



INSTITUT FÜR
FINANZ- UND
STEUERRECHT

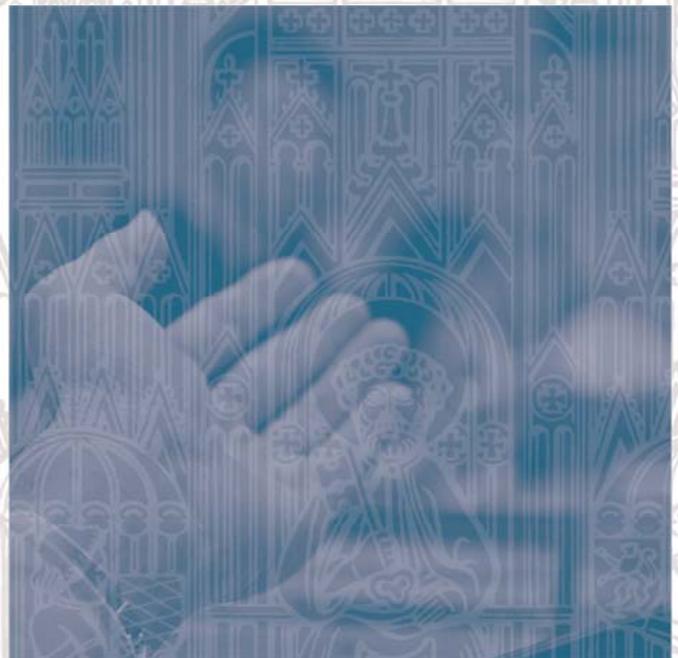
HEIDELBERGER BEITRÄGE ZUM FINANZ- UND STEUERRECHT

Heidelberg Working Paper Series on Public Finance and Tax Law

Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.)

Subsidiarität in der Finanzverfassung

mit Beiträgen von Michael Droege, Klaus-Dieter Drüen,
Hans-Günter Henneke, Hanno Kube, Ekkehart Reimer,
Christian Seiler und Henning Tappe



HFSt 1

Inhaltsübersicht

§ 1 Subsidiarität in der Finanzverfassung – Einführung in die Thematik	3
Hanno Kube	
§ 2 Subsidiarität als Strukturprinzip.....	7
Michael Droege	
§ 3 Subsidiarität im finanzverfassungsrechtlichen Bund-Länder- Verhältnis	27
Christian Seiler	
§ 4 Finanzielle Eigenverantwortung der Kommunen.....	43
Hans-Günter Henneke	
§ 5 Subsidiarität im europäischen Finanzverfassungsrecht.....	65
Henning Tappe	
§ 6 Staatliche und private Finanzierung öffentlicher Aufgaben	83
Klaus-Dieter Drüen	
§ 7 Querschnitte und Folgefragen – ein Resümee	107
Ekkehart Reimer	

§ 1 Subsidiarität in der Finanzverfassung – Einführung in die Thematik

Hanno Kube

Wer die Zeitung aufschlägt, erkennt schnell, welches Thema die Innenpolitik gegenwärtig beherrscht: Es ist die anstehende Reform der Bund-Länder-Finanzbeziehungen. Der bundesstaatliche Finanzausgleich muss bis Ende 2019 neu geregelt werden, und dies gibt berechtigten Anlass, auch weitergreifend und grundsätzlich über eine nachhaltige, zukunftsfähige Neuordnung der Einnahmen-, Ausgaben- und Aufgabenzuständigkeiten im Verhältnis zwischen Bund, Ländern und Kommunen nachzudenken. Im Einzelnen geht es um die sachgerechte Verteilung der Staatsaufgaben auf die verschiedenen Ebenen, um den Zusammenhang zwischen Aufgabenzuständigkeit und Lastentragung und um die lastengerechte, aber auch Eigenverantwortung sichernde Mittelausstattung der Gebietskörperschaften. Das Übergangsrecht, das im Nachgang zur deutschen Wiedervereinigung erlassen worden war, um den neuen Bundesländern die Integration in die föderale Struktur der Bundesrepublik zu erleichtern, muss in allgemein verbindliche Regelungen überführt werden. Die Höhe der gegenwärtig bestehenden Schulden von Bund, Ländern und Kommunen wirft schließlich ganz eigene Probleme auf.

Bund und Länder haben Arbeitsgruppen eingerichtet, die innerhalb der nächsten Monate Neugestaltungsansätze vorbereiten und die politischen Spielräume sondieren sollen. Auch die Abteilung Öffentliches Recht des Deutschen Juristentages hat sich vor kurzem intensiv mit der Materie befasst und grundsätzlich angelegte, konstruktive Beschlüsse gefasst. Ganz aktuell steht der von einigen Ländern unterbreitete und auch vom Bundesfinanzminister unterstützte Vorschlag im Raum, den Ländern mehr Gestaltungsmöglichkeiten auf der Einnahmenseite zu eröffnen, indem Korridore für ländereigene Ertragsteuererhöhungen oder auch -senkungen geschaffen werden. Entsprechendes wird für die Kommunen erwogen.

Im Angesicht dieser aktuellen und höchst bedeutsamen Fragestellungen erklärt und rechtfertigt sich das Thema unseres Symposions: „Subsidiarität in der Finanzverfassung“. Je komplexer sich ein Gegenstand darstellt, je mehr Beteiligte zusammenfinden müssen und je heterogener ihre Interessen sind, desto stärker ist das Gelingen einer allgemeinen Regelung dieses Gegenstandes davon abhängig, dass die regelungsanleitenden Prinzipien klar benannt und folgerichtig umgesetzt werden. Für das staatliche Finanzrecht gilt dies in ganz besonderem Maße. Deshalb haben wir uns zum Ziel gesetzt, der Bedeutung der Subsidiarität im staatlichen Finanzrecht nachzuspüren. Das Subsidiaritätsprinzip gebietet, Aufgaben der kleinsten Einheit zuzuweisen, die jeweils zur Aufgabenerfüllung in der Lage ist; dies vor allem, um Selbstbestimmung zu ermöglichen, Sachkompetenz vor Ort nutzbar zu machen und Eigenverantwortung zu sichern. Der Subsidiaritätsgrundsatz ist in einzelnen Bestimmungen der Finanzverfassung angelegt. Wir wollen uns fragen, wie weit diese Anlage normativ reicht, was sie verlangt oder auch ermöglicht, wie und inwieweit der Subsidiaritätsgrundsatz also sachgerecht konkretisiert werden kann und soll. Das Symposium versteht sich dabei im besten Sinne als Gedankenwerkstatt, als Workshop, der vom offenen Austausch im akademischen Raum der Universität geprägt ist und deshalb Ergebnisse zutage fördern kann, zu denen eine durch festgefügte politische Positionen vorbestimmte Diskussion niemals finden würde. Das darf sehr gerne als Aufforderung, als Ermunterung zu einer lebendigen Diskussionsteilnahme verstanden werden.

Unser Thema erfordert, alle Ebenen der Hoheitsgewalt in ihrem Verhältnis zueinander in den Blick zu nehmen. Dementsprechend ist das Tagungsprogramm angelegt. Wir freuen uns sehr darüber, hochkarätige Referenten, Kenner der Materie, für die einzelnen Themen gewonnen zu haben. Zu Beginn wird uns *Michael Droege* den Boden bereiten, die Subsidiarität als Strukturprinzip vorstellen. Ich darf Ihnen einen Vortrag ankündigen, der die geistesgeschichtlichen Wurzeln des Prinzips vor Augen führt, der auf seine verfassungsrechtliche Verankerung hinführt und der das Prinzip schließlich als mögliches Reformprinzip in den Raum stellt. Im Anschluss wird *Christian Seiler* dann zur Subsidiarität im finanzverfassungsrechtlichen Bund-Länder-Verhältnis Stellung nehmen. Das Bund-Länder-Verhältnis steht im Mittelpunkt der aktuellen Diskussion. Kann, dies die Frage, eine Reform der Aufgaben- und Ausgabenzuständigkeiten und auch der Rechte zur Einnahmengestaltung im Bund-Länder-Verhältnis von Subsidiaritätserwägungen profitieren? Wir sind gespannt. Nicht minder

gespannt sind wir sodann auf die Ausführungen von *Hans-Günter Henneke*, der sich wie kaum ein anderer für die Eigenständigkeit und Eigenverantwortung der kommunalen Ebene stark macht. So sind wir dankbar, dass Sie, Herr *Henneke*, die Frage behandeln werden, welche Rolle dem Subsidiaritätsgedanken im Verhältnis zwischen der kommunalen und der staatlichen Ebene zukommt. Im Anschluss an eine Kaffeepause wird dann Gelegenheit zur gemeinsamen, übergreifenden Diskussion auf Grundlage dieser drei Referate bestehen.

Nach der Mittagspause wollen wir den Blick dann nochmals weiten und dem Subsidiaritätsprinzip auch jenseits des Verhältnisses zwischen Bund, Ländern und Kommunen nachgehen. Unserer Aufmerksamkeit bedarf dabei zum einen die europäische Einbindung. *Henning Tappe* wird deshalb beleuchten, ob und inwieweit das Subsidiaritätsprinzip auch im EU-Finanzrecht verankert ist, also in dem Recht, das das Handeln der europäischen Organe anleitet, aber auch das Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten regiert. Zum anderen soll, abschließend und deutlich unterstrichen, noch einmal in Erinnerung gerufen werden, dass das Subsidiaritätsprinzip in der geistesgeschichtlichen Entwicklung zunächst und zuvörderst die Selbstbestimmung und Eigenverantwortung des einzelnen Menschen und der Einheit der Familie in den Mittelpunkt gestellt hat, dies gerade in Gegenüberstellung zu einer staatlichen Zuständigkeit. Aus diesem Grund beschließen wir den Kreis der Referate mit Überlegungen zum Verhältnis zwischen der staatlichen und der privaten Wahrnehmung und Finanzierung öffentlicher Aufgaben. Diese Überlegungen wird uns dankenswerterweise *Klaus-Dieter Drüen* präsentieren. Auch am Nachmittag wollen wir dann ausführlich diskutieren, bevor sich *Ekkehart Reimer* der Herausforderung annimmt, die Erträge des Symposiums in einem Resümee zusammenzufassen. Wir können uns damit auf einen breit angelegten und ganz sicher anregenden Austausch über zentrale Themen der aktuellen finanzverfassungsrechtlichen und -politischen Diskussion freuen.

Nun wollen wir uns der Grundlegung unseres Themas zuwenden, der „Subsidiarität als Strukturprinzip“. Wir freuen uns ganz besonders, dass *Michael Droege* uns zugesagt hat, sein großes Wissen über dieses Thema mit uns zu teilen, uns auf eine Reise durch die Geistesgeschichte mitzunehmen und uns mit Thesen zur verfassungsrechtlichen Verankerung und zum Reformpotential des Subsidiaritätsgrundsatzes zu konfrontieren.

§ 2 Subsidiarität als Strukturprinzip

Zur Applikation eines rechtsethischen Prinzips im (Finanz-)Verfassungsrecht

Michael Droege

I.	Einleitung.....	7
II.	Entfaltung des Subsidiaritätsprinzips in der katholischen Soziallehre und die „Entkatholisierung“ des Prinzips.....	9
III.	Verfassungsrechtliche Anlagerungen des Subsidiaritätsprinzips.....	17
IV.	Subsidiarität als Reformprinzip – Chancen und Risiken	21
V.	Subsidiaritätsprinzip als Heilsversprechen – Vom glücklichen Zustand des Staates	24

I. Einleitung

Revolutionen und Reformen des Rechts haben eines gemeinsam: Sie brauchen übergreifende Ideen und Leitbilder. Dies ist bei der anstehenden Weiterentwicklung der Finanzverfassung auch nicht anders. Hier findet sich freilich nicht mehr die am Beginn des bürgerlichen Verfassungsstaates stehende Trias von Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit, aber auch die komplexen Reformkonzepte der Finanzverfassung kommen nicht ohne

Leitmotive aus und beschwören Eigenständigkeit und Solidarität, Effizienz, Nachhaltigkeit und Plausibilität, Fairness und Gerechtigkeit¹. Der Begriff der Subsidiarität findet eher selten Verwendung. Immerhin aber ist er literarisch eingeführt als Gestaltungsprinzip zur Weiterentwicklung eines auch die föderale Aufgabenverteilung erfassenden Finanzausgleichs im weiteren Sinne². Auch hier bezeichnet Subsidiarität im Kern den Grundsatz, dass eine gesellschaftliche oder staatliche Aufgabe soweit möglich von der jeweils unteren (kleineren) Einheit wahrgenommen wird³. Diskussionen um die Reform der Finanzverfassung sind jedenfalls nicht primär Diskussionen um und mittels des Subsidiaritätsprinzips.

Das verwundert, ist das Subsidiaritätsprinzip doch ein wohlfeiles Schlagwort in den Diskursen der Aufgabenallokation in Mehrebenensystemen und geht es der Finanzverfassung doch im Kern um nichts anderes, nämlich um aufgabengerechte Finanzausstattung⁴. Das verwundert aber auch dann, wenn man die zahllosen Modelle zur Reform des Finanzverfassungsrechts der relativen Stabilität der Finanzverfassung bzw. der Beratungsresistenz des verfassungsändernden Gesetzgebers gegenüberstellt. *Ulrich Haltern* hat diese Unreformierbarkeit der Finanzverfassung auf eine ihr inhärente besondere Form der Vergemeinschaftung zurückgeführt und die

¹ *Behnke*, Was sind Grundsätze für ein gutes Finanzausgleichssystem?, ZPol 2013, 105 ff.; *Wieland*, Eigenständigkeit und Solidarität – Aufgabengerechte Finanzverteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen, JZ 2014, 829 ff. Zur Nachhaltigkeit siehe nur die Beiträge in: *Kahl* (Hrsg.), Nachhaltige Finanzstrukturen im Bundesstaat, 2011.

² *Pefferkoven/Kirchhoff*, Deutscher und europäischer Finanzausgleich im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, in: *Nörr/Oppermann* (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, 1997, S. 105 ff.

³ Brockhaus-Enzyklopädie, Stichwort Subsidiaritätsprinzip, 21. Aufl. 2005. S. auch: *Droege*, Art. Subsidiarität (J), in: *Heun et al.* (Hrsg.), EvStL, 4. Aufl. 2006, Sp. 2415 f.; *Behnke*, Was sind Grundsätze für ein gutes Finanzausgleichssystem?, ZPol 2013, 105 ff.; *Wieland*, Eigenständigkeit und Solidarität – Aufgabengerechte Finanzverteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen, JZ 2014, 829 ff. Zur Nachhaltigkeit siehe nur die Beiträge in: *Kahl* (Hrsg.), Nachhaltige Finanzstrukturen im Bundesstaat, 2011.

⁴ *Lenk*, Föderalismusreform III, ifst-Schrift Nr. 501 (2014), insbesondere S. 51 ff.; *Reimer/Kempny*, Neuordnung der Finanzbeziehungen – Aufgabengerechte Finanzverteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen, Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag, 2014. S. auch die beiden Referate von *Haltern* und *Reimer*, Die künftige Ausgestaltung der bundesstaatlichen Finanzordnung, VVDStRL 73 (2014), 103 ff. und 153 ff.

individuelle Wohlfahrt als eine Art geheimer Staatsräson ausgewiesen⁵. Auch hier drängen sich Überschneidungen mit der personalistischen Basis, die dem Subsidiaritätsprinzip eigen ist, geradezu auf.

Vor diesem Hintergrund soll es mir im Folgenden nicht um die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips auf die föderale oder gar supranationale Finanzverfassung oder gar um seine Entfaltung als Regulativ der Aufgabenfinanzierung im Steuerstaat gehen, sondern ich will als Auftakt die debattenprägende Herkunft des Subsidiaritätsprinzips in Erinnerung rufen (II.) und die Diskussionen um die Imprägnierungen des Verfassungsrechts mit Subsidiaritätsgedanken schlagwortartig rekonstruieren (III.). Auf dieser Basis möchte ich schließen mit einigen Bemerkungen zu Vorteilen und Risiken der Nutzung des Subsidiaritätsprinzips in Reformprozessen überhaupt (IV.).

II. Entfaltung des Subsidiaritätsprinzips in der katholischen Soziallehre und die „Entkatholisierung“ des Prinzips

Prägend nicht nur für die rechtswissenschaftlichen Debatten⁶ um das Subsidiaritätsprinzip war und ist dessen Einbettung in die katholische Soziallehre und seine mittlerweile klassische Formulierung in der Sozialenzyklika „Quadragesimo anno“ – einer wenn man so will „Jubiläumsschrift zum 40. Jahrestag von Rerum Novarum“ – von Papst *Pius XI.* aus dem Jahr

⁵ Haltern, Die künftige Ausgestaltung der bundesstaatlichen Finanzordnung, VVDStRL 73 (2014), 103 (120 f. und 140 ff.). Begriffe bei Grimm, daselbst, Diskussionsbeitrag, S. 189 f.

⁶ Zum prägenden Charakter: Isensee, Subsidiarität – Das Prinzip und seine Prämissen, Rechtstheorie Beiheft 20 (2002), 129 (130).

1931⁷. Hier drückt es die Enzyklika als Baugesetz von Staat und Gesellschaft, als Baugesetz des Gemeinwesens wie folgt aus⁸:

„Wenn es nämlich auch zutrifft, was ja die Geschichte deutlich bestätigt, daß unter den veränderten Verhältnissen manche Aufgaben, die früher leicht von kleineren Gemeinwesen geleistet wurden, nur mehr von großen bewältigt werden können, so muß doch allzeit unverrückbar jener höchst gewichtige sozialphilosophische Grundsatz fest gehalten werden, an dem nicht zu rütteln noch zu deuteln ist: wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen; zugleich ist es überaus nachteilig und verwirrt die ganze Gesellschaftsordnung. Jedwede Gesellschaftstätigkeit ist ja ihrem Wesen und Begriff nach subsidiär; sie soll die Glieder des Sozialkörpers unterstützen, darf sie aber niemals zerschlagen oder aufsaugen.“⁹

⁷ Allein die Auseinandersetzungen um das Subsidiaritätsprinzip in der Rechtswissenschaft sind nahezu uferlos. Hier seien deshalb nur benannt: *Blickle/Hüglin/Wyduckel* (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft, *Rechtstheorie Beiheft 20* (2002); *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, S. 190 ff.; *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999; *Haratsch*, Das Subsidiaritätsprinzip – Ein Element des europäischen Verfassungsrechts, 2014; *Hense*, Der staats- und europarechtliche Gehalt des Subsidiaritätsprinzips in den päpstlichen Enzykliken, *Rechtstheorie Beiheft 20* (2002), 401 ff.; *Herzog*, Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, *Der Staat 2* (1963), 399 ff.; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001; *ders.*, Subsidiarität – Das Prinzip und seine Prämissen, *Rechtstheorie Beiheft 20* (2002), 129 ff.; *Lecheler*, Das Subsidiaritätsprinzip, 1993; *Moersch*, Leistungsfähigkeit und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips, 2001; *Mückl* (Hrsg.), Subsidiarität – Gestaltungsprinzip für eine freiheitliche Ordnung in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, 1999; *Nörr/Oppermann* (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, 1997; *Waldhoff*, Subsidiarität, in: *Heinig/Munsonius* (Hrsg.), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, 2012, S. 261; *Zuck*, Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, 1968.

⁸ *Von Nell-Breuning*, Baugesetze der Gesellschaft, 1968.

⁹ Nr. 79 der Enzyklika *Quadragesimo anno*, lat. *Acta Apostolicae Sedis 23* (1931), 203, zitiert nach der deutschen Übersetzung bei Bundesverband der Katholischen Arbeitnehmerbewegung Deutschlands (Hrsg.), *Texte zur katholischen Soziallehre, Die sozialen Rundschreiben der Päpste und andere kirchliche Dokumente mit einer Einführung*

Hierzu nur wenige Bemerkungen: Zum ersten ist das Subsidiaritätsprinzip in der Enzyklika eingebettet in Vorstellungen einer letztlich naturrechtlichen oder genauer naturgesetzlichen hierarchischen Struktur des Gemeinwesens¹⁰. An dessen Anfangs- und Endpunkt steht das Subjekt, umgeben in konzentrischen Kreisen von gestuften sozialen Verbänden¹¹, Familie, Gemeinde, Region, Land, Bund, die ihrerseits nicht beziehungslos nebeneinander stehen, sondern wechselseitig aufeinander bezogen sein können¹². Die Enzyklika fügt sich insoweit bruchlos in die neuscholastische Naturrechts-Doktrin ein, die die katholische Soziallehre weithin bestimmte¹³.

Zum zweiten zeichnet sich die Enzyklika ungeachtet dieses Leitbildes eines organischen Gemeinwesens durch einen staatskritischen Grundton aus. Der sozialgestaltende, omnipräsente Staat der Industriegesellschaft ist eine Organisationsstruktur, die es unter der Ägide des Subsidiaritätsprinzips zu überwinden gilt¹⁴. Dieses Krisenszenario hat sich im Text der Enzyklika unmittelbar im Vorhof der Formulierung des Subsidiaritätsprinzips niedergeschlagen:

„Bei der Zuständereform denken Wir zunächst an den Staat. Nicht als ob alles Heil von der Staatstätigkeit zu erwarten wäre; der Grund ist ein anderer. In Auswirkung des individualistischen Geistes ist es so weit gekommen, daß das einst blühend und reichgegliedert in einer Fülle verschiedenartiger

von Oswald von Nell-Breuning, 9. Aufl. 2007, S. 90 f. Umstritten war insbesondere die Übersetzung des „gravissimum illud principium“ als „jener höchst gewichtige“ oder doch eher als „jener oberste“ sozialphilosophische Grundsatz, zu letzterer Variante nur: *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, S. 191; so auch die autorisierte deutsche Übersetzung in ArchKathKR 111 (1931), 525 (554). Hierzu nur: *Hense*, Der staats- und europarechtliche Gehalt des Subsidiaritätsprinzips in den päpstlichen Enzykliken, Rechtstheorie Beiheft 20 (2002), 401 (421).

¹⁰ Dazu: *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 21 ff m.w.N.

¹¹ Zu diesen konzentrischen Gesellschaftskreisen nur: *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 23 f.

¹² Nur: *Isensee*, Subsidiarität – Das Prinzip und seine Prämissen, Rechtstheorie Beiheft 20 (2002), 129 (145 ff.).

¹³ *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 21 ff.

¹⁴ Vgl. auch *Baumgartner*, „Jede Gesellschaftstätigkeit ist ihrem Wesen nach subsidiär“, in: Nörr/Oppermann (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, 1997, S. 13 (21 ff.).

*Vergemeinschaftungen entfaltetete menschliche Gesellschaftsleben derart zerschlagen und nahezu ertötet wurde, bis schließlich fast nur noch die Einzelmenschen und der Staat übrigblieben - zum nicht geringen Schaden für den Staat selber. Das Gesellschaftsleben wurde ganz und gar unförmlich; der Staat aber, der sich mit all den Aufgaben belud, welche die von ihm verdrängten Vergemeinschaftungen nun nicht mehr zu leisten vermochten, wurde unter einem Übermaß von Obliegenheiten und Verpflichtungen zugedeckt und erdrückt.*¹⁵

Der omnipräsente Staat ist ein überforderter Staat. Hier nun greift das Subsidiaritätsprinzip als Leitprinzip einer Zuständereform, die *Pius* säuberlich von einer ebenso notwendigen Reform der Gesinnung scheidet. Konkret wird dies in der Enzyklika in dem vom Subsidiaritätsprinzip angeleiteten umstrittenen Plädoyer für eine berufsständische Ordnung und in der Kritik am faschistischen Korporativstaat¹⁶. Wenn heute das Subsidiaritätsprinzip als Strukturprinzip staatlicher Ordnung nutzbar gemacht wird, also weniger als Baugesetz der Gesellschaft, sondern als Bauplan staatlicher Gewalt, so ist dies vor diesem Hintergrund eine bemerkenswerte Akzentverschiebung von der Limitierung des Staates zu seiner Strukturierung.

Zum dritten, zur Substanz des Subsidiaritätsprinzips. Liest man die Enzyklika unbefangen, wird unmittelbar einsichtig, dass die liberale Deutung des Subsidiaritätsprinzips, die auch die europapolitischen Debatten weithin bestimmt hat, zu kurz greift. Ihr leitet Subsidiarität die Aufgabenverteilung zwischen kleineren und größeren sozialen Einheiten durch die Zuständig-

¹⁵ Nr. 78 der Enzyklika *Quadragesimo anno*, lat. *Acta Apostolicae Sedis* 23 (1931), 203, zitiert nach der deutschen Übersetzung bei Bundesverband der Katholischen Arbeitnehmerbewegung Deutschlands (Hrsg.), *Texte zur katholischen Soziallehre, Die sozialen Rundschreiben der Päpste und andere kirchliche Dokumente mit einer Einführung von Oswald von Nell-Breuning*, 9. Aufl. 2007, S. 90.

¹⁶ Dazu schon: *Merkl*, *Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika „Quadragesimo anno“*, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 14 (1934), 208 ff. Hier nach: *ders.*, *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, 2. Teilband, 1995, S. 129 ff. Vgl. auch *Baumgartner*, „Jede Gesellschaftstätigkeit ist ihrem Wesen nach subsidiär“, in: *Nörr/Oppermann* (Hrsg.), *Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit*, 1997, S. 13 (17 ff.); *Hense*, *Der staats- und europarechtliche Gehalt des Subsidiaritätsprinzips in den päpstlichen Enzykliken*, *Rechtstheorie Beiheft* 20 (2002), 401 (407).

keitsvermutung zu Gunsten der Nächstbeteiligten und kleineren Lebenskreise an¹⁷. Hierin erschöpft sich Subsidiarität aber nicht¹⁸. In der authentischen Interpretation, die *Oswald von Nell-Breuning*, einer der beiden geistigen Väter der Enzyklika¹⁹, gegeben hat, wird Subsidiarität als ein mehrdimensionales Prinzip erkennbar. *Von Nell-Breuning* unterscheidet eine positive und eine negative Seite der Subsidiarität²⁰. Er betont zunächst die positive Seite des Subsidiaritätsprinzips, die darin bestehen kann, dass die Gemeinschaft tut, was das Glied für sich selbst schlechterdings nicht tun kann, oder darin, dass sie das Glied unterstützt bei dem, was es nicht allein, sondern nur mit Hilfe anderer vollbringen kann²¹. Die negative Seite des Subsidiaritätsprinzips beschreibt er als Verbot der Kompetenzanmaßung, das in seiner freiheitssichernden Funktion seinerseits nicht anderes heißen soll, als dass die Gemeinschaft dazu da ist, ihren Gliedern hilfreich zu sein, ihnen Vorteile zu bieten und damit vice versa zu unterlassen, was ihnen schädlich ist²². Oder in den Worten der Enzyklika: „*Jedwede Gesellschaftstätigkeit ist ja ihrem Wesen und Begriff nach subsidiär; sie soll die Glieder des Sozialkörpers unterstützen, darf sie aber niemals zerschlagen oder aufsaugen.*“ In gewisser Weise versöhnt Subsidiarität in ihren zwei Gesichtern Forderungen des Liberalismus mit dem Prinzip der Solidarität. Das Subsidiaritätsprinzip lässt die konkrete Zuordnung beider aber offen. Bis zu welchem Punkt fordert Subsidiarität die Unterstützung der inferioren Einheit und ab welchem Punkt ist der Kompetenzentzug legitim? Wie ist das konkrete Verhältnis von Eigenverantwortung und Effizienz der Aufgabenerfüllung?

¹⁷ Insoweit: *Schöpsdau*, Art. Subsidiarität (Th), in: Heun et al. (Hrsg.), *EvStL*, 4. Aufl. 2006, Sp. 2422.

¹⁸ Die Subsidiarität in einer sogar siebenstufigen Struktur entfaltend *Höffe*, Subsidiarität als staatsphilosophisches Prinzip, in: Nörr/Oppermann (Hrsg.), *Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit*, 1997, S. 49 ff. Zu weiteren Strukturierungen nur *Hense*, Der staats- und europarechtliche Gehalt des Subsidiaritätsprinzips in den päpstlichen Enzykliken, *Rechtstheorie Beiheft* 20 (2002), 401 (413 ff.) m.w.N.

¹⁹ Die Formulierung des Subsidiaritätsprinzips geht auf *Gustav Gundlach, S.J.*, zurück. Dazu: *Hense*, Der staats- und europarechtliche Gehalt des Subsidiaritätsprinzips in den päpstlichen Enzykliken, *Rechtstheorie Beiheft* 20 (2002), 401 (401); *Lecheler*, Das Subsidiaritätsprinzip, 1993, S. 31.

²⁰ *Von Nell-Breuning*, *Baugesetze der Gesellschaft*, 1968, S. 79 f.

²¹ *Von Nell-Breuning*, *Baugesetze der Gesellschaft*, 1968, S. 94.

²² *Von Nell-Breuning*, *Baugesetze der Gesellschaft*, 1968, S. 94 ff., 100 ff.

Zum vierten. Das Subsidiaritätsprinzip prägte die verfassungspolitischen Debatten der ersten Nachkriegsjahrzehnte und wurde hier insbesondere zum Leitstern der katholischen Staatsrechtslehre²³. Die Versuche, es als dem Grundgesetz zugrundeliegendes normatives Prinzip staatlicher Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zu etablieren²⁴, sind ihrerseits Ausdruck der diese Zeit bestimmenden Renaissance des Naturrechts²⁵. Im Zentrum stand dabei das Bemühen, den freiheitlichen Sozialstaat zu bändigen und den traditionellen Vorrang der freien und auch kirchlichen Wohlfahrtspflege abzusichern²⁶.

Wesentlicher Ertrag dieser Debatten um das Subsidiaritätsprinzip ist seine Emanzipation von seiner katholischen Herkunft²⁷. Im Subsidiaritätsprinzip konvergieren – worauf *Josef Isensee* prominent hingewiesen hat²⁸ – die Konzepte der katholischen Soziallehre mit den Leitgedanken liberaler Staatsverständnisse, mehr noch: Das Subsidiaritätsprinzip verkörpert das liberale Konzept dezentraler Verwirklichung des Gemeinwohls im Feld der konkurrierenden Staatsaufgaben²⁹. Wenn es dem Subsidiaritätsprinzip um die „strukturelle Ermöglichung der personalen Entfaltung des Menschen“

²³ Vgl. nur: *Oppermann*, Subsidiarität im Sinne des Deutschen Grundgesetzes, in: Nörr/Oppermann (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, 1997, S. 215 (216 ff.). Die Positionen finden sich rekonstruiert bei *Zuck*, Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, 1968, S. 50 ff.

²⁴ Nur: *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968 m.w.N.

²⁵ Nur: *Foljanty*, Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit, 2013; *Wittreck*, Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht. Affinität und Aversion, 2008. Dazu auch: *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 124 ff.; *Neumann*, Rechtsphilosophie in Deutschland, in: Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, S. 145 ff.

²⁶ Freilich meidet BVerfGE 22, 180, den Begriff. Dazu instruktiv: *Neumann*, Subsidiarität im Sozialstaat, in: Rohlffing-Dijoux/Peglow (Hrsg.), La subsidiarité. Regards croisés franco-allemands sur un principe pluridisciplinaire, 2014, S. 71 (74 ff.)

²⁷ Zur Verwendung nach Q.A. in lehramtlichen Schreiben nur: *Von Nell-Breuning*, Baugesetze der Gesellschaft, 1968, S. 91 ff.

²⁸ *Isensee*, Subsidiarität – Das Prinzip und seine Prämissen, Rechtstheorie Beiheft 20 (2002), 129 (143 f.); *ders.*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 44 ff.

²⁹ *Isensee*, in: HdbStR IV, 3. Aufl. 2009, § 73 Rn. 67. S. auch: *Lecheler*, Das Subsidiaritätsprinzip, 1993, S. 33 f.

geht³⁰, dann konvergiert es in dieser Zielsetzung mit den Aufgaben des grundrechtsgebundenen sektoralen Verfassungsstaats. Das Subsidiaritätsprinzip leistet so nicht nur die späte Versöhnung des Katholizismus mit dem Liberalismus³¹, die historische Spurensuche jenseits der Fesseln der Begriffsgeschichte treibt die – wie *Ansgar Hense* sie nennt³² – Entkatholisierung des Prinzips an: Subsidiarität ist ihrerseits ubiquitär³³, findet sich bei *Althusius*³⁴ ebenso wie im calvinistischen Gemeindeprinzip³⁵, lässt sich im aristotelischen Staats- und Gesellschaftsbild³⁶ wiederfinden wie

³⁰ *Baumgartner*, „Jede Gesellschaftstätigkeit ist ihrem Wesen nach subsidiär“, in: Nörr/Oppermann (Hrsg.), *Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit*, 1997, S. 13 (16).

³¹ *Isensee*, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2001, S. 44 ff.; *von Nell-Breuning*, *Baugesetze der Gesellschaft*, 1968, S. 87 ff.

³² *Hense*, *Der staats- und europarechtliche Gehalt des Subsidiaritätsprinzips in den päpstlichen Enzykliken*, *Rechtstheorie Beiheft* 20 (2002), 401 (402).

³³ So auch die Wertung von *Waldhoff*, *Subsidiarität*, in: *Heinig/Munsonius* (Hrsg.), *100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht*, 2012, 261 (261). Zu den unterschiedlichen Subsidiaritätsdiskursen nur: *Höffe*, *Subsidiarität als staatsphilosophisches Prinzip*, in: Nörr/Oppermann (Hrsg.), *Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit*, 1997, S. 49 (51 ff.).

³⁴ Dazu: *Blickle*, *Die „Consociatio“ bei Johannes Althusius*, *Rechtstheorie, Beiheft* 20 (2002), 215 ff.; *Malandrino*, *Die Subsidiarität in der „Politica“ und in der politischen Praxis des Johannes Althusius in Emden*, daselbst, 237 ff.; *Scattola*, *Subsidiarität und gerechte Ordnung in der politischen Lehre des Johannes Althusius*, daselbst, 337 ff.

³⁵ Näher: *Rohls*, *Subsidiarität in der Reformierten Konfessionskultur*, *Rechtstheorie Beiheft* 20 (2002), 37 ff.

³⁶ S. nur: *Höffe*, *Subsidiarität als staatsphilosophisches Prinzip*, in: Nörr/Oppermann (Hrsg.), *Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit*, 1997, 49 (56 f.) unter Hinweis auf die berühmte Charakterisierung des Menschen als politisches bzw. gemeinschaftbildendes Tier (*ho anthropos physei politikon zoon* Politik I 2). Vgl. auch: *Lecheler*, *Das Subsidiaritätsprinzip*, 1993, S. 33 ff.

auch im Pentateuch³⁷. Das Subsidiaritätsprinzip ist eine Art anthropologische Konstante³⁸ und zugleich von einer erstaunlichen Offenheit und Wandlungsfähigkeit. In den gegenwärtigen Diskursen zeigt es sich auch offen für zivilgesellschaftliche Staatskonzepte des „aktivierenden Staates“³⁹ und trägt den Gemeinwohlbeitrag bürgerschaftlichen Engagements⁴⁰. Das alte Dilemma zwischen Solidarität und Autonomie wird von ihm bei alledem nicht gelöst, aber immerhin aufgenommen⁴¹.

³⁷ Exodus 18,18 – 22, der Rat des *Jetro* an *Mose*: ¹⁸„Du machst dich zu müde, dazu das Volk auch, das mit dir ist. Das Geschäft ist dir zu schwer; du kannst's allein nicht ausrichten. ¹⁹Aber gehorche meiner Stimme; ich will dir raten, und Gott wird mit dir sein. Pflege du des Volks vor Gott und bringe die Geschäfte vor Gott ²⁰und stelle ihnen Rechte und Gesetze, daß du sie lehrst den Weg, darin sie wandeln, und die Werke, die sie tun sollen. ²¹Siehe dich aber um unter allem Volk nach redlichen Leuten, die Gott fürchten, wahrhaftig und dem Geiz feind sind; die setze über sie, etliche über tausend, über hundert, über fünfzig und über zehn, ²²daß sie das Volk allezeit richten; wo aber eine große Sache ist, daß sie dieselbe an dich bringen, und sie alle geringen Sachen richten. So wird dir's leichter werden, und sie werden mit dir tragen. ²³Wirst du das tun, so kannst du ausrichten, was Gott dir gebietet, und all dies Volk kann mit Frieden an seinen Ort kommen“. Letztlich wird ein Modell der Delegation in hierarchischer Herrschaftsorganisation umschrieben. Siehe auch: *Lecheler*, Das Subsidiaritätsprinzip, 1993, S. 31.

³⁸ *Baumgartner*, „Jede Gesellschaftstätigkeit ist ihrem Wesen nach subsidiär“, in: *Nörr/Oppermann* (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, 1997, S. 13 ff.

³⁹ Etwa: Enquete-Kommission „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“, Abschlussbericht, BT/Drs. 14/8900, S. 25; *Gilbert/Gilbert*, The Enabling State: Modern Welfare Capitalism in America, 1989, S. 163 ff.; *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2000, S. 17; *Schuppert*, Aktivierender Staat und Zivilgesellschaft, in: Enquete-Kommission „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“ (Hrsg.), Bürgerschaftliches Engagement und Zivilgesellschaft, S. 185 ff.

⁴⁰ Etwa: *Spieker*, Herrschaft und Subsidiarität: Die Rolle der Zivilgesellschaft, in: *Mücl* (Hrsg.), Subsidiarität – Gestaltungsprinzip für eine freiheitliche Ordnung in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, 1999, S. 49 ff. S. auch schon: *Droege*, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, 2010, S. 295 ff.

⁴¹ Zu diesem und den Zweifeln an der Leistungsfähigkeit des Subsidiaritätsprinzips: *Volkmann*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1998, S. 340 f. m.w.N.

III. Verfassungsrechtliche Anlagerungen des Subsidiaritätsprinzips

Über den Weg des Europarechts hat der Grundsatz der Subsidiarität auch Niederschlag im Text des Grundgesetzes gefunden⁴². Art. 23 Abs. 1 GG verpflichtet in Form eines Staatsziels die Bundesrepublik Deutschland, an der Entwicklung der Europäischen Union mitzuwirken. Basale Strukturen der grundgesetzlichen Verfassungsstaatlichkeit begrenzen dabei als rechtliche Eckpunkte der europäischen Integration diese Mitwirkungspflicht. Neben den demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen, sowie einem vergleichbaren Grundrechtsschutz, tritt auch der Grundsatz der Subsidiarität im Rahmen dieser Struktursicherungsklausel als Charakterisierung des Integrationsziels hinzu⁴³. Die Vertiefung der Europäischen Integration steht unter dem Verfassungsvorbehalt einer dem Subsidiaritätsprinzip genügenden Ausgestaltung und Architektur der Europäischen Union. Subsidiarität fungiert hier nicht nur als Kompetenzausübungsregelung, sondern steuert die Kompetenz- und Aufgabenallokation im Mehrebenensystem zwischen Union und dem Mitgliedstaat Deutschland⁴⁴. Die durch Art. 23 Abs. 1 GG ermöglichte Übertragung von Hoheitsrechten wird unter den Vorbehalt der Beachtung des Subsidiaritätsprinzips gestellt. Inhaltliche Maßgaben zu seiner Ausfüllung finden sich im Grundgesetztext aber nicht. Das Subsidiaritätsprinzip verpflichtet die Staatsorgane, die an der Übertragung von Hoheitsrechten mitwirken, also Bundestag, Bundesrat und regelmäßig Bundesregierung, zu prüfen, ob die von der Übertragung betroffenen Aufgaben nicht ausreichend auf Bun-

⁴² Näher: *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999; *Lecheler*, Das Subsidiaritätsprinzip, 1993, S. 12 ff.

⁴³ Dazu: *Classen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 23 Abs. 1 Rn. 40 f.; *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 23 Rn. 21 f.; *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 71. Ergänzungslieferung 2014, Art. 23 Rn. 99 ff.; *Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 23 Rn. 37 ff.; *Uerpmann-Wittzack*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2012, Art. 23 Rn. 23 f.

⁴⁴ *Classen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 23 Abs. 1 Rn. 40; *Per-nice*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 70 f.; *Uerpmann-Wittzack*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2012, Art. 23 Rn. 23. S. ferner: BVerfGE 89, 155 (210 f.) (Maastricht).

des-, Landes- oder Kommunal-Ebene, sondern vielmehr auf supranationaler Ebene besser wahrgenommen werden können⁴⁵. Das Subsidiaritätsprinzip ist sub specie Art. 23 GG also nicht auf die Verfassungsordnung des Grundgesetzes, sondern auf die Europäische Union bezogen⁴⁶. Treibende Kraft seiner primärrechtlichen Verankerung war die Bundesrepublik Deutschland, namentlich der Druck der Bundesländer, die durch die Vertiefung des europäischen Integrationsprozesses eine zunehmende Aushöhlung ihrer Kompetenzen befürchteten. Während der deutsche Vorstoß bei Großbritannien auf Zustimmung traf, stieß er bei Frankreich und den südlichen Mitgliedstaaten eher auf Skepsis, bis hin zur Ablehnung. Diese Divergenzen haben sich in der Gestalt des Grundsatzes im Primärrecht als eines schwer zu handhabenden und die Integrationspraxis nicht nachhaltig beeinflussenden Formelkompromisses niedergeschlagen. Art. 5 Abs. 3 EUV erstreckt die Subsidiarität nur auf die konkurrierenden Kompetenzen von Union und Mitgliedstaaten⁴⁷. Es ist also gerade kein umfassendes Kompetenzverteilungsprinzip. Der gemeinsame Binnenmarkt, die gemeinsame Handels- und Zollpolitik, sowie das Organisations- und Verfahrensrecht der Unionsorgane sind ihm entzogen⁴⁸. Die Wirkungsweise des Subsidiaritätsprinzips ist dynamisch und wird durch das Zusammenspiel der Kriterien der Erforderlichkeit und Effizienz in Art. 5 EUV bestimmt. Im Lissabonner Revisionsprozess sollte das vor sich hin dümpelnde Subsidiaritätsprinzip geschärft werden⁴⁹. Ausdruck dessen ist, dass nun neben die traditionelle Implementierung der Subsidiaritätskontrolle in den Rechtssetzungsprozess ein Wächteramt der nationalen Parlamente tritt,

⁴⁵ *Classen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 23 Abs. 1 Rn. 40; *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 23 Rn. 21.

⁴⁶ *Grimm*, Subsidiarität und Föderalismus, FS Papier 2013, 49 (49).

⁴⁷ *Bickenbach*, Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV und seine Kontrolle, EuR 2013, 523 (527); *Calliess*, in: ders./Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 5 EUV Rn. 27 f.; *Geiger*, in: ders./Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 5 EUV Rn. 11; *Lienbacher*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 5 EUV Rn. 19; *Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 5 EUV Rn. 21. S. ferner das Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABl. 2007 Nr. C 306/150, welches nach Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 EUV Anwendung findet.

⁴⁸ S. die Aufzählung der ausschließlichen Zuständigkeiten in Art. 3 AEUV. Dazu: *Calliess*, in: ders./Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 3 AEUV Rn. 2 ff.

⁴⁹ S. zu den Problemen der Justiziabilität des früheren Art. 5 Abs. 2 EGV *Lienbacher*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 5 EUV Rn. 28 ff. m.w.N.

das prozessual in Form der Subsidiaritätsklage abgesichert ist (vgl. Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 EUV i.V.m. Art. 8 des Protokolls Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit)⁵⁰. Ob dieser Versuch der Effektivierung durch Verfahren etwas an der relativ hohen Unbestimmtheit der Kriterien des Subsidiaritätsprinzips geändert hat, dürfte zu bezweifeln sein⁵¹. Die Tatsache, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts maßgeblich auf die Verfassungsidentität als Struktursicherung abstellt, um dem Integrationsprozess Grenzen zu setzen⁵², deutet jedenfalls nicht auf ein substanzielles Vertrauen in die Wirksamkeit des Subsidiaritätsprinzips hin.

Ob der Gedanke der Subsidiarität außerhalb des Anwendungsbereiches des Art. 23 Abs. 1 GG Verfassungsrang genießt und als umfassendes Regulativ staatlicher Aufgabenkreation gegenüber gesellschaftlichen Regulierungsprozessen dienen kann, ist noch immer umstritten. Das Subsidiaritätsprinzip formuliert einerseits eine Ordnungsentscheidung für die Nachrangigkeit des Staates gegenüber den Grundrechtsträgern in ihrer Individualität wie ihrer gesellschaftlichen Gesamtheit. Verfassungsrechtlich wird dieser Vorrang aber funktional schon von der Grundrechtsbindung der öffentlichen Gewalt und der Abwehrfunktion der Grundrechte eingelöst⁵³. Subsidiarität zielt hier auch eher auf optimale Allokation der Erledigung einer öffentlichen Aufgabe, wohingegen das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip unbegrenzter Freiheit der Grundrechtsträger jedes staatliche Handeln, das in diese Freiheit eingreift, unter Rechtfertigungszwang setzt. Andererseits kann das Subsidiaritätsprinzip auch kaum die erhoffte Bändi-

⁵⁰ Dazu: *Bickenbach*, Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV und seine Kontrolle, EuR 2013, 523 (532 f.); *Kees*, Die Rechtsnatur der Subsidiaritätsklage nach dem Europäischen Verfassungsvertrag, ZEuS 2006, 423 ff.; *Thiele*, Das Rechtsschutzsystem nach dem Vertrag von Lissabon – (K)ein Schritt nach vorn?, EuR 2010, 30 (46 ff.). Zur Umsetzung dieser Vorgabe in Art. 23 Abs. 1a GG nur: *Shirvani*, Die europäische Subsidiaritätsklage und ihre Umsetzung ins deutsche Recht, JZ 2010, 753 ff.; *Uerpmann-Witzack/Edenharter*, Subsidiaritätsklage als parlamentarisches Minderheitsrecht?, EuR 2009, 313 ff.

⁵¹ *Grimm*, Subsidiarität und Föderalismus, FS Papier 2013, 49 (57).

⁵² BVerfGE 123, 267 *Lissabon Urteil*. S. zur Bewertung auch: *Grimm*, Subsidiarität und Föderalismus, FS Papier 2013, 49 (56).

⁵³ Nur *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, 196 (202 ff.); *Droge*, Staatsleistungen im säkularen Kultur- und Sozialstaat, 2004, S. 470.

gung staatlicher Aufgaben gewährleisten, ist es doch insoweit das Demokratieprinzip, das die konkrete Art des Aufgreifens und der Wahrnehmung des offenen Kanons der Staatsaufgaben reguliert⁵⁴.

Auch die verfassungsrechtlichen Beziehungen zwischen dem Subsidiaritätsprinzip und dem Prinzip des Föderalismus sind weniger eng als oft behauptet⁵⁵. Als verfassungsrechtliche Ausprägung wird vor allem der grundsätzliche Vorrang der Länder gegenüber dem Bund in der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 70 ff. GG und der Vollzugskompetenzen nach Art. 83 ff. GG sowie die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG angeführt⁵⁶. Ob diese Verfassungsstrukturen sich zur Subsidiarität als eines umgreifenden Verfassungsprinzips amalgamieren lassen, ist zweifelhaft. Der besondere Reiz des Subsidiaritätsprinzips für den Föderalismus liegt sicher darin, dass der aus ihm begründete Vorrang der inferioren Einheit ein normativ nutzbares Äquivalent zur Autonomie des Subjekts im Staat-Bürger-Verhältnis schafft und Rechtfertigungslasten auf die staatliche Binnenorganisation überträgt, die mittelbar dem Bürger, dem Einzelnen dienen sollen. Verfassungstextliche Anker hierfür sind kaum erkennbar. So stellt Art. 70 GG die Gesetzgebung des Bundes unter den Vorbehalt einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung, bindet den ermächtigenden Verfassungsgeber in der Kompetenzverteilung aber nicht⁵⁷. Auch aus der Bundesstaatsdiskussion wurde Subsidiarität nachgerade verdrängt, steht hier doch die Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse ganz im Vordergrund⁵⁸ bzw. die widerstreitenden Konzepte des entweder wettbewerblich oder von bündischer Solidarität geprägten Föderalismus. Schließlich wurden die jüngsten Föderalismusreformen nicht unter den Begriff der Subsidiarität gestellt⁵⁹. Versuche, das Subsidiaritätsprinzip in der Föderalismusdebatte zu reanimieren, sind so auf eher exotische Anleihen bei Konzepten spontaner Selbstorganisation und der

⁵⁴ Droege, Staatsleistungen im säkularen Kultur- und Sozialstaat, 2004, S. 469 f.

⁵⁵ Wie hier: Grimm, Subsidiarität und Föderalismus, FS Papier 2013, S. 49 ff. Eingehend: Moersch, Leistungsfähigkeit und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips, 2001, 102 ff. (158 ff.); Oeter, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaat, 1998. Anders Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 35 ff.

⁵⁶ Statt vieler: Oppermann, Subsidiarität im Sinne des Deutschen Grundgesetzes, in: Nörr/Oppermann (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, 1997, 215 (221 ff.)

⁵⁷ Grimm, Subsidiarität und Föderalismus, FS Papier 2013, 49 (51).

⁵⁸ Näher: Oeter, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaat, 1998, S. 542 ff.

⁵⁹ Grimm, Subsidiarität und Föderalismus, FS Papier 2013, S. 49, 52 ff.

Chaosforschung angewiesen und haben die Diskussion jedenfalls nicht nachhaltig beeinflussen können⁶⁰.

Jenseits des Art. 23 GG ist es um das Subsidiaritätsprinzip als normatives Prinzip der Verfassungsordnung also schlecht bestellt: Über die verfassungsrechtlich klar normierten freiheitsrechtlichen Grenzen der Staatstätigkeit hinaus besteht für die Kreation eines verfassungstextlich als umfassendes Regulativ jedenfalls nicht normierten und in seiner Reichweite unklaren Subsidiaritätsprinzips keinerlei Anlass⁶¹.

Außerhalb des genannten Bereiches mag das Subsidiaritätsprinzip allerdings in seiner ursprünglichen Rolle als ethisch fundiertes Gerechtigkeitspostulat überzeugen. Verlässt man die Ebene des Verfassungsrechts, erlaubt der Grad seiner Verwirklichung Aussagen über die Freiheitlichkeit des staatlichen Gemeinwesens und dessen auf das Individuum bezogene Grundausrichtung. Subsidiarität kann damit auch als Handlungsmaxime politischer Entscheidungen in Ausfüllung des verfassungsrechtlich hierfür gesetzten Rahmens fungieren, dem Rahmen selbst indes gehört es nicht an. Eben hierdurch erhält Subsidiarität die strukturelle Unabhängigkeit vom positiven Verfassungsrecht, die es braucht, um in kritischer Distanz der Staatslehre als Werkzeug zu dienen, die Verfassungsrechtsordnung zu hinter- und auf die ihr inhärenten Grundsätze einer gerechten Gesellschaftsordnung hin zu befragen. Mit diesem Werkzeug lässt sich auch die Finanzverfassung bearbeiten.

IV. Subsidiarität als Reformprinzip – Chancen und Risiken

Wenn es zutrifft, dass die Finanzverfassung ein verlässlicher Indikator des Zustandes eines Staates und seiner Verfassung ist⁶², dann ist man versucht *Heine* zu zitieren. Eignet sich Subsidiarität als Münchhausenprinzip der Fi-

⁶⁰ Oeter, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaat, 1998, S. 545 ff.

⁶¹ Droege, Art. Subsidiarität (J), in: Heun et al. (Hrsg.), EvStL, 4. Aufl. 2006, Sp. 2419 ff.

⁶² Zum Zusammenhang von Steuerverfassung und Staatsverfassung nur: Droege, Legitimation und Grenzen nichtsteuerlicher Abgaben – Zur Individualisierung der Finanzierungslast im Ordnungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Die Verwaltung 46 (2013), 313 (321 ff.); ders., Steuergerechtigkeit – eine Demokratiefrage?, RW 2013, 373 (376 ff.); Waldhoff, Historische Entwicklung von Besteuerung, StuW 2014, 19, 22 f. m.w.N.

nanzverfassung? Avanciert das Subsidiaritätsprinzip im anstehenden Reformprozess auch im Finanzverfassungsrecht zur „*Lieblingstheorie des gegenwärtigen Zeitalters*“⁶³?

Das Subsidiaritätsprinzip verspricht Sicherheit. Es erlaubt klare Hierarchisierungen auf dem Boden eines organischen Staats- und Gesellschaftsbildes. Nicht von ungefähr begleitet das Subsidiaritätsprinzip auch den Akt der Verfassungsgebung 1949, wenngleich seine verfassungstextliche Verankerung nicht erfolgte⁶⁴. Es ist in seiner Substanz darüber hinaus unmittelbar einleuchtend und verspricht Gewinne an Rationalität und Freiheitlichkeit. Freiheitlichkeit kann dann auch Finanzierungsautonomie heißen, worauf schon *Roman Herzog* hingewiesen hat.⁶⁵ Es scheint leistungsfähig, Sachaufgaben und damit auch Aufgabenverantwortlichkeit zuzuweisen und hierdurch einen Bedarf zu decken, der gerade in der Finanzverfassung als prominentestes Beispiel des Verbundföderalismus und der Politikverflechtung⁶⁶ groß ist. Das Sicherheitsversprechen kann freilich auch mit dem hohen Preis der Vereinfachung komplexer und vielfach redundanter institutioneller und organisatorischer Strukturen einhergehen, die sich im einfachen Muster der subsidiaritätsgerechten Hierarchisierung nicht abbilden lassen⁶⁷.

Das Subsidiaritätsprinzip verspricht aber zugleich Unsicherheit und eignet sich gerade deswegen als Leitprinzip in einem Reformprozess. Die abstrakte Sicherheit, was Subsidiarität meint, findet in der Konkretisierung des Prinzips und der Ableitung der konkreten Folgerungen aus dem Prinzip keine Entsprechung. Das Subsidiaritätsprinzip ist eben nicht nur ein Prinzip, kann also nicht nur in unterschiedlichem Grade verwirklicht wer-

⁶³ So die treffende Charakterisierung bei *Barion*, Die sozialetische Gleichschaltung der Länder und Gemeinden durch den Bund, *Der Staat* 3 (1964), 1, 1.

⁶⁴ Weder im Herrenchiemseer Entwurf noch im Entwurf des parlamentarischen Rates ist es aber ausdrücklich verankert worden. Im Einzelnen: *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 143 ff. m.w.N. Dazu auch: *Grimm*, Subsidiarität und Föderalismus, FS Papier 2013, 49 (50).

⁶⁵ *Herzog*, Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, *Der Staat* 2 (1963), 399 (409 f.).

⁶⁶ *Oeter*, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaat, 1998, S. 507 m.w.N.

⁶⁷ Hierzu auch schon: *Droege*, Staatsleistungen im säkularen Kultur- und Sozialstaat, 2004, S. 469 f.; *Herzog*, Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, *Der Staat* 2 (1963), 399, 403 ff.

den, es ist auch mehrdimensional, unterfängt den Schutz vor Kompetenzübergriffen wie den Anspruch auf unterstützende Hilfeleistung. Eben dies sichert seine Akzeptanz.

Die vermutliche Einmütigkeit, die Reform des Fiskalföderalismus dem Subsidiaritätsprinzip zu unterstellen, kann sich so fortsetzen in der legitimen Berechtigung, auch konträre Folgerungen und Forderungen als prinzipiengeleitet oder gar prinzipiengeboten ausweisen zu können.

Während also Substanz und Modus für die Verwendung des Subsidiaritätsprinzips als Reformprinzip sprechen, geht mit ihm doch ein erhebliches Risiko einher, das hier nicht verschwiegen werden soll. Am Subsidiaritätsprinzip lassen sich die tiefgründigen Wirkungen der Konfession in der Staatsrechtslehre nachzeichnen. Dies gilt jedenfalls für den Subsidiaritätsdiskurs der 1950-1960er Jahre⁶⁸. Das Subsidiaritätsprinzip erscheint hier als Kind der katholischen Staatsrechtslehre und musste evangelisch geprägter Staatsrechtswissenschaft – schon wegen ihres traditionell staatszugewandten Habitus – als illegitimer Bankert erscheinen. Die Auseinandersetzungen um das Subsidiaritätsprinzip wurden aus konfessionell zuzuordnenden Gräben geführt. Es ging das Gespenst einer Katholisierung des Rechts um⁶⁹. Das zwischenzeitliche Verstummen der Diskussion um die Subsidiarität kann als Indiz für das Verblässen der konfessionellen Imprägnierung der Staatsrechtslehre und der neuen Rolle der Staatsrechtslehrer als Glossatoren im Bundesverfassungsgerichtspositivismus⁷⁰ gedeutet wer-

⁶⁸ Zur Konfessionalisierung der Staatsrechtslehre hier nur: *Dreier*, Kanonistik und Konfessionalisierung – Marksteine auf dem Weg zum Staat, JZ 2002, 1, 12 f.; *Korioth*, Evangelisch-theologische Staatsethik und die juristische Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik und der frühen Bundesrepublik, in: Cancik et al. (Hrsg.), Konfession im Recht, 2009, S. 121 ff.; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. 4, 2012, S. 688.

⁶⁹ *Simon*, Katholisierung des Rechts?, 1962. Dazu auch: *Waldhoff*, Katholizismus und Verfassungsstaat, in: Jahres- und Tagungsbericht der Görresgesellschaft 2010, 2011, S. 43 ff.

⁷⁰ Dazu *Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 28 (1989), 161 ff.; *ders.*, Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel, JZ 2007, 157 ff. Zu den Befunden: *Korioth*, Der Befund „eines die Staatsrechtswissenschaft bestimmenden Bundesverfassungsgerichtspositivismus“, in: Nolte/Poscher/Wolter (Hrsg.), Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit, Freundesgabe für Bernhard Schlink, 2014, S. 31 ff.; *ders.*, Evangelisch-theologische Staatsethik und die

den. Indizien sind aber nicht selten unsicher. Es ist deshalb ein risikoreiches Experiment, ausgerechnet die Reform der Finanzverfassung zum Lackmустest dafür zu machen, ob auch auf diesem Feld die konfessionelle Prägung der Staatsrechtslehre fortbesteht. Konfessionen bekennen Wahrheiten und Wahrheiten sind nicht kompromissfähig⁷¹.

V. Subsidiaritätsprinzip als Heilsversprechen – Vom glücklichen Zustand des Staates

Das Subsidiaritätsprinzip hat sich als ein anspruchsvolles Strukturprinzip erwiesen, aber auch als Prinzip, das dynamisch und beweglich die Elemente des Vorrangs inferiorer Aufgabenallokation und der unterstützenden Hilfestellung ausprägen kann. Es erstreckt sich gleichermaßen auf Staat und Gesellschaft und ist damit vom eigenen Anspruch her ein Strukturprinzip des Gemeinwesens. Will man es normativ der Finanzverfassung unterlegen, drängt es diese sicher weg von der unvollständigen Rahmenordnung hin zur umfassenden Grundordnung. Dabei scheint mir gerade die Finanzverfassung eine hohe Affinität für Grundprinzipien der Rechts- und Staatsphilosophie und damit auch zum Subsidiaritätsgedanken zu haben, wo sonst hat es der „Schleier des Nichtwissens“ zu dogmatischer Relevanz gebracht⁷². Denkt man an die debattenprägende Verortung der Subsidiarität in Quadragesimo anno zurück, liegt die Übertragung auf die Finanzverfassung in der Tat nahe: Dort wird Subsidiarität aus dem pathologischen Befund eines wuchernden und überforderten Staates heraus als Heilsversprechen formuliert, hier ist jedenfalls der pathologische Befund vergleichbar. Ob das Versprechen der Heilung eingelöst werden kann, ist das Thema der nachfolgenden Referate, den Heilungserfolg aber hat schon *Pius XI.* beschrieben: In der subsidiaritätsgeleiteten Verabschiedung des Wohlfahrtsstaates liegt nicht zuletzt das Versprechen der Staatswohlfahrt

juristische Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik und der frühen Bundesrepublik, in: Cancik et al. (Hrsg.), *Konfession im Recht*, 2009, 121 (140 f.); Schönberger, *Bundesverfassungsgerichtspositivismus – Zu einer Erfolgsformel Bernhard Schlinks*, in: Nolte/Poscher/Wolter (Hrsg.), *Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit*, Freundesgabe für Bernhard Schlink, 2014, S. 41 ff.

⁷¹ Hier mag allein die alttestamentarische Verankerung des Subsidiaritätsprinzips hilfreich sein, konfessionelle Grenzen zu überbrücken.

⁷² Vgl. BVerfGE 101, 158 (218).

oder in den Worten der Enzyklika: *„Darum mögen die staatlichen Machthaber sich überzeugt halten: je besser durch strenge Beobachtung des Prinzips der Subsidiarität die Stufenordnung der verschiedenen Vergesellschaftungen innegehalten wird, um so stärker stehen gesellschaftliche Autorität und gesellschaftliche Wirkkraft da, um so besser und glücklicher ist es auch um den Staat bestellt.“*⁷³

⁷³ Nr. 80 der Enzyklika *Quadragesimo anno*, lat. *Acta Apostolicae Sedis* 23 (1931), 203, zitiert nach der deutschen Übersetzung bei Bundesverband der Katholischen Arbeiterbewegung Deutschlands (Hrsg.), *Texte zur katholischen Soziallehre, Die sozialen Rundschreiben der Päpste und andere kirchliche Dokumente mit einer Einführung von Oswald von Nell-Breuning*, 9. Aufl. 2007, S. 91.

§ 3 Subsidiarität im finanzverfassungsrechtlichen Bund-Länder-Verhältnis

Christian Seiler

I.	Subsidiarität als Klugheitsregel: Vergleich der Eignung zur Aufgabenerledigung.....	28
II.	Ansätze eines Subsidiaritätsdenkens im geltenden Finanzverfassungsrecht.....	30
1.	Sachakzessorietät der Ausgabenseite	31
2.	Spuren von Subsidiarität in der Aufteilung der Steuergesetzgebungskompetenzen	31
3.	Andersartiger Ansatz der Aufteilung des Steueraufkommens.....	33
4.	Punktuelle Elemente eines Subsidiaritätsdenkens in den Vollzugskompetenzen	33
5.	Keine Verdichtung zu einem finanzverfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzip.....	34
III.	Die Suche nach dem besseren Recht	35
1.	Zielvorstellung: Ausrichtung des Unitarisierungsgrades an der Sachverfassung.....	35
2.	Ausgabenseite: Konstanz im Grundsätzlichen, Rückbau von Mischfinanzierungen.....	36
3.	Abbau der Asymmetrie von Einnahmen- und Ausgabenkompetenzen durch Ausbau landesautonom zu erschließender Einnahmenquellen.....	37
4.	Blick auf einzelne Steuerarten.....	39
IV.	Fazit: Demokratische Verantwortungsklarheit, nicht Subsidiarität als Gebot der Stunde	42

Der Verfassungsstaat erhält seine reale Gestalt erst durch seine Finanzausstattung, die Bedingung jedes Staatshandelns ist. Demgemäß erfüllt die föderale Finanzverfassung die Bundesstaatlichkeit des Grundgesetzes mit Leben, indem sie den Sachkompetenzen von Bund und Ländern (Art. 70 ff., 83 ff. GG) in Art. 104a GG die zugehörigen Finanzierungslasten und in Art. 105 ff. GG die Zuständigkeiten zur Erlangung der nötigen Steuergelder zur Seite stellt. Der Textbefund dieser Bestimmungen befriedigt den auf Systematisierung bedachten Rechtswissenschaftler jedoch nur bedingt.

Der Verfassungswortlaut liefert lediglich eher technisch anmutende Zuweisungen von Finanzierungs- (Art. 104a GG), Gesetzgebungs- (Art. 105 GG), Ertrags- (Art. 106-107 GG) und Vollzugskompetenzen (Art. 108 GG), die sogleich die Frage nach einem ordnenden Prinzip aufwerfen. Ein solches könnte – möglichst im Gleichklang mit den Sachzuständigkeiten – eine zumindest beschreibende Funktion übernehmen, in Zweifelsfragen aber auch interpretatorische Rückschlüsse auf das grundgesetzlich Gewollte gestatten. An dieser Stelle liegt nun die Versuchung nahe, der föderalen Finanzverfassung ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip als derartiges Leitmotiv zu entnehmen. Jedenfalls weckt die Formulierung des mir zugedachten Themas diese Erwartung, die ich freilich im Folgenden enttäuschen werde. Die föderale Finanzverfassung enthält bestenfalls punktuell Anklänge eines Subsidiaritätsgedankens, die sich jedoch kaum zu einem allgemeinen Prinzip verfestigen lassen.

Um diese These zu erhärten, möchte ich nachfolgend zunächst (I.) einige Vorbemerkungen zum hier verwandten Verständnis von Subsidiarität machen, um dann (II.) das geltende Finanzverfassungsrecht nach Ansätzen eines solchen Subsidiaritätsdenkens zu befragen, bevor schließlich (III.) einige rechtspolitische Erwägungen zur Suche nach dem besseren Recht folgen sollen.

I. Subsidiarität als Klugheitsregel: Vergleich der Eignung zur Aufgabenerledigung

Der Subsidiaritätsgedanke benennt zuvörderst ein allgemeines sozialetisches Prinzip, das besondere Bedeutung in der katholischen Soziallehre¹

¹ Enzyklika „Quadragesimo anno“ vom 15.5.1931: „Wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen; zugleich ist es überaus nachteilig und verwirrt die ganze Gesellschaftsordnung. Jedwede Gesellschaftstätigkeit ist ja ihrem Wesen und Begriff nach subsidiär; sie soll die Glieder des Sozialkörpers unterstützen, darf sie aber niemals zerschlagen oder aufsaugen.“ Zitat nach Josef Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 19, Fußnote 2.

gewonnen hat, sich daneben aber auch aus liberalen² und föderalen³ Traditionen speist. Für unsere Zwecke helfen diese geisteswissenschaftlichen Erkenntnisse indes kaum weiter, schon weil ihre konkreten Prämissen und Folgerungen nicht allgemein konsensfähig sein dürften. Als Kategorie des Rechts könnte Subsidiarität daher weder im Sinne eines bestimmten sozialphilosophischen Ansatzes gedeutet noch als umfassendes Gesellschaftsmodell verstanden werden. Erst recht können nicht alle zugehörigen staats-, gesellschafts- und rechtsethischen Legitimitätsansprüche übernommen werden.

Geboten ist vielmehr ein behutsamerer Zugang, der sich zunächst darauf beschränken sollte, den Subsidiaritätsgedanken als bloße Klugheitsregel fruchtbar zu machen. Diese legt nahe, dem Individuum wie auch kleineren menschlichen Verbänden, soweit ihre eigenen Kräfte reichen, einen Vorrang gegenüber größeren Einheiten einzuräumen. Letztere sollen umgekehrt nur tätig werden, soweit sie die jeweilige Aufgabe besser erfüllen können. Ausschlaggebend ist mithin ein Vergleich der sachlichen Eignung zur Problemlösung: Die kleinere Einheit erledigt, wozu sie selbst in der Lage ist; der größere Verband springt ein, wo ihr die Kräfte fehlen. Eine so verstandene Subsidiarität hat zwei Ausprägungen, eine freiheitliche, die Eigenverantwortung gesellschaftlicher Kräfte einfordernde und eine auf die Staatsorganisation bezogene, das Verhältnis zwischen Hoheitsträgern anleitende Dimension. Im Folgenden soll nur die zweite Perspektive aufgegriffen werden; die andere Seite bedarf eigenständiger Betrachtung.⁴

Rechtliche Relevanz kommt dem Subsidiaritätsgedanken bei alledem nur zu, wenn und soweit konkrete Vorschriften seinen normativen Anspruch positivieren.⁵ Ansätze hierzu kann man namentlich im bundesstaatlichen

² J. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 44 ff.

³ Vgl. J. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 35 ff.

⁴ Zur der die Gesellschaft ansprechenden anderen Seite der Subsidiarität siehe den Beitrag von Klaus-D. Drißen, Staatliche und private Finanzierung öffentlicher Aufgaben.

⁵ Siehe allgemein H.-D. Horn, Die Verwaltung 26 (1993), 545 (567 ff.); J. Isensee, in: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), HStR, Band IV, 3. Auflage, Rn. 65 ff.; T. Oppermann, JuS 1996, S. 569 ff.; A. Süsterhenn, Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung, in: FS Nawiasky, 1956, S. 141 ff.; R. Zuck, Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, 1968; vgl. auch G. Schuppert, AÖR 114 (1989), S. 127 ff.; gegen ein generelles verfassungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip H. Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1973, 190 ff. (196); R. Herzog, Der Staat 2 (1963), S. 399 ff.

Kompetenzgefüge erkennen.⁶ So mag der Subsidiaritätsgedanke als legislatives Motiv einzelnen Länderzuständigkeiten zugrunde liegen. Noch deutlicher tritt er in der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG zutage, die letztlich gleichgerichtete Erwägungen zum Norminhalt gemacht hat, indem sie einen an den Zielen der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse sowie der Rechts- und Wirtschaftseinheit ausgerichteten Vergleich der Eignung von Bund und Ländern zur Rechtsetzung einfordert. Auch die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG und die durch sie ermöglichte autonome Legitimation der bürgernäheren kommunalen Ebene folgen dem gleichen Grundgedanken. Im Übrigen jedoch begegnet der Subsidiaritätsgedanke dem föderal ausdifferenzierten Demokratieprinzip, das es dem Staatsvolk der Bundesrepublik ohne weitere Vorbedingungen ermöglicht, seine grundgesetzlich verfasste Staatsgewalt auf der jeweils für zuständig erklärten Ebene auszuüben.⁷ Beobachtet man zudem die politische Wirklichkeit, so scheint eine rhetorische Betonung der Eigenständigkeit der Länder auf eine vorherrschende Erwartungshaltung an den Bund zu treffen, die sich juristisch in weitgehend ausgenutzten Bundeskompetenzen niederschlägt.

II. Ansätze eines Subsidiaritätsdenkens im geltenden Finanzverfassungsrecht

Die föderale Finanzverfassung kann mithin nicht an ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip des Grundgesetzes anknüpfen, sondern muss vor allem einer auf zwei Staatsebenen ausdifferenzierten demokratischen Legitimation Rechnung tragen. Demgemäß finden sich in der Finanzverfassung auch nur wenige Spuren eines Subsidiaritätsdenkens, wobei eine je gesonderte Betrachtung der einzelnen Kompetenztitel angezeigt ist.

⁶ J. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, 224 ff. (225 f.). Vgl. auch S. Oeter, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1988 (mit Plädoyer für eine Stärkung der Subsidiarität, S. 565 ff.).

⁷ Vgl. R. Herzog, Der Staat 2 (1963), 399 (416).

1. Sachakzessorietät der Ausgabenseite

Die zuerst in den Blick zu nehmende Ausgabenseite verhält sich insofern vollständig neutral. Das Konnexitätsprinzip des Art. 104a Abs. 1 GG und seine eng umgrenzten Ausnahmen (Art. 104a Abs. 3, 104b GG) orientieren sich vielmehr regelmäßig an der Sachverantwortung und folgen damit gewissermaßen akzessorisch dem Unitarisierungsgrad der Sachkompetenzen.

2. Spuren von Subsidiarität in der Aufteilung der Steuergesetzgebungskompetenzen

Wenn überhaupt finden sich Anklänge einer Subsidiarität in der Einnahmenverfassung. Zu denken ist dabei vor allem an die Zuständigkeiten zur Steuergesetzgebung (Art. 105 GG), die den Sachkompetenzen strukturanalogue ausgestaltet sind und ebenso wie jene von einer systematischen Regelzuständigkeit der Länder ausgehen, der überwiegend konkurrierende Bundeskompetenzen entgegnet werden. Der praktisch wichtigste dieser Kompetenztitel, die erste Alternative von Art. 105 Abs. 2 GG folgt indes gegenständlich den Ertragshoheiten, differenziert also gerade nicht nach einer Eignung zur Gesetzgebung und lässt sich insoweit kaum originär dem Subsidiaritätsdenken zuordnen. Ein anderes mag hier womöglich für die ausdrücklich den Ländern vorbehaltenen Zuständigkeiten nach Art. 105 Abs. 2a GG zur Regelung der örtlichen Verbrauchsteuern (S. 1) und zur Bestimmung der Steuersätze der Grunderwerbsteuer (S. 2) gelten. Jedoch können diese Länderkompetenzen, selbst wenn ihnen eine fehlende Notwendigkeit bundesgesetzlicher Regelung als Motiv zugrunde gelegen haben mag, keinesfalls als systemprägend angesehen werden. Ein nennenswertes Subsidiaritätselement findet sich daher wohl allein in der zweiten Alternative von Art. 105 Abs. 2 GG, soweit diese die konkurrierende Bundeszuständigkeit zur Regelung von Ländersteuern an die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG bindet und damit den nach dieser Vorschrift anzustellenden Ebenenvergleich einfordert. Die hiervon betroffenen Steuerarten, namentlich die Erbschaftsteuer, die Gewerbesteuer, die Grund- und die Grunderwerbsteuer, vormals auch die Vermögensteuer, dürften aber nach Anzahl und vor allem Aufkommen keine für die gesamte

Finanzverfassung prägende Bedeutung erlangen, zumal die Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG zwar grundsätzlich streng zu handhaben sind⁸, aber im Regelfall doch eine bundesgesetzliche Normierung gestatten. So würde etwa bei der Erbschaftsteuer eine von Land zu Land abweichende Definition der Bemessungsgrundlagen komplizierte Abstimmungsfragen aufwerfen. Unverzichtbar bleiben deshalb jedenfalls länderübergreifende allgemeine Besteuerungsmaßstäbe ebenso wie übergeordnete Steueraufteilungskriterien. Die Alternative staatsvertraglicher Doppelbesteuerungsabkommen brächte hingegen eine Gefahr für die Rechtseinheit mit sich, der zu begegnen gerade Sinn und Zweck der Bundeskompetenz ist. Auch die Steuersätze müssten um der Wirtschaftseinheit willen zumindest innerhalb eines bundesgesetzlich vorgegebenen Korridors verbleiben, um einem schädlichen Unterbietungswettbewerb zwischen den Ländern vorzubeugen. Ein Erbschaftsteuergesetz des Bundes bleibt mithin „erforderlich“ im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG.⁹ Zur Diskussion könnte allenfalls dessen genaue Regelungsdichte stehen, über die zu befinden aber der Einschätzung des dem Grunde nach konkurrierend zuständigen Bundesgesetzgebers überlassen bleiben sollte. Für die Gewerbesteuer gilt Ähnliches, zumal hier bereits Art. 106 Abs. 6 GG eine Kombination von bundesgesetzlicher Bemessungsgrundlage mit kommunal definierten Hebesätzen nahelegt. Allein für die Grund- und die Grunderwerbsteuer könnte man, weil ihre Steuerquellen immobil und daher örtlich besonders verwurzelt sind, an das Fehlen einer Erforderlichkeit bundesgesetzlicher Regulierung denken. Die für beide Steuerarten eindeutige Verfassungsentscheidung, den Ländern beziehungsweise Gemeinden (nur) die Bestimmung der Steuer- oder Hebesätze zuzuweisen (Art. 105 Abs. 2a S. 2, Abs. 6 S. 2 GG), spricht hingegen im Umkehrschluss für eine dem Grunde nach bestehende Bundeskompetenz zur Regulierung jedenfalls der Bemessungsgrundlagen, aber wohl auch der Tarifstrukturen. Im Ergebnis bleiben die von Verfassungs wegen den Ländern vorbehaltenen Gesetzgebungszuständigkeiten auf Randbereiche beschränkt, wohingegen der Bund auf diesem Gebiet gerade nicht nur subsidiär tätig wird.

⁸ Grundlegend BVerfGE 106, 62 (135 ff.) *Altenpflege*; bestätigend BVerfGE 111, 226 (246 ff.) *Juniorprofessur*; E 112, 226 (243 ff.) *Studiengebühren*.

⁹ So jetzt auch BVerfG NJW 2015, 303 (305).

3. Andersartiger Ansatz der Aufteilung des Steueraufkommens

Die Aufteilung des Steueraufkommens ist ebenfalls nicht einem Subsidiaritätsanliegen geschuldet. Platz greifen könnte ein solches allenfalls im Rahmen der ersten Stufe des vierstufigen Aufteilungs- und Ausgleichssystems. Jedoch folgt die vertikale Aufteilung des Steueraufkommens zwischen Bund und Ländergesamtheit (Art. 106 GG) weder einer Vermutung für die kleinere Einheit noch einem Kriterium der Eignung zur Problemlösung. Vielmehr ist sie in dem Sinne abstrakt aufgabenakzessorisch, dass sie alle betroffenen Verbände insgesamt, das heißt ungeachtet konkreter Ausgabenentscheidungen, in die Lage versetzen soll, ihre Aufgaben zu erledigen. Die zweite und dritte Systemstufe, die Steueraufteilung zwischen den Ländern (Art. 107 Abs. 1 GG) und der sich anschließende Länderfinanzausgleich (Art. 107 Abs. 2 S. 1-2 GG), lassen sich erst recht nicht dem Subsidiaritätsgedanken zuordnen, schon weil sie das Verhältnis von Vielheit und Einheit auf der horizontalen Ebene nebeneinander bestehender Verbände ansprechen, ohne die höhere Ebene des Bundes einzubeziehen. Ein Vergleich von kleinerem und größerem Verband, wie er für die Subsidiarität charakteristisch ist, findet damit nicht statt. Ein anderes folgt auch nicht daraus, dass der horizontale Länderfinanzausgleich einer übergeordneten Solidarität dient, die sich theoretisch als komplementäres Gegenstück zur Subsidiarität ansehen lässt. Denn diese Solidarität wird gerade außerhalb einer Über-/Unterordnung geleistet. Etwas anders setzt lediglich die nachfolgende vierte Stufe der Bundesergänzungszuweisungen (Art. 107 Abs. 2 S. 3 GG) an. Die dort geleistete Solidarität des Bundes knüpft in der Tat an eine Leistungsschwäche der empfangenden Bundesglieder an. Sie allein deshalb in ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip pressen zu wollen, ginge gleichwohl zu weit.

4. Punktuelle Elemente eines Subsidiaritätsdenkens in den Vollzugskompetenzen

Auch die Vollzugskompetenzen (Art. 108 GG) fügen sich nicht wirklich in das Subsidiaritätsdenken. Jedenfalls dürfte die Regelzuständigkeit der Länder zur Steuerverwaltung (Art. 108 Abs. 2 GG) eher historischen Traditionen des deutschen Staatsaufbaus als ihrer besonderen Eignung zum Vollzug der Steuergesetze geschuldet sein. Ein solcher Ansatz findet sich allein in Abs. 4 von Art. 108 GG, dessen S. 1 ausnahmsweise eine von der Regel

abweichende bundesgesetzliche Zuordnung der Verwaltungsaufgabe ermöglicht. Hiernach können einerseits Bundes- oder Landesbehörden zusammenwirken¹⁰ und andererseits die Länder¹¹ oder der Bund die Verwaltung für jene Steuern übernehmen, die anderenfalls der Vollzugskompetenz der jeweils anderen Ebene unterfielen. Voraussetzung ist dabei stets, dass der Vollzug der Steuergesetze erheblich verbessert oder erleichtert wird, was letztlich auf einen Vergleich der Eignung zur Aufgabenerledigung hinausläuft. Bestätigt wird dies durch einen Blick auf das einfache Recht. So hat namentlich § 5 FVG zahlreiche an sich den Ländern obliegende Aufgaben auf die Bundeszentralstelle für Steuern (BZSt) übertragen, nicht zuletzt weil sie eine länderübergreifende Bedeutung haben (wie z.B. die Vergabe einheitlicher Identifikationsnummern nach §§ 139a-139d AO¹²) oder weil sie einen besonderen Auslandsbezug aufweisen (wie z.B. die Funktion als zuständige Behörde auf dem Gebiet der Amts- und Rechtshilfe oder bei der Durchführung doppelbesteuerungsrechtlicher Verständigungs- und Schiedsverfahren¹³), die jeweils eine bundesbehördliche Behandlung sachgerecht erscheinen lassen.

5. Keine Verdichtung zu einem finanzverfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzip

Alles in allem weist die Finanzverfassung nur wenige Elemente auf, die dem Subsidiaritätsgedanken entsprechen. Keines von ihnen dürfte zudem bewusst als Ausdruck von Subsidiarität eingeführt worden sein. Demgemäß liegt es fern, der geltenden Finanzverfassung ein solches Rechtsprinzip unterstellen zu wollen. Es wäre auch nicht sinnvoll. Denn es ist nicht Aufgabe der föderalen Finanzverfassung, das Kräfteverhältnis zwischen Bund und Ländern originär auszugestalten. Sie ist vielmehr in dem Sinne

¹⁰ Hierauf gestützt ermöglicht § 19 FVG eine Mitwirkung der Bundeszentralstelle für Steuern an Außenprüfungen der Landesfinanzbehörden, insbesondere um Sachverhalten mit Auslandsbezug besser gerecht werden zu können.

¹¹ Vgl. § 18a FVG, nach dem sich der Bund zum Vollzug der Kraftfahrzeugsteuer übergangsweise im Wege der Organleihe der Landesverwaltung bedient hat.

¹² § 5 Abs. 1 Nr. 22 FVG.

¹³ § 5 Abs. 1 Nr. 5 FVG.

„Folgeverfassung“¹⁴, dass sie die in den Sachkompetenzen ausgeformte Bundesstaatlichkeit fiskalisch abzusichern hat, wobei jede Verschiebung der Ausgabenlasten oder Einnahmenkompetenzen faktisch auf das reale Gewicht beider Staatsebenen zurückwirkt. Geboten ist daher nicht eine isoliert zu betrachtende finanzverfassungsrechtliche Subsidiarität, sondern eine bestmögliche Abstimmung von Sach- und Finanzkompetenzen, die beide parallel den gleichen Grad an Unitarisierung oder Dezentralität anstreben sollten. Insofern könnte ein der Sachverfassung innewohnender Subsidiaritätsgedanke dann auch indirekt auf die föderale Finanzverfassung zurückwirken. Er ist ihr lediglich nicht unmittelbar zu eigen.

III. Die Suche nach dem besseren Recht

1. Zielvorstellung: Ausrichtung des Unitarisierungsgrades an der Sachverfassung

Dieser Perspektivenwechsel führt zur Frage nach der richtigen Abstimmung von Sach- und Finanzkompetenzen. Die föderale Finanzverfassung sollte hierbei das in der Sachverfassung vorzuzeichnende Verhältnis von Einheit und Vielfalt aufgreifen, um es dann akzessorisch im Sinne sowohl einer demokratische Verantwortlichkeiten stärkenden Klarheit der Kompetenzlage als auch einer aufgabenangemessenen Finanzierung aller beteiligten Verbände auszuformen. Im Einzelnen ist eine je gesonderte Betrachtung der verschiedenen Bausteine der Finanzverfassung angezeigt.¹⁵

¹⁴ F. Kirchhof, Grundzüge der Finanzverfassung des vereinten Deutschlands, VVDStRL 52 (1993), 71 (80). – Der Begriff sollte allerdings nicht in einem einseitigen Sinne der Bindung der Finanz- an die Sachverfassung verstanden werden, sondern die wechselseitigen Bedingtheiten und Rückwirkungen beider Teile der grundgesetzlichen Ordnung in Rechnung stellen.

¹⁵ Eingehender zum Folgenden bereits C. Seiler, Die Reform der Finanzverfassung, insbesondere die Neuregelung des Finanzausgleichs, in: Hill/ Sommermann/ Wieland/ Ziekow (Hrsg.), Brauchen wir eine neue Verfassung?, 2014, S. 135 ff.

2. Ausgabenseite: Konstanz im Grundsätzlichen, Rückbau von Mischfinanzierungen

Die Ausgabenseite gibt insofern den geringsten Anlass zur Kritik, da das Konnexitätsprinzip des Art. 104a Abs. 1 GG bereits wesensmäßig auf einen Gleichlauf von Sach- und Finanzverantwortung angelegt ist. Auch die Auswahl des Verwaltungshandelns, nicht der Gesetzgebung als Regelbezugsgröße der Finanzierungsverantwortung erscheint angemessen, da so Anreize zu einem mittelschonenden Normvollzug gesetzt werden.¹⁶ Art. 104a Abs. 2-3 GG fügt sinnvolle Ausnahmen für die Bundesauftragsverwaltung und für üblicherweise als gebundene Entscheidung ausgestaltete Geldleistungen hinzu, bei denen eine Bundesfinanzierung keine Übergriffe in die Sachkompetenz der Länder befürchten lässt. Diese Ausnahmen ließen sich, soweit der Ausgabenumfang gesetzlich hinreichend deutlich festgeschrieben, das heißt der Disposition der vollziehenden Stelle entzogen werden kann, auch noch punktuell erweitern¹⁷, ohne dass hierdurch strukturelle Verschiebungen der föderalen Architektur zu befürchten wären. Im Übrigen schützt das Zustimmungserfordernis des Art. 104a Abs. 4 GG die Länder gegen eine übermäßige Inanspruchnahme durch den Bund.

Kritischer sind dagegen die im Grundgesetz an verschiedener Stelle ermöglichten Mischfinanzierungen durch Bund und Länder zu würdigen. Sie finden sich in je verschiedener Gestalt bei den Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91a Abs. 3, 91b Abs. 3, 91c Abs. 2 S. 4, 91e Abs. 2 S. 2), erfolgen im Wege von Finanzhilfen des Bundes (Art. 104b GG) oder werden auf sonstige Bestimmungen gestützt (Art. 106 Abs. 8, 106a, 143c, 143d Abs. 2-3 GG). Auch wenn sich solche Mischfinanzierungen derzeit einer gewissen

¹⁶ Anders namentlich *F. Kirchhof*, Empfehlen sich Maßnahmen, um in der Finanzverfassung Aufgaben- und Ausgabenverantwortung von Bund, Ländern und Gemeinden stärker zusammenzuführen?, Gutachten D zum 61. Deutschen Juristentag 1996, S. D 57 ff.; zuvor *derselbe*, Grundsätze der Finanzverfassung des vereinten Deutschlands, VVDStRL 52 (1993), 71 (94): de lege ferenda Übergang zur Gesetzeskausalität, da bereits das Gesetz, nicht erst sein Vollzug die wesentliche Kostenursache setze. – Dagegen plädieren *P. Selmer*, Empfehlen sich Maßnahmen, um in der Finanzverfassung Aufgaben- und Ausgabenverantwortung von Bund, Ländern und Gemeinden stärker zusammenzuführen?, NJW 1996, 2062 (2065 f.) und *S. Korioth*, Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen?, ZG 2007, 1 (10 f.) für ein Festhalten an der Vollzugskausalität des Art. 104a Abs. 1 GG.

¹⁷ Vgl. *S. Kempny/E. Reimer*, Gutachten D zum 70. Deutschen Juristentag 2014, S. D 37 ff.

politischen Beliebtheit zu erfreuen scheinen¹⁸, vermengen sie doch die Verantwortlichkeiten und beeinträchtigen dadurch die demokratische Legitimation und Rationalität sowohl der Finanzierungs- als auch der Sachentscheidung. Und sie haben faktische Übergriffe des Geldgebers in die Sachkompetenz zur Folge, wenn und soweit Mittelzuweisungen an die „goldenen Zügel“ inhaltlicher Bedingungen geknüpft werden.¹⁹ Ganz abgesehen davon tragen sie auch eine Tendenz zur unbedachten Ausgabenerhöhung des Gesamtstaates in sich, da sie die politische Kosten-Nutzen-Balance verschieben, indem sie der zur Sachentscheidung berufenen Ebene ermöglichen, einen gewünschten Erfolg mit nur anteiligem Einsatz eigener Haushaltsmittel zu bewirken. Folglich sind Mischfinanzierungen eher ab- als auszubauen. Soweit sie Ausdruck eines Bedarfs an nationaler Einheit sein sollten, sind sie vorzugsweise zugunsten einer Sachkompetenz des Bundes, im Übrigen im Sinne einer auch fiskalischen Alleinverantwortung der (aufgabenadäquat zu finanzierenden) Länder aufzulösen.²⁰

3. Abbau der Asymmetrie von Einnahmen- und Ausgabenkompetenzen durch Ausbau landesautonom zu erschließender Einnahmenquellen

Erweitert man den Blick auf die Einnahmenseite der Finanzverfassung lässt sich eine strukturelle Asymmetrie der Zuständigkeiten feststellen. Während die Steuergesetzgebung weitgehend dem Bund aufgegeben ist

¹⁸ Repräsentativ S. Koriath, Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen?, ZG 2007, 1 (5 f.), der es als einen Vorteil von Mischfinanzierungen ansieht, dass sie „gesamtstaatlich problematische Unterschiede durch zentrale Steuerung ausgleichen“ könnten (S. 6). Jedoch spricht ein Bedürfnis nach „zentraler Steuerung“ eher für eine (konkurrierende) Sachkompetenz des Bundes, nicht aber für eine indirekte Einmischung des Bundes in (ausschließliche) Länderkompetenzen über den Umweg der Finanzierung.

¹⁹ Siehe auch F. Kirchhof, Den zweiten Schritt wagen! – Die Novellierung der Finanzverfassung als notwendige zweite Stufe der Föderalismusreform, ZG 2006, 288 (294).

²⁰ Skeptisch gegenüber einer (auch finanziellen) Kooperation von Bund und Ländern auf dem Gebiet der Bildungspolitik U. Häde, Föderalismusreform in Deutschland – auf dem Weg zur dritten Stufe, LKV 2011, 97 (101). Hingegen kritisiert S. Koriath, Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen?, ZG 2007, 1 (5) gerade den Rückzug des Bundes aus der Finanzierung des Hochschulbaus, da kleinere Länder ihre neuen Freiheiten hier womöglich nicht wirklich nutzen könnten.

(Art. 105 GG), sodass die Bürger in ganz Deutschland nahezu einheitlich belastet werden, wird das Steueraufkommen föderal aufgeteilt (Art. 106-107 GG) und hiernach der Budgethoheit von Bund und Ländern (Art. 109 Abs. 1 GG) überantwortet, sodass alle Gebietskörperschaften prinzipiell autonom über die Verwendung ihres Anteils der von den jeweils Zugehörigen aufbrachten Steuermittel entscheiden können. Die Finanzautonomie der Länder ist mithin derzeit vor allem eine Ausgaben-, keine Einnahmenautonomie. Dieser Befund wird zwar durch ein beachtliches Maß an bundesgesetzlicher Vorzeichnung der landesseitig zu finanzierenden Aufgaben abgeschwächt. Gleichwohl übersteigen die Gestaltungsbefugnisse der Länder hinsichtlich ihrer Aufgaben und damit auch Ausgaben ihre beschränkten Möglichkeiten zur autonomen Mittelbeschaffung. Im Interesse demokratischer Verantwortungsklarheit wäre es indessen wünschenswert, die – verfassungsrechtlich voneinander unabhängigen – Entscheidungen über Aufgaben, Ausgaben und Einnahmen künftig stärker in eine Hand zu legen.²¹ Es sollte daher erwogen werden, die Reichweite der landesautonom zu erschließenden Finanzierungsquellen behutsam auszubauen.²² Dabei genügen jedoch bereits kleinere Schritte, nicht zuletzt weil die Länder nur den kleineren Teil ihrer Aufgaben frei von bundesgesetzlichen Vorgaben gestalten können.

Eine Neuordnung der föderalen Finanzverfassung sollte sich demgemäß – abgesehen von der hier nicht thematisierten Reform des Länderfinanzausgleichs – vor allem dem Ziel einer punktuellen Entflechtung der Finanzkompetenzen bei gradueller Stärkung der Länderebene widmen. Dennoch kann die Einnahmenverfassung an ihrer grundsätzlichen Kombination von Elementen eines Misch- und eines Trennsystems festhalten. Zwar böte ein reines Trennsystem, das den Steuerverbund auflöste und einzelne Steuerarten jeweils abschließend der einen oder anderen Ebene zuwies, den Vorzug größerer Klarheit.²³ Für bestimmte Steuerarten kann es deshalb sinnvoll sein, sie ungeteilt der einen oder anderen Ebene zuzuordnen. Ein

²¹ Ebenso *F. Kirchhof*, Den zweiten Schritt wagen! – Die Novellierung der Finanzverfassung als notwendige zweite Stufe der Föderalismusreform, ZG 2006, 288 (295), der hierin das Ideal eines fiscal federalism erkennt.

²² Ausführlich hierzu schon *I. Kesper*, Bundesstaatliche Finanzordnung, 1998, S. 335 ff. m.w.N.

²³ Gegen ein Trennsystem *S. Koriath*, Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen?, ZG 2007, 1 (12 f.).

anderes sollte jedoch auch in Zukunft für die ertragskräftigen Gemeinschaftsteuern gelten, also für die Einkommen-, Körperschaft- und Umsatzsteuer (Art. 106 Abs. 3 GG), schon weil sich ihr Aufkommen im Konjunkturverlauf unterschiedlich entwickelt und eine getrennte Zuordnung der Erträge folglich dem Anliegen einer konstant stabilen Finanzausstattung beider Staatsebenen widerspräche.

Im Übrigen jedoch bliebe Raum für eine die Länderautonomie stärkende Entflechtung der Einnahmenkompetenzen. Hierbei ist je nach Steuerart zu differenzieren. In Betracht kämen sowohl die Übertragung einer ganzen Steuerquelle als auch die vollständige oder teilweise Delegation des Gesetzgebungsrechts für eine bislang bundesgesetzlich geregelte, aber von den Ländern vereinnahmte Steuerart.

4. Blick auf einzelne Steuerarten

Eine andere Frage ist jene, welche Steuerarten sich ihrem Gegenstand nach besonders für eine Gesetzgebung der Länder eignen. Die Einkommen- und die Körperschaftsteuer bieten sich jedenfalls nicht an. Ihre Bemessungsgrundlage ist schon um der Rechts- und Wirtschaftseinheit willen bundesgesetzlich zu regeln²⁴, zumal eine Gesetzgebung auf Länderebene komplizierte Zusatzregelungen für Sachverhalte mit Bezug zu mehreren Bundesländern erfordern und so einen erheblichen normativen Aufwand verursachen würde. Im Fall vollständiger Delegation der Gesetzgebung an die Länder müsste man sogar das aus dem internationalen Steuerrecht geläufige Instrument der Doppelbesteuerungsabkommen auf länderübergreifende Steuerfälle innerhalb Deutschlands übertragen²⁵ – ein zweifelsohne zu hoher Preis. Sinnvollerweise in Betracht kommen damit allein landesrechtliche Zuschläge zu diesen Gemeinschaftsteuern.²⁶ In diesem Fall wäre aber darauf zu achten, dass sich das Steuersatzgefälle in Grenzen hielte. Denn ansonsten könnte ein schädlicher „Steuerwettbewerb“ zwischen den zur wechselseitigen Solidarität verpflichteten Ländern drohen, der die

²⁴ Vgl. S. Koriath, Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen?, ZG 2007, 1 (12 f.).

²⁵ Siehe F. Kirchhof, Den zweiten Schritt wagen! – Die Novellierung der Finanzverfassung als notwendige zweite Stufe der Föderalismusreform, ZG 2006, 288 (295).

²⁶ S. Koriath, Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen?, ZG 2007, 1 (13 f.) schlägt einen Abweichungskorridor von 5 Prozent des Steuersatzes vor.

Steuerpflichtigen nicht zuletzt zur Verlagerung mobiler Finanzquellen in Bundesländer mit niedrigeren Steuersätzen anreizen würde. Die schlechten Erfahrungen aus der Europäischen Union, in der manche Mitgliedstaaten ihre Steuersätze bewusst senken, um den anderen Staaten Steuersubstrat zu entziehen, mahnen hier zur Vorsicht.²⁷

Auch die Umsatzsteuer eignet sich nicht zur Stärkung der Länderautonomie. Eine weitgehende EU-Harmonisierung²⁸ und die Erhebungstechnik einer Allphasenumsatzbesteuerung mit Vorsteuerabzug belassen kaum legislative Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Bemessungsgrundlage.²⁹ National gestaltbar bleiben vor allem die Steuersätze. Die Länder hieran im Wege eines Zuschlagsrechts teilhaben zu lassen wäre aber wenig sinnvoll, da unterschiedliche Steuersätze den länderübergreifenden Vorsteuerabzug verkomplizieren und ein aufwendiges Clearing-Verfahren zwischen den Ländern erfordern würden.³⁰

Scheiden somit die Gemeinschaftsteuern als Orte gestärkter Länderautonomie aus, richtet sich der Blick auf andere Steuerarten. Eine Übertragung der gesamten Steuerquelle ließe sich etwa für die bundesgesetzlichen Verbrauchsteuern (Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG) erwägen, wodurch sich ein echter

²⁷ Zum europäischen „Steuerwettbewerb“ und seinen schädlichen Folgen *C. Seiler*, Steuerstaat und Binnenmarkt, in: *Deppenheuer/ Heintzen/ Jestaedt/ Axer* (Hrsg.), Staat im Wort, FS Isensee, 2007, 875 (883 ff.).

²⁸ Siehe *C. Seiler*, in: *Grabitz/ Hilf/ Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 2014, Art. 113 AEUV, Rn. 33 ff.

²⁹ Ebenso *S. Koriath*, Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen?, ZG 2007, 1 (13).

³⁰ Hingewiesen sei am Rande auch auf die gesetzliche Aufteilung der vereinnahmten Umsatzsteuer zwischen Bund und Ländern (§ 1 FAG). Diese benennt zwar nicht unmittelbar eine Frage der Länderautonomie, da sie sinnvollerweise nur bundesgesetzlich geregelt werden kann. Jedoch belegt die gängige Praxis, die vertikale Umsatzsteueraufteilung zur Finanzierung je konkreter politischer Zwecke einzusetzen, die Anfälligkeit der Finanzverfassung für aus ihrer Sicht wesensfremde Einflussnahmen auf Sachentscheidungen. Denn der Bund nutzt diese Möglichkeit nicht selten, um sich die Zustimmung der Länder im Bundesrat zu „erkaufen“. Maßstab der Umsatzsteueraufteilung sind dann konkret anfallende Kosten, obwohl Art. 106 Abs. 3 S. 4 Nr. 1 GG ein Abstellen auf die „notwendigen Ausgaben“ fordert, die gemäß BVerfGE 101, 158 (220) (Finanzausgleich IV) gerade nicht mit den tatsächlichen Ausgaben gleichgesetzt werden dürfen, sondern abstrakt bestimmt werden müssen. Die unbestrittene Schwierigkeit, den Begriff der notwendigen Ausgaben inhaltlich auszufüllen, rechtfertigt diese anlassbezogene Indienstnahme der Umsatzsteueraufteilung zum Zwecke der Einwirkung auf inhaltliche Gestaltungsentscheidungen jedenfalls nicht.

Zuwachs an Gestaltungsmacht allerdings nur jenseits der vorhandenen EU-Harmonisierung³¹ erzielen ließe, das heißt letztlich nur mit Blick auf die Steuersätze. Denkbar wäre auch, den Ländern die Kraftfahrzeugsteuer zurückzugeben (bei gegenläufiger Abschaffung von Art. 106b GG). Angesichts des politischen Interesses, die Kfz-Steuer zu umweltpolitischen Lenkungszwecken einzusetzen, käme hierbei in Betracht, eine bundesgesetzliche Bemessungsgrundlage mit einer landesrechtlichen Definition der Steuersätze (ggf. innerhalb vorgegebener Korridore) zu verbinden. Ferner ließe sich die Gesetzgebung über derzeit bundesgesetzlich geregelte Landessteuern übertragen.³² Eine Landesgesetzgebung schiene namentlich für die Grund- und die Grunderwerbsteuer sinnvoll (hinsichtlich der Grundsteuer stellvertretend für die den Ländern zugehörige Kommunalebene), bei denen, da es sich um unbewegliche Belastungsgegenstände handelt, kein schädlicher „Steuerwettbewerb“ droht.³³ Nachrangig ließe sich auch an landesrechtliche Zuschläge zur Erbschaft- und Schenkungsteuer denken. Da sich jedoch die belasteten Steuerquellen zum Teil recht einfach verlagern lassen, besteht bei dieser Steuerart die Gefahr eines entsolidarisierenden Unterbietungswettkampfs, zumal dessen Ausgangsbedingungen angesichts einer deutlich ungleichen regionalen Vermögensverteilung zu unterschiedlich wären. Als Folge dessen sollten solche Zuschläge jedenfalls auf ein geringes, bundesgesetzlich zu definierendes Maß beschränkt bleiben. Dann aber bleiben sie, weil das Aufkommen der Erbschaft- und Schenkungsteuer ohnehin nicht groß ist, auch weitgehend wirkungslos.

Insgesamt wäre eine behutsame Stärkung der Einnahmenautonomie der Länder zu begrüßen, nicht zuletzt um ihre Ausgabenautonomie mit einer fiskalischen Folgenverantwortung zu verknüpfen. Im Interesse der gesamtstaatlichen Solidarität sollte der zu erweiternde Länderzugriff jedoch auf mehrere Steuerarten mit jeweils geringer Belastungsintensität verteilt werden, wobei den weniger mobilen Steuerquellen der Vorzug gebühren sollte.

³¹ Hierzu C. Seiler, in: Grabitz/ Hilf/ Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 2014, Art. 113 AEUV, Rn. 43 ff.

³² S. Koriath, Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen?, ZG 2007, 1 (6 f.) mit Formulierungsvorschlag für einen neuen Art. 105 Abs. 2a GG.

³³ F. Kirchhof, Den zweiten Schritt wagen! – Die Novellierung der Finanzverfassung als notwendige zweite Stufe der Föderalismusreform, ZG 2006, 288 (295). – Die nicht mehr zeitgemäße Gewerbesteuer sollte ohnehin abgeschafft werden.

IV. Fazit: Demokratische Verantwortungsklarheit, nicht Subsidiarität als Gebot der Stunde

Nach alledem lässt sich abschließend festhalten, dass die föderale Finanzverfassung kein allgemeines Subsidiaritätsprinzip zur Ausgestaltung des fiskalischen Verhältnisses von Bund und Ländern kennt. Ein solches wäre auch nicht sinnvoll. Ansatzpunkt für eine künftige Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen sollte stattdessen ein Prinzip föderal ausdifferenzierter Demokratie sein, das die demokratische Legitimation finanzwirksamer Aufgaben-, Ausgaben- und Einnahmenentscheidungen in Einklang bringt. Auf der Grundlage der geltenden Aufgabenzuweisung an die Länder spricht dies für eine vorsichtige Erweiterung ihrer Einnahmenautonomie. Hingegen ist allen Versuchen zu widersprechen, die Finanzverfassung zu nutzen, um Einfluss auf die Ausübung von Sachkompetenzen zu nehmen.

§ 4 Finanzielle Eigenverantwortung der Kommunen

Hans-Günter Henneke

I.	Einleitung.....	43
1.	Wie sieht eine nachhaltige und zukünftige Neuordnung aus?.....	43
2.	Spielt die „Subsidiarität“ bei Föderalismusreformen eine Rolle?.....	45
3.	Eigenständig ausgeübte Steuergestaltung.....	47
4.	Parallelisierung von Sach- und Finanzverfassung	48
5.	Bundes(-mit-)finanzierung kommunaler Aufgaben?.....	49
II.	Garantie kommunaler Selbstverwaltung	51
1.	Aufgabenfelder der Gemeinden und Kreise.....	51
2.	Ausgabenverantwortung.....	53
3.	Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung	55
a.	Grundsteuer.....	55
b.	Gewerbesteuer	56
c.	Gemeindlicher Einkommensteueranteil.....	56
d.	Kommunaler Umsatzsteueranteil.....	57
e.	Örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuern.....	59
f.	Kommunaler Finanzausgleich	60
III.	Schlussbemerkung	63

I. Einleitung

Ich will frei zu Ihnen sprechen. Dabei möchte ich zunächst auf die drei vorangegangenen Beiträge kurz eingehen, um daran anschließend einige eigene Gedanken zu entfalten.

1. Wie sieht eine nachhaltige und zukünftige Neuordnung aus?

Sie, Herr *Kube*, haben angemahnt, eine nachhaltige und zukunftsfähige Neuordnung der Aufgaben, Ausgaben und Einnahmen vorzunehmen. Die erste Frage ist indes: Ist die Politik bereit, dem zu folgen? Die Politik hat im

Koalitionsvertrag nämlich von vornherein festgeschrieben: Sachverständige sollen in die Beratungen nicht unmittelbar einbezogen werden, da deren Einbeziehung den Verlauf der Beratungen in der Föderalismuskommission I, in eingeschränkter Weise auch die Beratungen der Föderalismuskommission II, verkompliziert habe. Ich persönlich habe insoweit vielleicht Glück, da ich „auf zwei Schultern trage“ und über mein Hauptamt auch dann noch beteiligt werde, wenn die Wissenschaft vor der Tür bleibt. So war es etwa auch in der Klausurtagung der Föderalismuskommission II in der Julius-Leber-Kaserne in Tegel im Februar 2009, als alle „Nicht-Politiker“ kurzzeitig „ausgesperrt“ wurden.

Zum zweiten hat diese Überlegung in der Politik vielleicht sogar etwas für sich, wenn man an die Empfehlungen zur Föderalismusreform aus unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen denkt. Ich will Ihnen dazu von einem Erlebnis vor drei Wochen berichten. Herr *Reimer*, Herr *Kempny* und ich haben am 17. und 18. September d.J. in Hannover die öffentlich-rechtliche Abteilung des 70. Deutschen Juristentages in unterschiedlichen Funktionen bestritten, als Gutachter bzw. als Referent. Dort haben wir Beschlüsse zur aufgabengerechten Finanzverteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen gefasst, die im Gesamtergebnis eigentlich ganz vernünftig sind¹.

Von dort bin ich zu einer Tagung nach Leipzig gefahren, auf der am 19. und 20. September d.J. das „Jahrbuch für öffentliche Finanzen 2015“ konzipiert wurde. Als erstes stieß ich auf den Referenten *Stefan Koriath*, der über die öffentlich-rechtliche Abteilung des gerade zu Ende gegangenen Juristentages berichtete, bei dem er allerdings selbst gar nicht anwesend war. Er stützte seine Darstellung im Wesentlichen auf das Gutachten von *Kempny/Reimer*, deren zentrale Thesen etwa zur Steuergestaltungsautonomie der Länder und zur Abschaffung der Einwohnerveredelung der Stadtstaaten im Leipziger Auditorium nur auf wenig positive Resonanz stießen. Da der nächste Referent kurzfristig ausgefallen war, wurde ich um ein Spontanreferat zum Verlauf der Beratungen der öffentlich-rechtlichen Abteilung des DJT gebeten, dessen Inhalt von vielen Teilnehmern im Leipziger Auditorium, die auch in Hannover dabei gewesen waren, bestätigt werden konnte. Mein Bericht stimmte die Workshop-Teilnehmer schon etwas

¹ Abdruck in DVBl. 2014, 1441-1443.

versöhnlicher. Wenn an meiner Stelle Herr *Reimer* und Herr *Kempny* nach Leipzig gefahren wären, wären sie für manche ihrer Darlegungen wahrscheinlich „verprügelt“ worden, weil die Teilnehmer in Leipzig etwa von zusätzlicher Steuerautonomie überhaupt nichts hielten. Was will ich damit sagen?

Die Juristen in Hannover fühlten sich – unterstützt von dem renommierten Ökonomen *Lars Feld* – in Frage der Neuordnung der föderalen Finanzbeziehungen genauso sachkundig wie die vorwiegend aus Finanzwissenschaftlern bestehenden Teilnehmer des Workshops in Leipzig. Sie kamen aber hinsichtlich der empfohlenen Therapie zu völlig unterschiedlichen Vorschlägen. „Die eine“ wissenschaftlich „richtige“ Lösung scheint es also gerade bei Finanzverfassungsfragen nicht zu geben. Das macht die Diskussion auf diesem Felde zwischen Juristen und Ökonomen, insbesondere Finanzwissenschaftlern, immer besonders schwierig. Das ist eine Erkenntnis, die ich mir bereits zu Beginn meiner Berufstätigkeit am Kieler Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften im Jahre 1980 zu eigen gemacht und beibehalten habe. Diesen Aspekt wollte ich jedenfalls vorab noch einmal kurz ausgesprochen haben.

2. Spielt die „Subsidiarität“ bei Föderalismusreformen eine Rolle?

Herr *Droege* hat die Auffassung vertreten, dass der Grundsatz der Subsidiarität in keiner Föderalismusreform eine Rolle gespielt habe. Ich möchte diesen Befund mit Blick auf die Föderalismusreform I ein wenig relativieren und illustrieren. Einer der maßgeblichen Betreiber dieser Reform war der seinerzeitige baden-württembergische Ministerpräsident *Erwin Teufel*. Er hat ein ganz klares Bild gerade von der Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips im Verhältnis von Gemeinden, Kreisen, Ländern, Bund und Europa, welches er bis heute propagiert. Seine Überlegungen hat er als einer der federführenden Ministerpräsidenten in der Föderalismuskommission I auch in die praktische Arbeit der Kommission hineingetragen. Im Ergebnis ist insoweit bei der Reform der Gesetzgebungskompetenzen aber nur wenig herausgekommen. Allerdings sind einzelne Teilmaterien in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder zurückverlagert worden.

Auf einen weiteren Aspekt der Föderalismusreform I ist mit Blick auf die vertikale Steuerverteilung zwischen dem Bund und der Ländergesamtheit

hinzuweisen. Nach Art. 106 Abs. 3 S. 4 GG haben bekanntlich der Bund und die Länder jeweils gleichmäßig Anspruch auf Deckung ihrer notwendigen Ausgaben. Zu den notwendigen Ausgaben des Bundes zählen dabei auch Finanzhilfen des Bundes nach Art. 104b heutiger bzw. Art. 104a Abs. 4 GG a.F. Der Bund kann danach Finanzhilfen für besonders bedeutsame Investitionen der Länder und ihrer Kommunen gewähren, also in Länderaufgaben eindringen, und bekommt dieses Agieren bei der Berechnung seiner notwendigen Ausgaben – sofern diese denn noch erfolgt – bedarfserhöhend angerechnet. Der Eingriff in Länderkompetenzen wird also finanziell sogar noch belohnt. Hier hat der verfassungsändernde Gesetzgeber im Rahmen der Föderalismusreform I mehrfach einschränkend eingegriffen. Zunächst ist die Finanzhilfekompetenz des Bundes auf Materien begrenzt worden, „soweit dieses Grundgesetz ihm Gesetzgebungsbefugnisse verleiht“. Zum anderen ist eine Befristung und Degression eingeführt worden.

Kaum in Kraft getreten, ist diese Bestimmung im Zuge der Föderalismusreform II dann allerdings wegen der inzwischen eingetretenen Finanz- und Konjunkturkrise schon wieder in der Sache partiell rückgeändert worden, indem in Art. 104b Abs. 1 GG als Satz 2 eingefügt wurde:

„Abweichend von S. 1 kann der Bund im Falle von Naturkatastrophen oder außergewöhnlichen Notsituationen, die sich der Kontrolle des Staates entziehen und die staatliche Finanzlage erheblich beeinträchtigen, auch ohne Gesetzgebungsbefugnisse Finanzhilfen gewähren.“

Nicht verschwiegen werden darf überdies, dass gerade die Föderalismuskommission I auch Ergebnisse zutage gefördert hat, mit denen der Subsidiaritätsgedanke geradezu auf den Kopf gestellt wird. Immer wieder wurde das BVerfG in der Vergangenheit dafür kritisiert, dass es keine wirksame Kontrolle hinsichtlich der Inanspruchnahme der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 72 Abs. 2 GG entwickelt hat. Aufgrund der Beratungen der Gemeinsamen Verfassungskommission wurden daher die Kriterien des Art. 72 Abs. 2 GG durch Verfassungsänderung im Jahre 1994 verschärft und insbesondere eine Erforderlichkeitsklausel eingeführt.

Mitten in den Beratungen der Föderalismuskommission I bekam das BVerfG endlich die Gelegenheit zu einer Auslegung der im Wortlaut deutlich verschärften Bestimmung des Art. 72 Abs. 2 GG und nahm diese i.S.d. verfassungsändernden Gesetzgebers wahr. Genannt seien die Stichwörter Altenpflegeausbildung und Juniorprofessur. Kaum waren damit die Anforderungen an die Inanspruchnahme der Gesetzgebungskompetenz des Bundes verschärft worden, griff der verfassungsändernde Gesetzgeber rückkorrigierend ein und unterstellte nur noch zehn explizit benannte Regelungsmaterien des Art. 74 GG der Erforderlichkeitsklausel in Art. 72 Abs. 2 GG, während die übrigen Materien der konkurrierenden Gesetzgebung in Art. 74 GG davon freigestellt wurden.

3. Eigenständig ausgeübte Steuergestaltung

Auch zum Beitrag von Herrn *Seiler* möchte ich mir drei Anmerkungen erlauben. Herr *Seiler* hat die Hebesatzgestaltung bei der Grundsteuer und bei der Grunderwerbsteuer angesprochen. Wir haben bei der Grundsteuer die Gestaltungsmöglichkeit im kommunalen Bereich. Anders als bei der Grundsteuer fließt das Aufkommen der Grunderwerbsteuer ja komplett den Ländern zu. Wenn man sich Art. 105 Abs. 2a GG vor Augen führt, beschränkt sich die Gestaltungskompetenz der Länder bei Steuern, deren Aufkommen ihnen selbst zusteht, auf die Befugnis der Bestimmung des Steuersatzes bei der Grunderwerbsteuer, da das Aufkommen der von den Ländern zu normierenden örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern ja den Gemeinden bzw. Kreisen zusteht. Bis 1983, als der Bund die Grunderwerbsteuer unter Inanspruchnahme der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Art. 105 Abs. 2 GG bundesgesetzlich geregelt hat, war das noch anders.

Blickt man auf die Anwendungserfahrungen mit der Ausübung der Befugnis zur Bestimmung des Steuersatzes bei der Grunderwerbsteuer, stellt man fest, dass nur Bayern und Sachsen den früheren bundeseinheitlichen Steuersatz von 3,5 v.H. beibehalten haben. Den von vielen befürchteten Steuerwettbewerb nach unten hat es nicht gegeben. Vielmehr haben alle anderen Länder eine Erhöhung des Steuersatzes vorgenommen, manche moderat, andere – wie Schleswig-Holstein – haben sich mit einer Anhebung auf 6,5 v.H. fast zu einer Verdoppelung entschieden. Die Bestimmung des Steuersatzes bei der Grunderwerbsteuer hat sich damit als das

einziges Ventil der Länder zur Ausübung von Steuergestaltungsautonomie, deren finanzielle Auswirkungen ihnen auch zugutekommen, erwiesen.

Ich ziehe jetzt einen etwas gewagten Vergleich. Doch ich sage es bewusst: Das, was die Bestimmung des Steuersatzes bei der Grunderwerbsteuer für die Länder als Ventil dient, ist für den Bund der Solidaritätszuschlag. Hier steht dem Bundesgesetzgeber ohne Mitwirkung des Bundesrates die Gesetzgebungskompetenz ebenso wie das Aufkommen zu. Verfassungsrechtlich handelt es sich dabei um eine Ergänzungsabgabe nach Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG, die nicht unbefristet erhoben werden kann. Politisch ist sie für den Bund von eminenter Gestaltungsbedeutung. Bei der gerade gegenwärtig heftig geführten Diskussion um die Frage: Fortbestand des Solidaritätszuschlags oder Integration in den Steuertarif geht es ja nicht vorrangig um eine steuersystematische Frage, sondern um eine Frage der Gestaltungsmacht und der Aufkommensverteilung. Das macht die Abschaffung des „Soli“ so schwer.

4. Parallelisierung von Sach- und Finanzverfassung

Im Übrigen möchte ich Herrn *Seiler* in den Kernaussagen seines Beitrags – von einer Ausnahme abgesehen – nachdrücklich zustimmen, insbesondere was seine Aussage zur Parallelisierung von Sachverfassung und Finanzverfassung angeht. Für den kommunalen Bereich kann ich das mit dem Hinweis auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 31.1.2013² ergänzen. Dort hat das BVerwG ganz deutlich ausgeführt, dass Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ein verfassungsunmittelbares Aufgabenverteilungsprinzip für gesetzlich nicht anderweitig zugeordnete Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft beinhaltet und aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG in Anknüpfung an den Rastede-Beschluss des BVerfG³ ein Aufgabenzugriffsrecht der Gemeinden vor den Kreisen und vor dem Staat folgt.

Aus dem vorrangigen Aufgabenzugriffsrecht folgt aber ausdrücklich kein vorrangiges oder höhergewichtiges Aufgabenfinanzierungsrecht, sondern das für Kreise und Gemeinden gleichrangige und gleichwertige Aufgabenfinanzierungsrecht. Auch im kommunalen Bereich gilt also, was zudem

² BVerwGE 145, 378.

³ BVerfGE 79, 127.

auch für Bund und Länder gilt: Der Finanzierungsanspruch folgt der Aufgabenverteilung und es wird für die Aufgabenfinanzierung nicht ein eigenes Vorrang-Nachrang-Verhältnis begründet, sondern alle Ebenen, also Bund, Länder, Kreise und Gemeinden, werden insoweit gleich behandelt. Das ergibt sich einfachgesetzlich auch aus § 24 StWG.

5. Bundes(-mit-)finanzierung kommunaler Aufgaben?

In einem Punkt will ich Herrn *Seiler* ausdrücklich widersprechen. Er hat gesagt: Die Ausgabenseite der Finanzverfassung, also Art. 104a GG, biete den geringsten Ansatz für Kritik. Allenfalls bei Art. 104a Abs. 2 und 3 GG könne es sinnvoll sein, ggf. eine Erweiterung vorzunehmen; das sei nicht strukturerheblich. Herr *Reimer* und Herr *Kempny* haben in ihrem Juristentags-Gutachten Ähnliches vertreten.

Insoweit sage ich mit aller Vehemenz, dass ich den geltenden Art. 104a Abs. 3 S. 2 GG – gerade unter Subsidiaritätsgesichtspunkten – für eine glatte Fehlkonstruktion halte. Nach Art. 104a Abs. 3 S. 1 GG kann sich der Bund an der Zweckausgabentragung von Geldleistungsgesetzen (nicht aber von Sach- und Dienstleistungsgesetzen) beteiligen. Wenn sich der Bund zur Hälfte oder mehr beteiligt, dann schlägt die Aufgabenwahrnehmung in Bundesauftragsverwaltung um. Das ist schon nach geltendem Recht missglückt, weil diese Regelung aus kommunalen Selbstverwaltungsaufgaben – darum geht es bei der Ausführung von Sozialleistungsgesetzen durch Kreise und kreisfreie Städte im Wesentlichen – auf einen Schlag Bundesauftragsverwaltung macht. Das haben wir zum Jahreswechsel 2012/13 bei der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung gerade erlebt. Das ist das Gegenteil von ausgeübter Subsidiarität und Entscheidungsverantwortlichkeit auf der kommunalen Ebene!

Man muss sich bei Art. 104a Abs. 3 S. 2 GG also bereits gegenwärtig fragen, ob die Anordnung des Umschlagens in Bundesauftragsverwaltung rechtspolitisch richtig ist. Wenn das aber so ist, muss man sich weiter fragen, ob man angesichts dessen überhaupt über Erweiterungen des Anwendungsbereichs dieser Regelung auch auf Sach- und ggf. darüber hinaus auf Dienstleistungsgesetze nachdenken sollte, da dann das Problem des Umschlagens in Bundesauftragsverwaltung und damit das Ersticken kommunaler Gestaltungsspielräume noch flächendeckender wird. Überdies gerät man bei der Ermöglichung der Bundesfinanzierung von Dienstleistungen

der Länder und Kommunen auch in Konflikt mit Art. 104a Abs. 5 S. 1, 1. Alt. GG.

Dass die Zielsetzung, Mischfinanzierungen abzubauen, rechtspolitisch richtig ist, kann man nur nachdrücklich unterstreichen. Dennoch tut sich die Politik in concreto damit immer wieder äußerst schwer. Dass ich den Ausbau von Länderkompetenzen und -gestaltungsmöglichkeiten sachlich wie emotional unterstütze, habe ich in den vergangenen Jahren vielfach zum Ausdruck gebracht. Allein die Realisierung ist faktisch äußerst schwierig.

Bevor ich zu Art. 28 Abs. 2 GG und dessen Auswirkungen auf die Kommunalfinanzierung komme, will ich wenige Sätze aus der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 20.9.2014, also unmittelbar nach dem Deutschen Juristentag, zitieren. Bundesfinanzminister *Wolfgang Schäuble* äußert sich in der Rubrik: „Fremde Federn“ so, als ob er auf dem Deutschen Juristentag dabei gewesen wäre und die dort gefassten Beschlüsse richtig interpretiert hätte. Eingangs fragt er:

„*Wollen wir den Trend zu einem*“ – es folgt für mich ein bemerkenswerter Begriff – „*kooperativen Zentralstaat fortsetzen oder wollen wir die Autonomie der Länder und Kommunen stärken?*“

Seine Antwort folgt auf dem Fuße:

„*Ein lebendiger Föderalstaat setzt eigenständige Länder und starke Kommunen voraus.*“

Anschließend führt *Schäuble* mit Blick auf unser gerade behandeltes Thema der Bundesbeteiligung an Sachleistungen aus:

„*Gerade bei solchen Leistungen, bei denen wir schon jetzt große regionale Unterschiede in der Interpretation der Aufgabe beobachten können, ist eine Übernahme durch den Bund gewiss nicht der Königsweg.*“

Letzteres ist eine klassische *Schäuble*'sche Formulierung, die zum Ausdruck bringt, dass er insoweit von einer Bundesfinanzierung gar nichts hält. *Schäuble* hat mit dem Begriff des „kooperativen Zentralstaats“ die gegenwärtige strittige Diskussionslage auf den Punkt gebracht. Den einen schwebt nämlich bei der Weiterverwendung des Solidaritätszuschlags ein Altschuldentilgungsfonds und eine neue Gemeinschaftsaufgabe Daseinsvorsorge und damit eine deutliche Ausweitung von Mischfinanzierungstatbeständen vor. Dafür haben sich etwa der frühere Bundesfinanzminister *Hans Eichel* und der frühere Staatssekretär *Heinrich Tiemann*, von

2007 - 2009 auch als „Chef des Vizekanzleramtes“ im Auswärtigen Amt bezeichnet, ausgesprochen und einen Vorschlag unterbreitet, der inzwischen von *Joachim Ragnitz* berechnet worden ist⁴. Die Präsentation Anfang September hat Kopfschütteln bei vielen Fachleuten, zum Teil aber auch Zustimmung im Auditorium ausgelöst. Auf der anderen Seite steht die auf Entflechtung zielende Position *Schäubles*. Ich bekenne mich ausdrücklich zu diesem Lager. Man darf aber angesichts der Großen Koalition auf Bundesebene und der politischen Mehrheitsverhältnisse in den Ländern gespannt sein, wie sich die politische Diskussion in diesem Herbst weiterentwickelt. Unter den bekennenden Föderalisten auf Länderebene habe ich dabei das größte Zutrauen in den baden-württembergischen Ministerpräsidenten *Winfried Kretschmann*.

II. Garantie kommunaler Selbstverwaltung

Ich will jetzt kurze Bemerkungen zur kommunalen Selbstverwaltung, insbesondere zur finanziellen Eigenverantwortung, anschließen.

1. Aufgabenfelder der Gemeinden und Kreise

Aus dem *Rastede-Beschluss* des BVerfG⁵ haben wir alle gelernt, dass den Gemeinden unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 Abs. 1 GG ein Aufgabenzugriffsrecht für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gewährt wird, während die Kreise gem. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG gesetzlicher Aufgabenzuweisungen bedürfen, die aber durch generalklauselartige Aufgabenzuweisungsnormen erfolgen können, was landesrechtlich überall geschehen ist.

Wenn man sich die Realität insbesondere im Sozialstaat heutiger Prägung ansieht, muss man feststellen, dass es nahezu durchweg gesetzliche Regelungen gibt. Das Aufgabenzugriffsrecht für gesetzlich nicht geregelte, „anderweitig unbesetzte Materien“ läuft insoweit also nahezu leer, da es sich nicht auf gesetzlich zugewiesene Aufgaben bezieht, die der Gesetzgeber in

⁴ Friedrich-Ebert-Stiftung, Wer bestellt, bezahlt, Für eine Reform des Finanzausgleichs zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse in Deutschland, WISO-Diskurs, Mai 2014; *Eichel/Fink/Tiemann*, Wirtschaftsdienst 2014, 713 (719 f.).

⁵ BVerfGE 79, 127.

verfassungskonformer Weise anders zugeordnet hat. Schaut man auf die bundesgesetzlich ausgeformten Aufgaben, die der Gesetzgeber – vor dem 31.8.2006 – den Gemeinden zugewiesen hat, dann gibt es überhaupt nur eine von Relevanz, das ist die Bauleitplanung, während das gesamte Recht des steuerfinanzierten Sozialstaats, soweit es bundesrechtlich gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG normiert worden ist, der Ebene der Kreise und kreisfreien Städte zur Wahrnehmung übertragen worden ist.

Der Finanzbericht 2015 des Bundesfinanzministeriums weist für 2013 bundesgesetzlich veranlasste Ausgaben der Kommunen für soziale Leistungen in Höhe von 47 Mrd. € aus. Davon entfielen auf die Gemeindeebene nur 2,4 Mrd. €, auf die Kreise dagegen 21,3 Mrd. €, auf die kreisfreien Städte 13,4 Mrd. €, auf die Kreisebene mithin 34,7 Mrd. €, und auf die Höheren Kommunalverbände in den Ländern Nordrhein-Westfalen, Bayern, Hessen und Sachsen 9,8 Mrd. €.

D.h. also, das, was wir im Kommunalrecht dogmatisch lehren, dass nämlich das Aufgabenzugriffsrecht der Gemeinden der Aufgabenwahrnehmung durch die Kreise vorgeht, trifft die Realität jedenfalls des Sozialstaats und auch des umweltbezogenen Staates überhaupt nicht, weil es dort nicht um gesetzlich unregelte Aufgaben geht, die wir im Zuge der zunehmenden Sozialrechts- und Jugendhilfegesetzgebung fast gar nicht mehr haben.

Das, was in meiner Kindheit und selbst bei der Geburt unseres Sohnes noch freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeinden im Bereich der Kinderbetreuung waren, hat der Gesetzgeber seit 1993 auch an sich gerissen und dabei die gesetzlichen Regelungen immer wieder verfeinert und auf neue Adressatenkreise erstreckt, wobei man an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus dem Recht der öffentlichen Fürsorge für die Kinderbetreuung mit guten Gründen zweifeln konnte, wie dies etwa *Josef Isensee*⁶ vor knapp 20 Jahren prominent getan hat. Die Rechtsprechung des BayVerfGH⁷ aus dem Jahre 1976, Kindergärten als Einrichtungen des Bildungswesens zu qualifizieren, hatte durchaus gute Argumente auf ihrer Seite. Ihr ist allerdings das BVerfG⁸ in einem primär finanzverfassungsrechtlichen Beschluss zur Zulässigkeit der Staffelung von Kindergartengebühren nach dem Familieneinkommen vom 10.3.1998 nicht gefolgt und

⁶ *Isensee*, Der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz, DVBl. 1995, 1.

⁷ BayVerfGH 29, 191.

⁸ BVerfGE 97, 332.

hat mehr behauptet als begründet, dass es sich bei Kindergärten um in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fallende fürsorgende Betreuungseinrichtungen handele. Nun ja, die Annahme, dass die fürsorglichen und bildungsbezogenen Aufgaben des Kindergartens untrennbar miteinander verbunden seien und der Schwerpunkt des Kindergartenwesens nach wie vor eine fürsorgende Betreuung mit dem Ziel einer Förderung sozialer Verhaltensweisen und damit präventiver Konfliktvermeidung sei, hat sich seither durchgesetzt und den Bundesgesetzgeber zu immer neuen gesetzlichen Aktivitäten verlockt.

Vorgestern, am 7. Oktober, haben wir aus der zweiten SGB II-Organisationsentscheidung des BVerfG⁹ gelernt, dass es sich bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende – anders als bei der früheren Aufgabe der Bundessozialhilfe – nicht um eine originäre Selbstverwaltungsangelegenheit handelt, aber dennoch die gesetzliche Einräumung einer Chance auf den Aufgabenzugriff nach Art. 91e Abs. 2 S. 1 GG von der Garantie kommunaler Selbstverwaltung erfasst wird, wenn der Gesetzgeber von der sog. Optionsmöglichkeit Gebrauch macht. In der Folge gilt dann das Gebot interkommunaler Gleichbehandlung – und zwar erneut auf der Kreisebene für Kreise und kreisfreie Städte.

Im Bereich so verstandener öffentlicher Fürsorge hat der Gesetzgeber in den letzten Jahren aus weitgehend freiwilligen und gestaltbaren Selbstverwaltungsangelegenheiten also durchweg Pflichtaufgaben des eigenen oder des übertragenen Wirkungskreises mit immer weiter abnehmendem kommunalem Gestaltungsspielraum gemacht. Um ein berühmtes Wort *Günter Dürigs* abzuwandeln: Hier erweist sich nicht mehr die kommunale Selbstverwaltung als „offene Flanke“ des Gleichheitssatzes, sondern umgekehrt ist der an bundesgesetzliche Regelungen anknüpfende Gleichheitssatz zur „offenen Flanke“ der kommunalen Selbstverwaltung geworden.

2. Ausgabenverantwortung

Aus der so geformten kommunalen Aufgabenwahrnehmung folgt dann aus Art. 104a GG grundsätzlich die kommunale Ausgabenverantwortung

⁹ BVerfGE, Urt. v. 7.10.2014, – 2 BvR 1641/11 –, DVBl. 2014, 1354.

nach dem in Abs. 1 normierten Grundsatz der Vollzugskausalität. *Ferdinand Kirchhof* hat zwar nicht nur als Juristentagsgutachter in Karlsruhe 1996, sondern erneut in einem Namensbeitrag in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 10.1. d.J. noch einmal den grundsätzlichen Übergang zum Prinzip der Gesetzeskausalität eingefordert. Ich glaube aber nicht, dass es dazu kommen wird. Stattdessen glaube ich, dass wir nur über die schon angesprochene Fragestellung diskutieren werden: Soll sich der Bund weiter ausnahmsweise an Geldleistungsgesetzen finanziell beteiligen können? Hier kündigt sich ein neues Wahrnehmungsmodell in finanziell bedeutender Breite an: Die Grundsicherungsaufgaben für Arbeitsuchende sowie im Alter und bei Erwerbsminderung sind in der Ausführung seit ihrer Neukonzipierung Ende 2003 auf der Ebene der Kreise und kreisfreien Städte angesiedelt. An den Kosten der Unterkunft hat sich der Bund seit 2005 mit einem Anteil von gut einem Viertel beteiligt. An der stark aufwachsenden Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung hat sich der Bund zunächst mit einem Festbetrag in dreistelliger Millionenhöhe, dann mit einem niedrigen Prozentsatz beteiligt, bis er 2012 45 %, 2013 75 % und seit 2014 die kompletten Zweckausgaben übernommen hat.

Bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende steht jetzt nach dem sog. *Schäuble/Scholz-Vorschlag* zur Reform der föderalen Finanzbeziehungen, der m.E. eine ziemliche hohe Realisierungschance hat, ebenfalls eine stufenweise Übernahme der Zweckausgaben durch den Bund in den Stufen 2015 – 2018 und eine volle Zweckausgabenübernahme ab 2020 an. Wenn es so kommen sollte, haben wir auf dem fiskalisch bedeutsamen Feld der Grundsicherung in unterschiedlichen Ausprägungen mit kommunalen Ausgaben von etwa 19 Mrd. € jährlich künftig die Konstellation: Die Kreise und kreisfreien Städte führen die Aufgabe aus und der Bund finanziert. Dann würde dieser Geldleistungsbereich statt wie bisher bzw. bis Ende 2012 als Selbstverwaltungsangelegenheit komplett in Bundesauftragsverwaltung durchgeführt werden – sofern es nicht zu einer Änderung in Art. 104a Abs. 3 S. 2 GG kommen sollte.

Daneben haben wir zwei Aufgaben nach dem SGB XII, bei denen der Bund in keiner Weise geregelt hat, dass und in welcher Art und Weise die Kommunen zuständig sind – also weder für die Aufgabenwahrnehmung, noch für die -finanzierung. Das sind die Eingliederungshilfe für behinderte Menschen und die Hilfe zur Pflege. Diese Aufgaben hat der Bundesgesetzgeber den überörtlichen Sozialhilfeträgern in den Ländern zugewiesen, sofern und soweit nicht die Länder selbst abweichende Regelungen treffen,

was z.T. der Fall ist. Die Finanzierungsverantwortung für diese Aufgaben liegt im Verhältnis von Bund und Ländern nach Art. 104a Abs. 1 GG nicht beim Bund, sondern komplett bei den Ländern.

Diese Unterschiede werden durch die politischen Diskussionen dieser Tage – beginnend mit den Vereinbarungen zur innerstaatlichen Umsetzung des Fiskalpaktes im Juni 2012 – gerne vollständig verwischt, weil manche unbedingt mit dem Kopf durch die Wand rennen wollen, statt durch die beim SGB II bereits geöffnete Tür zu schreiten. Jedenfalls bis vor Kurzem war die Meinung weit verbreitet: Egal, ob da eine Tür ist oder nicht, wir wollen, dass sich der Bund gerade an der Eingliederungshilfe für behinderte Menschen beteiligt, obwohl er zu der Aufgabenzuordnung zum kommunalen Bereich in den einzelnen Ländern nichts beigetragen hat und es sich zudem nicht um ein Geldleistungsgesetz handelt.

Ich rate dringend dazu, Art. 104a Abs. 3 S. 1 GG nicht zu ändern und es bei der Bundesbeteiligung an Geldleistungsgesetzen zu belassen und die Beteiligungsmöglichkeit nicht auf Sachleistungen auszudehnen und sich überdies die für eine Massenverwaltung schlicht unpassende Bundesauftragsverwaltung noch einmal näher anzusehen. Hier müssen wir – auch angesichts der seit Langem bestehenden Regelungsdichte bei Geldleistungsgesetzen – künftig zu neuen Formen der Kontrolle kommen, um der Wahrung der durchaus berechtigten Finanzinteressen des Bundes Rechnung zu tragen.

3. Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung

Wenn wir jetzt darauf blicken, wie die Kommunen ihrer Finanzverantwortung gerecht werden können, dann haben wir auf der Gemeindeebene als gegenleistungsfreie Eigeneinnahmen die Grund- und die Gewerbesteuer mit Hebesatzrecht sowie die quotalen Beteiligungen an der Einkommen- und an der Umsatzsteuer.

a. Grundsteuer

Bei der Grundsteuer stellt sich in der Tat die Frage: Warum kann man die Gesetzgebungskompetenz nicht auf die Länder übertragen? Die Länder werden sich seit vielen Jahren nicht darüber einig, welches Grundsteuerreformmodell sie – bei unbestritten dringendem Reformbedarf – umsetzen

wollen. In einem sind sie sich aber einig: Sie wollen die Gesetzgebungskompetenz nicht selbst haben, um so nicht zu Rechtsetzungsunterschieden in Deutschland zu kommen. Die Länder bekämpfen sich also untereinander bei der Frage, welches Reformmodell kommen soll. Da sie es aber bei einer bundeseinheitlichen Regelung belassen wollen, blockieren sie sich auf diese Weise seit Jahrzehnten gegenseitig.

b. Gewerbesteuer

Bei der Gewerbesteuer sind wir uns wahrscheinlich einig, dass es eine „schwierige“ Steuer ist und dass sie völlig unterschiedlich streut zwischen den einzelnen Kommunen und im Konjunkturverlauf und dass sie im Aufkommen überhaupt keinen Ausgabenbezug hat. Die Gewerbesteuer sinkt in konjunkturell schwierigen Zeiten schnell – und das auf der Ebene, die die Hauptwahrnehmungsebene für steuerfinanzierte Sozialleistungen ist, bei der in konjunkturell schwierigen Zeiten die Sozialausgaben rasant ansteigen. Außerdem steigen die Sozialausgaben besonders in solchen Kommunen, in denen es gar kein Gewerbesteueraufkommen gibt oder dieses besonders niedrig ist. Umgekehrt sind die Sozialausgaben i.d.R. dort besonders niedrig, wo das Gewerbesteueraufkommen sprudelt. Es gibt also viel zu kritisieren. Und dennoch haben sich alle Akteure an einer Reform der Gewerbesteuer bisher die Zähne ausgebissen. Für diese Legislaturperiode des Deutschen Bundestages gibt es insoweit keinerlei Reformagenda. Ich bin noch für gut elf Jahre im Hauptamt bestellt. Ich rechne nicht damit, dass sich in dieser Zeit bei der Gewerbesteuer grundlegende Reformen ergeben.

c. Gemeindlicher Einkommensteueranteil

Bei der Einkommensteuer hat bekanntlich am 3.11.2010 ein inzwischen Berühmtheit erlangtes Gespräch des Bundesfinanzministers, begleitet von zwei Staatssekretären, mit sechs Kommunalvertretern stattgefunden. Ich durfte seinerzeit auch dabei sein, sodass ich im Detail weiß, was wir besprochen haben und wer am Gespräch beteiligt war. Bundesfinanzminister *Schäuble* hat dort vorgeschlagen, die Gewerbesteuer zunächst unverändert beizubehalten, daneben aber einen kommunalen Hebesatzkorridor auf den gemeindlichen Einkommensteueranteil zu schaffen, der eine Spannweite von +/- 20 % haben sollte. Da der kommunale Anteil an der Einkommens-

teuer 15 % beträgt, sollte sich die Einkommensteuerschuld durch die Gemeinden absolut um 3 % erhöhen oder vermindern lassen. Alle sechs Kommunalvertreter haben im Gespräch diesem Vorschlag zugestimmt. Am nächsten Morgen hatte sich die Lage dann allerdings bereits wieder verändert.

Bundesfinanzminister *Schäuble* schreibt dieses Scheitern jemandem zu, der gar nicht an dem Gespräch beteiligt war, wie er es ausdrückt: „*einem Münchner Oberbürgermeister, der später einmal bayerischer Ministerpräsident werden wollte und dessen Name mir entfallen ist*“.

Tatsächlich hat sich in den Folgetagen der seinerzeitige Vizepräsident des Deutschen Städtetages und Münchner Oberbürgermeisters *Christian Ude* in der Süddeutschen Zeitung gleich mehrfach massiv gegen ein solches Hebesatzrecht ausgesprochen. Die Pressekonferenz des Bundesfinanzministers am 4.11.2010, auf der *Schäuble* das Gesprächsergebnis verkünden wollte, aber wegen des Rückziehers einer Seite nicht mehr verkünden konnte, hat Kultstatus erlangt, weil es dort zu der Desavouierung des BMF-Pressesprechers kam, der anschließend demissionierte. M.E. lag die eigentliche Ursache dafür nicht in nicht rechtzeitig ausgeteilten Papieren, sondern in der Nichtverkündbarkeit eines als gesichert geglaubten Reformergebnisses.

Die einfachgesetzliche Einräumung des in Art. 106 Abs. 5 S. 3 GG bereits seit 1970 vorgesehenen Hebesatzrechts halte ich nach wie vor für richtig. Neue gesetzgeberische Anläufe sind allerdings auch insoweit nicht ersichtlich.

d. Kommunalen Umsatzsteueranteil

Die kommunale Umsatzsteuerbeteiligung ist 1997 als Ersatz für die seinerzeit in Westdeutschland abgeschaffte und im Beitrittsgebiet gar nicht erst eingeführte Gewerbesteuer geschaffen worden. Aufgrund dessen wird sie nach einem wirtschafts- und ortsbezogenen Schlüssel verteilt, der bereits mehrfach verändert worden ist und sich an der abgeschafften Gewerbesteuer orientiert. Der Verteilungsschlüssel weicht deshalb in West- und Ostdeutschland voneinander ab, ist aber in Anpassung befindlich und ändert sich bis 2020 im Drei-Jahres-Abstand. Die Anknüpfung an die Gewerbesteuer und die horizontale Verteilung halte ich für dringend reformbedürftig. Warum?

Wenn sich der Bund an aufwachsenden kommunalen Sozialausgaben beteiligen soll, die durch seine Gesetzgebung hervorgerufen werden, dann gibt es dafür bisher de facto nur den zuvor beschriebenen Weg der Bundesbeteiligung an Geldleistungsgesetzen. Dieser Weg versagt aber bei Sach- und Dienstleistungen, führt bei Geldleistungen zum Umschlagen in Bundesauftragsverwaltung und kann kommunale Gestaltungsspielräume, die zur Ausgabendämpfung eingesetzt werden, nicht anreizorientiert berücksichtigen.

Deshalb müsste bei wachsenden Ausgaben vorrangig eine Verbesserung der kommunalen Finanzsituation auf der *Einnahmeseite* angestrebt werden. Dafür gibt es theoretisch drei Wege: zunächst eine Senkung der Gewerbesteuerumlage. Sie scheidet i.d.R. aus, da sie die kommunale Einnahmespreizung im horizontalen Vergleich noch erhöht und den kommunal-individuellen Soziallasten nicht entspricht. Abgemildert, aber in der Tendenz vergleichbar, gilt dies auch für eine Erhöhung der kommunalen Einkommensteuerbeteiligung. Bei beiden Steuern ist an andere horizontale Verteilungskriterien wie das örtliche Aufkommen nach dem Sitz des Gewerbebetriebes bzw. dem Wohnsitz des Lohn- bzw. Einkommensteuerpflichtigen nicht zu denken. Insbesondere die ostdeutschen Kommunen würden insoweit auf beiden Wegen im horizontalen Vergleich massiv benachteiligt.

Anders könnte es bei der kommunalen Umsatzsteuerbeteiligung sein. Unter den Ländern wird die Umsatzsteuer m.E. in kluger Weise zu (mindestens) drei Viertel nach der Einwohnerzahl und zu (höchstens) einem Viertel nach Steuerschwäche im Übrigen verteilt. Und wenn sich das Belastungsverhältnis zwischen Bund und Ländern verändert, ist es der Umsatzsteueranteil der Länder, der erhöht wird, was automatisch zur Folge hat, dass die Länder mit den geringsten Steuereinnahmen nach dem örtlichen Aufkommen an einer Umsatzsteuerneuverteilung überproportional partizipieren. Dieser sog. Umsatzsteuervorwegausgleich, der bereits in der alten Bundesrepublik seit 1970 nach meinem Eindruck gut funktioniert hat, wird ausgerechnet jetzt, 25 Jahre nach dem Mauerfall und 20 Jahre nach der Einbeziehung der leider immer noch steuerschwachen ostdeutschen Länder in das gesamtdeutsche Finanzausgleichssystem in Frage gestellt – nicht zuletzt auch durch Herrn *Kube* und Herrn *Seiler*.

Dabei ist der so auf der Einnahmeseite bei der primären horizontalen Steuerverteilung erzielte aufgabenorientierte Ausgleichseffekt nicht zu unterschätzen. Hätten wir einen vergleichbaren Mechanismus auf der kommunalen Ebene, genauer: auf der Kreisebene, die mit den Soziallasten weitaus am stärksten belastet ist, dann könnte der Bund bei aufwachsenden, durch seine Gesetzgebung verursachten Soziallasten autonomiewahrend den kommunalen Umsatzsteueranteil erhöhen, statt den Goldenen Zügel anzulegen oder bei einer Bundesbeteiligung an Geldleistungsgesetzen Gefahr zu laufen, Ausgabewilligkeit vor Ort zu prämiieren. Darüber eine offensive Diskussion zu führen, erscheint mir sehr wichtig.

e. Örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuern

Die örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern sind vom Aufkommen her im Vergleich zu den vorgenannten Steuerarten nahezu vernachlässigenswert. Ich habe darüber auf der Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft im September 2011 in Speyer referieren dürfen. Die Steuerrechtler waren sich in ihrem Vorurteil ziemlich einig: Solche Steuern gehören abgeschafft! Auf der anderen Seite hatte ich insbesondere die kommunale Gestaltungsautonomie zu betonen. Seinerzeit stand die sog. Bettensteuer bzw. Kulturförderabgabe im Zentrum der Betrachtung. Der Erfinder dieser Steuer war seinerzeit schon zum Finanzminister in Nordrhein-Westfalen „geadelt“ worden. Man kann also mit der Erfindung neuer örtlicher Verbrauch- und Aufwandsteuern durchaus Karriere machen. Das andere aktuelle plastische Beispiel, das ich in Speyer präsentieren konnte, war die sog. Bonner Verrichtungsteuer, die nach dem Parkticketmodell erhoben und kontrolliert wurde. Prostituierte konnten dort für 6 € für einen bestimmten Zeitraum ein Ticket erwerben und durften dann draußen auf der Straße ihrer Tätigkeit nachgehen. Das Beispiel hat natürlich alle erheitert. Die Meinung der Steuerrechtler war: Das passt alles überhaupt nicht in die Landschaft, zumal der Verwaltungsaufwand für diese Steuern jeweils ganz erheblich ist.

Aus kommunaler Selbstverwaltungssicht muss man dem allerdings gegenüberstellen, dass die Möglichkeit zur Erhebung sinnvoller und auch aufkommensrelevanter örtlicher Verbrauch- und Aufwandsteuern autonomiestärkend ist und gerade auch unter dem Gesichtspunkt der Verfolgung von Lenkungs Zwecken vernünftig sein kann. Deshalb plädiere ich dafür,

die Möglichkeit der Erfindung neuer örtlicher Verbrauch- und Aufwandsteuern auch künftig landesrechtlich zu ermöglichen und darin nicht gleich den Untergang des Abendlandes zu sehen.

Ich kann mich noch gut an die Kasseler Verpackungsteuer in den 90er Jahren erinnern. Als diese in der Verwaltungsgerichtsbarkeit Bestand hatte, war die Aufregung riesengroß und der seinerzeitige Bundesumweltminister *Klaus Töpfer* wurde von vielen Seiten bedrängt, umgehend eine bundeseinheitliche Regelung zu kreieren. Das BVerfG hat an diesem Beispiel dann den Grundsatz der „Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“ konzipiert.

Realistischerweise muss man bei den örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern aber erkennen: Nur zwei „neue“ Steuern haben sich in den letzten 45 Jahren seit der Neukonzipierung des Art. 105 GG behauptet: Die Zweitwohnungsteuer und die Übernachtungsteuer für nicht berufsbedingte Übernachtungen. Alle anderen Neueinführungen haben faktisch keine Relevanz erlangt. Deshalb rate ich insoweit zur Gelassenheit.

Zusammengefasst sehe ich rechtspolitische Entwicklungsnotwendigkeiten bei der Grundsteuer bei Möglichkeit der Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz auf die Länder und die Aktivierung des Zuschlagsrechts bei der Einkommensteuer zunächst in einem Korridor. Die Umgestaltung bei der Umsatzsteuer werden wir aktiv einfordern müssen, sonst geschieht dort nichts. Und bei den örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern ist in der Bewertung Gelassenheit geboten, wenn dort einmal i.d.R. mit großem Entwicklungsaufwand etwas Neues entsteht.

f. Kommunalen Finanzausgleich

Die Gesamtheit der kommunalen Steuereinnahmen reicht nicht aus, um die kommunalen Aufgaben zu finanzieren. Das lässt sich ganz einfach daran festmachen, dass der kommunale Anteil am bundesdeutschen Steueraufkommen nach Abzug der EU-Eigenmittel 14,1 % ausmacht, während der Anteil kommunaler Ausgaben an den Ausgaben der Kernhaushalte aller Gebietskörperschaften 23,6 % beträgt. Dazu hat *Paul Kirchhof* schon 2000 herausgestellt, dass die originäre kommunale Finanzausstattung auf Unterfinanzierung angelegt ist, damit ein zweites System, nämlich das des

Mehrbelastungsausgleichs und des kommunalen Finanzausgleichs zwischen Land und Kommunen, Platz greifen kann, in welchem dann unterschiedliche Ausgleichselemente Berücksichtigung finden.

Der zentrale Unterschied zwischen dem Länderfinanzausgleich und dem kommunalen Finanzausgleich besteht ja darin, dass im Länderfinanzausgleich einzelne Länder anderen Ländern auf horizontaler Ebene aus Eigenem abgeben, während im kommunalen Finanzausgleich die Kommunen vertikal vom Land jeweils etwas dazubekommen – aber unterschiedlich viel; das ist die horizontale Komponente.

Erst in neuerer Zeit haben wir Fragestellungen wie die Abundanzumlage etc. dazubekommen, sodass jetzt auch manche Kommunen etwas abgeben müssen, woran sie sich nur schwer gewöhnen. Das ist nicht zuletzt eine Folge des inzwischen in allen Ländern durchgeführten einzelaufgabenbezogenen Mehrbelastungsausgleichs, der im Prinzip ganz gut funktioniert, im Einzelnen aber auch Anwendungsprobleme hat, die ich an dieser Stelle aber aussparen will.

Zum gebotenen Umfang des vom jeweiligen Land sicherzustellenden kommunalen Finanzausgleichs will ich einen zentralen Gedanken äußern, da es dazu eine seit Langem andauernde strittige Diskussion gibt, die auch auf dem Deutschen Juristentag in Hannover wieder eine Rolle gespielt hat.

Alle Landesverfassungen haben dazu eine Regelung getroffen; seit Ende 2013 gilt dies auch für Bayern, wo am Tage der Landtagswahl im September 2013 aufgrund eines Volksentscheides eine Verfassungsergänzung vorgenommen worden ist. In Bayern haben die Kommunen seit Inkrafttreten der Bayerischen Verfassung im Dezember 1946, also 67 Jahre, ohne einen solchen expliziten Anspruch existiert.

Bei im Wortlaut voneinander zum Teil abweichenden Formulierungen steht in den Landesverfassungen i.V.m. Art. 28 Abs. 2 GG: Die Kommunen haben einen Anspruch auf aufgabenangemessene Finanzausstattung, jedenfalls aber auf eine finanzielle Mindestausstattung, der vom jeweiligen Land zu erfüllen ist. Die zentrale Frage ist dabei natürlich die nach der konkreten Höhe. Die Antwort ist für die Mindestausstattung im Prinzip ganz einfach. Sie lautet: Notwendige Ausgaben für zu erfüllende Pflichtaufgaben und ein Mindestmaß an freiwilligen Aufgaben abzüglich vom Bundesgesetzgeber ermöglichte, bei der Grund- und Gewerbesteuer auf der Grundlage fiktiver Hebesätze zu bemessende ausschöpfbare Steuereinnahmen sowie abzüglich Gebühren- und Beitragseinnahmen. Das Delta dazwischen

hat das Land durch Finanzausgleichsleistungen einschließlich Mehrbelastungsausgleich auszugleichen. Nun haben aber zunächst zwei Länder, nämlich Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen, in ihren Landesverfassungen die Einschränkung formuliert: „im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Landes“, eine Formulierung, die mittlerweile auch Einzug gehalten hat in die Verfassungen der Länder Schleswig-Holstein und Bayern.

Dazu hat die Rechtsprechung einzelner Landesverfassungsgerichte deutlich ausgeführt, dass es bezogen auf die Sicherung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen einen einschränkenden Leistungsfähigkeitsvorbehalt des Landes nicht geben darf, da die finanzielle Mindestausstattung zum Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung zählt und in jedem Fall die Abdeckung der Ausgaben für alle Pflichtaufgaben und ein Mindestmaß an freiwilligen Aufgaben umfasst. Das ist also eine quasi verfassungsfest zur Anwendung gelangende Sicherung des Subsidiaritätsprinzips.

Andere Verfassungsgerichte, allen voran der VerfGH NW, haben diese Interpretation massiv in Abrede gestellt. Stattdessen propagieren sie – in scheinbarer Anknüpfung an das, was ich eingangs auf Herrn *Seiler* erwidert habe – : Jede Ebene hat den gleichen Anspruch auf – ggf. nur quotale – Deckung ihres Finanzbedarfs. Alle Ebenen sind gleich zu behandeln. Diesen Meinungsstreit haben wir auf dem jüngsten Deutschen Juristentag noch einmal nachvollzogen, weil die Präsidentin des Verfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern, *Hannelore Kohl*, diese Frage dort noch einmal aufgeworfen hat. Der Fragestellung und dem heftigen Meinungsstreit liegt m.E. ein fundamentales Missverständnis zugrunde. Wenn alle Ebenen ihre Aufgaben und Ausgaben jedenfalls weitgehend selbst bestimmen und gestalten können, dann kann auch nur das Gleichgewichtsprinzip mit dem in Art. 106 Abs. 3 S. 4 GG verankerten Deckungsquotenverfahren gelten. Das ist auch die Intention von § 24 StWG. Keine Ebene ist gewichtiger als die andere und die Finanzverfassung ist Folgeverfassung zur Aufgabenverteilung. So weit, so richtig und so gut.

Bei der Sicherung der vorhin von mir definierten finanziellen Mindestausstattung der Kommunen geht es aber um etwas anderes. Die Kommunen sind durch Fremd-entscheidung entweder des Bundes oder des jeweiligen Landes verpflichtet, die ihnen pflichtig auferlegten Aufgaben in jedem Fall auszuführen und die dabei entstehenden Ausgaben zu tragen. D.h., diese sind ihrer eigenen Disposition entzogen. Wenn das aber so ist, dann kann

die Antwort darauf nicht lauten, wie sie der VerfGH NW gegeben hat: „Wir vergleichen die Schuldenstandsquoten des Landes und der Kommunen miteinander“, zumal die Kommunen landesrechtlich richtigerweise zum Haushaltsausgleich ohne (Kassen-)Kreditaufnahme verpflichtet sind. Die ständige Rechtsprechung insb. des VerfGH NW hat dazu geführt, dass die Kommunen in Nordrhein-Westfalen genauso überschuldet sind wie das Land selbst. Man muss sich das einmal vorstellen: Mehr als die Hälfte (25,3 Mrd. €) aller kommunalen Kassenkredite in Höhe von bundesweit ca. 48 Mrd. € entfallen auf Kommunen in Nordrhein-Westfalen. Die Rechtsprechung des VerfGH NW trägt daher – man muss dies leider so deutlich sagen – eine erhebliche Mitverantwortung daran, dass das Land Nordrhein-Westfalen hinsichtlich seiner Konsolidierungspolitik keine härtere Gangart einschlagen musste.

Die richtige Antwort auf die Frage der Sicherung der finanziellen Mindestausstattung kann daher nur so lauten, wie sie vom ThürVerfGH, vom Nds-StGH, vom BVerwG und anderen gegeben worden ist, nämlich: Nein, die Kommunen sollen nicht besser behandelt werden als andere Ebenen. Wenn aber kein Geld mehr zur Verteilung zur Verfügung steht, dann ist die Variable nicht die – rechtswidrige – Ausweitung der Kommunalverschuldung, sondern die Variable bildet der Pflichtaufgabenbestand. Das muss unter der Geltung der strikten Schuldenbremse ab 2020 erst recht gelten. Es darf nicht durch die Verfassungsgerichtsbarkeit die Flucht in die parallele Verschuldung von Land und Kommunen unter Berufung auf einen vermeintlichen Leistungsfähigkeitsvorbehalt des Landes ermöglicht werden, sondern die Gerichtsbarkeit muss auf der Grundlage geltenden Verfassungsrechts den Landesgesetzgeber verpflichten, den Pflichtaufgabenbestand von Land und Kommunen an die Finanzierungsmöglichkeiten anzupassen, sodass entweder Gestaltungsmöglichkeiten vor Ort geschaffen oder Pflichtaufgaben ganz abgeschafft werden.

III. Schlussbemerkung

Genau das schreibt auch *Wolfgang Schäuble* in seinem eingangs zitierten Beitrag in der FAZ:

„Die Verantwortung für die Finanzierung sollte in der Regel einhergehen mit der Möglichkeit, Art und Umfang der Aufgabe weitgehend selbst zu bestimmen.“

Deshalb ist die Ausweitung von Gestaltungsspielräumen im *Schäuble/Scholz*-Papier ausdrücklich vorgesehen. Nun gilt es abzuwarten, ob es zu seiner Realisierung kommt, sodass insbesondere bei denjenigen Aufgaben im Sozialbereich, die kommunale Pflichtaufgaben bleiben, aber nicht vom Bund finanziert werden, zunehmend kommunale Gestaltungsspielräume eingebaut werden. Denn hat man kommunale Gestaltungsspielräume, dann liegt die Entscheidungsverantwortung über ihre Auswirkung vor Ort. Hat man sie aber nicht, dann ist es die Pflicht des Landes, darauf zu reagieren und hier zu deregulieren oder aber hinreichende Finanzmittel zur Verfügung zu stellen.

§ 5 Subsidiarität im europäischen Finanzverfassungsrecht

Henning Tappe

I.	Einleitung.....	65
II.	Subsidiarität im Europarecht.....	66
	1. Entwicklung des Subsidiaritätsgrundsatzes	67
	2. Subsidiarität als Gründungsidee der Union?	69
	a. Die Wurzeln des Subsidiaritätsprinzips.....	70
	b. Bedeutung für die Europäische Einigung.....	70
	c. Ambivalenz der Subsidiarität.....	72
	3. Subsidiarität für und im Primärrecht	72
III.	Subsidiarität (in) der Finanzverfassung	74
	1. Subsidiarität als Sparsamkeit.....	74
	2. Subsidiarität als Hilfestellung.....	75
IV.	Subsidiarität im europäischen Finanz(verfassungs)recht	76
	1. Finanzvorschriften für die EU (Art. 310 ff. AEUV).....	76
	2. Harmonisierung im Bereich des Steuerrechts.....	77
	3. Verzahnung der Finanz-, Wirtschafts- und Sozialpolitiken zur Stabilisierung der gemeinsamen Währung.....	80

I. Einleitung

Befasst man sich mit der „Subsidiarität in der Finanzverfassung“, wie es sich das heutige Symposium¹ zur Aufgabe gemacht hat, ist die Behandlung des Themas „Subsidiarität im Europäischen Finanzverfassungsrecht“ eine

¹ Schriftliche Fassung des am 9. Oktober 2014 im Rahmen des Heidelberger Symposiums „Subsidiarität in der Finanzverfassung“ gehaltenen Vortrags. Ich danke den Organisatoren *Hanno Kube* und *Ekkehart Reimer* für die Einladung und die Aufnahme in die „Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht“.

vergleichsweise angenehme Aufgabe. Denn rechtlich ist die Subsidiarität eine europäische Erfindung: das Unionsrecht enthält die „Subsidiarität“ nicht nur als Rechtsgedanken, sondern als Rechtsbegriff.

Ich bin damit in der komfortablen Situation, das Prinzip der Subsidiarität nicht hineinlesen zu müssen in Formulierungen wie „wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht“ in Art. 72 Abs. 2 GG (für die Steuergesetzgebung i.V.m. Art. 105 Abs. 2 GG) oder „Den Gemeinden muss das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft [...] in eigener Verantwortung zu regeln“ in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Ob diese Bestimmungen des Grundgesetzes Fälle der Subsidiarität regeln, kann letztlich dahinstehen. Die Regelungen sind nämlich auch ohne den Rückgriff auf das Konzept der Subsidiarität durchaus subsumierbar – auch wenn die Idee der Subsidiarität diesen Normen möglicherweise Pate gestanden haben mag.

Im Europarecht hingegen braucht man die Subsidiarität, denn hier bestimmt Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EUV ausdrücklich: „Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“. Und für die Mitwirkung Deutschlands an der Europäischen Union fordert Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG, dass diese [sc. die EU] dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist. Was mir allerdings gewisse Sorgen bereitet, ist der zweite Aspekt meines Themas, denn: Gibt es überhaupt ein europäisches Finanzverfassungsrecht?

II. Subsidiarität im Europarecht

Subsidiarität ist ein primärrechtlicher Begriff. In Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EUV heißt es: „Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.“

1. Entwicklung des Subsidiaritätsgrundsatzes

Diese Regelung ist noch nicht so alt, wie man vielleicht annehmen könnte. Sie wurde als Art. 3b EGV durch den Vertrag von Maastricht 1993 eingeführt². In den Gründungsverträgen³ findet sich noch kein Hinweis auf einen Grundsatz der Subsidiarität.

Gleichwohl ist versucht worden, das Konzept der Subsidiarität schon in bestimmte Artikel des früheren EWG-Vertrags hineinzulesen (gewissermaßen als Gründungsmythos⁴ der EU). So z.B. in Art. 100 EWGV⁵: „Der Rat erlässt einstimmig auf Vorschlag der Kommission Richtlinien für die Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken“. Aber wo steckt hier die Subsidiarität? In der Forderung nur diejenigen Vorschriften der Mitgliedstaaten anzugleichen, „die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken“? Oder in der Aussage, dass die Rechtsetzung bei schon vorhandenem Recht der Mitgliedsstaaten ansetzen muss?

Näher liegt der Gedanke, das Konzept der Subsidiarität am Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung festzumachen, jetzt geregelt in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EUV. Denn die höhere, die europäische Ebene wird nur tätig, wenn Aufgaben zu ihr „hochdelegiert“ werden. Die EU hat keine Kompetenz-Kompetenz. Alles, was nicht bewusst auf die europäische Ebene verlagert wird, bleibt – wegen der begrenzten Einzelermächtigung – auf der Ebene darunter, bei den Nationalstaaten.

Indes: Ist das Subsidiarität? – Nein, insoweit als es bei dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung primär um Kompetenzbegründung (nicht um -verteilung) geht, um ein Konstrukt zur Herleitung der Befugnisse –

² Vertrag über die Europäische Union v. 7.2.1992, ABl. EG v. 29.7.1992, Nr. C 191/01.

³ Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (1951), Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (1957) und Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (1957).

⁴ „Architekturprinzip“, Entschließung der Konferenz „Europa der Regionen“ v. 19.10.1989, vgl. R. Geiger, in: Geiger/Khan/Kotzur, Art. 5 EUV Rn. 6.

⁵ In diesem Sinne etwa S. Pieper, Subsidiarität, 1994, S. 200 ff., vgl. die weiteren Nachweise bei C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999, S. 35.

eben durch konkrete Ermächtigung von Seiten der souveränen Nationalstaaten. Ja, insoweit als das Verfahren und das Ergebnis ungefähr dem entspricht, was man sich unter Subsidiarität vorstellt: Die untere Ebene, die Nationalstaaten bleiben zuständig, wenn, soweit und solange es nicht erforderlich ist, eine höhere – hier: die supranationale – Ebene zu bemühen. Aber die Parallele zum Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung⁶ passt auch nicht recht. Denn das Subsidiaritätsprinzip dient strenggenommen als Algorithmus zur bestmöglichen Aufgabenzuteilung in einem föderalen (oder sonstigen Mehrebenen-)System⁷. Entsprechend dem Dezentralisierungstheorem in der Ökonomie ist zunächst die kleinste, unterste Ebene zuständig, soweit nicht Skalenerträge bzw. Bündelungsvorteile eine Übertragung an die höhere Ebene rechtfertigen, die dafür dann auch die Beweislast trägt⁸. Wie heißt es auf der Rückseite der Einladung zu dieser Tagung: „Der Subsidiaritätsgrundsatz gebietet, Aufgaben der kleinsten Einheit zuzuweisen, die zur Aufgabenerfüllung in der Lage ist. Hierdurch sollen Selbstbestimmung und Eigenverantwortung gefördert werden“. Aber geht es bei der EU um Selbstbestimmung?

Es dürfte deutlich werden: Die bewusste Übertragung von Kompetenzen an eine supranationale Ebene, die Gründung einer Gemeinschaft, die Schaffung von europäischem Primärrecht hat mit der Subsidiarität im Sinne des Primärrechts (Art. 5 EUV) nicht viel zu tun⁹. Das Subsidiaritätsprinzip *im* Primärrecht ist eine Regel zur Aufteilung der Kompetenzen – in einem Spannungsfeld, weswegen Art. 5 Abs. 3 EUV das Prinzip auch nur für den Fall präzisiert, dass die EU keine ausschließliche Zuständigkeit hat (s. Art. 3 AEUV). Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV gilt also ausdrücklich nur für die geteilte Zuständigkeit und hat damit eine gewisse

⁶ Vgl. BVerfG, Urteil v. 12.10.1993, 2 BvR 2134/2159/92, BVerfGE 89, 155 (210) – Maastricht: „Die Handhabung dieses Prinzips der beschränkten Einzelermächtigung wird sodann durch das Subsidiaritätsprinzip verdeutlicht und weiter begrenzt.“

⁷ C. Blankart, *Öffentliche Finanzen in der Demokratie*, 8. Aufl. 2011, S. 625.

⁸ Vgl. C. Blankart, *Öffentliche Finanzen in der Demokratie*⁸, S. 624 f.

⁹ S. BVerfG, Urteil v. 12.10.1993, 2 BvR 2134/2159/92, BVerfGE 89, 155 (210 f.) – Maastricht: „Das Subsidiaritätsprinzip begründet mithin keine Befugnisse der Europäischen Gemeinschaft, sondern begrenzt die Ausübung bereits anderweitig eingeräumter Befugnisse“, ähnlich bereits S. 192: „Kompetenzausübungsschranken“.

Ähnlichkeit zu Art. 72 Abs. 2 GG, der auch (nur) im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung relevant ist – nicht in den Fällen der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen.

Insofern ist, schaut man sich die Gründungsverträge an, das Instrument der Lückenschließung, in der Urfassung Art. 235 EWGV (bzw. Art. 308 EG, jetzt Art. 352 AEUV), noch am dichtesten an der Subsidiarität i.S.d. Art. 5 Abs. 3 EUV: „Erscheint ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich, um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele zu verwirklichen, und sind in diesem Vertrag die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen, so erlässt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung der Versammlung die geeigneten Vorschriften.“

Eine Subsidiarität also im Sinne von *Montesquieu*: Wenn es nicht notwendig ist, ein europäisches Gesetz zu machen, ist es notwendig, kein europäisches Gesetz zu machen¹⁰. Und so formuliert es eben auch Art. 5 Abs. 3 EUV: Die Union wird „nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind“.

2. Subsidiarität als Gründungsidee der Union?

Aber vielleicht ist das alles viel zu rechtsdogmatisch gedacht, möglicherweise steckt das Subsidiaritätsprinzip – als „rechtliches und politisches

¹⁰ Abgewandelte Fassung des Zitats von *Montesquieu*: „Quand il n'est pas nécessaire de faire une loi, il est nécessaire de ne pas en faire“. Nachgewiesen ist der Satz: „Comme les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires, celles qu'on peut éluder affaiblissent la législation“, *Montesquieu Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu*, *De l'esprit des lois*, *Ceuvres complètes de Montesquieu*, Paris 1838, Buch XXIX, Kap. XVI, S. 477.

Ordnungsprinzip¹¹ – ja doch schon in der Gründungsidee der Europäischen Gemeinschaften¹², bevor es dann im Vertrag von Maastricht 1992/93 in Art. 5 (ex Art. 3b) EGV ausdrücklich verankert¹³ wurde? Die „Gründungsgeschichte“, die Idee der europäischen Einigung spricht aus meiner Sicht allerdings nicht unbedingt dafür.

a. Die Wurzeln des Subsidiaritätsprinzips

Das Subsidiaritätsprinzip hat zwar seine Ursprünge bis in die vorchristliche Zeit¹⁴, seine besondere Ausprägung hat es aber in der Sozialenzyklika „Quadragesimo anno“ von Papst Pius XI. erfahren¹⁵. Es richtet sich, mit dem Grundgedanken des Aufbaus der Gesellschaft von unten nach oben, vor allem gegen staatlichen Kollektivismus und Totalitarismus – allerdings auch gegen libertäre Vorstellungen vom Nachtwächterstaat¹⁶.

Aus staatsrechtlicher Sicht populär geworden ist der Gedanke der Subsidiarität nach dem Zweiten Weltkrieg aber in seiner Abgrenzung zu den „zentralistischen Auswüchsen des totalitären Staates“¹⁷; deswegen hat es eine hohe moralische Kraft, auch deswegen ist es als föderales Grundprinzip im Grundgesetz verankert worden¹⁸.

b. Bedeutung für die Europäische Einigung

Was bedeutet das für die Europäische Einigung? Zwar ist das Heben der Kompetenzen auf eine höhere Ebene, die europäische Vergemeinschaftung von Kohle und Stahl (EGKS), die europäische Vergemeinschaftung

¹¹ Formulierung nach *P. Blickle/T. Hügin/D. Wyduckel* (Hrsg): Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft (= Rechtstheorie, Beiheft 20), Berlin 2002.

¹² In diesem Sinne *S. Pieper*, Subsidiarität, 1994, S. 175 m. Hinw. auf Entschließung des EurParl v. 12.7.1990.

¹³ S. dazu *H. Lübbe*, Subsidiarität. Zur europarechtlichen Positivierung eines Begriffs, *ZfP* 2005, S. 157 ff.

¹⁴ *A. Kaufmann*, Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart, 1976, S. 33; zur Geschichte auch *O. v. Nell-Breuning*, Baugesetze der Gesellschaft, 1990, S. 87–89.

¹⁵ Vgl. *A. Kaufmann*, Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart, 1976, S. 33; vgl. dazu auch *M. Droege*, § 2 Subsidiarität als Strukturprinzip (in diesem Band), S. 7 (9 ff.).

¹⁶ Vgl. *A. Kaufmann*, Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart, 1976, S. 33.

¹⁷ *C. Blankart*, Öffentliche Finanzen in der Demokratie⁸, S. 625.

¹⁸ *C. Blankart*, Öffentliche Finanzen in der Demokratie⁸, S. 625.

der Kernenergie (EAG, EURATOM) und die Einbindung v.a. der deutschen Wirtschaft in die Europäischen Gemeinschaften 1957 (EWG) in der Tendenz durchaus „kontrasubidiär“. Man hat eben *noch* eine höhere Ebene geschaffen und dieser bestimmte Kompetenzen übertragen.

Dies diente aber nicht zentralistischen oder totalitären Bestrebungen, nicht einer Stärkung des Staates gegenüber dem Einzelnen, sondern war – vor dem Hintergrund und Eindruck zweier Weltkriege – gerade ein Akt der Friedenssicherung, des wirtschaftlichen Wiederaufbaus und der Hebung des Wohlstands durch einen gemeinsamen Wirtschaftsraum¹⁹.

Anders formuliert: Die Gründung der Europäischen Gemeinschaften, die jetzige Europäische Union als solche, ist gerade ein Produkt des Subsidiaritätsgedankens auch wenn sie diesem scheinbar entgegensteht: Wie heute Klimapolitik nur auf globaler Ebene betrieben werden kann, mussten Friedenssicherungs- und Wirtschaftspolitik damals (wie auch heute?) zumindest auf europäischer Ebene betrieben werden: „Denn dem Zusammenschluss der Mitgliedsstaaten lag die Einsicht zugrunde [...], dass [diese Ziele] nur durch einen Zusammenschluss der Volkswirtschaften erreicht werden konnte“. – Die „hierfür nötigen Kompetenzen“ mussten „auf die Gemeinschaft verlagert werden [...], um durch Schaffung einer höheren Ebene mit unabhängigen Befugnissen gegenüber den Mitgliedsstaaten nationalen Widerständen zu begegnen“²⁰. Und auch die Europäische Währungsunion, der Euro, war – vor allem aus französischer Sicht – friedenssichernd, als Bedingung (Mitterands) für die deutsche Wiedervereinigung²¹.

Ist das „darüber“ der EU also ein echtes „darüber“ (im Sinne des Subsidiaritätsprinzips) oder nicht vielmehr ein schlichtes „Miteinander“²²? Kein „höher“, sondern ein „gemeinsam“?

¹⁹ Vgl. S. Pieper, Subsidiarität, 1994, S. 181 (Fn. 33) m.w.N.

²⁰ S. Pieper, Subsidiarität, 1994, S. 181.

²¹ Der Spiegel, Nr. 39 v. 27.9.2010 („Der Preis der Einheit“), S. 34 ff.

²² Vgl. F. Schorkopf, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar GG, Art. 23 Rn. 61: „Haben sich die Mitgliedstaaten in einer Sachfrage auf ein europäisches Vorgehen geeinigt und trägt die Kommission diesen Gestaltungswillen mit, dann ist jedes weitere Beharren auf mitgliedstaatlichem Handeln nicht nur provinziell-partikulär, sondern widerspricht dem europäischen politischen Konsens“.

c. *Ambivalenz der Subsidiarität*

Die Subsidiarität scheint mir im europäischen Kontext eine eigentümliche Ambivalenz aufzuweisen: Einerseits, so sagt es Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EUV (so sagt es aber auch schon der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung in Satz 1), soll die „Macht“ im Zweifel auf der unteren Ebene, auf Ebene der Mitgliedstaaten verbleiben. Andererseits stärkt genau dieser Mechanismus die „alten“ nationalen Zentralstaaten, mit denen man in Europa historisch nicht immer die besten Erfahrungen gemacht hat. – Und diese Erfahrungen sind wiederum ursächlich für die europäische Einigung als solche.

3. Subsidiarität für und im Primärrecht

Jedenfalls ist die Subsidiarität *für* das Primärrecht eine andere Subsidiarität als die *im* Primärrecht, in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und in Art. 5 Abs. 3 EUV. Ausdrücklich eingefügt wurde das Subsidiaritätsprinzip durch den Vertrag von Maastricht 1993²³. Im damaligen Art. 3b EGV hieß es: „In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, wird die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können“. Der jetzige Art. 5 Abs. 3 EUV²⁴ ist mit dieser Fassung praktisch identisch; der Satzbau ist umgestellt, die „Gemeinschaft“ ist durch die „Union“ ersetzt.

Damit besagt Subsidiarität *im* Primärrecht ungefähr das Gleiche wie Art. 72 Abs. 2 GG im deutschen Verfassungsrecht. Es dient als Algorithmus²⁵ für die Entscheidung, auf welcher der – grundsätzlich konkurrierend

²³ Vertrag über die Europäische Union v. 7.2.1992, ABl. EG v. 29.7.1992, Nr. C 191/01.

²⁴ Im heutigen Art. 5 Abs. 3 EUV heißt es: „*Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.*“

²⁵ S.o. Fn. 7.

zuständigen – Ebenen eine Regelung erforderlich ist. Für die ausschließlichen Kompetenzen (Art. 3 AEUV) stellt das Primärrecht hingegen die unwiderlegliche Vermutung auf, dass eine Regelung eben auf der europäischen Ebene getroffen werden muss (dass sie also notwendig ist). Und für das Primärrecht selbst wiederum gilt der europäische Subsidiaritätsgrundsatz gar nicht. Er findet sich ja auch auf der gleichen Ebene.

Lassen sich aber vielleicht aus der Homogenitätsklausel²⁶ in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG Vorgaben für eine Subsidiarität des Primärrechts ableiten? Den Satz 1 des Art. 23 GG könnte man durchaus als eine solche Begrenzung (vielleicht sogar als Drohung) lesen: Darf die Bundesrepublik Deutschland zur Verwirklichung eines vereinten Europas nur bei der Entwicklung einer solchen Europäischen Union mitwirken, „die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet“? Muss der deutsche Gesetzgeber demnach auch bzw. schon bei der Übertragung von Hoheitsrechten prüfen, ob die EU die in Betracht gezogenen Maßnahmen besser verwirklichen kann? Ist die Subsidiarität über die Struktursicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 GG eine Grenze der Übertragung von Hoheitsrechten?

Die Antwort lautet: nein. Die Subsidiarität im EUV bezieht sich auf die Verteilung von Zuständigkeiten, nicht auf die Begründung von Zuständigkeiten. Man muss sich gar nicht mit der „Krücke“ behelfen, dass die Mitgliedsstaaten jedenfalls einen gewissen Einschätzungsspielraum haben. Art. 23 Abs. 1 GG nimmt den Grundsatz der Subsidiarität aus dem Unionsrecht auf, er begründet aber keinen eigenen, neuen Subsidiaritätsgrundsatz. Subsidiarität ist kein originär deutscher Verfassungsbegriff, sondern ein unionsrechtlicher Begriff²⁷. Art. 23 GG nimmt – nicht nur

²⁶ F. Schorkopf, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar GG, Art. 23 Rn. 36: „Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG formuliert bestimmte Anforderung an die Rechtsordnung und die Strukturen der EU“ (Struktursicherungsklausel).

²⁷ Vgl. einerseits BVerfG, Urteil v. 12.10.1993, 2 BvR 2134/2159/92, BVerfGE 89, 155 (179, 183) – Maastricht, aber andererseits auch BVerfG, a.a.O., S. 211 f.: „Hier hat die Bundesregierung ihren Einfluss zugunsten einer strikten Handhabung des Art. 3 b Abs. 2 EGV geltend zu machen und damit die ihr durch Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG auferlegte Verfassungspflicht zu erfüllen. Der Bundestag hat seinerseits die Möglichkeit, über sein in Art. 23 Abs. 3 GG begründetes Mitwirkungsrecht an der internen deutschen Willensbildung auf die Ratspraxis einzuwirken und sie im Sinne des Subsidiaritätsprinzips zu beeinflussen. Auch der Bundestag erfüllt damit eine ihm nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG obliegende

sprachlich – Bezug auf Art. 5 EUV und kann damit in seinem Regelungsgehalt nicht weitergehen als Art. 5 EUV²⁸.

Kurz: Subsidiarität ist keine Grenze des Primärrechts, sondern ist eine Auslegungsregel für das Primärrecht, eine Algorithmus für die Aufgabenteilung „im Zweifel“.

Damit ist die praktische Bedeutung der Subsidiarität als Bremse für die europäische Einigung begrenzt. Sie verhindert nur Kompetenanzmaßung (immerhin!), nicht aber Kompetenzübertragung. Subsidiarität war und ist vor allem auch eine Art Beruhigungsspiel für die Euroskeptiker, denen auf dem Beschleunigungstreifen von Maastricht sonst möglicherweise schlecht geworden wäre.

III. Subsidiarität (in) der Finanzverfassung

1. Subsidiarität als Sparsamkeit

In der Finanzverfassung hat die Subsidiarität seit jeher eine besondere Bedeutung und zwar vor allem in ihrer ganz profanen Ausprägung als Sparsamkeit. Geht es um die „hilfsweise Inanspruchnahme finanzieller Mittel“ formuliert z.B. das Haushaltsgrundsätzegesetz in § 5 schlicht: „Bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sind nur die Ausgaben und die Ermächtigungen zum Eingehen von Verpflichtungen zur Leistung von Ausgaben in künftigen Jahren (Verpflichtungsermächtigungen) zu berücksichtigen, die zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes oder des Landes notwendig sind.“ Zudem sind „[b]ei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans [...] die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten“, § 6 Abs. 1 HGrG.

Verfassungspflicht. Im übrigen ist zu erwarten, dass sich auch der Bundesrat des Subsidiaritätsprinzips besonders annehmen wird (vgl. Goppel, Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips, EuZW 1993, S. 367)“.

²⁸ Ebenso C. Hillgruber, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, 13. Auflage, Art. 23 GG Rn. 21; a.A. I. Pernice, in: Dreier, Art. 23 GG Rn. 70; R. Uerpman-Witzack, in: von Münch/Kunig, Band 1, 6. Auflage, Art. 23 Rn. 24; C. Classen, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Band 2, 6. Auflage, Art. 23 GG Rn. 40.

Und auch die staatliche Kreditaufnahme war bis zum Jahr 1969 „subsidiär“ und zwar in dem Sinne, dass „[i]m Wege des Kredites [...] Geldmittel nur bei außerordentlichem Bedarf und in der Regel nur für Ausgaben zu werbenden Zwecken [...] beschafft werden“ durften (Art. 115 GG a.F.). Über die Subsidiarität der Kreditaufnahme für die Zeit danach kann man streiten; immer jedenfalls sollten Einnahmen aus Krediten nur einen „Finanzierungssaldo“ (§ 10 Abs. 4 Nr. 2 HGrG) decken, also die Differenz von (notwendigen) Ausgaben und regulären (Steuer-)Einnahmen ausgleichen²⁹.

2. Subsidiarität als Hilfestellung

Vor allem aber in der Zweitbedeutung des „subsidium“, die eigentlich die Erstbedeutung ist, nur nicht im juristischen Sprachgebrauch, in der Bedeutung „Hilfe“ oder „Unterstützung“, ist die Finanzverfassung subsidiär. Sie leistet Beistand bei der Erfüllung von Aufgaben. Denn Staatsfinanzierung ist nicht Selbstzweck, sondern muss den Staat in die Lage versetzen, die von ihm wahrzunehmenden Aufgaben angemessen zu erfüllen. Aufgaben verursachen Ausgaben, Ausgaben müssen durch Einnahmen gedeckt werden³⁰.

Das wiederum bedeutet aber, dass es jedenfalls auf der Ausgabenseite (mit Ausnahme des zitierten Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, der auch für die Europäische Union gilt und sich in Art. 310 AEUV findet) keine Subsidiarität der Finanzverfassung im Rechtssinne geben kann: Es geht immer um die staatlichen oder europäischen *Aufgaben*, die ggf. subsidiär wahrgenommen werden können oder müssen. Es gilt: *Wenn* eine Aufgabe wahrgenommen werden muss, dann müssen auch die entsprechenden Mittel bereit stehen. Der Fall, dass eine Aufgabenwahrnehmung nicht subsidiär, die entsprechenden (notwendigen) finanziellen Mittel aber doch subsidiär sein sollen, ist – unterstellt man wirtschaftliches Handeln – nicht denkbar.

²⁹ H. Tappe, Das Haushaltsgesetz als Zeitgesetz, 2008, S. 358.

³⁰ H. Tappe, DVBl. 2013, 1079 (1080).

IV. Subsidiarität im europäischen Finanz(verfassungs)recht

Damit lassen sich für die Frage nach der Subsidiarität im europäischen Finanz(verfassungs-)recht schon erste Bereiche wieder aus der Betrachtung aussondern:

1. Finanzvorschriften für die EU (Art. 310 ff. AEUV)

Auch im europäischen Haushaltsrecht gibt es den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit. Art. 310 Abs. 4 AEUV verpflichtet die EU auf Haushaltsdisziplin. Art. 310 Abs. 5 Satz 1 AEUV fordert: „Der Haushaltsplan wird entsprechend dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung ausgeführt“. Auf der Ausgabenseite des EU-Haushalts gibt es also für die Subsidiarität wenig zu tun. Die Finanzierung folgt den Aufgaben der EU. In den meisten Fällen werden es zudem die Mitgliedstaaten selbst sein, die das EU-Recht ausführen und damit dann auch für die Finanzierung verantwortlich sind.

Wie ist es auf der Einnahmenseite? Über Kredite finanzieren darf sich die EU eigentlich – und jedenfalls zur Zeit – nicht³¹, so dass auch hier die Subsidiarität keine besondere Rolle spielt. Denn Einnahmen aus Krediten als „neue“ Form der Eigenmittel (Art. 311 Abs. 3 Satz 2 AEUV) sind nur bei Einstimmigkeit (Satz 3) denkbar und daher bis auf Weiteres unwahrscheinlich. (Die „Gemeinschaftsanleihen“ zur Vergabe von Krediten an Mitglied- und Drittstaaten lasse ich einmal beiseite³².) Die übrigen Eigenmittel, die den Haushalt (Art. 311 Abs. 2 AEUV) vollständig finanzieren sollen, bestehen zu drei Vierteln aus den so genannten BNE-Eigenmitteln³³, bei denen die Mitgliedstaaten Zahlungen an die EU leisten (ähnlich den früheren Matrikularbeiträgen der Länder an das deutsche Reich³⁴:

³¹ Vgl. aber *U. Häde*, Neue Entwicklungen bei den Finanzierungsformen der Europäischen Union, in: *JöFin* 2011, S. 293 ff.

³² Dazu *U. Häde*, *JöFin* 2011, 293 (298 ff.)

³³ EU-Kommission (Hrsg.), *Mehrjähriger Finanzrahmen 2014-2020 und EU-Haushalt 2014*, S. 24; vgl. auch den *Beschluss des Rates vom 7. Juni 2007 über das System der Eigenmittel der Europäischen Gemeinschaften* (2007/436/EG, Euratom), ABl. EU vom 23.6.2007 Nr. L 163/07.

³⁴ Art. 70 RV (Gesetz betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches v. 6.4.1871, Bundesgesetzblatt für den Deutschen Bund 1871, Nr. 16, S. 63).

auch die EU ist also gewissermaßen ein „lästiger Kostgänger bei den Einzelstaaten“³⁵).

Auf der Einnahmenseite ergibt sich also über die asymmetrische Einstimmigkeit³⁶ eine Subsidiarität praktisch von selbst: Die Verhandlungen über den mehrjährigen Finanzrahmen (Art. 312 AEUV), bei denen die Mitgliedstaaten über den Europäischen Rat einen maßgeblichen Einfluss haben, sorgen dafür, dass die EU nur die notwendigen Mittel erhält. Weil die Mitgliedstaaten ein ganz erhebliches Interesse daran haben, nicht zu viel abzugeben, kann man vergleichsweise sicher sein, dass sich die EU keine Einnahmen anmaßt, die besser bei den Mitgliedstaaten verblieben wären. Die „Anziehungskraft des zentralen Etats“³⁷ wird durch die Mitgliedstaaten einnahmeseitig wirksam abgeschirmt.

Die klassischen Bereiche des Finanzverfassungsrechts (Einnahmen und Ausgaben, der Haushalt) sind daher im europäischen Kontext mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip unergiebig. Was bleibt also? Im Kern sind es zwei Bereiche des europäischen Finanzverfassungsrechts (im weiteren Sinne) – die sich im Übrigen auch schon wieder Sachregelungen annähern, weil sie vielfältige Bezüge zur allgemeinen Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik haben. Zum einen die Harmonisierung im Bereich des (nationalen) Steuerrechts und zum anderen die Maßnahmen im Zusammenhang mit der Wirtschafts- und Währungsunion, also die Regeln zur Vermeidung übermäßiger Defizite (Art. 126 AEUV) und der Euro (Art. 127 ff. AEUV).

2. Harmonisierung im Bereich des Steuerrechts

Im Regelfall, d.h. nicht im europäischen Kontext, sondern im „normalen“ Föderalismus, ist die Verteilung der Einnahmenkompetenzen ein zentraler Punkt. Dies unter dem Aspekt der sog. „institutionellen Kongruenz“ bzw.

³⁵ O. v. Bismarck, Rede v. 2.5.1879 vor dem Reichstag, 36. Sitzung, Sten. Ber., 4. Leg.-Per., II. Sess. 1897, Bd. 2, S. 927 (http://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt3_k4_bsb00018400_00105.html); vgl. auch Koriöth, Finanzausgleich, S. 316; Stern, Staatsrecht V, S. 389.

³⁶ Vgl. aktuell „Drohendes Notbudget: Keine Einigung im Streit über EU-Haushalt“, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/eu-haushalt-budget-verhandlungen-vertagt-notbudget-tag-a-1003498.html>.

³⁷ Vgl. J. Popitz, Der Finanzausgleich, in: Gerloff/Meisel, Handbuch der Finanzwissenschaft, Band 2, 1. Aufl. 1927, 338 (348).

„fiskalischen Äquivalenz“³⁸. Nach diesem ökonomischen Ansatz ist es vorteilhaft, wenn jede Bürgerschaft bezahlt, was sie selbst beschließt³⁹. Entscheidungsträger, Nutznießer einer Entscheidung und (Steuer-)Zahler, also die durch eine Entscheidung finanziell Belasteten, sind vorzugsweise dieselben Personen. Schon im Grundgesetz finden wir diesen Gedanken aber kaum wieder. Die Steuergesetzgebungskompetenzen sind im Wesentlichen beim Bund konzentriert (Art. 105 GG). Und weil für die Aufgabewahrnehmung der Konnexitätsgrundsatz gilt (Art. 104a GG), bedarf es eines aufwendigen Finanzausgleichs (Art. 106, 107 GG). Dafür gibt es aber gute Gründe. Und diese Gründe wiederum haben Ähnlichkeiten mit dem Gedanken der Harmonisierung, wie sie das Unionsrecht im Bereich der nationalen Steuern befördert. Denn die Besteuerung (die Staatsfinanzierung insgesamt⁴⁰) orientiert sich nicht am Gedanken der Äquivalenz⁴¹, sondern am Gedanken der gerechten Lastenverteilung⁴². Und diese wiederum orientiert sich daran, was jemand *hat*, nicht daran, was jemand braucht oder wovon jemand profitiert. Die höhere Ebene ist vor diesem Hintergrund also nicht per se die falsche Ebene.

Erst recht verfolgt man diesen (Äquivalenz-)Ansatz nicht auf europäischer Ebene. Denn einerseits bemessen sich auch die Einnahmen der EU ganz wesentlich nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Mitgliedstaaten. Andererseits ist im Bereich der Harmonisierung, der europarechtlichen Angleichung von Steuerrecht, der Kausalzusammenhang von Entscheidungsgewalt und Ertrags-, d.h. Nutznießungskompetenz ohnehin bereits durchbrochen – schon auf der nationalen Ebene.

³⁸ Vgl. C. Blankart, *Öffentliche Finanzen in der Demokratie*⁸, 27 f., 627 f.

³⁹ Der Begriff der „fiskalischen Äquivalenz“ geht zurück auf *Mancur Olson* (*The Principle of “Fiscal Equivalence”: The Division of Responsibilities Among Different Levels of Government*, *American Economic Review*, Vol. 59, S. 479–487); siehe hierzu auch S. Koriath, *Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern*, S. 232 f.

⁴⁰ Grundlegend zum Steuerstaatsprinzip: J. Isensee, *Steuerstaat als Staatsform*, in: FS Ipsen, 1977, S. 409 ff.; nachfolgend BVerfG, Beschluss v. 8.6.1988, 2 BvL 9/85, u.a., BVerfGE 78, 249 (266 f.).

⁴¹ Siehe hierzu A. Schmehl, *Das Äquivalenzprinzip im Recht der Staatsfinanzierung*, S. 61 ff., 96 f.

⁴² D. Birk/M. Desens/H. Tappe, *Steuerrecht*, 17. Aufl. 2014, Rn. 5.

Die Harmonisierung der Steuern verfolgt im Übrigen auch ein völlig anderes Ziel. Ihr geht es nicht darum, das *Popitz'sche* Gesetz von der Anziehungskraft des zentralen Etats⁴³ zu beweisen, sondern sie verfolgt Ziele im Bereich der Wirtschaftspolitik: Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen, Erleichterung der Freizügigkeit und allgemein wirtschaftliche Vernetzung im Binnenmarkt⁴⁴. Diese wiederum, die wirtschaftspolitische Zusammenarbeit, soll zu politischer Zusammenarbeit auch auf anderen Gebieten führen. Schon im Schumanplan⁴⁵ war dieser „spill-over“-Gedanke als grundlegendes Entwicklungsprinzip der Gemeinschaft angelegt (die „*méthode Jean Monnet*“)⁴⁶.

Damit ist auch die Steuerharmonisierung eine bewusste Kontrasubsidiarität, aber natürlich auch kein echter Widerspruch zum Subsidiaritätsgedanken: Vergegenwärtigt man sich, dass die Harmonisierung bei den Steuern – das auf Teilbereiche bezogene, aber letztlich doch kollateral wirkende, „Hochzonen“ des Steuerrechts – nicht der Einnahmeerzielung, d.h. nicht fiskalischen Zwecken dient, sondern vielmehr der Wirtschaftspolitik, so wird deutlich, dass es mit Blick auf verschiedene Steuern (z.B. Umweltsteuern) jeweils (auch) um verschiedene Sachaufgaben geht. Die Wahrnehmung dieser Sachaufgaben im Wege (auch) der Steuerharmonisierung ist dann über das in Art. 5 EUV normierte Subsidiaritätsprinzip zu kontrollieren und ggf. einzuschränken. Allerdings verbietet sich hier – wie es so schön heißt – jede schematische Lösung⁴⁷.

⁴³ S.o. Fn. 37.

⁴⁴ Vgl. C. Waldhoff, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 113 AEUV, Rn. 1 ff.; R. Voß, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Abschnitt J., Rn. 4; G. Laule, IStR 2001, 297 (297 f.).

⁴⁵ Vgl. die Schuman-Erklärung vom 9. 5. 1950: „Durch die Zusammenlegung der Grundindustrien und die Errichtung einer neuen Hohen Behörde, deren Entscheidungen für Frankreich, Deutschland und die anderen teilnehmenden Länder bindend sein werden, wird dieser Vorschlag den ersten Grundstein einer europäischen Föderation bilden, die zur Bewahrung des Friedens unerlässlich ist.“ (Text der Schuman-Erklärung in deutscher Übersetzung ist abrufbar unter: http://europa.eu/abc/symbols/9-may/decl_de.htm)

⁴⁶ Vgl. R. Geiger, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV-Präambel, Rn. 4.

⁴⁷ Vgl. E. v. Caemmerer, JZ 1962, 385 (386), aufgegriffen in BGH, Urteil v. 30.5.1968, VII ZR 2/66, BGHZ 50, 227 (228 f.) und BGH, Urteil v. 18.10.1973, VII ZR 8/73, BGHZ 61, 289 (291).

Für die echten EU-Steuern, die Zölle, gilt das eben Gesagte allerdings nur eingeschränkt. Einerseits hat die EU hier eine Ertragskompetenz, andererseits aber ergibt sich die Notwendigkeit einer EU-einheitlichen Regelung des Zollrechts aus dem gemeinsamen Binnenmarkt praktisch von selbst. Art. 3 AEUV löst die Frage nach der Subsidiarität denn auch schlicht durch eine „ausschließliche Zuständigkeit“ im Bereich der Zollunion.

3. Verzahnung der Finanz-, Wirtschafts- und Sozialpolitiken zur Stabilisierung der gemeinsamen Währung

Der spannendste Bereich scheint mir die Wirtschafts- und Währungsunion zu sein, denn diese führt praktisch – über den Hebel der gemeinsamen Währung – zu einer ganz erheblichen Ausweitung der EU-Zuständigkeiten. Es geht um die Verzahnung der Finanz-, Wirtschafts- und Sozialpolitiken zur Stabilisierung der gemeinsamen Währung⁴⁸.

Die Einführung des Euro selbst ist wohl nicht zwingend notwendig für den gemeinsamen Markt, er ist keine logische Weiterentwicklung – aber er war eine bewusste politische Entscheidung. Das bedeutet, dass der Subsidiaritätstest für den Euro durchaus schwierig durchzuführen wäre: Tendenziell gehört die Währung auf die oberste Ebene, das ist in allen föderalen Staaten – so scheint es – Konsens. Die Größe eines gemeinsamen Währungsraums ist tendenziell vorteilhaft⁴⁹.

Andererseits haben die Erfahrungen in den letzten Jahren gezeigt, dass eine gemeinsame Währung in ganz erheblichem Maße das erfordert, was die europäischen Verträge seit Maastricht als wirtschaftliche „Konvergenz“ (Art. 126, 140 AEUV) bezeichnen, ein weiteres wirtschaftliches und politisches „Annähern“. Die Einführung des Euro, die Wirtschafts- und Währungsunion selbst, führt daher zu einer ganz erheblichen Verschiebung des Referenzrahmens, der Maßstäbe für die Subsidiarität. War es früher vielleicht nicht nötig, ein europäisches Gesetz zu machen, so macht der Euro,

⁴⁸ W. Schäuble, Zukunft Europa in: Der Tagesspiegel v. 30.12.2010, zit. nach C. Blankart, Öffentliche Finanzen in der Demokratie⁸, S. 615.

⁴⁹ Vgl. hierzu (sog. Theorie des optimalen Währungsraums) G. Mankiw/M. Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 5. Auflage 2012, S. 928 ff.; U. Vollmer, Geld- und Währungspolitik, 2005, S. 191 f.; H. Gischer/B. Herz/L. Menkhoff, Geld, Kredit und Banken, 3. Auflage 2012, S. 395 ff.

präziser: die Rettung des Euro, es nötig, eine ganze Reihe europäischer Gesetze zu machen, die man sich in ihrer Reichweite früher kaum hätte vorstellen können:

Die im Rahmen von Fiskalpakt⁵⁰, Europäischem Semester⁵¹, Sixpack⁵² und Two-pack⁵³ ermöglichten Einflussnahmen auf die nationalen Haushalte, einst das wichtigste Vorbehaltsgut der (nationalen) Parlamente, sind an – ich variere bewusst den Begriff – „Anti-Subsidiarität“, so scheint es, nicht zu überbieten. Durchaus bemerkenswert ist es in diesem Zusammenhang, dass das Subsidiaritätsprinzip vor allem auf Betreiben Deutschlands europarechtlich verankert wurde, und zwar im Vertrag von Maastricht, der die Wirtschafts- und Währungsunion, also schließlich den Euro, überhaupt erst entwickelt hat⁵⁴.

Und dennoch: Die Einführung des Euro war – ich hatte es schon gesagt – eine bewusste Entscheidung, die sich als Primärrecht nicht am Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EUV messen lassen muss. Die Entscheidungen der EZB, etwa den Ankauf von Staatsanleihen oder von asset backed securities kann man für falsch halten, ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip liegt darin aber nicht. Und auch der Fiskalvertrag ist – unabhängig davon ob man ihn als Primärrecht oder als eigenständigen völkerrechtlichen Vertrag auffasst – mit dem Subsidiaritätsprinzip nicht zu bändigen. Zwar gibt es durchaus Stimmen, die die „verbindliche Einführung einer nationalen Schuldenbremse durch den Fiskalvertrag [...] im Hinblick auf das Subsidiaritätsgebot (Art. 5 III EUV) [für] problematisch“ halten: Als Völkerrecht dürfe es nicht durch Unionsorgane durchgesetzt werden, als Primärrecht dürfe es zwar „Vorgaben für Schuldengrenzen der Mitgliedstaaten

⁵⁰ Gesetz zu dem Vertrag vom 2. März 2012 über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion vom 13. September 2012, BGBl. II 2012, S. 1006.

⁵¹ Teil des „Six Pack“, Art. 2-a VO (EG) 1466/97 eingef. m.W.v. 13.12.2011 durch VO (EU) 1175/2011 v. 16.11.2011, ABl. Nr. L 306/12.

⁵² VO (EU) 1173/2011 v. 16.11.2011, ABl. EU v. 23.11.2011, Nr. L 306/1; VO (EU) 1174/2011 v. 16.11.2011, ABl. EU v. 23.11.2011, Nr. L 306/8; VO (EU) 1175/2011 v. 16.11.2011, ABl. EU v. 23.11.2011, Nr. L 306/12; VO (EU) 1176/2011 v. 16.11.2011, ABl. EU v. 23.11.2011, Nr. L 306/25; VO (EU) 1177/2011 v. 8.11.2011, ABl. EU v. 23.11.2011, Nr. L 306/33 und RL 2011/85/EU v. 8.11.2011, ABl. EU v. 23.11.2011, Nr. L 306/41.

⁵³ VO (EU) 472/2013 v. 21.5.2013, ABl. EU v. 27.5.2013, Nr. L 140/1 [im ABl. als „VO (EG)“ bezeichnet] und VO (EU) 473/13 v. 21.5.2013, ABl. EU v. 27.5.2013, Nr. L 140/11.

⁵⁴ Vgl. P. Huber, *Recht der Europäischen Integration*, 2. Auflage 2002, § 16, Rn. 23.

beinhalten, jedoch keine entsprechende verfassungsrechtliche Umsetzungspflicht statuieren“. Ein solcher direkter Durchgriff auf die „untere Ebene“ der Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten könne „aus Sicht des Subsidiaritätsgebots kaum als erforderlich betrachtet werden und wäre nicht widerspruchsfrei ins Primärrecht integrierbar.“⁵⁵

Dies ist aber nach meiner Auffassung weniger eine Frage der Subsidiarität, die das Ziel betrachtet (Muss Haushaltsdisziplin auf europäischer Ebene verordnet werden?), sondern eine Frage der Verhältnismäßigkeit, die das Mittel in den Blick nimmt: muss die Haushaltsdisziplin, die – unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips – auf europäischer Ebene eingefordert werden *kann*, auch durch eine Verfassungsänderung auf nationaler Ebene abgesichert werden? Reichen insoweit nicht Anwendungsvorrang und Sanktionsregeln aus? Und beides bemisst sich jedenfalls nicht nach dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EUV, der nur die Aufgabenverteilung, nicht aber die Aufgabenübertragung erfasst.

⁵⁵ A. Fischer-Lescano/L. Oberndorfer, NJW 2013, 9 (13).

§ 6 Staatliche und private Finanzierung öffentlicher Aufgaben

Klaus-Dieter Driën

I.	Einleitung: Das große Thema der Gemeinwohlfinanzierung und seine Teilaspekte.....	84
II.	Grundlagen zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben	87
	1. Terminologie und Abgrenzung: Öffentliche Aufgaben, Staats- und Verwaltungsaufgaben sowie „Verwaltungsdienstleistungen“	87
	2. Wahrnehmungszuständigkeit bei öffentlichen Aufgaben	90
	3. Finanzierungsverantwortung für öffentliche Aufgaben.....	92
III.	Verfassungsrechtlicher Rahmen für die Verteilung und Aktualisierung der Finanzierungsverantwortung	94
	1. Finanzverfassung und Prinzip des Steuerstaates.....	94
	2. Grundrechtliche Schutz- und Abwehrgehalte.....	96
	3. Spezielle Grenzen der Indienstnahme Privater	97
IV.	Prinzipien zur Verteilung der Finanzierungsverantwortung zwischen Staat und Privaten.....	98
	1. Bedeutung des Konnexitätsprinzips im Verhältnis zwischen Staat und Privaten.....	99
	2. Subsidiaritätsprinzip als Finanzierungsregel im Verhältnis zwischen Staat und Privaten?	101
	3. Lastenausgleich nach dem Kompensationsprinzip.....	103
V.	Fazit	105

I. Einleitung: Das große Thema der Gemeinwohlfinanzierung und seine Teilaspekte

Staatliche und private Formen der Finanzierung öffentlicher Aufgaben gehören in den großen Fragenkreis der Gemeinwohlfinanzierung¹. Die Verwirklichung des Gemeinwohls fällt in die konkurrierende Zuständigkeit von Staat und Gesellschaft. Der Staat hat kein Monopol auf die Verwirklichung des Gemeinwohls². Während der bisherige Fokus traditionell³ und auch beim Symposium zum Subsidiaritätsprinzip auf der Aufgabenebene lag, gilt es den Blick nunmehr auf die Finanzierungsebene zu richten. Die allgemeine Frage gilt den Konsequenzen der „Gemeinwohlverwirklichungskonkurrenz“ für die Finanzierung der verschiedenen Gemeinwohlbeiträge. Im Besonderen ist die Rolle des Subsidiaritätsprinzips zu beleuchten. Bei der Finanzierung ist das breite Spektrum der Formen der Gemeinwohlverwirklichung zugrunde zu legen. Es geht einerseits um die Finanzierung in grundrechtlicher Freiheit erbrachter Gemeinwohltätigkeiten, wie z.B. die Kooperation von Privaten mit dem Staat (neudeutsch: PPP, PublicPrivatePartnership), aber auch um gesetzlich angeordnete Gemeinwohlverpflichtungen, die sich eingangs mit dem Stichwort der „Indienstnahme Privater“ zusammenfassen lassen⁴.

Die Alternative der Finanzierung öffentlicher Aufgaben durch den Staat oder durch Private führt zugleich ins Zentrum der politischen und rechtswissenschaftlichen Diskussion über den Übergang vom Steuerstaat in den

¹ Zu Begriff und Grundlagen jüngst *Hufeld*, Recht und Moral der Gemeinwohlfinanzierung – Verfassungsgrundlagen und Europäisierung, 2014, S. 11 ff.

² *Isensee*, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStR), Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 110 ff.

³ *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, 2. Aufl. mit Nachtrag: Die Zeitperspektive 2001. Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen, 2001, S. 28 ff., 58 ff., 295 ff., 340 f., 350, 352, 366, 372 et passim.

⁴ Begriffsprägend *Ipsen*, Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, Festgabe für Erich Kaufmann, 1950, 141; dazu aus jüngerer Zeit *Schirra*, Die Indienstnahme Privater im Lichte des Steuerstaatsprinzips, 2002; *Uibeleisen*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Inpflichtnahme Privater. Dargestellt am Beispiel des Kontenresearches gemäß § 25a Abs. 1 Nr. 6 KWG, 2006 sowie *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012.

Dienstleistungs- und Gebührenstaat⁵. Das Leitbild des Dienstleistungsstaates⁶ wird nicht nur akademisch der Finanzierungsregel des Steuerstaates⁷ entgegengesetzt. Ein jüngstes Beispiel soll die aktuelle Brisanz der Finanzierungsfragen verdeutlichen. Die FAZ titelte im Jahre 2014: „Der DFB macht ernst, rote Karte für Bremen“⁸. Es ging um die umstrittene Finanzierung von Polizeieinsätzen am Rande von Länderspielen mit der möglichen Weiterung einer Finanzierungslast der Vereine für sog. Risikospiele. Hinter diesem Beispiel steht stellvertretend die allgemeine Frage, wer für die Erfüllung von Aufgaben wie der öffentlichen Sicherheit bezahlen muss⁹: der Veranlasser, die potentiellen oder tatsächlichen Nutznießer oder aber der Staat.

Mit dem Titel „Staatliche und private Finanzierung öffentlicher Aufgaben“ sind demnach verschiedene Finanzierungsfragen angesprochen, auf die prinzipiell verschiedene Antworten und Konstruktionen denkbar sind. Die Finanzierungsverantwortung¹⁰ kann einerseits im Sinne des Konnexitätsprinzips der Aufgabenverantwortung folgen. Denkbar ist aber auch eine Primärverantwortung des Staates zur Finanzierung elementarer Aufgaben, wie der „notwendigen“ Staatsaufgaben¹¹. Das letztgenannte Argument bestimmt auch rechtsvergleichend die Diskussion über die Finanzierung der

⁵ Dazu die Beiträge im Sammelband *Sacksofsky/Wieland, Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat*, 2000.

⁶ *Schmehl, Das Äquivalenzprinzip im Recht der Staatsfinanzierung*, 2004, S. 243 f. m.w.N.

⁷ Zu ihrer Verteidigung *Waldhoff, Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes*, in Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 116 Rn. 5.

⁸ „Der DFB macht ernst, Rote Karte für Bremen“, FAZ v. 26. Juli 2014, S. 30 zur umstrittenen Frage der Finanzierung von Polizeieinsätzen bei Fußballspielen.

⁹ Dazu *Gramm, Ersatz von Polizeikosten*, in *Sacksofsky/Wieland, Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat*, 2000, S. 179; *Schmidt, Der Anspruch auf Ersatz von Polizeikosten bei Großveranstaltungen*, ZRP 2007, 120; eingehend *Braun, Die Finanzierung polizeilicher Aufgabenwahrnehmung im Lichte eines gewandelten Polizeiverständnisses*, 2009, S. 79 ff.

¹⁰ Nicht gleichzusetzen mit dem terminologischen Vorschlag „Finanzverantwortung“ zur interdisziplinären und legitimatorischen Analyse der staatlichen Finanzwirtschaft von *Waldhoff, Finanzverantwortung*, in Kube/Mellinghoff/Morgenthaler/Palm/Puhl/Seiler, Leitgedanken des Rechts, Festschrift P. Kirchhof, Bd. II, 2013, § 137 Rn. 1.

¹¹ Dazu *Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, 2001, S. 35 m.w.N.

Gewähr öffentlicher Sicherheit am Rande von Fußballspielen¹², wengleich sich Sicherheit durchaus als Aufgabe von Staat und Gesellschaft begreifen lässt¹³. Auf der Prinzipienebene lässt sich für die Finanzierungsfrage aber umgekehrt auch das Subsidiaritätsprinzip zumindest in seiner klassischen Formulierung aus dem Jahre 1931 ins Feld führen, bei der es um das Verhältnis des Einzelmenschen zu der Gemeinschaft geht¹⁴. Die Finanzierung einer Aufgabe ließe sich als natürliche Folge der Aufgabenverteilung nach dem Subsidiaritätsprinzip verstehen. Das Subsidiaritätsprinzip könnte damit – weitergehend als das Konnexitätsprinzip – zugleich die Verteilung der Aufgaben zwischen Staat und Privaten und die Finanzierung der Aufgabe anleiten. Damit ist eingangs aufgezeigt, dass basierend auf den verschiedenen Prinzipien sich ein Vorrang oder Nachrang der Finanzierungsverantwortung des Staates gegenüber der von Privaten begründen lässt. Im Verfassungsstaat des Grundgesetzes ist damit die Frage aufgeworfen, ob die Begründung und Aktualisierung der Finanzierungsverantwortung allein Sache des einfachen Gesetzgebers ist. Zugleich stellt sich die Frage, ob der Staat zum Kostenausgleich im Falle privater Erfüllung von öffentlichen Aufgaben verpflichtet ist¹⁵.

Allein diese einleitende Sichtung verschiedener Teilaspekte der Gemeinwohlfinanzierung zeigt, dass die Abschichtung staatlicher und privater Fi-

¹² Selbst die rechtsvergleichende Analyse hat Einzug in die Tagespresse gehalten vgl. „Wer zahlt, wenn es kracht?“, FAZ v. 4. August 2014, S. 23 mit europäischem Rundblick zur Finanzierung von Polizeiaufgeboten bei Fußballspielen.

¹³ Dazu die Heidelberger Habilitationsschrift von *Stoll*, Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft, 2003.

¹⁴ Enzyklika „Quadragesimo anno“ vom 15.5.1931 (zitiert nach *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 19, Note 2): „Wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen; zugleich ist es überaus nachteilig und verwirrt die ganze Gesellschaftsordnung. Jedwede Gesellschaftstätigkeit ist ja ihrem Wesen und Begriff nach subsidiär; sie soll die Glieder des Sozialkörpers unterstützen, darf sie aber niemals zerschlagen oder aufsaugen.“

¹⁵ Neben den vorzitierten Schriften (Fn. 4) insbesondere *Ferger*, Ausgleichsansprüche bei der Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, 1979; *Strauß*, Verfassungsfragen der Kostenüberwälzung bei staatlichen Indienstnahmen privater Unternehmen, 2009.

finanzierungsverantwortung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben sicherlich eine eigene Tagung rechtfertigen und ausfüllen würde. Nachdem im Rahmen dieses Symposiums zur Relevanz des Subsidiaritätsprinzips im Finanzverfassungsrecht bisher das finanzielle Staatsinnenverhältnis erörtert wurde, sind im Folgenden Grundfragen der Finanzierungsverantwortung im Verhältnis vom Staat und Privaten anzusprechen. Am Anfang stehen die Grundlagen der Finanzierung öffentlicher Aufgaben (II.). Neben der terminologischen Vorklärung des Aufgabenbegriffs gehört hierzu die Trennung zwischen der Wahrnehmungszuständigkeit bei öffentlichen Aufgaben und ihrer Finanzierungsverantwortung. Im zweiten Schritt kann aus Raumgründen der verfassungsrechtliche Rahmen für die Verteilung und Aktualisierung der Finanzierungsverantwortung nur mit leichten Strichen skizziert werden (III.). Darauf aufbauend begeben sich auf die Suche nach sachgerechten Prinzipien, die die Verteilung von Finanzierungsverantwortung zwischen dem Staat und Privaten anleiten können, wobei im Sinne des Globalthemas des Symposiums auch die Relevanz des Subsidiaritätsprinzips als Finanzierungsregel im Verhältnis zwischen Staat und Privaten zu hinterfragen ist (IV.). Am Ende steht ein Fazit (V.).

II. Grundlagen zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben

1. Terminologie und Abgrenzung: Öffentliche Aufgaben, Staats- und Verwaltungsaufgaben sowie „Verwaltungsdienstleistungen“

Der Titel „Staatliche und private Finanzierung öffentlicher Aufgaben“ führt direkt ins umstrittene Feld der staatlichen Aufgabenlehre und der damit verbundenen Finanzierungslasten. Die umstrittene „Trias der öffentlichen Aufgaben, Staatsaufgaben und Verwaltungsaufgaben“¹⁶ zwingt zu einer terminologischen Vorklärung zum Aufgabenbegriff. Im Grundgesetz findet sich kein abschließender Katalog der Staatsaufgaben, der öffentlichen Aufgaben oder der Verwaltungsaufgaben. Der Versuch, aus den verschiedenen Funktionen des Staates und aus föderalen Kompetenzabgrenzungen auch für das Verhältnis von Staat und Privaten verfassungsrechtliche Vorgaben abzuleiten, führt bereits auf der Aufgabenebene nicht immer

¹⁶ So *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), 243 (249).

zu unumstrittenen Ergebnissen¹⁷. Auf dieser Ebene ist mit der herrschenden Aufgabenlehre zwischen staatlichen und öffentlichen Aufgaben zu unterscheiden¹⁸. Während die Staatsaufgabe durch staatliche Behörden oder von staatsabhängigen Rechtsträgern erfüllt wird, können öffentliche Aufgaben entweder vom Staat erfüllt oder aber – in unterschiedlichem Maße – „der privaten Sorge“ überlassen werden¹⁹. Der Oberbegriff der öffentlichen Aufgaben oder auch der Gemeinwohlaufgaben umfasst demnach auch staatliche Aufgaben²⁰. Nach herrschender Ansicht sind öffentliche Aufgaben der Oberbegriff und staatliche Aufgaben eine von weiteren Unterarten derselben²¹. Charakterisiert das Attribut „öffentlich“ den Zwischenbereich zwischen staatlich und privat, liegen öffentliche Aufgaben in einem „mittleren Bereich“ zwischen staatlichen Aufgaben und rein privater Tätigkeit. Verwaltungsaufgaben sind innerhalb dieses Spektrums ein Unterfall der Staatsaufgaben²², der sich trägerbezogen abgrenzen lässt. Sie umfassen alle Angelegenheiten, die der Verwaltung durch Rechtssatz übertragen oder von ihr rechtlich zulässigerweise wahrgenommen werden²³.

Von den Verwaltungsaufgaben ist unser Blick auf die Verwaltungsausgaben zu richten. Die Kernfrage lautet, ob der Staat auch im Verhältnis zu Privaten die Ausgaben tragen muss, die mit der Erfüllung der Verwaltungsaufgabe verbunden sind. Häufig ist im Themenfeld der Indienstnahme Privater zielorientiert vom Überbürden oder Abbürden einer Verwaltungsaufgabe auf Private die Rede, um einen Ausgleichsanspruch zu

¹⁷ Zusammenfassend *Vofßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 266 (273 f.).

¹⁸ Stellvertretend v. *Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, 1982, S. 14 ff.; *Ossenbühl*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), 137 (144, 151, 153 ff.); *Vofßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (273 ff.) m.w.N.

¹⁹ Grundlegend *Peters*, Öffentliche und staatliche Aufgaben, Festschrift Nipperdey, 1965, Bd. II, 877 (878 ff.).

²⁰ *Isensee*, Staatsaufgaben, in *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 73 Rn. 12.

²¹ So *Peters*, Festschrift Nipperdey, Bd. II, 1965, 877 (878 f., 894 f.); ebenso *Isensee*, in *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 73 Rn. 13; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 22 ff., 25.

²² *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 154.

²³ Zum Vorstehenden insgesamt *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 66 ff. m.w.N.

rechtfertigen²⁴. Allerdings impliziert der Begriff der Verwaltungsaufgabe nicht die alleinige Erfüllung durch staatliche Verwaltungsbehörden einschließlich ihrer Kostentragung. Er schließt vielmehr private Teilbeiträge nicht notwendig aus. Selbst eine gesetzliche Begründung von Verwaltungsaufgaben benennt – verpflichtend oder nur ermächtigend – Tätigkeitsfelder oder Tätigkeiten, „deren Ausführung dem Kompetenzbereich eines Verwaltungsträgers ausschließlich oder in Konkurrenz zu bzw. in Kooperation mit privaten Grundrechtsträgern zugewiesen ist“²⁵. Es bedarf einer vertieften Analyse der verfassungsrechtlichen Vorgaben und des einschlägigen Fachrechts, um zu klären, inwieweit der Staat und/oder Private Verwaltungsaufgaben ggfs. kooperativ zu erfüllen haben. Als Referenzmaterie soll der Vollzug der Steuergesetze später illustrieren, dass die „Steuerverwaltungsaufgabe“²⁶ nicht durch eine ausschließlich behördliche Zuständigkeit erfüllt werden kann und verfassungsrechtlich vielmehr Teilbeiträge Privater gefordert sind (s. II. 2.).

Neben dieser Trias der Aufgaben bedarf es der terminologischen Festlegung der privaten Erfüllungsbeiträge, die Private bei öffentlichen Aufgaben, aber auch bei Verwaltungsaufgaben erbringen können oder aber (gesetzlich auferlegt oder von Behörden eingefordert) zu erbringen haben. *Ipsen* hat dafür – keineswegs unbedacht – den Begriff der „Verwaltungsdienstleistung“ vorgeschlagen²⁷. Die verbreitete Rede von „staatlich beanspruchten privaten Dienstleistungen“²⁸ ist wiederum zielgesteuert²⁹. Denn Dienstleistungen haben einen Markt und ihren Preis. Die Bezeichnung des privaten Erfüllungsbeitrages als „Dienstleistung“ wirft intendiert den Gedanken der Entgeltlichkeit und eines vom Staat dem Privaten vorenthaltenen Entgeltes auf³⁰. Allerdings gibt es von Privaten geforderte Leistungen,

²⁴ So durchgehend und bereits im Titel *Ferger*, Ausgleichsansprüche bei der Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, 1979.

²⁵ Zutreffend *Osterloh*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1994), 204 (223).

²⁶ *Ipsen*, Festgabe E. Kaufmann, 1950, 141 (146, 150).

²⁷ *Ipsen*, Festgabe E. Kaufmann, 1950, 141 (145).

²⁸ Explizit *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, S. 198; ebenso *Ferger*, Ausgleichsansprüche bei der Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, 1979, S. 7.

²⁹ Dazu *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 53 ff. m.w.N.

³⁰ Deutlich *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 253 ff., 271, nach dem die unentgeltliche „Erbringung einer Dienstleistung“, für die der Staat eine

die keinen Markt und keinen Marktwert haben. Der Begriff der (Verwaltungs-)Dienstleistung deckt darum nur einen Teil des Spektrums ab und legt zudem den „Einkauf“ von Dienstleistungen durch den Staat nahe, der nicht alle Fallgruppen kennzeichnet. Darum ist der neu-trale Begriff der privaten „Naturalleistungspflicht“³¹ vorzugswürdig, der als Oberbegriff auch private Verfahrensleistungen umfasst. Darunter fallen auch Pflichten im Zusammenhang mit einem behördlichen Verwaltungsverfahren, die in vielen Rechtsgebieten anzutreffen und im Steuerrecht als Mitwirkungspflichten besonders ausgeprägt sind³². Diese privaten (Verfahrens-)Leistungspflichten im Zusammenhang mit der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben oder Verwaltungsaufgaben mag man „Privataufgaben“ nennen, allerdings steht der Begriff der Aufgabe eigentlich allein für den Staat. Private haben im Sinne der öffentlich-rechtlichen Aufgabenlehre keine Aufgaben, sondern nehmen Freiheiten wahr³³.

2. Wahrnehmungszuständigkeit bei öffentlichen Aufgaben

Die Wahrnehmungszuständigkeit für öffentliche Aufgaben ist demnach keineswegs ausschließlich beim Staat anzusiedeln. Entgegen abstrakter Typologien für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bedarf die Zuordnung der Wahrnehmungszuständigkeit einer Analyse der verfassungsrechtlichen Vorgaben und des einschlägigen Fachrechts (s. II.1.). Dies lässt sich bereichsspezifisch für den Vollzug der Steuergesetze als konkurrierende Gemeinwohlaufgabe verdeutlichen³⁴. Die Finanzierung des Staates ist eine öffentliche Aufgabe. Verbreitet ist die These von der Steuerverwaltung eine alleinige Staatsaufgabe³⁵ mit einem staatlichen „Wahrnehmungsmonopol“

Gegenleistung vorenthält, gleichheitsrechtlich an der Vergleichsgruppe der „auf dem freien Markt ‚eingekauften‘ Dienstleistungsunternehmer“ zu messen ist, die der Staat vertraglich für ihre Dienste im öffentlichen Interesse entlohnt.

³¹ So z.B. BVerfG, Beschluss v. 26.5.1981 – 1 BvL 56, 57, 58/76, BVerfGE 57, 139 (170); *Elicker*, NVwZ 2003, 304; *Kube*, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 695.

³² *Wittmann*, Mitwirkungspflicht und Aufklärungspflicht in der AO, StuW 1987, 35.

³³ *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht (mit Verwaltungslehre), 8. Aufl. 2009, Rn. 338.

³⁴ Näher, auch zum Folgenden, *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 234 ff. m.w.N.

³⁵ *Trzaskalik*, Die Steuererhebungspflichten Privater, DStJG 12 (1989), S. 157 (160 f.); ebenso *Müller-Franken*, Maßvolles Verwalten, 2004, S. 146, 173.

der Finanzverwaltung³⁶. Für eine ausschließliche Staatsaufgabe im Sinne einer privatisierungsfesten Vorbehaltsaufgabe werden Art. 108 GG und Art. 33 Abs. 4 GG angeführt. Einige Kommentatoren leiten aus Art. 108 GG ein Verbot jeglicher Form einer Privatisierung der Steuerverwaltung ab³⁷. Speziell der Lohnsteuerabzug durch den Arbeitgeber soll wegen Art. 108 GG „kraft Verfassungsrechts“ eine „staatliche Verwaltungsaufgabe“³⁸ sein. Allerdings enthält die föderale Kompetenzverteilungsnorm bei Lichte betrachtet keine Aussage zur Beteiligung Privater am Steuervollzug. Ein Blick auf die Verwaltungswirklichkeit und gerade das Instrument der Steueranmeldung (§ 150 Abs. 1 S. 3 AO), deren faktische und konstruktive Bedeutung nicht zu unterschätzen ist³⁹, belegt die seit Jahrzehnten praktizierte Steuerverwaltungskooperation. Durch die Anmeldesteuern, wie Lohnsteuer, Umsatzsteuer, Versicherungsteuer und Verbrauchsteuern, werden ca. zwei Drittel des gesamten Staatsaufkommens eingenommen. Der Steuervollzug wird durch Private durchgeführt und die staatliche Aufgabe reduziert sich auf die Überwachung der intensiven privaten Pflichten, die Steuern zu berechnen, anzumelden und abzuführen. Damit lässt sich die Annahme eines strikten Privatisierungsverbots einschließlich einer funktionalen Privatisierung, bei der ein Privater mit der Durchführung steueradministrativer Aufgaben bei fortbestehender staatlicher Aufgabenträgerschaft betraut wird⁴⁰, kaum vereinbaren. Auch der Hinweis auf die dem Berufsbeamtentum vorbehaltenen Befugnisse und Art. 33 Abs. 4 GG, wonach „die Steuererhebung als hoheitliche Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen“ sei⁴¹, verfängt nicht gegenüber bestehenden und verfassungsrechtlich vorausgesetzten Kooperationsformen zwischen Staat und Privaten beim Vollzug von Steuergesetzen.

³⁶ *Schuppert*, in Alternativkommentar zum GG, Art. 33 Abs. 4, 5 Rn. 29 (Aug. 2002).

³⁷ So *Schlette*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 108 Rn. 39; ihm folgend *Heintzen*, in v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 108 Rn. 18; *Sachs/Siekmann*, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 108 Rn. 7.

³⁸ *Schäfer*, Die Dreiecksbeziehung zwischen Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Finanzamt beim Lohnsteuerabzug, 1990, S. 94 f.

³⁹ Dazu bereits *Heintzen*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 220 (225, 253, 261).

⁴⁰ Dafür *Schlette*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 108 Rn. 39.

⁴¹ Explizit *Puhl*, Besteuerungsverfahren und Verfassung (Teil II), DStR 1991, 1173 (1175); ebenso *Goez*, Die Quellenbesteuerung als Erhebungsform der Einkommensteuer, 1993, S. 127, 147.

Private Teilbeiträge als Erfüllung von Mitwirkungspflichten und hoheitliche Kontrolle durch die Steuerverwaltung wirken beim Steuervollzug zusammen. Art. 108 GG und Art. 33 Abs. 4 GG stehen dem nicht entgegen. Insbesondere die Steueranmeldung gibt ein Beispiel dafür, dass die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe sowohl durch Private als auch durch den Staat erfolgen kann und muss.

3. Finanzierungsverantwortung für öffentliche Aufgaben

Der zweite Schritt nach der Aufgabenzuweisung ist die Frage nach der Finanzierung der Aufgabenerfüllung. Aufgabenzuweisung und Finanzierungsverantwortung lassen sich grundsätzlich trennen. Nach der Wahrnehmungszuständigkeit stellt sich darum die weitere Frage nach der Finanzierungsverantwortung für öffentliche Aufgaben. Auch diese lässt sich nicht allgemein, auf der Basis einer abstrakten Typologie öffentlicher Aufgaben, sondern nur bereichsspezifisch anhand verfassungsrechtlicher Vorgaben und des einschlägigen Fachrechts beantworten. Das Beispiel des Steuervollzugs soll wiederum darlegen, dass es dafür einer Analyse der Verfassung sowie der einfachrechtlichen Regelungen bedarf. Dabei lassen sich Teilbereiche identifizieren, bei denen mit der Sachverantwortung zugleich die Finanzierungsverantwortung einhergeht. Eingängige Beispiele lassen sich hierfür wiederum im Referenzgebiet des Steuervollzuges als öffentlicher Aufgabe finden, die kooperativ von Staat und Privaten zu erfüllen ist (s. II.2.). So schließt die private Pflicht des Steuerpflichtigen zur Abgabe seiner Steuererklärung (§ 149 AO) zugleich ein, die Kosten für die Steuererklärung zu tragen. Wenn der Steuerpflichtige für die Deklaration einen Steuerberater einsetzt, muss er auch dessen Kosten tragen. Er kann diese Steuerberatungskosten grundsätzlich⁴² von der Steuer abziehen, ihm steht aber für seine Mitwirkung im eigenen Steuerverfahren – anders als dem unbeteiligten Dritten – kein Anspruch auf staatliche Entschädigung zu (vgl. § 107 AO). Umgekehrt kann die Finanzverwaltung dem Steuerpflichtigen für die Erfüllung ihrer Amtsermittlungspflicht (§ 88 AO) keine

⁴² Fragwürdige Ausnahme bleiben private Steuerberatungskosten (vgl. Schmidt/Loschelder, EStG, 34. Auflage 2015, § 9 Rn. 4; Schmidt/Heinicke, EStG, 34. Aufl. 2015, § 10 Rn. 101 m.w.N.).

Kosten in Rechnung stellen. Die Gebührenpflicht für verbindliche Auskünfte (§ 89 AO) ist eine mit der Kosten- und Nutzenäquivalenz zu rechtfertigende Ausnahme⁴³ von der Kostenfreiheit des Besteuerungsverfahrens. Die Pflichtenverteilung innerhalb der öffentlichen Aufgabe regelt mithin zugleich die Finanzierungslast für die Erfüllung der jeweiligen Aufgabe.

Neben der Deckungsgleichheit von Sach- und Finanzierungsverantwortung gibt es aber auch Bereiche, in denen die Sachverantwortung für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe nicht zugleich die Finanzierungsverantwortung umfasst⁴⁴. Gerade in Fällen der eingangs angeführten Indienstnahme Privater (s. I.) decken sich Finanzierungsverantwortung und Sachverantwortung des Privaten nicht zwingend. Die Frage nach einer gesonderten Finanzierungsverantwortung des Staates stellt sich insbesondere, wenn ein privater Dritter nicht in eigener Sache in Anspruch genommen wird, um Verwaltungsaufgaben oder -dienstleistungen zu erfüllen. Als Beispiel mag wiederum der bereits in seiner Funktion und Zulässigkeit⁴⁵ umstrittene Lohnsteuerabzug⁴⁶ durch den Arbeitgeber dienen⁴⁷. Ob der Gesetzgeber in seiner Zielsetzungsprärogative dem Pflichtenträger zugleich auch die Kostenlasten einer Indienstnahme zuweist, ist dabei Frage der Auslegung des Fachrechts im Einzelfall. Ob die Zuweisung der Aufgabenerfüllung zugleich auch die der Finanzierungsverantwortung trägt, ist dagegen eine verfassungsrechtliche Frage⁴⁸.

⁴³ *Drüen*, in Tipke/Kruse, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, § 3 AO Tz. 93a (Jan. 2012).

⁴⁴ Grundlegend zur Trennbarkeit *Kube*, Öffentliche Aufgaben in privater Hand – Sachverantwortung und Finanzierungslast, *Die Verwaltung* 41 (2008), 1.

⁴⁵ Kritisch namentlich *Kube*, Staatsaufgaben und Solidargemeinschaften, *DStJG* 29 (2006), S. 11 (33).

⁴⁶ So sieht *G. Kirchhof*, Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, 2005, S. 25 ff., 28, 40, 67 ff. im Lohnsteuerabzug eine „originär private Aufgabe“, bei dem er den Arbeitgeber nicht als Helfer der Steuerverwaltung, sondern „Erfüllungshelfer des Arbeitnehmers“ begreift (ebenda, S. 58 f., 71).

⁴⁷ Näher *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 133 ff., 278 ff.

⁴⁸ Für eine verfassungsrechtliche Begrenzung parasteuerlicher Indienstnahmen Privater auch *Kube*, *Die Verwaltung* 41 (2008), 1 (3, 12 ff.).

III. Verfassungsrechtlicher Rahmen für die Verteilung und Aktualisierung der Finanzierungsverantwortung

Den Rahmen der Verteilung der Finanzierungsverantwortung stecken über die beim Symposium bereits vertieft erörterten Vorgaben der Finanzverfassung (III. 1.) zudem die grundrechtlichen Bindungen des Staates ab (III. 2.).

1. Finanzverfassung und Prinzip des Steuerstaates

Die Finanzverfassung als Spiegel und „Labor des Föderalismus“⁴⁹ regelt primär die Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern. Die Belange der Belasteten werden nur an nachgeordneter und zudem systematisch verfehlter Stelle im Rahmen der Ertragsverteilung in Art. 106 Abs. 3 S. 4 Nr. 2 GG erwähnt. Die Art. 104a ff. GG sind zudem in erster Linie eine „Steuerverfassung“, weil der X. Abschnitt Vorzugslasten nicht regelt. Gleichwohl lassen sich aus der Finanzverfassung Argumente für die Verteilung und Aktualisierung der Finanzierungsverantwortung im Verhältnis zwischen dem Staat und Privaten gewinnen. Denn der Staat des Grundgesetzes ist ein Steuerstaat⁵⁰, der seinen Finanzbedarf grundsätzlich durch die steuerliche Teilhabe am Erfolg privaten Wirtschaftens deckt und auf kontinuierlich zufließende Steuererträge angewiesen ist⁵¹. Die Steuer gilt als der Preis der Freiheit⁵². In der Entscheidung für den Steuerstaat⁵³ wird zum Teil ein dem Rechtsstaatsprinzip vergleichbares Staatsstrukturprinzip des Grundgesetzes gesehen⁵⁴. Eine Direktive des Steuerstaates ist die Fi-

⁴⁹ So *E. Reimer*, Die künftige Ausgestaltung der bundesstaatlichen Finanzordnung, VVDStRL 73 (2014), 153 (154).

⁵⁰ Grundlegend *Isensee*, Steuerstaat als Staatsform, Festschrift Ipsen, 1977, 409.

⁵¹ BVerfG, Beschluss v. 22.6.1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 (134); *P. Kirchhof*, Die Steuern, in *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 118 Rn. 1 ff.; *Vogel*, Der Finanz- und Steuerstaat, in *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 30 Rn. 69 ff.

⁵² *P. Kirchhof*, in *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 118 Rn. 2.

⁵³ Stellvertretend *Kube*, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 116 ff.

⁵⁴ *Vogel/Waldhoff*, in *Bonner Kommentar zum GG*; Vorbem. z. Art. 104a-115 Rn. 338 (Nov. 1997); *Waldhoff*, in *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 116 Rn. 5; ebenso *Jachmann*, in *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 105 Rn. 2;

finanzierungsregel, dass staatliche Aufgaben durch den Steuerstaat zu finanzieren sind⁵⁵. Das Bundesverfassungsgericht formuliert, dass Lasten, die durch die Erledigung öffentlicher Angelegenheiten entstehen, nur die Allgemeinheit treffen und auch nur aus öffentlichen Mitteln zu tragen sind⁵⁶. Im grundsätzlichen Vorrang der Steuerfinanzierung des Staates liegt die Entscheidung für die Gemeinlast und gegen die Sonderlast⁵⁷.

Aus der Steuerstaatlichkeit als absoluter Finanzierungsregel würde folgen, dass alle öffentlichen Aufgaben ausnahmslos aus Steuern zu finanzieren wären. Ein derart „totaler Steuerstaat“ kennzeichnet freilich weder empirisch noch verfassungsrechtlich den unter dem Grundgesetz konstituierten Staat. Gegen ein absolutes Primat der Steuerfinanzierung spricht faktisch bereits das gesamtwirtschaftliche Gewicht der Sozialversicherungsbeiträge. Dieses erzwingt auch verfassungsrechtlich eine Relativierung des Steuerstaates. Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts steht die Finanzverfassung der Sozialversicherung als eigenständiges System staatlicher Abgabenerhebung neben dem in die Finanzverfassung eingebundenen Steuersystem⁵⁸. Die Steuerfinanzierung ist nur ein Ausschnitt aus der Finanzierung öffentlicher Aufgaben. Neben dem Steuerstaat, der nur einen Teil der Finanzierung bereitstellt, steht auch die Finanzierung durch nichtsteuerliche Abgaben⁵⁹. In Opposition gegen den Steuerstaat wird für deren Zulässigkeit⁶⁰, die Stärkung des Äquivalenzprinzips im Recht der

kritisch *Heun*, Die Entwicklung des Steuerstaatskonzepts in theoretischer und tatsächlicher Hinsicht, in *Sacksofsky/Wieland*, Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat, 2000, S. 10 (21 mit Note 99).

⁵⁵ Statt vieler *P. Kirchhof*, Die Sonderabgaben, Festschrift Friauf, 1996, 669 (672); *F. Kirchhof*, Grundriß des Steuer- und Abgabenrechts, 2. Aufl. 2001, Rn. 10.

⁵⁶ BVerfG, Urteil v. 10.12.1980 – 2 BvF 3/77, BVerfGE 55, 274 (303).

⁵⁷ Vgl. *Waldhoff*, in *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 116 Rn. 5, 84.

⁵⁸ BVerfG, Beschluss v. 18.7.2005 – 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167 (201 f.)

⁵⁹ Dazu zuletzt *Droege*, Legitimation und Grenzen nichtsteuerlicher Abgaben – Zur Individualisierung der Finanzierungslast im Ordnungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, *Die Verwaltung* 46 (2013), 313.

⁶⁰ *Sacksofsky*, Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben, 2000, S. 126 ff.

Staatsfinanzierung⁶¹ und – wie eingangs erwähnt – den Umbau hin zu einem Gebührenstaat geworben⁶², was freilich auf Gegenkritik gestoßen ist⁶³. Insgesamt mahnt die Kritik vor einer Verabsolutierung des Steuerstaates als Finanzierungsregel. Vorzugswürdig erscheint es vom „Prinzip des Steuerstaates“ und nicht überhöhend vom Steuerstaat als Staatsform zu sprechen. Das Steuerstaatsprinzip wird dabei verbreitet auch als limitierendes oder zumindest kompensierendes Prinzip gegenüber der Indienstnahme Privater verstanden⁶⁴. Darauf ist zurückzukommen (dazu IV. 3.).

2. Grundrechtliche Schutz- und Abwehrgehalte

Der Verfassungsstaat darf sich nur in Achtung vor der Freiheit und Gleichheit seiner Bürger finanzieren⁶⁵. Darum setzen die Freiheitsrechte und der allgemeine Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) sowohl der staatlichen Veranlassung Privater als auch ihrer finanziellen Verantwortung Grenzen. Die grundrechtlichen Schutz- und Abwehrgehalte im Einzelnen zu benennen, würde angesichts der Vielzahl der verschiedenen Finanzierungsformen zu weit führen. Bei der Auferlegung von Naturalleistungspflichten und Finanzierungslasten Privater wird verbreitet der Grundsatz der staatsbürgerlichen Lastengleichheit zum zentralen Verfassungsmaßstab erhoben⁶⁶. Vielfach wird versucht, mithilfe des Gleichheitssatzes und des Steu-

⁶¹ *Schmehl*, Das Äquivalenzprinzip im Recht der Staatsfinanzierung, 2004, S. 220 ff., 262 ff.

⁶² Dazu unter programmatischem Titel *Sachsofsky/Wieland*, Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat, 2000.

⁶³ Deutlich *Schuppert*, Staatswissenschaft, 2003, S. 631 ff., 655 f.; *Waldhoff*, in Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 116 Rn. 5; zuletzt *ders.*, in Leitgedanken des Rechts, Bd. II, 2013, § 137 Rn. 10; gegen ein Wahlrecht des Gesetzgebers zwischen Steuern und nichtsteuerlichen Abgaben *Jachmann*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 105 Rn. 2 m.w.N.

⁶⁴ Zusammenfassend *Schirra*, Die Indienstnahme Privater im Lichte des Steuerstaatsprinzips, 2002, S. 35 ff., 81 ff.; zuvor zum Grundsatz der Lastenfreiheit *Elicker*, NVwZ 2003, 304 (307) m.w.N.

⁶⁵ *P. Kirchhof*, in Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 118 Rn. 2.

⁶⁶ Stellvertretend *Kube*, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 695; *ders.*, DStJG 29 (2006), S. 11 (33) m.w.N.; näher zum Verhältnis von Lastengleichheit und Steuerstaatsprinzip v. *Stockhausen*, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben, 2007, S. 578 ff.

erstaatsprinzips eine Entschädigung für private Sonderopfer oder „sonderabgabengleiche Lasten“⁶⁷ zu erstreiten. Die Rechtsprechung ist dem bislang nicht gefolgt. Sowohl die Naturalleistungspflicht des Privaten als auch seine Arbeits- oder Kostenlast sind an der Verfassung zu messen. Daraus folgt indes keine abgeschichtete Prüfung auf zwei eigenständigen Legitimationsebenen⁶⁸. Die Kostenlast ist nicht isoliert am Gleichheitssatz zu messen. Sie ist vielmehr Teil der Freiheitsbeschränkungen und einheitlich an den Freiheitsrechten zu messen⁶⁹. Eine integrierte Prüfung des Freiheitsrechts eröffnet im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Beschränkung des Freiheitsrechts zu fragen, ob eine pflichtbedingte Sonderlast durch eine Kompensationszahlung zu mildern oder auszuschließen ist. Das führt später zum Lastenausgleich nach dem Kompensationsprinzip (dazu IV. 3.).

3. Spezielle Grenzen der Indienstnahme Privater

Zu den Grenzen der Indienstnahme Privater müssen an dieser Stelle einige Stichworte genügen⁷⁰. Selbstredend ist auch die Indienstnahme Privater wie jede Auferlegung von Pflichten durch den Staat an den Grundrechten zu messen (s. III. 2.). Bisher haben die Grundrechte gegenüber staatlichen Indienstnahmen noch keine durchgreifend abwehrende Kraft und keinen unwiderstehlichen „grundrechtlichen Widerstand“⁷¹ aufzubauen vermocht. Die Indienstnahme Privater ist nach dem Bundesverfassungsgericht in erster Linie an der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zu messen.

⁶⁷ So *Kube*, DStJG 29 (2006), 11 (31, 33).

⁶⁸ Dafür aber *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (181); ebenso *Friauf*, Öffentliche Sonderlasten und Gleichheit der Steuerbürger, Festschrift Jahrreiß, 1974, 45 (65); *Uibeleisen*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Inpflichtnahme Privater, 2006, S. 221 ff.; *Strauß*, Verfassungsfragen der Kostenüberwälzung bei staatlichen Indienstnahmen privater Unternehmen, 2009, S. 134 ff.

⁶⁹ Zur Begründung näher *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 205 ff. m.w.N.

⁷⁰ Zur Diskussion vgl. Nachweise in Note 4.

⁷¹ Zuletzt *G. Kirchhof*, Rechtsfolgen der Privatisierung. Jede Privatisierung lockert, löst öffentlich-rechtliche Bindungen, AöR 132 (2007), 215 (221).

Entgegen der älteren Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes, auf die zahlreiche Autoren bis in die jüngste Zeit rekurrieren⁷², ist der Schutzbereich des Verbotes von Arbeitszwang (Art. 12 Abs. 2 GG) bei der Indienstnahme Privater nicht eröffnet. Die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) hat nur ein residuales Anwendungsfeld außerhalb beruflicher Betätigung. Entgegen der in der Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zur Indienstnahme Privater aufgegriffenen Abgrenzung der Schutzbereiche von Art. 12 Abs. 1 GG und der Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG)⁷³ sind Dauerleistungspflichten Privater an beiden Grundrechten zu messen. Der staatliche Zugriff auf private Apparaturen behindert den freien Erwerb und fordert zugleich Investitionen aus dem Erworbenen, so dass im Falle von perpetuierten und sich beständig aktualisierenden Indienstnahmepflichten eine Zäsur zwischen Erwerb und Erworbenem ausscheidet⁷⁴. Damit sind die betroffenen Grundrechte im Fall der Indienstnahme Privater skizziert⁷⁵.

IV. Prinzipien zur Verteilung der Finanzierungsverantwortung zwischen Staat und Privaten

Innerhalb des abgesteckten verfassungsrechtlichen Rahmens ist nunmehr nach allgemeinen Prinzipien für die Verteilung der Finanzierungsverantwortung zwischen Staat und Privaten zu suchen. Irgendein „Prinzip“ lässt sich freilich für Finanzierungslasten immer finden oder vorschieben. In praxi verbreitet ist das Traditionsprinzip, wonach die Finanzierungslast für eine konkrete oder vergleichbare Erscheinungsform öffentlicher Aufgaben schon immer dem Staat oder Privaten auferlegt war und daran schlicht festgehalten wird. Ein anderes „Prinzip“ ohne systemsteuernde Kraft ist das Opportunitätsprinzip, nach dem die Finanzierungslasten für eine öf-

⁷² So G. Kirchhof, Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, 2005, S. 145 ff.

⁷³ BVerfG, Beschluss v. 16.3.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, BVerfGE 30, 292 (334 f.).

⁷⁴ Zum Vorstehenden näher Drüen, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 214 ff. m.w.N.

⁷⁵ Eingehender dazu zuletzt Uibeleisen, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Inpflichtnahme Privater, 2006, S. 226 ff.

fentliche Aufgabe allein nach politischen Opportunitätserwägungen demjenigen zugewiesen werden, von dem aktuell der geringste Widerstand zu erwarten ist. Auch dafür gibt es praktische Beispiele, wie die frühere Pflicht zur Kindergeldauszahlung durch die Arbeitgeber⁷⁶. Statt solcher praktischer Leitregeln soll im Folgenden nach sachgerechten und bereichsübergreifenden Prinzipien Ausschau gehalten werden, die die Verteilung der Finanzierungsverantwortung anzuleiten vermögen.

1. Bedeutung des Konnexitätsprinzips im Verhältnis zwischen Staat und Privaten

Ausgangspunkt ist das Konnexitätsprinzip als anerkanntes Prinzip der Finanzverfassung für die Verteilung der Finanzierungslasten im föderalen Staat. Nach dem finanzverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzip folgt die Ausgabenverantwortung der Aufgabenverantwortung. Als zentrale Vorschrift der Lastenverteilung und Spielart des Konnexitätsprinzips⁷⁷ knüpft Art. 104a Abs. 1 GG die Ausgabenverteilung zwischen dem Bund und den Ländern vorbehaltlich grundgesetzlicher Ausnahmen an die Aufgabenverteilung. Der Grundsatz, Verwaltungszuständigkeit und Finanzierungslast in einer Hand zu konzentrieren, verwirklicht ein Gebot der Verwaltungsökonomie⁷⁸. Dahinter steht zugleich der Leitgedanke des Verantwortungsprinzips⁷⁹. Nach Art. 104a Abs. 5 S. 1 GG tragen Bund und Länder die bei ihren Behörden entstehenden Verwaltungsausgaben. Dies ist einerseits

⁷⁶ *Deppenheuer*, Arbeitgeber als Zahlstelle des Sozialstaates. Zur Indienstnahme privater Arbeitgeber zur Auszahlung des Kindergeldes, BB 1996, 1218.

⁷⁷ *Schmehl*, in Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 104a Rn. 15 (Nov. 2009).

⁷⁸ So *Heintzen*, in v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 104a Rn. 7, 66, gegen eine alternative Anknüpfung an die Gesetzgebungskompetenz; rechtspolitisch für die Einführung einer Konnexität der Ausgabenverantwortung mit der Regelungshoheit auf Sachebene im Sinne einer „Gesetzeskausalität“ aber *E. Reimer*, VVDStRL 73 (2014), 153 (179).

⁷⁹ *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 104a Rn. 8.

klarstellend⁸⁰, andererseits folgt daraus ein allgemeines Verbot der Erstattung von Verwaltungskosten⁸¹. Diese finanzverfassungsrechtlichen Finanzierungsvorgaben wirken unmittelbar aber nur im „Aktionsfeld der föderalen Finanzverteilung“⁸².

Im Verhältnis zwischen Staat und Bürger entfaltet die rein bundesstaatliche Finanzierungsregel nach wohl allgemeiner Ansicht keine Sperrwirkung⁸³. Insbesondere der finanzverfassungsrechtlichen Finanzierungsregel des Art. 104a Abs. 5 GG über Verwaltungsausgaben kommt danach nur eine bundesstaatliche Bedeutung zu. Sie trifft keine Regelung im Verhältnis zu Privaten und statuiert nicht das Verbot, materiell von Bund oder Land zu tragende Kosten auf Private abzuwälzen⁸⁴. Darum hindert Art. 104a GG Bund (oder Länder) nicht, Private in den Verwaltungsvollzug einzubeziehen und insofern mit Kosten zu belasten⁸⁵. Insgesamt wirkt das finanzverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip nicht im Verhältnis auf Dritte⁸⁶, so dass sich aus ihm unmittelbar keine verfassungsrechtlichen Kriterien für die Verteilung der Finanzierungslasten im Verhältnis zwischen Staat und Privaten ableiten lassen.

Allerdings recurriert die Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte bei Finanzierungslasten zum Teil auf ein allgemeines Konnexitätsprinzip. So formuliert das Bundessozialgericht anknüpfend an den Bundesgerichtshof⁸⁷ in einer Entscheidung aus dem Jahr 2001: „Jeder Rechtsunterworfenene hat grundsätzlich die Aufwendungen, die durch die Erfüllung seiner ihm dem Staat gegenüber bestehenden Pflichten erwachsen, als Teil seiner Gemeinkosten zu tragen“⁸⁸. Nach dieser höchstgerichtlichen Formulierung hat jeder Private die Pflichten, die der Staat ihm auferlegt, zu erfüllen und

⁸⁰ *Schmehl*, in Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 104a Rn. 51 (Nov. 2009).

⁸¹ *Kloepfer*, Finanzverfassungsrecht (mit Haushaltsverfassungsrecht), 2014, § 3 Rn. 90.

⁸² Begriff nach *Schmehl*, in Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 104a Rn. 2 (Nov. 2009).

⁸³ Zuletzt explizit *Kloepfer*, Finanzverfassungsrecht, 2014, § 3 Rn. 90.

⁸⁴ *Hellermann*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 104a Rn. 143.

⁸⁵ *Heintzen*, in v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 104a Rn. 53.

⁸⁶ Allgemein *Heintzen*, in v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 104a Rn. 1.

⁸⁷ BGH, Urteil v. 19.10.1999 – XI ZR 8/99, NJW 2000, 651.

⁸⁸ BSG, Urteil v. 20.12.2001 – B 4 RA 126/00 R, ZIP 2002, 517 (519).

die Kosten dafür zu tragen, ohne sie einfach auf Dritte überwälzen zu können, selbst wenn die kostenverursachende Pflicht letztlich im Interesse des Dritten liegt. Als allgemeiner Rechtssatz bedeutet dies eine Konnexitätsregel im Staat-Bürger-Verhältnis. Wer die Aufgabe zu erfüllen habe, muss auch die Lasten tragen. Wenn diese Aussage zugleich ein Verfassungsrechtssatz wäre, müssten zahlreiche Pflichten, die der Gesetzgeber manchmal mit leichter Hand bestimmten Privaten auferlegt, ernsthaft überdacht werden. Es stellt sich die Frage nach der Finanzierungsverantwortung *unter* Privaten⁸⁹. Dazu sagt das finanzverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip nichts. Da aber für den konkreten Privaten sowohl die Naturalleistungspflicht als solche als auch die damit verbundenen Kosten gerechtfertigt sein müssen, stellt sich bei drittnützigen Pflichten die Forderung nach einem Ausgleich für die Pflichtenlast und damit nach dem Kompensationsprinzip (dazu IV. 3.).

2. Subsidiaritätsprinzip als Finanzierungsregel im Verhältnis zwischen Staat und Privaten?

Die zentrale Frage im Rahmen dieses Symposiums ist, ob das Subsidiaritätsprinzip auch eine Finanzierungsregel im Verhältnis zwischen Staat und Privaten ist oder sein sollte. Bislang rechnet das Subsidiaritätsprinzip nicht zu den gesicherten Prinzipien des deutschen Finanzverfassungsrechts⁹⁰. In der bisherigen Diskussion kommt das Subsidiaritätsprinzip bei der Aufgabenverteilung im Staat und zwischen Staat und Privaten zum Zuge (s. I.). Auf dieser Ebene lässt sich der Subsidiaritätsgedanke bei der staatlichen Finanzverwaltung in Art. 108 GG wiederfinden. Die Länder verwalten ortsnah nicht nur die ihnen zustehenden Steuern (Art. 108 Abs. 2 GG), sondern im Auftrag des Bundes auch die Gemeinschaftsteuern (Art. 108

⁸⁹ Dazu eingehend für verschiedene Referenzgebiete v. *Stockhausen*, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben, 2007, S. 574 ff., 722 ff.

⁹⁰ *Kloepfer*, Finanzverfassungsrecht, 2014, § 2 Rn. 36 ff., erwähnt das Subsidiaritätsprinzip weder im Rahmen der aufgezeigten „Begrenzungsfunktion der Staatsstrukturprinzipien“ noch im Sachverzeichnis seines einschlägigen Lehrbuchs (vgl. ebenda, S. 490).

Abs. 3 GG). Allerdings spricht das Subsidiaritätsprinzip bei grenzüberschreitenden Sachverhalten für eine zentrale Außenzuständigkeit des Bundes (vgl. § 5 FVG)⁹¹.

Ob aber abseits der Ebene der Aufgabenzuweisung und -erfüllung aus dem Subsidiaritätsprinzip auch Aussagen zur Finanzierungsverantwortung zwischen Staat und Privaten abgeleitet werden können, ist eine neue Frage. Das Subsidiaritätsprinzip könnte theoretisch neben der Verteilung der Aufgaben zwischen Staat und Privaten zugleich als natürliche Folge – wie das Konnexitätsprinzip im Staatsinnenverhältnis – zugleich die Finanzierung der zugewiesenen Aufgabe nahelegen (s. bereits I.). Gegen die Erstreckung auf die finanziellen Lasten spricht indes bereits, dass das Subsidiaritätsprinzip aufgabenorientiert nicht nach der finanziellen Leistungsfähigkeit des Staates⁹², sondern nach seiner administrativen Leistungsfähigkeit seiner Ebene fragt. Als Kriterium der Aufgabenerfüllung folgt die Leistungsfähigkeit gerade nicht aus der Finanzmacht der föderativen Instanzen⁹³, die vielmehr durch die Finanzverfassung aufgabengerecht ausgestattet werden müssen. Bereits aus der rein staatlichen Perspektive sprechen demnach funktionale Einwände gegen eine Verquickung von Aufgabenzuweisung und Finanzfolgen. Diese verstärken sich bei einer Erweiterung der Perspektive auf Private. Wenn Subsidiarität danach fragt, wie weit die Kräfte des Einzelnen oder des Gemeinwesens reichen⁹⁴, so lässt sich dies nicht bruchlos auf die Finanzierungsebene übertragen. Denn wie weit reichen die finanziellen Kräfte des Einzelnen und des Steuerstaates, der sich primär durch die Teilhabe am wirtschaftlichen Erfolg Privater finanziert? Die Finanzierungsregel des Steuerstaates mit dem Grundsatz steuerfinanzierter Erfüllung öffentlicher Aufgaben (s. III. 1.) versperrt den freien Rückzug auf derart maßstabslose Überlegungen. Auch für die angesprochene Debatte, in wie weit der Steuerstaat durch den Dienstleistungs- und Gebührenstaat zurückgedrängt werden kann oder

⁹¹ Zur weitergehenden Zentralisierungsdebatte vgl. zuletzt *Kemmler*, in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 108 Rn. 3 m.w.N., wobei das Subsidiaritätsprinzip m.E. gegen eine allgemeine Bundessteuerverwaltung streitet.

⁹² Zu diesem Topos *A. Leisner*, Die Leistungsfähigkeit des Staates. Verfassungsrechtliche Grenze der Staatsleistungen?, 1998.

⁹³ *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 227.

⁹⁴ S. nochmals Note 14.

soll, hilft das aufgabenorientierte Subsidiaritätsprinzip als allgemeine Finanzierungsregel kaum weiter.

Wenngleich mit *Christian Seiler* insgesamt nicht von einer Verdichtung zu einem finanzverfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzip⁹⁵ auszugehen ist, so lassen sich punktuell aber auch bei der Verteilung der Finanzierungslasten für öffentliche Aufgaben Bereiche identifizieren, in denen das Subsidiaritätsprinzip eine Orientierung verspricht. Das breite Spektrum der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (s. I.) umfasst auch Modelle, in denen der Staat in Kooperation mit Privaten tätig wird (PublicPrivatePartnership). Gerade in diesem Segment kooperativer Aufgabenerfüllung, bei der ein Feld der wirtschaftlichen Tätigkeit mit Chancen und Risiken an Private überlassen wird, sollte auch die Zuordnung der Finanzierungslasten dem Subsidiaritätsprinzip folgen. Denn es können nicht die Chancen privatisiert, die Risiken aber solidarisiert werden. Auch in weiteren Bereichen der Finanzierungsverantwortung lassen sich Anwendungsbeispiele für das Subsidiaritätsprinzip benennen, wie die Steuerentlastung durch das Gemeinnützigkeitsrecht bei der Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben⁹⁶.

3. Lastenausgleich nach dem Kompensationsprinzip

Abschließend ist nach der Bedeutung des bereits angesprochenen Kompensationsprinzips⁹⁷ für die Verteilung der Finanzierungsverantwortung zwischen Staat und Privaten zu fragen. Im Staatsinnenverhältnis ist die Finanzverfassung, wie auch dieses Symposium mehrfach bestätigt hat, eine reine Folgeverfassung⁹⁸. Das Grundgesetz trifft oder eröffnet die Kompetenz für die Sachentscheidung, der die Finanzierungslast als bloßer Annex nachfolgt. Dieser sekundäre Charakter der Finanzierungsentscheidung lässt sich nicht übertragen auf das Verhältnis zwischen dem Staat und Privaten. In diesem ist die Finanzierungsverantwortung keine nachrangige Folgefrage, vielmehr bedarf die finanzielle Lastenverteilung zwischen Staat

⁹⁵ *Seiler*, Subsidiarität im finanzverfassungsrechtlichen Bund-Länder-Verhältnis, in diesem Werk, sub II. 5.

⁹⁶ *Seer*, Gemeinwohlzwecke und steuerliche Entlastung, DStJG 26 (2003), 11 (21 ff.) m.w.N.

⁹⁷ Grundlegend *Vofßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 21 ff.

⁹⁸ *F. Kirchhof*, Grundzüge der Finanzverfassung des vereinten Deutschlands, VVDStRL 52 (1993), 71 (80).

und Privaten einer eigenständigen Entscheidung des Gesetzgebers im Rahmen der Verfassung. Wegen der Grundentscheidung für die Steuerfinanzierung öffentlicher Aufgaben (s. III. 1.), wird das Steuerstaatsprinzip auch zur Abwehr freiheitsverkürzender Eingriffe und ihrer Finanzierungslasten in Stellung gebracht⁹⁹. Da die pflichtenabwehrende Kraft der Grundrechte nicht zu überschätzen ist (s. III. 2. und 3.), verschiebt sich die Abwehrfunktion vielfach hin zur Kompensation. Wenn der Pflichtenträger den Eingriff als solchen nicht grundrechtlich abwehren kann, so verlangt er zumindest, dass der Staat die finanziellen Lasten, die mit der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe verbunden sind, kompensiert. Die Entscheidung für den Steuerstaat und damit das Steuerstaatsprinzip¹⁰⁰ wehrt demnach nicht freiheitsverkürzende Eingriffe selbst ab, sondern fungiert allein als Kompensationsprinzip¹⁰¹. Dafür spricht, dass die Finanzierungslast nicht die zwingende Folge der Wahrnehmungszuständigkeit einer öffentlichen Aufgabe ist.

Anders als beim innerstaatlichen Konnexitätsprinzip lassen sich Aufgabenzuweisung und Finanzierungsverantwortung trennen und absichten. Die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gerade durch einen Privaten kann der Effizienz und Effektivität der Gemeinwohlerfüllung dienen, was insoweit die Zuweisung der Wahrnehmungszuständigkeit rechtfertigt. Bei der Finanzierungsverantwortung ist allerdings erneut zu fragen, ob gerade *dieser* Private trotz der allgemeinen Steuerfinanzierung die finanziellen Lasten der Pflichterfüllung selbst zu tragen hat oder aber eine Kompensation aus Steuermitteln geboten erscheint.

Allerdings ist das Kompensationsprinzip kein Königsweg im freiheitsschützenden Staat. Eine finanzielle Kompensation darf nicht zum „Abkauf“ der grundrechtlichen Freiheit führen¹⁰². Darum darf der Staat Privaten nicht intensive Lasten bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben allein

⁹⁹ Eingehend *Schirra*, Die Indienstnahme Privater im Lichte des Steuerstaatsprinzips, 2002, S. 35 ff., 81 ff.

¹⁰⁰ Explizit *Vofßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 236: „Prinzip des Steuerstaats“.

¹⁰¹ So *Kube*, DStJG 29 (2006), 11 (16 f., 32 f.), mit der Forderung nach Kompensationsleistungen für – sachlich gebotene – „sonderabgabengleiche Lasten“ aus dem allgemeinen Staatshaushalt.

¹⁰² Dazu allgemein *Vofßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 282 sowie *Hey*, Saldierung von Vor- und Nachteilen in der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen und Ungleichbehandlungen, AöR 128 (2003), S. 226 (231) m.w.N.

deshalb auferlegen, weil er für eine finanzielle Kompensation sorgt. Denn – wie bereits ausgeführt – sowohl die Auferlegung der Naturalleistungspflicht als auch ihre (ggfs. kompensierte) finanzielle Wirkung muss als grundrechtlicher Eingriff insgesamt gerechtfertigt werden (s. bereits III. 2.).

V. Fazit

Ein Einheitsprinzip für die Aufteilung der Finanzierungsverantwortung für öffentliche Aufgaben zwischen Staat und Privaten gibt es nicht. Das Subsidiaritätsprinzip ist hierfür jedenfalls kein Fundamentalprinzip. Die Frage der Finanzierungsverantwortung für öffentliche Aufgaben lässt sich nicht allgemein und für Einzelaufgaben nur schwer und nur selten im Konsens beantworten. Die Entscheidung über die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und ihre Finanzierung ist zu allererst eine politische¹⁰³, freilich innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens. Das Grundgesetz hat sich aus guten Gründen¹⁰⁴ für das Prinzip des Steuerstaates als Finanzierungsregel und finanzverfassungsrechtliche Ordnungsfunktion¹⁰⁵ entschieden. Im Steuerstaat erübrigt sich grundsätzlich die Antwort auf die Frage nach einer besonderen Finanzierungsverantwortung. Der Steuerstaat überantwortet die allgemeine Gemeinwohlfinanzierung der Steuer und kappt bewusst die Verbindung von Einnahmen und Ausgaben. Die „Responsivität von Einnahmen und Ausgaben“¹⁰⁶ ist durch die Steuerfinanzierung formell und materiell ausgeschlossen, was – außerhalb der dem Äquivalenzprinzip unterworfenen Vorzugslasten – grundsätzlich der Responsivität zwischen

¹⁰³ *Waldhoff*, in *Isensee/Kirchhof, HStR*, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 116 Rn. 5, 84: „politisches Ermessen des Gesetzgebers“; *ders.*, in *Leitgedanken des Rechts*, Bd. II, 2013, § 137 Rn. 10.

¹⁰⁴ So können allein im Rahmen einer Steuerfinanzierung sozialstaatliche Postulate wie die Steuerfreiheit des Existenzminimums und eine gleichheitsgerechte Besteuerung nach der individuellen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Einzelnen gewährleistet werden (zutreffend *Waldhoff*, in *Isensee/Kirchhof, HStR*, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 116 Rn. 84).

¹⁰⁵ So *Weber-Grellet*, *Steuern im modernen Verfassungsstaat*, 2001, S. 8.

¹⁰⁶ Dazu *Schmehl*, *Das Äquivalenzprinzip im Recht der Staatsfinanzierung*, 2004, S. 17, 220 f.

der Aufgaben- und Finanzierungsentscheidung entgegensteht¹⁰⁷. Das Prinzip des Steuerstaates bedeutet eine Absage an eine „Atomisierung“¹⁰⁸ der Finanzierungsverantwortung. Daneben verbleibt auch nur punktuell Raum für das Subsidiaritätsprinzip, um eine Entscheidung über staatliche oder private Finanzierung öffentlicher Aufgaben anzuleiten.

¹⁰⁷ Weitergehend (und überhöhend) *Waldhoff*, in *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 116 Rn. 5, 84: „Die voraussetzungslose Steuer und die unter der Prämisse des Gesamtdeckungsprinzips ungebundene Finanzmasse des Staatshaushaltes bilden die demokratische Gleichheit der Staatsbürger ab und gehören zu den Prämissen des parlamentarisch-demokratischen Systems des Grundgesetzes“.

¹⁰⁸ Dagegen auch *Waldhoff*, in *Leitgedanken des Rechts*, Bd. II, 2013, § 137 Rn. 10.

§ 7 Querschnitte und Folgefragen – ein Resümee

Ekkehart Reimer

I.	Einleitung.....	107
II.	Subsidiarität als Konzept.....	108
III.	Lehren für das Verständnis der Finanzverfassung.....	110
IV.	Forschungsperspektiven.....	111
	1. Innere Beziehung zwischen negativer und positiver Subsidiarität.....	111
	2. Negative Subsidiarität in der geltenden Finanzverfassung.....	112
	3. Subsidiarität: Ertüchtigung der Finanzverantwortung auf Ausgabenseite?.....	112
	4. Strukturparallelen zwischen den Ebenen der öffentlichen Finanzgewalt?	113
	5. Subsidiaritätsadäquate Handlungsformen.....	113

I. Einleitung

Das starke Wort von der Gerechtigkeit, die am ehesten auf der höchsten Ebene zu erzielen sei, könnte ein Schlusswort sein. Machtvoll steht dieser Satz für eine der vielen Überlegungen dieses Symposiums. In ihrer Fülle sind die Überlegungen aber breiter, differenzierter und offener.

Die Frage nach dem Stellenwert der Subsidiarität in der Finanzverfassung eröffnet den Blick auf Grundfragen. Sie werden in einer Zeit gestellt, zu der die geltende Finanzverfassung, oder breiter: die verschiedenen Finanzordnungen auf den verschiedenen Ebenen und zwischen ihnen in einer Phase von Umbrüchen stehen. Das Anliegen dieses Symposiums war zwar nur der Erkenntnisgewinn, nicht die unmittelbare Politikgestaltung. Aber mehr analytische Klarheit sind jedenfalls notwendige Bedingung erfolgreicher Umbrüche in der Wirklichkeit.

Unsere Debatten kreisten um drei Fragen und Herausforderungen. Die erste Frage ist mit Händen zu greifen: Was haben wir über Subsidiarität

gelernt? Eine zweite Frage lautet: Was haben wir über die Wirklichkeit der Finanzverfassung auf den verschiedenen Ebenen gelernt, auch unter Einschluss des Staat-Bürger-Verhältnisses? Und ein dritter Punkt: Was müssen wir noch lernen? Was sind offene Fragen, die noch nicht abschließend beantwortet sind?

II. Subsidiarität als Konzept

Subsidiarität ist ein alter, jedenfalls der Bezeichnung nach zunächst außerjuristischer Begriff. *Michael Droege* hat uns ein Lektüreerlebnis ermöglicht und gezeigt, dass konfessionelle Verengungen den Blick auf das Subsidiaritätsprinzip nicht mehr verstellen. Subsidiarität wird aber weiterhin ein Konzept sein, das zu einem gehörigen Teil außerhalb des Rechts verankert ist und dass deswegen mit *Michael Droege* mehr als Reflektionsinstrument für die Rechtswissenschaft denn als primärer Ankerpunkt etwa für den Gesetzgeber fungieren sollte. Gleichwohl haben *Michael Droege*, sehr deutlich dann auch *Christian Seiler* und *Hans-Günter Henneke* verdeutlicht, wie vielfältig man Subsidiarität auffächern kann, wie multidimensional dieses Wort einsetzbar ist.

Prägend ist – in einer ersten Auffächerung – die Unterscheidung zwischen einer positiven und einer negativen Subsidiarität. Subsidiarität ist das *Gebot* zu helfen und zugleich das *Verbot*, sich einzumischen, wo es die untere Ebene alleine kann. Dabei gehört in diese erste Dimension auch eine Frage, die *Christian O. Steger* am Schluss der Diskussion angesprochen hat, ebenso wie zuvor *Hans-Günter Henneke*: Gibt es so etwas wie Blindheit für andere Ebenen als die jeweils nächsthöhere oder nächsttiefere Ebene?

Simon Kempny hat gefragt, ob es ein Recht des Bürgers darauf gibt, vor Ort versorgt zu werden oder nur vor Ort belastet zu werden. *Hans-Günter Henneke* hat die Frage der Mediatisierung der Kommunen heute Vormittag angesprochen. Sie ist im Grundgesetz insgesamt angelegt, in der geltenden Finanzverfassung aber höchst unvollkommen verwirklicht. Auf Ebene des Europarechts i.w.S. markiert die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung von 1985 – bei allerdings geringer Bindungskraft – ebenfalls eine deutliche Abkehr an eine Engführung des Subsidiaritätsprinzips auf das Verhältnis nur der unmittelbar aufeinander aufbauenden Ebenen:

Hier erkennt das Völkerrecht den Eigenstand der Gemeinden an und fungiert sogar als (weiches) Determinationsrecht für das innerstaatliche Verfassungsrecht¹.

Die zweite große Auffächerung haben die Referate von *Christian Seiler* und *Hans-Günter Henneke* mit der Unterscheidung zwischen Subsidiarität bei den Einnahmen, bei den Ausgaben und vor allem bei den Aufgaben gebracht. Eindrucksvoll war das Plädoyer für eine Art Homogenität, ja Konnexität zwischen der Sachverfassung und der Finanzverfassung, das wir von *Christian Seiler* gehört haben.

Drittens ist die Subsidiarität im Staat-Bürger-Verhältnis beleuchtet worden. Den Schwerpunkt bildete dabei das Referat von *Klaus-Dieter Drüen*. Gibt es ein subjektives öffentliches Recht auf Subsidiarität? ein subjektives Abwehrrecht als Recht des Einzelnen, in Ruhe gelassen zu werden in Bereichen, in denen dieser Einzelne oder auch die kleine Gruppe die Dinge allein zu regeln vermag?

Keine dieser Optionen und Hypothesen ist durch reine Deduktion zu verifizieren. Im Gegenteil: Wir haben heute gesehen, dass „Subsidiarität“ ein Chamäleon ist. Das hochauflösende Bild (auch) von der Wirklichkeit der Finanzverfassung ist ein Bild in vielen Farben. Möglicherweise ist Subsidiarität am Ende nur ein anderes Wort für die Erforderlichkeitsprüfung des Art. 106 Abs. 3 Satz 4 GG.

Jedenfalls fällt die materielle Fixierung schwer. Schon in der Diskussion des Vormittags hat *Paul Kirchhof* deshalb „quis iudicabit?“ gefragt. Das Referat von *Henning Tappe* hat deutlich gezeigt, dass bereits die Frage, was unter Subsidiarität zu verstehen sei, entscheidend davon abhängt, ob sich der Blick auf die obere oder auf die untere Ebene richtet. Selbst bei textgleichen Normen wird die obere Ebene unter dem Schutz der Subsidiarität stets das paternalistische Hilfsangebot machen. Wenn die untere Ebene dagegen Subsidiarität im Mund führt, fühlt sich von einer höheren Ebene benachteiligt, bevormundet oder geschröpft. Es geht um den Verlust von Heimat, Autonomie und Früchten der eigenen Anstrengung. Deshalb ist

¹ Vgl. Art. 2 der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung v. 15.10.1985, BGBl. II 1987, 65; hierzu *B. Schaffarzik*, Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung (2002).

evident: Die Frage, wer „Subsidiarität“ ausbuchstabieren darf, ist die ergebnisentscheidende (Meta-)Zuständigkeitsfrage der Subsidiarität. Von ihr hängt alles ab.

III. Lehren für das Verständnis der Finanzverfassung

Welche Impulse erfährt die Finanzverfassung aus der Subsidiaritätsdebatte? Zunächst haben wir viel über die Wirklichkeit der bundesstaatlichen und kommunalen Finanzwesen gelernt. Die Empirie, mit der vor allem *Hans-Günter Henneke* aufwarten konnte, findet ihre normative Entsprechung in den, was *Christian Seiler* gezeigt hat: In der gegenwärtigen Finanzverfassung finden sich beinahe keine Hinweise auf eine negative Subsidiarität. Es ist alles zentralisiert; die Finanzverfassung ist stark unitarisch verflochten. Diese Bestandsaufnahme entspricht vielleicht dem Bild einer positiven Subsidiarität: Die Finanzverfassung ermöglicht und stimuliert die Hilfe von oben. *Henning Tappes* Dictum, dass die Gerechtigkeit von oben kommt und in der Finanzverfassung primär die *iustitia distributiva*, nicht so sehr die *iustitia commutativa* meint, ist de lege ferenda diskussionswürdig und diskussionsbedürftig. Aber de lege lata entspricht es sehr exakt dem Befund, den uns *Christian Seiler* und *Hans-Günter Henneke* heute Morgen eröffnet haben. Beide haben vor dem Phänomen gewarnt, das *Henning Tappe* mit *Johannes Popitz* auf den Begriff gebracht hat: die Anziehungskraft der zentralen Ebene. Sie bleibt die destabilisierende Schattenseite der Unitarisierung.

Und schließlich haben wir die Frage nach der Subsidiarität in die Handlungsformenlehre hinein verlängert. Vor allem *Klaus-Dieter Drüen* hat anklingen lassen, dass Subsidiarität die Wahl der Handlungsformen beeinflussen könnte. *Simon Kempny* hat das am Ende noch einmal aufgegriffen. Überspitzt gefragt: Gibt es ein subjektives Recht darauf, dass man zunächst nur Abgaben leisten muss, wenn man dafür auch eine Gegenleistung bekommt, und dass gleichsam nur im Notfall die gegenleistungsfreie Steuer zu entrichten ist? Ist die Präferenz für die eine möglichst konkret-individuelle Äquivalenz eine Ausprägung von Subsidiarität, oder weist diese Subsidiarität zumindest strukturelle Bezüge zu den organisationsrechtlichen Phänomenen auf, die wir erörtert haben?

IV. Forschungsperspektiven

Diese und viele weitere Fragen bieten Anlass zu Überlegungen über den Tag hinaus. In einer ersten Strukturierung ist zunächst nach Beziehungen zwischen negativer und positiver Subsidiarität (1.) und dem richtigen Verständnis einer negativen Subsidiarität im Kontext der Finanzverfassung zu fragen (2.). Fragen des Konzepts der Finanzverantwortung schließen sich an (3.). In analytischer Perspektive bedürfen Regelungsmuster und mögliche Strukturparallelen zwischen den verschiedenen Ebenen der öffentlichen Finanzgewalt weiterer Beschäftigung (4.), und auch die Frage der ebenen- und zuständigkeitsadäquaten Handlungsformen ruft nach Vertiefung (5.).

1. Innere Beziehung zwischen negativer und positiver Subsidiarität

Gibt es eine innere Beziehung zwischen den beiden Polen der negativen und der positiven Subsidiarität? Wenn sich hier etwas findet, wäre das Prinzip der Subsidiarität vielleicht doch mehr als nur eine wohlklingende Chiffre für eine gewöhnliche Erforderlichkeitsprüfung. So ließe sich einerseits die Dezentralität (negative Subsidiarität) als Instrument zur Steigerung der Gesamtwohlfahrt begreifen. Weist man dieser Gesamtwohlfahrt den zentralen Stellenwert zu, erlangt die negative Subsidiarität dienenden Charakter. Sie wird auf die positive Subsidiarität ausgerichtet. Dazu wird ein *marketplace of ideas* zentralstaatlich organisiert, die Selbstverwaltung funktionalisiert.

Dem steht andererseits die These gegenüber, dass die zentrale Hilfe (positive Subsidiarität) Geltungsgrund und Grenze in der Sicherung künftiger und nachhaltiger Dezentralität findet. In dieser Lesart käme der Eigenverantwortung der unteren Ebene (negative Subsidiarität) die dogmatische Zentralfunktion zu; der positiven Subsidiarität käme Sicherungsfunktion zu. Diese Reihung lässt sich subjektivrechtlich unterlegen; in der Deduktion erscheint sie als bruchlose Fortsetzung des Primats des Individuums und der kleinen Gruppe gegenüber der staatlichen Gemeinschaft. Demokratisch streitet das Gesetz des höheren Erfolgswerts für diese Zentralfunktion der negativen Subsidiarität.

2. Negative Subsidiarität in der geltenden Finanzverfassung

Lassen sich diese Prinzipienorientierungen für die Auslegung des geltenden Rechts nutzen? Vieles spricht dafür, dass die Finanzverfassung und – breiter – die Grundrechte, Art. 38 Abs. 1 GG, Art. 28 Abs. 1 und 2 GG und das Demokratieprinzip auf Entflechtung und Stärkung der demokratischen Verantwortung drängen. Aber es ist gerade die Finanzverfassung, die eine merkwürdige Scheu vor dezentralen Lösungen erkennen lässt. Deshalb konnte *Christian Seiler* daraus, dass das Grundgesetz den Ländern in Art. 105 Abs. 2a Satz 2 GG ausdrücklich die Kompetenz zuweist, den Steuersatz bei der Grunderwerbsteuer festzusetzen, einen Umkehrschluss ziehen: Die Vorschrift zeige, dass die Bemessungsgrundlage und überhaupt die ganze weitere Ausgestaltung (sogar) der Grunderwerbsteuer offenbar den Test des Art. 72 Abs. 2 GG bestehe; andernfalls wäre die ausdrückliche Zuweisung des Steuersatzes an die Länder unnötig.

Eine andere Erklärung für die Regelung des Art. 105 Abs. 2a Satz 2 GG geht von der Fortgeltungsanordnung des Art. 125a GG aus². Es kann sein, dass Art. 105 Abs. 2a Satz 2 GG nur die intertemporale Sperre überwindet, die sich – in Ermangelung einer grundlegenden Reform – aus Art. 125a GG ergibt.

3. Subsidiarität: Ertüchtigung der Finanzverantwortung auf Ausgabenseite?

Wir werden uns bei Subsidiarität weiter fragen müssen, inwieweit sie eine Ertüchtigung der Finanzverantwortung gebietet, die nicht bei den Einnahmen Halt macht, sondern die Ausgabenseite einbezieht. Die zentrale Bedeutung der Ausgabenkompetenzordnung ist eine der zentralen Lehren des heutigen Vormittags. Ob die Finanzverfassung Folgeverfassung ist oder – jedenfalls begrenzten – Selbststand hat: Schlüssel zu demokratischer Verantwortung und Erfolgswirksamkeit des Wahlakts ist die Klarheit und Eindeutigkeit der Zuordnung der Sachkompetenzen im Mehrebenensystem, und Sachkompetenzen sind Ausgabenkompetenzen (Art. 104a Abs. 1 GG). Je stärker man den Äquivalenzgedanken macht, desto mehr verlagert

² *S. Kempny/E. Reimer*, Neuordnung der Finanzbeziehungen – Aufgabengerechte Finanzverteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen. Gutachten D zum 70. DJT (2014), D 73 f.

sich auch die Subsidiaritätsdebatte aus den Regelungsbereichen der Art. 105, 106 und 109 GG auf das Feld der Sachkompetenzen.

4. Strukturparallelen zwischen den Ebenen der öffentlichen Finanzgewalt?

Tritt man noch einen Schritt zurück, gerät die große Frage nach den Strukturparallelen zwischen den verschiedenen Ebenen der öffentlichen Finanzgewalt in den Blick: Gibt es Strukturparallelen zwischen Bundestaat, kommunalem Verhältnis, unionalem Verhältnis und Staat-Bürger-Verhältnis? Darf man so denken, darf man parallelisieren? Lässt sich das Staat-Bürger-Verhältnis ohne weiteres mit innerstaatlichen oder vielleicht verwaltungsinternen Finanzbeziehungen zwischen den verschiedenen Ebenen der öffentlichen Gewalt vergleichen?

Und weiter: Sind sogar Verklammerungen möglich, könnte man de lege ferenda das oben skizzierte subjektive Recht auf Subsidiarität in der Weise denken, wie *Simon Kempny* es vorhin skizziert hat: als ein Recht des Einzelnen darauf, dass ihm vorrangig wohnortnah in die Tasche gegriffen wird? Gibt es ein Recht des Einzelnen darauf, dass er selber gewissermaßen mit möglichst hohem Erfolgswert über das „Abgebenmüssen“ mitbestimmen kann? Welche Stellung haben Landtagswahlen? Eindrucksvoll hat uns *Hans-Günter Henneke* am Beispiel Niedersachsens vor Augen geführt, dass die Entflechtung der Finanzbeziehungen nicht nur objektiv demokratisch, sondern vielleicht auch aus subjektiv-rechtlicher Sicht geboten ist. Die Subsidiarität findet ihre Fundierung in dem grundrechtsgleichen Recht auf Relevanz der Wahl.

5. Subsidiaritätsadäquate Handlungsformen

Damit ist zugleich die Frage nach den Handlungsformen angesprochen. Der positiven Subsidiarität entspricht die subordinationsrechtliche Handlungsform des Gesetzes, der negativen Subsidiarität der koordinationsrechtliche Vertrag³. Zu den Handlungsformen gehören aber auch die unterschiedlichen Abgabentypen. Gibt es ein Recht des Einzelnen darauf,

³ Näher *E. Reimer*, Die künftige Ausgestaltung der bundesstaatlichen Finanzordnung, VVDStRL Bd. 73 (2014), S. 166, 169 f.

vorrangig mit Vorzuglasten und nur nachrangig mit gegenleistungsfreien Steuern belegt zu werden? Diese alte Frage der Äquivalenz erlangt im Lichte einer auch subjektiv geerdeten Subsidiaritätsdebatte ebenfalls frischen Glanz.

Die Autoren

Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell)

Direktor des Instituts für Finanz- und Steuerrecht und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht unter besonderer Berücksichtigung des Finanz- und Steuerrechts an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Prof. Dr. Michael Droege

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Kirchenrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen

Prof. Dr. Christian Seiler

Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Finanz- und Steuerrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen

Prof. Dr. Hans-Günter Henneke

Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Landkreistags, Berlin sowie Honorarprofessor an der Universität Osnabrück

Prof. Dr. Henning Tappe

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, deutsches und internationales Finanz- und Steuerrecht an der Universität Trier

Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen

Inhaber des Lehrstuhl für Unternehmenssteuerrecht, Bilanzrecht und Öffentliches Recht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf sowie Richter am Finanzgericht Düsseldorf im zweiten Hauptamt

Prof. Dr. Ekkehart Reimer

Direktor des Instituts für Finanz- und Steuerrecht und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europäisches und Internationales Steuerrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

