar zum Grundgesetz*, 3. Aufl. (2001), vor Art. 83 Rn. 48.

a) Insbesondere: Der Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung

Im Beschluss zum Schornsteinfegergesetz hatte der Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung nur die Bedeutung, den zuständigen Verwaltungsträger grundsätzlich auf die Wahrnehmung der Aufgaben mit eigenen Mitteln zu verpflichten, ihm die Inanspruchnahme fremder Hilfe vorbehaltlich rechtfertigender Ausnahmegründe zu verbieten. Es ging also vereinfacht gesprochen um ein prinzipielles Organleiheverbot. Mit dem Verbot der Mischverwaltung in einem engeren Sinne, verstanden als Verbot der Kompetenzabwälzung und Mitentscheidung durch unzuständige Dritte, hatte dieses Organleiheverbot nichts zu tun, weil die Organleihe die alleinige Entscheidungszuständigkeit des kompetenten Verwaltungsträgers nicht in Frage stellt.⁴⁰ Der Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung stand daher gewissermaßen neben dem Verbot der Mischverwaltung (im engeren Sinne), das allerdings, wie dargelegt, im Schornsteinfegerbeschluss selbst weitgehend demontiert war. Kennzeichnendes Merkmal des Grundsatzes eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung war und ist fernerhin, dass dieser Grundsatz Ausnahmen zulässt, soweit diese sich auf eine umgrenzte Sachmaterie beschränken und durch Sachgründe gerechtfertigt sind. Der Grundsatz ist also einschränkungs-fähiges Prinzip, nicht strikte Regel: Organleihen sind nicht schlechthin verboten, sondern im Ausnahmefall zulässig. Dies unterscheidet den Grundsatz jedoch von den Elementen des Verbots der Mischverwaltung im engeren Sinne, so wie sie in der frühen Rechtsprechungslinie und jetzt wieder in den beiden neuen Entscheidungen formuliert worden sind: Das Delegationsverbot, das Umgehungsverbot und das Fremdbestimmungsverbot sind strikt gefasst und dulden, anders als die Inanspruchnahme fremder Verwaltungsmittel, keinerlei Einschränkung: »Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse gleich welcher Art [sind] durch das Grundgesetz ausgeschlossen.«⁴¹

Diese klare Unterscheidung verschiedener Normgehalte des Verbots der Mischverwaltung im weiteren Sinne mit jeweils unterschiedlich starker Bindungskraft wird aber im Hartz-IV-Urteil verwischt: Obgleich dieses Urteil zunächst, bei der abstrakten Beschreibung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe, den Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung ganz genauso wie im Schornsteinfegerbeschluss nur als prinzipielles Organleiheverbot fasst, will es dann doch gerechtfertigte Ausnahmen nicht nur von Organleiheverbot, sondern offenbar auch vom Verbot der Mitentscheidung im fremden Aufgabenbereich sowie, allgemein, »von den Kompetenz- und Organisationsnormen der Art. 83 ff. GG« für möglich halten. Dementsprechend prüft – und verneint im Ergebnis – der Senat, ob sich die Verwaltungszusammenarbeit zwischen Bundesagentur und Kommunen in den Arbeitsgemeinschaften auf eine enge umgrenzte Verwaltungsmaterie bezieht und ob sie durch überzeugende sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Er tritt also im Rechtfertigungsschema des Grundsatzes der eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung

40 BVerfGE 63, 1 Rn. 135 f.; Müller-Franken, VSSR 2000, 155 (168 ff.); Holznapel/Göge/Schumacher, DVBl. 2006, 471 (475).

41 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 153.

mung in eine Rechtfertigungsprüfung ein, obwohl doch eigentlich schon die strikte Regel des Fremdbestimmungsverbots – ohne die Chance einer Rechtfertigung von Durchbrechungen – zum Ergebnis der Verfassungswidrigkeit hätte führen müssen. Denn der Senat stellt, gegen die anders lautende Auffassung insbesondere der sozialrechtlichen Literatur und Rechtsprechung,⁴² in aller Kompromisslosigkeit fest, dass die Wahrnehmung der zu trennenden Verwaltungsaufgaben von Bundesagenten und Kommunen in den Arbeitsgemeinschaften gemeinschaftlich stattfindet,⁴³ mithin genau das geschieht, was nach den selbst formulierten Verfassungsmaßstäben doch strikt und ohne Ausnahme gegen das Grundgesetz verstößt. Der Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung führt also, zumindest in der Handhabung des Gerichts in Bezug auf die Arbeitsgemeinschaften, im Ergebnis dazu, dass die – in der Entscheidung selbst betonte – strikte Begrenzung des Spielraums für Zusammenarbeit durch die Verfassungsvorgaben der Art. 83 ff. GG zu einer nur prinzipiellen, elastischen Bindung aufgeweicht wird. Das Gebot eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung errichtet nicht mehr zusätzliche Anforderungen innerhalb eines durch Art. 83 ff. GG strikt gezogenen Rahmens (Organleiheverbot), sondern verschmilzt mit diesem Rahmen,⁴⁴ der damit aber selbst durch die dispensierenden Ausnahmegründe durchbrochen werden kann.⁴⁵

b) Rechtsstaatliche und demokratische Verantwortungsklarheit

Nicht in jeder Hinsicht unproblematisch sind auch die rechtsstaatlichen und demokratischen Anreicherungen des Verbots der Mischverwaltung, wie sie das BVerfG in den beiden jüngsten Entscheidungen vorgenommen hat. Auch hier stellt sich die Frage des spezifischen verfassungsrechtlichen Normgehalts dieser Anforderungen an die »Verantwortungsklarheit« und ihres Verhältnisses zu den bundesstaatlichen, sich aus der Verteilungsordnung der Art. 83 ff. GG ergebenden Schranken zulässiger Verwaltungskooperation. Grundsätzlich kann man die zusätzliche rechtsstaatliche und demokratische Grundierung der Forderung nach klarer Kompetenzabgrenzung als verfassungsdogmatischen Fortschritt begreifen. Es wird so deutlicher, dass die bundesstaatliche Kompetenzteilung eben auch – rechtsstaatlich – machtbegrenzende und – rechtsstaatlich wie demokratisch – Verantwortung definierende und erst ermöglichende Bedeutung hat. Verantwortungsklarheit ist darüber hinaus eine über das Bund-Länder-Verhältnis hinausgreifende und insofern tat-

42 BSG NZS 2007, 550 (551); *Breitkreuz*, SGB 2005, 141 (145); *Quaas*, SGB 2004, 723 (725 f.); *Rixen*, in: *Eicher/Spellbrink* (Hrsg.), SGB II, 2005, § 44b Rn. 19.

43 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 161 ff.

44 Ganz eindeutig dann auch im weiteren Verlauf der Subsumtion, s. BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 176 ff., wo unter dem Maßstab des Grundsatzes der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung nicht mit dem Kriterium der Aufgabenerledigung mit eigenen Einrichtungen gearbeitet wird, vielmehr Anstoß an der »seinheitlichen Entscheidung«, »unumgänglichen Mitentscheidung«, der »Vergemeinschaftung der Willensbildung« genommen wird.

45 Ähnliche Kritik – mit Zielrichtung allerdings auf BVerfGE 63, 1 – bei *Groß*, in: *Friauf/Höfling* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 83 (Stand: 2001) Rn. 31: »zusätzlicher ungeschriebener Abweichungsvorbehalt«.

sächlich allgemein rechtsstaatliche Verfassungsforderung.⁴⁶ Schließlich mag die Verstärkerwirkung des Rechtsstaatsprinzips als hilfreich empfunden werden, um von der bundesstaatsrechtlichen *Verteilungs*regelung auch sicher auf ein generelles Prinzip der Funktionstrennung schließen zu können.⁴⁷ Gleichwohl birgt die gebündelte Mobilisierung sämtlicher Verfassungsprinzipien – hier für das Problem der Mischverwaltung – auch Gefahren. Die Bündelargumentation kann dazu verleiten, die je spezifischen Gehalte der Verfassungsprinzipien und konkretisierenden Einzelnormen sowie die Bezüge zueinander nicht genau genug herauszuarbeiten. Dies kann zu sachlich problematischen wechselseitigen Anreicherungen und Verfälschungen führen. Vor allem das TKG-Urteil nährt solche Bedenken. Hier sind die neu entwickelten Überlegungen zur rechtsstaatlichen Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit auch im Hinblick auf die Verwaltungskompetenzordnung zwar tragend für das gefundene verfassungsrechtliche Ergebnis, inhaltlich aber höchst fragwürdig. Im Hartz-IV-Urteil hingegen wirken die Folgerungen aus dem Gebot der rechtsstaatlichen und jetzt auch noch demokratisch⁴⁸ fundierten Verwaltungsklarheit sehr viel überzeugender. Beide Entscheidungen liefern daher gutes Anschauungsmaterial dafür, dass es gerade dann, wenn mit komplexen oder kombinierten Verfassungsrechtsmaßstäben argumentiert wird, um so mehr auf eine genaue Bestimmung der jeweiligen Normgehalte ankommt. Im einzelnen:

Im TKG-Urteil importiert das BVerfG das in der Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer als Kompetenzausübungsschranke für die Gesetzgebung entwickelte Gebot der »Widerspruchsfreiheit« der Rechtsordnung mitsamt seiner (auch) rechtsstaatlichen Begründung in den Bereich der Abgrenzung von Verwaltungskompetenzen. Die gewichtigen Bedenken, die seinerzeit in der Literatur gegenüber dem Urteil zu Verpackungssteuer formuliert worden sind,⁴⁹ treffen mithin auch die neue Rechtsprechung zur »Verantwortungsklarheit«. Dies gilt insbesondere für das Argument, dass es um Widersprüchlichkeit im logischen Sinne, die in der Tat rechtsstaatswidrig wäre, aber eben schon durch die rechtsstaatlichen Kollisionsregeln aufgelöst würde, gar nicht geht, sondern nur um die Vermeidung angeblicher Wertungswidersprüche. Die landesrechtliche Auferlegung einer Verbrauchsteuer »widersprach« dem bundes-abfallrechtlich errichteten Kooperationsprinzip so wenig wie jetzt die Zuordnung des Zustimmungsrechts zur Regulierungsbehörde für einen bestimmten Fall derjenigen zu den Landesstraßenbehörden in den übrigen Fällen. Ein Gebot der »Stimmigkeit« der Rechtsordnung als materielle Einheitsvorstellung lässt sich aber aus dem Rechtsstaatsprinzip nicht ohne weiteres ableiten.⁵⁰ Für die Abgrenzung der Verwaltungskompetenzen erscheint die Instrumentalisierung des angeblich rechtsstaatlichen Gebots der Widerspruchsfreiheit (in Wirklichkeit nur: Folgerichtigkeit oder Systemgerechtigkeit) sogar noch brüchiger

46 Schmidt-Aßmann, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 79: Klarheit und Wirksamkeit der Kompetenzordnung als allgemein rechtsstaatliches Postulat an die Verwaltungsorganisation.

47 In diese Richtung *Lihmann*, DÖV 2004, 677 (683).

48 Dazu auch *Loschelder*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 107 Rn. 20.

49 *Hanebeck*, Der Staat 41 (2002), 429 (insb. 435, 445 f.); *Brüning*, NVwZ 2002, 33 (35 f.).

50 *Hanebeck*, Der Staat 41 (2002), 429 (445 f.); *Jobs*, DÖV 1998, 1039 (1043).

als im Ursprungsfall zur Steuergesetzgebungskompetenz: Dort war die rechtsstaatliche Verankerung immerhin noch einigermaßen plausibel, als es jedenfalls auch oder sogar primär um den Schutz des Bürgers vor aufeinander nicht abgestimmten (wenngleich keineswegs widersprüchlichen!) Verhaltensanforderungen durch das Abgabengesetz und das Sachgesetz ging. Diese genuin rechtsstaatliche Bürgerperspektive ist aber bei der Abgrenzung der wegerechtlichen Zuständigkeiten ganz aus dem Spiel und wird vom BVerfG im TKG-Urteil auch gar nicht bemüht. Hier wird der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit allein zum Schutz der Länder gegenüber einem »Eindringen des Bundes in die [ihnen] vorbehaltenen Verwaltungsbereiche« mobilisiert, also für ein eigentlich durch die bundesstaatliche Kompetenzordnung geregeltes Thema. Deswegen ist die vom BVerfG vorgetragene Argumentation auch in der Sache fragwürdig: Obwohl eine Verwaltungskompetenz des Bundes unterstellt (jedenfalls offen gelassen) wird,⁵¹ die bundesstaatlich-kompetentiellen Vorschriften des Grundgesetzes also der Lösung des Gesetzgebers gerade nicht entgegenstehen, wird mit der Behauptung einer in sich »nicht konsequenten« gesetzlichen Regelung eine Verfassungsverletzung aus außerbundesstaatlichen Verfassungsgründen begründet. Es ist schwer vorstellbar, dass die differenzierten bundesstaatlichen Verteilungsregeln einer derartigen ergänzenden Schützenhilfe durch diffuse und jeweils sachlich anfechtbare⁵² Stimmigkeitsgebote des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips bedürfen, zumal sie dadurch inhaltlich auch noch verfremdet werden.⁵³ Die an sich gegebene Kompetenz soll aus rechtsstaatlichen Gründen am Ende doch nicht bestehen.

Eigenartig mutet auch die Kombination des Gebots der Widerspruchsfreiheit mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Normenklarheit an. Diese aus ganz anderen rechtsstaatlichen Schichten stammende Forderung (Gesetzes*bestimmtheit!*) hat gerade im TKG-Fall mit der dort aufgeworfenen rein bundesstaatlichen Kompetenzzuordnungsfrage noch viel weniger zu tun: Irgendwelche Bestimmtheitsprobleme und daraus resultierende Unberechenbarkeiten für den Bürger ergaben sich aus der Ausnahmeständigkeit der Regulierungsbehörde durchaus nicht. Mit dem rechtsstaatlichen Duo aus Widerspruchsfreiheit und Normenklarheit fügt also das BVerfG (teils selbst heftig umstrittene) Begründungselemente aus anderen Sachzusammenhängen zusammen und richtet sie gegen die »Mischverwal-

51 Wenn man das BVerfG so versteht, dass es »eigentlich« doch von einer fehlenden Bundeskompetenz für die wegerechtliche Zustimmung ausgeht (insbesondere wegen des ggf. notwendigen Bundesvollzugs von Landesgesetzen), s. näher *Wissmann/Kreitlow*, K & R 2003, 471 ff., dann ist um so weniger verständlich, weshalb es nicht einfach eine Überschreitung der Kompetenz nach Art. 87f Abs. 2, 3 GG annimmt und stattdessen die – gar nicht passenden – Maßstäbe der Widerspruchsfreiheit und Normenklarheit bemüht.

52 Im Beispiel: Ob eine abweichende Zuständigkeitsanordnung zu Gunsten der Bundes-Regulierungsbehörde für den Fall, dass der Wegebausträger selbst zugleich Betreiber einer Telekommunikationslinie ist, wirklich eine »inkonsequente« oder wertungswidersprüchliche Regelung ist, ist jedenfalls nicht über jeden Zweifel erhaben; keine Verfassungsbedenken etwa bei *Ulmen*, in: *Scheurle/Mayen*, Telekommunikationsgesetz, 2002, § 50 Rn. 49; *Spoerr*, in: *Trute/Spoerr/Bosch*, Telekommunikationsgesetz mit FTEG, 2001, § 50 Rn. 24.

53 Zu dieser Gefahr (»Modifikation der bundesstaatlichen Kompetenzverteilungsnormen durch rechtsstaatliche Kompetenzausübungsschranken«) *Jobs*, DÖV 1998, 1039 (1044).

tung«, obwohl eine solche im TKG-Fall gar nicht vorlag und obwohl sie zu ihr gar keinen Bezug haben: Um den Schutz des Bürgers vor widersprüchlichen Verhaltensbefehlen der Rechtsordnung geht es dem Verbot der Mischverwaltung nicht. Um die inhaltliche Bestimmtheit staatlicher (insbesondere legislatorischer) Maßnahmen zum Schutze des normunterworfenen Bürgers geht es ihm aber auch nicht.

Dass ein (nicht verbal,⁵⁴ wohl aber sachlich) von den inhaltlich fragwürdigen bzw. unpassenden Anknüpfungen der Widerspruchsfreiheit und Normenklarheit gelöstes rechtsstaatliches und demokratisches Prinzip der Verantwortungsklarheit durchaus eigene Garantiegehalte hat, die das bundesstaatliche Mischverwaltungsverbot sinnvoll flankieren, zeigt demgegenüber das Hartz-IV-Urteil, etwa im Zusammenhang der unklaren Vollstreckungs- und Aufsichtskompetenzen.⁵⁵

III. Folgerungen: Gehalte des Mischverwaltungsverbots (im weiteren Sinne)

1. Strikte Regeln des Verbots der Mischverwaltung im engeren Sinne

Dass das BVerfG in den neuen Entscheidungen das schon früh formulierte strikte Verbot der Mischverwaltung (im engeren Sinne) wieder rehabilitiert und die weichen Formeln der Schornsteinfegerentscheidung von 1983 fallen gelassen hat, ist ein wichtiges Verdienst, das die Eigenverantwortung der Staatsverbände (einschließlich der den Ländern zuzurechnenden Kommunen) im Bundesstaat stärkt. Kompetenzabgrenzungen leben, anders als materiell-rechtliche, häufig auf Kompromiss (praktische Konkordanz) angelegte Rechtspositionen, von Eindeutigkeit und Verbindlichkeit. Unschärfen in der Kompetenzzuordnung, Doppel- und einander überkreuzende Zuständigkeiten schwächen häufig nicht nur die Effizienz der jeweiligen Entscheidungsverfahren, sondern auch die Qualität der Entscheidungsergebnisse. Ob die beharrlich behaupteten Sachzwänge, die Notwendigkeiten einer Kondominalverwaltung begründen sollen, wirklich bestehen, lässt sich kaum überprüfen. Jedenfalls können verwaltungspraktische Bedürfnisse nicht die Verfassungsrechtslage modifizieren.⁵⁶ Die Praxis zeichnet einerseits zwar ein viel beschriebenes Bild mannigfacher Verwaltungscoordination und -kooperation – die indessen in den problematischen Fällen gerade nicht über verfassungsrechtliche Zweifel erhaben ist.⁵⁷ Andererseits ist aber auch bemerkenswert, dass selbst die im Grundgesetz explizit vorgesehenen verbandsübergreifenden Ingerenzinstrumente

54 Das Begriffspaar taucht auch hier wieder auf, BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 191.

55 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 191 ff.

56 Das räumt auch *Krebs* (Fn. 29), S. 21, ein, argumentiert dann aber doch im weiteren wesentlich mit dem »vorhandenen Steuerungsbedarf«; skeptisch zum Sachzwangargument auch *Bull* (Fn. 39), vor Art. 83 Rn. 47.

57 S. die Diskussion zahlreicher Einzelbeispiele im Bereich der durch Mitentscheidungsrechte (Einnehmens-, Zustimmungs-, Genehmigungsvorbehalte) geprägten konvergierenden Bund-Länder-Verwaltung bei *Loeser* (Fn. 29), S. 184 ff.; *Bull* (Fn. 39), vor Art. 83 Rn. 54 ff.

des Bundes nicht ausgeschöpft werden⁵⁸ oder sich als – jedenfalls sektoral – hochproblematisch erwiesen haben.⁵⁹ Das spricht jedenfalls nicht dafür, über die ausdrücklichen auch noch implizit verfassungsrechtlich zugelassene Ingerenzrechte gegenüber den Ländern anzuerkennen und dafür den Preis einer Relativierung des gesamten Kompetenzgefüges der Art. 83 ff. GG zu zahlen. Die die Kompetenzabgrenzung steuernden rechtlichen Normen sollten daher nicht als Prinzipien im Abwägungsmodell, sondern als strikte Regeln begriffen werden – so wie es das BVerfG in seiner alten und jetzt (zumindest im abstrakten Maßstäbe-Teil seiner Begründung) wiederbelebten Rechtsprechung auch in der Formulierung dokumentiert hat.

Danach ergeben sich also aus der bundesstaatlichen »Verwaltungsordnung« folgende Normgehalte, die insgesamt das verfassungsrechtliche Verbot der Mischverwaltung konstituieren: Dem kompetenten Verwaltungsträger ist es verboten, über seine Kompetenz zu disponieren, also die Aufgabe als solche abzuwälzen (Delegationsverbot). Aus Art. 30⁶⁰ und Art. 83 ff. GG folgt ferner ein striktes Verbot (auch und gerade gegenüber dem Gesetzgeber) der Einrichtung von »Verwaltungstypen« außerhalb des in der Verfassung vorgesehenen Kanons (Umgehungsverbot).⁶¹ Da die grundgesetzliche Festlegung der Verwaltungstypen wesentlich in der Definition von Ingerenz- oder Eigenverwaltungsrechten des Bundes besteht, enthält das Umgehungsverbot zugleich auch das strikte Verbot der Mitentscheidung nicht zuständiger Verwaltungsträger.⁶² Die verfassungsrechtlich zulässigen Mitentscheidungsrechte (des Bundes) sind in den Art. 83 ff. GG (und Art. 91a, b sowie Art. 104b, Art. 108 Abs. 2 S. 3 GG) abschließend festgelegt.⁶³ Darüber hinausgehende, ein-

58 Bekanntlich wird von den kompliziert ausgestalteten Mitteln und Verfahren der Bundesaufsicht in Art. 84 Abs. 3–5 GG seit Jahrzehnten kein Gebrauch gemacht, s. dazu *Groß* (Fn. 45), Art. 84 Rn. 48; *Lerche* (Fn. 13), Art. 84 Rn. 130; *Dittmann*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007), Art. 84 Rn. 42, die allerdings von einer Disziplinierungswirkung schon der Existenz dieser Instrumente ausgehen.

59 Harte Kritik an der Verantwortungsverflechtung bei der Bundesauftragsverwaltung bei *Groß* (Fn. 45), Art. 85 Rn. 31: »grundsätzlich verfehlt«; zu den aus Anlass der seit langem bestehenden Querelen um die atomrechtliche Auftragsverwaltung (dazu BVerfGE 81, 310; 104, 249) angestellten Überlegungen einer Überführung in Bundeseigenverwaltung *Burgi*, NVwZ 2005, 247 ff.; *Leidinger/Zimmer*, DVBl. 2004, 1005 ff.

60 Art. 30 GG vervollständigt die verfassungsrechtlichen Mischverwaltungsverbote für den Bereich der gesetzefreien Verwaltung, *Lerche* (Fn. 13), Art. 83 Rn. 86. Auch diese Grundvorschrift der föderalen Zuständigkeitsordnung – wie die spezielleren Vorschriften für die Ausführung der Bundesgesetze – ist eben nicht nur Verteilungsregel, sondern auch Trennungsgebot und Kooperations-schranke.

61 Beispiele bei *Lerche* (Fn. 13), Art. 83 Rn. 86: Mitwirkungsrechte der Länder in den Bereichen der Bundeseigenverwaltung, Selbsteintrittsrecht des Bundes gegenüber Landesbehörden.

62 Deutlich *Hermes*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 3, 2000, Art. 83 Rn. 49.

63 Über den Inhalt und die Reichweite solcher (etwaiger) verfassungsrechtlich eingeräumter Mitwirkungsrechte kann selbstverständlich gestritten werden; s. etwa die Diskussion zu Steuerbefugnissen bis hin zu Weisungsrechten (z.B. § 4 Abs. 4 BKAG) der Zentralstellen nach Art. 87 Abs. 1 GG, dazu *Lerche* (Fn. 13), Art. 87 Rn. 130; *Burgi*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Bonner Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 87 Rn. 32: »Verwaltungsorgan der Mischverwaltung«; zweifelnd demgegenüber *Bull* (Fn. 39), Art. 87 Rn. 57. Auch die umstrittene Frage der Zulässigkeit der Verbundlösung in der Rentenversicherung (s. jetzt §§ 126 ff. SGB VI) lässt sich darauf konzentrieren,

fachgesetzlich festgelegte oder durch Verwaltungsvereinbarung begründete Mitentscheidungsrechte sind schlechthin unzulässig.⁶⁴ Die verbotene Mitentscheidung kann in Einvernehmens-, Zustimmungs- und Genehmigungsrechten des unzuständigen Verwaltungsträgers bestehen,⁶⁵ sie kann auch – zusätzlich qualifiziert – in gemeinsamen Verwaltungseinrichtungen institutionalisiert sein (Gemeinschaftsverwaltung)⁶⁶ oder in gemeinschaftlichen Rechtsakten Ausdruck finden (Mischrechtsakte).⁶⁷ Letztlich kommt es auf diese Abstufungen nicht entscheidend an, weil das strikte Verbot sämtliche (verfassungsrechtlich nicht zugelassenen) Fälle umfasst. Dies sollte in aller Deutlichkeit festgehalten werden, weil bis heute trotz verbreiteten grundsätzlichen Bekenntnisses zum absolut-strikten Verbot der Mitentscheidung doch zugleich immer wieder auch hier Ausnahmen für denkbar gehalten werden.⁶⁸ Und auch das Hartz-IV-Urteil ist ja in seiner Differenz zwischen dem abstrakten Teil der (stringenten) Rechtssatzbildung und der dazu nicht recht passenden Anwendung der Rechtssätze auf den konkreten Fall von dieser Rest-Unschlüssigkeit geprägt.

Andere Formen der Zusammenarbeit zwischen den Verwaltungsträgern sind natürlich nicht ausgeschlossen,⁶⁹ sondern können umgekehrt sogar ihrerseits – vor allem aus Art. 35 GG und dem Grundsatz der Bundestreue –, in Inhalt und Maß abhängig von den jeweiligen Erfordernissen, verfassungsrechtlich gefordert sein. Sie finden aber ihre definitive Grenze in dem Verbot konstitutiver Mitentscheidung des unzuständigen Trägers.⁷⁰ Die Unterscheidung der drei unterschiedlichen Verbotsgehalte ist (wie zum Verhältnis von Umgehungs- und Fremdbestimmungsverbot schon dargelegt) nicht kategorischer, sondern nur veranschaulichender Art: So kann man von einer (teilweisen) Aufgabe der Kompetenz und damit einer Verletzung des Delegationsverbots auch dann schon sprechen, wenn bei Aufrechterhal-

ob aus Art. 87 Abs. 2 GG eine (implizite) verfassungsrechtliche Ermächtigung und damit Zuständigkeit der Bundeskörperschaft zu Direktiven gegenüber den Landsträgern interpretatorisch erschlossen werden kann oder nicht. Insoweit sprechen allerdings gute Gründe gegen eine solche Kompetenz, insbesondere das Verhältnis zu Art. 84 GG (Umgehungsverbot) und das daraus zu schließende beredete Schweigen des Art. 87 Abs. 2 GG. Mit- oder sogar Alleinentscheidungsbefugnisse der Träger mittelbarer Bundesverwaltung mit Bindungswirkung gegenüber den »nachgeordneten« Landsträgern außerhalb der Bahnen der Gesetzes- und Verordnungsbindung sowie der Ingerenzmittel des Art. 84 GG (allg. Verwaltungsvorschriften, ausnahmsweise Einzelweisungen, Aufsicht) lassen sich also nicht aus eigener Zuständigkeit nach Art. 87 Abs. 2 GG rechtfertigen; wie hier *Schnapp*, DÖV 2003, 965 (971 f.); *Boecken*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Organisationsreform der gesetzlichen Rentenversicherung nach Maßgabe der Diskussionsgrundlage der Sozialpartner, 2000, S. 27 ff.; grundsätzlicher auch *Isensee* (Fn. 36), § 98 Rn. 182; a.A. *Krebs* (Fn. 29), S. 21 ff.; *Axer*, in: FS Krause, 2006, S. 79 (92 f.); *Burgi* (diese Fn.), Art. 87 Rn. 68.

64 *Dittmann* (Fn. 58), Art. 83 Rn. 4.

65 *Loeser* (Fn. 29), S. 125: »konvergierende Verwaltung«.

66 *Loeser* (Fn. 29), S. 122 ff.: »gemeinsame Verwaltung«.

67 Typologien bei *Loeser* (Fn. 29), S. 67 ff., 107 ff. und *Mempel*, Hartz-IV-Organisation auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, 2007, S. 75 ff.

68 *Mempel* (Fn. 67), S. 81: »Restunsicherheit«.

69 *Loeser* (Fn. 29), S. 126 f.: »unterstützende Verwaltung«.

70 *Hermes* (Fn. 62), Art. 83 Rn. 53: »Letztentscheidungsbefugnis und -verantwortlichkeit«.

tung der formalen Zuordnung einer Aufgabe zum zuständigen Verwaltungsträger doch auf die Befugnis zur eigenen Sachentscheidung verzichtet oder die Befugnis zwangsweise verlagert wird, also Fremdbestimmung eintritt.⁷¹

2. Gehalte des Grundsatzes eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung

Neben die strikt verbindlichen Ausprägungen des Mischverwaltungsverbots tritt der nur prinzipielle Geltung beanspruchende, Einschränkungen zulassende Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung. Dieser, im Schornsteinfegerbeschluss als grundsätzliches Organleiheverbot konzipierte Grundsatz bedarf allerdings wegen der missverständlichen Verquickung seines Gehalts mit dem strikteren Fremdbestimmungsverbot im Hartz-IV-Urteil der Verdeutlichung: Nimmt man wie hier an, dass die starke Kooperationsform der Mitentscheidung ohnehin absolut verboten ist, sofern sie nicht im Grundgesetz ausdrücklich zugelassen ist, so sollte das einschränkungsfähige Gebot eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung mit diesem Thema nichts mehr zu tun haben. Es erfasst vielmehr die weniger starken Kooperationsformen unterhalb der Mitentscheidungsschwelle, insofern auch solche Kooperationen eine Gefahr für den eigenverantwortlichen Aufgabenvollzug begründen können. Dominierend geht es dabei sicherlich nach wie vor um die Inanspruchnahme fremder sachlicher oder personeller Mittel für die Aufgabenwahrnehmung, um eine »permanent-institutionalisierte Amtshilfe«. Trotz der funktionalen Eingliederung des fremden Organs (oder von Teilressourcen) in die eigene Verwaltung können sich aus der Fremdwahrnehmung der Aufgabe und dem Verzicht auf eigene Ressourcen auf längere Sicht Risiken für die Bildung und Umsetzung eines eigenen Vollzugswillens und damit die verfassungsrechtlich unverfügbar aufgegebenen Selbstentscheidung ergeben.⁷² Deswegen drängt das BVerfG die Organleihe in die Ausnahmeposition (»eng umgrenzte Verwaltungsmaterie«) und verlangt es dafür hinreichende sachliche Gründe. Über die Organleihe hinaus erscheint auch denkbar, dass andere besonders weitgehende Kooperationsformen sogar schon im informationellen Bereich (entscheidungsvorbereitende externe Beratung, extensive Anhörungs- und Abstimmungsverpflichtungen) die Eigenverantwortlichkeit unterwandern können. Auch hier kann der Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung Rechtfertigungszwang erzeugen. Klar sollte aber für die Zukunft sein, dass die Rechtfertigung einer Abweichung vom Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung tatsächlich nur hinsichtlich dieser hier geschilderten Gehalte des Grundsatzes in Betracht kommt und jedenfalls nicht für die strikt verbotenen Ausprägungen einer Mischverwaltung.

⁷¹ Dazu Müller-Franken, VSSR 2000, 155 (169 f.).

⁷² Groß (Fn. 45), Art. 83 Rn. 32, verweist auf die Bedeutung der beim verleihenden Hoheitsträger verbleibenden Personalhoheit und unterwirft die Organleihe aus diesem Grund sogar dem strikten Umgehungsverbot.

3. Konsequenzen für die Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II

Für die im Hartz-IV-Urteil beurteilte Regelung hinsichtlich der Arbeitsgemeinschaften zur Verwaltung der Grundsicherung bedeuten diese Grundsätze, dass diese Regelung als ohne weiteres mit dem Verbot der Mitentscheidung verfassungsrechtlich unvereinbar hätte erklärt werden können. Selbst wenn man das Fremdbestimmungsverbot nicht wie hier in jeder Hinsicht als strikt verbindlich ansehen würde, sondern in Ausnahmefällen Einvernehmensvorbehalte für denkbar hielte, so hätte dies doch hier nicht zu einem anderen Ergebnis führen können, da die Gemeinschaftsverwaltung in einheitlicher Willensbildung und mit einheitlicher Verwaltungsakt-Entscheidung, wie sie in den Arbeitsgemeinschaften stattfindet, die denkbar höchst entwickelte Form einer Mitentscheidungsstruktur verwirklicht.⁷³ Es handelt sich bei dem in den Arbeitsgemeinschaften verwirklichten Organisationsdesign um einen Paradefall strikt verbotener Mischverwaltung.⁷⁴ Auf die vom BVerfG gleichwohl angestellte Diskussion (und Verneinung) der aus dem Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung entlehnten Rechtfertigungsgründe wäre es gar nicht angekommen.

IV. Mischverwaltung und Kommunen

1. Kommunen als Objekte des Mischverwaltungsverbots

Zutreffenderweise hat das BVerfG im Hartz-IV-Urteil für die Anwendung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe zur Mischverwaltung kein Problem darin gesehen, dass es in diesem Fall um eine gesetzlich angeordnete Zusammenarbeit eines Trägers mittelbarer Bundesverwaltung mit kommunalen Verwaltungsträgern ging.⁷⁵ Aus der staatsorganisatorischen Zugehörigkeit der Kommunen zu den Ländern, ihrer Eigenschaft als Träger mittelbarer Landes-Staatsverwaltung, folgt eindeutig, dass der kommunale Beteiligte einer Verwaltungskooperation mit dem Bund ebenso den Ländern zuzurechnen ist, wie dies bei einer beteiligten staatlichen Verwaltungsstelle der Fall wäre. Die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten einer Verwaltungskooperation können aus Sicht des Bundes gegenüber den Gemeinden keinesfalls weitergehen als gegenüber den staatlichen Behörden der Länder.⁷⁶

73 *Brosius-Gersdorf*, VSSR 2005, 355 (378): »im begrifflichen Sinne Mischverwaltung«, »Mischbehörde«; *Mempel* (Fn. 67), S. 121: »gemeinsame Bund-Länder-Einrichtungen«, »Mischrechtsakte«; *Lühmann*, DÖV 2004, 677 (683); *Ruge/Vorholz*, DVBl. 2005, 403 (408).

74 Und gerade nicht »nur« um einen Fall der – rechtfertigungsfähigen – Organleihe, *Henneke*, DÖV 2005, 177 (189).

75 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 151.

76 Zutreffend *Mempel* (Fn. 67), S. 36.

2. Keine subjektive Berechtigung der Kommunen aus dem Mischverwaltungsverbot

Ebenso klar ist allerdings, dass die Landkreise und kreisfreien Städte subjektiv aus den bundesstaatlichen Normen über die Kompetenzverteilung und -trennung nicht berechtigt sind. Das BVerfG bekräftigt im Hartz-IV-Urteil seine restriktive Haltung zur Berechtigung der Kommunen im Verfahren der Kommunalverfassungsbeschwerde und die sich daraus ergebende Beschränkung des Prüfmaßstabes auf Art. 28 Abs. 2 GG.⁷⁷ Die Kommunalverfassungsbeschwerde wird sogar in ihrem ersten Teil als unbegründet zurückgewiesen, soweit sie die bundesgesetzliche Aufgabenübertragung auf die Kommunen rügt (mögliche Verletzung des Art. 84 Abs. 1 GG a.F.). Was für diesen ersten Teil der Beschwerde gilt, muss konsequenterweise auch für den zweiten Teil, die Prüfung der Mischverwaltung in den Arbeitsgemeinschaften, gelten.⁷⁸ Die Verletzung der bundesstaatlichen Vorschriften der Art. 30, 83 ff. GG betrifft allein die Länder, nicht unmittelbar die Kommunen, die daraus kein Recht herleiten können. Dementsprechend zieht der Senat auch nicht diese bundesstaatlichen Vorschriften als unmittelbaren Prüfungsmaßstab heran, sondern nur Art. 28 Abs. 2 GG. Dennoch spielen die inzident geprüften bundesstaatlichen Vorschriften mittelbar die entscheidende Rolle, weil ihre Überschreitung »gleichzeitig zu einer Verletzung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in ihrer Ausprägung als Garantie eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG« führt.⁷⁹ Es handelt sich also um einen derjenigen Fälle, in denen der Prüfungsmaßstab über Art. 28 Abs. 2 GG hinaus auf andere mittelbar maßgebliche Verfassungsnormen erweitert worden ist, insofern diese »geeignet sind, das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitzubestimmen«.⁸⁰ Das bundesstaatliche Verbot der Mischverwaltung prägt dem BVerfG zufolge ganz entscheidend den Gehalt der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG in Gestalt der garantierten Eigenverantwortlichkeit der Kommunen; beide Gewährleistungsgehalte werden sogar gleichgesetzt.

3. Kongruenz der Garantien kommunaler Eigenverantwortlichkeit und des bundesstaatlichen Verbots der Mischverwaltung unter kommunaler Beteiligung

Eben diese Gleichsetzung wirft allerdings gravierende Fragen auf. Sie ist wohl auch wesentlich für die oben herausgearbeitete Unstimmigkeit des Hartz-IV-Urteils in seinem konkret subsumierenden Teil verantwortlich. Auf den ersten Blick

77 Dazu nur *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 698 ff.

78 Das BVerfG behandelt allerdings beide Fragen (d.h. die Aufgabenzuweisung und die Mischverwaltung) insofern prozessual unterschiedlich, als es in der ersten Frage auch eine mittelbare Relevanz für die Prüfung der Selbstverwaltungsgarantie bestreitet (BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 124 ff.), diese Relevanz in der Frage der Mischverwaltung hingegen behauptet. Ob die dafür angeführten Gründe wirklich überzeugen, bleibt zweifelhaft.

79 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 150.

80 Etwa: BVerfGE 56, 298 (310); Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 70 ff. GG; 71, 25 (37); Art. 106 Abs. 5 GG; 91, 228 (242); Demokratieprinzip.

erscheint die vom BVerfG vorgenommene Parallelisierung als imponierende Harmonisierungsleistung: Die Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung wird abgestimmt auf die bundesstaatliche Garantie der Eigenstaatlichkeit von Bund und Ländern, der bundesstaatlich-staatsorganisatorische Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung, wie er 1983 im Schornsteinfegerbeschluss geschaffen worden ist, zusammengeführt mit der schon begrifflich verwandten kommunalen Eigenverantwortlichkeit. Die kommunale Eigenverantwortlichkeit (Gewährleistungsgehalt des Art. 28 Abs. 2 GG) wird – fast wie ein Unterfall oder eine Ausprägung – an die Seite des bundesstaatlichen Grundsatzes eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung gestellt⁸¹. In der Folge argumentiert das BVerfG einheitlich aus den so verschmolzenen Maßstäben: Es traktiert das Problem der Mischverwaltung mit kommunaler Beteiligung gleichsam mit einem verfassungsrechtlichen Mischmaßstab aus bundesstaatsrechtlichen und kommunalstaatsrechtlichen Elementen.

Schon das unmittelbare Nebeneinander beider Maßstäbe in der Entscheidung macht jedoch darauf aufmerksam, dass hier eigentlich wohl Unterschiedliches unter ein gemeinsames begriffliches Dach (Eigenverantwortung) gestellt wird mit der Folge einer problematischen wechselseitigen Mutation der je spezifischen Gewährleistungsgehalte: Der bundesstaatliche Eigenverantwortlichkeitsgrundsatz hat seit der Schornsteinfegerentscheidung seinen beschränkten Gehalt wesentlich darin, die Aufgabenwahrnehmung mit eigenen Verwaltungsmitteln einzufordern (insbesondere: Organleiheverbot), betrifft also einen eher verwaltungsorganisatorischen Aspekt. Der Eigenverantwortlichkeitsgrundsatz des Art. 28 Abs. 2 GG garantiert – viel weiter – die grundsätzlich »eigenverantwortliche Führung der Geschäfte«, also neben der organisatorischen auch eine inhaltliche, auf die Entscheidungsverantwortung bezogene Schutzwirkung. Diese wird in der bundesstaatlichen Verwaltungsordnung aber, wie oben herausgearbeitet, nicht erst durch den Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung, sondern vor allem schon durch das strikte Fremdbestimmungsverbot geleistet. Der bundesstaatliche Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit hat seinem Herkommen und seiner Auffangfunktion gemäß einen engeren Garantiegehalt als die Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen. Die Gleichsetzung oder gar Fusionierung beider Grundsätze begünstigt mithin jene oben identifizierte problematische Vorgehensweise des Senats im Hartz-IV-Urteil, den bundesstaatsrechtlichen Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit mit Garantiegehalten aufzuladen, die eigentlich schon mit dem Fremdbestimmungsverbot (Mischverwaltungsverbot im engeren Sinne) abgedeckt sind. Sie begünstigt damit aber auch das problematische Ergebnis, dass das eigentlich strikte Fremdbestimmungsverbot in seiner Wirkkraft aufgeweicht wird, weil jetzt rechtfertigungsfähige Ausnahmen denkbar werden – auch hinsichtlich der Mitentscheidung anderer unzuständiger Verwaltungsträger. Dies ist die natürliche Konsequenz daraus, dass die Selbstverwaltungsgarantie unter weiterreichenden Einschränkungs- und Ausgestaltungsvorbehalten des Gesetzgebers steht als die bundesstaatliche Kompetenz-

81 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 176.

verteilungs- und -trennungsordnung; das macht schon der Gesetzesvorbehalt in Art. 28 Abs. 2 GG deutlich. Die kommunale Eigenverantwortlichkeit ist gewiss nicht absolut, ohne Möglichkeit der Einschränkung garantiert. Den Kommunen sind staatliche Mitentscheidungsrechte (des jeweiligen Landes) daher, so problematisch sie im einzelnen sein mögen, nicht kategorisch fremd.⁸² Staatliche Eingriffe in die kommunale Selbstentscheidung können, sofern überhaupt ein kommunaler Spielraum zu »selbstverantwortlichen Maßnahmen« bleibt und ausreichende tragfähige Sachgründe gegeben sind, mit den auf den Kern- und Randbereich der Autonomie bezogenen Gestaltungsschranken des Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar sein.⁸³ Man muss also konstatieren: Die Maßstäbekonjunktion des Bundesverfassungsgerichts ist geeignet, im Ergebnis das bundesstaatliche Verbot der Mischverwaltung eher zu schwächen.

Aus Sicht des Art. 28 Abs. 2 GG ist der Schluss des Bundesverfassungsgerichts vom Gewährleistungsgehalt des Verbotes der Mischverwaltung auf denjenigen der kommunalen Eigenverantwortlichkeit nicht weniger hinterfragenswert. Er kann diese stärken, weil er sie mit den rigideren Anforderungen des bundesstaatlichen Mischverwaltungsverbots kurzschließt. Wenn es wirklich stimmt, dass jede Überschreitung des Mischverwaltungsverbots immer auch schon zugleich eine Verletzung der kommunalen Eigenverantwortlichkeit ist, dann liegt darin eine bemerkenswerte Aufwertung der Selbstverwaltungsgarantie, die in einer nicht zu verkennenden Spannung mit der bisherigen, gegenüber staatlichen Eingriffen eher großzügigen Rechtsprechung zu Art. 28 Abs. 2 GG steht. Wenn man zudem annimmt, dass die Gewährleistung der Eigenverantwortlichkeit nicht unterschiedlichen Schutzgehalt haben kann je nachdem, ob die Eingriffe von Bundes- oder Landesebene herrühren,⁸⁴ dann hat die von der bundesstaatlichen Kompetenztrennung her argumentierende Interpretation des Art. 28 Abs. 2 GG auch Rückwirkungen auf dessen ganz primäre Schutzrichtung gegenüber den Ländern. Das bundesstaatliche Mischverwaltungsverbot wird auf diese Weise zum Maßstab auch (landes-) staatlich-kommunaler Mischverwaltung.⁸⁵

82 Sicherlich garantiert auch die Gewährleistung kommunaler Eigenverantwortlichkeit Schutz vor staatlicher Steuerung kommunaler Entscheidungen, etwa durch Fachweisungen, VerfGH Rh.-Pf., DÖV 1983, 113. Dieses – grundsätzliche – Verbot ist aber weniger strikt als dasjenige im Bund-Länder-Verhältnis; vgl. die Regelungen der Kommunalaufsicht, mit der nicht einmal die Ingerenzrechte der Bundesaufsicht i.e.S. in Art. 84 Abs. 3, 4 GG wesensmäßig vergleichbar sind (keine selbständige Bundesaufsicht, *Trute* [Fn. 12], Art. 84 Rn. 41), ferner die staatlichen Genehmigungsvorbehalte (zum Streit um deren Zulässigkeit *Löwer*, in: v. *Münch/Kunig*, Grundgesetz, 5. Aufl. 2001, Rn. 63); zu einem kritischen, aber in der Rechtsprechung noch akzeptierten Beispiel staatlich-kommunaler Kooperation im Sparkassenbereich *Meyer*, NVwZ 2001, 766 ff.

83 BVerfGE 91, 228 (238 ff.); 107, 1 (18 f.); Garantie »substanzialer Freiräume«, aber nicht absolutes Verbot der externen Mitwirkung; *Mempel* (Fn. 67), S. 79.

84 Die Annahme einer gespaltenen Garantienorm des Art. 28 Abs. 2 GG gegenüber Bundes- oder Landeseingriffen ist fern liegend: Aus Sicht der Selbstverwaltungsgarantie ist es gleichgültig, welchem staatlichen Verband die Beschränkung ihrer Autonomie zugerechnet werden muss, s. in diesem Sinne auch das Hartz-IV-Urteil selbst: BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 134, hinsichtlich der Aufgabenzuweisung.

85 S. dazu *Erichsen/Büdenbender*, NWVBl. 2001, 161 ff.

Insgesamt spricht wohl in der Tat mehr gegen die Maßstabgleichsetzung durch das Bundesverfassungsgericht und für ein differenzierendes Verständnis der Eigenverantwortlichkeit je nachdem, ob es um das Bund-Länder-Verhältnis oder um die staatliche Einflussnahme auf die kommunale Aufgabenerledigung geht. So verdientvoll aus bundesstaatlicher Sicht die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Mischverwaltung sind, so wäre es doch wohl konsistenter gewesen, von vornherein nur aus Art. 28 Abs. 2 GG zu argumentieren. Das Ergebnis wäre damit nicht weniger überzeugend ausgefallen: Die Zusammenfassung der Willensbildung und Entscheidungsgewalt in gemeinschaftlichen Verwaltungsstellen von Bund und Kommunen hebt die Verantwortungszurechnung so vollständig auf, dass auch der weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Gewährleistungsbereich des Art. 28 Abs. 2 GG jedenfalls überschritten ist.⁸⁶ Wenn das Sondervotum dagegen hält, es komme auf die vergemeinschaftete *Aufgabenwahrnehmung* gar nicht an, weil die *Aufgaben* selbst als verschiedene bei den beiden Trägern blieben, und es beeinträchtige die einheitliche Entscheidung der Arbeitsgemeinschaft bzw. Einigungsstellen nach § 44a ff. SGB II schon deswegen nicht die Eigenverantwortung der beiden Träger, weil diese Entscheidungen vollständig gesetzlich gebunden seien,⁸⁷ können diese Begründungen schwerlich überzeugen. Wie man den Art. 83 ff GG,⁸⁸ aber auch etwa Art. 104a GG,⁹ entnehmen kann, garantieren die verfassungsrechtlichen Normen über die Verwaltungskompetenzverteilung Eigenverantwortung (und Finanzierungsverantwortung!) gerade im Hinblick auf die Aufgabenwahrnehmung. Und sicherlich beschränkt sich die verfassungsrechtlich garantierte Eigenverantwortlichkeit des die jeweilige Aufgabe wahrnehmenden Verwaltungsträgers nicht nur auf den Bereich gesetzlich eingeräumten Ermessens. Die Art. 83 ff. GG über die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder belegen klar, dass eigene, verfassungsrechtlich geschützte Verantwortlichkeit gerade auch dann besteht, wenn und soweit Entscheidungen inhaltlich durch den verbandsfremden Bundesgesetzgeber vorgegeben sind.

V. Fazit

Das BVerfG hat in den Urteilen zu § 50 Abs. 4 TKG a.F. sowie zur Verwaltung der Hartz-IV-Grundsicherung wichtige Aussagen zur Stärkung der Eigenstaatlichkeit von Bund und Ländern, mittelbar darüber hinaus auch der Eigenverantwortlichkeit der Kommunen getroffen. Das föderale Trennungsprinzip, das sich in verschiedenen, absoluten und relativen Gehalten eines Verbotes der Mischverwaltung

⁸⁶ Wie hier *Ruge/Vorholz*, DVBl. 2005, 403 (406 f.); hinzu kommen die vom BVerfG (Rn. 198 ff.) noch festgestellten Eingriffe in die kommunale Personal- und Finanzhoheit.

⁸⁷ Abweichende Meinung der Richter *Broß, Osterloh und Gerhardt*, BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 212 ff.

⁸⁸ Die Rechtsprechung und Diskussion zu Art. 85 Abs. 3 GG macht den Stellenwert der (unentziehbaren) Wahrnehmungskompetenz der Länder hinreichend deutlich, BVerfGE 104, 249 ff.; *Ossenbühl*, Länderkompetenz und Bundesaufsicht in der Bundesauftragsverwaltung, in: *ders.* (Hrsg.), Deutscher Atomrechtstag 2002, S. 49 ff.

⁸⁹ Dazu *Henneke*, DÖV 2005, 177 (188).

ausprägt, ist damit befestigt und gegen seit Jahrzehnten immer wieder, auch in der eigenen Rechtsprechung vorgetragene Relativierungs- und Unitarisierungstendenzen verteidigt worden. Die Urteile fügen sich ein in eine zwar nicht ungebremste und ungeteilte, aber doch bei allen Halbherzigkeiten und Widerständen fühlbare verfassungspolitische Zeitströmung, die auf eine deutlichere Aufteilung der Funktionsräume von Bund und Ländern drängt. Sowohl die im Hartz-IV-Urteil vorgenommene bemerkenswerte Harmonisierung der bundesstaatlichen Funktionstrennung mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie als auch ihre rechtsstaatliche Flankierung unter dem Etikett der Verantwortungsklarheit werfen allerdings auch Fragen auf, die noch eingehender durchdacht werden müssen.

Winfried Kluth

Der grundgesetzliche Schutz der Landkreise vor Aufgabenübertragung und Aufgabenentzug

*Zugleich eine Besprechung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts
vom 20. Dezember 2007¹*

Das BVerfG hatte in seiner Arge-Entscheidung nicht nur über die (Un-) Zulässigkeit dieser Organisationsform befunden, sondern auch zu prüfen, welchen grundgesetzlichen Schutz die Landkreise im Falle der Zuweisung und des Entzugs von Aufgaben genießen. Die nachstehende Analyse zeigt, dass der Zweite Senat – ohne dies besonders kenntlich zu machen – von der bisherigen Rechtsprechung abweicht und setzt sich kritisch mit Argumentation und Ergebnis auseinander.

I. Einführung

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zu den Arbeitsgemeinschaften gemäß § 44b SGB II (Arge-Urteil) nicht nur über die Frage der Zulässigkeit der dabei gewählten Organisationsform entschieden, sondern sich in diesem Zusammenhang auch zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Übertragung und des Entzugs von Aufgaben bei Landkreisen geäußert. Dabei kommt der Zweite Senat (formal) anknüpfend an die bisherige Rechtsprechung² zu dem Ergebnis, dass sich der verfassungsrechtliche Schutz der Landkreise gegenüber der Zuweisung und dem Entzug von Aufgaben in seiner Intensität deutlich von dem Schutzniveau unterscheidet, das die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung bei den Gemeinden zugrunde legt. Diese auch in der wissenschaftlichen Literatur herrschende Ansicht³ führt nicht nur zu unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Maßgaben für die Aufgabenzuweisung an Kommunen, sondern verändert das Selbstverwaltungsrecht der Kreise in einer Situation der Verwaltungsreform, die durch mannigfache Formen der Aufgabenverlagerung mit dem Ziel der Kostensenkung gekennzeichnet ist. In fast allen Bundesländern sind es dabei die Landkreise, deren Aufgabenbestand am weitgehendsten verändert wird.

Hinter dieser Problematik verbirgt sich die noch grundsätzlichere Frage nach der Identität der Landkreise. Bereits die Verwendung der Bezeichnung »Gemeindeverband« in Art. 28 Abs. 2 GG, die in einem Spannungsverhältnis zu der in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG angeordneten unmittelbaren Wahl des Kreistages durch die Bürger

Der Verfasser, Dr. Winfried Kurth, ist o. Professor an der Universität Halle-Wittenberg.

1 Zugleich Besprechung von BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, Az. 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04.

2 BVerfGE 21, 177 (128 f.); 23, 353 (365); 79, 127 (150 ff.); 83, 363 (383).

3 Siehe nur Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 28, Rn. 178; Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 97; Stern, in: Bonner Kommentar, Art. 28 (Zweibearbeitung 1964), Rn. 169; Waechter, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997, Rn. 178.

steht, macht deutlich, dass die stimmige Verortung der Landkreise bis heute nicht gelungen ist. Das hängt vor allem mit der schwierigen begrifflichen Erfassung ihres Aufgabenbestandes zusammen. Sowohl das Grundgesetz als auch die Landesverfassungen operieren mit der Formulierung der »gesetzlich zugewiesenen Aufgaben«. Erst die dogmatische Aufladung durch die Institutsgarantie führt höchst mittelbar zur Garantie eines Mindestbestandes an Aufgaben der Kreise.⁴ Die damit verbundenen Unsicherheiten und Schutzlücken werden in der Arge-Entscheidung wieder einmal deutlich.

Vor dem Hintergrund dieser sowohl praktisch bedeutsamen als auch (weiterhin) grundsätzlich relevanten Fragestellungen soll im Folgenden die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (und damit implizit auch die herrschende Meinung) einer kritischen Analyse unterzogen werden.

II. Die Argumentation des BVerfG

1. Der zugrunde liegende Sachverhalt

Den Kontext der Entscheidung prägte die maßgeblich auch durch andere verfassungsrechtliche Fragestellungen⁵ bestimmte Neuordnung der so genannten Grundsicherung für Arbeitssuchende im SGB II.⁶ Im Zuge der so genannten Hartz-IV-Reform wurde den Landkreisen im Zusammenhang mit der integrierten Wahrnehmung der Aufgaben der Grundsicherung zusammen mit den Agenturen für Arbeit gemäß § 44b SGB II die Bildung der Arbeitsgemeinschaften vorgeschrieben (»soll«), soweit nicht eine alternative Form der Aufgabenerfüllung (numerisch auf 69 Kommunen begrenztes Optionsmodell) gewählt wird.⁷ Das SGB II ist damit für die Landkreise in doppelter Hinsicht mit Eingriffen in ihren gesetzlichen Aufgabenbestand verbunden: zunächst wird ihnen eine neue Aufgabe zugewiesen; dann wird diese Aufgabe ihnen aber insoweit wieder entzogen, als sie gesetzlich verpflichtet werden, sie zusammen mit den Agenturen für Arbeit in der (undefinierten) Rechtsform der Agentur wahrzunehmen.

2. Der Vortrag der beschwerdeführenden Landkreise

Ein Teil der beschwerdeführenden Landkreise sah in dieser Vorgehensweise sowohl hinsichtlich der Aufgabenzuweisung als auch des anschließenden Aufgabenentzugs eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts aus Art. 28 Abs. 2 GG. In Bezug auf die Aufgabenzuweisung wurde vor allem geltend gemacht, dass durch die

4 Siehe exemplarisch *Schmidt-Aßmann/Röhl*, in: *Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 13. Aufl. 2005, Rn. 138.

5 Namentlich die (Un-) Zulässigkeit der bundesgesetzlichen Zuweisung von Aufgaben an die Kommunen sowie der Verstoß gegen den Grundsatz des Verbotes der Mischverwaltung. Siehe dazu näher *Mempel*, *Hartz IV-Organisation auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand*, 2007.

6 Siehe dazu eingehender *Henneke*, *ZSE* 2004, 548 ff.

7 Siehe dazu näher *Robra*, *Organisation der SGB II-Leistungsträger*, 2007, S. 38 ff.

neue Aufgabe trotz eines teilweisen finanziellen Ausgleichs durch den Bund⁸ die Wahrnehmung sonstiger Selbstverwaltungsaufgaben beschränkt werde. Zudem sei der Bundesgesetzgeber nicht befugt, den Landkreisen direkt Aufgaben zuzuweisen.⁹ Soweit die Landkreise durch § 44b SGB II grundsätzlich die Verpflichtung auferlegt werde, Arbeitsgemeinschaften mit den Agenturen für Arbeit zu errichten und diesen die Aufgaben der kommunalen Träger zu übertragen, liege zudem ein unzulässiger Aufgabenentzug und ein Eingriff in die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung vor.

3. Die Argumentation des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Argumentation bereits in ihrem verfassungsrechtlichen Ansatz unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung und die herrschende Meinung der wissenschaftlichen Literatur zurückgewiesen und dies folgendermaßen begründet:

»Das Recht der Selbstverwaltung ist den Gemeindeverbänden nach Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG für die Ausgestaltung ihres Aufgabenbereichs nur eingeschränkt gewährleistet. Anders als bei den Gemeinden (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG) beschreibt die Verfassung die Aufgaben der Kreise nicht selbst, sondern überantwortet dies dem Gesetzgeber (vgl. BVerfGE 79, 127 <150>; 83, 363 <383>; ...). Dessen Gestaltungsspielraum bei der Regelung des Aufgabenbereichs der Kreise findet erst dort Grenzen, wo verfassungsrechtliche Gewährleistungen des Selbstverwaltungsrechts der Kreise entwertet würden. Der Gesetzgeber darf diese Gewährleistung nicht unterlaufen, indem er keine Aufgaben zuweist, die in der von der Verfassung selbst gewährten Eigenverantwortlichkeit wahrgenommen werden könnten. Der Gesetzgeber muss deshalb einen Mindestbestand an Aufgaben zuweisen, die die Kreise unter vollkommener Ausschöpfung der auch ihnen gewährten Eigenverantwortlichkeit erledigen können.

Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG spricht zwar nicht dagegen, den Kreisen auch staatliche Aufgaben in den übertragenen Wirkungskreis zuzuweisen; aber er garantiert daneben eine Zuweisung in den eigenen Wirkungskreis, also einen Bestand an überörtlichen, kreiskommunalen Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises (vgl. BVerfGE 83, 363 <383 f.>; ...). Dieser Aufgabenbestand muss für sich genommen und im Vergleich zu zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein Gewicht haben, das der institutionellen Garantie der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften gerecht wird. Würden ihnen neben einem Schwergewicht an Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis nur ganz randständige, in Bedeutung und Umfang nebensächliche Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises zugewiesen, so wäre die Garantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG durch den Gesetzgeber umgangen und entwertet (vgl. Schmidt-Aßmann/Röhl, Kommunalrecht, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, Rn. 138). Hält der Gesetzgeber diese Begrenzung ein, so bleibt ihm ein weiter Spielraum, der die Gewährleistung des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG nicht berührt (...).«¹⁰

8 Der selbst verfassungsrechtlich problematisch ist, vgl. *Robra* (Fn. 7), S. 161 ff. Zu den Defiziten der Ausgleichsregelung und den verbleibenden finanziellen Belastungen der Kommunen eingehend *Schoch/Wieland*, Kommunale Aufgabenträgerschaft nach dem Grundsicherungsgesetz, 2003, S. 115 ff.

9 Zu dieser Argumentation ausführlich *Schoch/Wieland* (Fn. 8), S. 26 ff.

10 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, Az. 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 116 f.

Das BVerfG setzt insoweit seine bisherige Rechtsprechung¹¹ fort, die dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Kreisaufgaben einen weiten Gestaltungsfreiraum zuerkennt, ohne dass es einen verfassungsrechtlich begründbaren Anspruch der Landkreise auf bestimmte Aufgabenzuweisungen gibt. Anknüpfend an die Rastede-Entscheidung heißt es dann weiter:

»Nicht nur ein Entzug von Aufgaben (vgl. BVerfGE 79, 127), sondern auch eine Aufgabenzuweisung kann in das Recht auf Selbstverwaltung eingreifen, wenn dadurch die Möglichkeit eingeschränkt wird, Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen, die zum verfassungsrechtlich geschützten Aufgabenbestand gehören (vgl. NWVerfGH, Urteil vom 22. September 1992 – VerfGH 3/91 –, NVwZ-RR 1993, S. 486 <487>; ...).

Bei Gemeinden wird die gemeindliche Selbstverwaltung bereits dadurch berührt, dass eine Aufgabenzuweisung ihnen erschwert, neue Selbstverwaltungsaufgaben zu übernehmen; denn zur Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung gehört das Zugriffsrecht auf alle Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft, die nicht anderen Verwaltungsträgern rechtmäßig zugewiesen sind. Demgegenüber können sich Kreise nur unter besonderen Umständen gegen eine Aufgabenzuweisung durch den Gesetzgeber wehren. Einen Abwehranspruch gegen Veränderungen des gesetzlichen Aufgabenbestands gewährt Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG den Gemeindeverbänden in der Regel nicht (...).

Anders als bei den Gemeinden spricht bei den Gemeindeverbänden die Vermutung zunächst gegen einen Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht; da diese auf einen gesetzlich beschriebenen Aufgabenbestand verwiesen sind, bedeutet eine Änderung in aller Regel nicht einen Eingriff in den verfassungsrechtlich garantierten Aufgabenbestand, sondern eine neue Umschreibung seines Umfangs. Ein Eingriff in das verfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltungsrecht der Gemeindeverbände kann erst angenommen werden, wenn die Übertragung einer neuen Aufgabe ihre Verwaltungskapazitäten so sehr in Anspruch nimmt, dass sie nicht mehr ausreichen, um einen Mindestbestand an zugewiesenen Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises wahrzunehmen, der für sich genommen und im Vergleich zu zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein Gewicht aufweist, das der institutionellen Garantie der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften gerecht wird.«¹²

Gewährleistet wird damit – und insoweit ohne jeden klarstellenden Hinweis von der bisherigen Rechtsprechung¹³ abweichend – im Aufgabenbereich (bzw. Gewährleistungsgehalt) nur ein reiner Kernbereichsschutz, der keine Schutzwirkungen im Hinblick auf die Modalitäten und Auswirkungen der Aufgabenwahrnehmung entfaltet. Nur wenn es an einem Mindestbestand an zugewiesenen Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises fehlt, kommt demnach eine Betroffenheit des Selbstverwaltungsrechts überhaupt in Betracht. Der damit gegebene Unterschied zur gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie wird anschließend verdeutlicht:

»Außerhalb eines solchen Mindestbestands an echten Selbstverwaltungsaufgaben schützt Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG gegen Aufgabenentziehungen und -zuweisungen nicht; den Gemeindeverbänden ist, anders als den Gemeinden, kein bestimmter Aufgabenbereich unmit-

11 Insbes. BVerfGE 79, 127 (150 ff.); 83, 363 (383 f.); dazu vertiefend *Schink*, VerwArch 1990, 385 ff.

12 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, Az. 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 119 f.

13 Das gilt namentlich für BVerfGE 83, 363 (383 ff.) in Bezug auf die Zuweisung von Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises.

telbar durch die Verfassung zugewiesen (vgl. BVerfGE 21, 117 <128 f.>; 23, 353 <365>; 79, 127 <150 ff.>; 83, 363 <383>; ...).«¹⁴

Vor dem Hintergrund dieses engen Ansatzes ging die von einem weiter reichenden Verständnis des Schutzbereichs des Art. 28 Abs. 2 GG ausgehende Argumentation der Beschwerdeführer¹⁵ ins Leere und zwar so weit, dass das Gericht bereits das Fehlen einer ausreichenden Darlegung rügt:

»Eine Verletzung des Kernbereichs oder Wesensgehalts der Selbstverwaltung durch die Aufgabenzuweisung in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II haben die Beschwerdeführer nicht dargetan. Die Beschwerdeführer bezeichnen die finanziellen Folgen der Zuweisung der Aufgaben der Grundsicherung für Arbeitsuchende als gravierend. Der Schutz des strikten Konnexitätsprinzips nach dem Verfassungsrecht der Länder werde umgangen, so dass ein vollständiger finanzieller Ausgleich für die zu übernehmenden Aufgaben ausbleibe.

Auf diese Weise können Kreise eine Verletzung des Wesensgehalts der Selbstverwaltung nicht mit Erfolg geltend machen. Die Beschwerdeführer beklagen durch den Hinweis auf finanzielle Belastungen mittelbar mangelnden Spielraum zur Erfüllung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben. Da aber Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben nicht garantiert, kann ein Verfassungsverstoß nicht festgestellt werden. Über den Bestand ihrer Pflichtaufgaben im eigenen Wirkungskreis und über die Wahrnehmung dieser Aufgaben geben die Beschwerdeführer keine Auskunft. Sie legen nicht dar, wie es um die Aufgaben bestellt ist, die nach Landesrecht üblicherweise den Kreisen als Pflichtaufgaben im eigenen Wirkungskreis zugewiesen sind wie die Trägerschaft für weiterführende Schulen, die Nahverkehrsträgerschaft, die Abfallentsorgung oder etwa die Krankenhausversorgung. Es kommt in Betracht, diesen Aufgabenkreis wenigstens als einen Mindestbestand an »kreiskommunalen« – also überörtlichen – Aufgaben zu beurteilen, der das Bild der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften und als nicht nur staatliche Verwaltungsstellen ausreichend prägen kann. Solange aber eine ernsthafte Beeinträchtigung der Erfüllung solcher Aufgaben nicht nachprüfbar dargelegt ist, kann eine Verletzung des Wesensgehalts der Selbstverwaltung der Kreise durch Eingriffe in den Aufgabenbestand nicht angenommen werden.«¹⁶

Dies bedeutet konkret, dass jedweder Aufgabenentzug und jedwede Aufgabenzuweisung so lange *keinerlei* Auswirkungen auf das Selbstverwaltungsrecht der Landkreise zeitigen, wie sie über einen ausreichenden Bestand an Aufgaben des eigenen Wirkungskreises verfügen. Dabei spielt es keine Rolle, welche sachliche Bedeutung die entzogene Aufgabe für die Landkreise und ihr mit dem Selbstverwaltungsrecht verbundenes politisches Gestaltungsrecht hat. Es bleibt auch unbeachtlich, ob die jeweilige Maßnahme aus anderen Gründen evident verfassungswidrig ist.¹⁷

14 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, Az. 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 121.

15 Siehe dazu *Henneke*, ZG 2002, 72 ff.

16 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, Az. 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 122 f.

17 Dazu BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, Az. 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 129. Damit sind auch strengere Maßstäbe für die Antragsbefugnis im Kommunalverfassungsbeschwerdeverfahren verbunden. Dies steht in Widerspruch zur Bejahung der Antragsbefugnis wegen einer Verletzung von »Art. 28 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 83 GG«, die in Rn. 145 bejaht wird und die Voraussetzung für die Bejahung des anschließend geprüften Verstoßes gegen das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip durch die in der Arge verwirklichte Mischverwaltung ist. Siehe zur begrenzten Reichweite des Prüfungsmaßstabes nach bisheriger Rechtsprechung *Robra* (Fn. 7), S. 158 ff.

Vor dem Hintergrund eines sehr umfangreichen, maßgeblich durch den Landesgesetzgeber zugewiesenen Aufgabenbereichs der Landkreise führt diese Rechtsprechung in der Praxis zu dem Ergebnis, dass sich Landkreise unter Berufung auf ihr Selbstverwaltungsrecht praktisch *nie* gegen einen Aufgabenentzug zur Wehr setzen können. Damit befinden sie sich in einer grundlegend anderen Lage als die Gemeinden, bei denen *jeder* Zugriff auf die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft das Selbstverwaltungsrecht tangiert und (verfassungs-) gerichtlich überprüft werden kann. Zwischen dem Selbstverwaltungsrecht von Gemeinden und Landkreisen besteht damit eine sachliche Divergenz, die zu der Frage führt, wie dieses Ergebnis mit der gleichermaßen auf Gemeinden und Landkreise ausgerichteten Schutzfunktion des Art. 28 Abs. 2 GG in Einklang gebracht werden kann. Dies ist umso wichtiger, weil die Landkreise der vornehmliche Adressat der Verschiebung von Staatsaufgaben auf Bundes- und Länderebene sind, ein Vorgang, der sich auch auf die innere Balance zwischen Haupt- und Ehrenamt auswirkt, wenn die Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis zugeordnet werden.¹⁸

Während die Landkreise in Zukunft vor der Zuweisung neuer Aufgaben durch den Bundesgesetzgeber durch Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG und Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG wirksam und absolut geschützt sind, wie das Bundesverfassungsgericht hervorhebt¹⁹, bleibt im Bereich des Aufgabenentzugs auch nach der Föderalismusreform eine offene Flanke, die es näher zu betrachten gilt.

III. Einordnung in den bisherigen Meinungsstand

1. Die wortlautorientierte herrschende Meinung

Das BVerfG stützt seine Interpretation maßgeblich und nahezu ausschließlich auf die Wortlautdivergenz zwischen dem ersten und zweiten Satz des Art. 28 Abs. 2 GG. Während den Gemeinden in Satz 1 die eigenverantwortliche Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft garantiert wird, spricht die Norm in Satz 2 in Bezug auf die Gemeindeverbände (und damit vor allem die Landkreise) nur von einem »gesetzlichen Aufgabenbereich«, in Bezug auf den das Recht der Selbstverwaltung im Rahmen der Gesetze garantiert wird. Trotz der historischen Vorprägung dieser Aufgaben²⁰, die auch dem Verfassungsgeber bekannt war, will das Gericht mit der herrschenden Meinung für die Landkreise keinerlei konkrete Aufgabengarantie zulassen. Besonders klar und prägnant formuliert dies *Klaus Stern* in seiner klassischen Bearbeitung des Art. 28 Abs. 2 GG im Bonner Kommentar.²¹ Dort heißt es:

»Abweichend von Satz 1 ist der Aufgabenkreis der Gemeindeverbände verfassungsrechtlich nicht universell, sondern durch staatliches Gesetz zugewiesen. ... Der Gesetzgeber muss

18 Dazu Kluth, in: Meyer/Wallerath (Hrsg.), *Gemeinden und Kreise in der Region*, 2004, S. 65 ff.

19 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, Az. 2 BvR 2433/04 u. 2 BvR 2434/04, Rn. 135.

20 Es wird traditionell zwischen übergemeindlichen (kreisintegralen), ergänzenden (komplementären) und ausgleichenden Kreisaufgaben unterschieden. Siehe dazu näher *Schoch*, DVBl. 1995, 1047 ff.

21 *Stern*, in: BK, Art. 28 (Zweitbearbeitung 1964), Rn. 168 ff.

... regeln, aber es ist ihm das Prinzip der Aufgabenzuweisung nicht vorgeschrieben. Es steht ihm frei, welche Aufgaben er zuweisen will.«

Dieser Befund wird auch von vielen weiteren Autoren zugrunde gelegt. So spricht *Michael Nierhaus* davon, dass die Kreise im Hinblick auf ihre Aufgaben aus der Hand des Gesetzgebers leben²², betont wenig später aber auch, dass es eines Mindestbestandes an Aufgaben des eigenen Wirkungskreises bedarf.²³

Aus einem anderen Blickwinkel argumentiert *Wolfgang Löwer*, wenn er nach der obligatorischen Feststellung, dass die Landkreise nicht über eine Aufgabengarantie verfügen, darauf hinweist, dass die mit dem Selbstverwaltungsrecht verbundene Eigenverantwortlichkeit eines Gegenstandes bedarf, »der nicht aus Fremdverwaltungsaufgaben bestehen kann; nur der eigene Wirkungskreis kann eigenverantwortlich wahrgenommen werden (und lohnt den Legitimationsaufwand aus Art. 28 I 2!).«²⁴

2. Die systematisch und teleologisch argumentierende Gegenansicht

Der letzte, in Klammern gesetzte Hinweis von *Löwer* leitet über zu einer anderen Sichtweise, die den im Wortlaut begründeten Unterschied weder übersieht noch in seiner Bedeutung leugnet, diesen aber nicht als ausreichende Begründung für einen völligen Verzicht auf eine verfassungsrechtliche Aufgabengarantie akzeptiert. Für diese Ansicht besteht das Hauptproblem darin, trotz fehlender normativer Anhaltspunkte den geschützten Aufgabenbestand hinreichend zu konkretisieren. Dazu wurden zwei Ansätze entwickelt.

Die erste Argumentationslinie knüpft zum Teil an den historischen Aufgabenbestand der Landkreise an und will wie bei den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft daraus einen Aufgabenkanon ableiten, der die Konkretisierung eines Mindestaufgabenbestandes ermöglichen soll.²⁵ Gerade die Veränderungen im Bereich der Arbeitslosenhilfe, deren Zuordnung zum kommunalen Bereich sich auf Grund der vermehrten Wanderbewegungen in der Bevölkerung heute sehr schwierig ist²⁶, macht aber deutlich, dass eine historische Betrachtungsweise nur sehr begrenzt zu überzeugenden Zuordnungen führen kann. Zwar gibt es auch eine Reihe von unbestritten dem Kreise zugeordneten Aufgaben; diese sind in der Praxis aber auch nicht Gegenstand von Kontroversen. Eine Variante dieser Argumentationslinie geht schlicht davon aus, dass unter den gesetzlich zugewiesenen Aufgaben die überörtlichen nichtstaatlichen Aufgaben zu verstehen sind und bezeichnet diese als Substrat einer aufgabenbezogenen Selbstverwaltungsgarantie der Landkreise.²⁷

22 *Nierhaus*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 28, Rn. 79. Ebenso *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2005, Art. 28, Rn. 164; *Vogelgesang*, in: *Friauf/Höfling* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 28, Rn. 159.

23 *Nierhaus* (Fn. 22), Art. 28, Rn. 80.

24 *Löwer*, in: *von Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 28, Rn. 85.

25 *Ipsen*, ZG 1994, 194 ff.; *Clemens*, NVwZ 1990, 834 ff.; siehe auch *Robra* (Fn. 7), S. 60.

26 Dazu näher *Robra* (Fn. 7), S. 62 ff.

27 *Ipsen*, in: *Meyer/Wallerath* (Fn. 18), S. 17 (18 f.).

Die zweite Argumentationslinie bemüht eine Parallele zu Art. 14 Abs. 1 GG. Die gesetzliche Aufgabenzuweisung an die Landkreise soll in gleicher Weise ein Schutzgut der Selbstverwaltungsgarantie begründen wie dies bei einer gesetzlichen Begründung einer neuen Eigentumsposition nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG der Fall ist. Wird eine Aufgabe den Landkreisen gesetzlich zugewiesen, so wird diese Aufgabe von der Selbstverwaltungsgarantie nicht nur modal hinsichtlich der Art und Weise ihrer Erfüllung erfasst; auch ein etwaiger späterer Entzug der Aufgabe oder ihre inhaltliche Modifikation sollen den Schutzbereich tangieren. Unklar bleibt bei dieser Argumentation, inwieweit auch die Neuzuweisung als solche – unabhängig von damit verbundenen finanziellen Belastungen – einen Eingriff darstellt.

Die Interpretation der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie mit Hilfe von der Grundrechtsdogmatik entliehenen Argumentationsfiguren ist nicht neu und geht unter anderem auf die grundrechtliche Konzeption der Selbstverwaltungsgarantie in Art. 127 WRV zurück.²⁸ In der auch insoweit neuen Systematik des Grundgesetzes vermag das nicht mehr zu überzeugen. Gleichwohl bestehen Gemeinsamkeiten beider Bereiche, etwa in der Lehre von den Einrichtungsgarantien, bis heute fort.²⁹ Auch in der Frage, inwieweit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit der Selbstverwaltungsgarantie zur Anwendung kommen kann, wirkt dies nach.³⁰

Eine überzeugende Argumentation kann indes nicht alleine auf eine konstruktive Parallele zu Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG verweisen, da sie den Nachweis der gleichen Interessenlage schuldig bleibt, der für einen solchen dogmatischen Transfer unerlässlich ist. Es bedarf deshalb eines weiter reichenden eigenständigen Begründungsansatzes.

IV. Kritik und Argumente für eine alternative Lösung

1. Formale Schwächen der Entscheidung

Verfassungsgerichte müssen bei der Klärung verfassungsrechtlicher Fragestellungen keine Literatur zitieren; sie stützen sich in diesem Bereich regelmäßig auf die Autorität bereits vorliegender eigener Judikative oder ihre eigene Begründung. Das BVerfG weicht von dieser Praxis zunehmend ab, so auch in der hier maßgeblichen Passage der Entscheidungsbegründung, die auf eine Vielzahl von Zitaten gestützt werden, die aber alle der naturgemäß argumentativ eher knappen Kommentar- und Lehrbuchliteratur zuzuordnen sind. Der Zweck von Zitaten, den Leser auf eine vertiefende Argumentation zu verweisen, derer man sich zur Absicherung des eigenen Standpunktes bedient, wird im vorliegenden Fall nur sehr unzureichend erfüllt. Zudem erweckt die Zitierweise des Zweiten Senats den Eindruck, als gebe es

²⁸ Dazu näher *Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 170 f.

²⁹ Siehe *Mager* (Fn. 29), die neben grundrechtlichen Einrichtungsgarantien (Erbrecht, Ehe, Eigentum usw.) auch die gemeindliche Selbstverwaltung einbezieht (S. 328 ff.).

³⁰ Dazu eingehend *Heusch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht, 2003, S. 184 ff.

in der wissenschaftlichen Literatur keine Gegenposition von Gewicht, mit der sich eine Auseinandersetzung lohne. Dass sich dies anders verhält, wurde soeben gezeigt. Die Entscheidung vermag deshalb bereits unter diesem eher methodisch-formalen Gesichtspunkt nicht zu überzeugen.

2. *Folgerungen für das Selbstverwaltungsrecht der Landkreise*

Die Position des BVerfG und der herrschenden Lehre haben zur Konsequenz, dass die Landkreise vor allem gegenüber dem Aufgabenentzug im Bereich der Selbstverwaltungsaufgaben völlig schutzlos sind. Während bei der Zuweisung neuer Aufgaben durch das neue Aufgabenübertragungsverbot nach Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG sowie Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG auch bundesverfassungsrechtlich ein wirksamer Schutzmechanismus etabliert wurde, der die Konnexitätsregelungen der Landesverfassungen ergänzt³¹, bleibt in Fällen des Aufgabenentzugs die Selbstverwaltungsgarantie wirkungslos. Das mag aus dem Blickwinkel der Klage vieler Kommunen, durch zu viele Aufgabenzuweisungen finanziell und personell überlastet zu sein, als weniger bedeutsam erscheinen. Der Fall des § 44b SGB II zeigt aber auch, dass ein teilweiser Aufgabenentzug sehr wohl vitale (Gestaltungs-) Interessen der Landkreise tangieren kann.

Abgeschnitten wird den Landkreisen durch die Rechtsprechung des BVerfG auch die auf gemeindlicher Ebene zulässige Argumentation, dass sich die Zuweisung neuer Aufgaben auf die so genannte freie Spitze im eigenen Wirkungskreis nachteilig auswirkt. Da die Konnexitätsregelungen der Landesverfassungen nicht alle einen vollen Mehrbelastungsausgleich vorschreiben, bestand und besteht insoweit ein Schutzbedürfnis auch der Landkreise.³²

3. *Gründe und Begründungen für einen weitergehenden verfassungsrechtlichen Aufgabenschutz der Landkreise*

a) *Institutionelle Garantie und Landesverfassungsrecht*

Die Selbstverwaltungsgarantie wurde immer als institutionelle Garantie verstanden.³³ Institutionelle Garantien knüpfen aber konstruktiv an einfachgesetzlich ausgestaltete Rechtspositionen an. Dieser Zusammenhang scheint in der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts überhaupt nicht mehr auf. Insoweit bedarf es einer Rückbesinnung.

Bei der Ausgestaltung der institutionellen Garantie sollte zudem das Landesverfassungsrecht berücksichtigt werden, das die Vorgaben des Art. 28 Abs. 2 GG umzusetzen hat. Dabei fällt auf, dass zahlreiche Landesverfassungen auch für die

31 Siehe zu diesem Kontext und zu den Neuregelungen selbst *Germann*, in: *Kluth* (Hrsg.), *Föderalismusreformgesetz, 2007*, Art. 84, 85, Rn. 104 ff. m.w.N.

32 Dazu exemplarisch *Robra* (Fn. 7), S. 133 ff.

33 *Mager*, *Einrichtungsgarantien*, 2003, S. 328 ff. Siehe auch *Burgi*, *Kommunalrecht*, 2006, § 6, Rn. 4 ff.; *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 12 II 4 a).

Landkreise die Allzuständigkeit der Aufgabenwahrnehmung in ihrem Gebiet gewährleisten und dabei an das gesetzlich vorgeprägte Aufgabenverständnis anknüpfen.³⁴ Es bestehen deshalb gewichtige Argumente, die gegen die Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts sprechen.

b) Bedeutung der unmittelbaren demokratischen Legitimation der Landkreise

Einen weiteren Ansatzpunkt für eine Begründung eines verfassungsrechtlichen Aufgabenzugsschutzes liefert der bereits von *Löwer* angeführte Verweis auf Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG. Abgestellt wird dabei auf die unmittelbare demokratische Legitimation des Leitungsorgans der Landkreise.³⁵ *Löwer* und weitere Autoren weisen vergleichsweise pauschal darauf hin, dass der erhebliche Aufwand einer unmittelbaren demokratischen Legitimation keinen Sinn macht, wenn die Landkreise nicht über ausreichende Selbstverwaltungsaufgaben mit entsprechendem legitimationsbedürftigen Gestaltungsspielraum verfügen. Dies leuchtet zunächst ein, bleibt in dieser Form aber im Stadium eines pauschalen Vernunftgrundes stecken und kann mit dem Hinweis entkräftet werden, dass auch die herrschende Meinung ein ausreichendes Aufgabensubstrat verlangt, so dass auch bei ihr der Legitimationsaufwand nie leerläuft.

Somit reicht der pauschale Verweis auf die unmittelbare demokratische Legitimation der Landkreisorgane nicht aus, um einen verfassungsrechtlichen Schutz gesetzlich zugewiesener Aufgaben zu begründen. Verfolgt man diesen Ansatz jedoch weiter, so gelangt man zu der Erkenntnis, dass die demokratische Legitimation sich in konkreten Partizipationsrechten der Bürger niederschlägt, die in ihrer Reichweite durch die zugewiesenen Aufgaben mit geprägt werden. Wird eine Aufgabe durch Verlagerung auf einen anderen, staatlichen Verwaltungsträger dem Landkreis entzogen, so schmälert dies auch Reichweite und Umfang des demokratischen Partizipationsrechts, das in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG seine Grundlage findet und den Gewährleistungsgehalt des Art. 28 Abs. 2 GG sachlich mit trägt. Denn der verfassungsrechtliche Schutz der kommunalen Selbstverwaltung beruht ganz wesentlich auf ihrer unmittelbaren demokratischen Legitimation und nicht alleine im organisationsrechtlichen Grundsatz der Dezentralisation bzw. Autonomie.

Den verfassungsrechtlichen Zusammenhang zwischen Aufgabenbestand und demokratischer Legitimation nach Art. 20 Abs. 2 GG bzw. Art. 38 GG hat das BVerfG in seinem Maastricht-Urteil bereits in einem anderen Zusammenhang für die Begründung einer Antragsbefugnis fruchtbar gemacht.³⁶ In dieser Entscheidung ging es um die Übertragung von staatlichen Aufgaben auf die Europäische Union. Dies hatte zur Folge, dass auch die Reichweite des Mitwirkungsrechts der

³⁴ Vgl. insbes. Art. 78 Verf. NW und Art. 87 Verf. LSA. Eine genaue Übersicht zu den landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen der Kreisaufgaben bietet *Henneke*, *Der Landkreis 2007*, 67 ff.

³⁵ Dies bezieht sich nur auf den Kreistag, da die Direktwahl der Landräte nur einfachgesetzlich begründet ist.

³⁶ Siehe BVerfGE 88, 155 (182 ff.).

Bürger über das ihnen zustehende Wahlrecht gemindert wird. Das BVerfG hat dies ausreichen lassen, um eine Antragsbefugnis im Verfassungsbeschwerdeverfahren zu begründen.

Im Fall der Landkreise fehlt es zwar an einer individualrechtlichen Ausgestaltung des demokratischen Partizipationsrechts, wie sie bei Art 38 GG i.V.m. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG vorliegt. Es ist aber möglich, dieses Partizipationsrecht im Rahmen der näheren Bestimmung der Reichweite des auf dieser Partizipation beruhenden Selbstverwaltungsrechts nach Art. 28 Abs. 2 GG fruchtbar zu machen. Dies kann in folgender Art und Weise geschehen: Die objektive Verpflichtung aus Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG, im Rahmen der Gemeinden und Landkreise die kollegialen Leitungsorgane direkt durch die Bürger wählen zu lassen, begründet im Rahmen des Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG die verfassungsrechtliche Schutzwürdigkeit auch der gesetzlich zugewiesenen Aufgaben der Landkreise, da sich das demokratische Partizipationsrecht auch auf diese erstreckt. Anders als im Rahmen des Art. 38 GG ist die verfassungsgerichtliche Geltendmachung dieses Rechts nicht dem einzelnen Bürger (über Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG), sondern den Kommunen als solchen (über Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG) im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts zugewiesen. Die Kommunen sind insoweit nicht nur zur Geltendmachung eigener institutioneller Rechte, sondern mittelbar auch zur »Verteidigung« der auf sie bezogenen Partizipationsrechte der Bürger³⁷ befugt und bestellt. Dies wird auch in anderen Zusammenhängen deutlich, wenn z.B. im Rahmen von Kreisgebietsreformen die Rahmenbedingungen für die Ausübung kommunaler Ehrenämter als eines von vielen Beurteilungskriterien zugrunde gelegt werden.³⁸ Die Berücksichtigung der Rahmenbedingungen für die Ausübung von Ehrenämtern kann auch nicht als bloße Ideologie ohne Fundierung in der Empirie abgetan werden, wie es *Bull* vorträgt.³⁹ Vielmehr lassen sich die Auswirkungen ehrenamtlicher Tätigkeit in den Kommunen in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und in ihren Auswirkungen auf die Akzeptanz kommunaler Entscheidungen durchaus nachweisen.⁴⁰

Durch die stärkere Ausrichtung des Selbstverwaltungsrechts der Landkreise an der bürgerschaftlichen Partizipation wird auch verdeutlicht, dass die Landkreise nicht im eigentlichen Sinne Verbandskörperschaften – also aus Organisationen gebildete Körperschaften⁴¹ – sind, wie es die grundgesetzliche Bezeichnung als Ge-

37 Dies entspricht auch einem Argumentationsansatz in der Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, das von einer »mit wirklicher Verantwortlichkeit ausgestatteten Einrichtung der Selbstverwaltung, durch die den Bürgern eine wirksame Teilnahme an den Angelegenheiten des Gemeinwesens ermöglicht wird« spricht, vgl. BVerfGE 79, 127 (148 ff., 150). Die Argumentation ist dort zwar in erster Linie auf die gemeindliche Ebene bezogen, der Sache nach aber in gleicher Weise für die Kreisebene gültig.

38 So LVerfG Mecklenburg-Vorpommern, DVBl. 2007, 1102 (1109); zustimmend *Henneke/Ritgen*, DVBl. 2007, 1253 ff.; *Stier*, DVBl. 2007, 1267 ff.; *Meyer*, NVwZ 2007, 1024 ff.; kritisch *Mehde*, NordÖR 2007, 331 ff.; ablehnend *Bull*, DVBl. 2008, 1 ff.

39 *Bull*, DVBl. 2008, 1 (6 f.).

40 Siehe dazu *Rosenfeld/Kluth/Haug/Heimpold/Michelsen/Nuckelt*, Zur Wirtschaftlichkeit gemeindlicher Verwaltungsstrukturen in Sachsen-Anhalt, 2008, im Erscheinen.

41 *Kluth*, in: *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht Bd. 3, 5. Aufl. 2004, § 87, Rn. 34.

meindeverband nahe legt, sondern eigenständige Gebietskörperschaften mit unmittelbarer »Mitgliedschaft« der ansässigen wahlberechtigten Bürger. Die für den demokratischen Verfassungsstaat im Bereich der Selbstverwaltung konstitutive Wechselwirkung zwischen demokratischer Legitimation und Aufgabenzuweisung (im eigenen Wirkungskreis) wird auf diese Weise wirksam in die institutionelle Garantie einbezogen und trägt zu ihrer organischen Einbindung in das Verfassungsgefüge bei. Die Selbstverwaltungsgarantie wird damit stärker auf die sie tragenden, mit demokratischen Partizipationsrechten ausgestatteten Bürger und damit zugleich auf Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG zurückgeführt und mit dieser für die kommunale Selbstverwaltung prägenden Norm systematisch stärker verklammert als das in der bisherigen Dogmatik der Fall ist.

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung des Aufgabenentzuges hat dieser Argumentationsansatz zur Konsequenz, dass im Hinblick auf die Schmälerung der dem status activus zuzurechnenden Partizipationsrechte der Bürger auch der Entzug gesetzlich zugewiesener Aufgaben als Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der Landkreise zu qualifizieren ist. Auf Grund des Gesetzesvorbehalts wird damit zwar kein absoluter Schutz begründet, immerhin aber die Anforderung an die Rechtfertigung eines solchen Aufgabenentzuges auf ein vergleichbares Niveau angehoben, wie es von der gemeindlichen Ebene bekannt ist.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Im Ergebnis vermag die maßgeblich auf den Wortlaut gestützte Argumentation des BVerfG, nach der Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG die Landkreise weder vor der Zuweisung neuer noch vor dem Entzug bestehender Aufgaben schützt, nicht zu überzeugen. Sie ist vor dem Hintergrund des Verständnisses der Selbstverwaltungsgarantie als einer institutionellen Garantie, den Aufgabenzuweisungen durch das Landesverfassungsrechts und zugunsten einer stärkeren Berücksichtigung der demokratischen Partizipationsrechte, die im Bereich der Selbstverwaltung durch eine Aufgabenzuweisung aktiviert werden, zu revidieren.

„Hartz IV“ vor dem Bundesverfassungsgericht – die Selbstverwaltung der Kreise zwischen eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung und verfassungswidriger Mischverwaltung

von Christian Waldhoff

Die sog. Hartz IV-Reformen enthalten neben den politisch umstrittenen Problemen von Leistungsart und Leistungshöhe verwaltungsorganisationsrechtliche Regelungen, die auf Beschwerde verschiedener Landkreise das Bundesverfassungsgericht beschäftigt haben. Durch Urteil vom 20. Dezember 2007 wurde deren Kernelement, das Modell der Arbeitsgemeinschaften zwischen Landkreisen und Bundesagentur für Arbeit, für verfassungswidrig erklärt. „Hartz IV“ erweist sich so als Musterbeispiel für eine Überdehnung organisatorischer Vorgaben der Verfassung zur Erreichung politischer Ziele.

Apart from the politically controversial issues on forms and levels of aid for long-term unemployed, the so-called Hartz-IV reforms include administrative and organisational regulations which were subject to an examination by the Federal Constitutional Court, following objections by several counties. According to the judgement of 20 December 2007, the co-operation between counties and the Federal Employment Agency – a core element of the reform – is unconstitutional. Hartz IV thus turns out to be almost a textbook example of a politically inspired, all-to-wide interpretation of constitutional regulations concerning organisational law.

I. „Hartz IV“ als Lehrstück einer missglückten Öffnung der Verwaltungsorganisation

Die Verwaltungsorganisation¹ erfreut sich seit einigen Jahren einer berechtigten Aufmerksamkeit: Das vermeintlich statische Gebiet erfährt einen umfangreichen

1 Schmidt-Aßmann, E.: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin, 2006, 239 ff.; Groß, T.: Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Hoffmann-Riem, W./ Schmidt-Aßmann, E./Voßkuhle, A. (Hg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, München, 2006, 841–890; Krebs, W.: Verwaltungsorganisation, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl., München, 2007, 457–520. Mit Blick auf verwaltungswissenschaftliche Fragen vgl. zuletzt Hesse, J.J.: Was soll und kann Verwaltungsreform?, in: Niedersächsische Verwaltungsblätter, 14/6 (2007), 145–160.

Modernisierungsprozess im Sinne einer „dynamischen Pluralisierung“ durch neuartige Organisations- und Zusammenarbeitsformen, durch Privatisierung, durch gemeinschaftsrechtliche Anforderungen u. a. m.² Daneben ist die Verwaltungsorganisation schon seit längerem als „Steuerungsressource“ in Bezug auf das Sachrecht und die Verwaltungsaufgaben erkannt,³ die institutionelle durch eine instrumentelle Sichtweise ergänzt worden. Die organisationsrechtlichen Regelungen des in das SGB II eingegangenen sog. Hartz IV-Gesetzes⁴ und ihre verfassungsgerichtliche Überprüfung stellen ein Lehrstück von Teilaspekten dieses Wandels und seiner Grenzen dar.

Die unter dem Schlagwort „Hartz IV“ zusammengefassten sozialpolitischen Reformen einer Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe können schon jetzt als einschneidende und prägende Reformversuche des in die Jahre gekommenen deutschen Sozialstaats verstanden werden.⁵ Was zahlreiche Regierungen in unterschiedlichen politischen Konstellationen zuvor nicht gewagt oder nicht bewältigt hatten, wurde in einem politischen und legislatorischen Kraftakt zu leisten versucht. Kerngedanke der Reform war die Zusammenführung der bisherigen, vom Bund getragenen Arbeitslosenhilfe und der kommunal verorteten Sozialhilfe zu einer Grundsicherung für Arbeitssuchende.⁶ Damit sollten nicht nur Anreize für Arbeitsfähige zur Suche und Aufnahme einer Arbeit geschaffen, sondern auch die Unabgestimmtheiten beseitigt werden, die bisher das Nebeneinander dieser beiden steuerfinanzierten und nicht von Gegenleistungen abhängigen, also nicht dem Versicherungsprinzip unterliegenden Hilfeformen prägten.⁷ Über dieses Grundanliegen bestand – anders als hinsichtlich der Höhe und

2 *Burgi, M.*: Verwaltungsorganisationsrecht, in: Erichsen, H.-U./Ehlers, D. (Hg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., Berlin, 2005, 214–284, hier Rn. 1.

3 *Schmidt-Aßmann, E./Hoffmann-Riem, W.* (Hg.): Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997; *Schuppert, G.F.*: Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Hoffmann-Riem, W./Schmidt-Aßmann, E./Voßkuhle, A. (Hg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, München, 2006, 995–1084.

4 Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. 12. 2003, BGBl. I 2003, 2954.

5 Überblick bei *Münder, J.*: Das SGB II – Die Grundsicherung für Arbeitssuchende, in: Neue Juristische Wochenschrift, 57/45 (2004), 3209–3214.

6 *Waltermann, R.*: Sozialrecht, 6. Aufl., Heidelberg, 2006, Rn. 434 ff.; *Muckel, S.*: Sozialrecht, 2. Aufl., München, 2007, § 12 Rn. 89 ff.

7 *Masing, J.*: Umbau des Doppelregimes von Sozial- und Arbeitslosenhilfe, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 117/1 (2002), 7–14; zur Reformgeschichte insoweit *Boecken, W.*: Verfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Vorschlägen der Arbeitsgruppe „Arbeit und Soziales“ der CDU/CSU-Bundestagsfraktion zur Reform von Sozialhilfe und Arbeitslosenhilfe, in: Die Sozialgerichtsbarkeit, 48/10 (2001), 525–535; *ders.*: Zusammenführung von Sozialhilfe und Arbeitslosenhilfe, in: Die Sozialgerichtsbarkeit, 49/7 (2002), 357–366.

Struktur der zu gewährenden Leistungen⁸ – stets sowohl in der Wissenschaft als auch in der Politik breite Einigkeit.⁹

Ein in der Öffentlichkeit weniger beachtetes Teilproblem dieser Reformen besteht in der Organisationsstruktur, die mit der Zusammenlegung dieser Sozialleistungen verbunden ist: Das entsprechende „Sozialorganisationsrecht“¹⁰ erweist sich jenseits ubiquitärer Streitigkeiten über die Leistungshöhe und -struktur als Achillesferse der Reform. Waren die Bundesanstalt bzw. später die Bundesagentur für Arbeit Träger der Arbeitslosenhilfe und stellte sich die Sozialhilfe schon lange als kommunale Sozialleistung dar, musste mit ihrer Zusammenfassung entschieden werden, wer diesen Aspekt des Leistungsstaates exekutieren sollte. Eine klare einheitliche Aufgabenzuweisungen an die Kommunen oder an die Bundesagentur für Arbeit wären die einzig sinnvollen organisationsrechtlichen Einbettungen der Reform gewesen.¹¹ Der erstgenannte Ansatz hätte einem richtig verstandenen Subsidiaritätsprinzip und den Erfolgen und der Innovationskraft bisheriger kommunaler Arbeitsmarktpolitik entsprochen, das zweitgenannte Modell spiegelte einen sozialtechnokratisch-zentralistischen Steuerungsansatz wider.¹² Schon durch diese ideengeschichtliche Differenz wird nicht nur das eingangs erwähnte Steuerungspotenzial der unterschiedlichen Organisationsformen deutlich, es wird auch plausibel, dass politische Kompromisse in dieser Frage prekär sein mussten. Die vor dem Bundesverfassungsgericht angegriffene organisationsrechtliche Regelung ist nur als Ergebnis eines solchen politischen Kompromisses, hinter dem fundamental unterschiedliche Verständnisse von Sozialpolitik verdeckt werden, zu verstehen.¹³ Anliegen vorliegender Besprechung des Urteils

8 O'Sullivan, D.: Verfassungsrechtliche Fragen des Leistungsrechts der Grundsicherung für Arbeitssuchende, in: Die Sozialgerichtsbarkeit, 52/7 (2005), 369–372.

9 Bauer, H.: Hartz IV und die Kommunen, in: Büchner, C./Gründel, O. (Hg.): Hartz IV und die Kommunen, KWI-Arbeitshefte 8, Potsdam, 2005, 28–40, hier 28 f.

10 Pitschas, R.: Organisationsrecht als Steuerungsressource in der Sozialverwaltung, in: Schmidt-Aßmann, E./Hoffmann-Riem, W. (Hg.), a. a. O., 151–206, hier 163; Quaas, M.: Die Arbeitsgemeinschaft nach dem neuen SGB II: Ungelöste Rechtsfragen zur Rechtsnatur der Einrichtung, in: Die Sozialgerichtsbarkeit, 51/12 (2004), 723–729, hier 723 f.

11 Abweichend, jedoch nicht überzeugend Bieback, K.-J.: Kommunale Sozialpolitik und ihre Koordination mit der Bundesagentur für Arbeit, in: Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen, 61 (2006), 24–53, hier 24.

12 Vgl. hierzu auch die empirischen Untersuchungsergebnisse bei Hesse, J.J./Götz, A.: Für eine zukunftsfähige Arbeits- und Sozialverwaltung. Aufgabenträgerschaft nach dem SGB II („Hartz IV“) 2005–2007, Baden-Baden, 2007.

13 Ruge, K./Vorholz, I.: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragestellungen bei der Arbeitsgemeinschaft nach § 44b SGB II, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 120/7 (2005), 403–415, hier 403 f.; zu den Problemen dieser Kompromissfindung im Vermittlungsverfahren und der dadurch bewirkten mangel-

des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts¹⁴ ist es, die Sensibilität für die Interdependenz von inhaltlichen und organisationsrechtlichen Fragen bei der Verwirklichung eines wichtigen Reformprojekts im Bundesstaat am Beispiel von „Hartz IV“ zu stärken.

II. Verfassungsprozessuale Fragen

Prozessual handelte es sich um kommunale Verfassungsbeschwerden (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b GG i. V. m. §§ 13 Nr. 8 a, 91 BVerfGG) von sechs Kreisen gegen die einschlägigen bundesgesetzlichen Regeln der „Hartz-Reformen“. Entgegen der missverständlichen Bezeichnung und Ausgestaltung als „Verfassungsbeschwerde“ stellt dieses Verfahren einen Sonderfall der Normenkontrolle mit Teilelementen eines Organstreitverfahrens dar: Angriffsgegenstand kann ausschließlich ein Bundes- oder Landesgesetz sein, Prüfungsmaßstab ist die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG.¹⁵ Inwieweit Umfeldnormen der Selbstverwaltungsgarantie als Prüfungsmaßstab einbezogen werden können, stellt eine der zentralen Fragen vorliegender Entscheidung dar und wird noch zu erörtern sein. Anders als bei der Verfassungsbeschwerde charakteristisch ist nicht „jedermann“ antragsberechtigt und geht es nicht um Grundrechtsverletzungen. Die Bezeichnung und (Teil-)Ausgestaltung als Verfassungsbeschwerde mag noch ein Relikt aus der Zeit sein, als die mit Selbstverwaltungsrecht ausgestattete kommunale Ebene dem Staat entgegengesetzt und der Gesellschaft zugerechnet wurde und dementsprechend die verfassungsrechtliche Selbstverwaltungsgarantie wie noch in der Weimarer Reichsverfassung im Grundrechtsteil verortet war.¹⁶ Diese inzwischen überwundene Sicht und die Einordnung der

haften parlamentarischen Beratung *Henneke, H.-G.*: Hartz IV in der „Überholung“: Die Suche nach klarer Verantwortungszuordnung in den Arbeitsgemeinschaften geht weiter, in: *Die öffentliche Verwaltung*, 59/17 (2006), 726–732, hier 726.

14 BVerfG, Urteil vom 20. 12. 2007, 2 BvR 2433/04 und 2 BvR 2434/04, abgedruckt etwa in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 27/2 (2008), 183–193 und *Deutsches Verwaltungsblatt*, 123/3 (2008), 173–184; im Folgenden werden Zitate aus der Entscheidung nach den Teilzeichen (Tz.) der auf der Website des Bundesverfassungsgerichts veröffentlichten Fassung zitiert.

15 *Schlaich, K./Korioth, S.*: Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl., München, 2007, Rn. 192; *Magen, S.*, in: *Umbach, D.C./Clemens, T./Dollinger, F.-W.* (Hg.): *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar*, 2. Aufl., Heidelberg, 2005, § 91 Rn. 11 f.

16 Dagegen klar BVerfGE 83, 37 ff., hier 53 f. (Kommunalwahlrecht für Ausländer); *Böckenförde, E.-W.*: *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: *Isensee, J./Kirchhof, P.* (Hg.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg, 2004, 429–496, hier Rn. 27.

Gemeinden in die staatliche Sphäre als mittelbare Staatsverwaltung¹⁷ nehmen noch durch die subjektivrechtliche Ausgestaltung auf diesen Ursprung Bezug.¹⁸ Im Übrigen gilt: Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können sich Gemeinden und Gemeindeverbände gerade nicht auf Grundrechte berufen, da sie selbst Teil der grundrechtsgebundenen Staatsgewalt sind.¹⁹ Die Kommunalverfassungsbeschwerde hat mit der Verfassungsbeschwerde jedoch das Erfordernis der eigenen, gegenwärtigen und unmittelbaren Betroffenheit bzw. Beschwer durch die angegriffenen Rechtsnormen gemeinsam.²⁰ Entgegen dem Vorbringen der Bundesregierung im dem Urteil vorangegangenen Verfahren kann nach Ansicht des Zweiten Senats die Gesetzesformulierung, die kommunalen Aufgabenträger „sollen“ den Arbeitsgemeinschaften die Wahrnehmung ihrer Aufgaben übertragen (§ 44b Abs. 3 Satz 2 SGB II), nicht als die Einräumung eines Ermessens gedeutet werden, sondern als eine „den Adressaten treffende Verbindlichkeit“²¹. Die Betroffenheitsanforderungen waren somit gewahrt. Im Übrigen gibt es keine verminderte „Wehrfähigkeit“ der Kreise im Vergleich zu den Gemeinden.²²

III. Bundesgesetzliche Aufgabenzuweisung als Beeinträchtigung der Selbstverwaltungsgarantie der Kreise

Durch § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB II wird den Kreisen und kreisfreien Städten durch Bundesgesetz die Aufgabe als Träger der Grundsicherung für Arbeitslose zugewiesen. Der Zweite Senat sieht hierin weder eine Verletzung der Selbstverwaltungsgarantie noch des Art. 84 Abs. 1 GG. Die in Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG missverständlich als Gemeindeverbände bezeichneten Kreise, deren Mitglieder die Kreisbürger, nicht die kreisangehörigen Gemeinden sind, werden durch die institutionelle Rechtssubjektsgarantie als rechtsfähige und körperschaftlich organisierte Institution geschützt; obgleich das Grundgesetz von Gemeindeverbänden spricht, wird ganz überwiegend anerkannt, dass wegen der besonderen Erwäh-

17 Schmidt-Aßmann, E./Röhl, H.-C.: Kommunalrecht, in: Schmidt-Aßmann, E. (Hg.): Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl., Berlin, 2005, 9–125, hier Rn. 8.

18 Vgl. auch Dreier, H., in: ders. (Hg.): Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl., Tübingen, 2006, Art. 28 Rn. 10 ff.

19 Grundlegend BVerfGE 61, 82 ff., hier 100 ff. (Sasbach).

20 Vgl. BVerfGE 71, 25 ff., hier 34 ff.

21 BVerfG, Urteil vom 20. 12. 2007, a. a. O., Tz. 111 f.; a. A. das Sondervotum der Richter Broß, Osterloh und Gerhardt, Tz. 224.

22 Dreier, H., a. a. O., Rn. 179.

nung der Kreise in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG „Gemeindeverband“ an dem die Praxis prägenden Haupttypus des Landkreises zu orientieren ist.²³ Als Rechtsinstitutionsgarantie schützt Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG einen Aufgabenbestand der Kreise, deren Erfüllung in Selbstverwaltung möglich sein muss.²⁴

Die verfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltung der Kreise unterscheidet sich nach Ansicht des Zweiten Senats charakteristisch von derjenigen der Gemeinden. Die Kreise besäßen keinen vorfindlichen Aufgabenbereich wie die Gemeinden nach dem Prinzip der Allzuständigkeit für die „örtlichen Angelegenheiten“, ihr Aufgabenbestand wird vielmehr zugleich vom Gesetzgeber zugewiesen wie begrenzt.²⁵ „Anders als bei den Gemeinden (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG) beschreibt die Verfassung die Aufgaben der Kreise nicht selbst, sondern überantwortet dies dem Gesetzgeber [...]“. ²⁶ Dies impliziere die Pflicht des Gesetzgebers, in den eigenen, der Selbstverwaltung unterfallenden Wirkungskreis der Kreise einen Mindestbestand an Aufgaben zuzuweisen, damit die verfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltung Wirksamkeit entfalten könne. Gleichzeitig steht diese Konstruktion nicht der staatlichen Befugnis entgegen, den Kreisen (Staats-)Aufgaben zur Erledigung zuzuweisen. Dabei sei jedoch zu beachten, dass die als Selbstverwaltungsaufgaben übertragenen Agenden nicht bloß ganz randständig und im Vergleich zu den Staatsaufgaben vernachlässigbar sind. Eine Zuweisung von Aufgaben durch den Gesetzgeber könne die Selbstverwaltungsgarantie der Kreise erst dann verletzen, „wenn die Übertragung einer neuen Aufgabe ihre Verwaltungskapazitäten so sehr in Anspruch nimmt, dass sie nicht mehr ausreichen, um einen Mindestbestand an zugewiesenen Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises wahrzunehmen, der für sich genommen und im Vergleich zu zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein Gewicht aufweist, das der institutionellen Garantie der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften gerecht wird“²⁷. Das Erreichen dieser Schwelle und damit eine Verletzung des

23 Dreier, H., a. a. O., Rn. 167; Schmidt-Aßmann, E./Röhl, H.-C., a. a. O., Rn. 137; zu der letztlich offengelassenen Frage, wie Kreise ausgestaltet sein müssen, am Beispiel der Kommunal- und Funktionalreform Mecklenburg-Vorpommern und der dort vorgesehenen sog. Regionalkreise *Landesverfassungsgericht Mecklenburg Vorpommern*, Urteil vom 26.07.2007, LVerfG 9 – 17/06, abgedruckt in: Deutsches Verwaltungsblatt, 122/17 (2007), 1102–1113.

24 Burgi, M.: Kommunalrecht, München, 2006, § 20 Rn. 12.

25 Vgl. auch ebd., Rn. 9 ff.; Schmidt-Aßmann, E./Röhl, H.-C., a. a. O., Rn. 137 ff.

26 BVerfG, Urteil vom 20.12.2007, a. a. O., Tz. 115 in Anknüpfung an BVerfGE 79, 127 ff., hier 150 f. (Rastede); BVerfGE 83, 363 ff., hier 383.

27 BVerfG, Urteil vom 20.12.2007, a. a. O., Tz. 120.

Kernbereichs oder Wesensgehalts der Selbstverwaltungsgarantie hätten die beschwerdeführenden Kreise nicht nachweisen können.

Die Möglichkeit einer Rüge der Verletzung von Art. 84 Abs. 1 GG a.F.²⁸ durch die Aufgabenübertragung direkt vom Bund auf die Kreise verneint das Gericht mit der Begründung des auf Art. 28 Abs. 2 GG eingeschränkten Prüfungsmaßstabs bei der Kommunalverfassungsbeschwerde. Diese stelle gerade keine abstrakte Normenkontrolle dar. Entscheidend sei, dass die Selbstverwaltungsgarantie durch die angegriffene Regelung berührt sei: „Im Rahmen einer Kommunalverfassungsbeschwerde können andere Verfassungsnormen als Art. 28 Abs. 2 GG nur insoweit als Prüfungsmaßstab herangezogen werden, als sie ihrem Inhalt nach das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitzubestimmen geeignet sind [...]“.²⁹ Dies wird für Art. 84 Abs. 1 GG a.F. auch in den Fallkonstellationen verneint, in denen die Norm schon in der bisherigen Judikatur als Grenze für einen direkten Durchgriff des Bundesgesetzgebers auf die kommunale Ebene angewendet wurde.³⁰ Das überzeugt nicht. Zwar heißt es in der Leitscheidung zum Bundesdurchgriff auf die Kommunen vom 18. Juli 1967 zum Jugendwohlfahrtsgesetz: „Die Ratio des Art. 84 GG ist ganz allgemein die Gewährleistung eines wirksamen Vollzugs der Bundesgesetze.“³¹ Damit wird die Funktion des grundsätzlichen Verbots des Bundesdurchgriffs auf die Kommunen nach der Rechtslage bis zum 31. August 2006 auf einen Schutz der Länder und des wirksamen Gesetzesvollzugs allgemein beschränkt. Es ist inzwischen jedoch allgemein anerkannt, dass Kompetenzzuweisungen neben ihrer staatsorganisationsrechtlichen Funktion auch dem Schutz des durch die Sachregelungen Betroffenen dienen.³² Der Bürger kann so stets einen Verstoß gegen Kompetenzvorschriften über Art. 2 Abs. 1 GG rügen; dieser Weg ist den Gemeinden und Kreisen mangels Grundrechtsfähigkeit freilich versperrt. An die Stelle der allge-

28 Die bis zum Inkrafttreten der sog. Föderalismusreform I am 01.09. 2006 geltende und der Entscheidung zugrunde liegende Fassung lautete: „Führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten aus, so regeln sie die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren, soweit nicht Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates etwas anderes bestimmen.“

29 BVerfG, Urteil vom 20. 12. 2007, a. a. O., Tz. 127.

30 Seit BVerfGE 22, 180 ff., hier 209 f.; *Trute, H.-H.*, in: von Mangoldt, H./Klein, F./Starck, C. (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 5. Aufl., München, 2005, Art. 84 Rn. 10 f. m. w. N.

31 BVerfGE 22, 180 ff., hier 210.

32 Für Abgabenbelastung der Bürger BVerfGE 55, 274 ff., hier 300, 302; Zur „individualschützenden Funktion der finanzverfassungsrechtlichen Kompetenzordnung“ allgemein *Waldhoff, C.*: Finanzautonomie und Finanzverflechtung in gestuften Rechtsordnungen, in: Kadelbach, S. u. a.: Bundesstaat und Europäische Union zwischen Konflikt und Kooperation, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 66, Berlin, 2007, 216–276, hier 235 ff. m. w. N.

meinen Handlungsfreiheit muss hier jedoch die verfassungskräftige Selbstverwaltungsgarantie treten, sofern schon die Verletzung der primär vielleicht einem anderen Schutzzweck dienenden Kompetenzvorschrift – hier des Art. 84 Abs. 1 GG a.F. – einen Eingriff in diese bewirkt. Insofern eröffnet die verfassungsrechtliche Selbstverwaltungsgarantie den geschützten Gebietskörperschaften Klagemöglichkeiten ganz ähnlich wie dies Art. 2 Abs. 1 GG den Bürgern ermöglicht. Dass Art. 84 Abs. 1 GG a.F. „keine Konkretisierung des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG“³³ darstelle, ist damit nicht entscheidend. Nicht jeglicher Kompetenzverstoß, sondern nur ein solcher, der in die durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Bereiche eingreift, wird so für die Kommunen rügefähig. Auf die Finalität der neben Art. 28 Abs. 2 GG verletzten Norm kann es nicht ankommen, da auch faktische Übergriffe angreifbar sein müssen. Allein die Tatsache, dass anders als nach dem inzwischen geltenden, durch die Föderalismusreform I eingefügten Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG n.F. kein absolutes Durchgriffsverbot auf die kommunale Ebene galt, bewirkt nichts Gegenteiliges. Die primär der Klarstellung dienende Neufassung bestätigt indirekt auch die Schutzrichtung der verfassungsgerichtlichen Konkretisierung der bisherigen Norm. In den Beratungen der Föderalismusreform wurde insbesondere auf die Gefahren der Umgehung landesverfassungsrechtlicher Konnexitätsvorschriften durch eine bundesgesetzliche Aufgabenzuweisung an die Kommunen hingewiesen.³⁴ Diese Gefahr bestand auch schon vor dem 1. September 2006. Der durch einen verfassungswidrigen Bundesdurchgriff auf die Kommunen berührte Teilbereich des Art. 28 Abs. 2 GG ist die kommunale Finanzhoheit; diese wird durch die umgangenen landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsvorschriften³⁵ entscheidend mitgeprägt.

IV. Die Finanzierungsregelung und das Recht der Selbstverwaltung

Die beschwerdeführenden Kreise rügten zudem die Verfassungswidrigkeit von §46 Abs. 1 und Abs. 5 bis 10 SGB II, weil dieser ohne Einschaltung der Länder durch die verbindliche Festlegung, welche Ausgleichsleistungen die kommunale

33 BVerfG, Urteil vom 20. 12. 2007, a. a. O., Tz. 135.

34 Zur Neufassung *Trute, H.-H.*: Verwaltungskompetenzen und Art. 33 Abs. 5, in: Starck, C. (Hg.): Föderalismusreform, München, 2007, 73–94, hier Rn. 174–177; *Schoch, F.*: Verfassungswidrigkeit des bundesgesetzlichen Durchgriffs auf Kommunen, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 122/5 (2007), 261–269.

35 Für einen Überblick vgl. *Henneke, H.-G.*: Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung, 2. Aufl., Heidelberg, 2000, Rn. 856 ff.; *Mückl, S.*: Konnexitätsprinzip in der Verfassungsordnung von Bund und Ländern, in: Henneke, H.-G./Pünder, H./Waldhoff, C. (Hg.): Recht der Kommunal Finanzen, München, 2006, 33–59.

len Träger der Grundsicherung aus dem Bundeshaushalt erhalten, in die verfassungsrechtlich geschützte kommunale Finanzhoheit eingreife. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass direkte Finanzbeziehungen zwischen Bund und Kommunen in der grundsätzlich zweistufigen Finanzverfassung jenseits des Ausnahmefalls des Art. 106 Abs. 8 GG unzulässig sind.³⁶ Das Gericht interpretiert die angegriffene Norm demgegenüber dahingehend, dass lediglich die Länder einen Anspruch gegen den Bund erwürben und dann nach Landesrecht verpflichtet seien, die Geldmittel an die Kreise weiterzureichen.³⁷ Allein die in Abs. 5 der Vorschrift deutlich werdende Intention, die Kommunen durch die Zahlungen des Bundes finanziell zu entlasten, führe nicht zu einer direkten Rechtsbeziehung zwischen Bund und Kreisebene. Nach Ansicht des Senats können die mittelbar angesprochenen und vom Bundesverfassungsgericht bisher nicht entschiedenen Fragen einer verfassungsrechtlichen Gewährleistung einer finanziellen Mindestausstattung der Gemeinden und Kreise³⁸ sowie die Frage, ob der später eingeführte Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG³⁹ nur deklaratorische Bedeutung hat oder eine Verstärkung der kommunalen Finanzautonomie bewirkt hat, daher offen bleiben.⁴⁰ Allenfalls durch die Rüge eines Unterlassens des Gesetzgebers hätten die Beschwerdeführer hier vorgehen können.

V. Die „Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften“ als verfassungswidrige Mischverwaltung

Der bedeutendste Problemkomplex, der durch das Gericht geklärt wurde, betrifft die verfassungsrechtlichen Grenzen des gesetzlich geforderten Zusammenwirkens von Bund und Kommunen bei der Aufgabenerledigung durch die sog. Arbeitsgemeinschaften gem. § 44b SGB II. Der Senat macht hier ungewöhnliche

36 „Der Bund ist weder berechtigt noch verpflichtet, die finanziellen Verhältnisse der Gemeinden unmittelbar ohne Einschaltung der Länder zu ordnen“ (BVerfGE 26, 172 ff., hier Leitsatz 1); *Waldhoff, C.*: Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl., Heidelberg, 2007, 813–934, hier Rn. 17 f.

37 BVerfG, Urteil vom 20. 12. 2007, a. a. O., Tz. 140 ff.

38 Offengelassen in BVerfGE 26, 172 ff., hier 181; BVerfGE 71, 25 ff., hier 36 f.; BVerfGE 83, 363 ff., hier 386; zum Ganzen *Pünder, H./Waldhoff, C.*: Kommunales Finanzrecht in den Verfassungsordnungen von Bund und Ländern, in: Henneke, H.-G./Pünder, H./Waldhoff, C. (Hg.), Recht der Kommunal Finanzen, München, 2006, 1–24, hier Rn. 9; *Waldhoff, C.*: Grundzüge, a. a. O., Rn. 21.

39 Erste Änderung durch Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. 10. 1994, BGBl. I 1994, 3146; zweite Änderung durch Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 20. 10. 1997, BGBl. I, 1997 2470; zum Hintergrund *Waldhoff, C.*: Grundzüge, a. a. O., Rn. 23 ff.

40 BVerfG, Urteil vom 20. 12. 2007, a. a. O., Tz. 142.

breite Ausführungen zur Konstruktion, aber auch zur Verwaltungspraxis der Arbeitsgemeinschaften. Dieser Teil des Urteils ist zwischen den fünf die Mehrheit tragenden und den drei dissentierenden Richtern strittig.

Das hier relevante Schlagwort von der „verbotenen Mischverwaltung“⁴¹ besitzt fast schon magischen Glanz; gelegentlich wird es als politischer Kampfbegriff instrumentalisiert.⁴² Entscheidend ist, was unter Mischverwaltung verfassungsrechtsdogmatisch verstanden wird.⁴³ Durch die Redeweise von der „verbotenen Mischverwaltung“ wird der Terminus zu einer normativen Kategorie mit der Folge, dass die Einordnung einer Organisationsform zugleich ihre Unzulässigkeit ausspricht (dogmatisch-normativer Begriff der Mischverwaltung); auf der anderen Seite kann Mischverwaltung als heuristischer Begriff und als verwaltungswissenschaftliche Kategorie zunächst beschreibenden, phänomenologisch-typologischen Charakter besitzen, ohne zugleich eine Rechtsfolge zu transportieren.⁴⁴ Verfassungsrechtliche Schlussfolgerungen können nicht durch eine gewisse Eigendynamik gewinnende Begriffe, die keine Verfassungs- oder Gesetzesbegriffe darstellen, begründet werden.⁴⁵ Entscheidend sind die – freilich zu entfaltenden – Aussagen der Verfassung selbst. Das hatte auch die bisherige Leitentcheidung vom 12. Januar 1983 klar erkannt: „Die Verwendung des Begriffs ‚Mischverwaltung‘ mag zur klassifizierenden Kennzeichnung einer bestimmten Art verwaltungsorganisatorischer Erscheinungsformen sinnvoll sein. Für die Prüfung, ob ein Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden bei der Verwaltung im konkreten Fall rechtlich zulässig ist, ergibt sich daraus nichts. [...] Klassifizierungen verwaltungswissenschaftlicher Art können die rechtliche Beurteilung nicht ersetzen.“⁴⁶

41 Aus dem monografischen Schrifttum *Darmstadt, H.*: Zur Frage einer Mischverwaltung von Bund und Ländern, Diss., Münster, 1961; *Ronellenfisch, M.*: Die Mischverwaltung im Bundesstaat, Berlin, 1975, v. a. 102–163 mit einem historischen Abriss der Entwicklung des Phänomens; *Loeser, R.*: Theorie und Praxis der Mischverwaltung, Berlin, 1976.

42 *Stern, K.*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, München, 1980, 833.

43 *Maurer, H.*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., München, 2006, § 22 Rn. 43; *Krebs, W.*, a. a. O., Rn. 73 f.

44 *Schnapp, F.E.*: Mischverwaltung in der Sozialversicherung, in: Vierteljahresschrift für Sozialrecht, 4/2007, 243–262, hier 253.

45 *Lerche, P.*, in: Maunz, T./Dürig, G. u. a. (Hg.): GG: Kommentar, München, 1958 ff., Art. 83 Rn. 85.

46 BVerfGE 63, 1 ff., hier 38; zustimmend etwa *Lerche, P.*, a. a. O., Rn. 85; *Blümel, W.*: Verwaltungszuständigkeit, in: *Isensee, J./Kirchhof, P.* (Hg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl., Heidelberg, 1999, 857–964, hier Rn. 121; *Trute, H.-H.*, in: Mangoldt, H. v./Klein, F./Starck, C.: Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 5. Aufl., München, 2005, Art. 83 Rn. 28 ff.; differenziert *Isensee, J.*: Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: *ders./Kirchhof, P.* (Hg.):

Hierbei ist ein genuin staatsorganisationsrechtlicher mit einem individualbezogenen Ansatz zu kombinieren: Einerseits ist im demokratischen Verfassungsstaat davon auszugehen, dass alle Staatsgewalt nicht nur durch die Verfassung begrenzt, sondern auch konstituiert wird; die Fragestellung geht danach dahin, ob das Grundgesetz Mischverwaltung anerkennt, nicht ob es sie verbietet.⁴⁷ Andererseits stehen die staatsorganisationsrechtlichen Kompetenzvorschriften über das demokratische Verfassungsprinzip auch in Beziehung zum einzelnen Bürger und erfüllen ihm als Legitimationssubjekt gegenüber Funktionen.⁴⁸

Nach der im Ausgangspunkt klaren Kompetenzverteilung der Art. 83 ff. GG sind die Verwaltungsräume von Bund und Ländern, vorbehaltlich der in der Verfassung selbst vorgesehenen Verschränkungen, organisatorisch und funktionell getrennt.⁴⁹ Die Zuweisung einer Kompetenz bedeutet zugleich das Recht wie die Pflicht der eigenverantwortlichen Wahrnehmung der Kompetenz, d. h. die Wahrnehmung mit eigenem Personal, mit eigenen Sachmitteln und in eigener Organisation.⁵⁰ Die Kompetenzordnung steht nicht zur Disposition der Gebundenen,⁵¹ die organisationsrechtliche Ausgestaltung der Verwaltung hat den Rahmen der Art. 83 ff. GG zu beachten. Die Kommunen – Gemeinden wie Kreise – gehören als mittelbare Staatsverwaltung zur Ebene der Länder. Der Zweite Senat führt in vorliegender Entscheidung die staatsorganisationsrechtlichen Regelungen der Verteilung der Verwaltungskompetenzen in den Art. 83 ff. GG auf ihren Kern zurück: Die Gewährleistung von Verantwortungs-Zurechenbarkeit und Verantwortungsklarheit.⁵² In einem gegliederten Bundesstaat gehört es nicht nur zu den Aufgaben der Bundesverfassung, die Zuständigkeiten zwischen den Ebenen festzulegen, sondern durch klare Kompetenzzuweisungen für den einzelnen Bürger die Verantwortlichkeit für Staatshandeln deutlich zu machen:

Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl., Heidelberg, 1999, 517–692, hier Rn. 183 f.

47 Schnapp, F. E., a. a. O., 253; dies betont inzwischen auch klar BVerfGE 108, 169 ff., hier 178 ff.

48 Allgemein zu dem Zusammenhang zwischen Verwaltungsorganisation und Demokratieprinzip Wissmann, H.: Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verwaltungsorganisation, in: Hoffmann-Riem, W./Schmidt-Aßmann, E./Vosskuhle, A. (Hg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, München, 2006, 943–994, hier Rn. 59–64; Trute, H.-H., Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: ebd., 307–390.

49 BVerfGE 55, 274 ff., hier 318 ff.; BVerfGE 63, 1 ff., hier 36 ff.; BVerfGE 75, 108 ff., hier 151; Maurer, H., a. a. O., Rdn. 41.

50 Trute, H.-H.: Die demokratische Legitimation, a. a. O., Rn. 31.

51 Lerche, P., a. a. O., Rn. 84, 86.

52 Ebd., Rn. 107, 110; ferner Volkmann, U.: Bundesstaat in der Krise?, in: Die öffentliche Verwaltung, 51/15 (1998), 613–623, hier 615; Mehde, V.: Wettbewerb zwischen Staaten, Baden-Baden, 2005, 126.

„Aus Sicht des Bürgers bedeutet rechtsstaatliche Verwaltungsorganisation [...] zuallererst Klarheit der Kompetenzordnung; denn nur so wird die Verwaltung in ihren Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten für den einzelnen ‚greifbar‘. [...] Eine hinreichend klare Zuordnung von Verwaltungszuständigkeiten ist vor allem im Hinblick auf das Demokratieprinzip erforderlich, das eine ununterbrochene Legitimationsskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern fordert und auf diese Weise demokratische Verantwortlichkeit ermöglicht. [...] Der Bürger muss wissen können, wen er wofür – auch durch Vergabe oder Entzug seiner Wählerstimme – verantwortlich machen kann.“⁵³

Durch diesen Ansatz ist die künstliche Trennung zwischen staatsorganisationsrechtlichen Regelungen wie der bundesstaatlichen Kompetenzordnung und dem einzelnen Bürger, vermittelt durch das demokratische Verfassungsprinzip, überwunden.⁵⁴ Das Schlagwort vom Verbot der Mischverwaltung wird in einen verfassungssystematischen Gesamtzusammenhang gestellt und damit zu einer anwendungsfähigen Kategorie entwickelt.

Prüfungsmaßstab im vorliegenden Fall ist wiederum – bedingt durch die Verfahrensart – die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG. Innerhalb dieses Prüfungsmaßstabs werden dann die allgemeinen bundesstaatlichen Kompetenzbestimmungen der Art. 83 ff. GG relevant. Damit unterscheidet sich die Prüfung im vorliegenden Fall von der bisherigen Leitentscheidung zur Betrauung der Bayerischen Versicherungskammer mit der Geschäftsführung der Versorgungsanstalt der Bezirksschornsteinfeger,⁵⁵ bei der Fragen der kommunalen Selbstverwaltung keine Rolle spielten.⁵⁶ Durch den Zwang, Arbeitsgemeinschaften mit der Bundesagentur für Arbeit zu bilden, wird in die Organisations- und in die Personalhoheit der Kreise eingegriffen. Durch diese Ausprägungen der Selbstverwaltungsgarantie wird der kommunalen Ebene die Art und Weise, die Organisation sowie die Auswahl und Verwendung des Personals zur Aufgabenerledigung garantiert. Die eigenverantwortliche Aufgabenerledigung wird jedoch nur nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet, unterliegt demgemäß „normativer Prägung durch den Gesetzgeber“⁵⁷. Dabei müsse der Gesetzgeber

53 BVerfG, Urteil vom 20. 12. 2007, a. a. O., Tz. 157 f.

54 Vgl. zu diesem Ansatz im Zusammenhang mit der bundesstaatlichen Finanzverfassung *Waldhoff, C.*: Finanzautonomie, a. a. O., 231 ff.

55 BVerfGE 63, 1 ff.

56 Zur Mischverwaltung zwischen unmittelbarer Staats- und Kommunalverwaltung *Erichsen, H.-U./Büdenbender, M.*: Verfassungsrechtliche Probleme staatlich-kommunaler Mischverwaltung, in: *Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter*, 15/5 (2001), 161–170.

57 BVerfG, Urteil vom 20. 12. 2007, a. a. O., Tz. 147 unter Bezugnahme auf BVerfGE 91, 228 ff., hier 240.

jedoch den in der Verfassung zum Ausdruck kommenden „prinzipiellen Vorrang einer dezentralen, also gemeindlichen, vor einer zentral und damit staatlich determinierten Aufgabenwahrnehmung [...] berücksichtigen.“⁵⁸ Aus dieser Spannungslage folgt das Erfordernis eines hinreichenden rechtfertigenden Grundes für die gesetzlich angeordnete Zusammenarbeit.⁵⁹ In diesem Zusammenhang sei dann zu prüfen, ob die vorgesehene Mischverwaltung die Art. 83 ff. GG verletze. Auch auf dieser die Zuständigkeiten von Bund und Ländern betreffenden Ebene jenseits von Selbstverwaltung umfasst die Kompetenzzuweisung die Befugnis, die Verwaltungsaufgaben mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und unter eigener Organisation wahrzunehmen. Die aus dem kommunalrechtlichen Bereich bekannten Topoi von der Organisations- und der Personalhoheit spiegeln sich so als allgemeine organisationsrechtliche Kategorien. Organisations- und Personalhoheit im Verhältnis zwischen Bund und Kommunen wirken somit in doppelter Richtung: „von unten nach oben“ über die Selbstverwaltungsgarantie; „von oben nach unten“ als Ausprägung der prinzipiellen Trennung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern unter Berücksichtigung der Eingliederung der Kommunen in die Länder.

Anhand dieser Maßstäbe stellt die Mehrheitsmeinung des Senats eine Verletzung der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie i. V. m. Art. 83 GG fest. Zunächst wird dargelegt, dass die Arbeitsgemeinschaften zwischen Kreisen und Bundesagentur sich nicht auf eine bloß formale (womöglich bloß räumliche) Zusammenfassung von Aufgaben selbständig bleibender Einheiten beschränken, sondern trotz Verbleibens der Finanzierungs- und Gewährleistungsverantwortung bei Bundesagentur und Kommunen gemeinschaftliche Verwaltungseinrichtungen darstellen, die etwa Verwaltungsakte erlassen:

„§ 44 b SGB II sieht eine selbständige, sowohl von der Sozial- als auch von der Arbeitsverwaltung getrennte Organisationseinheit vor, die sich nicht auf koordinierende und informierende Tätigkeit beschränkt, sondern die gesamten Aufgaben einer hoheitlichen Leistungsverwaltung im Bereich der Grundsicherung für Arbeitssuchende umfasst. [...] Die Arbeitsgemeinschaften sind damit gemeinschaftliche Verwaltungseinrichtungen der Bundesagentur und der kommunalen Träger zum Vollzug der Grundsicherung für Arbeitssuchende.“⁶⁰

58 BVerfG, Urteil vom 20. 12. 2007, a. a. O., Tz. 148.

59 Vgl. allgemein *Isensee, J.*, a. a. O., Rn. 185.

60 BVerfG, Urteil vom 20. 12. 2007, a. a. O., Tz. 163, 165 gegen eine Auffassung des Bundessozialgerichts.

Daran ändere auch nichts, dass als Träger der Leistungen der Grundsicherung nach wie vor einerseits die Kommunen, andererseits die Bundesagentur für Arbeit fungieren, denn die entsprechenden Leistungen sollen ausweislich des Gesetzeszwecks „aus einer Hand“ kommen. Dass es sich bei den Arbeitsgemeinschaften nicht nur um eine „räumliche Zusammenfassung verschiedener Behörden“ handelt, sondern um „gemeinschaftliche Verwaltungseinrichtungen der Bundesagentur und der kommunalen Träger“ für einen „gemeinschaftlichen Vollzug“, wird durch den Senat eingehend begründet: Die Arbeitsgemeinschaften besitzen die Befugnis, Verwaltungsakte und Widerspruchsbescheide zu erlassen. Die Argumentation der Mehrheitsmeinung reicht jedoch noch weiter, indem sie die Verwaltungspraxis einbezieht. Um dem Arbeitssuchenden „Leistungen aus einer Hand“ anbieten zu können, müssten auch die entsprechenden Daten zusammengeführt werden; der Senat widmet sich hier Detailfragen bis zur Bewertung der von der Bundesagentur für Arbeit implementierten einheitlichen Software, welche eigenständige Organisationsentscheidungen der kommunalen Träger hinsichtlich der Datenverarbeitung letztlich ausschlossen.⁶¹

„Dadurch werden [...] verfahrens- und inhaltliche Entscheidungsmöglichkeiten mit Wirkung für beide Leistungsträger auf die mit der vorgegebenen Software verarbeitbaren Lösungen begrenzt. Durch die softwarebedingten Vorgaben verlieren die an den Arbeitsgemeinschaften beteiligten Landkreise und Kreise Entscheidungsspielräume, die ihnen im Rahmen eigenverantwortlicher Aufgabenerfüllung zustünden.“⁶²

Diese Ausführungen stellen einen interessanten Beleg dafür dar, dass und inwieweit inhaltliches Verwaltungshandeln durch technische Vorgaben, insbesondere der elektronischen Datenverarbeitung determiniert werden, die Verwaltung zum „Sklassen des Computers bzw. der Technik“ geworden ist. Bemerkenswert ist die Aufnahme derartiger und weiterer organisatorisch-funktionaler Erwägungen in die Realbereichsanalyse einer Verfassungsgerichtsentscheidung zur Vorbereitung der Subsumtion des Sachverhalts unter die zuvor vom Gericht konkretisierten Maßstäbe.⁶³

61 Ebd., Tz. 180.

62 Ebd., Tz. 180.

63 Zu verweisen ist hier auf die Stellungnahmen im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht, wobei es vor allem um inhaltliche, organisatorische, funktionale und personalwirtschaftliche Probleme der Mischverwaltung in den Arbeitsgemeinschaften ging; vgl. dazu *Hesse, J.J.*: Zur Verfassungsmäßigkeit der Arbeitsgemeinschaften, in: ders./Götz, A.: Für eine zukunftsfähige Arbeits- und Sozialverwaltung. Aufgabenträgerschaft nach dem SGB II („Hartz IV“) 2005–2007, Baden-Baden, 2007, 207–224.

Ähnliches wird für die Personalauswahl festgestellt: Die Behördenleitung durch den im Gesetz vorgesehenen Geschäftsführer alterniert im Falle der Nichteinigung der beteiligten Träger. In der – bei privatrechtlicher Ausgestaltung – Gesellschafterversammlung, bei öffentlich-rechtlicher Organisation in der Trägerversammlung kommt es notwendigerweise zu „einer Vergemeinschaftung der Willensbildung“ mit der Folge „unumgängliche[r] Mitentscheidung des jeweils anderen Verwaltungsträgers bei der Aufgabenwahrnehmung“ mit den daraus resultierenden Blockademöglichkeiten und Kompromisszwängen.⁶⁴ Auch die von der Bundesagentur für Arbeit freiwillig eingegangenen Selbstbeschränkungen hinsichtlich ihrer Einwirkungsmöglichkeiten vermögen nach Ansicht der Mehrheitsmeinung die aufgezeigten Defizite nicht zu heilen. Zwar würden durch derartige Selbstbeschränkungen eigener Kompetenzwahrnehmung die Spielräume des anderen an der Mischverwaltung beteiligten Trägers vergrößert; zugleich bestehe jedoch die – etwa vom Bundesrechnungshof in einem Bericht konstatierte – Gefahr der Vernachlässigung der eigenen Verantwortung.⁶⁵ Schließlich belegten auch die Aufsichtsregelungen die unzulässige Vermischung der Verwaltungssphären, die in Grenzfällen zu einer „Mischaufsicht“ führen.⁶⁶ Bei der Verwaltungsvollstreckung und bei der Anwendung von Datenschutzrecht entstünden durch die unklare Rechtslage Unsicherheiten, ob Bundes- oder Landesrecht anzuwenden sei.

Dies alles widerspreche dem Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung. Die „integrierte“ und „ganzheitliche“ Durchführung der Grundsicherung ermögliche es beiden beteiligten Aufgabenträgern nicht mehr, unabhängige und eigenständige sachliche Entscheidungen sowie autonome Personalentscheidungen zu treffen. Der dargelegte gemeinschaftliche Vollzug der Aufgabe reiche für einen Verstoß gegen Art. 83 GG aus, auch wenn die Arbeitsgemeinschaft nicht Träger der Aufgabe werde.⁶⁷ Diese Gemeinschaftseinrichtungen seien vom Grundgesetz nicht vorgesehen und besondere Rechtfertigungsgründe für die Mischverwaltung seien nicht ersichtlich. Dies ergebe sich schon daraus, dass es sich bei der Grundsicherung für Arbeitssuchende nicht um eine eng umgrenzte Verwaltungsmaterie handle, die eine Rechtfertigung vom Grundsatz der

64 BVerfG, Urteil vom 20. 12. 2007, a. a. O., Tz. 182.

65 Ebd., Tz. 184 ff.

66 Ebd., Tz. 188 ff.

67 Vgl. zu den verwendeten verwaltungsorganisationsrechtlichen Grundbegriffen *Jestaedt, M.*: Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts, in: Hoffmann-Riem, W./Schmidt-Aßmann, E./Vosskuhle, A. (Hg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, München, 2006, 891–942, hier Rn. 19 ff., 45 ff.

eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung rechtfertigen könne. Das Sachziel, die Grundsicherung „aus einer Hand“ zu gewähren, sei zwar anzuerkennen; dies bedinge jedoch keine Wahrnehmungsvermischung, da eine klare Zuordnung an die Bundesagentur oder an die Kommunen möglich gewesen sei.⁶⁸ Allein die Suche nach einem politischen Kompromiss im Vermittlungsverfahren rechtfertige die Durchbrechung verfassungsrechtlicher Vorgaben ebenso wenig, wie das historisch gewachsene Nebeneinander kommunal administrierter Sozialhilfe und von der Arbeitsverwaltung des Bundes ausgezahlter Arbeitslosenhilfe.⁶⁹

Der Entscheidungsfolgenausspruch in Form einer bloßen Unvereinbarkeitserklärung lässt für eine Übergangszeit bis Ende 2010 eine Weiteranwendung der beanstandeten Regelungen zu, um eine geordnete Reform zu ermöglichen.

Das Minderheitsvotum von drei dissentierenden Richtern sieht aufgrund bestehen bleibender Trägerschaft der beteiligten Kommunen und der Bundesagentur keine unzulässige Vermischung von Verwaltungskompetenzen, sondern – zumindest bei verfassungskonformer Auslegung – die Arbeitsgemeinschaften eher als „Büro“ beider Träger, welches die Aufgaben der Leistungsträger nur im Sinne einer gebündelten Komplementärzuständigkeit wahrnehme, an: „[L]ediglich die Wahrnehmungszuständigkeit und Durchführungsverantwortung, nicht aber die sachliche Zuständigkeit geht auf die Arbeitsgemeinschaft über.“⁷⁰

VI. Fazit

Die grundlegende Entscheidung hat zukunftsweisende Aussagen zur Kommunalverfassungsbeschwerde, zur Selbstverwaltungsgarantie der Kreise und zu dem Problem der Mischverwaltung im Bundesstaat getroffen. Im Rahmen der Kommunalverfassungsbeschwerde wird die Begrenzung des Prüfungsmaßstabs auf Art. 28 Abs. 2 GG im Ergebnis wohl zu eng gezogen. Bei der Bestimmung derjenigen Normen, welche diese Verfassungsgarantie mitkonturieren, wird vorliegend zwischen Art. 83 und Art. 84 Abs. 1 GG unterschieden: Die sich als verfassungswidrig herausstellende Mischverwaltung verletzt Art. 83 GG und damit

68 Zu den denkbaren Organisationsmodellen *Bauer, H.*, a. a. O., 29 ff.

69 Im Ergebnis übereinstimmend *Lühmann, H.*: Verfassungswidrige Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe im SGB II?, in: Die öffentliche Verwaltung, 57/16 (2004), 677–685, hier 682 ff.; *Henneke, H.-G.*: Aufgabenwahrnehmung und Finanzlastverteilung im SGB II als Verfassungsproblem, in: Die öffentliche Verwaltung, 58/5 (2005), 177–191; *Ruge, K./Vorholz, L.*, a. a. O.; *Schnapp, F. E.*, a. a. O.

70 BVerfG, Urteil vom 20.12.2007, a. a. O., Tz. 220; für Verfassungsmäßigkeit von § 44b SGB II auch *Bieback, K.-J.*, a. a. O.; *Quaas, M.*, a. a. O.; *Breitkreuz, T.*: Die Leistungsträger nach dem SGB II im System des Sozialverwaltungsrechts, in: Die Sozialgerichtsbarkeit, 52/3 (2005), 141–146, hier 144 ff.

zugleich die Organisations- und Personalhoheit der betroffenen Kreise, kann dementsprechend über Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG von diesen als verletzt gerügt werden; ein die Kriterien der bisherigen Rechtsprechung überschreitender Durchgriff des Bundesgesetzgebers auf die Kreise „konstituierende“ demgegenüber die Selbstverwaltung nicht mit und sei dementsprechend in dem vorliegenden Verfahren auch nicht rügefähig. Diese Differenzierung erscheint allzu feinsinnig und geht an der Wirklichkeit des Steuerungsanspruchs des Bundes gegenüber der kommunalen Ebene vorbei. Gemeinden und Kreise sollten die Verletzung solcher Kompetenzvorschriften über ihr Selbstverwaltungsrecht im Wege der Kommunalverfassungsbeschwerde rügen können, die – unabhängig von ihrer primären Intention – die Selbstverwaltung direkt oder mittelbar berühren.

Im Anschluss an die überkommene Rechtsprechung wird der Schutz der Selbstverwaltung der Kreise gegenüber demjenigen der Gemeinden aufgrund der fehlenden Aufgabenzuweisung durch die Verfassung als abgeschwächt konstruiert. Eine Umgehung der landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsvorschriften bleibt somit im Ergebnis für die Kreise nicht angreifbar, obgleich damit Kernfragen der Finanzausstattung dieser Gemeindeverbände berührt sind. Es wäre zu fragen, ob die Abstufung im Schutzgehalt der Selbstverwaltungsgarantie zwischen Gemeinden und Kreisen nicht primär auf deren Verhältnis zueinander zu beziehen ist, nicht hingegen im Verhältnis zu Land und Bund.

Überzeugend sind demgegenüber die Ausführungen der Mehrheitsmeinung zur Mischverwaltung durch die Arbeitsgemeinschaften nach dem SGB II, die den Schwerpunkt der Entscheidung bilden. In Fortentwicklung und Anwendung der Leitentscheidung von 1983 wird die Einhaltung der verwaltungsorganisationsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes ernst genommen und diesem Rechtsgebiet damit die ihm gebührende Bedeutung zugewiesen. Der Senat nimmt hier eine ausführliche Analyse nicht nur des einfachrechtlichen Rahmens der zu beurteilenden Verwaltungsorganisation vor, er widmet sich auch einer Realanalyse der (bisher allerdings eher kurzen) Verwaltungspraxis der Arbeitsgemeinschaften zwischen Kommunen und Bundesagentur. Diese Analyse ist nicht nur wünschenswert, sie ist erforderlich, nimmt man die neuere Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Mischverwaltung ernst; wenn der Topos „Mischverwaltung“ nur mehr eine verwaltungswissenschaftliche Kategorie der Problembeschreibung darstellt, aus dem unmittelbar keine verfassungsrechtlichen Folgen zu ziehen sind, werden sowohl die Entfaltung der konkreten verfassungsrechtlichen Maßstäbe als auch die genaue Analyse der zu beurteilenden Verwaltungsstruktur zu den entscheidenden Aufgaben der kontrollierenden Ver-

fassungsrechtsprechung. Die Bedeutung der organisationsrechtlichen Ausgestaltung einer Verwaltungsaufgabe für den Sachzweck wird vom Senat ernst genommen.⁷¹

In der Sache vermochten weder die politische Suche nach Kompromissen noch wirkliche oder vermeintliche Bedürfnisse der Verwaltungspraxis oder -reform die letztlich durch das demokratische Verfassungsprinzip auf den einzelnen Bürger und Wähler rückbezogenen Organisationsnormen des Grundgesetzes mit ihrer klaren Trennung von Kompetenzen und damit von Verantwortlichkeiten zu relativieren. Der Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung erscheint staatsorganisationsrechtlich als Ausfluss der Trennung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern nach Art. 83 GG, kommunalverfassungsrechtlich als Ausfluss der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG mit ihrem Schutz der Organisations- und Personalhoheit von Gemeinden und Kreisen. In einer dynamischen Verwaltungswirklichkeit bewähren sich das Staats- und das Verwaltungsorganisationsrecht als Rahmen administrativer Aufgabenerfüllung.

71 Dies entfaltet auch Wirkung auf die Arbeit der Föderalismuskommission II, die organisatorische und operative Fragen bei der Ausgestaltung der bundesstaatlichen Kompetenzordnung berücksichtigen und Verflechtungstatbestände aufzulösen sucht; eine dem hier diskutierten Urteil folgende Neustrukturierung der SGB II-Verwaltung könnte dabei als Modellfall dienen; vgl. *Hesse, J.J.*: Stellungnahme im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen – Verwaltungsthemen, Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen, K-Drs. 078, Berlin, 2007., 37 f., 55, 81 ff.

Verfassungsänderung, leicht gemacht

von Horst Dreier

I. Ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts

Kurz vor dem Weihnachtsfest des vergangenen Jahres erging ein mit Spannung erwartetes Urteil des Bundesverfassungsgerichts, das § 44b SGB II betraf.¹ Das klingt nach einer ziemlich speziellen sozialrechtlichen Regelung, wie es sie zu Tausenden gibt. Aber hier war ein in der öffentlichen Debatte mit dem Kürzel „Hartz IV“ umschriebener Komplex der Grundsicherung für Arbeitssuchende betroffen, der buchstäblich Millionen anging. Konkret handelte es sich um die verwaltungsorganisatorischen Konsequenzen der Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe bei der Erbringung der entsprechenden Leistungen, die man im Jahre 2003 nach heftigen politischen Auseinandersetzungen insbesondere zwischen der rot-grünen Bundestagsmehrheit und dem von CDU/CSU dominierten Bundesrat im Vermittlungsausschuss beschlossen hatte. Kern dieses hier im Einzelnen nicht nachzuzeichnenden Regelungsgeflechts war die Einrichtung sog. Arbeitsgemeinschaften, die das Kürzel „Argen“ fest im bundesdeutschen Wortschatz etablierten. Deren entscheidende Besonderheit bestand darin, die bis dahin bestehende Zuständigkeitsaufspaltung zwischen der Bundesanstalt für Arbeit (Arbeitslosengeld) und den Kommunen (Sozialhilfe) aufzuheben und die Gewährung der neu geschaffenen Grundsicherung „aus einer Hand“ anzubieten. Zu diesem Zweck sollten sich Bundesanstalt und Kommunen gemäß § 44b SGB II in örtlichen Arbeitsgemeinschaften zusammenschließen und ungeachtet der unterschiedlichen Trägerschaft einheitlich unter der Leitung eines Geschäfts-

1 BVerfGE 119, 331 ff. (Urteil des Zweiten Senats v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04). – Erste eingehende Besprechungen: *Henneke, H.-G.*: Hat das BVerfG die Trägerschaft im SGB II durch die Bundesagentur einerseits und die Kommunen andererseits bestätigt?, in: *Der Landkreis*, 78/4–5 (2008), 167–171; *Ritgen, K.*: Selbstverwaltungsgarantie und Mischverwaltungsverbot als Schranken der Organisationsgewalt des Bundes, in: *Niedersächsische Verwaltungsblätter*, 15/7 (2008), 185–193; *Waldhoff, C.*: „Hartz IV“ vor dem Bundesverfassungsgericht, in: *ZSE*, 6/1 (2008), 57–74; *Schoch, F.*: Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie durch das Bundesverfassungsgericht?, in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 123/15 (2008), 937–946.

führers über die Vergabe von Sozialleistungen entscheiden, für die zuvor getrennte Zuständigkeiten bestanden.

Das Gericht sah mit fünf zu drei Stimmen² in dieser Regelung der einheitlichen Aufgabenwahrnehmung in Arbeitsgemeinschaften einen Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 S. 1 u. 2 i. V. m. Art. 83 GG und erklärte § 44b SGB II daher für mit der Verfassung unvereinbar. Das Gericht gewährte dem Gesetzgeber aufgrund der „besonders komplexen Regelungsmaterie“ eine Frist zur Neuregelung bis Ende 2010.³

II. Reaktionen der Politik

Bei der mündlichen Urteilsverkündung hatte der Vorsitzende des Zweiten Senats, *Winfried Hassemer*, davon gesprochen, die Entscheidung sei nicht als „schallende Ohrfeige“ für den Gesetzgeber zu verstehen, sondern als eine Ermunterung an ihn, über andere Lösungen nachzudenken.⁴ Das tat man auch. Erste Überlegungen – insbesondere auf Bundesebene – gingen dahin, das bisherige Modell von Arbeitsgemeinschaften in ein verfassungsrechtlich unbedenkliches Kooperationsmodell umzuwandeln, bei dem bei prinzipieller Aufgabentrennung die Zusammenarbeit von Arbeitsagentur und Kommune vertraglich exakt vereinbart wird. Dann aber kam es „im politischen Raum“, wie man in solchen Fällen zu sagen pflegt, zu einer bemerkenswerten Wende, die vom Chef der Bundesagentur für Arbeit, *Frank-Jürgen Weise*, im Vorfeld noch ebenso vehement wie ergebnislos bekämpft worden war. Weniger auf den Titelseiten der großen Tageszeitungen als in deren Wirtschaftsteil drang die Neuigkeit an die Öffentlichkeit.⁵ Geplant ist nunmehr auf der Grundlage eines offenkundig erzielten Konsenses zwischen den Arbeits- und Sozialministern der Länder und dem Bundesminister für Arbeit und Soziales, das Grundgesetz zu ändern. Man will offenbar genau diejenigen Verfassungsbestimmungen, an denen § 44b SGB II gescheitert ist, so modifizieren bzw. um Spezialvorschriften ergänzen, dass die

2 Die abweichende Meinung der Richter *Broß*, *Osterloh* und *Gerhardt* stellt im wesentlichen auf die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 44b SGB II ab (BVerfGE 119, 331 ff., hier 386 ff.). Zudem wurde der Norm zugute gehalten, dass der Gesetzgeber bei der erfolgten Zusammenführung bestehender Sozialsysteme vor einer „äußerst schwierigen Aufgabe“ stand und „verwaltungsgorganisatorisch Neuland beschritten“ hat (ebd., 393).

3 BVerfGE 119, 331 ff., hier 383 f.

4 Vgl. *Budras, C.*: Hartz IV im Chaos, in: FAZ v. 21.12.2007, 11.

5 FAZ v. 15.07.2008, 9: Bund und Länder einig über Jobcenter; SZ v. 15.07.2008, 7: Einigung über Jobcenter.

bisherige Regelungsstruktur erhalten bleiben kann. Knapp gesagt: das Grundgesetz wird für eine gesetzliche Regelung, die vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig befunden wurde, durch Änderung „passend“ gemacht. Noch knapper: die Politik ändert nicht das für verfassungswidrig erklärte Gesetz, sondern die Verfassung. *So* hatte sich der Vorsitzende des Zweiten Senats die kreative Suche nach anderen Lösungen vielleicht dann doch nicht vorgestellt.⁶

III. Änderungen des Grundgesetzes – normativ und empirisch betrachtet

Ja, aber ließe sich eine entsprechend maßgeschneiderte Änderung des Grundgesetzes denn so einfach realisieren, wird sich hier vielleicht mancher fragen. Die Antwort lautet: ja, leider. Denn in signifikantem Unterschied zu den meisten anderen Verfassungsstaaten Europas und der Welt und in Abweichung von fast allen Verfassungen der Länder⁷ liegen die Hürden für eine Änderung des Grundgesetzes nicht besonders hoch. Art. 79 Abs. 2 GG bestimmt lapidar, dass es dafür der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates bedarf. Nun mag man meinen, dass eine solche Zweidrittelmehrheit, die man sowohl im Bundestag (als dem legislativen Repräsentationsorgan des Staatsvolkes) wie auch im Bundesrat (als der Vertretung der 16 Bundesländer) erringen muss, doch ein gewaltiges Hindernis darstellt. Und so hat ein amerikanischer Politikwissenschaftler in einer sehr verdienstvollen, weltweit rechtsvergleichenden Untersuchung über den Schwierigkeitsgrad von Verfassungsänderungen der Bundesrepublik Deutschland genau wegen dieses doppelten Erfordernisses einen recht hohen „*index of difficulty*“ bescheinigt.⁸ Vermutlich war ihm die für die Bundesrepublik Deutschland prägende parteipolitische Grundierung der staatlichen Entscheidungsstrukturen auf der Ebene von Bund *und* Ländern nicht geläufig. Die Erfahrungen aus mehr als einem halben Jahrhundert Veränderungsgeschichte des 1949 verabschiedeten Grundgesetzes zeigen: sind sich die (Spitzen der) großen politischen Parteien,

6 Dass „die krude verfassungsrechtliche Absicherung der beanstandeten Arbeitsgemeinschaften die schlechteste aller denkbaren Möglichkeiten wäre“, konstatiert *Huber, P.M.*: Das Verbot der Mischverwaltung – de constitutione lata et ferenda, in: Die öffentliche Verwaltung, 61/20 (2008), i. E., Abschnitt VI.

7 Überblick bei *Dreier, H.*: Art. 79 Abs. 2, in: ders. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen, 2006, hier Rn. 9 ff.

8 *Lutz, D.S.*: Toward a Theory of Constitutional Amendment, in: Levinson, S. (Hg.): Responding to Imperfection, Princeton, NJ, 1995, 237–274, hier 254 ff., 260 ff.

vornehmlich also (von) CDU/CSU und SPD, einig, so bereitet es keine Schwierigkeiten, die erforderlichen Mehrheiten in Bundestag und Bundesrat sicherzustellen. Insbesondere der Bundesrat ist, weil er nicht dem amerikanischen Senatsmodell folgt, sondern als Vertretung der wiederum von Parteipolitikern beherrschten Landesregierungen ausgestaltet ist, in aller Regel kein echtes Widerlager. Eine wirkliche Hürde bildet die Zweidrittelmehrheit also nur bei numerisch wie inhaltlich starker Opposition, nicht bei formeller oder faktischer breiter Koalition mit gleichlaufenden politischen Parteiinteressen. Kein Zufall also, dass insbesondere die Phasen formeller Großer Koalitionen immer auch Phasen intensiver Arbeit am Grundgesetz im Sinne seiner Veränderung gewesen sind: die Notstandsgesetzgebung Ende der 1960er Jahre und die Föderalismusreform 2006 sollen als Beispiele genügen. Das mag sich in der Zukunft wegen der Verschiebungen in der Parteienlandschaft ändern, die Konsensbildungsprozesse der politischen Parteien könnten schwieriger werden. Solche Schwierigkeiten sind für die nunmehr geplante Änderung des Grundgesetzes zur Beibehaltung des bestehenden Modells der Sozialverwaltung freilich nicht in Sicht.

Die geplante Verfassungsänderung wäre die 53. ihrer Art. Schon die schiere Zahl zeigt, dass das Grundgesetz zu den änderungsintensiven Verfassungen zählt.⁹ Hinzu kommt, dass es sich genau genommen nicht um die 53. Änderung des Grundgesetzes, sondern um das 53. verfassungsändernde Gesetz handeln würde. Das ist ein großer Unterschied. Denn eine einzelne Novelle kann durchaus von ganz erheblichem Umfang sein und intensiven Änderungsgehalt entfalten, ein einziges verfassungsänderndes Gesetz somit eine ganze Reihe von alten Grundgesetznormen aufheben und ändern oder neue einführen. Das bereits erwähnte 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (Föderalismusreform 2006) darf den zweifelhaften Titel für sich reklamieren, die bislang umfangreichste Änderung des Grundgesetzes herbeigeführt zu haben. Gewaltigen Modifikationen und Umbauten wurde das Grundgesetz aber bereits früher durch die Veränderungsschübe der Wehr- und Notstandsverfassung, der Finanz- und Haushaltsreform sowie der deutschen Wiedervereinigung und im Blick auf die europäische Integration unterworfen.¹⁰ Zahlreiche weitere kleinere und grö-

9 Minutiöse Dokumentation bis zum 44. Änderungsgesetz vom Oktober 1997: *Bauer, A./Jestaedt, M.*: Das Grundgesetz im Wortlaut, Heidelberg, 1997 (mit geraffter Übersicht 30 ff.). Vgl. auch die (noch) aktuelle Fortführung bis zum 52. Änderungsgesetz durch *dies.*, in: Bonner Kommentar zum GG, 127. Aktualisierung 2007, eingefügt nach dem Abdruck des aktuellen GG-Textes und vor der „Einleitung“.

10 Zu den großen Entwicklungsschüben näher *Dreier, H.*: Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Deutschland, in: Bogdandy, A.v./Cruz Villalón, P./Huber, P.M. (Hg.): Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I, Heidelberg, 2007, § 1, hier Rn. 48 ff.

ßere verfassungsändernde Gesetze treten hinzu. In der Summe hat das Grundgesetz bislang schätzungsweise rund 200 Änderungen, Aufhebungen und Einfügungen erfahren, ist sein Textumfang um mehr als 50 % gewachsen.¹¹

IV. Prinzipielle Notwendigkeit von Verfassungsänderungen

Mit diesen wenigen Hinweisen soll natürlich erstens keineswegs in Frage gestellt werden, dass es der Einräumung von Möglichkeiten zur Verfassungsänderung bedarf. Denn obwohl die Verfassung als Grundordnung für das politische Gemeinwesen und Rahmenordnung für den politischen Prozess fungiert, also „die Grundlage, der Grundsatz, das Ruhende und Feste“¹² sein soll, muss sie doch andererseits auch anpassungsfähig und in der Lage sein, auf den Wandel der Zeiten zu reagieren und neue Herausforderungen zu bewältigen.¹³ Verfassungstabilität impliziert nicht Unveränderlichkeit.¹⁴ Zum zweiten sollte man bei der Kritik an Umfang und Zahl der Verfassungsänderungen in Rechnung stellen, dass ungefähr die Hälfte der Austeriarierung zwischen Bund und Ländern, also der Dauerbaustelle föderaler Kompetenzverteilung geschuldet ist. Eine Revision des Staatsgrundgesetzes kann zudem, auch das sei nicht verkannt, bis zu einem gewissen Grade als Zeichen seiner Vitalität und effektiver Verfassungsbindung gelesen werden: es wird sozusagen ernst genommen.¹⁵ Dass man die Verfassung ändert, demonstriert also keineswegs automatisch ihre Schwäche, sondern kann auch als Indiz ihrer Stärke gelten. Oder andersherum gesagt: „Wirkungslose Verfassungen müssen nicht geändert werden.“¹⁶

11 *Hofmann, H.*: Änderungen des Grundgesetzes – Erfahrungen eines halben Jahrhunderts, in: Damm, R./Heermann, P. W./Veil, R. (Hg.): Festschrift für Thomas Raiser, Berlin, 2005, 859–870, hier 859. Die Föderalismusreform 2006 ist hier noch nicht berücksichtigt.

12 *Mohl, R. v.*: Enzyklopädie der Staatswissenschaften, Bd. 1, Tübingen, 1859, 131.

13 Näher *Dreier, H.*: Art. 79 Abs. 2, a. a. O., Rn. 13 ff.

14 *Hüberle, P.*: Zeit und Verfassungskultur, in: Peisl, A./Mohler, A. (Hg.), Die Zeit, München, 1983, 289–343, hier 307; *Schuppert, G. F.*: Rigidity and Flexibility of Constitutional Law, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 120/1 (1995), 32–99, 43 f.; *Kirchhof, P.*: Die Identität der Verfassung, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hg.): Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Aufl., Heidelberg, 2004, § 21, hier Rn. 41.

15 „Thus, a reasonable amendment rate will indicate that the people living under it take their constitution seriously“ (*Lutz, D. S.*, a. a. O., 243).

16 *Kloepfer, M.*: Vom Zustand des Verfassungsrechts, in: Juristenzeitung, 58/10 (2003), 481–485, hier 484.

V. Folgeprobleme: Stil- und Sachfragen

Dies alles konzediert, gilt doch auch hier der Satz: Die Dosis macht das Gift. So sind denn die Folgeprobleme, die die Regelung des Art. 79 Abs. 2 GG nach sich zieht und die sich im geplanten 53. Änderungsgesetz vermutlich erneut – und möglicherweise in geballter Form – zeigen dürften, nicht zu übersehen.

1. Das eine dieser Folgeprobleme betrifft nur auf den ersten Blick rein formal-ästhetische Aspekte, obwohl auch diese – wenn es so etwas wie einen Stil des Rechts und damit wohl auch einen Stil der Verfassung gibt¹⁷ – natürlich schon für sich genommen nicht unerheblich sind. Die meisten der in den letzten Jahren erfolgten Grundgesetzänderungen zeichnen sich dadurch aus, dass die Neuregelungen außerordentlich umfangreich und detailliert geraten sind. Man vergleiche nur die schlanken, klaren Sätze des ersten, den Grundrechten gewidmeten Abschnitts des Grundgesetzes in seiner Urfassung mit den dicken Textwänden, die mittlerweile bei Art. 12a, 13 und 16a GG schon das Auge beleidigen. Ganz zu Recht hat man moniert, dass solche langatmigen und komplizierten Regelungen, wie sie etwa auch Art. 23 n.F. GG charakterisieren, „den Gesamteindruck des auf knappe und einprägsame Bestimmungen angelegten Grundgesetzes“ stören, die „sprachliche Dignität und die stilistische Ästhetik“ beeinträchtigen und infolgedessen auch die „Verständlichkeit und damit die Akzeptanz der Verfassung“ in Mitleidenschaft ziehen.¹⁸ Die Föderalismusreform 2006 hat insofern eine „dem Stil und der Funktion der Verfassung unangemessene Tendenz zu detailreicher Technizität“¹⁹ ungebrochen fortgeführt und mit ihrer Kleinteiligkeit bei vielen neuen Artikeln noch gesteigert: eine nun in Art. 125c Abs. 2 S. 2 GG verankerte, verfassungsrechtlich absolut periphere Norm wie § 6 des Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetzes hat im Textkorpus des Grundgesetzes schlicht nichts zu suchen. Aller Voraussicht nach wird sich die geplante 53. Änderung von dieser Tendenz nicht emanzipieren können.

Aber es geht um mehr als nur um Ästhetik. Der Stilbruch birgt ein gravierendes Sachproblem.²⁰ Denn da und weil eine Verfassungsänderung eine Zweidrittel-

17 *Triepel, H.*: Vom Stil des Rechts, Heidelberg, 1947; *Vofskuhle, A.*: Verfassungsstil und Verfassungsfunktion, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 119/1 (1994), 35–60; *Isensee, J.*: Vom Stil der Verfassung, Opladen/Wiesbaden, 1999, 7 ff., 25 ff.

18 Alle Zitate bei *Maurer, H.*: Verfassungsänderung im Parteienstaat, in: Kästner, K.H./Nörr, K.W./Schlaich, K. (Hg.): Festschrift für Martin Heckel, Tübingen, 1999, 821–838, hier 822.

19 *Badura, P.*: 50 Jahre Grundgesetz, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 82/4 (1999), 428–443, hier 429.

20 *Dreier, H.*: Grundlagen und Grundzüge, a. a. O., Rn. 70.

mehrheit in Bundestag und Bundesrat (und nur hier!) voraussetzt, geraten die entsprechend umstrittenen Fragen oft zum Gegenstand politischer Arithmetik und entsprechender Kompromisse. Aus der Machtlogik parteipolitischer Kompromissbildung bzw. kollidierender Interessen von Bund und Ländern erwachsen somit – wie sonst bei anderen Gesetzen auch – Bündellösungen und Regelungen nach dem Prinzip des *do ut des*, also Nachgiebigkeit an der einen Stelle, um an einer anderen eigenen Zielen zum Durchbruch zu verhelfen. Die hochgradige Differenziertheit und Ausführlichkeit vieler verfassungsändernder Gesetze entspringt nicht der Liebe zum Sachdetail, sondern dem politischen Kompromiss. Als Resultante der unterschiedlichen Kräfte werden Regelungen vereinbart, die der Sachebene des einfachen Gesetzes oder auch der Verordnung angemessener wären, aufgrund der Mechanismen parteipolitischer Verhandlungsprozesse nun aber auf die Ebene der Verfassung hochgezogen werden.²¹ Problematische Konsequenz: Für die Zukunft bleiben nun Regelungen hinter dem Wall der Zweidrittelmehrheit geborgen, die ihrerseits nur das Produkt höchst vergänglicher parteipolitischer Machtlagen waren. Der für den normalen Gesetzgebungsprozess probate und alternativlose Entscheidungsmodus der einfachen Mehrheit kann nicht greifen, weil die in einem bestimmten Moment gegebene Zweidrittelmehrheit über ihre Jeweiligkeit hinausreichende stabilere Regelungen verabschiedet hat. Ohne neuerliche Verfassungsänderung ist ein – vielleicht schon bald als notwendig erkannter – Politikwechsel auf diesen der Sache nach eigentlich dem Gesetz- oder Verordnungsgeber obliegenden Gebieten nun aber nicht mehr möglich.

2. Die Häufigkeit der Verfassungsänderungen wie auch der wachsende Detailreichtum der Regelungen indiziert eine mehr als problematische Tendenz, die zwischen (einfacher) Gesetzgebung einerseits, der Änderung der Verfassung andererseits liegende qualitative Differenz zu verwischen.²² Wenn Verfassungsänderungen in Deutschland praktisch zur „rechtspolitischen Normalität“ gehören²³, dann droht diese qualitative Differenz zu verschwimmen. Verfassungsänderung als eine besondere, auch und gerade in besonderer Weise erschwerte und im Übrigen staatsrechtlich nicht leicht zu deutende Kompetenz verliert so

21 Maurer, H., a. a. O., 823.

22 Eindringlich Grimm, D.: Wie man eine Verfassung verderben kann (1998), in: ders.: Die Verfassung und die Politik, München, 2001, S. 126–138, hier 134 ff.

23 So zu Recht mit kritischer Spitze Masing, J.: Zwischen Kontinuität und Diskontinuität: die Verfassungsänderung, in: Der Staat, 44/1 (2005), 1–17, hier 1; desgleichen Hofmann, H., a. a. O., 870.

ihren „Sondercharakter“²⁴. Ein entscheidender Grund dafür liegt in der Konstruktion des Grundgesetzes selbst beschlossen, die Verfassungsänderung – letztlich in vermutlich gar nicht bewusster Fortsetzung konstitutioneller Traditionen²⁵ – als „Erscheinungsweise der Gesetzgebung“²⁶ auszugestalten. Für die Staatslehre der französischen Revolution stand immer außer Zweifel, dass die Verfassungsänderung nicht in den Händen der gesetzgebenden Körperschaften liegen könne, weil diese dann – ganz entgegen der fundamentalen und auch in der Präambel des Grundgesetzes beschworenen Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes – über ihre eigenen Daseinsgrundlagen entscheiden könnten.²⁷ In Deutschland hingegen handelte es sich, wie *Gerhard Anschütz* seinerzeit zutreffend für das Staatsrecht des wilhelminischen Kaiserreiches wie für die Weimarer Reichsverfassung formulierte, um „dieselben Faktoren“, in deren Hand Gesetzgebung und Verfassungsänderung gelegt waren.²⁸ Nichts anderes gilt für das Grundgesetz. Die Träger der gesetzgebenden Gewalt sind mit den Trägern der verfassungsändernden Gewalt identisch. Die Autoren der einfachen Gesetze sind auch die Autoren der verfassungsändernden Gesetze; andere Faktoren sind nicht beteiligt, eine Zustimmung des Volkes etwa (so beispielsweise Art. 75 Abs. 2 S. 2 BayVerf.) nicht vorgesehen. Mit Ausnahme des qualifizierten Mehrheitsanfordernisses gibt es keine Unterschiede in Form und Verfahren, kein anderes Procedere, keine mit einer Verfassungsänderung verknüpften besonderen Folgen wie etwa die Auflösung des Parlaments (so beispielsweise Art. 195 Abs. 2 Verf. Belgien, § 88 Abs. 1 Verf. Dänemark, Art. 137 Abs. 3 Verf. Niederlande). Für die eigene politische Existenz bleibt die Änderung der Verfassung ohne direkte Folgen, und ebensowenig muss man um die Zustimmung des Volkes werben. Angesichts all dieser Aspekte mag gerade für die im laufenden politischen Betrieb eingebundenen Akteure das Gespür für die staatsrechtliche qualitative Differenz zwischen beiden Formen von Rechtsetzung verloren gehen und die angedeuteten Folgeprobleme aus dem Blick geraten. Umso dringlicher sollte

24 *Masing, J.*, a. a. O., 11.

25 Kurzer Hinweis darauf bei *Bryde, B.-O.*: Verfassungsentwicklung, Baden-Baden, 1982, 54; vgl. auch den Befund, dass die (im Grundgesetz nach wie vor nicht vorgesehene) Beteiligung des Volkes an der Verfassungsänderung europa- und weltweit mittlerweile zum allgemeinen Standard zählt: *Masing, J.*, a. a. O., 7 ff.

26 *Badura, P.*: Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: *Isensee, J./Kirchhof, P.* (Hg.): Handbuch des Staatsrechts, Band VII, Heidelberg, 1992, § 160, hier Rn. 3, 20.

27 Vgl. *Zweig, E.*: Die Lehre vom Pouvoir Constituant, Tübingen, 1909, 93, 95, 328 ff. u. ö.

28 *Anschütz, G.*: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., Berlin, 1933, Art. 76 Anm. 1 (S. 401).

man allen Beteiligten in Erinnerung rufen, dass die Verfassung ihrer Funktion und ihrem zentralen Sinnprinzip gemäß Vorgabe und Maßstab für die politischen Kräfte sein soll, nicht deren formbares Objekt.

VI. Eine Mahnung

Annähernd 50 Jahre ist es her, dass ein international renommierter Rechts- und Politikwissenschaftler in einem Berliner Vortrag auf breiter rechtsvergleichender und verfassungshistorischer Grundlage mit Nachdruck vor den negativen Folgen von Verfassungsänderungen warnte, „die nur aus opportunistischen Gründen zur Erleichterung des politischen Betriebes unternommen werden“²⁹. Diese Mahnung scheint für die Berliner Republik unserer Tage von unveränderter Aktualität.

29 *Loewenstein, K.*: Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin, 1961, 57.

Bundesrepublik Deutschland

Verwaltungsgrenzen Stand 01.08.2008





DEUTSCHER
LANDKREISTAG



Deutscher Landkreistag

Ulrich-von-Hassell-Haus

Lennéstraße 11

10785 Berlin

Tel. 0 30/59 00 97-3 09

Fax 0 30/59 00 97-4 00

www.landkreistag.de

info@landkreistag.de

