

# Kommunale Zuständigkeiten im Bereich der allgemein bildenden Schulen und der vorschulischen Kinderbetreuung – Anmerkung zu BVerfGE 138, 1 ff. und BVerfG, Urteil vom 21. 11.2017, 2 BvR 2177/16

Pia Lange

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hatte sich in jüngerer Vergangenheit gleich zweimal damit auseinander zu setzen, ob und inwieweit Aufgaben aus dem Bildungsbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG unterfallen und damit die Gemeinden ggf. vor einem Entzug dieser Aufgaben geschützt sind. In einem Beschluss aus dem Jahr 2014<sup>1</sup> erklärte das Gericht eine Norm des Schulgesetzes des Freistaates Sachsen für mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG unvereinbar und nichtig, soweit darin die Schulnetzplanung für die Grund- und Hauptschulen von den Gemeinden auf die Kreise übertragen und eine Beteiligung der kreisangehörigen Gemeinden als Schulträger daran nur noch in Form des „ins Benehmen setzen“ vorgesehen war. In seiner Entscheidung machte das Gericht deutlich, dass jedenfalls der Bereich der Grund- und Hauptschulen zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zählt und damit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG unterfällt.

In einem jüngst ergangenen Urteil vom 21. November 2017<sup>2</sup> entschied derselbe Senat in einer Art Erst-Recht-Schluss, dass auch der Bereich der vorschulischen Kinderbetreuung (Kindertagesstätten) den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zuzurechnen ist. Damit setzte das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechungslinie zur kommunalen Selbstverwaltung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG konsequent fort, auch wenn die der zweiten Entscheidung zugrundeliegenden Kommunalverfassungsbeschwerden mehrerer Gemeinden gegen die Änderung des Kinderförderungsgesetzes Sachsen-Anhalts im Ergebnis keinen Erfolg hatten. Mit den beiden begrüßenswerten Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht die Rolle der Gemeinden im Bildungsbereich gestärkt, ohne dabei die Ausgestaltungsmöglichkeiten des Landesgesetzgebers zu stark einzuschränken. Im Folgenden wird zunächst der Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG kurz vorgestellt (1.), bevor die in den Entscheidungen jeweils in Rede stehenden Aufgabenübertragungen (2.) sowie die Bewertung des Bundesverfassungsgerichts (3.) im Einzelnen kritisch beleuchtet werden.

## 1 Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG

Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG schützt neben dem Bestand der Gemeinden als selbständige Verwaltungseinheit<sup>3</sup> das Recht, „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu re-

1 BVerfGE 138, 1 ff.

2 Urteil des BVerfG vom 21. November 2017, 2 BvR 2177/16 –, juris.

3 Dreier, H., in: ders. (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 2, 3. Auflage, Tübingen 2015, Art. 28, Rn. 91; Schmidt-Abemann, E., in: FS 50 Jahre BVerfG, Tübingen 2001, Bd. 2, S. 804 (813 ff.).

geln“. Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG sichert den staatsorganisationsrechtlich den Ländern zugehörigen Gemeinden damit einen eigenständigen Aufgabenbestand, der grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfasst, sowie das Recht zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung dieser Aufgaben im Rahmen der Gesetze. Die Norm enthält somit ein verfassungsrechtliches Aufgabenverteilungsprinzip hinsichtlich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zugunsten der Gemeinden, welches der zuständigkeitsverteilende Gesetzgeber zu beachten hat.<sup>4</sup> Dieses Prinzip umfasst zum einen ein „Zugriffsrecht“ der Gemeinden, sich allen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ohne einen gesonderten Kompetenztitel anzunehmen, soweit diese nicht bereits durch Gesetz einem anderen Verwaltungsträger übertragen sind (Grundsatz der Universalität des Wirkungskreises oder Allzuständigkeit der Gemeinden).<sup>5</sup> Zum anderen schützt es sie davor, dass ihnen diese Aufgaben wieder entzogen werden.<sup>6</sup> Das Aufgabenverteilungsprinzip des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG garantiert den Gemeinden auch bzw. gerade gegenüber den Landkreisen einen eigenständigen Aufgabenbereich.<sup>7</sup>

Entscheidend für die Frage, ob eine Aufgabe Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG unterfällt, ist das Merkmal der „örtlichen Gemeinschaft“, welches an die Raumbezogenheit der öffentlichen Aufgabe anknüpft. Nach einer gängigen Definition des Bundesverfassungsgerichts sind Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft „diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und –wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen“.<sup>8</sup> Mit dieser Definition wird jedoch weder ein für allemal feststehender Aufgabenkreis beschrieben, noch kann sie für alle Gemeinden, unabhängig von ihrer Einwohnerzahl und flächenmäßigen Struktur und Ausdehnung, gleich sein.<sup>9</sup> Eine gewisse Orientierung an der jeweiligen Gemeindegröße ist insoweit möglich und auch notwendig.<sup>10</sup> Allerdings soll es nicht darauf ankommen, ob die Verwaltungskraft der konkreten Gemeinde für die Bewältigung der Aufgabe tatsächlich ausreicht. Entscheidend ist vielmehr, ob bei einer typisierenden Betrachtung die gemeindliche Wahrnehmung der Aufgabe als sachangemessen und für die spezifischen Interessen der Einwohner förderlich erscheint.<sup>11</sup> Ein wichtiger Anhaltspunkt für den Ortsbezug ist darüber hinaus, ob die Aufgabe aufgrund der geschichtlichen Entwicklung und den verschiedenen historischen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung für das Bild der typischen Gemeinde charakteristisch ist.<sup>12</sup> Mehr als einen Anhaltspunkt für den Ortsbezug bildet das historische Erscheinungsbild einer Gemeinde jedoch nicht. Denn wie bereits erwähnt, bilden die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft keinen ein für allemal feststehenden Aufgabenkreis.<sup>13</sup> Vielmehr können sich die örtlichen Bezüge einer Angelegenheit mit ihren sozialen, wirtschaftlichen oder technischen Rahmenbedin-

4 Grundlegend BVerfGE 79, 127 (147 ff.) – Rastede. Eine Übertragung von Aufgaben auf einen anderen Verwaltungsträger kommt allerdings nur innerhalb der Grenzen des Ausgestaltungsvorbehalts des Gesetzgebers in Betracht.

5 BVerfGE 1, 167 (175); 21, 117 (128 f.); 52, 95 (118); 56, 298 (312); Dreier (Anm. 3), Art. 28, Rn. 101.

6 BVerfGE 79, 127 (147 ff.). Darüber hinaus schützt das Aufgabenverteilungsprinzip die Gemeinden auch vor Aufgabenübertragungen. In Bezug auf den Bund ergibt sich dies schon aus Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG.

7 Vgl. BVerfGE 79, 127 (150 ff.); 107, 1 (12); 110, 370 (399 ff.); 137, 108 (156 f.).

8 BVerfGE 79, 127 (151 f.); 83, 363 (382); 110, 370 (400).

9 BVerfGE 79, 127 (152); 107, 1 (12).

10 BVerfGE 79, 127 (153 f.).

11 BVerfGE 79, 127 (153 ff.).

12 BVerfGE 83, 363 (381); 91, 228 (238); 125, 141 (167).

13 BVerfGE 107, 1 (12).

gungen wandeln.<sup>14</sup> Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG sichert den Gemeinden somit weder den Status quo im Sinne eines einmal erreichten Aufgabenbestands<sup>15</sup> noch ist ausgeschlossen, dass zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft andere, neue Aufgaben hinzutreten.<sup>16</sup>

Die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind den Gemeinden jedoch nicht grenzenlos, sondern lediglich „im Rahmen der Gesetze“ zugewiesen. Dem Gesetzgeber kommt daher im Hinblick auf die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG eine Ausgestaltungsbefugnis zu. Diese Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers bezieht sich auf alle Ebenen des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, das heißt sowohl auf die Aufgabenzuweisungs- als auch auf die Eigenverantwortlichkeitsgarantie.<sup>17</sup> Auch der Gesetzgeber wiederum darf seine Ausgestaltungsbefugnis indes nicht gänzlich frei ausüben. Vielmehr sind ihm aufgrund des Wesens der kommunalen Selbstverwaltung als institutionelle Garantie – ähnlich wie im Bereich der Grundrechtsdogmatik – bestimmte Grenzen gesetzt, um der grundgesetzlichen Entscheidung für eine dezentral organisierte und bürgerschaftlich getragene Verwaltung Rechnung zu tragen.<sup>18</sup> So findet der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zunächst eine (äußerste) Grenze im unantastbaren Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie. Ausgestaltungen im Kernbereich des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG sind generell unzulässig.<sup>19</sup> Die genaue Bestimmung dieses Kernbereichs ist allerdings äußerst schwierig.<sup>20</sup> Jedenfalls handelt es sich im Hinblick auf die Aufgabengarantie nicht um einen gegenständlichen, festumrissenen Aufgabenkatalog.<sup>21</sup> Der unantastbare Kernbereich der Aufgabengarantie wäre aber etwa dann berührt, wenn gesetzliche Regelungen zu einer derartigen Aushöhlung oder Erstickung der Selbstverwaltung führen, dass die Gemeinde die Möglichkeiten zu einer kraftvoller Betätigung verliert und nur noch ein Scheindasein führt.<sup>22</sup> Mit Blick auf das Eigenverantwortlichkeitsprinzip unterfällt jedenfalls der jeweilige Grundbestand der sogenannten Gemeindehoheiten (Personalhoheit, Organisationshoheit, Finanzhoheit, Planungshoheit sowie der Rechtssetzungs- bzw. Satzungshoheit) dem Kernbereich.<sup>23</sup>

Wichtiger für die Gemeinden in der kommunalen Praxis ist jedoch die Frage, ob es auch außerhalb des Kernbereichs Begrenzungen für die Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers bzw. – aus Sicht der Gemeinden – einen verfassungsrechtlichen Schutz gegenüber den Zugriffen des Staates gibt. Einen derartigen Schutz bejaht das Bundesverfassungsgericht seit der bekannten Rastede-Entscheidung in ständiger Rechtsprechung,<sup>24</sup> wobei es sich bei der Prüfung, ob und inwieweit ein gesetzgeberischer Zugriff die kommunale Selbstverwaltungsgarantie unzulässig beschränkt, der Sache nach und mittlerweile auch terminologisch weitgehend den Strukturen einer Grundrechtsprüfung angenähert hat. So greift es insbesondere auf den Grundsatz der Ver-

14 VerfGH NRW, Beschluss vom 13. Januar 2004, VerfGH 16/02, DÖV 2004, S. 662 (663); *Burgi, M.*, Kommunalrecht, 2. Auflage, München 2012, S. 54. Siehe auch *Tettinger, P.J./Schwarz, K.-A.*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Auflage München 2010, Art. 28 Rn. 168.

15 BVerfGE 78, 331 (340).

16 BVerfGE 38, 258 (279); 52, 95 (117); 125, 141 (167 f.).

17 BVerfGE 79, 127 (143 f.); *Geis, M.-E.*, Kommunalrecht, 4. Auflage, München 2016, § 6 Rn 7.

18 BVerfGE 1, 167 (175 f.); 110, 370 (400).

19 Ständige Rspr. seit BVerfGE 1, 167 (175); 17, 172 (182); 22, 180 (205); 23, 353 (365 f.).

20 BVerfGE 79, 127 (146); 107, 1 (12).

21 Ständige Rspr. seit BVerfGE 23, 353 (365 f.).

22 BVerfGE 1, 167 (174 f.); 22, 180 (204 f.); 23, 353 (367); 38, 258 (279).

23 Siehe zu den Gemeindehoheiten im Einzelnen *Dreier* (Anm. 3), Art. 28, Rn. 120 ff.

24 Seit BVerfGE 79, 127 ff.

hältnismäßigkeit zurück.<sup>25</sup> Als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips findet dieser insoweit auch im Bereich des Staatsorganisationsrechts Anwendung, wo Träger öffentlicher Gewalt mit Rechten gegenüber dem Staat ausgestattet sind, wie es bei den Gemeinden durch die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG der Fall ist.<sup>26</sup> Gesetzliche Regelungen, welche einen Aufgabenbezug begründen sind daher zunächst daraufhin zu untersuchen, ob die in Rede stehende Aufgabe den „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ zuzurechnen ist und sich der vollständige oder teilweise Entzug der Aufgabe daher als Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie darstellt. Sofern ein Eingriff in den Gewährleistungsgehalt des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG vorliegt, stellt sich anschließend die Frage, ob dieser Eingriff einem legitimen Zweck dient und diesen legitimen Zweck mit geeigneten, erforderlichen und angemessenen Mitteln verfolgt und sich daher rechtfertigen lässt. Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist dabei umso enger und die verfassungsrechtliche Kontrolle umso intensiver, je mehr die Selbstverwaltungsgarantie als Folge der gesetzlichen Regelung an Substanz verliert.<sup>27</sup> Oder umgekehrt ausgedrückt, je schwerwiegender der Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ist, desto strengerem Rechtfertigungsanforderungen unterliegt er. Staatliche Eingriffe in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie sind somit generell rechtfertigungsbedürftig, mit Ausnahme von Eingriffen in den sog. Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie aber auch rechtfertigungsfähig.

## 2 Inhalt der gesetzlichen Neuregelungen bzw. Gesetzesänderungen

Bevor nun eine Überprüfung anhand dieser in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung herausgearbeiteten Maßstäbe vorgenommen werden kann, ist es notwendig, sich zunächst den Inhalt der jeweils in Rede stehenden gesetzlichen Regelungen anzusehen, welche den Aufgabenentzug begründeten. Beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu den kommunalen Zuständigkeiten im Bildungsbereich lagen insoweit gesetzliche Neuregelungen bzw. Gesetzesänderungen des jeweiligen Landesgesetzgebers zugrunde, welche zu einer Zuständigkeitsverlagerung von vormals durch die Gemeinden ausgeübten Aufgaben auf die kreisfreien Städte und Landkreise geführt haben.

### 2.1 Entscheidung zur Schulnetzplanung

Die erste Entscheidung aus dem Jahr 2014 betraf die Zuständigkeit für die Schulnetzplanung im Land Sachsen. Mit dem neu eingefügten § 23 a Abs. 1 des Schulgesetzes (SchulG)<sup>28</sup> über-

25 Während das BVerfG in der Rastede-Entscheidung den Begriff der Verhältnismäßigkeit noch tunlichst vermieden hat, wird er neuerdings vom Gericht für die Prüfung des Art. 28 GG verwandt. Seit BVerfGE 103, 332 (366 f.).

26 BVerfGE 103, 332 (367); 119, 331 (363); 125, 141 (167).

27 BVerfGE 79, 127 (154).

28 Schulgesetz für den Freistaat Sachsen in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Juli 2004 (Sächsisches GVBl S. 298), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes zur Regelung des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungszustellungsrechts für den Freistaat Sachsen und zur Änderung anderer Gesetze vom 19. Mai 2010 (Sächsisches GVBl S. 142). Die Einführung des § 23 a SchulG erfolgte mit Artikel 6 des Gesetzes über Maßnahmen zur Sicherung der öffentlichen Haushalte 2001 und 2002 im Freistaat Sachsen (Haushaltsbegleitgesetz 2001 und 2002) und zur Änderung der Vorläufigen Haushaltsordnung des Freistaates Sachsen vom 14. Dezember 2000 (Sächsisches GVBl S. 513).

trug das Land die Schulnetzplanung für alle Schulformen auf die Landkreise und kreisfreien Städte. Gegenstand der Schulnetzplanung sollte die Ausweisung der Schulstandorte und des mittel- und langfristigen Schulbedarfs sein, welche zukünftig durch die kreisfreien Städte und Landkreise für ihr jeweiliges Gebiet „im Benehmen“ mit den kreisangehörigen Gemeinden vorgenommen werden sollte.<sup>29</sup> Bislang waren die kreisangehörigen Gemeinden für die Schulstandortplanung in ihrem jeweiligen Gebiet zuständig. Als Träger der allgemein bildenden Schulen sind sie gemäß § 21 Abs. 2 SchulG berechtigt und verpflichtet, öffentliche Schulen einzurichten und fortzuführen, wenn dafür ein öffentliches Bedürfnis besteht. Das öffentliche Bedürfnis richtet sich in erster Linie nach einer im Schulgesetz bestimmten Mindestschülerzahl für jede Schulart.<sup>30</sup>

Die Aufgabe Schulnetzpläne aufzustellen, war hingegen vormals im Schulgesetz des Freistaates Sachsen nicht explizit aufgeführt. Die Gemeinden hatten in der Vergangenheit überwiegend keine Schulnetzpläne aufgestellt und zudem – nach Auffassung des Landesgesetzgebers – nur zögerlich davon Gebrauch gemacht, Schulstandorte aufgrund zu geringer Schülerzahlen und damit trotz eines entfallenen öffentlichen Bedürfnisses zu schließen. Dies habe ein häufiges Eingreifen der obersten Schulaufsichtsbehörde erforderlich gemacht.<sup>31</sup> Es hätte sich daher gezeigt, dass die kreisangehörigen Gemeinden zu einer regional abgestimmten Schulstandortplanung überwiegend nicht in der Lage seien.<sup>32</sup> Durch die Einfügung des § 23 a SchulG sollten daher die Landkreise und kreisfreien Städte ausdrücklich dazu verpflichtet werden, Schulnetzpläne für ihr Gebiet aufzustellen, um der demographischen Entwicklung im Freistaat Sachsen, welche schon seit dem Jahr 1992 durch massiv zurückgehende Schülerzahlen gekennzeichnet sei, Rechnung zu tragen.<sup>33</sup> Durch die Schulnetzpläne sollte insoweit „die planerische Grundlage für ein alle Bildungsgänge umfassendes, regional ausgeglichenes und unter zumutbaren Bedingungen erreichbares Bildungsangebot“ geschaffen werden.<sup>34</sup> Träger der allgemein bildenden Schulen blieben indes gemäß § 22 Abs. 1 SchulG weiterhin grundsätzlich die Gemeinden.

Eine kreisangehörige sächsische Gemeinde sah sich durch die mit dem § 23 a SchulG vorgenommene Zuweisung der Schulnetzplanung auf die Kreisebene in ihrem Recht auf kommunale Selbstverwaltung verletzt. Das Recht auf kommunale Selbstverwaltung beinhaltet das Recht, Träger der allgemein bildenden Schulen zu sein. Die Schulträgerschaft liege zwar auch weiterhin bei den kreisangehörigen Gemeinden, sie werde jedoch dadurch beeinträchtigt, dass § 23 a SchulG die Schulnetzplanung auf die Landkreise übertrage. Die Schulnetzplanung auf Grundlage des § 23 a SchulG bedeute eine verbindliche Festlegung der Schulstandorte durch die Kreise. Damit werde es den Gemeinden faktisch unmöglich gemacht, ihrer Schulträgerschaft nachzukommen. Die in § 23 a Abs. 3 SchulG vorgesehene Benehmensherstellung mit den Gemeinden sei insoweit nicht ausreichend, um eine wirkungsvolle Mitwirkung der Gemeinden als Schulträger sicherzustellen. § 23 a Abs. 1 und 3 SchulG verletze daher – jedenfalls soweit die Grund- und Mittelschulen betroffen sind – Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG.<sup>35</sup>

29 § 23 a Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 SchulG.

30 § 4 a SchulG.

31 Begründung des Gesetzesentwurfs, LT-Drs. Sachsen 3/2401, S. 84.

32 Begründung des Gesetzesentwurfs, LT-Drs. Sachsen 3/2401, S. 84.

33 Begründung des Gesetzesentwurfs, LT-Drs. Sachsen 3/2401, S. 84.

34 § 23 a Abs. 1 Satz 2 SchulG.

35 BVerfGE 138, 1 (6 ff.).

## 2.2 Entscheidung zur vorschulischen Kinderbetreuung

Die jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts betraf den Bereich der vorschulischen Kinderbetreuung (Kindertagesstätten) in Sachsen-Anhalt. Dem Verfahren lagen die Kommunalverfassungsbeschwerden acht kreisangehöriger Gemeinden zugrunde, welche sich gegen die Übertragung der Leistungsverpflichtung zur Bereitstellung von Betreuungsplätzen in Tageseinrichtungen von den Gemeinden auf die Landkreise und kreisfreien Städte wandten.<sup>36</sup>

Zwar waren die Landkreise und kreisfreien Städte als örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe vor dem Jahr 2003 bereits schon einmal Verpflichtete des landesrechtlich normierten Anspruchs auf Kinderbetreuung. Seit dem Erlass des Kinderförderungsgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt (KiFöG LSA) vom 5. März 2003<sup>37</sup> bis zum Jahr 2013 – somit für einen Zeitraum von zehn Jahren – hatten indes die Gemeinden die Aufgabe inne, Betreuungsplätze bereit zu stellen. Gemäß § 3 Abs. 3 KiFöG LSA waren sie Verpflichtete des Betreuungsanspruchs. Ihnen oblag ferner gemäß § 9 Abs. 3 KiFöG LSA die Unterstützung der Träger von Tageseinrichtungen etwa durch die Vergabe von Zuwendungen, die Bereitstellung von Räumen oder die Hilfe bei der Beschaffung von Grundstücken. Darüber hinaus nahmen die Gemeinden in Sachsen-Anhalt mit der Erfüllung dieser gesetzlich zugewiesenen Verpflichtungen zusammenhängende Planungs- und Koordinierungsaufgaben wahr, wie etwa die Erarbeitung einer Bedarfsanalyse und Bedarfsplanung für die Betreuungsplätze, die Erstellung und Fortschreibung einer Leitplanung sowie die Vermittlung von Plätzen an die Leistungsberechtigten.<sup>38</sup>

Mit dem „Gesetz zur Änderung des Kinderförderungsgesetzes und anderer Gesetze vom 23. Januar“<sup>39</sup> 2013 ordnete der Gesetzgeber das Kinderbetreuungsrecht in Sachsen-Anhalt neu. Unter anderem verlagerte der Landesgesetzgeber durch die Neuregelung die Leistungsverpflichtung zur Bereitstellung von Betreuungsplätzen in Tageseinrichtungen auf die Landkreise und kreisfreien Städte als örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Gemäß dem neu gefassten § 3 Abs. 4 KiFöG LSA waren ab Inkrafttreten der Neuregelung am 1. August 2013 die „örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe, in dessen Gebiet das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat“ Verpflichtete des Betreuungsanspruchs.

Mit dieser Änderung des Kinderförderungsgesetzes Sachsen-Anhalts zeitgleich einher ging auf Bundesebene die Einführung des Rechtsanspruchs auf einen Betreuungsplatz für ein- bis dreijährige Kinder.<sup>40</sup> Nach der geänderten Fassung des § 24 SGB VIII sind Kinder bedarfsgerecht in einer Tageseinrichtung oder einer Kindertagespflege zu fördern. Während es sich dabei in Bezug auf Kinder unter einem Jahr und schulpflichtige Kinder um eine objektiv-rechtliche

36 Zu der interessanten prozessrechtlichen, hier allerdings zu vernachlässigenden Fragestellung, ob die Kommunalverfassungsbeschwerden der Gemeinden gegen die landesrechtlichen Regelungen des KiFöG LSA trotz der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b GG, § 91 Satz 2 BVerfGG angeordneten Subsidiarität der Bundes- gegenüber der Landesverfassungsgerichtsbarkeit zulässig waren, siehe Urteil des BVerfG vom 21. November 2017, 2 BvR 2177/16 –, juris, Rn. 44 ff.

37 Gesetz zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege des Landes Sachsen-Anhalt vom 5. März 2003 GVBI LSA, S. 48 ff.

38 BVerfG, Urteil vom 21. November 2017, 2 BvR 2177/16 –, juris, Rn. 16.

39 GVBI LSA, S. 38 ff.

40 Siehe dazu ausführlich Pottmeyer, M., Der Rechtsanspruch auf Frühförderung in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege, RdJB 2014, S. 69 ff. Für dreijährige Kinder bis zum Schuleintritt bestand gemäß § 24 Abs. 3 SGB VIII schon seit dem Jahr 2008 ein solcher Betreuungsanspruch.

Pflicht handelt,<sup>41</sup> begründet die Norm nach seinem eindeutigen Wortlaut für ein- bis zweijährige Kinder sowie für dreijährige Kinder bis zum Schulreintritt<sup>42</sup> einen Rechtsanspruch.<sup>43</sup> Dieser Rechtsanspruch richtet sich gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2, § 85 Abs. 1 SGB VIII gegen den örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Wer örtlicher Träger der öffentlichen Jugendhilfe ist, bestimmt sich nach dem jeweiligen Landesrecht. In Sachsen-Anhalt sind dies gemäß § 1 des Kinder- und Jugendhilfegesetzes des Landes (KJHG LSA)<sup>44</sup> die Landkreise und kreisfreien Städte. Die nähere Regelung von Inhalt und Umfang des in § 24 SGB VIII normierten Betreuungsanspruchs ist ebenfalls dem Landesrecht überlassen (§ 26 Satz 1 SGB VIII). Die bundesgesetzliche Regelung schließt es dabei nicht aus, dass im Landesrecht weitergehende Betreuungsansprüche vorgesehen sind (§ 24 Abs. 6 SGB VIII), wie es im Kinderförderungsgesetz Sachsen-Anhalt teilweise der Fall ist.

Die betroffenen Gemeinden sahen sich durch die Übertragung der Verpflichtung zur Erfüllung des Kinderbetreuungsanspruchs auf die kreisfreien Städte und Landkreise und den Entzug der damit typischerweise zusammenhängenden Aufgaben – wie etwa die von den Gemeinden geleistete Unterstützung der Träger von Tageseinrichtungen nach § 9 Abs. 3 KiFöG LSA sowie die von den Gemeinden ausgeübten Planungs- und Koordinierungsaufgaben – in ihrem Recht auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verletzt.<sup>45</sup>

### **3 Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie als Grenze der Aufgabenverlagerung von Bildungsaufgaben**

In beiden Fällen ging es im Kern um die Frage, ob und inwieweit die durch das Landesrecht vorgenommenen Aufgabenübertragungen im Bildungsbereich den Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verletzen. Entsprechend den oben dargestellten verfassungsrechtlichen Maßstäben würde die kommunale Selbstverwaltungsgarantie die Ausgestaltungsbefugnis des jeweiligen Landesgesetzgebers jedoch nur dann begrenzen, wenn die jeweils in Rede stehenden Aufgaben als Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft dem Gewährleistungsgehalt des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG unterfielen (3.1.) und die jeweils vorgenommene Aufgabenübertragung einen nicht zu rechtfertigen Eingriff darin darstellen würde (3.2.).

#### **3.1 Bildungsaufgaben als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft**

In der Entscheidung aus dem Jahr 2014 stellte sich daher zunächst die Frage, ob die Schulträgerschaft an den allgemein bildenden Schulen als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft anzusehen war und damit dem Gewährleistungsgehalt des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG unterfiel. Jedenfalls hinsichtlich der Trägerschaft von Schulen, die ausschließlich der Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht dienen (Grund- und Hauptschulen), die früher regelmäßig als „Volksschulen“ organisiert waren, bejahte das Bundesverfassungsgericht diese Frage.<sup>46</sup> Zu diesem über-

41 Siehe § 24 Abs. 1 und Abs. 4 SGB VIII.

42 § 24 Abs. 2 und 3 SGB VIII.

43 Pottmeyer (Anm. 40), S. 70.

44 GVBI LSA 2000, S. 236 ff.

45 BVerfG, Urteil vom 21. November 2017, 2 BvR 2177/16 –, juris, Rn. 14 ff.

46 BVerfGE 138, 1 (23-28).

zeugenden Ergebnis gelangte das Gericht unter Heranziehung der oben genannten Definition des Begriffs der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“. Die Schulträgerschaft, welche sich auf alle äußereren Schulangelegenheiten, wie die räumlich-sächlichen Voraussetzungen der Beschulung einschließlich Errichtung, Änderung und Aufhebung von Schulen, deren Verwaltung sowie Beschaffung und Bereitstellung von Lernmitteln bezieht,<sup>47</sup> zählt insoweit zum historisch gewachsenen Aufgabenbestand der Gemeinden.<sup>48</sup> Schon das Allgemeine Preußische Landrecht von 1794 wies die Unterhaltung der Schulgebäude und der Lehrer der gemeindlichen Schulen den Einwohnern der Gemeinde zu.<sup>49</sup> Die Aufgabe ist somit aufgrund der geschichtlichen Entwicklung für das Bild der Gemeinde charakteristisch,<sup>50</sup> auch wenn dies – wie oben dargelegt – nur als Indiz für den Ortsbezug dienen kann. Da die grundsätzlich für alle Kinder vorgeschriebene Schulpflicht jedenfalls den Besuch der Grund- und Hauptschule verlangt, zählen Grund- und Hauptschulen jedoch auch zu denjenigen Bedürfnissen und Interessen, welche in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln und auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindeeinwohnern als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen.<sup>51</sup> Diese Zuordnung der Schulträgerschaft von Grund- und Hauptschulen zu den Gemeinden wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass manche Gemeinden nicht mehr über ein ausreichendes Schüleraufkommen für eine eigene Grund- oder Hauptschule verfügen. Wie oben bereits erwähnt, ist die Verwaltungskraft der konkreten Gemeinde für den Umfang und die Reichweite des Gewährleistungsgehalts des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gerade nicht entscheidend.<sup>52</sup> Maßgeblich ist vielmehr, ob bei einer typisierenden Betrachtung die gemeindliche Wahrnehmung der Aufgabe als sachangemessen und für die spezifischen Interessen der Einwohner förderlich erscheint.<sup>53</sup> Soweit die Größe einer Gemeinde nicht ausreicht, um die mit der Schulträgerschaft einer Grund- und Hauptschule verbundenen Aufgaben wahrzunehmen, gewährleistet Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG den Kommunen zudem das Recht, diese Aufgabe in kommunaler Zusammenarbeit zu erfüllen, bevor der Staat sie an sich zieht.<sup>54</sup> Auch der vorgebrachte Einwand der sächsischen Landesregierung, dass es in Sachsen keine eigenständigen Hauptschulen mehr gibt, welche neben den Grundschulen in heutiger Terminologie noch dem in Art. 7 Abs. 5 GG verwendeten Begriff der Volksschule unterfallen würden, verfing nicht. Vielmehr können schulorganisatorische Entscheidungen einzelner Länder die Hauptschule „mit anderen Schularten, insbesondere mit der Realschule zu einer Mittel-, Regel-, Regional- oder Oberschule oder einer ähnlich bezeichneten Schulförm“ zusammenlegen richtigerweise weder die in Art. 7 Abs. 5 GG getroffene Wertentscheidung für eine grundsätzlich alle Schüler umfassende Volksschule noch die verfassungsrechtliche Rolle der Gemeinden als Schulträger beseitigen.<sup>55</sup>

Diese hinsichtlich der gemeindlichen Zuständigkeiten im Bildungsbereich eingeschlagene Linie setzte das Bundesverfassungsgericht in seiner jüngsten Entscheidung vom 21. November

<sup>47</sup> Brosius-Gersdorf, F., GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Auflage, Auflage, Tübingen 2013, Art. 7 Rn. 48.

<sup>48</sup> BVerfGE 138, 1 (23).

<sup>49</sup> Brosius-Gersdorf (Anm. 47), Art. 7 Rn. 52; Ennuschat, J., Die Organisation der öffentlich-rechtlichen Schule, Die Verwaltung 45 (2012), S. 331 (332 ff.).

<sup>50</sup> BVerfGE 83, 363 (381); 91, 228 (238).

<sup>51</sup> BVerfGE 138, 1 (24).

<sup>52</sup> BVerfGE 79, 127 (153 f.).

<sup>53</sup> BVerfGE 83, 363 (381); 91, 228 (238), 125, 141 (167).

<sup>54</sup> So bereits BVerfGE 26, 228 (239). Siehe auch Brosius-Gersdorf (Anm. 47), Art. 7 Rn. 53.

<sup>55</sup> BVerfGE 138, 1 (27).

2017 konsequent fort und ordnete die vormals gemäß § 3 Abs. 3 KiFöG LSA den Gemeinden übertragende Erfüllung des Anspruchs auf Kinderbetreuung sowie alle damit typischerweise zusammenhängenden Aufgaben – wie etwa die von den Gemeinden geleistete Unterstützung der Träger von Tageseinrichtungen nach § 9 Abs. 3 KiFöG LSA sowie die von den Gemeinden ausgeübten Planungs- und Koordinierungsaufgaben ebenfalls den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu.<sup>56</sup> Die von den Gemeinden wahrgenommenen Aufgaben ordnete es insoweit teilweise als durch Gesetz zugewiesene „pflichtige Selbstaufgaben“ des eigenen Wirkungskreises sowie teilweise als Aufgaben ein, welche die Gemeinden aufgrund der ihnen aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zukommenden Allzuständigkeit wahrgenommen haben.<sup>57</sup> Dass es sich bei allen genannten Aufgaben um solche der örtlichen Gemeinschaft handelt, hat das Gericht wiederum anhand der oben genannten gängigen Definition sowie aus einem Vergleich zu der gemeindlichen Schulträgerschaft an Grund- und Hauptschulen gewonnen: Auch die wohnortnahe Bereitstellung von Kinderbetreuungsplätzen und die damit zusammenhängenden Verwaltungsaufgaben zählen insoweit zu denjenigen Bedürfnissen und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben. Das Bedürfnis an Betreuungseinrichtungen für ihre nicht schulpflichtigen Kinder ist den Gemeindeeinwohnern gemeinsam, weil es das Zusammenleben und –wohnen der Gemeinde betrifft.<sup>58</sup> Die Gewährleistungsverpflichtung für die Kinderbetreuung hat somit einen örtlichen Bezug. Dieses Ergebnis bestätigt auch ein vom Bundesverfassungsgericht vorgenommener Vergleich mit der Schulträgerschaft der Gemeinden für Grund- und Hauptschulen: „Hat bereits das Bildungsangebot für schulpflichtige Kinder einen spezifisch örtlichen Bezug, muss dies erst recht für Kinder im Vorschulalter gelten, da deren Mobilität noch eingeschränkter ist und die Verwirklichung der insoweit bestehenden Ansprüche und Pflichten noch stärker vom Wohnort der Eltern abhängen.“<sup>59</sup>

Der Umstand, dass die Leistungsverpflichtung für die Bereitstellung der Betreuungsplätze den Gemeinden erst im Jahr 2003 auferlegt wurde und insoweit in den Gemeinden Sachsen-Anhalts nicht auf historische Vorläufer zurückblicken kann, ändert nichts an diesem Befund. Denn wie bereits erwähnt, bildet das historische Erscheinungsbild einer Gemeinde nur einen, ggf. hinreichenden Anhaltspunkt für den Ortsbezug.<sup>60</sup> Es handelt sich jedoch nicht um ein notwendiges Kriterium. Die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft bilden vielmehr gerade keinen ein für allemal feststehenden Aufgabenkreis, sondern unterliegen bedingt durch die sich wandelnden sozialen, wirtschaftlichen oder technischen Rahmenbedingungen, zeitlichen Veränderungen.<sup>61</sup> Diese notwendige Entwicklungsoffenheit des Begriffs der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft hatte das Bundesverfassungsgericht – trotz seines starken Rekurses auf die gewachsene Tradition der Schulträgerschaft der Gemeinden für Grund- und Hauptschulen – auch schon in der vorangegangenen Entscheidung betont.<sup>62</sup> Dementsprechend können auch neue Aufgaben mit örtlichem Bezug auftreten, welche keine historischen Vorläufer kennen.<sup>63</sup> Diese überzeugende Einordnung der in Rede stehenden Aufgaben als Angelegenheiten der ört-

56 BVerfG, Urteil vom 21. November 2017, 2 BvR 2177/16 – juris, Rn. 90 ff.

57 BVerfG, Urteil vom 21. November 2017, 2 BvR 2177/16 – juris, Rn. 105 sowie Rn. 110.

58 BVerfG, Urteil vom 21. November 2017, 2 BvR 2177/16 – juris, Rn. 112.

59 BVerfG, Urteil vom 21. November 2017, 2 BvR 2177/16 – juris, Rn. 116.

60 Mehde, V., in: Maunz/Dürig, GG, Lfg. 67 November 2012, Art. 28 Abs. 2, Rn. 51.

61 Siehe die Nachweise in Anm. 14.

62 BVerfGE 138, 1 (17).

63 BVerfG, Urteil vom 21. November 2017, 2 BvR 2177/16 – juris, Rn. 113.

lichen Gemeinschaft durch das Bundesverfassungsgericht wurde ebenso wenig dadurch erschüttert, dass die Gemeinden in Sachsen-Anhalt die Aufgaben nur über einen begrenzten Zeitraum ausgeübt haben. Entsprechend den vorgenannten Überlegungen kann die begrenzte Aufgabenwahrnehmung für die Zuordnung zum Gewährleistungsgehalt des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG keine Rolle spielen.<sup>64</sup>

### 3.2 Eingriff und Rechtfertigung der vorgenommenen Aufgabenübertragungen

In beiden Fällen unterfielen die in Rede stehenden und vormals durch die Gemeinden ausgeübten Aufgaben somit dem Gewährleistungsgehalt der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Fraglich war jedoch, ob die vorgenommenen Aufgabenübertragungen bzw. Aufgabenzuweisungen auf die Landkreise auch einen Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie darstellten und ob sich ein etwaiger Eingriff ggf. rechtfertigen ließe.

Der sächsische Landesgesetzgeber bestritt insoweit bereits, dass die Zuweisung der Schulnetzplanung an die Landkreise, welche als vorgelagerte Fachplanung von der Schulträgerschaft zu unterscheiden sei, die Schulträgerschaft der Gemeinden und damit den Gewährleistungsgehalt des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG überhaupt tangiere.<sup>65</sup> Die Schulnetzpläne legten lediglich fest, über welche Schulen die Schulträger „Beschlüsse fassen sollen“. Diese Beschlüsse des Schulträgers über eine etwaige Schulschließung müssten sich dann jedoch an den tatsächlichen Schülerzahlen orientieren und nicht anhand der in den Schulnetzplänen enthaltenen Prognosen. Die Planaussage hätte somit keinerlei unmittelbare Auswirkungen auf die Schulträgerschaft.<sup>66</sup> Diese formale Betrachtungsweise wurde vom Bundesverfassungsgericht allerdings zu Recht zurückgewiesen: Nach § 23 a Abs. 5 SchulG können Statusentscheidungen über Schulen nur auf Grundlage eines staatlich genehmigten Schulnetzplanes erfolgen. Die Aussage im Schulnetzplan ist somit Voraussetzung für die Aufhebung einer Schule oder den Entzug der staatlichen Mitwirkung an einer Schule. Die Wahrnehmung der mit der Schulträgerschaft verbundenen Aufgaben ist dadurch weitgehend von den Festsetzungen im Schulnetzplan abhängig. Das grundlegende Recht des kommunalen Schulträgers – in der Regel unter der Mitwirkung des Staates (siehe § 21 Abs. 3 und § 24 SchulG) – Statusentscheidungen zu treffen und damit wesentliche Aspekte der Schulträgerschaft werden so weitgehend ausgehöhlt.<sup>67</sup> Ein Eingriff in den Randbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG lag somit vor.

Dieser Eingriff ließ sich auch weder durch in Art. 7 Abs. 1 GG dem Staat zugewiesene Schulaufsicht rechtfertigen noch aufgrund der Tatsache, dass die Gemeinden – wie vom sächsischen Landesgesetzgeber vorgetragen – bisher überwiegend davon abgesehen hätten, Schulnetzpläne aufzustellen. Ungeachtet dessen, dass den Gemeinden die Aufgabe Schulnetzpläne aufzustellen überhaupt nicht explizit zugewiesen war, belegt dieser Umstand nur, dass sie diese Aufgabe nicht wahrgenommen haben und nicht, dass sie dazu grds. nicht in der Lage wären. Den gebotenen, aber bislang unterbliebenen Entscheidungen über Schulschließungen – wie von

<sup>64</sup> BVerfG, Urteil vom 21. November 2017, 2 BvR 2177/16 – juris, Rn. 118. Gleichermaßen gilt auch für die bundesrechtliche Determinierung der Aufgabe. Vgl. Dreier (Anm. 3), Art. 28, Rn. 105; Tettinger/Schwarz (Anm. 14), Art. 28 Rn. 174 f.

<sup>65</sup> BVerfGE 138, 1 (10).

<sup>66</sup> BVerfGE 138, 1 (10 f.).

<sup>67</sup> BVerfGE 138, 1 (28).

der sächsischen Landesregierung moniert – ist zudem bislang wirksam mit den Mitteln der Rechtsaufsicht begegnet worden.<sup>68</sup> Die generelle Hochzonung der Schulnetzplanung auf die Kreise lässt sich damit jedoch ebenso wenig rechtfertigen wie mit der staatlichen Schulaufsicht aus Art. 7 Abs. 1 GG. Die staatliche Schulaufsicht beinhaltet zwar die Befugnis zur Organisation, Leitung und Planung des gesamten Schulwesens, jedenfalls im Bereich der äußeren Schulangelegenheiten üben Länder und Gemeinden die Schulaufsicht jedoch gemeinsam aus und sind insoweit zur Zusammenarbeit verpflichtet.<sup>69</sup> Soweit daher die Wahrnehmung der äußeren Schulangelegenheiten durch die Gemeinden mit dem vom Staat festgelegten Zielen für die Ausgestaltung des Schulwesens vereinbar ist, garantiert das Recht auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 Abs. 1 GG den Gemeinden jedenfalls ein wirksames Mitentscheidungsrecht.<sup>70</sup> Das in § 23 a Abs. 3 Satz 1 SchulG vorgesehene Benehmenserfordernis genügte indes nicht, um eine wirkungsvolle Mitwirkung der Gemeinden als Schulträger sicherzustellen. Denn anders als bei Einvernehmens- oder Zustimmungserfordernissen setzt das Benehmenserfordernis keine Einigung zwischen den beiden beteiligten Verwaltungsträgern voraus.<sup>71</sup> Vielmehr gewährt es nur eine (gutachtliche) Anhörung des Trägers öffentlicher Belange durch die entscheidende Behörde. Diese ist zwar auch verpflichtet, die Stellungnahme zu erwägen und die Möglichkeiten einer Berücksichtigung auszuloten, sie kann sich allerdings über das Vorbringen des beteiligten Trägers auch vollständig hinwegsetzen.<sup>72</sup> Das Benehmenserfordernis gewährt somit kein Mitentscheidungsrecht und vermag daher das Recht der Schulträgerschaft der Gemeinden an den Grund- und Hauptschulen nicht wirksam zu sichern.<sup>73</sup>

Anders bewertete das Bundesverfassungsgericht hingegen die Übertragung der Leistungsverpflichtung zur Bereitstellung von Betreuungsplätzen auf die Landkreise. Zwar erblickte es in der Ausweichslung des Leistungsverpflichteten für die Erfüllung des Anspruchs auf Kinderbetreuung sowie der damit zusammenhängenden Verwaltungsaufgaben einen Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie, diesen Eingriff sah es jedoch durch sachliche Gründe getragen und als verhältnismäßig an.<sup>74</sup>

Für die vorgenommene Neuordnung des Kinderbetreuungsrechts in Sachsen-Anhalt hatte der Landesgesetzgeber mehrere Gründe angeführt. Zum einen begründete er die Änderung mit einem zu befürchtenden Interessenkonflikt bei den Gemeinden, welcher sich daraus ergeben solle, dass die Gemeinden sowohl Verpflichtete des Betreuungsanspruchs als auch selbst Träger von Tageseinrichtungen und damit Anbieter von Betreuungsplätzen sind. Da diese jedoch auch von freien Trägern angeboten werden, ständen sich Gemeinden und freie Träger bei der Verteilung der Betreuungsplätze als Wettbewerber gegenüber. Bei zu erwartenden abnehmenden Kinderzahlen und gleichzeitig zunehmender Anzahl an freien Trägern könnten die Gemeinden geneigt sein, ihren eigenen Einrichtungen bei der Vergabe von Betreuungsplätzen den Vorzug zu geben.<sup>75</sup> Nach § 4 Abs. 2 SGB VIII soll allerdings die öffentlichen Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen, soweit freie Träger ein ausreichendes Angebot bereitstellen. Da-

68 BVerfGE 138, 1 (31).

69 *Brosius-Gersdorf* (Anm. 47), Art. 7 Rn. 51 f.

70 BVerfGE 138, 1 (31).

71 BVerwGE 92, 258 (262); 114, 232 (235).

72 BVerwGE 114, 232 (235); *Hoffmann-Riem, W.*, in: ders./Schmidt-Aßmann, E./Voßkuhle, A. (Hrsg.), GVwR Band I, 2. Auflage, München 2012, § 10 Rn. 24.

73 BVerfGE 138, 1 (31 ff.).

74 BVerfG, Urteil vom 21. November 2017, 2 BvR 2177/16 – juris, Rn. 126 ff.

75 LT-Drs. 6/1258 vom 4. Juli 2012, S. 17.

raus wird mitunter abgeleitet, dass den freien Trägern gegenüber kommunalen Trägern ein gewisser Vorrang einzuräumen sei bzw. sogar, dass die kommunalen Betreuungsangebote subsidiär gegenüber den Angeboten freier Träger seien.<sup>76</sup> Zum anderen sollte die Gesetzesänderung dazu dienen, Synergieeffekte bei den Aufgaben der Kinderbetreuung, des Kinderschutzes und der Hilfe zur Erziehung zu erzielen und insbesondere eine Konzentration der Aufgaben der Jugendhilfe bei den örtlichen Trägern der öffentlichen Jugendfürsorge herbeizuführen. Die Änderung stärke insoweit die Jugendämter als örtliche Träger der öffentlichen Jugendfürsorge, denen nach § 79 Abs. 1 SGB VIII die Gesamtverantwortung einschließlich der Planungsverantwortung für die Kinder- und Jugendhilfe nach dem SGB VIII zukommt. Teil dieser Gesamtverantwortung ist gemäß § 79 Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII auch eine kontinuierliche Qualitätsentwicklung (nach Maßgabe des § 79 a SGB VIII) durch den örtlichen Träger der Jugendhilfe. Der Bündelung der Kompetenzen bei den Jugendämtern lag somit zugleich auch das Anliegen einer Qualitätssteigerung zugrunde. Mit der Übertragung der Leistungsverpflichtung auf die kreisfreien Städte und Landkreise werde zudem ein Gleichlauf zwischen der landesrechtlichen Verpflichtung zur Erfüllung des Anspruchs auf Kinderbetreuung und den die kreisfreien Städte und Landkreise als Träger der öffentlichen Jugendhilfe ohnehin treffende Gewährleistungspflicht zur Bereitstellung eines Kinderbetreuungsplatzes aus dem Bundesrecht (§ 24 Abs. 2 und 3 SGB VIII) herbeigeführt.<sup>77</sup>

Die vom Landesgesetzgeber befürchtete – von den Gemeinden bestrittene – rechtswidrige Benachteiligung der freien Träger erkannte das Bundesverfassungsgericht indes ebenso wenig als Rechtfertigungsgrund an wie im Fall der Schulträgerschaft. Der Gefahr einer rechtswidrigen Aufgabenerfüllung kann eine Aufgabenverlagerung insoweit nicht rechtfertigen. Ihr ist vielmehr mit den Mitteln der Rechtsaufsicht zu begegnen.<sup>78</sup> Die anderen vom sachsen-anhaltinischen Gesetzgeber angeführten Zwecke – die beabsichtigte Stärkung der Jugendämter, die ermögliche einer kontinuierlichen Qualitätsentwicklung sowie der Zusammenführung der bundesrechtlichen Gewährleistungspflicht zur Bereitstellung eines Kinderbetreuungsplatzes mit der landesrechtlichen Verpflichtung zur Erfüllung des Anspruchs auf Kinderbetreuung – stellten hingegen allesamt legitime Zwecke dar, welche die Aufgabenübertragung auf die Landkreise im Ergebnis tragen.<sup>79</sup>

Dem Grundsatz entsprechend, dass die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers umso enger und die verfassungsrechtliche Kontrolle umso intensiver ist, je mehr die Selbstverwaltungsgarantie als Folge der gesetzlichen Regelung an Substanz verliert, sah das Gericht die Hochzierung aufgrund der genannten Zwecke auch als verhältnismäßig an. Denn den Gemeinden kam auch nach der erfolgten Gesetzesänderung weiterhin das Recht zu, sich aufgrund ihrer Allzuständigkeit aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG freiwillig der örtlichen Aufgabe der Kinderbetreuung und insbesondere der damit zusammenhängenden Planungs- und Koordinierungsaufgaben (der sogenannten „Mikroplanung“) anzunehmen. Der durch die Gesetzesänderung hervorgerufene Entzug betraf insoweit nur diejenigen Aufgaben, welche den Gemeinden als sogenannte „pflichtige Selbstaufgaben“ im eigenen Wirkungskreis zugewiesen waren. Zudem wurden auch in diesem Bereich die Interessen der Gemeinden durch verschiedene Beteiligungsrechte in Ge-

<sup>76</sup> Siehe dazu *Luthe, E.-W.*, in: Schlegel, R./Voelzer, T. (Hrsg.), jurisPK-SGB VIII, 1. Auflage 2014, § 4 Rn. 45.

<sup>77</sup> BVerfG, Urteil vom 21. November 2017, 2 BvR 2177/16 – juris, Rn. 127 ff.

<sup>78</sup> BVerfG, Urteil vom 21. November 2017, 2 BvR 2177/16 – juris, Rn. 144; BVerfGE 138, 1 (31).

<sup>79</sup> Im Einzelnen BVerfG, Urteil vom 21. November 2017, 2 BvR 2177/16 – juris, Rn. 128 ff.

stalt von Einvernehmens- und Benehmenserfordernissen gewahrt.<sup>80</sup> Der Substanzverlust für das Aufgabenfeld der Kommunen war somit insgesamt eher als gering einzustufen.<sup>81</sup>

## 4 Fazit

Mit der Zuordnung der Trägerschaft an Schulen, welche der Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht dienen, und der Leistungsverpflichtung zur Bereitstellung von Betreuungsplätzen zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft hat das Bundesverfassungsgericht die Rolle der Gemeinden im Bildungsbereich gestärkt und gleichzeitig der zentralen Bedeutung, die diese beiden Bereiche für die Lebenswirklichkeit der Gemeindeinwohner einnehmen, Rechnung getragen. Auch wenn sich die Hochzonung der Leistungsverpflichtung zur Bereitstellung von Betreuungsplätzen von den Gemeinden auf die Kreise im Ergebnis als gerechtfertigt erwies, hat gerade die Zuordnung dieser Aufgabe zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft die Entwicklungsoffenheit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG demonstriert.

*Verf.: Akad. Rätin a. Z. Dr. Pia A. Lange, Institut für Allgemeine Staatslehre und Politische Wissenschaften, Nikolausberger Weg 17, 37073 Göttingen, E-Mail: pia.lange@jura.uni-goettingen.de*

---

<sup>80</sup> Siehe § 10 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 sowie § 11 a Abs. 1 KiFöG LSA.

<sup>81</sup> BVerfG, Urteil vom 21. November 2017, 2 BvR 2177/16 – juris, Rn. 148.