



Entfristung und Ausweitung des kommunalen Optionsmodells ohne Grundgesetzänderung

Ergibt sich aus dem Aufgabenübertragungsverbot in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG für die Optionskommunen ein Bumerangeffekt?

A. Aktualität und Relevanz der Fragestellung

Nachdem sich die Koalitionsfraktionen CDU, CSU und FDP in der Koalitionsvereinbarung zur Neuorganisation des SGB II u.a. für eine unbefristete Aufgabenwahrnehmung durch die bestehenden Optionskommunen ausgesprochen haben, wobei kommunalen Neugliederungen Rechnung getragen werden können müsse, und die Bundesregierung in der Meseberger Kabinettsklausur am 17./18.11.2009 beschlossen hat:

„Die heutigen Optionskommunen sollen ihre Aufgaben dauerhaft wahrnehmen können. Dabei wird kommunalen Gebietsneuordnungen Rechnung getragen.“,

ist die Arbeits- und Sozialministerkonferenz (ASMK) am 14.12.2009 einen Schritt weitergegangen. Die Arbeits- und Sozialminister der Länder sehen neben Anforderungen an die Ausgestaltung der Zusammenarbeit für Nicht-Optionskommunen

„zugleich die Notwendigkeit, das Optionsmodell in seiner bisherigen Ausgestaltung zu entfristen und die Zahl der Optionskommunen einmalig zu erhöhen.“

In einer Bundestagsdebatte am 17.12.2009 haben sich Bundestagsabgeordnete von CDU/CSU, FDP, SPD und DIE GRÜNEN ebenfalls für eine Ausweitung der Zahl der Optionskommunen ausgesprochen – wofür die SPD-Bundestagsfraktion allerdings eine Grundgesetzänderung für erforderlich hält.

Die Bundesministerin für Arbeit und Soziales, Dr. *Ursula von der Leyen*, hat in einem Schreiben an die Mitglieder der CDU/CSU sowie der FDP-Bundestagsfraktion vom 18.12.2009 u. a. hervorgehoben:

„Ich weiß, dass viele unter Ihnen es auch gerne sähen, wenn die Anzahl der Optionskommunen erhöht würde.“

Sie fährt dann fort:

„Wir müssen uns jedoch des gegebenen Rahmens bewusst sein, den uns das Bundesverfas-

Von Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Berlin

sungsgericht und das Grundgesetz aufzeigen. Bei der Frage, ob eine Erweiterung des Kreises der Optionskommunen in Betracht kommt, sind verfassungsrechtliche Grenzen zu beachten. Wir wären nicht gut beraten, sie zu überschreiten.“

Genauso ist es. Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion, die am 15.12.2009 eine Projektgruppe SGB II-Strukturreform konstituiert hat, wird sich daher in ihrer nächsten Sitzung im Januar 2010 mit Fragen der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Entfristung und Ausweitung des kommunalen Optionsmodells ohne Grundgesetz-Änderung befassen. Der Verfasser ist dabei um eine aktuelle gutachterliche Stellungnahme gebeten worden.

B. Der verfassungsrechtliche Meinungsstand

Bereits im März 2008 bin ich der aufgeworfenen Fragestellung nachgegangen: „Ist die dauerhafte Ausweitung des Optionsmodells nach § 6a SGB II verfassungsrechtlich untersagt?“¹⁾ und bin dabei zusammenfassend zu folgenden Ergebnissen gekommen:

„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 einzelne 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 Hauptstadtdlasten 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 beinhalten Bundes-Zulassung als solche, um dem Merkmal der Bundes-Veranlassung Rechnung zu tragen.
5. Bereits im Ursprungsgesetzesentwurf 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.“

Die Ressorts BMI/BMJ/BMF haben am 18.6.2008 ihr Papier: „Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Verlängerung/Entfristung/Ausweitung des sog. kommunalen Optionsmodells (§§ 6a, 6b SGB II)“ vorgelegt und sind zu folgenden Ergebnissen gelangt²⁾:

„Zwar ist bei einer Gesamtbetrachtung der mit dem kommunalen Optionsmodell bewirkten Veränderung des kommunalen Aufgabenbestandes und der fehlenden finanziellen Belastung sowie dem Umstand, dass die Aufgabenübertragung durch das Erfordernis einer förmlichen Beantra-

¹⁾ Henneke, Der Landkreis 2008, 113 – 119.

²⁾ Stellungnahme, S. 9.

gung der betreffenden Kommunen mit Zustimmung der jeweiligen obersten Landesbehörde tatsächlich im Einvernehmen aller Beteiligten erfolgt, jedenfalls für eine **bloße Verlängerung** nicht ausgeschlossen, dass das BVerfG sie im Streitfall passieren ließe.

Als Zwischenergebnis bleibt gleichwohl festzuhalten, dass schon eine Verlängerung des bestehenden kommunalen Optionsmodells durch den Bundesgesetzgeber auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechts im Hinblick auf das **Aufgabenübertragungsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG** jedenfalls nicht unerhebliche verfassungsrechtliche Risiken birgt. Dies gilt erst recht für eine **völlige Entfristung oder gar für die Ausweitung** des Kreises der möglichen Optionskommunen.“

Zur Finanzierung der Optionskommunen auf der Grundlage von Art. 106 Abs. 8 GG kommen die Verfassungsressorts der Bundesregierung zu folgendem Ergebnis³⁾:

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

Nach dem Ergebnis der Prüfung durch die Verfassungsressorts der Bundesregierung birgt eine Verlängerung des kommunalen Optionsmodells de constitutione lata ein verfassungsrechtliches Risiko. Dies gilt in noch stärkerem Maße für eine Entfristung und Ausweitung auf weitere kommunale Träger.“

Sachgründe für die herausgestellte **Risikoabstufung** zwischen der Verlängerung einerseits und der Entfristung und Ausweitung andererseits werden **nicht angeführt**. Da sich die Stellungnahme der Bundesressorts ausschließlich mit von mir verfassten Beiträgen auseinandergesetzt hat und dabei behauptet⁴⁾:

„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 zum Teil divergierender Akzentuierung – Argumente angeführt.“

habe ich im Juli 2008 in der Sache auf die Stellungnahme der Verfassungsressorts der Bundesregierung erwidert⁵⁾. Dabei habe ich u.a. hervorgehoben:

„Bei Verabschiedung des KOG mit den §§ 6a, 6b und 6c 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, 6b und 6c SGB II in der Zeitachse getroffenen Regelungen angesehen. Es liegt jedenfalls keine einzige Äußerung vor, die einen Widerspruch zwischen dem Regelungskonzept der §§ 6a – c SGB II und dem zu unterbindenden 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.

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.

Nach für eine Vereinbarkeit der §§ 6a – c SGB II mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG sprechenden 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 durfte, stünde das Ergebnis – ein klares Nein – schnell fest. Das dann erzielte Zwischenergebnis ist nicht hergeleitet, sondern stellt eine bloße Behauptung dar.

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.

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.“

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.

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.“

An meiner Argumentation in den beiden Beiträgen aus dem Jahre 2008 halte ich vollen Umfangs fest und fühle mich **durch zahlreiche seither veröffentlichte Beiträge bestätigt**.

Allein *Anna Robra* kommt dabei in ihrer 2008 erschienenen Dissertation: „Organisation der SGB II-Leistungsträger“ zu dem Ergebnis⁶⁾:

„Daher erscheint es mehr als fraglich, ob die im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD erwogene Verlängerung der Option um weitere drei Jahre mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG (neu) vereinbar wäre.“

Aber auch *Anna Robra* findet einen verfassungskonformen Ausweg zur Optionsverlängerung und -erweiterung. Insoweit schlägt sie eine subsidiäre Trägerschaft der Bundesagentur für Arbeit durch Bundesgesetz für den Fall vor, dass der Landesgesetzgeber die Aufgaben nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II nicht den Kreisen und kreisfreien Städten zuweist. Da das BVerfG in seiner Entscheidung vom 20.12.2007 die bereits vor Inkrafttreten der Föderalismusreform I am 1.9.2006 erfolgte bundesgesetzliche Aufgabenübertragung in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II nicht für verfassungswidrig erachtet hat,

„könnte die kommunale Trägerschaft für die Leistungen nach § 16 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 – 4, § 22 und § 23 Abs. 2 SGB II als ‘alte Aufgabenübertragung’ grundsätzlich weiterbestehen bleiben.“⁷⁾

Im übrigen Schrifttum ist der Frage der Vereinbarkeit der Optionsentfristung und -dekongentierung mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG bisher nur wenig Aufmerksamkeit gewidmet worden. Alle Beiträge des Jahres 2008, die sich mit Wegen zu einer verfassungskonformen SGB II-Organisation befassen, sind in einer Gesamtdarstellung⁸⁾ dokumentiert worden.

Die Landessozialrichter *Wahrendorf* und *Karmanski* kommen dabei zu dem Befund⁹⁾:

„Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG dürfte einer Ausdehnung des Optionsmodells durch Bundesgesetz auf weitere Kommunen nicht entgegenstehen. Denn § 6a SGB II überträgt den Kommunen keine Aufgaben im Sinne einer einseitigen Zuweisung, 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 Zulassungsverfahren durchlaufen, bevor sie ihren Aufgabenkreis erweitert. Dies belegt, dass es im Optionsmodell bei der Aufgabenverlagerung keinen Automatismus gibt, den Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG gerade verhindern will. Da der Bund der kommunalen Ebene keine Aufgaben aufkrotyriert, sondern lediglich einzelnen Kommunen ein Angebot unterbreitet, dürfte eine Erweiterung der Option mit Art. 84 Abs. 1 S. 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 § 6a Abs. 3 S. 1 SGB II vorgesehene zahlenmäßige Beschränkung möglich sein sollte.‘ (Rn. 173 des Urteils). Die Finanzierung des erweiterten Optionsmodells ließe sich über Art. 106 Abs. 8 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 Mehraufgaben oder Mindereinnahmen hervorrufen. Es müssen also Mehrbelastungen entstehen, denen einzelne Länder oder Kommunen in besonderer Weise ausgesetzt sind. Sind dagegen alle oder

³⁾ Stellungnahme, S. 13.

⁴⁾ Stellungnahme, S. 4.

⁵⁾ *Henneke*, Der Landkreis 2008, 291 – 293.

⁶⁾ *Anna Robra*, Organisation der SGB II-Leistungsträger, 2008, S. 177.

⁷⁾ *Robra* (Fn. 6), S. 178.

⁸⁾ *Henneke* (Hrsg.), Wege zu einer verfassungskonformen SGB II-Organisation, 2009.

⁹⁾ *Wahrendorf/Karmanski*, NZS 2008, 281 (283).

die überwiegende Zahl der Gebietskörperschaften gleichermaßen betroffen, kann von ‚Sonderbelastungen‘ keine Rede mehr sein. Sollte der Gesetzgeber das Einheitsmodell also zum Regelfall erklären, würde er sich damit gleichzeitig den Weg zum Finanzausgleich über Art. 106 Abs. 8 GG versperren. Deshalb könnte er das Optionsmodell zwar erweitern, faktisch aber nicht flächendeckend auf einen Großteil des Bundesgebiets ausdehnen.“

*Korioth*¹⁰⁾ setzt die Vereinbarkeit des Optionsmodells mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG voraus, hebt aber hervor, dass die spezielle Finanzierungsgrundlage des Art. 106 Abs. 8 GG nicht auf beliebig viele Kommunen ausgedehnt werden kann.

*Winkler*¹¹⁾ konzediert die Vereinbarkeit der Option mit Art. 84 Abs. 1 GG a. F. und hebt wie *Korioth* die Grenzen des Art. 106 Abs. 8 GG hervor. Die Norm wirke nur bei Sonderbelastungen einzelner Kommunen und erfasse jedenfalls nicht den Fall, dass alle oder viele Gemeinden durch die Übertragung einer überörtlichen Aufgabe gleichmäßig belastet werden¹²⁾. Nach ihrer Auffassung¹³⁾ verstößt § 6b Abs. 3 SGB II, wonach der Bundeshof berechtigt ist, die Leistungsgewährung nach Abs. 2 zu prüfen, gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der haushaltswirtschaftlichen Trennung von Bund und Ländern in Art. 109 Abs. 1 und 114 Abs. 2 GG – eine Position, die die Landesregierungen Baden-Württembergs, Bayerns, Hamburgs, Nordrhein-Westfalens, Sachsens und des Saarlandes mit ihrer abstrakten Normenkontrolle gegen § 6a ZulnvG ebenfalls einnehmen¹⁴⁾.

Die Frage, ob es sich bei § 6a SGB II um einen Fall von Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG handelt, war zudem zweimal Gegenstand der DLT-Professorengespräche. 2008¹⁵⁾ stellte *Schulze-Fielitz* als Gesprächsleiter fest¹⁶⁾, dass die Auffassung, dass § 6a SGB II keine Aufgabenzuweisung nach Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG darstelle, weitgehend auf Zustimmung gestoßen ist. Im Rahmen des DLT-Professorengesprächs 2009¹⁷⁾ wurde die neu aufgetretene Fragestellung erörtert, ob der einfache Gesetzgeber bei Bereitstellung einer aufgabenspezifischen Organisationsform in Art. 86a GG befugt ist, davon auch ohne verfassungsrechtliche Ermächtigung für einzelne Aufgabenträger abzuweichen. Auch diese – über die Vereinbarkeit mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG weit hinausgehende – Frage wurde von den Prof. Dr. *Wieland*, *Ehlers*, *Burgi*, *Schmidt-Jortzig*, *Schulze-Fielitz* und *Lange* im Ergebnis bejaht. Bekanntlich war Prof. Dr. *Schmidt-Jortzig* drei Jahre lang Bundesminister der Justiz, Prof. Dr. *Lange* war Präsident des Hessischen Staatsgerichtshofs, Prof. Dr. *Wieland* ist Mitglied des Verfassungsgerichtshofs Nordrhein-Westfalen.

Im September 2009 hat *Joachim Wieland*¹⁸⁾ für die Regierungen der Länder Nordrhein-Westfalen und Saarland das Kurztgutachten: „Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Organisation des Vollzugs des SGB II“ vorgelegt und ist bezüglich der Optionskommunen zu dem Befund gekommen¹⁹⁾:

„Das Übertragungsverbot schützt die Verwaltungshoheit der Länder und die kommunale Selbstverwaltung. Dementsprechend ist die **kommunale Trägerschaft mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG vereinbar**, soweit sie **nur auf Antrag der jeweiligen Kommune** und **mit Zustimmung des betroffenen Landes** eingeführt wird. Da Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG die Verwaltungshoheit der Länder und die kommunale Selbstverwaltung schützen soll, ist sein **Schutzzweck durch die Zustimmung des Landes und die autonome Entscheidung der Optionskommune erfüllt**.“

Zur Finanzierung nach Art. 106 Abs. 8 GG kommt *Wieland*²⁰⁾ zu dem Befund:

„Von Verfassungen wegen ist kein Grund ersichtlich, dass diese Finanzierungscompetenz des Bundes zeitlich begrenzt wäre oder nur im Wege der Erprobung genutzt werden könnte. Insofern handelt es sich um eine allein auf der Willensentscheidung des Gesetzgebers beruhende Qualifizierung der kommunalen Option. Gleiches gilt für die **Zahl der Optionskommunen**, die von Verfassungen wegen **nicht** etwa wie gegenwärtig **auf 69 begrenzt** ist. Die Zahl 69 stellt einen reinen politischen Kompromiss dar. Ihr kommt keine verfassungsrechtliche Bedeutung zu. Eine **zahlenmäßige Begrenzung** der Optionskommunen lässt sich **aus der Verfassung nicht ableiten**.“

Der Blick ins einschlägige rechtswissenschaftliche Schrifttum der Jahre 2008/09 stützt die Argumentation, eine Entfristung bzw. Dekontingentierung der Option nach § 6a SGB II sei verfassungsrechtlich unzulässig, also nicht, zumal auch *Anna Robra*, die als einzige eine bundesgesetzliche Regelung für unzulässig hält, einen verfassungskonformen Weg aufweist, um das Ziel einer Optionsentfristung und -erweiterung zu erreichen.

C. Drei beliebte vordergründige Argumentationsmuster

In der Diskussion um die Dekontingentierung der Option nach dem SGB II werden von ablehnender Seite stereotyp drei Argumente verwendet, die in der Sache alle unzutreffend sind:

I. „Jede Menge Gutachten belegt, dass eine Optionserweiterung bzw. -entfristung verfassungswidrig ist.“

Die Wahrheit ist: Es gibt keinen einzigen rechtswissenschaftlichen Beitrag, der eine Entfristung oder Erweiterung der Option mit belastbaren Argumenten nach geltendem Verfassungsrecht ausschließt. Die vermeintliche Unsicherheit im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ist schlicht herbeigeredet. Dass die Verfassungsressorts ihrerseits im Juni 2008 verfassungsrechtliche Risiken aufzeigen, die sie allerdings nicht auf Dritturteile zu stützen vermochten, ist dagegen selbstverständlich legitim.

II. „Das unterschreibt nicht einmal der Bundespräsident. Das wissen Sie.“

Diese Behauptung ist im letzten Jahr von verschiedener Seite wiedergegeben worden. Zuletzt hat sie *Hubertus Heil* in der Bundestagsdebatte vom 17.12.2009²¹⁾ gleich zweimal verwendet. Damit soll sug-

geriert werden, der Bundespräsident habe die Frage der Vereinbarkeit von §§ 6a – c SGB II mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG bereits geprüft und sei zu einem negativen Ergebnis gekommen.

Auf Art. 106 Abs. 8 GG können die Bedenken dagegen nicht gestützt werden, denn die Finanzierungsregelung hat Bundespräsident *Köhler* mit dem kommunalen Optionsgesetz vom 30.7.2004 bereits ausgefertigt.

Richtig ist demgegenüber, dass bisher keinerlei Befassung des Bundespräsidialamtes bzw. des Bundespräsidenten mit Fragen der Entfristung und Erweiterung der Option stattgefunden hat. Das verwundert nicht, da es entsprechende hinreichend konkretisierte und damit prüffähige Gesetzentwürfe bisher gar nicht gibt, so dass das Bundespräsidialamt folglich mit der Angelegenheit auch nicht befasst werden konnte.

Rückschlüsse aus der Nichtausfertigung des Entwurfs des Verbraucherinformationsgesetzes wegen Verstoßes gegen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG durch den Bundespräsidenten am 8.12.2006²²⁾ auf ein entsprechendes Verhalten bei einer Entfristung bzw. Erweiterung der Option lassen sich schlechterdings nicht ziehen, da es sich dabei um zwei völlig unvergleichbare Sachverhalte handelt, wie sogleich (D.II./IV.3) zu belegen ist. Seinerzeit war die Nichtausfertigung des Verbraucherinformationsgesetzes durch den Bundespräsidenten völlig richtig. Zumindest überraschend an der jetzigen argumentativen Inanspruchnahme des Bundespräsidenten ist es, dass sich gegenwärtig vor allem diejenigen auf ein vermeintlich absehbares künftiges Verhalten des Bundespräsidenten berufen, die seinerzeit die Entscheidung des Bundespräsidenten heftigst kritisiert haben²³⁾.

III. „Die Verlängerung der vorhandenen Optionen ist zulässig, die Entfristung oder Ausweitung dagegen nicht.“

Insbesondere der frühere Bundesarbeitsminister *Olaf Scholz*²⁴⁾ hat immer suggeriert:

„Man darf die Optionskommunen beibehalten und man darf sie auch verlängern. Sie werden weitergeführt werden können.“,

¹⁰⁾ *Korioth*, DVBl. 2008, 812 (819).

¹¹⁾ *Winkler*, VerwArch 2008, 509 (523 f.).

¹²⁾ *Winkler*, VerwArch 2008, 509 (535).

¹³⁾ *Winkler*, VerwArch 2008, 509 (536).

¹⁴⁾ 2 BvF 1/09.

¹⁵⁾ Dazu: *Henneke*, Der Landkreis 2008, 196 (205 f.).

¹⁶⁾ Zitiert in: Der Landkreis 2008, 196 (206).

¹⁷⁾ Dazu: *Henneke*, Der Landkreis 2009, 111 (112 f.).

¹⁸⁾ *Wieland*, Der Landkreis 2009, 556 – 559.

¹⁹⁾ *Wieland*, Der Landkreis 2009, 556 (557).

²⁰⁾ *Wieland*, Der Landkreis 2009, 556 (557).

²¹⁾ BT-PIPr 17/933 und 938.

²²⁾ BT-Drs. 16/3866 vom 8.12.2006.

²³⁾ Dazu ausf.: *Henneke*, Der Landkreis 2007, 5 ff.; *Schoch*, DVBl. 2007, 261 ff.

²⁴⁾ Etwa *Scholz*, Der Landkreis 2008, 171.

eine Erweiterung komme dagegen nicht in Betracht. Diese Argumentation ist schlicht falsch. Treffend führt *Anna Robra*²⁵⁾ insoweit aus:

„Nach dem Wortlaut des Gesetzes sind die zugelassenen kommunalen Träger mit Ende der Optionszeit nicht mehr für die Aufgaben nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II zuständig. Ab diesem Zeitpunkt fallen die Aufgaben zumindest nach bisheriger Rechtslage automatisch an die Agenturen für Arbeit zurück. Auch bei den Optionskommunen bestünde wegen der Begrenzung der Zulassung auf sechs Jahre die Notwendigkeit einer erneuten Übertragung der Aufgaben nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II.“

Für eine rechtliche Differenzierung zwischen einer „bloßen“ Verlängerung bestehender Optionskommunen, einer dauerhaften Entfristung und einer Ausweitung des Kreises der Optionskommunen mit der noch dazwischen angesiedelten Kategorie der Ausdehnung des Zuständigkeitsbereichs landesrechtlich gebietsreformierter Optionskreise auf das gesamte Kreisgebiet, wie dies 2007 bzw. 2008 in elf bisherigen und neun nunmehrigen Optionslandkreisen in Sachsen-Anhalt und Sachsen der Fall gewesen ist²⁶⁾, gibt es keinerlei Anhaltspunkte. Stattdessen kann und muss man zu klaren verfassungsrechtlichen Beurteilungen kommen.

D. Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG steht Optionentfristung und -erweiterung nicht entgegen

Meine zentralen Aussagen lauten insoweit:

1. Das mit der Föderalismusreform I eingeführte **Aufgabenübertragungsverbot** zwischen Bund und Kommunen in **Art. 84 Abs. 1 S. 7, 85 Abs. 1 S. 2 GG** ist **rechtspolitisch richtig**.
2. Die **Entscheidung des Bundespräsidenten zur Nichtausfertigung des Verbraucherinformationsgesetzes** wegen Verstoßes gegen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG war ebenfalls **richtig**.
3. Die insbesondere von der seinerzeitigen Bundesfamilienministerin durchgesetzte **Aufhebung des § 69 KJHG bei Verabschiedung des Kinderförderungsgesetzes** im Jahr 2008 war **ebenfalls richtig**, da nur so ein Gesetzesverstoß gegen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG vermieden werden konnte.
4. Eine **Entfristung und Dekontingentierung der Optionskommunen** nach §§ 6a, b SGB II steht **mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG in Einklang**.

I. Das Aufgabenübertragungsverbot in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG

Das mit der Föderalismusreform I zum 1.9.2006 statuierte Aufgabenübertragungsverbot in Art. 84 Abs. 1 S. 7, 85 Abs. 1 S. 2 GG mit dem Ziel des Schutzes der Landesorganisationshoheit und der kommunalen Selbstverwaltung, wie es auch in der Stellungnahme der Bundesressorts vom 18.6.2008²⁷⁾ herausgearbeitet worden ist, ist rechtspolitisch nach wie vor zu begrüßen, da die Alternative der Verankerung eines Konnexitätsprinzips zwischen Bund und Kommunen nicht durchsetzbar war.

Norbert Röttgen, der in der Föderalismuskommission I für die Union insoweit federführend war, hat dies so formuliert²⁸⁾:

„Mit einem generellen Verzicht auf Behördenregelungen des Bundes wären auch direkte Aufgabenübertragungen des Bundes an die Kommunen beseitigt worden, die wegen der verfassungsrechtlich daran anknüpfenden Kostenlast die Kommunen häufig finanziell überfordert hatten (Sozialhilfe, Kindergartenplätze). In der Bundestaatskommission hatte sich abgezeichnet, dass das in der politischen Diskussion oft als Allheilmittel zur Lösung der finanziellen Überbelastung der Kommunen propagierte ‚**Konnextitätsprinzip**‘ aus grundsätzlichen bundesstaatlichen Gründen nicht realisierbar sein würde. Abhilfe war darum nur an der Wurzel des Art. 84 Abs. 1 GG zu erzielen. Um hier den **gleichen Effekt für die Kommunen** zu erzielen, musste die Lösung für die Kommunen eine explizite Ausnahme vorsehen.“

Da die Formulierung nicht der ‚schlanken Version‘ des *Stünker/Röttgen*-Vorschlags folgte, die auf Behördenregelungen in Bundesgesetzen generell verzichtet und damit das Konnextitäts-Problem der Kommunen miterledigt hätte, musste sie in einem gesonderten Satz Aufgabenübertragungen an Gemeinden und Gemeindeverbände für Bundesgesetze ausdrücklich ausschließen. Eine entsprechende Regelung wurde zur Absicherung der Kommunen auch für die Bundesauftragsverwaltung als Satz 2 in Art. 85 Abs. 1 GG vorgesehen. Damit war das Gravamen der Kommunen erledigt. Zu einem frühen Zeitpunkt standen die **Kommunen als Gewinner** einer möglichen Reform fest.“

Klarer kann man die Zielsetzung des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG nicht formulieren. Nicht mehr und nicht weniger war mit dem **Aufgabenübertragungsverbot**, welches am 12.2.2004 in die Diskussion der Föderalismuskommission eingeführt und über das schnell Verständigung erzielt wurde, beabsichtigt. Immer wieder muss daran erinnert werden, dass die **Diskussion um das Kommunale Optionsgesetz parallel dazu** geführt wurde und die konkreten Verabredungen über die Ausgestaltung der §§ 6a – c SGB II erst getroffen wurden, als die Ergebnisse zum Aufgabenübertragungsverbot in Art. 84 Abs. 1 GG in der Föderalismuskommission I – vorbehaltlich ihres positiven Ausgangs – bereits erzielt worden waren.

II. Die Nichtausfertigung des VIG-Entwurfs durch den Bundespräsidenten

Die seinerzeit viel kritisierte Entscheidung des Bundespräsidenten vom 8.12.2006, den Entwurf des Verbraucherinformationsgesetzes nicht auszufertigen, war sachlich richtig und hat dem zum 1.9.2006 statuierten Aufgabenübertragungsverbot in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG faktisch zur Wirksamkeit verholfen²⁹⁾. *Friedrich Schoch*³⁰⁾ hat dazu ebenso knapp wie zutreffend bemerkt:

„Die zentrale Vorschrift des geplanten Gesetzes, § 1 Abs. 1 VIG, statuierte in geradezu klassischer Manier ein subjektives öffentliches Recht. Es handelt sich um die Auferlegung einer Pflichtaufgabe. Den in § 1 Abs. 1 S. 1 VIG-E genannten Stellen ist bundesgesetzlich aufgegeben, den voraussetzungslosen Anspruch auf Zugang zu den in Nr. 1 bis Nr. 5 genannten Informationen zu er-

füllen. In Bezug auf die Kommunen handelt es sich geradezu offenkundig um den Versuch einer nach Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG unzulässigen Aufgabenübertragung. ‚Aufgabe‘ im Sinne des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG meint die Übertragung der Gesetzesausführung.“

Schoch kommt daher in seinem Beitrag zu dem Ergebnis³¹⁾:

„Im Falle des VIG hatte der Bundespräsident keinen Entscheidungsspielraum.“

III. Kinderförderungsgesetz nur bei Aufhebung des § 69 SGB VIII a.F. mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG vereinbar

Verfassungsgeboten war es auch, dass im Zuge der Verabschiedung des Kinderförderungsgesetzes³²⁾ die überkommenen Aufgabenträgerbestimmungen in § 69 Abs. 1, 2, 5 und 6 SGB VIII aufgehoben und durch die Formulierung: „Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe werden durch Landesrecht bestimmt.“ ersetzt wurde³³⁾. Im Gesetzentwurf der Bundesregierung für das Kinderförderungsgesetz heißt es zutreffend³⁴⁾:

„Bisher bestimmt der Bund, dass die Kreise und kreisfreien Städte örtliche Träger der Jugendhilfe sind. Damit führt die Regelung einer neuen Aufgabe automatisch zur Zuweisung an die kommunale Gebietskörperschaft und zur damit verbundenen Kostenlast. Eine solche direkte Aufgabenzuweisung ist jedoch seit der Föderalismusreform nicht mehr zulässig (Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG).“

Um dem Bund in der Kinder- und Jugendhilfe weiterhin die Befugnis zur Regelung neuer Aufgaben im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG zu erhalten, ist deshalb die Bestimmung der örtlichen Träger in § 69 SGB VIII zu streichen. Der Bundesgesetzgeber darf Aufgaben nicht mehr direkt an die Gemeinden und Gemeindeverbände übertragen. Auch wenn die geltenden Regelungen des SGB VIII aufgrund der Übergangsvorschrift des Art. 125a GG weiterhin Bestand haben, würde eine Zuweisung neuer oder erweiterter Aufgaben im Rahmen der Novellierung gegen dieses Gebot verstoßen.“

Dass diese Argumentation sachlich zutrifft, ist an anderer Stelle³⁵⁾ ausführlich dargelegt. Der Bund hat sich insoweit in seiner Auffassung nicht beirren lassen und in seiner Gesetzesbegründung im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens folgende Argumentation hinzugefügt³⁶⁾:

„Ohne die Änderung des § 69 SGB VIII wären dem Bund wegen des Verbots der unmittelbaren

²⁵⁾ *Robra* (Fn. 6), S. 176 f.

²⁶⁾ Dazu Schaubild: Der Landkreis 2008, 448.

²⁷⁾ Stellungnahme, S. 2.

²⁸⁾ *Röttgen/Boehl*, in: *Holtzschneider/Schön* (Hrsg.), Die Reform des Bundesstaates, 2007, S. 17 (24, 28).

²⁹⁾ Dazu ausf.: *Henneke*, Der Landkreis 2007, 5 ff.

³⁰⁾ *Schoch*, DVBl. 2007, 261 (266).

³¹⁾ *Schoch*, DVBl. 2007, 261 (267).

³²⁾ Vom 10.12.2008, BGBl. I, 2403.

³³⁾ Dazu ausf.: *Henneke*, Der Landkreis 2008, 668 ff.; *Knitter*, ZG 2009, 18 ff.

³⁴⁾ BT-Drs. 16/10173, 2 i. V. m. BT-Drs. 16/9299, 11.

³⁵⁾ *Henneke*, VBl.BW 2008, 321 (327 f.); ders., Der Landkreis 2008, 668 ff.; *Knitter*, ZG 2009, 18 ff.

³⁶⁾ BT-Drs. 16/10173, 16.

Aufgabenzuweisung Regelungen verwehrt, mit denen er in Ausübung seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 qualitativ neue Aufgaben oder Leistungspflichten im SGB VIII begründet, die unmittelbar die kommunalen Gebietskörperschaften betreffen. Das erscheint nicht sachgerecht. Den Zielen der Föderalismusreform I entspricht vielmehr die Aufgabenzuweisung durch Landesrecht.“

Janna Knitter³⁷⁾ hat die gesetzgeberische Entscheidung des Bundes nachdrücklich begrüßt und zu Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG knapp aber treffend ausgeführt:

„Grundsätzlich beruht Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG auf ‘zwei Säulen’, dem Schutz der Kommunen vor der negativen Kostenfolge, die sie durch die unmittelbare bundesgesetzliche Vollzugseinschaltung trifft, und dem Schutz der Länder vor einem unmittelbaren Durchgriff des Bundes auf ihre Kommunen³⁸⁾. Erklärtes Ziel der Föderalismusreform war es nämlich, nicht nur eine Entflechtung der Kompetenzen von Bund und Ländern herbeizuführen, sondern auch die bisherige Praxis: ‘Der Bund bestellt und die Kommunen zahlen’ zu unterbinden³⁹⁾.“

IV. Entfristung und Dekontingentierung der Optionskommunen verstoßen nicht gegen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG

Das **Gesetz zur Entfristung und Dekontingentierung der Optionskommunen** in §§ 6a – c SGB II könnte schlicht lauten:

„1. § 6a wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter: „Im Wege der Erprobung“ gestrichen. Satz 2 wird aufgehoben.
- b) In Abs. 2 Satz 1 werden die Wörter: „und zur Mitwirkung an der Wirkungsforschung nach § 6c“ gestrichen. Satz 2 wird aufgehoben.
- c) Absätze 3 und 5 werden aufgehoben.
- d) Absatz 4 Satz 2 wird aufgehoben.
- e) Absatz 7 Satz 3 wird aufgehoben.

2. § 6c wird aufgehoben.“

Damit erhalte § 6a SGB II folgenden Wortlaut:

„(1.) Zur Weiterentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende sollen anstelle der Agenturen für Arbeit als Träger der Leistung nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 kommunale Träger im Sinne des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 zugelassen werden können.

(2.) Auf Antrag werden kommunale Träger vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales als Träger im Sinne des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates zugelassen, wenn sie sich zur Schaffung einer besonderen Einrichtung nach Abs. 6 verpflichtet haben (zugelassene kommunale Träger).

(4.) Der Antrag des kommunalen Trägers ist an die Zustimmung der zuständigen obersten Landesbehörde gebunden.

(6.) Zur Wahrnehmung der Aufgaben anstelle der Bundesagentur errichten die zugelassenen kommunalen Träger besondere Einrichtungen für die Erfüllung der Aufgaben nach diesem Buch.

(7.) Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann mit Zustimmung der obersten Landesbehörde durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Zulassung widerrufen. Auf Antrag des zugelassenen kommunalen Trägers, der der Zustimmung der obersten Lan-

desbehörde bedarf, widerruft das Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Zulassung durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates.“

In § 6b Abs. 2 SGB II würde die folgende Regelung fortbestehen:

„Der Bund trägt die Aufwendungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende einschließlich der Verwaltungskosten mit Ausnahme der Aufwendungen für Aufgaben nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2. § 46 Abs. 1 S. 4, Abs. 2 und 3 gelten entsprechend. § 46 Abs. 5 – 8 bleibt unberührt.“

Mit dieser gesetzlichen Regelung würde keine gesetzliche Aufgabenübertragung auf die kommunale Ebene im Sinne einer „pflichtigen Übertragung des Gesetzesvollzugs“⁴⁰⁾ vorgenommen. Das eigentlich zu verabschiedende Gesetz selbst enthielte ohnehin nur Entfristungs- und Dekontingentierungselemente; aber selbstverständlich würde die Gesetzesänderung dazu führen, dass der verbleibende Gesetzestext auch und gerade vom Willen des heutigen Gesetzgebers umfasst ist, so dass auch er sich an Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG messen lassen müsste. Tut man dies, ergibt sich folgender Befund:

1. Abs. 1

Abs. 1 stellt keine Aufgabenübertragung des Bundes auf Kommunen dar – weder unmittelbar noch mittelbar.

2. Abs. 2

Abs. 2 stellt ebenfalls keine einseitig-verbindliche Aufgabenübertragung des Bundes auf die kommunale Ebene dar, sondern setzt einen Antrag einzelner Kommunen sowie die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen nach Abs. 6 voraus. Dies löst die Kostenfolge nach § 6b Abs. 2 SGB II auf der verfassungsrechtlichen Grundlage des seit 1956 bestehenden, von der Föderalismusreform I unberührten Art. 106 Abs. 8 GG als Sonderlastenausgleich aus. Gegen einen der beiden Schutzzwecke des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, nämlich die Kommunen vor finanzieller Überlastung seitens des Gesetzgebers zu schützen, kann diese bereits seit 2004 bestehende Regelungskonstruktion dagegen nicht verstoßen. Da Art. 106 Abs. 8 GG für einen ganz spezifischen, nicht erweiterbaren Sonderfall ein striktes Konnexitätsprinzip zwischen Bund und Kommunen bereits seit 1956 regelt, bestand insoweit im Zuge der Föderalismusreform I weder ein Regelungs-wille noch ein Regelungsbedürfnis. Das Aufgabenübertragungsverbot sollte die „**gleiche Wirkung**“ wie das – insoweit politisch nicht durchsetzbare – Konnexitätsprinzip erzielen, mithin ein funktionales Äquivalent bilden. Für den Sonderfall des Art. 106 Abs. 8 GG bestand und besteht insoweit kein Schutzbedürfnis der Kommunen als einer von zwei tragenden Säulen der Schaffung des Aufgabenübertragungsverbots in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG.

3. Abs. 4

Indem der Antrag des kommunalen Trägers an die Zustimmung der zuständigen obersten Landesbehörde gebunden ist, wird dem

zweiten Schutzzweck des Aufgabenübertragungsverbots in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG – im bundesstaatlichen Gefüge seinem Hauptzweck – Rechnung getragen, nämlich einen Eingriff des Bundes in die Organisationshoheit der Länder zu verhindern. Ohne Zustimmung der obersten Landesbehörde kann es nicht zu einer Aufgabenzuständigkeit eines einzelnen kommunalen Trägers anstelle der Agentur für Arbeit kommen. Anders als bei einer bundesgesetzlichen Aufgabenübertragung wie bei dem nicht ausgefertigten Entwurf des Verbraucherinformationsgesetzes oder dem Kinderförderungsgesetz muss nach § 6a SGB II zunächst der – finanziell sodann nach § 6b Abs. 2 SGB II geschützte – kommunale Träger initiativ werden, um – anders als andere Kommunen – gesetzlich näher bestimmte Aufgaben für sein Gebiet anstelle der BA wahrzunehmen, was eine seitens des Bundes ausgleichende Sonderbelastung darstellt. Will ein Land einer, mehreren oder allen seinen antragstellenden Kommunen eine solche Aufgabenwahrnehmung nicht zukommen lassen, auch wenn diese für das Land wegen Art. 106 Abs. 8 GG, § 6b Abs. 2 SGB II nicht mit originären finanziellen Lasten des Landes verbunden ist, ist es Ausdruck seiner von § 6a Abs. 4 SGB II unangetasteten Landesorganisationsgewalt, die erforderliche Zustimmung nicht zu erteilen.

V. Zur Argumentation der Verfassungsressorts des Bundes vom 18.6.2008

Richtig ist, dass das in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG statuierte Aufgabenübertragungsverbot strikt und umfassend ist. Bei der Regelungskonstruktion der §§ 6a – b SGB II handelt es sich indes **nicht** um eine normativ-unmittelbare Aufgabenübertragung **gemäß Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, wohl aber** um eine Einrichtungsveranlassung seitens des Bundes bei den antragstellenden Kommunen **gemäß Art. 106 Abs. 8 GG**, die diesen Kommunen unmittelbar Sonderbelastungen verursacht. Insoweit sind die Ausführungen in der Stellungnahme der Bundesressorts, die zunächst die mit der Einführung des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG verfolgte Zielsetzung⁴¹⁾ richtig wiedergeben, unzutreffend, wenn es schlussfolgernd heißt:

„So dürfte die Tatsache, dass die Aufgabenübertragung einen Antrag der Kommunen voraussetzt, kaum zu der Wertung führen, dass der Wechsel der Aufgabenzuständigkeit nicht dem Bund, sondern der Kommune zuzurechnen sei (S. 5). In Rede steht vielmehr nur eine ‚Mitwirkung‘ der Kommunen an der bundesrechtlichen Aufgabenzuweisung. Insofern erscheint also die Erwägung, dass Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG nur ‚mitwirkungsfreie‘ Aufgabenübertragungen des Bundes unterbinden wollte, eher fernliegend (S. 6).

³⁷⁾ Knitter, ZG 2009, 18 (21 f.).

³⁸⁾ Hierzu ausf.: Knitter, Das Aufgabenübertragungsverbots des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, 2008, S. 101 ff.

³⁹⁾ Röttgen/Boehl (Fn. 28), S. 17 (22).

⁴⁰⁾ Schoch, DVBl. 2007, 261 (266).

⁴¹⁾ Stellungnahme, S. 2 – 3.

Risiken ergeben sich nicht zuletzt aus der Notwendigkeit tendenziell gegenläufiger Argumentationen zur Vereinbarkeit des kommunalen Optionsmodells mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 einerseits und Art. 106 Abs. 8 GG andererseits. Während zu Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG – vereinfacht gesagt – angeführt werden müsste, dass die Norm vor allem deswegen nicht einschlägig sei, weil keine Aufgabenübertragung durch den Bund erfolge, müsste bei Art. 106 Abs. 8 GG der Akzent gerade umgekehrt auf die Veranlassung der besonderen Einrichtungen durch den Bund gelegt werden⁴²⁾ (S. 11).“

Dem ist entgegenzuhalten: Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG befasst sich ausschließlich mit **bundesgesetzlichen Aufgabenübertragungen**. Solche Gesetzgebungsakte finden **grundsätzlich einseitig** statt. Kooperative Mitwirkungsakte von Gesetzesadressaten sind der Gesetzgebung grundsätzlich fremd. Das ist so und dabei soll es bleiben. Deshalb hat sich weder die Föderalismuskommission I noch die Föderalismuskommission II mit generellen Verhandlungsansätzen anstelle gesetzlicher Aufgabenzuweisungen auseinandergesetzt. Wenn in der Ressortdarstellung auf S. 6 und auf S. 8 von „generellen kommunalen Optionsmodellen“ die Rede ist, ist von den in Bezug genommen Verfassern⁴³⁾ damit etwas völlig anderes gemeint als in §§ 6a – c SGB II geregelt worden ist.

Aufgabenübertragungen des Gesetzgebers im Sinne von Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG bedeuten mithin nichts anderes als die vom Bundesgesetzgeber einseitig angeordnete Übertragung der Gesetzesausführung. Solche **Aufgabenübertragungen sind nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes stets „mitwirkungsfrei“**. Die Erwägung, dass Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG nur „mitwirkungsfreie“ Aufgabenübertragungen des Bundes unterbinden wollte, ist daher – entgegen der Auffassung der Bundesressorts – nicht nur nicht „fernliegend“, sondern zwingend. „Mitwirkungen von Kommunen an bundesgesetzlichen Aufgabenzuweisungen“, von denen die Ressortstellungnahme des Bundes spricht, gibt es im geltenden Recht – außer eben in §§ 6a - b SGB II – nicht. Das bedeutet für **§§ 6a, b SGB II** allerdings, dass sie **nicht an Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG**, sondern **„nur“ an Art. 106 Abs. 8 GG zu messen** sind.

Diese Norm verlangt für die Rechtsfolge des Sonderbelastungsausgleichs zwischen dem Bund und *einzelnen* Kommunen als besondere Form der Konnexität „bundesveranlasste“ Einrichtungen bei einzelnen Kommunen. Diese „Veranlassung“ geschieht in aller Regel nicht durch ein generell-abstraktes Gesetz, sondern durch individuell-konkrete Einzelmaßnahmen. Auch insoweit erweisen sich §§ 6a – b SGB II als solitäre Ausnahme.

Eine **„tendenziell gegenläufige Argumentation“**, wie sie in der Stellungnahme der Bundesressorts⁴⁴⁾ behauptet wird, **entsteht daraus aber nicht**.

Bei einer generell-abstrakten Aufgabenübertragung des Bundes auf die Kommunen sah und sieht das GG keine unmittelbar aufgabenspezifische Finanzierungsfolge vor. Stattdessen wird mit dem sogenannten Revisionsanspruch der Länder hinsichtlich des Beteiligungsverhältnisses an der Umsatzsteuer allgemein auf eine veränderte Umsatzsteuerbeteiligung nach Art. 106 Abs. 4 S. 1 GG erste Stufe des vierstufigen bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems verwiesen. Da hier ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Aufgabenzuweisung und Finanzmittelbereitstellung nicht besteht und dies als gravierender struktureller Mangel des Grundgesetzes⁴⁵⁾ empfunden wurde, bestanden in der Föderalismuskommission I zwei diesen Mangel beseitigende Lösungsansätze, nämlich

- die Schaffung eines Konnexitätsprinzips unmittelbar zwischen Bund und Kommunen,
- die Unterbindung der direkten Aufgabenübertragung seitens des Bundesgesetzgebers auf die kommunale Ebene bei Bindung materieller Aufgabenausweitungen des Bundesgesetzgebers an die Zustimmung des Bundesrates für Bundesgesetze mit Kostenfolgen nach Art. 104a Abs. 4 GG (neu) und Geltung der landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsregelungen zwischen Land und Kommunen.

Dabei ist der zweite Lösungsansatz zur Durchsetzung gekommen.

Bei einer individuell-konkreten Veranlassung von Sonderbelastungen einzelner Kommunen, die aus der Natur der Sache heraus im allgemeinen vierstufigen Finanzausgleichssystem gar nicht ausgleichsfähig sind, sieht genau deshalb Art. 106 Abs. 8 GG einen unmittelbaren Sonderbelastungsausgleich zwischen dem Bund und den einzelnen betroffenen Kommunen vor, wenn insoweit diesen nicht zugemutet werden kann, die Sonderbelastungen zu tragen.

Art. 106 Abs. 8 GG will also einen individuellen Anspruch für atypische Situationen gewähren⁴⁶⁾. Es handelt sich um einen Aufgaben-Ausgaben-Ausgleich, der kommunalindividuell bundesseitige Einwirkungen für jeweils konkrete Aufgaben des Bundes kompensiert⁴⁷⁾. *Hidien*⁴⁸⁾ hat deshalb von einer „bundesingerenzkorrelierenden speziellen Ausgabenverteilungsnorm“ gesprochen. Art. 106 Abs. 8 GG bewirkt eine differenzierte Finanzlastverschiebung, die eine bundesrechtsseitige Ingerenz kompensiert, soweit diese für einzelne Kommunen für deren originäre Aufgabenwahrnehmung unzumutbar ist. Die ungleiche Beanspruchung einzelner Kommunen stellt eine Ungleichbehandlung dar, die ihrerseits eine Ausgleichsleistung an betroffene Kommunen nicht nur rechtfertigt, sondern erfordert⁴⁹⁾. Dass es bei diesen Sonderbelastungen einzelner Kommunen zu kommunalindividuellen „Mitwirkungshandlungen“ kommt, die hier anders als bei der bundesgesetzlichen

Aufgabenübertragung rechtlich auch möglich sind, schließt eine Bundesveranlassung nicht aus. Ein Wertungswiderspruch zwischen Art. 84 Abs. 1 S. 7 und Art. 106 Abs. 8 GG besteht wegen der völlig unterschiedlichen Zielsetzungen beider Verfassungsbestimmungen also nicht.

E. Ergebnis

Nach alledem ist Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG weder nach dem Wortlaut noch nach der Entstehungsgeschichte parallel zu §§ 6a – c SGB II, seinem Sinn und Zweck (= Schutz der Landesorganisationshoheit und der kommunalen Selbstverwaltung, insbesondere vor finanzieller Überlastung) und dem systematischen Zusammenhang zu Art. 106 Abs. 8 GG als Ausnahmenorm von einer Entfristung und Dekontingentierung der Optionskommunen betroffen. Aus Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG ergibt sich für die Entfristung und Dekontingentierung der Optionskommunen mithin kein Bumerang-Effekt⁵⁰⁾.

Mangels Bumerang-Effekts des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG für die Frage der Entfristung und Erweiterbarkeit der Optionskommunen sollte der Gesetzgeber nunmehr nicht weiter warten, sondern zügig eine Regelung treffen.

⁴²⁾ So in der Tat: *Henneke*, Der Landkreis 2008, 113 f.

⁴³⁾ In dem in Bezug genommenen Beitrag von *Articus*, *Ronnecker* und *Soebbecke*, Kommunen in den föderalen Finanzbeziehungen, in: Junkernheinrich/Scheller/Woisin (Hrsg.), Zwischen Reformidee und Funktionsanspruch, 2007, S. 161 (165 f.) heißt es wörtlich: „Beim Verhandlungsansatz begegnen sich die kommunalen Verwaltungsdienstleister und der Bund bzw. die Länder als gleichwertige Verhandlungspartner. Die Gleichberechtigung der Kommunen wird in diesem Theoriekonzept erreicht, indem die Kommunen die Übernahme von Verwaltungsdienstleistungen ablehnen bzw. im Rahmen angemessener Fristen rückverlagern dürfen, soweit sie die Kostendeckung als nicht gewährleistet ansehen dürfen (Optionsmodell). Falls die Kommunen die Aufgabenübernahme ablehnen, stehen dem Bund und den Ländern drei Reaktionsmöglichkeiten offen. Sie können die betreffenden Verwaltungsaufgaben durch eigene Verwaltungen ausführen, das pauschale Vergütungsangebot für die Kommunen nachbessern oder die Verwaltungsaufgabe der Gestalt modifizieren, dass die zu erwartenden Verwaltungskosten sinken.“

Dabei handelt es sich um *verfassungspolitische Reformüberlegungen*, die mit geltendem Verfassungsrecht nicht in Einklang stehen und in den Beratungen der Föderalismuskommissionen I und II keinerlei Rolle gespielt haben. An anderer Stelle (Der Landkreis 2009, 13 ff. sowie in *Baus/Scheller/Hrbek* (Hrsg.), Der deutsche Föderalismus 2020, Die bundesstaatliche Kompetenz- und Finanzverteilung im Spiegel der Föderalismusreform I und II, 2009, S. 126 ff.) habe ich mich mit diesen Überlegungen umfassend auseinandergesetzt.

⁴⁴⁾ Stellungnahme, S. 11.

⁴⁵⁾ So bereits *Roman Herzog* 1994. Bei *Stefan Reker*, *Roman Herzog*, 1994, S. 145 f., heißt es: „Ein Dorn im Auge ist Herzog zudem der ‚merkwürdige Tatbestand der Finanzverfassung, dass der Bundesgesetzgeber Aufgaben festlegen kann, die sodann Länder und Kommunen bezahlen müssen.‘ Er glaubt nicht, dass ein solches System auf Dauer Bestand haben kann.“

⁴⁶⁾ Dazu bereits ausf.: *Henneke*, Der Landkreis 2008, 113 (116 f.).

⁴⁷⁾ *Hidien*, Bonner Kommentar, Art. 106 GG Rn. 1186.

⁴⁸⁾ *Hidien*, Bonner Kommentar, Art. 106 GG Rn. 1186 und 1188.

⁴⁹⁾ *Henneke*, Der Landkreis 2008, 113 (116).

⁵⁰⁾ Um es mit *Joachim Ringelhatz* zu formulieren: „War einmal ein Bumerang; war ein Weniges zu lang. Bumerang flog ein Stück, aber kam nicht mehr zurück. Publikum noch stundenlang wartete auf Bumerang.“

F. Replik auf die weiteren Stellungnahmen

Die vorstehende Stellungnahme habe ich am 7.1.2010 abgegeben. In den Folgetagen haben auch Prof. Dr. *Wieland* sowie die Bundesressorts die von ihnen erbetenen Stellungnahmen vorgelegt. Danach wird man selbst bei skeptischer Grundeinstellung gegenüber der Optionserweiterung nicht der Auffassung sein können, eine Entfristung und Erweiterung der Option gem. § 6a SGB II komme nicht in Betracht.

I. Stellungnahme Wieland

*Joachim Wieland*s Argumentation knüpft an frühere Darlegungen an, stützt die vorstehende Argumentation völlig und kommt zu dem **eindeutigen Befund**:

„Eine Entfristung und Ausweitung des kommunalen Optionsmodells ist verfassungsrechtlich zulässig. Eine Grundgesetzänderung ist nicht erforderlich.“

Seine Kernaussagen zu Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG sind ebenso knapp wie überzeugend. Dabei legt *Wieland* den Hauptakzent seiner Argumentation darauf, dass Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG überhaupt nur für die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder als eigene Angelegenheit gilt, was bei den grundsätzlich der Bundesagentur für Arbeit nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II zugewiesenen Aufgaben gerade nicht der Fall ist:

„Schon dem Wortlaut nach greift Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG nicht ein. Aus der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Vorschrift ergibt sich zudem, dass die **Kommunen** in ihrer Handlungsfähigkeit geschützt werden sollen. Ihre **Handlungsmöglichkeiten** sollen aber **nicht etwa beschränkt werden**.“

Auch in systematischer Sicht lässt sich aus Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG kein verfassungsrechtliches Verbot einer Ausweitung und Entfristung des kommunalen Optionsmodells ableiten, weil die **Vorschrift nur für die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder als eigene Angelegenheit gilt...** Das Aufgabenübertragungsverbot gilt aber nicht für die bundeseigene Verwaltung, sondern nur für den Vollzug von Bundesgesetzen durch die Länder unter der Aufsicht oder im Auftrag des Bundes. **Bei einem Vollzug von Bundesgesetzen durch den Bund selbst kommt ein Gesetzesvollzug durch die Länder nicht in Betracht** und greifen die landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsregeln zugunsten der Kommunen nicht ein, so dass der **vom Aufgabenübertragungsverbot bezweckte Schutz der Kommunen** vor einer das landesverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip vermeidenden Aufgabenzuweisung durch den Bundesgesetzgeber nicht erforderlich ist. Das Verbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG ist nach alledem für das Optionsmodell nicht einschlägig.“

Dieser – in den Befassungen mit Art. 84 Abs. 1 GG bisher unterbeleuchtete – Aspekt ist aber wichtig, von *Wieland* richtig herausgearbeitet worden und kann nur nachdrücklich unterstrichen werden. Die Argumentation *Wieland*s zu Art. 106 Abs. 8 GG bewegt sich in den herkömmlichen Bahnen.

II. Stellungnahme der Bundesressorts vom 12.1.2010

Die Stellungnahme der Bundesressorts vom 12.1.2010 sondiert das verfassungsrechtlich zu vermessende Feld, gelangt aber richtigerweise nicht zu der Aussage, eine Entfristung bzw. Erweiterung der Option sei mit geltendem Verfassungsrecht nicht vereinbar. Die Stellungnahme zeigt im Gegenteil auf, dass eine Entfristung des kommunalen Optionsmodells unter Beschränkung auf die bestehenden 69 zugelassenen kommunalen Träger sich am verfassungsrechtlichen Willkürverbot im Hinblick auf die ebenfalls an einer alleinigen Aufgabenwahrnehmung interessierten übrigen kommunalen Träger messen lassen muss (dazu 5.).

Gegenüber der Stellungnahme aus dem Juni 2008 ergeben sich auffällige Veränderungen in der Beurteilung, die rechtlich zu begrüßen sind.

1. Kein Stufenverhältnis zwischen Entfristung und Erweiterung

Wie die Heranziehung des Willkürverbots im Verhältnis von bisherigen Optionskommunen zu nunmehr ebenfalls optionswilligen Kommunen beweist, wird an einem verfassungsrechtlich nicht begründbaren Stufenverhältnis⁵¹⁾ zwischen Verlängerung, Entfristung und Erweiterung der Option ausdrücklich nicht festgehalten. Stattdessen wird nunmehr völlig richtig hervorgehoben⁵²⁾:

„Die **Verlängerung einer befristeten Regelung** ist nach der Rechtsprechung des BVerfG⁵³⁾ **wie eine Neuregelung zu beurteilen**. Diese muss daher der zum Zeitpunkt der Regelung maßgeblichen Verfassungsrechtslage entsprechen.“

Die Entfristung und Erweiterung der Option sind daher verfassungsrechtlich gleich zu beurteilen; für eine bloße Verlängerung, die politisch nicht mehr zur Diskussion steht, gilt dies auch.

2. Kein Verstoß gegen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG

Ein Verstoß gegen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG wird richtigerweise nicht mehr behauptet, stattdessen werden die dagegen sprechenden Argumente sorgfältig aufgelistet. Es wird nur noch ausgeführt⁵⁴⁾:

„Ein erkennbares verfassungsrechtliches Risiko kann allerdings nicht ausgeschlossen werden.“

Die rechtliche Wertung⁵⁵⁾:

„Es handelt sich um eine auf der Grundlage einer bundesgesetzlichen Regelung durch Rechtsverordnung eines Bundesministeriums vorgenommene Übertragung einer Verwaltungsaufgabe.“

hat *Joachim Wieland* in seiner Stellungnahme inhaltlich gleich, sprachlich aber präziser so ausgedrückt:

„Es handelt sich also **nicht** um die **Übertragung von Aufgaben durch Bundesgesetz**, sondern

durch ein Handeln des BMAS in Vollzug des SGB II auf Antrag der betroffenen Kommunen mit Zustimmung der obersten Landesbehörden.“

Nicht richtig ist es, wenn die Bundesressorts ausführen, dass sich aus der seit dem Gutachten vom Juni 2008 erschienene Literatur *Robra*⁵⁶⁾ und *Knitter*⁵⁷⁾ gegen die Vereinbarkeit einer Nachfolgeregelung zum kommunalen Optionsmodell mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG ausgesprochen haben⁵⁸⁾. Die Position von *Anna Robra* habe ich vorstehend⁵⁹⁾ ausführlich wiedergegeben. *Janna Knitter* hat sich mit der hier untersuchten Frage einer Erweiterung der Option bei Beibehaltung ihres Ausnahmecharakters und des Fortbestehens einer Nachfolgeregelung zu den Arbeitsgemeinschaften gar nicht befasst, sondern ihrerseits juristisch völlig korrekt darauf hingewiesen, dass **eine volle Aufgabenträgerschaft der kommunalen Ebene als alleiniges Aufgabenerfüllungsmodell** nach der Föderalismusreform I wegen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG nicht mehr bundesgesetzlich begründet werden kann – auch **nicht durch** den etwaigen **Umgehungsversuch einer Kombination** aus einer **Aufhebung** sowohl der bisherigen **BA-Kompetenzen** in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II als auch der **Kontingentierung der Option** in § 6a SGB II. Sie führt im Einzelnen aus⁶⁰⁾:

„Dennoch hat das Gericht die gesetzgeberische Intention, die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende ‚aus einer Hand‘ zu gewähren, als ‚sinnvoll und notwendig‘ angesehen und den Gesetzgeber indirekt dazu aufgefordert, ‚das Ziel einer Bündelung des Vollzugs der Grundsicherung für Arbeitsuchende‘ auch einer Neuregelung zugrunde zu legen. Um dieses Ziel zu erreichen, wäre es denkbar, die Grundsicherung für Arbeitsuchende **komplett auf die kommunale Ebene zu verlagern**. Die ersatzlose Streichung des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II, durch die die Kommunen zu alleinigen Trägern der Grundsicherung für Arbeitsuchende würden, bzw. die **Umwandlung der Experimentierklausel des § 6a SGB II zum gesetzlich vorgeschriebenen Regelfall** stellt jedoch eine unzulässige Aufgabenübertragung im Sinne des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG dar. Durch eine solche Regelung würden die Kommunen durch eine formell-rechtliche Bundesvorschrift unmittelbar in den Vollzug eines Bundesgesetzes eingeschaltet. Der Bundesgesetzgeber entschiede in diesem Fall unter Umgehung der Länder über das ‚Ob‘ des kommunalen Tätigwerdens, indem er den Kommunen die für sie neue, bisher allein vom Bund wahrgenommene Teilaufgabe ‚Arbeitslosenhilfe‘ zuweise. Auf diese Weise missachtete er nicht nur den

⁵¹⁾ Dazu oben C.III.

⁵²⁾ Stellungnahme vom 12.1.2010, S. 3.

⁵³⁾ BVerfGE 8, 274 (290 f.).

⁵⁴⁾ Stellungnahme (Fn. 52), S. 4.

⁵⁵⁾ Stellungnahme (Fn. 52), S. 3 f.

⁵⁶⁾ *Robra* (Fn. 6), S. 177.

⁵⁷⁾ *Knitter*, Das Aufgabenübertragungsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, 2008, S. 120 f.

⁵⁸⁾ Stellungnahme (Fn. 52), S. 4 f.

⁵⁹⁾ Unter B., Text zu Fn. 6 – 7.

⁶⁰⁾ *Knitter* (Fn. 57), S. 119 f.

Hoheitsanspruch der Länder, sondern eine solche Regelung begründete gleichzeitig die Kostentragungspflicht der nunmehr sachlich zuständigen Kommunen.“

Auf diesen spitzfindigen Weg ist in der aktuellen politischen Diskussion aber auch noch niemand gekommen. Es bleibt also bei meiner unter C.I getroffenen Aussage:

„Es gibt keinen einzigen rechtswissenschaftlichen Beitrag, der eine Entfristung oder Erweiterung der Option mit belastbaren Argumenten nach geltendem Verfassungsrecht ausschließt.“

Auch die in der Ressortstellungnahme in Bezug genommene Stellungnahme des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung vom 16.12.2009 weist nur allgemein und unspezifisch auf – vermeintliche – verfassungsrechtliche Risiken hin.

3. § 6b SGB II normiert direkte Finanzbeziehungen nur zwischen dem Bund und den einzelnen Kommunen

Die Verfassungsressorts sind nunmehr mit dem Satz⁶¹⁾:

„§ 6b Abs. 2 S. 2 SGB II normiert damit direkte Finanzbeziehungen zwischen dem Bund und den einzelnen Kommunen“

von der grob falschen Ausgangsprämisse in der Stellungnahme aus dem Juni 2008⁶²⁾ abgerückt, es handelt sich bei § 6b SGB II um die Normierung direkter Finanzbeziehungen zwischen dem Bund und der **kommunalen Ebene**. Zutreffend wird hervorgehoben⁶³⁾:

„Für die Abschätzung des verfassungsrechtlichen Risikos ist letztlich entscheidend, ob im Streitfall nachvollziehbar dargelegt werden kann, dass der Bund mit der Eröffnung der Optionsmöglichkeit zur eigenverantwortlichen Übernahme der Aufgaben der BA durch Kommunen eine besondere Einrichtung im Sinne des Art. 106 Abs. 8 GG veranlasst hat und die Finanzierung auch die kommunalen Verwaltungsausgaben als Sonderlastenausgleich umfassen kann.“

Daran, dass der Bundesgesetzgeber, gestützt auf eine leistungsfähige Bundesverwaltung, diese Begründung zu liefern mag, wenn die Parlamentarier einen entsprechenden politischen Willen äußern, habe ich keinerlei Zweifel.

4. Das Argument „tendenziell gegenläufiger Argumentation“

Dass die Bundesressorts nach wie vor „verfassungsrechtliche Restrisiken“ für ein erweitertes Optionsmodell nicht ausschließen, liegt an ihrer bereits 2008 angenommenen und auch jetzt weiterhin aufrechterhaltenen Prämisse⁶⁴⁾:

„Problematisch ist vor allem die tendenziell gegenläufige Argumentation zur Vereinbarkeit der Entfristung mit den beiden genannten Verfassungsnormen: Zur Darlegung der Zulässigkeit der Aufgabenentfristung muss auf *Selbstbestimmung* der betroffenen Kommunen, zur Darlegung der Zulässigkeit der damit verbundenen Finanzie-

rungsregelung dagegen auf deren *Fremdbestimmung* durch den Bund abgestellt werden.“,

die in der Zusammenfassung wie folgt⁶⁵⁾ formuliert wird:

„Je mehr zur Vereinbarkeit der vorgesehenen Neuregelung mit dem kommunalen Aufgabenübertragungsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG damit argumentiert wird, dass es sich nicht um eine bundesgesetzliche Aufgabenzuweisung handele, sondern die optierenden Kommunen die Aufgabe gewissermaßen an sich zögen, desto problematischer wird die für die Vereinbarkeit der Bundesfinanzierung der zugelassenen kommunalen Träger mit Art. 106 Abs. 8 GG vorausgesetzte Veranlassung durch den Bund. Entsprechendes gilt für eine stärker an der Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 8 GG ausgerichtete Akzentuierung der Argumentation im umgekehrten Sinne.“

Unter D.V. habe ich mich mit diesem Argumentationsansatz bereits ausführlich befasst und kann mangels neuer Argumente an dem Befund festhalten:

„Bei der Regelungskonstruktion der §§ 6a – b SGB II handelt es sich **nicht** um eine normativ-unmittelbare Aufgabenübertragung gemäß Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, **wohl aber** um eine Einrichtungsveranlassung seitens des Bundes bei den antragstellenden Kommunen **gemäß Art. 106 Abs. 8 GG**.

Gesetzliche Aufgabenübertragungen sind nach der Kompetenzordnung des GG stets mitwirkungsfrei. Einrichtungsveranlassungen seitens des Bundes nach Art. 106 Abs. 8 GG schließen kommunalindividuelle Mitwirkungshandlungen einzelner Kommunen dagegen nicht aus.“

Und schließlich:

Eine **Ausweitung der Anzahl** der zugelassenen kommunalen Träger ergibt **solange keine zusätzlichen Probleme** hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 106 Abs. 8 GG, wie die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift, zu denen eine ausgleichspflichtige **Sonderbelastung** unbezweifelbar gehört, erfüllt sind. Dies ist bei derzeit 67 von 413 kommunalen Trägern nicht anders als bei seinerzeit 69 von 439 kommunalen Trägern und würde in Zukunft nicht anders sein, sollte die Zahl der kommunalen Träger etwa 138 (= Verdoppelung) oder 169 (= Aufstockung um 100) betragen.

Zu einem Unterlaufen der allgemeinen Finanzausgleichsregelungen des Grundgesetzes darf es allerdings nicht kommen. Dies habe ich immer vertreten. Nichts anderes haben in jüngerer Zeit *Korioth*⁶⁶⁾ und *Winkler*⁶⁷⁾, aber auch *Knitter*⁶⁸⁾ zutreffend hervorgehoben. Wo die verfassungsrechtliche Grenze liegt, lässt sich mit einer konkreten Zahl nicht ausdrücken; von einer Überdehnung der Optionsausweitung sollte der einfache Gesetzgeber politisch aber absehen, was etwa durch eine Deckelung der Zahl der Optionskommunen auf die Hälfte der bestehenden kommunalen Träger geschehen könnte.

5. Keine willkürliche Beschränkung auf die bestehenden 69 Optionskommunen

Umgekehrt kommt den Bundesressorts ein großes Verdienst zu, wenn sie darauf hinweisen, dass die nach dem Koalitionsvertrag vorgesehene Entfristung nur auf die bestehenden Optionskommunen⁶⁹⁾

„zu einem dauerhaften Ausschluss aller anderen Kommunen von der einheitlichen Aufgabewahrnehmung führt,“

um in rechtlicher Hinsicht – die These der verfassungsrechtlichen Gleichstellung von Entfristung und Erweiterung voraussetzend – hinzuzufügen:

„Die damit unmittelbar durch eine bundesgesetzliche Regelung erfolgende **Ungleichbehandlung** von Kommunen bedarf einer verfassungsrechtlich **tragfähigen Rechtfertigung**. In diesem Zusammenhang wird **besonders zu berücksichtigen** sein, dass es **für das BVerfG**⁷⁰⁾ **nicht ersichtlich** ist, **weshalb** die **Aufgabewahrnehmung** durch Kreise und kreisfreie Städte **nicht auch ohne** die in § 6a Abs. 3 S. 1 SGB II vorgesehene **zahlenmäßige Beschränkung möglich** sein sollte. Die **Begründung** müsste insbesondere auf den garantierten Fortbestand der Eignung der gegenwärtigen zugelassenen kommunalen Träger und die **Zulässigkeit des Ausschlusses neuer kommunaler Träger durch eine gesetzliche Regelung** eingehen.“

Weil dies richtig herausgearbeitet worden ist, ist es verfassungsrechtlich, aber auch politisch einfacher, „das Fass der Optionserteilung noch einmal aufzumachen“ und ggf. seitens der Länder qualitative Reihungen von Zulassungsanträgen vorzunehmen bzw. einzelnen kommunalen Trägern Zustimmung zu verweigern, als bundesgesetzlich Neuzulassungen von vornherein unabhängig vom jeweiligen Einzelfall durch Gesetz generell-abstrakt zu versagen. □

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

⁶¹⁾ Stellungnahme (Fn. 52), S. 5.

⁶²⁾ Dazu oben B.

⁶³⁾ Stellungnahme (Fn. 52), S. 6.

⁶⁴⁾ Stellungnahme (Fn. 52), S. 2.

⁶⁵⁾ Stellungnahme (Fn. 52), S. 7.

⁶⁶⁾ *Korioth* (Fn. 10).

⁶⁷⁾ *Winkler* (Fn. 12).

⁶⁸⁾ *Knitter* (Fn. 57), S. 119 f.

⁶⁹⁾ Stellungnahme (Fn. 52), S. 6 f.

⁷⁰⁾ BVerfGE 119, 331 (372).