

Prof. Dr. Klaus F. Gärditz, Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn

An die Präsidentin des
Landtags von Nordrhein-Westfalen
Postfach 10 11 43
40002 Düsseldorf



Prof. Dr. Klaus F. Gärditz
Lehrstuhl für Öffentliches Recht

Postanschrift:
Adenauerallee 24-42
53113 Bonn
Tel.: 0228/73-9176 (dienstl.)
Email: gaerditz@jura.uni-bonn.de

Bonn, den 16. Januar 2015

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung der Verfassungskommission des Landtags Nordrhein-Westfalen am 19. Januar 2015

Zu den aufgeworfenen Fragen nehme ich wie folgt Stellung:

I. Vorbemerkungen

Art. 28 Abs. 1 Sätze 2-4, Abs. 2 GG enthält Mindestvorgaben hinsichtlich der demokratischen Organisation der Gemeindeverwaltungen und der kommunalen Selbstverwaltung. Das Bundesverfassungsrecht hindert das Land nicht, detailliertere Regelungen zu treffen, solange diese nicht hinter dem bundesrechtlich gebotenen Mindestschutz zurückbleiben.¹

Art. 78 LV, der die kommunale Selbstverwaltung und die Stellung der Kommunen im Land betrifft, enthält vergleichsweise detaillierte Regelungen, die durch eine Rechtsprechung des VerfGH sukzessive verfeinert worden sind. Aus diesem Grund ist ein besonderer verfassungspolitischer Bedarf für eine grundlegende Revision nicht zu erkennen.

Art. 79 Satz 2 LV begründet die – inhaltlich relative – Verpflichtung zu einem kommunalen Finanzausgleich.

1. Regelungsfunktion der Verfassung als Grenze

Zu konzidieren ist zwar, dass das Aufgabenprofil der Gemeinden und vor allem deren Finanzausstattung ein fortwährender Streitpunkt ist und auf Grund der allgemein angespannten Haushaltslage auch bleiben wird. Insoweit sollte jedoch der Blick auf die Regelungsfunktion der Landesverfassung gerichtet werden, die lediglich die grundsätzliche politische Kompetenzverteilung im Land regeln und allgemeine Aussagen zur Finanzausstattung treffen kann. Welche Aufgaben den Kommunen zugewiesen werden und welche horizontalen wie vertikalen

¹ *Burgi*, in: Dietlein/Burgi/Hellermann (Hrsg.), Öffentliches Recht in NRW, 5. Aufl. (2014), § 2 Rn. 56 f.; *Schönenbroicher*, in: Heusch/ders. (Hrsg.), Landesverfassung NRW, 2010, Art. 78 Rn. 6.

len Finanztransfers erfolgen sollen, betrifft sehr technische Fragen, bei denen es entscheidend auf Details ankommt, die sich nicht sachgerecht konstitutionalisieren lassen.

Dies bedeutet nicht, dass das Recht des kommunalen Finanzausgleichs nicht revisionsbedürftig wäre – dies ist es mit Sicherheit. Nur kann eine Verfassungsreform kaum sinnvoll dazu beitragen, die bestehenden Probleme zu lösen. Im Gegenteil spricht die Notwendigkeit, sachangemessene Regelungen zu schneiden und insoweit politische Kompromisse zu treffen, die allen Beteiligten (auch dem Land) gerecht werden, eher dafür, den Regelungsrahmen nicht durch unnötige verfassungsrechtliche Vorgaben zu verengen. Der Vorbehalt der Leistungsfähigkeit in Art. 79 Satz 2 LV ist unverzichtbar.

Schon jetzt gilt im Übrigen ein Verbot, Gemeinden im Rahmen des Finanzausgleichs bzw. bei Finanzmittelzuweisungen sachwidrig zu benachteiligen oder zu bevorzugen.² Mehr ist durch eine Nachkonturierung der Verfassung kaum zu erreichen und auch nicht sinnvoll.

Die Zurückhaltung bei der verfassungsrechtlichen Regelungsdichte wahrt dann die Freiräume im politischen Prozess: Die Kommunalfinanzierung, deren Auswirkungen die meisten Bürger vor Ort spüren, ist Wahlkampfthema – und das ist für ein demokratisches Gemeinwesen auch gut so, zumal das Kommunal- und Kommunalfinanzrecht das wichtigste Betätigungsfeld ist, das dem Land trotz Unitarisierung zur autonomen Gestaltung verblieben ist.

2. Einnahmerisiko des Landes

Schließlich ist ein weiterer Parameter zu berücksichtigen: Wenn über kommunale Aufgaben gesprochen wird, geht es im Kern um Fragen der Finanzmittelverteilung. Von kardinaler politischer Bedeutung ist hierbei offensichtlich, welche Gesamtvolumina überhaupt zu verteilen sind. Das Land kann zwar theoretisch begrenzt Mittel für die Kommunen freisetzen, sofern es eigene Aufgaben respektive Ausgaben reduziert. Die Möglichkeiten, auf die Einnahmeseite Einfluss zu nehmen und so überhaupt erst zusätzliche Verteilungsmasse zu generieren, sind aber bundesrechtlich äußerst begrenzt.

- Relevante Einnahmen richten sich durchweg nach Steuergesetzen des Bundes (Art. 105 Abs. 1-2 GG), deren Aufkommen nach Maßgabe des Art. 106, 107 Abs. 1 GG sowie ausführenden Bundesrechts verteilt wird.
- Der binnenföderale Finanzausgleich nach Art. 107 GG, die aufgabenspezifische Kostentragungslast nach Art. 104a GG sowie die sog. Schuldenbremse (Art. 109 Abs. 3 GG) ergänzen den bundesrechtlichen Rahmen.
- Der bundesverfassungsrechtliche Beteiligungsrahmen bei Maßnahmen in den Bereichen von Hochschulen und Bildung (Art. 91b GG) unterliegt wiederum anderen Mechanismen.

Das enge Korsett des Steuer- und Haushaltsverfassungsrechts des Bundes, verbunden mit einfachgesetzlich determinierten Steuereinnahmen, bindet das Land und belässt kaum Spielräume, die Finanzausstattung des Landes substantiell zu verbessern. Die derzeitige finanziell schwierige Gesamtsituation betrifft Land, Kommunen und sonstige Einrichtungen des Landes (etwa Hochschulen) gleichermaßen, sodass „großzügige“ Finanzmittelzusagen an die Kommunen zwangsläufig auf Kosten anderer Aufgaben des Landes gingen. Vor diesem Hintergrund wäre es jedenfalls politisch inopportun, wenn sich das Land landesverfassungsrechtlich gegenüber den Kommunen zu einer Finanzierungsbeteiligung verpflichtet, die es bundesrechtlich im Zangengriff von Steuereinnahmen und Verpflichtung zum materiellen Haushaltsausgleich nicht erfüllen kann.

² VerfGH NRW, NWVBl. 2011, 424 (427).

3. Gebot einer Maßstäbegesetzgebung als regelungstechnischer Mittelweg

Eine zu erwägende Möglichkeit, den kommunalen Finanzausgleich zu rationalisieren und stärker verfassungsrechtlich einzuhegen, als dies mit dem regelungsarmen Art. 79 Satz 2 LV der Fall ist, ohne die Regelungsfunktion der Verfassung zu überfordern, könnte darin bestehen, das Modell eines *Maßstäbegesetzes* aus Art. 107 Abs. 2 Satz 2 GG zu adaptieren. Das Grundgesetz sieht dort vor, dass die Maßstäbe des Ausgleichs in einem gesonderten Gesetz abstrakt zu regeln sind, auf dessen Grundlage dann der konkrete Ausgleich in periodischen Ausgleichsgesetzen zu operationalisieren ist. Dies hat zwei Folgen: (1) Die abstrakten Maßstäbe unterliegen einer qualifizierten verfassungsgerichtlichen Rationalitätskontrolle. (2) Das Maßstabsgesetz bewirkt wiederum eine *Selbstbindung* des Gesetzgebers an seine vorab aufgestellten Maßstäbe; nicht gesondert zu begründende und materialiter begründbare Abweichungen sind dann unzulässig.³ In der Sache geht es hierbei letztlich um ein besonderes finanzverfassungsrechtliches Kohärenzgebot, das durch die Pflicht zur Abstraktion rational nachvollziehbarer Maßstäbe verfassungsrechtlich operabel wird, ohne dass die Verfassung selbst Maßstäbe aufstellen muss.

II. Frage 1: Sehen Sie im Hinblick auf die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in der Landesverfassung Änderungsbedarf, namentlich im Hinblick auf die Aufgaben der Gemeinden, die Subsidiarität der Gemeinden und die Finanzausstattung der Gemeinden?

Einen konkreten Korrekturbedarf sehe ich nicht (siehe Vorbemerkung). Ergänzend darf ich anmerken:

- Art. 78 Abs. 1 LV gewährleistet im Rahmen der Gesetze *Selbstverwaltung*, was dem allgemeinen Muster sowie Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG entspricht. Art. 78 Abs. 2 LV geht sogar darüber hinaus, indem er die Gemeinden – auch außerhalb örtlicher Angelegenheiten iSv Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG⁴ – zu alleinigen Trägern der Verwaltung auf ihrem Gebiet erklärt, sofern nicht Gesetze Abweichendes vorsehen.
- Die Selbstverwaltungsgarantie umfasst auch eine *angemessene Finanzausstattung*.⁵ Konkretere Regelungen auf Verfassungsebene sind nicht sinnvoll möglich, ohne die Regelungsfunktion der Verfassung überzustrapazieren.
- Von der Schaffung einer *Subsidiaritätsklausel* wird abgeraten. Subsidiarität ist vor allem ein politisches Argument. Die rechtliche Steuerungswirkung des schillernden Subsidiaritätsprinzips hat sich dort, wo es eingeführt wurde (etwa Art. 5 Abs. 1 EUV) als zu vernachlässigend erwiesen. Dies liegt schlicht daran, dass die Frage, auf welcher Ebene eine Aufgabe am besten erfüllt werden kann, nur begrenzt objektivierbar ist, also letztlich eine politische Entscheidung bleibt, die auch davon abhängt, ob man politisch zentrale oder dezentrale Lösungsansätze präferiert. Wer flächendeckende Einheitlichkeit als zentrale Leistung des Vollzugs ansieht, wird eine Aufgabe hochzonen, wer Ortsnähe oder Pluralität der Problemlösungen betont, wird dezentralisieren, sodass der Ausgang der Subsidiaritätsprüfung im Wesentlichen davon ab-

³ Siehe BVerfGE 101, 158 (226 ff.). Hierzu *Bull/Mehde*, Der rationale Finanzausgleich – ein Gesetzgebungsauftrag ohne Gleichen, DÖV 2000, 305 ff.; *Christmann*, Vom Finanzausgleich zum Maßstabgesetz, DÖV 2000, 315 ff.; *Degenhart*, Maßstabbildung und Selbstbindung des Gesetzgebers als Postulat der Finanzverfassung des Grundgesetzes, ZG 2000, 79 ff.; *Linck*, Das Maßstabgesetz zur Finanzverfassung – ein dogmatischer und politischer Irrweg, DÖV 2000, 325 ff.

⁴ *Burgi*, in: Dietlein/Burgi/Hellermann (Hrsg.), Öffentliches Recht in NRW, 5. Aufl. (2014), § 2 Rn. 57.

⁵ Vgl. VerfGH NRW, LKV 2004, 175; NWVBl. 2011, 424 (426).

hängt, welche Leistungsparameter politisch als prioritär eingestuft werden. Letztere Aufgabe kann die Verfassung nicht übernehmen.

- Da der VerfGH die Aufgabenverteilung zwischen Land und Gemeinden schon jetzt am *Willkürverbot* sowie der *Verhältnismäßigkeit* misst, sind die Gemeinden auch hinreichend dagegen geschützt, zum bloßen Spielball politischer Macht zu werden. Einen besseren Schutz verspräche auch eine Subsidiaritätsklausel nicht.

III. Frage 2: siehe Frage 1

IV. Welche Notwendigkeiten bzw. Möglichkeiten sehen Sie, durch Änderungen der Mechanismen der Geltendmachung und Durchsetzung kommunaler Rechte in der Landesverfassung (z. B. Mitwirkungsrechte an höherstufigen Prozessen, Klagerechte u. a. m.) die Situation der Kommunen zu verbessern in Hinblick auf deren Aufgaben, die Subsidiarität und die Finanzausstattung der Gemeinden?

Grundsätzlich ist der Status der Gemeinden als Verfahrensbeteiligte und Rechtsträger mit Rechtsschutzoptionen schon jetzt hinreichend abgesichert, sodass es keiner Ergänzung der Verfassung bedarf:

- Kommunen sind als Träger ihres Selbstverwaltungsrechts aus Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG, Art. 78 Abs. 1 LV sowie aus den einfachgesetzlichen Ausformungen (etwa §§ 2 Abs. 2, 4 Abs. 2 BauGB, § 2 GO NRW) zugleich subjektiv Berechtigte, können also *Verfahrensbeteiligte* sein und im Sinne von § 42 Abs. 2 VwGO eigene Rechte im *Verwaltungsprozess* geltend machen sowie durchsetzen.⁶
- Kommunen sind zudem nach Art. 75 Nr. 4 LV iVm §§ 12 Nr. 8, 52 VerfGHG NRW im *Kommunalverfassungsbeschwerdeverfahren* beschwerdeberechtigt und können abstrakt-generelles Landesrecht mit der Begründung angreifen, dieses verletze die landesverfassungsrechtliche Selbstverwaltungsgarantie. Es ließe sich allenfalls erwägen, ob dieser sinnvolle Rechtsbehelf, der bislang nur einfachgesetzlich gewährleistet ist, auf Grund seiner langjährigen Bewährung nunmehr in den Katalog des Art. 75 LV aufgenommen werden soll. Dies müsste aber im Rahmen einer allgemeinen Reform des Art. 75 LV sowie zusammen mit der Frage diskutiert werden, ob auch in Nordrhein-Westfalen eine Grundrechts-Verfassungsbeschwerde eingeführt werden soll.
- Der aus Art. 78 Abs. 1 LV abzuleitende Grundsatz des selbstverwaltungsfreundlichen Verhaltens⁷ gebietet es zudem, betroffene Gemeinden an administrativen Maßnahmen zu beteiligen, die sie konkret in ihrem Selbstverwaltungsbereich betreffen.
- Die Beteiligung der Gemeinden an überörtlichen Planungsprozessen ist im Gesamt- und Fachplanungsrecht (sprich vor allem: BauGB, ROG, VwVfG, Planfeststellungsrecht nach AEG, EnWG, FStrG, NABEG, EnLAG, WaStrG, WHG usw.) durchweg bundesrechtlich abschließend geregelt. Eine Erweiterung durch die Landesverfassung ist daher nicht notwendig und auch mit Blick auf den Vorrang des Bundesrechts nur begrenzt möglich. Im Übrigen geht es um Fragen, die auf Grund ihrer Technizität ohnehin im einfachen Gesetzesrecht zu belassen sind.

⁶ Siehe BVerwGE 74, 124 (132); 95, 333 (338); 100, 388 (394); BVerwG, NVwZ 2006, 1290; NVwZ 2008, 1237; Gärditz, in: ders. (Hrsg.), VwGO, 2013, § 42 Rn. 100, m. w. Nachw.

⁷ *Schönenbroicher*, in: Heusch/ders. (Hrsg.), Landesverfassung NRW, 2010, Art. 78 Rn. 66.

Weiterungen könnten also allenfalls die Beteiligung an Gesetzgebungsverfahren oder Klage-rechte jenseits des eigenen Selbstverwaltungsradius sein. Hiervon sollte aus grundsätzlichen Erwägungen abgesehen werden:

- Eine informale Beteiligung der Gemeinden und Kreise über ihre Verbände im parlamentarischen Verfahren findet durch Anhörungen schon jetzt statt. Eine Konstitutionalisierung weitergehender Rechte im parlamentarischen Verfahren oder an der gubernativen Rechtsetzung (Verordnungsgebung) ist aus demokratischen Gründen abzulehnen. Über eine hinreichende demokratische Legitimation, abstrakt-generelles Recht mit Wirkung für das Land zu setzen bzw. an dessen Setzung formal gesichert beteiligt zu werden, verfügen die Organe der Gemeinden nicht. Sie agieren auch demokratisch nicht auf Augenhöhe mit dem Landtag, der exklusiv durch das Legitimationssubjekt Landesvolk durch Wahlen dazu legitimiert ist, in überörtlichen Angelegenheiten Recht zu setzen. Die Landesregierung verfügt über eine entsprechende abgeleitete Regelungsgewalt qua Delegation (Art. 70 LV). Betroffenheit verschafft ganz allgemein kein qualifiziertes Beteiligungsrecht an der Rechtsetzung; hier gilt für die Gemeinden nichts anderes wie für betroffene Bürgerinnen und Bürger dieses Landes. Dieser demokratische Legitimationsmechanismus würde durch nicht plausibel begründbare Sonderechte der Kommunen gestört.
- Klagerechte der Kommunen außerhalb ihres eigenen Selbstverwaltungskreises sind nicht zu empfehlen. Auch wenn über Klagen am Ende ein staatliches Gericht entscheidet, ist der Gerichtszugang doch eine legitimationsrelevante Entscheidung, weil die Frage, wer unter welchen Voraussetzungen ein Gericht anrufen darf, zum einen Dritte belasten kann, zum anderen prozedurale Macht begründet. Kommunale Organe werden nach Art. 28 Abs. 1 Satz 2 iVm Abs. 2 Satz 1 GG bzw. Art. 78 Abs. 1 LV ausschließlich durch Wahl legitimiert, die eigenen örtlichen Angelegenheiten wahrzunehmen, in denen sie aber – wie dargelegt – über Klagerechte verfügen. Klage-rechte außerhalb des eigenen Selbstverwaltungskreises lassen sich hiernach schlichtweg nicht legitimieren.

V. Frage 4: siehe Frage 1, 3 & 4. Spiegelstrich

VI. Frage 5: Wo liegen nach zehn Jahren Erfahrung die praktischen Schwierigkeiten im Umgang mit der Konnexitätsregelung des Art. 78 Abs. 3 der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen?

Die praktischen Probleme bestehen darin, dass sich nur schwer beziffern lässt, was notwendige und durchschnittliche Kosten sind. Dies führt nicht selten zu gerichtlichen Auseinandersetzungen, nicht zuletzt vor dem VerfGH, die im Ausgang ungewiss sind und in einem betriebswirtschaftlichen Schlagabtausch münden. Dieses Problem wird sich auf Verfassungsebene kaum bewältigen lassen, weil es letztlich um Fragen der Methodik der Kostenfeststellung und korrigierende Angemessenheitserwägungen geht, die höchst technischer Natur und in jedem Einzelfall gesondert zu prüfen sind.

Die Orientierung an Durchschnittskosten ist zudem problematisch, weil keine wirksame Gegenkontrolle erfolgt, ob die verursachten Kosten auch tatsächlich das Ergebnis effizienter Verwaltung sind. Anreizstrukturen, die zu einem effizienten Ressourceneinsatz und einer wirtschaftlichen Haushaltsführung ermutigen, enthält die Regelung des Art. 78 Abs. 3 LV nicht.

VII. Frage 6: siehe Frage 1, Spiegelstrich 3 & 4

(Prof. Dr. Klaus F. Gärditz)