

Landtag Nordrhein-Westfalen
anhoerung@landtag.nrw.de

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
16/2455

A50

Prof. Dr. J. Oebbecke
Geschäftsführender Direktor

Universitätsstraße 14-16
48143 Münster
Bearbeiter

Tel. +49 251 83-21806
Fax +49 251 83-21833

kwi@uni-muenster.de
<http://www.jura.uni-muenster.de/kwi>

06.01.2015

Öffentliche Anhörung der Kommission zur Reform der Nordrhein-Westfälischen Verfassung (Verfassungskommission) des Landtags Nordrhein-Westfalen am 19.1.2015

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

zu den im Zusammenhang mit Ziff. II. 2. letzter Unterpunkt des Einsetzungsbeschlusses vom 17. Juli 2013 zu behandelnden Fragen nehme ich wie folgt Stellung:

1. Subsidiarität

Im Jahre 1963 hat Roman Herzog alles auch noch aus heutiger Sicht Wesentliche zum Subsidiaritätsprinzip gesagt (Subsidiarität und Staatsverfassung, Der Staat 2 (1963), 399 ff.).

Der Erfolg des Prinzips in der politischen Diskussion beruht bis heute in erster Linie darauf, dass man sich auf eine vernünftig wirkende *Maxime* berufen kann, aber nicht genau sagen muss, was man meint. Die Prüfung, ob eine kleinere Einheit eine Aufgabe erledigen kann und deshalb erledigen sollte, erfordert so viele politische Vorentscheidungen, dass das Prinzip für die Lösung konkreter organisationspolitischer Probleme regelmäßig nicht hilfreich ist und die Ergebnisse durch entsprechende Annahmen manipulierbar sind. Das Ergebnis der Prüfung wird dadurch bestimmt, was als "kleiner" und "größer" angesehen wird (Wie verhält es sich insoweit mit den Landschaftsverbänden, Bezirksregierungen, Industrie- und Handelskammern, Wasserverbänden oder Kirchen?), wie eine Aufgabe definiert wird (Kann man von einer Musikschule regelmäßig Unterricht außer in Gitarre und E-Gitarre auch in Mandoline, Balalaika, Banjo, Ukulele und Ud erwarten?), was man unter "erledigen können" versteht (ohne Hilfe einer "größeren" Einheit, mit gelegentlicher Hilfe, mit dauernder Hilfe?) und ob "erledigen können" auch die eigenverantwortliche Beschaffung der benötigten finanziellen Mittel umfasst.

Das geltende Verfassungsrecht von Land und Bund enthält einige Vorgaben, nach denen bestimmten Einheiten bestimmte Aufgaben vorbehalten sind (Bundesstaat, kommunale Selbstverwaltung, Universitäten, Eltern) und sieht für bestimmte Aufgaben Zugriffsmöglichkeiten nicht-staatlicher Akteure vor (etwa Grundrechte, Privatschulträger). Solche Regelungen kann man als Anwendungsfälle des Subsidiaritätsgedankens verstehen, ein einigermaßen folgerichtiges Prinzip liegt diesen Bestimmungen nicht zugrunde und kann ihnen nicht entnommen werden.

2. Kommunale Selbstverwaltung

Vorbemerkungen:

a) Jede verfassungspolitische Diskussion über die kommunale Selbstverwaltung muss berücksichtigen, dass im Hinblick auf die beiden entscheidenden Parameter Entscheidungsrechte und Finanzen Verteilungsentscheidungen getroffen werden. Alles, was den Kommunen zugewiesen wird, muss jemandem anders genommen werden, was ihnen belassen wird, kann niemand sonst nutzen.

b) Eine Diskussion über die Landesverfassung muss das Wohl des Ganzen im Blick haben. Die relevante Frage sollte deshalb lauten: Gibt es im Blick auf die Kommunen Änderungen des Verfassungsrechts, die im Land dem Wohl des Ganzen dienen?

c) Die Regelungen der Verfassung sind für ihre effektive Geltung stärker noch als einfache Gesetze auf Interpretation und Einordnung in das übrige Recht angewiesen, die im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung und die Staatspraxis geleistet werden. Jede Änderung macht deshalb wichtige Wissensbestände unbrauchbar und zwingt dazu, bewährte Handlungsroutinen zu ändern. Das erzeugt Aufwand, der für andere Zwecke nicht zur Verfügung steht. Änderungen sollten sich deshalb auf unabweisbare Anpassungen und die Beseitigung schwerer Mängel beschränken.

2.1 Aufgabenregelungen

Die Landesverfassung enthält drei Bestimmungen über die Aufgaben der Kommunen.

Nach Art. 78 Abs. 2 sind sie "in ihrem Gebiet die alleinigen Träger der öffentlichen Verwaltung". Diese Aufgabengarantie geht in zwei Richtungen über die des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG hinaus. Sie kommt auch den Gemeindeverbänden zugute und sie reicht jedenfalls nach seiner sprachlichen Fassung inhaltlich über die "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" hinaus. Dieser zweite Aspekt hat soweit ersichtlich bisher in der Rechtsprechung des Gerichtshofs keine Rolle gespielt. Dieser lehnt sich insoweit an die Interpretation der grundgesetzlichen Garantie durch das Bundesverfassungsgericht an. Ähnlich verfahren andere Landesverfassungsgerichte.

Art. 78 Abs. 3 Satz 1 erlaubt es dem Land, den Kommunen Aufgaben zu übertragen. Über die nach dem Verfassungsrecht des Bundes ohnehin geltende Rechtslage geht die Verfassung damit nicht hinaus. Auf die Konnexitätsregelung wird unter 2.3 eingegangen.

Art. 78 Abs. 4 Satz 2 etabliert die Handlungsform der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung. Damit sind auch solche Aufgaben, die traditionell nicht zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Sinne des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gehören, in Nordrhein-Westfalen – ähnlich wie in einigen anderen Ländern – kommunale Aufgaben. Die Einflussmöglichkeiten des Landes auf ihre Erfüllung wird dadurch begrenzt, dass sie im Gesetz bestimmt werden müssen. Die Handlungsfreiheit der Kommunen bei der Erfüllung solcher Aufgaben ist damit rechtlich weitergehend gesichert als dies dort der Fall ist, wo die Kommunen als staatlich gedachte Aufgaben als Auftragsangelegenheiten wahrnehmen. Verfassungspolitischer Handlungsbedarf ist auch insoweit nicht ersichtlich.

2.2 Finanzen

Sieht man von der Konnexitätsregelung ab, enthält die Landesverfassung nur in Art. 79 LVerf Bestimmungen über die kommunalen Finanzen, die über die Gewährleistungen des Grundgesetzes hinausgehen. Dabei ist die Bedeutung von Art. 79 Satz 1, wonach die Gemeinden ein Recht darauf haben, dass das Land ihnen eigene Steuerquellen erschließt, eher gering. Einfachgesetzlich geht das Land nämlich seit langer Zeit über diesen Mindeststandard deutlich hinaus, indem es in § 3 KAG dafür einen formellen Rahmen vorgibt und die durch das Grundgesetz eröffneten Möglichkeiten für eine gemeindliche Steuererhebung nur relativ geringfügig einschränkt.

Die Verpflichtung zum kommunalen Finanzausgleich ist ergänzend zu Art. 106 Abs. 7 GG in Art. 79 Satz 2 geregelt, wobei sie ausdrücklich durch die finanzielle Leistungsfähigkeit des Landes begrenzt wird. Der VerfGH hat in seiner Rechtsprechung Anforderungen entwickelt, denen der Finanzausgleich genügen muss. Die geltende Regelung erlaubt einen flexiblen Ausgleich zwischen dem finanziellen Bedarf des Landes und dem der Kommunen. Praktiziert wird diese Flexibilität vor allem über Be- und

Entfrachtungen, den Umfang der Einbeziehung von Steuern, die durch die Regelung des Art. 106 Abs. 7 GG nicht erfasst werden, und Vorwegabzüge. Der Verbundsatz von 23 % ist dagegen aus nicht ganz nachvollziehbaren Gründen seit langen Jahren politisch tabu.

Änderungen an den geltenden Bestimmungen über die Finanzen der Kommune sind nicht geeignet, zusätzliche Finanzmittel für das Verbundsystem Land/Kommunen zu generieren. Für den Ausgleich innerhalb dieses Systems hält das geltende Recht eine kluge Balance zwischen Bindungen des Landes und der Möglichkeit flexibler Anpassung an die sich ändernden Gegebenheiten und Erfordernisse.

2.3 Wahlrecht

Bundesverfassungsrechtlich ist es zulässig, Regelungen zum Kommunalwahlrecht nicht nur in einem einfachen Gesetz wie dem Kommunalwahlgesetz, sondern auch in der Landesverfassung zu treffen. Die materiellen Anforderungen, die der Landesgesetzgeber dabei im Hinblick auf die grundgesetzliche Vorgabe des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG zu beachten hat, sind jedoch dieselben. Die Rechtfertigungsanforderungen etwa für eine Sperrklausel sind identisch. Anders gesagt: Wenn Zweifel bestehen, ob etwa eine Dreiprozentklausel dadurch gerechtfertigt ist, dass den Räten zu viele Einzelbewerber, kleine Parteien und Wählergruppen angehören, gilt das gleichermaßen für eine Regelung im Gesetz wie in der Verfassung. In jedem Fall wäre darzutun, wieso eine Regelung gerade in Nordrhein-Westfalen zu Schwierigkeiten führt, die eine Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit rechtfertigen, während andere Länder damit zurecht kommen.

2.4 Rechtswahrung und Rechtsdurchsetzung

In diesen Zusammenhang gehören Regelungen über die Wahrung der Rechte der Kommunen im Verfahren der Rechtssetzung des Landes (2.5.1), über die Durchsetzung ihrer Rechte (2.5.2) und die Durchsetzung der Beachtung des Rechts durch die Kommunen (2.5.3).

2.4.1 Rechtswahrung in Rechtssetzungsverfahren

Einzelne oder Gruppen von Kommunen haben im Verfahren des Erlasses sie betreffender Regelungen auch von Verfassung wegen ein Recht darauf, angemessen beteiligt zu werden. Das ist etwa für Gebietsänderungen unbestritten. Ob ein solches Recht auch bei generell geltenden Regelungen besteht, ist weniger gewiss.

Eine ausdrückliche Regelung enthält die Verfassung bisher nur in Art. 78 Abs. 3 Satz 5. Danach muss das KonnexAG Bestimmungen über eine Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände treffen. Die Geschäftsordnung des Landtages sieht eine Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände in § 58 verbindlich, die Gemeinsame Geschäftsordnung der Ministerien des Landes Nordrhein-Westfalen in § 35 Abs. 2 als Sollvorschrift vor. Immer wieder einmal wird beklagt, dass die letztgenannte Bestimmung in einzelnen Fällen nicht beachtet wird.

Verschiedene Landesverfassungen enthalten entsprechende im Einzelnen differierende Bestimmungen als Muss- (Artt. 71 Abs. 4 BW, 97 Abs. 4 Bbg; 57 Abs. 6 Nds; 84 Abs. 2 Sachs) oder als Sollvorschrift (Art. 83 Abs. 7 Satz 1 Bay; 124 Saar). In Nordrhein-Westfalen könnte eine solche Regelung als Art. 78 Abs. 5 in die Verfassung aufgenommen werden.

Ob man eine solche Verfahrensfrage in der Verfassung regeln will, hängt insbesondere auch davon ab, ob man bereit ist, insoweit Risiken für die formelle Verfassungsmäßigkeit der betroffenen Gesetze oder anderen Regelungen zu begründen.

2.4.2 Rechtsschutz der Kommunen

Soweit den Kommunen durch die Verfassungen von Bund oder Land oder durch andere Rechtsvorschriften Rechte eingeräumt sind, können sie diese auch gerichtlich geltend machen.

Im Bund und in der Mehrzahl der Flächenländer ist den Kommunen durch die Verfassung das Recht eingeräumt, eine kommunale Verfassungsbeschwerde zu erheben, in Nordrhein-Westfalen durch § 52 VGHG. Es ist nicht ersichtlich, dass dieser Regelungsort zu Problemen beim Rechtsschutz der

Kommunen geführt hat. Im Gegenteil ist die Akzeptanz der kommunalen Verfassungsbeschwerde nach § 52 VGHG gemessen an der Anzahl der Verfahren im Ländervergleich hoch.

2.4.3 Sicherung der Beachtung des Rechts durch die Kommunen

Nach Art. 78 Abs. 4 Satz 1 überwacht das Land die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Gemeinden und Gemeindeverbände. Trotz der indikativischen Formulierung, die für ein zwingendes Gebot spricht, wird davon ausgegangen, dass es ausreicht, dass die Aufsicht nach dem Opportunitätsprinzip vorgeht, ein Einschreiten gegen Rechtsverstöße also im Ermessen der Aufsichtsbehörden steht. Inzwischen dürfte unbestritten sein, dass der Verzicht auf das Einschreiten gegen kommunale Rechtsverstöße auf dem Gebiet des Haushaltsrechts erheblich zum Entstehen der bekannten Finanzprobleme beigetragen hat. Es gibt deshalb auch aus der kommunalen Praxis Forderungen, das Ermessen der Kommunalaufsichtsbehörde mindestens einzuschränken. Dazu würde aber eine Änderung des einfachen Kommunalverfassungsrechts ausreichen. Eine Verfassungsänderung ist nicht angezeigt.

2.5 Konnexität

Im Ländervergleich hat Nordrhein-Westfalen eine formell und materiell vergleichsweise kommunalfreundliche Regelung des Konnexitätsproblems getroffen. Allerdings deckt diese Regelung nicht alle finanziellen Folgen der Normsetzung des Landes für die Kommunen ab (2.5.1) und nach wie vor ist ihre Handhabung durch die Beteiligten teilweise nicht angemessen (2.5.2). Man kann darüber nachdenken, den Rechtsschutz der Kommunen anders zu regeln (2.5.3).

2.5.1 Lücken

In folgenden Fällen gewährt das geltende Recht den Kommunen keinen Schutz gegen finanzielle Belastungen, die ihnen rechtlich aufgebürdet werden:

- a) Sie gilt nicht für Altfälle, also die vielen Belastungen, die vor dem Inkrafttreten der Konnexitätsbestimmung geregelt wurden. Das betrifft insbesondere die Sozialausgaben. Abhilfe würde nur eine Abkehr von der gewählten Regelungstechnik bringen, den Belastungsausgleich an konkrete Gesetzgebungsvorhaben zu knüpfen, also den Kommunen einen Anspruch auf Belastungsausgleich einzuräumen, soweit sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben rechtlich gebunden sind. Aus einer Reihe von Gründen wäre eine solche Regelung nicht sinnvoll. Sie würde das Land auch finanziell überfordern.
- b) Sie gilt nur für gesetzliche oder durch Verordnungen vorgenommene Belastungen, nicht aber für Belastungen durch Verwaltungsvorschriften, wie sie bei den Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung eintreten können. Diese Abgrenzung führt in einzelnen Fällen zu schwer nachvollziehbaren Ergebnissen. Ob die in diesem Zusammenhang genannten Beispiele aus dem Schulbereich für die Kommunen wirklich rechtlich oder nur politisch unabweisbare Belastungen betreffen, erscheint noch nicht völlig geklärt.
- c) Bundes- und europarechtlich veranlasste Belastungen werden nicht erfasst. Das ist deshalb problematisch, weil der Bund nach Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG zwar den Kommunen neue Aufgaben nicht mehr übertragen darf, für Altaufgaben aber in einem im Einzelnen noch nicht abschließend geklärten Umfang die als Bundesrecht fortgeltenden Regelungen auch kostenträchtig verändern darf. Der VfGH hat sich jetzt auf den Standpunkt gestellt, dass keine neue Ausgleichsregelung nach Art. 78 Abs. 3 Satz 2 getroffen werden muss, wenn das Land den Kommunen eine bundesrechtlich geregelte Aufgabe zugewiesen hat und sich danach die Kosten der Aufgabenerfüllung durch bundesrechtliche Vorgaben ändern. Die Kommunen sind in einem solchen Fall also darauf verwiesen, einen Belastungsausgleich über Art. 78 Abs. 3 Satz 4 zu erreichen.
- d) Es wird nur die Belastung durch "übertragbare" Aufgaben ausgeglichen. Sicher genügt die Formulierung, dass übertragbare Aufgabe übertragen werden, sprachlich nicht den Anforderungen, die an einen Verfassungstext zu stellen sind. Inhaltlich sollten damit die Kosten für sog. Existenzaufgaben vom Ausgleich ausgeschlossen werden. Unabhängig davon, dass dieser Begriff alles andere als eindeutig ist, ist schwer nachvollziehbar, warum eine Kostenbelastung in diesem Bereich weniger ausgleichsbedürftig ist als in anderen. Im Falle des Personalvertretungsgesetzes haben die Kommunen darauf verzichtet, den Ausgleich der Mehrbelastung verfassungsgerichtlich durchzusetzen, obwohl die Annahme des Gesetzgebers, es handele sich um eine Existenzaufgabe, schwerlich überzeugend war.

- e) Es werden nur "wesentliche" Belastungen ausgeglichen. Das ist wegen des Aufwands für die Belastungsermittlung vernünftig, aber unscharf. Wenn man eine normative Präzisierung der Wesentlichkeitsschwelle überhaupt für sinnvoll hält, sollte diese jedenfalls nicht in der Verfassung erfolgen.
- f) Bei Prognosefehlern wird der Belastungsausgleich nach Art. 78 Abs. 3 Satz 4 nur für die Zukunft angepasst. Diese Regelung ist aus verschiedenen Gründen problematisch. Sie setzt einen finanziellen Anreiz auf Seiten des Landes, konkret des zuständigen Ressorts, die finanziellen Folgen anfangs niedrig anzusetzen. Sie erschwert Einigungen im Gesetzgebungsverfahren, weil die Risiken von Fehleinschätzungen einseitig den Kommunen aufgebürdet werden. Wegen der tendenziell schon inflationsbedingt steigenden Kosten geht die Regelung regelmäßig auch dann zu Lasten der Kommunen, wenn eine sorgfältige Kostenermittlung sich als fehlerhaft erweist. Es sprechen deshalb gute Gründe dafür, in Art. 78 Abs. 3 Satz 4 die Worte "für die Zukunft" zu streichen. Diese Änderung würde auch zu einer Entlastung der Diskussion im Gesetzgebungsverfahren führen, wie sie etwa über die Inklusion in den Schulen geführt worden ist.
- g) Rechtsänderungen durch das Land, die ohne Änderungen bei Aufgaben zu Einnahmeausfällen (Jagdsteuer, Automatenspiel) führen, werden nicht erfasst.
- h) Belastungen durch Rechtsprechungsänderungen bei gleichbleibendem Gesetzestext werden nur im Rahmen von Art. 78 Abs. 3 Satz 4 und nur erfasst, wenn es sich um seit 2004 erlassene Vorschriften handelt.

2.5.2 Handhabung durch die Beteiligten

Nach wie vor ist die Bereitschaft, das rechtspolitische Handeln an Art. 78 Abs. 3 auszurichten, auf Seiten des Landes nicht in allen Politikbereichen gleichmäßig entwickelt.

Auf beiden Seiten wird bisher nicht beachtet, dass mit dem Fortschreiten der Zeit die Bedeutung des Art. 78 Abs. 3 Satz 4 wächst. Es fehlt an der Infrastruktur, die Belastungsentwicklung bei Aufgaben, für welche die KonnexAG-Regelung gilt, zu beobachten. Entsprechende Anpassungen können deshalb nicht auf den Weg gebracht werden. Diesen Defiziten ist nicht durch eine Verfassungsänderung beizukommen. Die Implementation tiefgreifender Rechtsänderungen ist stets ein langdauernder Prozess.

Von beiden Seiten wird die Bestimmung des § 2 Abs. 5 Satz 2 KonnexAG über die Saldierung von für sich betrachtet nicht wesentlichen Belastungen innerhalb eines Fünf-Jahres-Zeitraums weitgehend vernachlässigt. Aus der Sicht des Landes ist das auch deshalb von Interesse, weil dabei auch Entlastungen zu berücksichtigen sind. Wenn sich erweist, dass die Regelung des § 2 Abs. 5 Satz 2 KonnexAG nicht praktikabel ist, sollte sie gestrichen werden. Eine Verfassungsänderung ist nicht angezeigt.

2.5.3 Rechtsschutz

- a) Von Seiten der kommunalen Spitzenverbände ist eine Verlängerung der Verfassungsbeschwerdefrist in die Diskussion gebracht worden. Damit soll darauf reagiert werden, dass die Jahresfrist eine Nachprüfung einer Kostenfolgeabschätzung gerade dann unmöglich macht, wenn diese noch nicht vorliegt.

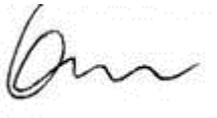
Einzuräumen ist, dass die Vorstellung, ein angemessener Rechtsschutz der Kommunen könne allein über den Verfassungsgerichtshof erreicht werden, wenig realistisch ist. Vielleicht noch schwerer als das genannte Terminproblem wiegt, dass der VerfGH nach Auftrag, Verfahren und Struktur schwerlich die richtige Stelle zur Entscheidung darüber ist, ob im Einzelfall die "notwendigen, durchschnittlichen Aufwendungen" ausgeglichen werden. Sicher ist seine Anrufung angemessen, wenn gerügt werden soll, dass der Gesetzgeber irrtümlich oder bewusst auf eine Kostenfolgeabschätzung und auf einen Belastungsausgleich verzichtet hat. Wünschenswert ist es auch, dass der VerfGH angerufen werden kann, wenn es grundlegende Unsicherheiten darüber gibt, was unter den "notwendigen, durchschnittlichen Aufwendungen" zu verstehen ist. Die Entscheidung, welche Aufwendungen beim Vollzug einer bestimmten Regelung anfallen und wie hoch sie anzusetzen sind, kann aber mindestens ebenso gut verwaltungsgerichtlich getroffen werden. Um über eine solche Frage zügig eine verbindliche Klärung herbeiführen zu können, sollte dafür eine erstinstanzliche Zuständigkeit des Ober-

verwaltungsgerichts geschaffen werden. Um die Einheitlichkeit der Auslegung der Verfassung und die Stellung des VerfGH zu wahren, sollte die Möglichkeit geschaffen werden, gegen die Entscheidung des OVG ggf. eine Urteilsverfassungsbeschwerde zu erheben und/oder es sollte eine Vorlage zur Klärung von Einzelfragen durch das OVG zugelassen werden.

Folgt man diesem einfachgesetzlich umzusetzenden Vorschlag, ist eine Verlängerung der Frist für die Verfassungsbeschwerde nicht erforderlich; wenn es darum geht, ob überhaupt eine Kostenfolgeabschätzung erforderlich ist, spricht im Gegenteil alles für eine zügige Klärung.

b) Eine Beteiligung der Spitzenverbände am Verfahren vor dem VerfGH (und ggf. vor dem OVG) kann sinnvoll sein, um in den jeweils anhängigen Verfahren alle relevanten Aspekte bei einer Entscheidung zu kennen und einbeziehen zu können. In gewissem Umfang steigt dadurch allerdings auch der Verfahrensaufwand für das jeweilige Gericht.

Münster, den 06.01.2015



Prof. Dr. iur. Oebbecke