



An die
Vorsitzende des Ausschusses für Familie, Senioren,
Frauen und Jugend
Frau Sabine Zimmermann (MdB)
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Per Mail: familienausschuss@bundestag.de

**Geschäftsführendes
Präsidialmitglied**

Ulrich-von-Hassell-Haus
Lennéstraße 11
10785 Berlin

Tel.: 030 590097-320
Fax: 030 590097-420

E-Mail: Meike.Hinrichs@Landkreistag.de

AZ: I

Datum: 20.5.2021

Anhörung des Ausschusses für Familien, Senioren, Frauen und Jugend am 31.5.2021 zum Entwurf eines Ganztagsförderungsgesetzes

Stellungnahme des Deutschen Landkreistages zum Entwurf eines
Ganztagsförderungsgesetzes, BT-Drs. 19/29764

Sehr geehrte Frau Zimmermann,

am 18.5.2021 haben die Fraktionen der CDU/CSU und SPD den Gesetzentwurf für ein
Ganztagsförderungsgesetz in den Deutschen Bundestag eingebracht.

**Der Deutsche Landkreistag lehnt ein solches auf das SGB VIII gestütztes
Gesetzesvorhaben ab, da für ein solches Vorhaben, welches seinen Schwerpunkt im
Schulwesen hat, weder eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes besteht, noch –
und das ist das Entscheidende – die dauerhafte Finanzierung der jährlich
Milliardenkosten verursachenden Aufgabe gesichert ist.**

So anerkennenswert die Zielsetzung des Vorhabens in der Sache ist: Zuerst müssen die
Rahmenbedingungen für die Erfüllung dieser hauptsächlich in Ausführung und Finanzierung
die Kommunen betreffenden Aufgabe vollständig geklärt sein.

Zur Begründung dieser Positionierung trägt der Deutsche Landkreistag Folgendes vor:

A. Das Vorhaben, seine Kosten und die sich dazu stellenden Fragen

Die Bundesregierung plant nach der stufenweisen Einführung von Ansprüchen der Kinder
auf Förderung in Tageseinrichtungen im **Vorschulbereich** nunmehr zumindest in rechtlicher
Hinsicht **völliges Neuland** zu betreten und **für Grundschul Kinder** bis zum Beginn der
fünften Klasse ebenfalls einen acht Stunden an Werktagen umfassenden Anspruch auf
„Förderung in einer Tageseinrichtung“ zu begründen – und zwar als Fürsorgeanspruch im
auf den Ausgleich sozialer Benachteiligungen bzw. die Überwindung individueller
Beeinträchtigungen ausgerichteten Kinder- und Jugendhilferecht statt als Bildungs-,
Erziehungs- und Betreuungsanspruch für durchschnittlich entwickelte junge Menschen in
dem Bund kompetenziell ohne wenn und aber verschlossenen Schulrecht.

Auf diese Weise sollen bis 2029 bis zu 1,132 Mio. neue Betreuungsplätze geschaffen werden, davon ca. 906.000 Ganztagsschulplätze und 126.000 Hortplätze. Die offensichtliche Kollision mit dem Schulrecht, die naturgemäß bei Kindern im Vorschulbereich mangels Schulpflicht gar nicht existiert, versucht der Gesetzentwurf mit einer Fiktion in § 24 Abs. 4 S. 3 SGB VIII zu bewältigen bzw. zu überspielen, indem dort normiert werden soll:

„Der Anspruch des Kindes auf Förderung in Tageseinrichtungen gilt im zeitlichen Umfang des Unterrichts sowie der Angebote der Ganztagsgrundschulen einschließlich der offenen Ganztagsgrundschulen als erfüllt.“

Mit dieser Sichtweise ordnet der Bundesgesetzgeber das landesrechtlich normierte Schulrecht strukturell dem bundesrechtlich normierten Kinder- und Jugendhilferecht unter. Über den neuen Regelanspruch hinaus ist in Satz 5 zudem vorgesehen, dass ein bedarfsgerechtes Angebot in Tageseinrichtungen vorzuhalten ist, welches sich im Umfang der Förderung nach dem individuellen Bedarf richtet.

Der für die vom Bund normierte Anspruchserfüllung erforderliche **Investitionsaufwand** wird mit **6,7 Mrd. Euro** veranschlagt, hinzu kommen **jährliche Personalkosten für das pädagogische Personal**, die – statisch – mit **4,4 Mrd. Euro** veranschlagt werden. Hinsichtlich der Finanzierungsverantwortung heißt es im von der Bundesregierung am 5.5.2021 verabschiedeten Gesetzentwurf¹ ebenso wie im Fraktionsentwurf vom 18.5.2021² zutreffend:

„Die von den Ländern zu tragenden Kosten entsprechen den Gesamtkosten abzüglich der durch den Bund bereitgestellten Mittel.“

Der Bund will sich an den Investitionskosten über Art. 104c GG, also über Finanzhilfen zur Steigerung der Leistungsfähigkeit der kommunalen **Bildungsinfrastruktur**, mit bis zu 3,5 Mrd. Euro beteiligen. Mit Blick auf die von den Ländern vollständig zu tragenden, durch Tarif- und Stufensteigerungen auch bei unverändertem Personalbestand natürlich dynamisch wachsenden Ausgaben will sich der Bund mit einem **Festbetrag** aus dem Umsatzsteueraufkommen von **960 Mio. Euro jährlich** bei Erreichen der Endausbaustufe beteiligen.

Dieses Vorgehen wirft zahlreiche **Fragen** auf:

Die erste lautet, ob der Bund kompetenziell überhaupt befugt ist, einen solchen Rechtsanspruch zu begründen oder ob dies nicht in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt.

Zudem stellt sich (2.) die Frage nach der Finanzierungsverantwortung für Investitionen und Personal sowie (3.) nach Beteiligungs- bzw. Ausgleichsmöglichkeiten im Bundesstaat.

Und schließlich – und für Verantwortliche Politik in Bund und Ländern sogar als allererstes – stellt sich die Frage: Kann sich der Gesamtstaat die bedarfsweckende Begründung eines Rechtsanspruchs, der nicht auf eine akute, sondern lediglich auf eine typisierend erfasste potenzielle Bedarfslage abstellt, in der gegenwärtigen Coronafolgenbewältigungssituation finanziell überhaupt leisten?

Je weniger klar die letzte Frage positiv zu beantworten ist, umso drängender und präziser sind die ersten drei Fragen nach Regelungszuständigkeit, Lastentragungspflicht und innerstaatlichen Transfermöglichkeiten zu beantworten, wobei man sich angesichts der finanziellen Dimension der neuen Daueraufgabe nicht auf die so beliebten Floskelsätze

¹ BR-Drs. 384/21, 16.

² BT-Drs. 19/29764, 18.

zurückziehen darf: „Die Gesellschaft erwartet die Begründung dieses Rechtsanspruchs“ und „Den Eltern ist es doch egal, wer diesen Anspruch regelt“, denn unabweisbar gilt auch: „Den Letzten beißen die Hunde.“ Und der Letzte ist in diesem Falle der nach dem Willen der Bundesregierung ausführungspflichtige Träger der örtlichen Jugendhilfe.

B. Kompetenzabgrenzung

I. BVerfG, NJW 2021, 1377

In seinem jüngsten Mietendeckel-Beschluss vom 25.3.2021³ hat sich das BVerfG noch einmal generell-abstrakt mit der Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern befasst und eindeutig herausgestellt, dass das Grundgesetz eine vollständige Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten entweder auf den Bund oder auf die Länder enthält (alternative Abgrenzung mithilfe der in den Art. 73, 74 enthaltenen Kataloge) und Doppelzuständigkeiten mit der Abgrenzungsfunktion dieser Artikel unvereinbar wären. Das bedeutet klipp und klar⁴:

„Auch wenn die Materie eines Gesetzes Bezug zu verschiedenen Sachgebieten aufweist, die teils dem Bund, teils den Ländern zugewiesen sind, besteht deshalb die Notwendigkeit, sie dem einen oder anderen Kompetenzbereich zuzuweisen. Nach der Konzeption des Grundgesetzes ist die **Zuordnung eines Regelungsgegenstands** zu einer Kompetenzmaterie eine **Rechtsfrage**, deren Beantwortung insbesondere weder von Darlegungs- und Begründungslasten des Gesetzgebers noch davon abhängt, ob diese mehr oder weniger erfolgreich erfüllt werden.“

Sodann hat es hinzugefügt⁵:

„Wie alle Zuständigkeitsvorschriften des Grundgesetzes gelten die Art. 70 ff. GG 'strikt'. Das erfordert eine Auslegung, die dem Wortlaut und dem Sinn der Kompetenznorm gerecht wird und eine möglichst eindeutige vertikale Gewaltenteilung gewährleistet.

Die Zuordnung einer gesetzlichen Regelung zu einem Kompetenztitel von Art. 73, 74 GG erfolgt anhand ihres (unmittelbaren) Regelungsgegenstandes, ihrer Wirkungen und **Adressaten** sowie des Normzwecks.

Ob sich eine Regelung unter einen Kompetenztitel subsumieren lässt, hängt davon ab, ob der dort genannte Sachbereich unmittelbar oder lediglich mittelbar Gegenstand dieser Regelung ist. Für dessen Ermittlung ist der **sachliche Gehalt einer Regelung** und **nicht die vom Gesetzgeber gewählte Bezeichnung maßgebend**. Eine gesetzliche Regelung ist – ihrem Hauptzweck entsprechend – dem Kompetenztitel zuzuordnen, den sie speziell und nicht (lediglich) allgemein behandelt, wobei die Regelung in ihrem – kompetenzbegründenden – (Gesamt-)Sachzusammenhang zu erfassen ist.

Der **Normzweck** ergibt sich regelmäßig aus dem – durch Auslegung zu ermittelnden – **objektivierten Willen** des Gesetzgebers. **Nicht entscheidend** sind die **subjektiven Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe** oder Einzelner ihrer Mitglieder.“

II. Auslegung des § 24 Abs. 4 S. 1 – 3 SGB VIII

Der in Rede stehende Rechtsanspruch soll in § 24 Abs. 4 S. 1 – 3 SGB VIII wie folgt formuliert werden:

„Ein **Kind**, das im Schuljahr 2026/2027 oder in den folgenden Schuljahren die erste Klassenstufe besucht, hat **ab dem Schuleintritt** bis zum Beginn der fünften Klassenstufe einen **Anspruch auf Förderung** in einer **Tageseinrichtung**. Der Anspruch besteht an Werktagen im

³ BVerfG, NJW 2021, 1377 Ls 1 und Rn. 21.

⁴ BVerfG, NJW 2021, 1377 (1378) Rn. 81 f.

⁵ BVerfG, NJW 2021, 1377 (1380 f.) Rn. 102, 104 ff.

Umfang von acht Stunden täglich. Der Anspruch des Kindes auf Förderung in Tageseinrichtungen gilt in zeitlichen Umfang des Unterrichts sowie der Angebote der Ganztagsgrundschulen einschließlich der offenen Ganztagsgrundschulen als erfüllt.“

Der Anspruch richtet sich eindeutig an Grundschul Kinder bis zur Klassenstufe 5 und beinhaltet einen „bedarfsunabhängigen Anspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung von mindestens acht Stunden“⁶. Dieses Mindestmaß an Zeit hält der Gesetzgeber für erforderlich,

„um eine effektive Förderung im Hinblick auf die Chancen der Kinder zu gewährleisten“,

eine eher diffuse Definition, die aber dahingehend ergänzt wird, dass

„der Vorrang des Kernangebots der Schule, der Unterrichtszeit, klargestellt“

und der

„Förderanspruch auch durch die Bereitstellung von Angeboten der Ganztagsgrundschulen erfüllt wird“.

Darüber hinausgehend soll es in dem verbleibenden Zeitrahmen ermöglicht werden,

„**pädagogische Konzepte** umzusetzen, die Kinder durch eine Vielzahl von Maßnahmen besser fördern. So können beispielsweise **unterrichtsbezogene Angebote wie die Betreuung von Hausaufgaben** oder freizeitorientierte Angebote oder auch ein Mittagessen gewährleistet werden. Ob und in welchem Umfang dieses Angebot in Anspruch genommen wird, bleibt der Entscheidung der Grundschul Kinder überlassen.“

Der **Regelungsgegenstand** weist mithin einen **sehr starken Schulbezug** in bildungsbezogener, erzieherischer und betreuerischer Hinsicht auf, wengleich er nicht allein darauf beschränkt ist, da auch Kooperationen

„mit Dritten wie z.B. mit Sportvereinen, Musikschule oder anderen in vergleichbarer Weise geeigneten Kooperationspartnern“

als möglich bezeichnet werden, wengleich der zur Realisierung des Anspruchs erforderliche **Raumbedarf zu 80 % durch Ganztags schulplätze** erfüllt werden soll, was den **Schulbezug** und die Schulnähe ebenfalls eindrucksvoll verdeutlicht. Daher drängt es sich geradezu auf, die Regelungsmaterie wenn nicht vollständig, jedenfalls aber ihrem **Schwerpunkt** nach dem **Schulrecht** zuzuordnen, zumal der Anspruch nicht nur durch Unterricht in der Grundschule als erfüllt gilt, sondern ausdrücklich auch durch die Bereitstellung von Angeboten der Ganztagsgrundschulen.

Wäre dies so, wäre der Bundesgesetzgeber allerdings zur Regelung gänzlich unzuständig, da die Materie Schulrecht unstreitig nach Art. 70 GG dem ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzbereich der Länder unterfällt, wobei die Länderkompetenz im Zuge der Föderalismusreform I im Jahre 2006 ihre Hervorhebung noch dadurch erfahren hat, dass in Art. 23 Abs. 6 GG die Wahrnehmung der Rechte, die der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat der Europäischen Union zustehen, vom Bund auf einen vom Bundesrat benannten Vertreter der Länder zu übertragen sind,

„wenn im Schwerpunkt ausschließliche Gesetzgebungsbefugnisse der Länder auf den Gebieten der schulischen Bildung betroffen sind“.

Was gegenüber Europa zwingend ist, gilt erst recht natürlich auch innerstaatlich. Der heutige Bundesverfassungsrichter und seinerzeitige Sachverständige in der Kommission zur

⁶ BT-Drs. 19/29764, 26.

Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Peter Michael Huber*⁷, hat dazu nach Inkrafttreten der Föderalismusreform I herausgestellt:

„Zum ersten Mal seit 1949 bringt die Föderalismusreform zumindest die Andeutung einer der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung zugrundeliegenden Idee. Danach sollen die **Länder** neben ihrer Selbstorganisation insbesondere für regional begrenzte Materien zuständig sein sowie für den **gesamten Bereich der Bildung**.“

III. Drei relevante BVerfG-Entscheidungen

Von daher überrascht es außerordentlich, dass die Bundesregierung in ihrem Gesetzentwurf nicht nur nicht auf die Gesetzgebungskompetenz für das Schulwesen abstellt, sondern diese nicht einmal in Erwägung zieht, sondern falsch behauptet, das Gesetzesvorhaben gründe sich auf den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG, also auf das Recht der öffentlichen Fürsorge. Eine Abgrenzung zum Schulrecht nimmt die Bundesregierung ebenso wenig vor wie die vom BVerfG geforderte Schwerpunktbildung,

„wenn die Materie eines Gesetzes Bezug zu verschiedenen Sachgebieten aufweist“,

die dann zu der Notwendigkeit führt,

„sie dem einen oder anderen Kompetenzbereich zuzuweisen“.

Nach den eindeutigen Feststellungen des BVerfG im Mietendeckel-Beschluss hat es der Bundesgesetzgeber dabei gar nicht in der Hand, selbst auswählend zu entscheiden, auf welcher Kompetenzgrundlage eine Regelung getroffen werden soll, da dafür

„der sachliche Gehalt einer Regelung und nicht die vom Gesetzgeber gewählte Bezeichnung maßgeblich ist“

und

„eine gesetzliche Regelung ihrem Hauptzweck entsprechend dem Kompetenztitel zuzuordnen ist, den sie speziell behandelt“,

wobei sich der Normzweck als Rechtsfrage aus dem objektivierten Willen des Gesetzgebers und nicht aus den subjektiven Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe ergibt, und auch nicht davon abhängig ist, welchen quantitativen Darlegungs- und Begründungsaufwand – der hier geradezu verdächtig ganz erheblich ausfällt – der Gesetzgeber mehr oder weniger erfolgreich betreibt.

Nun scheint sich aber der Bundesgesetzgeber zur Untermauerung der Zuordnung der Materie zur öffentlichen Fürsorge auf zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts berufen zu können. Wäre dem so, läge darin natürlich ein Argument von beachtlichem Gewicht. Um es vorweg zu sagen: Es ist aber nicht so, sondern es werden von der Bundesregierung mit beachtlichem Umfang (vier Druckseiten, 1997 Wörter, 16.107 Zeichen) zwei gigantische Nebelkerzen gezündet:

Die beiden Entscheidungen sind der Beschluss des BVerfG vom 10.3.1998 zur Staffelung von Kindergartengebühren⁸ und das Urteil zum Betreuungsgeld vom 21.7.2015⁹, auf das sich jedenfalls quantitativ die meisten Ausführungen in der Gesetzesbegründung stützen.

1. BVerfGE 140, 65

⁷ Huber, RdJB 2007, 4 (5).

⁸ BVerfGE 97, 332.

⁹ BVerfGE 140, 65.

Beginnen wir also mit dem Bezug auf dieses Urteil, welches die Regelung zum Gegenstand hatte, dass **Eltern** in der Zeit vom ersten Tag des 15. Lebensmonats bis zur Vollendung des 36. Lebensmonats ihres Kindes grundsätzlich **einkommensunabhängig Betreuungsgeld** in Höhe von 150 Euro pro Monat beziehen können, sofern für das Kind weder eine öffentlich geförderte Tageseinrichtung noch Kindertagespflege in Anspruch genommen werden. **Gegenstand der Regelung** war also nicht etwa die Inanspruchnahme einer Einrichtung durch ein anspruchsberechtigtes Kleinkind, sondern eine in Geld bemessene **Transferleistung für die Eltern**.

Der Zuordnung dieser Transferleistung zum Gebiet der öffentlichen Fürsorge im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG widmete das BVerfG-Urteil ganze zwei Absätze¹⁰, in denen wörtlich ausgeführt wurde:

„Der Begriff der öffentlichen Fürsorge in Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG ist nicht eng auszulegen. Er setzt voraus, dass eine besondere Situation zumindest potenzieller Bedürftigkeit besteht, auf die der Gesetzgeber reagiert. Dabei genügt es, wenn eine – sei es auch nur typisierend bezeichnete und nicht notwendig akute – Bedarfslage im Sinne einer mit besonderen Belastungen einhergehenden Lebenssituation besteht, auf deren Beseitigung oder Minderung das Gesetz zielt.

Die angegriffenen Regelungen erfüllen diese Voraussetzungen. Mit der **Schaffung eines Betreuungsgeldanspruchs** wollte der Gesetzgeber auf die **Belastung von Familien mit Kleinkindern** und eine damit verbundene **besondere Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit** reagieren. Dabei durfte er von einem typischerweise in **dieser Altersklasse** auftretenden besonderen Aufwand bei der Betreuung von Kleinkindern ausgehen, ohne hinsichtlich seiner Gesetzgebungskompetenz etwa danach differenzieren zu müssen, ob Bezieher im Einzelfall wirtschaftlich bedürftig sind.“

Mit der hier vorliegenden Konstellation der Normierung eines Anspruchs auf einen Ganztagsbetreuungsplatz, bei dem die Betreuung des Kindes gerade nicht durch die Eltern selbst erfolgt, hat die vorgenannte Regelung des Betreuungsgeldes samt der darauf bezogenen Ausführungen des BVerfG also schlicht nichts zu tun:

Anspruchsberechtigter ist hier der Grundschüler, dort sind es „Familien mit Kleinkindern“, die zu Hause betreut werden. Hier geht es um die Förderung in einer Einrichtung, dort um eine Geldtransferleistung zum zeitlich befristeten Ausgleich einer Belastung (= Kind wird zu Hause betreut), in der eine besondere Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit aufgrund eines besonderen häuslichen Aufwandes erblickt wird. Es handelt sich also beim **Betreuungsgeld** in der Tat um eine **Fürsorgeleistung für Eltern**, bei der der Gesetzgeber – untypisch für subsidiäre soziale Fürsorgeleistungen – von einer wirtschaftlichen Bedürftigkeitsprüfung abgesehen hat. Nur auf diesen Verzicht auf die Bedürftigkeitsprüfung bezieht sich mithin die Urteilspassage zur potenziellen Bedürftigkeit und nicht notwendigen akuten Bedarfslage.

Um all dies geht es bei der Verschaffung eines Anspruchs für Grundschulkinder auf einen Ganztagsbetreuungsplatz nicht! Da unter Berufung auf dieses BVerfG-Urteil ein Abstellen der Regelung auf den Begriff der öffentlichen Fürsorge wegen eines völlig anders gearteten Sachverhalts schlechterdings nicht möglich ist, sind jedenfalls insoweit die umfangreichen **Ausführungen** in der Gesetzesbegründung **zu Art. 72 Abs. 2 GG schlicht irrelevant**, da die Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG, die das BVerfG **beim Betreuungsgeld** gerade **nicht** als **gegeben** angesehen hat, zu einer Kompetenz aus Art. 74 GG für die Inanspruchnahme der Gesetzgebungskompetenz durch den Bund noch hinzutreten muss.

2. BVerfGE 97, 332

¹⁰ BVerfGE 140, 65 (78 f.) Rn. 29 u. 30.

Relevanter, da es dort um Kindergartengebühren ging, sind vorliegend die Ausführungen im Beschluss des BVerfG vom 10.3.1998¹¹, der in der Fachwelt allerdings von Beginn an nahezu durchweg auf massiven Widerspruch gestoßen ist¹². Dort hat das BVerfG¹³ ebenfalls einleitend ausgeführt, dass der Begriff der **öffentlichen Fürsorge** nicht eng auszulegen ist und daher **auch** die **Jugendpflege** umfasst. Von der Jugendpflege, die „Entwicklungsschwierigkeiten der Jugendlichen begegnet und damit auch Gefährdungen vorbeugt“ (kurzum: mit Schule nichts zu tun hat) hat es einen Analogieschluss zur seinerzeitigen Kindergartenbetreuung gezogen und wörtlich ausgeführt:

„Denselben Zielen dient auch die **Kindergartenbetreuung**. Für das spätere Sozialverhalten der Kinder ist diese **zumeist erste Betreuung außerhalb des Elternhauses** in hohem Maße **prägend**. Dem Ziel der Jugendhilfe, der **präventiven Konfliktverhütung**, wird dadurch auf wirksame Weise gedient.“

Das BVerfG hat dann aber selbstverständlich auch erkannt¹⁴, dass

„der Kindergarten **zugleich Bildungseinrichtung** im elementaren Bereich“

ist und

„insofern auch eine **Gesetzgebungskompetenz der Länder** berührt“.

Damit besteht in den Worten des BVerfG im Mietendeckel-Beschluss

„die Notwendigkeit, die Materie dem einen oder anderen Kompetenzbereich zuzuweisen“.

Das hat das BVerfG – ausdrücklich bezogen und **begrenzt auf** den **Kindergarten** und dessen **vorschulischen Bildungsauftrag** – seinerzeit auch getan, für das Ergebnis seiner Kompetenzzuweisungsentscheidung, nicht aber für den Abwägungsprozess als solchen, indes erhebliche Kritik erfahren, indem es ausgeführt hat¹⁵:

„Die fürsorgerischen und bildungsbezogenen **Aufgaben des Kindergartens** sind untrennbar miteinander verbunden. Eine Aufspaltung der Gesetzgebungskompetenz anhand dieser Aspekte kommt aus sachlichen Gründen nicht in Betracht.“

Aus diesem zutreffenden Grundansatz hat das BVerfG – beschränkt auf den zugrundeliegenden Regelungsgegenstand „Kindergartengebühren“ vor nunmehr 23 Jahren gefolgert:

„Der **Schwerpunkt des Kindergartenwesens**, von dem in einem solchen Fall die Bestimmung der Gesetzgebungskompetenz abhängt, ist **nach wie vor** eine fürsorgende Betreuung mit dem Ziel einer Förderung sozialer Verhaltensweisen und damit **präventiver Konfliktvermeidung**. Der **vorschulische** Bildungsauftrag steht hinter dieser dem Bereich der öffentlichen Fürsorge zuzuordnenden Aufgabe zurück.“

Das hat seinerzeit bei der Subsumtion für die – vom BVerfG mit der Formulierung „**nach wie vor**“ **bewusst zeitkontextabhängige – Zuordnung** des Kindergartenwesens zu dem Ergebnis geführt¹⁶:

„Eine einheitliche Zuordnung zum Bereich der öffentlichen Fürsorge im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG ist daher zu bejahen.“

¹¹ BVerfGE 97, 332.

¹² Dazu unten B.III.4.

¹³ BVerfGE 97, 332 (341).

¹⁴ BVerfGE 97, 332 (342).

¹⁵ BVerfGE 97, 332 (342).

¹⁶ BVerfGE 97, 332 (342).

Was bedeutet diese Entscheidung aus dem Frühjahr 1998 zu den seinerzeitigen Kindergartengebühren nun für den Ausbau der Ganztagsbetreuung für Grundschulkindern ab 2026? Mit einem Wort: **Nichts!** Dabei kommt es gar nicht auf die 1998 konkret vorgenommene **Abwägung** an; denn diese ist ausdrücklich und unabhängig von der relativierenden Wendung „nach wie vor“ ausdrücklich **nur** eine **zwischen** den Aufgaben des Kindergartens zur Förderung sozialer Verhaltensweisen und **präventiver Konfliktvermeidung** einerseits und dessen **vorschulischem Bildungsauftrag** andererseits, der an anderer Stelle¹⁷ vom BVerfG nochmals hervorgehoben wird.

Um eine **Abwägung zwischen Schulangelegenheiten** einerseits und **Maßnahmen der Jugendpflege**, definiert als „Entwicklungsschwierigkeiten der Jugendlichen begegnen und Gefährdungen vorbeugen“ **ging es** dabei also **1998 in keiner Weise**. Aus der vom BVerfG seinerzeit vorgenommenen Gleichsetzung der Ziele von Jugendpflege und Kindergartenbetreuung kann also gerade nicht eine weitere Gleichsetzung von Kindergartenbetreuung im Jahre 1998 mit der in § 24 Abs. 4 S. 1 – 3 SGB VIII zu normierenden Ganztagsbetreuung von Grundschulkindern gefolgert werden. Genau das aber tun die Bundesregierung¹⁸ und die Fraktionen von CDU/CSU und SPD¹⁹ in ihren Gesetzentwürfen, wenn sie ausführen:

„So wie das BVerfG den Schwerpunkt des Kindergartenwesens in der fürsorgenden Betreuung mit dem Ziel einer Förderung sozialer Verhaltensweisen und damit der präventiven Konfliktvermeidung sieht, dient auch die weitere fürsorgende Betreuung von Kindern ab der ersten Klassenstufe bis zum Beginn der fünften Klassenstufe diesen Zielen.“

Anders als die Bundesregierung hat das BVerfG seinerzeit durchaus treffend die Notwendigkeit einer **in Alternativen bestehenden Schwerpunktentscheidung** hervorgehoben und dabei als maßgeblich die für das spätere Sozialverhalten der Kinder prägende **„zumeist erste Betreuung außerhalb des Elternhauses“** herausgestellt und insoweit – aber selbstverständlich auch nur insoweit – die fürsorgende Betreuung mit dem Ziel der Förderung sozialer Verhaltensweisen und damit präventiver Konfliktvermeidung höher gewichtet als den **vorschulischen Bildungsauftrag**.

Bei der **Ganztagsbetreuung von Grundschulkindern ab 2026** gelangen dagegen **völlig veränderte Gewichte** auf die Waage bei der vorzunehmenden Notwendigkeit, die Materie dem einen oder dem anderen Kompetenzbereich zuzuweisen. Der Bildungsauftrag ist kein vorschulischer mehr, sondern hat sich bei Grundschulkindern zur verfassungsrechtlich in Art. 7 Abs. 1 GG geprägten Schulpflicht ausgeweitet, während die der Jugendpflege in den Zielen gleichgesetzte **„erste Betreuung außerhalb des Elternhauses“** wegen § 24 Abs. 1 – 3 SGB VIII heute spätestens ab dem ersten Lebensjahr einsetzt, wenn man von der U1-Betreuung einmal absieht.

Dass nach fünfjähriger vorschulischer Betreuung außerhalb des Elternhauses auch für vier weitere Jahre die mit einem Anspruch versehene **Ganztagsbetreuung von Millionen von Grundschulkindern im Schwerpunkt der Begegnung von Entwicklungsschwierigkeiten** der Kinder und damit der **Vorbeugung vor Gefährdungen** dient, **dürfte** selbst in der Bundesregierung und im Deutschen Bundestag **niemand annehmen**. Aber selbst wenn dies so sein sollte, käme es darauf schlicht nicht an, da nach den Darlegungen des BVerfG im Mietendeckel-Beschluss für die Zuordnung des Regelungsgegenstandes zu einer Kompetenzmaterie eine **objektive Auslegung ihres sachlichen Gehalts** und weder die vom Gesetzgeber gewählte Bezeichnung noch die subjektiven Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe maßgeblich sind.

3. BVerfGE 137, 108 (165)

¹⁷ BVerfGE 97, 332 (347).

¹⁸ BR-Drs. 384/21, 10.

¹⁹ BT-Drs. 19/29764, 13.

Eine dritte, im vorliegenden Kontext im Gegensatz zu den beiden vorgenannten Entscheidungen unmittelbar einschlägige Entscheidung ist das Optionskommunen-Urteil des BVerfG vom 7.10.2014²⁰. Dabei hat das BVerfG zwar in Rn. 135 erneut hervorgehoben, dass

„der Begriff der öffentlichen Fürsorge im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht eng auszulegen“

ist, sodann aber unmissverständlich mit Blick auf Art. 70 GG hinzugefügt²¹:

„Bei der Bestimmung der Reichweite der aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG folgenden Gesetzgebungskompetenz ist jedoch **Zurückhaltung geboten**, wenn mit ihr Regelungen gerechtfertigt werden sollen, von denen nach dem Grundgedanken der Art. 70 ff. GG anzunehmen ist, dass der **Regelungsgegenstand** im Wesentlichen oder weitgehend **in der Kompetenz der Länder verbleiben** soll. Das gilt insbesondere mit Blick auf das Kommunalrecht, das nicht nur zum ‘Hausgut’ jener Zuständigkeiten zählen dürfte, das den Ländern unentziehbar verbleiben muss, sondern das der verfassungsändernde Gesetzgeber im Jahr 2006 auch noch abgesichert hat.“

Diese Erwägungen beanspruchen **Geltung** nicht nur für das dort angesprochene Kommunalrecht, sondern **auch und erst recht für die Schulhoheit der Länder**, die nicht nur „ein Kernstück der Eigenstaatlichkeit der Länder“²² darstellt, sondern – wie eingangs bereits hervorgehoben – durch die Erwähnung in Art. 23 Abs. 6 S. 1 GG im Zuge der Föderalismusreform I 2006 ebenso wie das Kommunalrecht ausdrücklich abgesichert worden ist. Das bedeutet, dass für die Materie der öffentlichen Fürsorge, die ohnehin keine allgemeine Bildungskompetenz des Bundes zu begründen vermag²³, diese mit Rücksicht auf die Gesetzgebungskompetenz der Länder gerade auch für das Schulrecht auszulegen und nicht im Wege der Interpretation durch den einfachen Gesetzgeber zu einer Bildungszuständigkeit des Bundes umgeformt werden kann²⁴.

4. Stellungnahme

Bei der Zuordnung der Regelung eines Grundschulern zustehenden Anspruchs auf einen Ganztagsbetreuungsplatz zu einer Gesetzgebungskompetenzmaterie des Bundes oder der Länder ist also zunächst zu diagnostizieren, dass diese Materie – wie bereits bei der Kindergartenbetreuung – sowohl einen bildungsbezogenen als auch einen jugendpflegerischen und damit fürsorgerischen Bezug hat, so dass wegen der vom Grundgesetz gebotenen alternativen Abgrenzung der **Schwerpunkt der konkreten Regelung** nach ihrem objektiven Gehalt zu **ermitteln** ist.

Anders als bei der in Geld bestehenden, Familien in zeitlich auf 16 Monate begrenzten besonderen Belastungssituation durch die Betreuung von Kleinkindern zustehenden Fürsorgeleistung „Betreuungsgeld“ steht beim Ganztagsbetreuungsanspruch für Grundschulkindern das Schulkind mit seinen Bedürfnissen auf Bildung, Erziehung und Betreuung im Zentrum der Regelung. Es geht also bei der **gesetzlichen Regelung** unmittelbar um die seitens des Staates zu fördernde **Entwicklung von Schulkindern** und **nicht** um die **Erbringung geldlicher Fürsorgeleistungen für Erziehungsberechtigte**.

Bezogen auf die Betreuung in Kindergärten ist das BVerfG für seine Abwägung bei der Schwerpunktbildung massiv dafür kritisiert worden, dass es die Förderung sozialer

²⁰ BVerfGE 137, 108 (165).

²¹ BVerfGE 137, 108 (165) Rn. 136.

²² BVerfGE 6, 309 (346 f.); Uhle, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 70 Rn. 115 sowie Art. 74 Rn. 188.

²³ Stein, ZG 2003, 324 (333); Schoch/Wieland, Aufgabenzuständigkeit und Finanzierungsverantwortung verbesserter Kinderbetreuung, 2004, S. 51; Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 74 Rn. 63; Uhle (Fn. 22), Art. 74 GG Rn. 188; Degenhart, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 38; Merten, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 74 Rn. 4 u. 8.

²⁴ Uhle (Fn. 22), Art. 74 GG Rn. 188.

Verhaltensweisen und präventiver Konfliktvermeidung höher gewichtet hat als den vorschulischen Bildungsauftrag²⁵, zumal der **Bund unbestritten** über **keine allgemeine Bildungskompetenz** verfügt²⁶ und die Fürsorgekompetenz nicht im Wege einer Interpretation zu einer Bildungszuständigkeit des Bundes umgeformt werden kann²⁷. In der Sache ist das BVerfG dafür kritisiert worden, dass es bei seiner Entscheidung im Frühjahr 1998 verkannt habe, dass bei der Kindergartenbetreuung **bereits seinerzeit – erst recht aber heute** – eine die elterliche Prägung ergänzende Persönlichkeitsbildung des Kindes, verstanden als dessen Erziehung und Bildung, im Vordergrund gestanden habe, so dass es sich bei der Kindergartenbetreuung **schwerpunktmäßig** um die **Vorhaltung von Angeboten schulischer Bildung**, nicht aber der Sozialhilfe handele²⁸. Allein für die Versorgung sehr junger Kinder in Krippen sei schwerpunktmäßig ein sozialer Bezug anzuerkennen²⁹.

Am treffendsten ist die Kritik an der Entscheidung des BVerfG Anfang 2004 von *Friedrich Schoch* und *Joachim Wieland*⁶⁰ geäußert worden, die aber nicht nur die im zeitbezogenen Kontext zu bewertenden Ausführungen des BVerfG kritisiert, sondern auch in der Zeitperspektive zu treffende Maßnahmen aufgezeigt haben. Sie haben herausgestellt, dass der BayVerfGH³¹ bereits deutlich vor der Befassung des Bundesverfassungsgerichts treffend erkannt habe, dass sich die Einrichtung „Kindergarten“ von einer fürsorgerischen Wohlfahrtseinrichtung zu einer vorschulischen Bildungsstätte entwickelt habe, während die

„unbegründet gebliebenen Behauptungen des BVerfG im Beschluss vom 10.3.1998 verfassungsrechtlich nicht überzeugend“

seien. Perspektivisch haben sie zutreffend darauf hingewiesen, dass den Kommunen bei einem Ausbau der Betreuungseinrichtungen über das Kinder- und Jugendhilferecht ganz erhebliche neue Lasten drohten und offensiv dazu geraten³²,

„es nicht bei den verfassungsrechtlich unbefriedigenden Judikaten zu belassen, sondern eine vertiefte verfassungsgerichtliche Untersuchung und verbindliche Klärung der Verfassungsrechtslage anzustreben“.

Das ist bezogen auf die **vorschulischen** Betreuungsansprüche in § 24 SGB VIII nicht geschehen, was als Versäumnis gewertet werden mag, aber nicht zuletzt auf die diesbezügliche Vorfestlegung durch das BVerfG zurückzuführen ist.

Für die **Ganzbetreuung für Schulkinder** stellen sich aber mit Blick auf den inhaltlichen Schwerpunkt der Betreuung angesichts der unstrittigen ausschließlichen Länderkompetenz für das Schulwesen ganz andere Fragen als im Vorschulbereich. **Selbst wenn** man also die gesetzlich zu normierenden Betreuungsaufgaben **für Kinder „U6“** im **Kinder- und Jugendhilferecht** verortet, weil das Schulrecht seinerseits zwingend erst ab Schuleintritt greift, ist **für Kinder im schulpflichtigen Alter vom Primat des Schulrechts** und **nicht** von einer **Unterordnung des Schulrechts unter das Recht der öffentlichen Fürsorge** auszugehen. Selbstverständlich bleibt aber für jugendpflegerische Maßnahmen neben dem Schulrecht Raum. *Oeter*³³ hat zutreffend formuliert:

„Dass Kinder und Jugendliche als Angehörige einer durch besondere Hilfsbedürftigkeit geprägten Gruppe Gegenstand der öffentlichen Fürsorge sein können, war immer unbestritten.“

²⁵ Hierzu insbesondere *Stein*, ZG 2003, 324 (332 ff.); *Schoch/Wieland* (Fn. 23), S. 54 f.; *Rixen*, NVwZ 2019, 432 (436); *Oeter* (Fn. 23), Art. 74 GG Rn. 63; *Uhle* (Fn. 22), Art. 74 GG Rn. 196.

²⁶ *Stein*, ZG 2003, 324 (333); *Schoch/Wieland* (Fn. 23), S. 51; *Oeter* (Fn. 23), Art. 74 GG Rn. 63; *Uhle* (Fn. 22), Art. 74 GG Rn. 188; *Degenhart* (Fn. 23), Art. 74 GG Rn. 38; *Merten* (Fn. 23), Art. 74 GG Rn. 4 u. 8.

²⁷ *Schoch/Wieland* (Fn. 23), S. 56; *Uhle* (Fn. 22), Art. 74 GG Rn. 188 u. 196.

²⁸ *Uhle* (Fn. 22), Art. 74 GG Rn. 196.

²⁹ *Stein*, ZG 2003, 324 (334).

³⁰ *Schoch/Wieland* (Fn. 23), S. 54.

³¹ BayVerfGH, BayVBl. 1977, 81 (82 ff.).

³² *Schoch/Wieland* (Fn. 23), S. 88.

³³ *Oeter* (Fn. 23), Art. 74 GG Rn. 63.

Es geht aber bei der Begründung eines gesetzlichen Anspruchs auf Ganztagsbetreuung für Grundschul Kinder nicht darum, diesen „Auch-Bezug“ zur Fürsorge zu leugnen, sondern darum, den **inhaltlichen Schwerpunkt der Ganztagsbetreuung für Grundschul Kinder herauszuarbeiten**. Dazu haben gerade, was die Entwicklung von Aufgaben angeht, *Schoch/Wieland*⁶⁴ einen besonders wertvollen Auslegungsbeitrag geleistet, indem sie – losgelöst vom Vorschulbereich – als Basis herausgearbeitet haben, dass das Schulrecht als Landesrecht dem Land umfassende Befugnisse für Kinder im schulpflichtigen Alter gibt, eine Verbesserung der Bildungs-, Erziehungs- und Betreuungsangebote im Rahmen des Schulwesens vorzunehmen. Insoweit seien die Gestaltungskompetenzen des Landes auf der Grundlage der ihnen nach Art. 7 Abs. 1 GG zugewiesenen staatlichen Schulaufsicht beträchtlich. Sie fügen hinzu³⁵:

„Der **rechtliche Rahmen für die Weiterentwicklung der Kinderbetreuung stellt sich im Bereich der Schule deutlich anders dar als für noch nicht schulpflichtige Kinder**. Aus pädagogischer Sicht handelt es sich bei der Betreuung von Schulkindern unabhängig von der jeweils einschlägigen Rechtsgrundlage und der handelnden Stelle um ein **einheitliches Geschehen**. Der ganzheitliche pädagogische Ansatz richtet den Blick auf die Schulkinder, die in den Genuss der Betreuung kommen. Es lässt sich die generelle Aussage treffen, dass jede Vergrößerung des schulischen Angebots zu einer Verringerung des Bedarfs an Kinder- und Jugendhilfe führt.“

Aus diesem treffenden Befund leiten *Schoch/Wieland* **in einer sich verändernden Gemengelage** einen klaren Handlungsauftrag für die **Weiterentwicklung schulischer Angebote** im Verhältnis zur Jugendhilfe ab³⁶:

„Die **Schule** ist zuständig für **Regelangebote**, ihre Aufgabe ist die **Bildung aller Kinder. Kinder- und Jugendhilfe** ist auf den **Ausgleich von Defiziten** ausgerichtet. Wenn ein erheblicher Teil der Schüler und nicht nur Einzelne Defizite aufweisen, wird die frühere Ausnahme zur Regel, das hat Konsequenzen für den Auftrag der Schule.

Gerade das Schulrecht zählt zu den traditionellen Kernkompetenzen der Länder im Bereich der Gesetzgebung. Die Länder sind zuständig, die gesetzliche Grundlage dafür zu schaffen, dass junge Menschen eine ihrer Begabung entsprechende Erziehung und Ausbildung erhalten. Kinder- und Jugendhilferecht bezieht sich nicht auf die allgemeine Bildungsaufgabe des Staates, sondern auf den Ausgleich sozialer Benachteiligungen oder die Überwindung individueller Beeinträchtigungen. Das Jugendhilferecht ist nicht das Recht der Vermittlung allgemeiner schulischer Bildung.

Das Angebot, das durchschnittlich entwickelte junge Menschen zur Realisierung ihres verfassungsrechtlichen Anspruchs auf eine ihrer Begabung entsprechende Erziehung und Ausbildung benötigen, fällt in den Aufgabenbereich der Schule. Erst dort, wo der Bereich des ‚Durchschnittlichen‘ verlassen wird, wo besondere Anstrengungen der öffentlichen Hand geboten sind, setzt Kinder- und Jugendhilfe an. Der **Schule** kommt **Vorrang vor der Kinder- und Jugendhilfe** zu.“

Das gilt insbesondere, wenn es wie beim Ganztagsbetreuungsanspruch um einen von akuten Bedarfslagen losgelösten, flächendeckenden, die deutliche Mehrzahl der Grundschul Kinder erfassenden Ausbau von Ganztags schulplätzen als staatlich neu definierten Anspruch für „Grundschul Kinder, vertreten durch ihre Personensorgeberechtigten“³⁷ geht.

*Schoch/Wieland*⁶⁸ haben bereits 2004 die Entwicklungsdynamik zutreffend erkannt und daraus gefolgert:

³⁴ *Schoch/Wieland* (Fn. 23), S. 94 ff.

³⁵ *Schoch/Wieland* (Fn. 23), S. 187 ff.

³⁶ *Schoch/Wieland* (Fn. 23), S. 190, 203 ff.

³⁷ BT-Drs. 19/29764, 26.

³⁸ *Schoch/Wieland* (Fn. 23), S. 208 ff.

„Die Reichweite der staatlichen Verantwortung für die Gestaltung des Schulwesens ist nicht statisch zu verstehen. Vielmehr **muss** der **Staat dynamisch auf Veränderungen in der gesellschaftlichen Entwicklung reagieren**. Trifft das schulische Erziehungs- und Bildungsangebot in der Lebenswirklichkeit auf feststellbare Veränderung im Verhalten und in den Fähigkeiten, die junge Menschen in die Schule mitbringen, liegt es in der Verantwortung des Staates, die **Angebote der Schule** entsprechend zu **modifizieren**. Nur dann kann er seinem Auftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG gerecht werden. Schule muss so ausgestaltet sein, dass sie ihren Erziehungs- und Bildungsauftrag gegenüber *durchschnittlich* entwickelten jungen Menschen erfüllen kann. Verändern sich die Menschen, muss sich auch die Schule verändern. Das kann dazu führen, dass schulische Angebote intensiviert werden müssen, damit sie dem Entwicklungsstand durchschnittlich entwickelter junger Menschen entsprechen. Setzt dies eine **verstärkte Förderung** voraus, ändert das nichts daran, dass es **weiterhin** eine **Aufgabe der Schule** bleibt. Schule kann sich ihrer Aufgaben nicht entziehen und auf die Kinder- und Jugendhilfe verweisen, solange es um ein Erziehungs- und Bildungsangebot geht, das für durchschnittlich entwickelte junge Menschen angezeigt ist. Das Angebot der Schule erschöpft sich insoweit nicht notwendig im Unterricht, sondern kann auch sonstige Veranstaltungen notwendig machen.“

Umgekehrt kann Schulrecht aber auch nicht durch seine Entwicklung einengendes Kinder- und Jugendhilferecht des Bundes erstickt und verdrängt werden. *Stein*³⁹ hat darüber hinaus deutlich gemacht, dass Angebote, die im Rahmen der Betreuung erfolgen und nicht der *Schulpflicht* unterliegen, nicht automatisch der Bundeskompetenz für die öffentliche Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG unterfallen, da diese Vorschrift impliziert, dass irgendeine Notlage gegeben bzw. zu befürchten sein muss, damit der Bund gesetzgeberisch tätig werden darf.

5. Ergebnis

Unabhängig von der Frage, ob die **Regelungsbefugnis für die Kinderbetreuung noch nicht schulpflichtiger Kinder** trotz des auch hier offensichtlich gegebenen Bildungsbezuges im Schwerpunkt noch der fürsorgerischen Betreuung und damit dem SGB VIII zugeordnet werden kann, ist für die mit einem Anspruch versehene **Ganztagsbetreuung von Grundschulkindern** aufgrund des deutlich überwiegenden Bildungsbezugs eine **andere Gewichtung** hinsichtlich des Schwerpunkts der Regelung vorzunehmen, so dass für die Regelbetreuung gesetzliche Regelungen **nicht mehr** von der **Fürsorgekompetenz** des Art. 74 Abs. 1 S. 7 GG abgedeckt sind. Dies schließt nicht aus, dass der Bund Regelungen, wie für § 24 Abs. 4 S. 5 SGB VIII vorgesehen, trifft, wonach bei individuellem Bedarf ein nach Inhalt und Umfang bedarfsgerechtes Angebot in Tageseinrichtungen vorzuhalten ist.

C. Finanzierung

I. Investitionsaufwand in Höhe von 6,7 Mrd. Euro

So paradox es auf den ersten Blick erscheinen mag: Gerade *weil* es sich beim Ganztagsbetriebsausbau für Grundschulkindern um Investitionen zur Steigerung der Leistungsfähigkeit der kommunalen Bildungsinfrastruktur und nicht etwa zur Steigerung der Leistungsfähigkeit der Jugendpflege handelt, ist die 2017 geschaffene, 2019 erweiterte Kompetenzgrundlage des Art. 104c GG einschlägig, so dass der Bund befugt, nicht aber etwa verpflichtet ist, den Ländern für den Ganztagsbetriebsausbau Investitionshilfen nach Art. 104c GG zu gewähren. Wegen des dortigen Verweises auch auf Art. 104b Abs. 2 S. 5 GG, der nach Art. 125c Abs. 3 GG auf nach dem 31.12.2019 in Kraft getretene Regelungen anzuwenden ist, gilt das für bloße Finanz-„*hilfen*“ implizite Gebot, dass die Mittel des Bundes zusätzlich zu eigenen Mitteln der Länder bereitgestellt werden, seither nach dem Motto: „Doppelt genährt hält besser“ auch ausdrücklich.

³⁹ *Stein*, ZG 2003, 324 (331).

II. Betriebsausgaben, die 2019 mit 4,383 Mrd. Euro jährlich veranschlagt worden sind

Schwieriger ist die Frage der Betriebsausgabentragung für eine Anspruchsbegründung auf Ganzbetreuung für Grundschulkindern zu beantworten. Was die Regelungskompetenz des Bundes für die Anspruchsbegründung angeht, liegt gleich in doppelter Hinsicht der umgekehrte Fall gegenüber dem Bildungspaket, dem Angehörigenentlastungsgesetz, dem Sozialschutzpaket III und digitalen Pflegeanwendungen jeweils im SGB XII vor. Insoweit hat der Bund gleich viermal und damit im Fortsetzungszusammenhang gegen das Aufgabenübertragungsverbot als negative Kompetenzschränke in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG verstoßen; die Regelungskompetenz für die Begründung dieser Ansprüche stand ihm aber nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG unzweifelhaft zu. Beim Ganztagsbetriebsausbau ist es genau umgekehrt: Da § 69 SGB VIII bereits 2008 aufgehoben worden ist, steht Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG einer bundesgesetzlichen Regelung nicht im Weg. Hier fehlt es aber bereits an der Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG, während es beim Betreuungsgeld an der des Weiteren erforderlichen Erfüllung der Erfordernisse des Art. 72 Abs. 2 GG fehlte, zu deren Prüfung man hier wegen Nichtvorliegens von Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG gar nicht erst gelangt.

1. Bundesrechtliche Anspruchsbegründung

Nimmt man **trotz fehlender Bundesgesetzgebungskompetenz** einmal an, dass eine entsprechende **bundesrechtliche Anspruchsbegründung** normiert werden würde, müssten die Länder diese Aufgabe an landesrechtlich zu bestimmende bzw. bereits bestimmte Aufgabenträger übertragen. Das sind in aller Regel die Kreise und kreisfreien Städte. Dies löst in allen Ländern verfassungsrechtlich verankerte vollständige **Mehrbelastungsausgleichspflichten des Landes** sowohl für die Investitions- als auch für die Verwaltungsausgaben bei Beobachtungs- und Anpassungspflicht aus, so dass – wie eingangs bereits hervorgehoben – der Satz in der Gesetzesbegründung der Bundesregierung zutreffend ist:

„Die von den Ländern zu tragenden Kosten entsprechen den Gesamtkosten abzüglich der durch den Bund bereitgestellten Mittel.“

Angesichts der gigantischen dauerhaften Betriebskosten, die mit der neu verankerten Anspruchsrealisierung verbunden sind, und die einen Umfang von bis zu 2 Prozentpunkten des gesamtstaatlichen Umsatzsteueraufkommens erreichen, ist als **finanzverfassungsrechtliche Folge Art. 106 Abs. 4 S. 1 GG** einschlägig. Danach sind die Anteile von Bund und Ländern an der Umsatzsteuer neu festzusetzen, wenn sich das Verhältnis zwischen den Einnahmen und Ausgaben des Bundes und der Länder wesentlich anders entwickelt. Da es sich um eine sich dynamisch entwickelnde Dauerbelastung handelt, ist Art. 106 Abs. 4 S. 2 GG („auf kurzen Zeitraum begrenzt“) nicht einschlägig. Daraus folgt allerdings nicht automatisch, dass die Länder eine Revision des Umsatzsteuerbeteiligungsverhältnisses um volle 2 Prozentpunkte zu ihren Gunsten realisieren können, da auch signifikante Aufgabenentwicklungen beim Bund einzubeziehen wären.

Ganz sicher **nicht hinreichend** ist aber die **Überlassung eines** gerade nicht dynamisch wachsenden **Umsatzsteuerfestbetrages** angesichts dynamisch aufwachsender Personalausgaben aus Tarif- und Stufensteigerungen. Das gilt ganz unabhängig davon, ob dieser Betrag wie ursprünglich vorgeschlagen, unter 400 Mio. Euro jährlich oder – wie nun vorgesehen – bei 960 Mio. Euro p.a. liegt.

2. Landesrechtliche Anspruchs begründung

Wenn die entsprechenden oder vergleichbaren Regelungen zum Ganztagsbetreuungsausbau kompetenzgemäß im jeweiligen Landesrecht getroffen werden, stellt sich die **Finanzierungsfrage zwischen Bund und Ländern nicht anders** als vorstehend beschrieben dar, da es insoweit nicht auf die Gesetzgebungs-, sondern auf die Ausführungsverantwortung ankommt – und die liegt in jeder Konstellation nicht beim Bund, sondern bei den Ländern und ihren Kommunen.

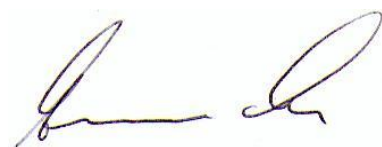
3. Mehrbelastungsausgleich in den Ländern

Zwischen Ländern und Kommunen ergeben sich zwischen Schulrecht einerseits und Kinder- und Jugendhilferecht andererseits allerdings signifikante Unterschiede in der Ausführungszuständigkeit. Während die Kinder- und Jugendhilfeszuständigkeit durchweg bei den Kommunen angesiedelt ist, ist im schulischen Bereich zwischen inneren und äußeren Schulangelegenheiten zu trennen. Während erstere beim Land angesiedelt sind, haben die nach Landesrecht bestimmten Schulträger, das sind für die Grundschulen in Hessen und Thüringen die Landkreise und kreisfreien Städte, in allen anderen Ländern die kreisangehörigen Gemeinden und kreisfreien Städte, die unter die äußeren Schulangelegenheiten fallenden Aufgaben auszuführen und die dafür entstehenden Kosten zu tragen. Sie können insoweit einen Mehrbelastungsausgleich gegenüber ihrem jeweiligen Land geltend machen. Dieser hängt dem Umfang nach weder von der Finanzsituation der Kommunen noch des Landes ab, sondern ist allein an den notwendigen Mehrausgaben für die Aufgabe zu messen.

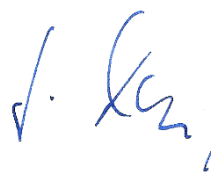
D. Ergebnis

Das heißt, in allen vorgenannten Konstellationen stellt sich **für die Länder die entscheidende Frage: Können wir uns die Realisierung** der Anspruchs begründung **finanziell in diesem Umfang dauerhaft leisten?** Sollte die Antwort nicht ganz sicher „Ja“ lauten, dürfen die Länder entsprechende Ansprüche selbst nicht begründen und schon gar nicht einer kompetenzwidrigen Anspruchs begründung durch den Bundesgesetzgeber, für deren finanzielle Umsetzung die Länder letztlich vollen Umfangs einstehen müssen, im Bundesrat zustimmen.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Hans-Günter Henneke
Geschäftsführendes Präsidialmitglied



Jörg Freese
Beigeordneter für Jugend, Schule,
Kultur und Gesundheit



An die
Vorsitzende des Ausschusses für Familie, Senioren,
Frauen und Jugend
Frau Sabine Zimmermann (MdB)
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Per Mail: familienausschuss@bundestag.de

**Geschäftsführendes
Präsidialmitglied**

Ulrich-von-Hassell-Haus
Lennéstraße 11
10785 Berlin

Tel.: 030 590097-320
Fax: 030 590097-420

E-Mail: Meike.Hinrichs@Landkreistag.de

AZ: I

Datum: 26.5.2021

Anhörung des Ausschusses für Familien, Senioren, Frauen und Jugend am 31.5.2021 zum Entwurf eines Ganztagsförderungsgesetzes

Ergänzende Stellungnahme des Deutschen Landkreistages zu unserer Stellungnahme vom 20.05.2021 (ADrs. 19 [13] 146d) zum Entwurf eines Ganztagsförderungsgesetzes

Sehr geehrte Frau Zimmermann,

aus Anlass der Empfehlungen der Bundesratsausschüsse zum Regierungsentwurf für ein Ganztagsförderungsgesetz (BR-Drs. 384/1/21) nehmen wir ergänzend zu unserer Stellungnahme in ADRs. 19 (13) 146d vom 20.5.2021 wie folgt Stellung:

A. Empfehlungen der Bundesratsausschüsse vom 17.5.2021

Bereits vor der 1. Lesung des Gesetzentwurfs im Deutschen Bundestag haben die Ausschüsse des Bundesrates ihre Empfehlungen¹ zu dem inhaltsgleichen Parallelentwurf der Bundesregierung für einen Ganztagsförderungsgesetz² abgegeben.

I. Versuch, Konnexitätspflicht auszuhebeln

Die Empfehlungen drehen sich weitgehend um die Finanzierungsbeteiligung des Bundes, machen zunächst aber unter Ziffer 5 ganz deutlich, dass die **Länder** trotz der unzweifelhaften neuen Aufgabenbegründung durch den Bundesgesetzgeber ihrerseits **nicht** bzw. zumindest nicht durchweg **gewillt** sind, ihre landesverfassungsrechtlichen **Mehrbelastungsausgleichsregelungen** insoweit **zur Anwendung zu bringen**, führen sie doch mit insoweit nicht zu überbietender Deutlichkeit aus:

„**Um Fragen der Konnexität zu vermeiden**, ist der Gesetzestext so fassen, dass eine weitere landesrechtliche Ausgestaltung nicht zwingend erforderlich ist.“

¹ BR-Drs. 348/1/21.

² BR-Drs. 348/21.

D.h., hiermit bekunden die Länder die Auffassung, dass sie sich bei einer Vollregelung durch den Bund trotz zwingender landesrechtlicher Aufgabenübertragungsnotwendigkeit hinsichtlich der Mehrbelastungsausgleichsverpflichtung gegenüber ihren Kommunen durch schlichtes Unterlassen wegducken können.

Diese Einlassung muss der Bundesgesetzgeber, will er seinem Finanzierungssicherungsversprechen gegenüber den Kommunen im Koalitionsvertrag Rechnung tragen, sehr ernst nehmen und ihr wirksam begegnen.

II. Forderungen nach höherer Umsatzsteuerbeteiligung

Die weiteren **Forderungen** der Bundesratsausschüsse **an den Bund** richten sich schlicht auf eine **höhere Beteiligung der Länder am Umsatzsteueraufkommen** aus Anlass der Regelung des Ganztagsbetreuungsausbau, wobei die Ausschüsse die – realiter kompetenziell nicht gegebene – **Regelungsbefugnis des Bundes deshalb nicht bestreiten**, weil sie **hoffen, gerade dadurch nicht selbst in eine Mehrbelastungsausgleichspflicht** gegenüber ihren Kommunen **zu geraten**, was nicht zu Unrecht seit langem als „kollusives Zusammenwirken von Bund und Ländern zu Lasten Dritter“ entlarvt worden ist.

Dabei fallen die Ausschüsse zunächst in das Lied von der „gesamtgemeinschaftlichen Aufgabe“ ein, indem sie (22) die Forderung nach einem erhöhten Umsatzsteuerfestbetrag mit der „gesamtgemeinschaftlichen Bedeutung“ der „gemeinsamen Aufgabe von Bund, Ländern und Kommunen“ begründen, weshalb

„eine auskömmliche und dauerhafte Beteiligung des Bundes an den laufenden Kosten zwingend geboten“

sei. Hervorgehoben wird weiter (25e), dass „die Einführung eines solchen Rechtsanspruchs davon abhängig sein“ müsse,

„dass die finanziellen Rahmenbedingungen hinsichtlich der Investitions- und **Betriebskosten** geklärt sind sowie eine **auskömmliche und dynamisierte Beteiligung des Bundes** gesichert ist“.

Daher wird hinsichtlich der Betriebskosten (28g) eine

„dynamisierte hälftige Kostenbeteiligung des Bundes an den realistisch geschätzten Gesamtbedarf in Höhe von jährlich 4,5 Mrd. Euro durch die **Erhöhung des Umsatzsteueranteils der Länder**“

gefordert. Die vom Bund in Aussicht gestellten Summen reichten nicht aus, um dem in der Kommission „Gleichwertige Lebensverhältnisse“ gemeinsam formulierten Anspruch gerecht zu werden (30), „dass die Kommunen durch dieses (und andere) Vorhaben des Bundes nicht zusätzlich belastet werden sollen“.

Abgerundet werden die Empfehlungen der Ausschüsse mit der Aussage, die sich spiegelbildlich zur Vermeidung einer Konnexitätspflicht verhält, dass die **Einführung eines Rechtsanspruchs**

„in Anbetracht der angespannten Haushaltslage der Länder ohne eine **verbindliche und dauerhaft verlässliche Finanzierung nicht umsetzbar** sein“

wird, weshalb nachdrücklich eine höhere Beteiligung des Bundes an den Betriebskosten gefordert wird.

B. Die Verfassungslage in Bund und Ländern hinsichtlich der Finanzierungspflicht

Hinsichtlich der **Finanzierungspflicht der Kosten** des Ganztagsförderungsgesetzes ist es bei objektiver Betrachtung so, wie es die Koalitionsfraktionen **in ihrem Gesetzentwurf dargestellt** haben³:

„Die von den Ländern zu tragenden Kosten entsprechen den Gesamtkosten abzüglich der durch den Bund bereitgestellten Mittel.“

Da § 69 SGB VIII bereits 2006 aufgehoben worden ist, steht das Aufgabenübertragungsverbot bundesgesetzlichen Sachregelungen nicht im Weg; dafür fehlt es allerdings – wie bereits ausführlich dargelegt (dazu ADRs. 19 [13] 146d) – dem Bund an der Gesetzgebungskompetenz für eine Regelung, die ihren Schwerpunkt eindeutig nicht in der Jugendpflege hat und damit nicht dem Recht der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG unterfällt. Zu dieser Konstellation hat sich das BVerfG⁴ in seinem Beschluss vom 7.7.2020 bei dem hier zu betonenden ersten Satzteil eindeutig geäußert:

„Soweit seine Gesetzgebungsbefugnisse nach Art. 70 ff. GG reichen, kann der Bund auch weiterhin Aufgaben regeln, deren Durchführung aus anderen Gründen in verfassungskonformer Weise den Kommunen obliegt, und zwar selbst dann, wenn es sich materiell um Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Sinne von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG handelt. In diesem Rahmen kann er bestehende Regelungen ohne Weiteres ändern, erweitern, verbessern oder konzeptionell neu ausrichten, selbst wenn damit Mehrbelastungen für die Kommunen verbunden sein sollten. Bei der Auslegung der Sachkompetenzen ist das Durchgriffsverbot ohne Belang.“

Das bedeutet, dass für die Länder die landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsregelungen zur Anwendung gelangen. Nur in Thüringen ist deren Anwendungsbereich derzeit noch auf die Übertragung staatlicher Aufgaben beschränkt, beim Ausbau der Ganztagsförderung also nicht einschlägig. Für alle anderen Länder gilt mit den Worten des BVerfG⁵:

„Erfolgt die Aufgabenzuweisung hingegen durch den Landesgesetzgeber, greifen die landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsregelungen. Der Sache nach sichert Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG damit die Anwendbarkeit der landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsregelungen auch bei der Vollziehung von Bundesgesetzen durch die Kommunen und schützt auf diese Weise zugleich die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG schlechthin.“

Eine **Zuweisung von Aufgaben an die Kommunen** sollte **nur noch durch die Länder** erfolgen und **hierfür sollten die landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsgebote gelten**. Auf diese Weise sollte **sichergestellt** werden, dass die **Kommunen eine angemessene Erstattung des** mit einer Aufgabenübertragung verbundenen **finanziellen Mehrbedarfs erhalten**.“

*Friedrich Schoch*⁶ hat exakt diese Konstellation bezogen auf das SGB VIII bereits 2018 unmittelbar nach Vorlage des Koalitionsvertrages umfassend bewertet und ist zu folgendem zutreffenden Ergebnis gekommen:

„Die Schaffung eines Rechtsanspruchs auf Ganztagsbetreuung im Grundschulalter lässt sich unschwer als schulrechtliche Angelegenheit in der Gesetzgebungskompetenz der Länder begreifen, doch der Bund will das SGB VIII nutzen, um den Rechtsanspruch zu verwirklichen. Die Pflichtigkeit von Kommunen muss indes das Landesrecht bestimmen (§ 69 Abs. 1 SGB VIII). Die Unterscheidung zwischen (bundesgesetzlicher) Sachregelung und (landesgesetzlicher) Bestimmung des Aufgabenträgers ist deshalb so elementar,

³ BT-Drs. 19/29764, 3.

⁴ BVerfG, DVBl. 1331 (1340) Rn. 63.

⁵ BVerfG, DVBl. 2020, 1331 (1341, 1343) Rn. 67 und 74.

⁶ Schoch, ZG 2018, 97 (104 ff.).

weil sich im Falle einer kostenwirksamen Änderung des Sachrechts die Frage der Finanzierungsverantwortung stellt.⁷

Ist die **Sachaufgabe durch Bundesgesetz** geregelt, kommt die **Konnexitätsbestimmung der** – jeweiligen – **Landesverfassung** zur Anwendung, **wenn Landesrecht** die kommunale **Wahrnehmungszuständigkeit normiert**. Rechtlich **maßgeblich** ist einzig und **allein** die **Aufgabenzuweisung** an Gemeinden und Gemeindeverbände **seitens des Landes**; entscheidend ist der Rechtsakt des Landes (Gesetzgebers), der die kommunale Aufgabenträgerschaft begründet⁸.

Bei der juristischen Bewältigung zeigen einige Landesverfassungsgerichte große Unsicherheiten beim Umgang mit geltendem Verfassungsrecht. So meint der **VerfGH NW**⁹ eine Veränderung bestehender Aufgaben sei nur konnexitätsrelevant, wenn sie durch Landesrecht unmittelbar verursacht werde; das sei bei einer Aufgabenmodifizierung nicht der Fall, wenn sich der Beitrag des Landesgesetzgebers auf eine vorangegangene allgemeine Zuständigkeitszuweisung an die Kommunen beschränke, bei der die in Rede stehende Aufgabenänderung noch nicht absehbar gewesen sei. **Davon steht rein gar nichts in** dem einschlägigen **Art. 78 Abs. 3 LV NRW**; wir haben es vielmehr – ohne normative Basis – mit **frei erfundenen richterlichen Zuschreibungen** zu tun.¹⁰

Gleichsinnig behauptet der **VerfGH RhPf**¹¹, die Konnexitätsregelung der Landesverfassung setze voraus, dass das **Land** die den Kommunen entstehenden **Kosten verursacht** habe; das sei bei einer Veränderung kommunaler Aufgaben durch Bundesrecht nicht der Fall. **Davon weiß** der insoweit maßgebliche **Art. 49 Abs. 5 LV RhPf** ebenfalls nichts.¹²

Schoch folgert daraus zutreffend¹³, dass wir es hier mit einer **unzulässigen Vermischung der Sachregelungsbefugnis des Bundes einerseits und** der allein konnexitätsrelevanten **Aufgabenzuweisung(snorm) des Landes andererseits** zu tun haben:

„Der **für** das **Konnexitätsprinzip relevante Rechtsakt** ist **ausschließlich** die **Aufgabenzuweisung**, die die Pflichtigkeit der Kommunen begründet¹⁴. Dadurch entlastet sich das Land von seiner grundgesetzlichen Aufgaben- und Finanzierungsverantwortung (Art. 83, 84 Abs. 1 sowie 104a Abs. 1 und 5 GG) und bürdet diese, was dem Bund verwehrt ist (Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG), unter Rückgriff auf das Landesverfassungsrecht den Kommunen auf¹⁵.

Die vom VerfGH RhPf nicht erkannte Ursächlichkeit ist sogar notwendigerweise erfüllt: Indem das **Land** durch ein normativ **verbindlichen Zuweisungsakt** den **veränderten Aufgabenbestand** den Kommunen **zuweist, haben diese** die **Wahrnehmungspflicht**. Folgerichtig ist ein **Anwendungsfall des Konnexitätsprinzips** gegeben, **wenn** den Kommunen bundesgesetzlich normierte Sachaufgaben, die an sich an die Landesverwaltung adressiert sind, **seitens des Landes zugewiesen** werden. Denn ob die Sachaufgaben bundesgesetzlich oder landesgesetzlich normiert sind, ist nach dem unmissverständlichen Wortlaut der Konnexitätsbestimmungen (sowie deren Sinn und Zweck: Schutzfunktion zugunsten der Kommunen) unbeachtlich. Auch bei der **Veränderung bestehender Aufgaben** kommt es für die **Anwendbarkeit des**

⁷ Schoch, ZG 2018, 97 (104).

⁸ Schoch, ZG 2018, 97 (105).

⁹ VerfGH NW, DVBl. 2015, 171.

¹⁰ Schoch, ZG 2018, 97 (106 f.).

¹¹ VerfGH RhPf, DVBl. 2015, 1581.

¹² Schoch, ZG 2018, 97 (107).

¹³ Schoch, ZG 2018, 97 (107 f.).

¹⁴ VfG Bbg, NVwZ-RR 2009, 185 (186), SaarlVerfGH, Beschluss vom 8.10.2013 – Lv 16/12, Rn. 24 und Rn. 32.

¹⁵ VfG Bbg, KommJur 2017, 450 (453).

Konnexitätsprinzips nicht darauf an, ob es sich bei der betreffenden **Sachmaterie** um **Bundesrecht** oder um **Landesrecht** handelt. Wortlaut, Systematik und Funktion der landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen zum Konnexitätsprinzip stellen **allein** auf den (**landesrechtlichen**) **Übertragungsakt** ab und **nicht** auf das **materielle Recht**.

Die **allgemeinen Aufgabenzuweisungsnormen des Landesrechts** wirken **dynamisch**. Damit werden **bundesgesetzliche Änderungen** des **Sachrechts landesgesetzlich rezipiert** und **auf die kommunale Ebene 'durchgereicht'**. Jede **Sachaufgabe** als solche wie auch **jede ihrer Veränderungen** wird **nur durch** ein **Normativakt des Landes** zur **kommunalen Verwaltungsaufgabe**. **Ändert** der **Bund** das **materielle Recht**, **verpflichtet** einzig und **allein** der **Rechtsanwendungsbefehl des Landes** die **Kommune**, als Aufgabenträger das **veränderte Sachrecht auszuführen**. Deshalb ist die **Veränderung materiellen Bundesrechts** selbstverständlich ein **Anwendungsfall des Konnexitätsprinzips**, wenn und weil kraft Landesrechts die Aufgabenmodifizierung auf die Kommunen durchschlägt. Die Regelungstechnik der landesrechtlichen Inpflichtnahme der Kommunen ist irrelevant. Ob das Land eine statische Aufgabenzuweisung an die Kommunen vornimmt und bei jeder Änderung des Sachrechts nachsteuert oder mit einer allgemeinen und dynamisch wirkenden Aufgabenzuweisungsnorm operiert, ist ohne Bedeutung für das Konnexitätsprinzip. Aktualisiert eine generalklauselartige Aufgabenzuweisungsnorm des Landes bei bundesgesetzlicher Änderung des materiellen Rechts die Aufgabenwahrnehmungskompetenz der Kommunen stets neu, kann es nicht darauf ankommen, was für den Landesgesetzgeber 'absehbar' ist.

Seit der Verankerung des Durchgriffsverbots für den Bund auf die kommunale Ebene **weiß jeder Landesgesetzgeber**, dass **Änderungen im materiellen Recht des Bundes** gerade wegen der allgemeinen Zuweisung einer Materie (Kinder- und Jugendhilferecht) an die Kommunen **auf diese durchschlagen**. Deshalb hat das VfG Bbg für den Fall einer Änderung von Bundesrecht zutreffend erkannt¹⁶, dass die **generelle Bestimmung von Landkreisen und kreisfreien Städten zu örtlichen Trägern** der Kinder- und Jugendhilfe als eine **bewusste Entscheidung** bewertet werden muss, **mit der die Aufgabenübertragung** auf die Landkreise und kreisfreien Städte **erneut vom Willen des Landesgesetzgebers umfasst** wurde.“

Das Fazit von *Schoch* lautet daher zutreffend¹⁷:

„Das politische Motto: 'Wer bestellt, bezahlt' steht in Widerspruch zu Art. 104a Abs. 1 und 5 GG. Der Bund macht den Kommunen Versprechungen, die er nicht einlösen kann. In Bezug auf **Aufgabenübertragungen** sind die **Kommunen** de iure **durch Landesverfassungsrecht angemessen geschützt**, vorausgesetzt, die Verschränkungen mit der Bundesverfassung werden erkannt, richtig analysiert und verfassungsgemäß gehandhabt. Unter dem Eindruck des Koalitionsvertrages 2018 könnte das Credo aus kommunaler Sicht lauten: Nie war die Föderalismusreform I wichtiger als heute!“

(Nur) wenn es gelänge, alle Flächenländer (mit Ausnahme Thüringens) dazu zu bewegen, ohne landesverfassungsgerichtliche Auseinandersetzungen ihre eigene Mehrbelastungsausgleichsverpflichtung aufgrund der von ihnen jeweils vorgenommenen kommunalen Aufgabenträgerbestimmung bei bundesgesetzlichen Änderungen des Sachrechts anzuerkennen, wäre hinsichtlich der verlässlichen Umsetzung der Ziele der Föderalismusreform I und der Finanzierung der Ganztagsförderungsgesetze viel gewonnen.

C. Einschränkung der Verfassungsinterpretation in einzelnen Ländern

Dass dies jedoch nicht sicher gewährleistet ist, zeigt ein Blick auf die Länder Bayern, Saarland, Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen.

I. Bayern

¹⁶ VfG Bbg, DVBl. 2013, 852 (853).

¹⁷ *Schoch*, ZG 2018, 97 (110).

In Bayern ist das strikte Konnexitätsprinzip 2003 und damit zu einem Zeitpunkt eingeführt worden, als die Möglichkeit bundesunmittelbarer Aufgabenübertragungen auf Kommunen, für die es unstrittig keine Anwendung findet, noch bestand. In der Gesetzesbegründung¹⁸ heißt es zunächst zutreffend:

„Die Geltung des Konnexitätsprinzips setzt voraus, dass die Kosten durch eine Entscheidung des Freistaats Bayern verursacht werden (Verursacherprinzip).“

Diese Voraussetzungen sind bei nach 2006 im SGB VIII getroffenen Sachregelungen des Bundesgesetzgebers erfüllt, da dadurch die veränderten Aufgaben nur durch eine landesrechtliche Zuständigkeitsübertragung in die Ausführungsverantwortung der bayerischen Kommunen gelangen können. Dieser Erkenntnis, die nach den klaren Darlegungen des BVerfG vom 7.7.2020 auch und gerade dann zutrifft,

„wenn es sich materiell um Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft i.S.v. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG handelt“,

wird zwar im Wortlaut des Art. 83 Abs. 3 BV Rechnung getragen, nicht aber in der Gesetzesbegründung, wenn es dort heißt:¹⁹

„Keine Kostenverursachung durch den Freistaat liegt vor, wenn Inhalt und Umfang der gemeindlichen Aufgaben durch Bundesrecht bestimmt werden oder wenn durch Landesrecht lediglich bundesrechtliche Vorgaben umgesetzt werden und dabei kein eigener Gestaltungsspielraum des Landes verbleibt, der eine Rücksichtnahme auf die bei den Gemeinden entstehenden Kosten ermöglicht.“

D.h.: Nach dieser Gesetzesbegründung läuft bei jeder bundesrechtlichen Begründung eines Rechtsanspruchs in einer Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft das bayerische Konnexitätsprinzip trotz der vorzunehmenden bzw. vorgenommenen Aufgabenübertragung seitens des Landesgesetzgebers leer, es sei denn, dem Land kommt hinsichtlich einzelner Elemente ein eigener Gestaltungsspielraum zu. Diese in der Sache falsche, aber seit Geltung der Regelung ab 1.1.2004 durchgängig seitens der Staatsregierung vertretenen Rechtsauffassung bildet den Hintergrund für die Empfehlung der Bundesrats-Ausschüsse, den im Gesetzentwurf der Bundesregierung und parallel dazu auch im Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen vorgesehenen Satz:

„Landesrecht kann eine Schließzeit der Einrichtung im Umfang von bis zu vier Wochen im Jahr während der Schulferien regeln“

durch den Satz:

„Der Rechtsanspruch erstreckt sich auch auf die Schulferien bei einer Schließzeit von bis zu vier Wochen“

zu ersetzen.

*Ferdinand Wollenschläger*²⁰ kommentiert dies wie folgt:

„Mangels bundesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzips besteht insoweit auch kein Ausgleichsanspruch auf Bundesebene. In dieser Differenzierung nach dem Verursacher der Mehrbelastung liegt kein Gleichheitsverstoß. Das gilt auch bei zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Konnexitätsprinzips bestehenden (nicht aber: später erlassenen) landesrechtlichen Zuständigkeitsbestimmungen, wenn das hierauf bezogene Bundesrecht später verschärft wird. Bei einer konnexitätsrelevanten Verschärfung einer

¹⁸ BayLT-Drs. 14/12011, 6.

¹⁹ BayLT-Drs. 14/12011, 6.

²⁰ *Wollenschläger* in *Meder/Brechmann* (Hrsg.), *Die Verfassung des Freistaats Bayern*, 6. Aufl. 2020, Art. 83 Rn. 67 f.

bundesrechtlichen Aufgabenzuweisung auf Landesebene ist entsprechend dem auf Landesebene verursachten Kostenanteil zu quoteln.“

Die einzige Entscheidung des **BayVerfGH** zur Neuregelung des Art. 83 Abs. 3 BV²¹ ist vom Sachverhalt her nicht einschlägig, da sie sich auf die bundesunmittelbare Aufgabenübertragung in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II bezieht, die noch vor der Föderalismusreform I erfolgt ist. Nur insoweit hat der BayVerfGH zutreffend festgestellt:

„Dass der Gesetzgeber die Zuständigkeit der Landkreise, kreisfreien Städte und Bezirke in seinen Willen aufgenommen hat, ist für sich allein nach Sinn und Zweck des Verursacherprinzips nicht ausreichend, weil dies zur Umsetzung auf Landesebene zwingend erforderlich war und hierdurch keine selbstständige Ursache für die Kostenbelastung gesetzt wurde.“

Bezogen auf die seinerzeit zu beurteilende bundesunmittelbare Aufgabenzuweisung hat der BayVerfGH sodann zutreffend hinzugefügt:

„Mit Wirkung vom 1.9.2006 ist diese Möglichkeit durch den in Art. 84 Abs. 1 GG neu aufgenommenen Satz 7 nunmehr ausgeschlossen.“

Diese **Rechtsprechung gilt** mithin **nicht mehr für das AGSG vom 8.12.2006**²² mit der in Art. 15 vorgenommenen landesrechtlichen Bestimmung der Landkreise und kreisfreien Städte zu örtlichen Trägern der Jugendhilfe. Dennoch fehlt es an einem klaren Bekenntnis der Landesregierung zur Anwendbarkeit der Mehrbelastungsausgleichspflicht bei bundesrechtlich modifizierten Aufgaben im SGB VIII.

II. Saarland

Im Saarland ist mit Verfassungsänderung vom 13.7.2016²³ in Art. 120 SaarlVerf ebenfalls ein sich auf alle öffentlichen Aufgaben beziehendes striktes Konnexitätsprinzip eingeführt worden, das später mit Gesetz 1903 vom 9.11.2016 hinsichtlich der wesentlichen Belastung, ihrer Pauschalierung und ihrer nachträglichen Anpassung durch ein Konnexitätsausführungsgesetz konkretisiert worden ist. In § 2 Abs. 1 S. 2 Konnex-AG wird der **Geltungsbereich des strikten Konnexitätsprinzips** in der Saarländischen Verfassung **einfachgesetzlich** wie folgt **eingeschränkt**:

„Auf bundesrechtliche Veränderungen einer bereits den Gemeinden oder Gemeindeverbänden übertragenen Aufgabe findet das Konnexitätsprinzip nur insoweit Anwendung, als dem Land zur Umsetzung ein **eigener Gestaltungsspielraum** bleibt und dieser **genutzt** wird.“

Dass eine solche **einfachgesetzliche Einschränkung** des Anwendungsbereichs **einer Verfassungsbestimmung offensichtlich verfassungswidrig** ist, ist bereits früh ausführlich dargelegt worden²⁴. Das hat das Saarländische Innenministerium allerdings nicht gehindert, unter dem 28.9.2018 hinsichtlich des Geltungsbereichs des strikten Konnexitätsprinzips für die hier einschlägige Konstellation auszuführen:

„Wenn Bundesrecht den Inhalt oder Umfang der vor dem 9.9.2016 bereits übertragenen gemeindlichen Aufgaben ändern, kommt es darauf an, ob dem Land ein eigener Gestaltungsspielraum verbleibt und dieser genutzt wird. **Konnexitätsrelevant** ist eine Regelung **nur** dann, **wenn** dem **Land** die **Möglichkeit eröffnet** wird, auf die **Wahrnehmung der Aufgabe einzuwirken** und davon tatsächlich Gebrauch gemacht wird. Nur in diesem Fall beruht eine damit einhergehende Belastung entsprechend dem Verursachungsprinzip auf einer positiven oder negativen Maßnahme des

²¹ BayVerfGH, BayVerfGHE 60, 184.

²² GVBl., 942.

²³ ABl., 710.

²⁴ Henneke, Der Landkreis 2016, 391 m.w.N.

Landesgesetzgebers. **Hat das Land keinen** eigenen **Gestaltungsspielraum**, wird **keine Konnexität** ausgelöst, weil es an der landesrechtlichen Verursachung fehlt. Denn der **Bund bestimmt** den **Inhalt und** den **Umfang** der gemeindlichen **Aufgaben**, ohne dass das Land darauf einwirken kann.“

Der für die Anwendung der Mehrbelastungsausgleichspflicht relevante Unterschied zwischen Sachregelung einerseits und Zuständigkeitsbestimmung, die in jedem Falle durch das Land erfolgt, **wird schlicht ignoriert**.

III. Rheinland-Pfalz

In Rheinland-Pfalz ist die Rechtslage dagegen auf verfassungsrechtlicher wie auf einfachgesetzlicher Ebene eindeutig. In Art. 49 Abs. 5 LV RhPf heißt es:

„Überträgt das Land den Gemeinden oder Gemeindeverbänden die Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder stellt es besondere Anforderungen an die Erfüllung bestehender oder neuer Aufgaben, hat es gleichzeitig Bestimmungen über die Deckung der Kosten zu treffen ...“

§ 1 Abs. 1 Konnex-AG vom 2.3.2006 fächert dies nur auf in „staatliche Aufgaben und Selbstverwaltungsaufgaben“, um als nach der Schaffung des Aufgabenübertragungsverbots in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG seit 1.9.2006 nicht mehr relevante Ausnahme davon in Abs. 2 zu normieren:

„Wenn aufgrund bundesrechtlicher Regelungen eine Aufgabe oder Finanzierungspflicht unmittelbar den Gemeinden oder Gemeindeverbänden übertragen wird, findet das Konnexitätsprinzip nur insoweit Anwendung, als dem Land zur Umsetzung ein eigener Gestaltungsspielraum bleibt und dieser genutzt wird.“

Die vordergründig scheinbar bestehende Parallele zum Saarland ist keine, da sich die saarländische Regelung auf die bundesrechtliche Sachregelung, die rheinland-pfälzische Bestimmung dagegen auf die seinerzeit noch für wenige Monate mögliche bundesrechtliche Zuständigkeitsbestimmung bezieht, die aber seit nunmehr bereits 15 Jahren nicht mehr möglich ist.

Hier hat der **VerfGH RhPf**²⁵ allerdings in Fehlinterpretation des Art. 49 Abs. 5 LV RhPf die **Kommunen schutzlos gestellt**, indem er ausgeführt hat, dass die Aufgabenübertragung auf eine Entscheidung des Landes zurückgehen muss, was mit der vom Land getroffenen Zuständigkeitsbestimmung ja fraglos der Fall ist. Das wird vom VerfGH RhPf allerdings mit der Auslegung weginterpretiert:

„Das ist bei einer Aufgaben**veränderung** durch Bundesrecht nicht der Fall, wenn sich der Beitrag des Landesgesetzgebers auf eine mehrere Jahre zuvor erlassene allgemeine Zuständigkeitszuweisung an die Kommunen beschränkt.“

Der VerfGH RhPf stellt damit fälschlich statt auf die Zuständigkeitsbestimmung durch das Land auf die materiell-rechtliche Aufgabenveränderung durch den Bund ab und behauptet in völligem Gegensatz zum Beschluss des BVerfG vom 7.7.2020:

„Das Konnexitätsprinzip nach Art. 49 Abs. 5 LV RhPf greift gerade nicht, wenn gemeindliche Aufgaben letztlich nicht durch Landes-, sondern durch Bundesrecht **bestimmt** werden.“,

wobei die **Bestimmung** allein in der – bundesrechtlich zulässigen – **Aufgabenveränderung**, **nicht** aber in der **landesrechtlich** darüber hinaus **notwendigen** kommunalen **Zuständigkeitsbegründung** gesehen wird.

²⁵ VerfGH RhPf DVBl. 2015, 1581.

IV. Nordrhein-Westfalen

Am komplexesten stellt sich die Rechtslage und ihre Handhabung in Nordrhein-Westfalen zwischen verfassungsrechtlicher Einfügung eines strikten Konnexitätsprinzips, gleichzeitig erlassenen Konnexitätsausführungsgesetz, (wechselnder) verfassungsrechtlicher Rechtsprechung und anschließender Befassung in einer Verfassungskommission bei nachfolgender ausführlicher Kommentierung dar.

Die Verankerung des Konnexitätsprinzips in Nordrhein-Westfalen findet sich ausgesprochen wortreich in Art. 78 Abs. 3 LV NW. Im am 22.6.2004, also gut zwei Jahre vor Inkrafttreten der Föderalismusreform I, zeitgleich erlassenen Konnexitätsausführungsgesetz (Konnex-AG) heißt es in § 2 Abs. 1 S. 2:

„Wenn aufgrund bundesrechtlicher Regelungen eine Aufgabe unmittelbar den Gemeinden oder Gemeindeverbänden übertragen wird, findet das Konnexitätsprinzip nur insoweit Anwendung, als dem Land zur Umsetzung ein eigener Gestaltungsspielraum bleibt und dieser genutzt wird“.

Es handelt sich also um eine Regelung, der § 1 Abs. 2 Konnex-AG RhPf knapp 2 Jahre später erkennbar nachgebildet wurde.

Im Verhältnis der einfachgesetzlichen Regelungen kommunaler Zuständigkeiten zueinander besteht in **Nordrhein-Westfalen** die Besonderheit, dass das Land infolge der Aufhebung der bundesrechtlichen Aufgabenträgerbestimmung in § 69 SGB VIII im November 2008 im **Dezember 2008** erstmals eine eigene **landesrechtliche Zuständigkeitsbestimmung für die Aufgaben nach dem SGB VIII schaffen** musste. Auf eine nachfolgende aufgabenerweiternde Sachgesetzänderung des SGB VIII durch den Bund im Juli 2012 reagierte das Land demgegenüber schlicht nicht, sodass sich die Frage stellt, ob sich die in Nordrhein-Westfalen im Dezember 2008 getroffene Zuständigkeitsbestimmung dynamisch auf anschließend erfolgende bundesgesetzliche Änderungen erstreckt oder jeweils neue Zuständigkeitsbegründungen vorgenommen werden müssen, die zu regeln der Landesgesetzgeber in Nordrhein-Westfalen unterlassen hat.

Der VerfGH NW²⁶ hat insoweit die Auffassung vertreten, dass sich bei einer Veränderung bestehender Aufgaben das Landesgesetz gerade auf die Aufgabenveränderung beziehen müsse:

„Das ist bei einer **Aufgabenveränderung durch Bundesrecht nicht** der Fall, wenn sich der Beitrag des Landes auf eine **Jahre zuvor erlassene allgemeine Zuständigkeitszuweisung** an die Kommunen beschränkt“

und

„**nur** der Fall, **wenn** sich dies bereits bei Erlass der landesgesetzlichen Zuständigkeitszuweisung **im Blickfeld des Landesgesetzgebers** befunden hat.“

Die **Wirkung des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG** bewertet der VerfGH NW²⁷ im Gegensatz zum Beschluss des BVerfG vom 7.7.2020 minimierend wie folgt:

„Dieser beabsichtigte **Schutz läuft** in Sachbereichen, für deren materiell-rechtliche Ausgestaltung der Bundesgesetzgeber zuständig ist, derzeit **weitgehend leer**, wenn die Finanzierungsverantwortung des Landes bei späteren bundesrechtlichen Erweiterungen landesgesetzlich übertragener Aufgaben nicht mehr greift. Dies gilt umso mehr, als der Landesgesetzgeber insoweit die Möglichkeit hat, durch besonders weit gefasste

²⁶ VerfGH NW, DVBl. 2015, 171 (174 f.) Rn. 74 und 83.

²⁷ VerfGH NW, DVBl. 2015, 171 (175) Rn. 81.

Zuständigkeitsnormen Ausgleichspflichten aufgrund späterer Aufgabenerweiterungen oder sogar neuer Aufgaben weitgehend zu minimieren.“

2019 ist in dem vom Vizepräsidenten des VerfGH NW und einem Mitarbeiter des nordrhein-westfälischen Innenministeriums herausgegebenen Kommentar zur LV NW die Kommentierung zum Mehrbelastungsausgleich ganz erheblich ausgeweitet worden²⁸ und erstreckt sich nunmehr auf 26 Seiten. Dort wird zunächst²⁹ wiedergegeben, dass die Umgestaltung einer kommunalen Aufgabe durch Bundesrecht keine Konnexitätspflichten des Landes auslösen soll. Art. 78 Abs. 3 S. 2 LV NW sei kein allgemeines Verursacherprinzip³⁰. Das **Land** soll **nur** die „**Kosten für eine selbst angeordnete Anhebung des Aufgabenprofils**“ tragen³¹.

Die vom landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzip normierte Situation erfasse **nur** die **Einkleidung eines materiellen staatlichen Gesetzgebungsverfahrens auf Landesebene**, sodass eine bereits bestehende Zuständigkeitsnorm nicht zum Anknüpfungspunkt einer kommunalen Verfassungsbeschwerde werden könne³²,

„selbst wenn diese im Zuge einer bundesrechtlichen Umgestaltung der Aufgabe selbst den Kommunen erweiterte oder wesentliche veränderte Aufgaben vermittelt. Entgegen einer verbreiteten Literaturauffassung sieht der VerfGH jedenfalls bei bundesrechtlichen Umgestaltungen einer Aufgabe ein bloßes Unterlassen des Landesgesetzgebers grundsätzlich nicht als konnexitätsrelevanten Verursachungsbeitrag an, der einen Verstoß gegen Art. 78 Abs. 3 begründen könnte.“

Genau um diese Frage geht es aber angesichts des jüngsten Beschlusses des BVerfG zu Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG bei der in Rede stehenden bundesrechtlichen Schaffung eines Rechtsanspruchs auf Ganztagsförderung für Kinder im Grundschulalter.

Der **VerfGH NW** hat die Schließung der von ihm **behaupteten Schutzlücke** gegenüber dem verfassungsändernden nordrhein-westfälischen Gesetzgeber mit den Worten angeregt³³:

„Die zwischenzeitlich geänderten bundesverfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen könnten **für den verfassungsändernden Gesetzgeber** allerdings **Anlass** bieten, eine Einbeziehung der vorliegenden Fallgestaltung in die Konnexitätsregelung im Rahmen der **Fortentwicklung des landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzips** zu erwägen.“

Die just zum Zeitpunkt der Entscheidung zeitgleich tagende Verfassungskommission NW hat sich denn auch mit der Thematik befasst und in ihrem Bericht vom 27.4.2016³⁴ dargelegt, dass sie sich insoweit auf keinen Vorschlag habe verständigen können; schließlich habe Nordrhein-Westfalen im Ländervergleich wohl die elaborierteste und auch kommunalfreundlichste Regelung³⁵. Auf einen solchen Befund muss man erstmal kommen! Zur Anregung im Urteil des VerfGH NW wurde knapp ausgeführt³⁶:

„Weitgehendes **Einvernehmen zwischen den Fraktionen** bestand darin, dass **kein Handlungsbedarf** besteht. Zwar hat der VerfGH diesbezüglich jüngst in einer Entscheidung das **Vorliegen einer Schutzlücke** konstatiert, jedoch ist **nicht ersichtlich, dass diese Schutzlücke** durch eine Detailregelung gerade für dieses Problem **geschlossen werden müsste**.“

²⁸ Dazu ausf.: Henneke, Der Landkreis 2020, 429.

²⁹ Durner in Heusch/Schönenbroicher, LV NW, 2. Aufl. 2019, Art. 78 Rn. 95 u. 101.

³⁰ Durner (Fn. 29), Art. 78 Abs. 3 LV NW, Rn. 103 u. 106.

³¹ Durner (Fn. 29), Art. 78 Abs. 3 LV NW, Rn. 110.

³² Durner (Fn. 29), Art. 78 Abs. 3 LV NW, Rn. 101.

³³ VerfGH NW, DVBl. 2015, 171 (175) Rn. 82.

³⁴ LT-Drs. 16/12400.

³⁵ LT-Drs. 16/12400, 94.

³⁶ LT-Drs. 16/12400, 95.

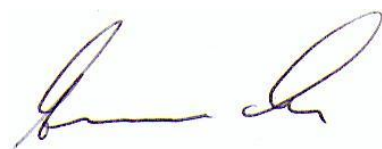
D.h. im Ergebnis, dass die Fraktionen im Landtag von Nordrhein-Westfalen einvernehmlich der Auffassung sind, dass die Kommunen in Nordrhein-Westfalen, die seit vielen Jahren den mit Abstand höchsten Kassenkreditbestand aufweisen, die Dauerlasten auch aus der Einführung eines bundesrechtlich geregelten Ganztagsförderungsgesetzes dauerhaft selbst zu tragen haben, sofern ihnen nicht das Land freiwillig Hilfen zuteilwerden lässt.

D. Fazit

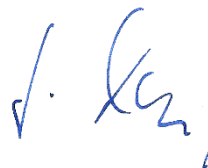
Vor diesem Hintergrund muss sich der **Deutsche Bundestag seiner Verantwortung** dafür stellen, wenn es durch die **von ihm normierte Verankerung** eines Rechtsanspruchs auf Ganztagsbetreuung für Grundschulkinder **im SGB VIII** statt im Schulrecht jedenfalls in mehreren Ländern zu **nicht zu bewältigenden Finanzierungsfolgen** für die örtlichen Träger der Kinder- und Jugendhilfe kommen wird, obwohl im Koalitionsvertrag der die Bundesregierung tragenden Fraktionen in Tz. 1149 – 1162 das Versprechen abgegeben worden ist:

„Um diesen Rechtsanspruch zu verwirklichen, bedarf es konkreter rechtlicher, finanzieller und zeitlicher Umsetzungsschritte, die wir in einer Vereinbarung von Bund und Ländern unter Einbeziehung der kommunalen Spitzenverbände festlegen werden. Dabei wird der **Bund sicherstellen, dass** insbesondere der **laufenden Kostenbelastung der Kommunen Rechnung getragen** wird.“

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Hans-Günter Henneke
Geschäftsführendes Präsidialmitglied



Jörg Freese
Beigeordneter für Jugend, Schule,
Kultur und Gesundheit