

ABHANDLUNGEN

Das Prinzip der strikten Konnexität im neuen Art. 78 Abs. 3 der Landesverfassung von Nordrhein-Westfalen

Von Dipl.-Jur. Marco Buschmann und RAin Angela Freimuth, MdL*, Bonn/Düsseldorf

I. Neue Textgrundlage

Am 22. Juni ist der neue Art. 78 Abs. 3 der Landesverfassung von Nordrhein-Westfalen (LV NRW) in Kraft getreten. Der Landtag hatte am 16. Juni 2004 ein entsprechendes Gesetz zur Änderung der Landesverfassung beschlossen. Der Text von Art. 78 Abs. 3 LV NRW lautete bislang:

„Das Land kann die Gemeinden und Gemeindeverbände durch gesetzliche Vorschriften zur Übernahme und Durchführung bestimmter öffentlicher Aufgaben verpflichten, wenn gleichzeitig Bestimmungen über die Deckung der Kosten getroffen werden.“

Der Landtag gab ihm nun folgende Fassung:

„Das Land kann die Gemeinden oder Gemeindeverbände durch Gesetz oder Rechtsverordnung zur Übernahme und Durchführung bestimmter öffentlicher Aufgaben verpflichten, wenn dabei gleichzeitig Bestimmungen über die Deckung der Kosten getroffen werden. Führt die Übertragung neuer oder die Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben zu einer wesentlichen Belastung der davon betroffenen Gemeinden oder Gemeindeverbände, ist dafür durch Gesetz oder Rechtsverordnung aufgrund einer Kostenfolgeabschätzung ein entsprechender finanzieller Ausgleich für die entstehenden notwendigen, durchschnittlichen Aufwendungen zu schaffen. Der Aufwendersatz soll pauschaliert geleistet werden. Wird nachträglich eine wesentliche Abweichung von der Kostenfolgeabschätzung festgestellt, wird der finanzielle Ausgleich für die Zukunft angepasst. Das Nähere zu den Sätzen 2 bis 4 regelt ein Gesetz; darin sind die Grundsätze der Kostenfolgeabschätzung festzulegen und Bestimmungen über eine Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände zu treffen.“

Von der im letzten Satz erwähnten Ermächtigung machte der Landesgesetzgeber in Form des Konnexitätsausführungsgesetzes (KonnexAG)¹ Gebrauch, das parallel im Rahmen eines Artikelgesetzes beschlossen und verkündet wurde.

II. Motive für die Verfassungsänderung

Entscheidendes Motiv für den Gesetzgeber war eine bislang als unzureichend empfundene Beziehung zwischen der Verursachung von Aufwendungen bei kommunalen Gebietskörperschaften durch den Landesgesetz- oder Ordnungsgeber und der Tragung dieser Kosten durch die kommunalen Gebietskörperschaften. Ziel war die Verschärfung des so genannten Konnexitätsprinzips (vulgo: „Wer bestellt, der zahlt auch.“). Aufgaben- und Ausgabenverantwortung sollen nun auf den gleichen Schultern lasten. Es handelt sich mithin, wenn man eine Anleihe aus dem Umweltrecht erlauben möchte, um eine Art *fiskalisches Verursacherprinzip*².

1. Alte Rechtslage und die Rechtsprechung des VGH NRW

Bereits die alte Fassung von Art. 78 Abs. 3 LV NRW ordnete eine Form des Konnexitätsprinzips an³: Eine belastende Maßnahme erforderte „gleichzeitig Bestimmungen über die Deckung der Kosten“ (sog. „relatives Konnexitätsprinzip“). *Ratio legis* ist die Erhaltung der finanziellen Grundlage der kommunalen Gebietskörperschaften für eine ausreichende, eigenverantwortliche Selbstverwaltungstätigkeit.⁴ Das Konnexitätsprinzip steht daher nach dieser Konzeption in engem Zusammenhang mit der in Art. 78 Abs. 1 LV NRW und Art. 28 Abs. 2 GG garantierten Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden. Art. 78 Abs. 3 LV NRW a. F. solle, so führt der *VerfGH NRW* aus, „verhindern, dass die Gemeinden und Gemeindeverbände infolge einer Überlastung mit Pflichtenaufgaben ihre traditionellen Aufgaben vernachlässigen müssen“.⁵

Bei der Erfüllung des (relativen) Konnexitätsgebotes nach alter Verfassungslage räumte der *VerfGH NRW* dem Gesetzgeber aber einen sehr weiten Gestaltungsspielraum ein. Die verfassungsrechtliche Anforderung der „Gleichzeitigkeit“ erfordere keine Kostenregelung in dem jeweils einschlägigen Gesetz, das den Kommunen eine Aufgabe überträgt.⁶ Vielmehr genüge ein Ausgleich im Rahmen des im Jahre darauf folgenden Gemeindefinanzierungsgesetzes.⁷ Die Literatur sprach im Zusammenhang mit Art. 78 Abs. 3 LV NRW a. F. daher auch nicht von einem gesetzlichen „Junktim“, sondern vielmehr von einem „Kohärenzpostulat“.⁸

Das Gemeindefinanzierungsgesetz sei darüber hinaus auch nicht voll umfänglich in seinem Entstehensprozess richterlich überprüfbar.⁹ Der Gesetzgeber war also nicht gehalten, im Detail

* Die Autorin Freimuth ist Vizepräsidentin des Landtags von Nordrhein-Westfalen und haushaltspolitische Sprecherin der EOP-Fraktion.

1 Gesetz zur Regelung eines Kostenfolgeabschätzungs- und eines Beteiligungsverfahrens gemäß Art. 78 Abs. 3 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen.

2 Wenngleich man Anstoß daran nehmen könnte, dass dies den Gesetzgeber in die Nähe eines „Störers“ bzw. „Verhaltensverantwortlichen“ rücke, was aus der Perspektive der Kommunen gar nicht so fern liegen dürfte, spricht immerhin *Ferdinand Kirchhof* davon, dass das Konnexitätsprinzip dazu beitragen könne, Geld „verursachergerecht“ auszugeben (Ausschussprotokoll 13/1138, S. 1).

3 Wenngleich der *VerfGH NRW* den Begriff meidet.

4 *VerfGH NRW*, NWVBl. 1997, 129 (130); NWVBl. 1998, 390 (393).

5 *VerfGH NRW*, NWVBl. 1997, 129 (130); NWVBl. 1998, 390 (393).

6 *VerfGH NRW*, NWVBl. 1997, 129 (130 f.).

7 *VerfGH NRW*, NWVBl. 1998, 390 (393); dazu auch vor dem Hintergrund der Verfassungsänderung: *Meier/Greiner*, NWVBl. 2005, 92 (92); *Schink*, NWVBl. 2005, 85 (86).

8 *Löwer/Tettinger*, Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Stuttgart 2002, Art. 78. Rn. 109.

9 *VerfGH NRW*, NWVBl. 1998, 390 (393).

zu begründen, wie der Belastungsausgleich für die Übertragung einer jeweils einzelnen Aufgabe in die Zuweisungen an die Kommunen eingeflossen ist. Ebenso erfordere Art. 78 Abs. 3 LV NRW keine Erstattung der Kosten in vollem Umfang¹⁰, sodass eine präzise Ermittlung verfassungsrechtlich auch nicht geboten sei. Das relative Konnexitätsgebot in der Interpretation des *VerfGH NRW* gewährleistete also lediglich eine *allgemeine* Garantie für die Finanzkraft der Gemeinden, aber keinen Schutz vor den konkreten Kosten einer einzelnen gesetzgeberischen Maßnahme.¹¹

2. Kritische Stimmen zur Rechtsinterpretation des *VerfGH NRW*

Diese für den Landesgesetzgeber wenig strenge Auslegung führte zu intensiver Kritik. Zum Teil wurde von „Aushöhlung“¹², „Eigentümlichkeit“¹³ oder auch von „Fehlentwicklung“¹⁴ der Rechtsansicht gesprochen. *Oebbecke* resümiert, dass bei dieser Auslegung mit Art. 78 Abs. 3 LV NRW a. F. *de facto* keine „irgendwie geartete Restriktion“ mehr für den Gesetzgeber verbunden sei.¹⁵ In den Gemeinden führte insbesondere das *placet* des *VerfGH NRW*¹⁶ zur Praxis des Landesgesetzgebers, seine Pflichten nach dem Asylbewerberleistungsgesetz voll auf die Kommunen zu übertragen, im Rahmen des Flüchtlingsaufnahmegesetzes aber keinen *adäquaten* Kostenausgleich zu schaffen, zu einem Aufschrei.¹⁷ Die verschiedenen Begründungen der Verfassungsänderung von der ursprünglich initiativen Opposition und der darauf reagierenden regierungstragenden Fraktionen nahmen die Rechtsprechung des *VerfGH NRW* denn auch zum Anlass des Novellierungsvorschlags.¹⁸

3. Versagen anderer Schutzinstrumente

Im Rahmen der parlamentarischen Debatten wurde anfangs bezweifelt, ob eine Verfassungsänderung überhaupt geboten sei. Verwiesen wurde auf andere Schutzinstrumente zugunsten der Kommunen:

a. Entschließung zur Selbstbindung vom 15. Mai 1997

Zum einen wurde die sog. „Selbstbindung“ des Landtags von Nordrhein-Westfalen vom 15. Mai 1997¹⁹ angeführt²⁰. Im Wortlaut dieses Entschlusses heißt es u. a.:

„Der Landtag erklärt seinen Willen, zukünftig bei allen zu erlassenden Gesetzen dem berechtigten Interesse der Kommunen an einer Konnexität von Aufgaben- und Ausgabenverantwortung Rechnung zu tragen. Der Landtag wird zukünftig Gesetze, die den Kommunen neue Aufgaben auferlegen bzw. bestehende Aufgaben erweitern, nur dann verabschieden, wenn diese den vollen Ausgleich der durch sie bewirkten Mehrbelastungen gegenüber den Kommunen vorsehen.“²¹

Der Abgeordnete *Klaus Matthiesen* (SPD) bezeichnete diese „Selbstbindung“ als „weitestgehende Festlegung“, die unterhalb einer Verfassungsänderung möglich sei.²² Letztendlich bestellte sich die parlamentarische Mehrheit des Landtags hier aber nur zum Wächter über sich selbst. Blieb zu fragen: Quis custodit custodes? Solche Entschlüssen sind zwar von „außerordentlicher politischer“²³, aber eben auch *nur* von politischer Bedeutung. Sie sind nicht justiziabel und daher auch nicht von unabhängiger Stelle überprüfbar. Vertreter der Kommunen bezeichneten sie daher nicht zu Unrecht als (jedenfalls juristisch) „wertlos“.²⁴

b. § 3 Abs. 4 GO NRW

Gelegentlich wurde auch auf § 3 Abs. 4 GO NRW (Gleiches müsste für § 2 Abs. 2 S. 4 LKO NRW gelten) verwiesen.²⁵ Er legt fest, dass bei der Übertragung oder Erweiterung von Aufgaben der Kommunen Feststellungen über die Finanzierung zu treffen sind. Gegen diese Argumentation wurde zum Teil erwidert, dass dieser Regelung quasi nie Rechnung getragen worden sei.²⁶

Beides ist in gewisser Weise nicht zutreffend: Vielmehr hat die Rechtsprechung festgestellt, dass der direktive Gehalt der Regelung nicht über Art. 78 Abs. 3 LV NRW hinausgeht.²⁷ Insbesondere sei der Gesetzgeber durch § 3 Abs. 4 GO NRW nicht verpflichtet, sich Kosten einer *einzelnen Maßnahme* im Rahmen

eines Finanzausgleichsystems zu vergegenwärtigen.²⁸ Ist der Gesetzgeber aber nicht verpflichtet sich die Kosten einer einzelnen Maßnahme zu vergegenwärtigen, kann er weder einen vollen Ausgleich für die Kosten – die er ja im Detail weder kennt, noch zu kennen braucht – garantieren noch im konkreten Gesetzgebungsverfahren für diese Kosten sensibilisiert oder auch diszipliniert werden.

Daher ist es im Übrigen unschlussig, gegen die Verschärfung von Art. 78 Abs. 3 LV NRW a. F. vorzutragen, man habe in § 3 Abs. 4 GO NRW bereits eine „gesetzliche Regelung“ getroffen.²⁹ Dies impliziert nämlich einen über Art. 78 Abs. 3 LV NRW a. F. hinausgehenden Regelungsgehalt, der aber gerade eben nicht existiert.³⁰ Genauso unschlussig ist es aber auch, davon zu sprechen, dass § 3 Abs. 4 GO NRW nicht beachtet werde. Erfüllte ein Gemeindefinanzierungsgesetz die Anforderungen des Art. 78 Abs. 3 LV NRW a. F., war es nach Rechtsansicht des *VerfGH NRW* notwendigerweise auch mit § 3 Abs. 4 GO NRW vereinbar. Ergebnis bleibt aber trotzdem: § 3 Abs. 4 GO NRW erweist sich in Hinblick auf die Schutzfunktion für die Kommunen als ein stumpfes Schwert.

4. Fraktionsübergreifendes Ziel: konkreter Ausgleich und gesetzgeberische Selbstdisziplinierung

Aufgrund der Argumentationslage ergriffen die regierungstragenden Fraktionen eine eigene Initiative zu einer Verfassungsänderung.³¹ Aus der Begründung und der Protokollage lässt sich ein hohes Maß an Überstimmung im Parlament erkennen, was die Ziele der Verfassungsänderung angeht: anstelle eines allgemeinen Ausgleichs, der nur zum Ziel hat, die allgemeine finanzielle Handlungsfähigkeit der Kommunen insgesamt (irgendwie) zu erhalten, soll keine Aufgabenübertragung mehr ohne konkreten Belastungsausgleich stattfinden.³² Die Konkretion der Kosten bei einer einzelnen gesetzgeberischen Maßnahme soll durch mehr (Kosten)Transparenz zur (Selbst-)Disziplinierung des Gesetz- und Verordnungsgebers anleiten.³³

10 *VerfGH NRW*, NWVBl. 1998, 390 (393); *Löwer/Tettinger*, a. a. O., Rn. 110.

11 Vgl. *Rüfner*, Ausschussprotokoll 13/634, S. 2.

12 *AG d. kommunalen Spitzenverbände NRW*, LT-Zuschrift, 13/1454, S. 1.

13 *AG d. kommunalen Spitzenverbände NRW*, LT-Zuschrift, 13/1454, S. 2.

14 *Henneke*, Der Landkreis 2004, 152 (163).

15 Ausschussprotokoll 13 / 1138, S. 5.

16 *VerfGH NRW*, NWVBl. 1997, 129 ff.

17 Vgl. *AG d. kommunalen Spitzenverbände NRW*, LT-Zuschrift 13/1967, S. 3; der Duisburger Stadtdirektor *Jürgen Brandt* sprach im Rahmen eines Anhörungsverfahrens von „panischer Sorge“ und einem „vorsätzlichen oder grob fahrlässig“ verursachten Risiko für „die kommunale Selbstverwaltung“, LT-Zuschrift, 13/1956, S. 1 f.; weitere kritische Stimmen referiert: *Schink*, NWVBl. 2005, 85 (86 f.).

18 LT-Drs. 13/2279, S. 1; LT-Drs. 13/4424, S. 1.

19 LT-Drs. 12/2017.

20 Z. B.: Abgeordneter *Heinz Wirtz* (SPD), Plenarprotokoll 13/52, S. 5364.

21 LT-Drs. 12/2017, S. 3.

22 LT-Plenarprotokoll 12/57 v. 15. Mai 1997, S. 4655.

23 Ebenda.

24 Stadtdirektor *Jürgen Brandt*, LT-Zuschrift 13/1956, S. 2.

25 Z. B.: Abgeordneter *Heinz Wirtz* (SPD), Plenarprotokoll 13/52, S. 5364, der von „einer gesetzlichen Regelung“, die man bereits getroffen habe, sprach.

26 LT-Drs. 13/2279.

27 OVG NRW, NWVBl. 1987, 16 = NVwZ 1988, 77 (78).

28 OVG NRW, NWVBl. 1987, 16 = NVwZ 1988, 77 (77).

29 So aber: Abgeordneter *Heinz Wirtz* (SPD), Plenarprotokoll 13/52, S. 5364.

30 Ebenso: *Meier/Greiner*, NWVBl. 2005, 92 (92).

31 LT-Drs. 13/4424.

32 LT-Drs. 13/4424, S. 11.

33 So: der Abgeordnete *Werner Jostmeier* (CDU), LT-Plenarprotokoll 13/123 v. 16. Juni 2004, S. 12065; die Abgeordnete *Marianne Thomann-Stahl* (FDP), ebenda, S. 12066; der Abgeordnete *Ewald Groth* (Grüne), ebenda, S. 12068, der das strikte Konnexitätsprinzip zuvor parlamentsöffentlich noch als „Quatsch“ bezeichnete (Plenarprotokoll 13/52, S. 5370); Innenminister *Fritz Behrens* (SPD), ebenda, S. 12069.

Da sich die Verfassungsänderung nur auf Maßnahmen für die Zukunft erstreckt, leistet sie keinen Beitrag zur Entlastung der Kommunen, sondern eben allenfalls Schutz vor deren weiteren Belastung.³⁴

III. Die Novelle im Detail

Die Verfassungsänderung bedeutet für die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen unter anderem Folgendes:

1. Von der monistischen zur dualen Finanzgarantie

Das System der Finanzbeziehungen zwischen Land und Kommunen erfährt einen *Paradigmenwechsel*.³⁵ Der *VerfGH NRW* hielt auf der Grundlage des Art. 78 Abs. 3 LV NRW a. F. am Prinzip einer *monistischen Finanzgarantie* des Landes für die Gemeinden fest.³⁶ *Monistisch* bedeutet in diesem Zusammenhang, dass das Land *lediglich* eine Verpflichtung für die allgemeine Finanzkraft der Gemeinden treffe. Es genügte, dass die Frage der Kostenregelung einer Aufgabenübertragung (irgendwie) in ein einheitliches System des Finanzausgleichs mit einmünde (s. o.). Nun tritt neben die quasi in erster Linie bedürftigkeitsabhängige Finanzgarantie eine davon unabhängige, *aufgabenakzessorische* und *konkret zu beziffernde* Finanzzuweisung. Man kann also insgesamt von einer „dualen Finanzgarantie“ sprechen.³⁷

Zwar hat sich das Parlament nicht für ein striktes Junktim zwischen dem die Aufgaben übertragenden Gesetz und einer zwingend „darin“ enthaltenen Kostenregelung entschieden, wie es der ursprüngliche Vorschlag der regierungstragenden Fraktionen vorsah.³⁸ Dennoch zwingt die Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände am vorgeschriebenen Verfahren zu einer konkreten Kostenprognose zu einem konkreten Belastungsausgleich.

Wie jede Veränderung eines Finanzierungssystems zieht auch diese Novelle jedenfalls potenzielle Umverteilungseffekte nach sich. Gegen diese Tatsache wurde zu Beginn der Beratungen auch heftig polemisiert.³⁹ Da nämlich mittelfristig nicht mit größeren finanziellen Spielräumen im Landeshaushalt zu rechnen sei, so lautet die entsprechende Argumentation, werde die aufgabenakzessorische Finanzzuweisung letztendlich auf Kosten der allgemeinen Schlüsselzuweisungen (also der anderen und bislang einzigen Säule der nun aber dualen Finanzgarantie) stattfinden. Allerdings zeitigt dieser Effekt ja nur in dem Maße Auswirkungen, wie *künftig* noch Aufgaben auf die Kommunen abgewälzt werden. Da der Gesetzgeber zur Zurückhaltung angeleitet werden soll, findet dies ja im besten Falle nur noch in geringem Ausmaße statt, sodass sich auch der Umverteilungseffekt in ebenso geringen Ausmaßen bewegt.

2. Kein Parlamentsvorbehalt für die Aufgabenübertragung

Die alte Fassung des Art. 78 Abs. 3 S. 1 LV NRW ließ eine Übertragung von Aufgaben an die Kommunen durch „gesetzliche Vorschriften“ zu. Die neue Fassung spricht von „Gesetzen und Rechtsverordnungen“. Sie billigt also *expressis verbis* dem Verordnungsgeber – also der Exekutive – das Recht zur Aufgabenübertragung zu. Diese Änderung stellt kein *normatives Novum*, sondern eine Klarstellung dar: Schließlich ging man auch bislang davon aus, die alte Fassung in der Form „(materiell)gesetzlicher Vorschriften“ lesen zu dürfen.⁴⁰ Die Neufassung ist damit aber auch eine klare – und aus Sicht der Autoren bedauernde – Absage an *F. Kirchhofs* Plädoyer, aus demokratischen Gründen einen Parlamentsvorbehalt für die Aufgabenübertragung auf die Kommunen in die Verfassung aufzunehmen.⁴¹

3. Hauptproblem: Die „Wesentlichkeit“ einer Belastung

Die Anforderungen der Novelle von Art. 78 Abs. 3 LV NRW gelten längst nicht für alle Gesetzesvorhaben, die den Kommunen Aufgaben übertragen und dort Belastungen verursachen. Den

Wortlaut „führt die Übertragung [...] zu einer wesentlichen Belastung [...], ist dafür [...] finanzieller Ausgleich [...] zu schaffen“ hätte man der sprachlichen Form wegen besser auch folgendermaßen formulieren können: „Wenn die Übertragung zu einer Belastung führt, die wesentlich ist, ist finanzieller Ausgleich zu schaffen.“ Es bleibt kein Zweifel, dass die Anwendbarkeit von Art. 78 Abs. 3 S. 2 – 5 LV NRW als Tatbestand eine „wesentliche Belastung“ voraussetzt. Dies expliziert auch § 2 Abs. 5 *KonnexAG*. Er lautet:

„Ein Belastungsausgleich erfolgt erst, wenn bei Betrachtung der von der jeweiligen Aufgabenübertragung betroffenen Gemeinden und Gemeindeverbände die Schwelle einer wesentlichen Belastung überschritten wird.“

Liegt also keine „Wesentlichkeit der Belastung“ vor, kommt es also nicht – jedenfalls nicht verfassungsrechtlich zwingend – zu einer pauschalierten Kostenerstattung.

a. Kriterien zur Bestimmung der Wesentlichkeit

gem. Art. 78 Abs. 3 S. 2 LV NRW

Das führt notwendig zu der Frage, wie das Kriterium der *Wesentlichkeit* zu bestimmen ist. Dabei handelt es sich jedenfalls um eine sprachliche „Verschärfung“⁴² gegenüber der Formulierung „Mehrbelastung“ des Art. 137 Abs. 6 S. 2 der Verfassung des Landes Hessen, der im Beratungsverfahren eine Art Vorbildfunktion für die nordrhein-westfälische Regelung einnahm.⁴³ Daher ist unter dieser abweichenden Formulierung wohl auch mehr zu verstehen als eine reine Absage an „Bagatellbelastungen“, um „Maß und Mitte“ zu wahren.⁴⁴

Die Begründung des verfassungsändernden Gesetzgebers nennt „Dauer und Intensität der Inanspruchnahme kommunaler Ressourcen“ als Kriterium. In der Begründung wird ausgeführt, dass die „Schwelle der wesentlichen Belastung [...] im Regelfall als überschritten angesehen werden“ könne, „wenn die geschätzte jährliche (Netto-)Mehrbelastung in den betroffenen Gemeinden und Gemeindeverbänden in ihrer Gesamtheit über einem Betrag von 0,25 € pro Einwohner“ liege⁴⁵. Diese in Zahlenwerten ausgedrückte Grenze zur *Wesentlichkeit* mag präzise und gerade deshalb handhabbar erscheinen; methodisch ist sie aber – jedenfalls auf Dauer – nicht haltbar. Mit zunehmendem zeitlichem Abstand vom Gesetzgebungsverfahren treten die Kri-

34 Schlaglichtartig zur Finanzlage der Kommunen: *Schink*, NWVBl. 2005, 85 (85).

35 *Henneke*, *Der Landkreis* 2004, 152 (163).

36 Absage an eine „dualistische Finanzgarantie“: *VerfGH NRW*, NWVBl. 1998, 390 (393).

37 Vgl. *Henneke*, *Der Landkreis* 2004, 152; *Schink*, NWVBl. 2005, 85 (87) widerspricht dem nur in rechtsstatsächlicher Hinsicht, als dass er kaum noch anstehende belastende Aufgabenzuweisungen erkennen könne, für die dann im Rahmen der zweiten Finanzierungssäule ein Ausgleich zu gewähren wäre: „Eine duale Finanzierungsregelung für die kommunalen Gebietskörperschaften in Nordrhein-Westfalen bestehend aus Schlüsselzuweisungen für (freiwillige) Selbstverwaltungsangelegenheiten und einer Veranschlagung der für übertragene Aufgaben notwendigen Ausgaben in den Haushalten der jeweiligen Fachressorts wird es nicht geben; sie wird nur für neue Aufgaben oder die Modifikation von den Kommunen schon bisher aufgrund von Landesrecht übertragenen Aufgaben zum Tragen kommen.“

38 LT-Drs. 13/4424, S. 3: Wortlaut „darin“.

39 Der Abgeordnete *Ewald Groth* (Grüne) behauptete mit Blick auf die unterschiedliche Finanzstärke der Kommunen, hinter dem Anliegen stecke die Absicht, „die Besserverdienenden zu vertreten, denen es sowieso schon gut“ gehe, Plenarprotokoll 13/52, S. 5370.

40 Vgl. LT-Drs. 13/4424, S. 11.

41 Ausschussprotokoll 13/1138, S. 2.

42 *Henneke*, *Der Landkreis* 2004, 152 (163).

43 Vgl. dazu: Ausschussprotokoll 13/634, S. 19; wenngleich der Vertreter der Hessischen Landesregierung diese Ansicht nicht zu teilen scheint.

44 So aber: *Henneke*, *Der Landkreis* 2004, 152 (163); *Schink*, NWVBl. 2005, 85 (88).

45 LT-Drs. 13/4424, S. 14.

terien, die sich der Gesetzesbegründung entnehmen lassen, nämlich auch methodisch zunehmend in den Hintergrund. Dass sie das bei einem auf den Cent genau angegebenen Geldbetrag sogar müssen, ist wegen des volkswirtschaftlichen Phänomens der Inflation hier sogar besonders einleuchtend.

Die Bestimmung, was „wesentlich“ im Sinne des Art. 78 Abs. 3 LV NRW ist, muss also – jedenfalls auf Dauer – mit anderen methodischen Mitteln erfolgen als der schlichten Verweisung auf einen Zahlenwert in der Gesetzesbegründung.⁴⁶ Sie beginnt bei der rechtlichen Qualifizierung des Begriffs. „Wesentlichkeit“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff.⁴⁷ Da sich dieser an den Gesetzgeber richtet, räumt er ihm einen Ausgestaltungsspielraum ein. Für die Frage der Überprüfbarkeit durch den Richter heißt das, dass die Verfassung die Frage der Wesentlichkeit nicht punktuell bzw. umfassend determiniert, sondern gewissermaßen lediglich *äußere* Grenzen festlegt, die eine Verfassungsverletzung indizieren. Fraglich sind daher die Kriterien, mit denen diese Grenzen zu bestimmen sind.

Für die Kommunen besonders vorteilhaft wäre hier selbstverständlich eine rein *adressatenbezogene* Lösung. Die Wesentlichkeit würde dabei allein dadurch bestimmt, welche Kosten entstehen und vor welchem finanziellen Hintergrund die Kommunen sie tragen müssen. Je höher die absoluten Kosten der Maßnahme sind und je relativ schlechter die finanzielle Situation der Kommunen ist, desto eher neigte sich die Waagschale dann in Richtung Wesentlichkeit.

Einer solchen Lösung dürfte der *VerfGH NRW* jedoch wohl kaum zustimmen: Das Gericht betont stets, dass bei der Bestimmung rechtlicher Grenzen im Rahmen der Finanzbeziehungen zwischen Land und Kommunen nicht nur die Finanzsituation der Letzteren, sondern auch die des Landes Berücksichtigung finden müsse. Es führt aus: „[...] trotz des hohen Stellenwertes der Selbstverwaltungsgarantie [muss] die Höhe der gemeindlichen Finanzausstattung auch unter angemessener Berücksichtigung des finanziellen Bedarfs und der Haushaltssituation des Landes bestimmt werden.“⁴⁸

Man könnte dagegen einwenden, dass sich aus dem Begriff der „strikten Konnexität“ *per se* eine Absage an jede Art von Leistungsfähigkeitsvorbehalt des Landes ergebe.⁴⁹ Eine solche Argumentation muss aber methodisch zweifelhaft erscheinen: Zwar bekennt sich der Gesetzgeber in den Materialien umfangreich zum Prinzip der strikten Konnexität. Der Begriff determiniert die Verfassung aber nicht von außen. Schließlich ist er weder Teil des Verfassungstextes noch selbst inhaltlich ausreichend geschlossen und bestimmt. Vielmehr ist durch die Verfassungsgesamtheit und das, was die Rechtsprechung ihr durch Interpretation entnimmt, zu bestimmen, was Konnexität im Rahmen der nordrhein-westfälischen Landesverfassung bedeutet. Ebenso wenig wie *die* Demokratie existiert, sondern nur die durch die Gesamtheit des Grundgesetzes umrissene Variante der Demokratie (z. B. als Repräsentative, mit Durchbrechungen der Gewaltenteilung etc.), gibt es durch die jeweiligen Landesverfassungen als Ganzes determinierte Spielarten der Konnexität. Politisch mag man etwas anderes für wünschenswert halten; juristisch ist es aber nicht ausreichend vorprogrammiert.

Der *VerfGH NRW* wird also wohl auch die jeweilige Finanzstärke des Landes zur Bestimmung der Wesentlichkeit gem. Art. 78 Abs. 3 S. 2 LV NRW heranziehen. Der Sachverständige *Rüfner* deutete dies vorsichtig bis vage auch im Rahmen der Beratungen des Hauptausschusses an.⁵⁰ Gesetzesinitiatoren, die eine Ausgleichsregelung zugunsten der Kommunen vermeiden wollen, werden also mit gutem Grund die Haushalts- und Finanzsituation des Landes als Argument anführen können, um das Verhältnis von Kosten und Finanzsituation der Kommunen zu relativieren. In Anbetracht der dramatischen Finanzsituation des Landes spricht derzeit also vieles für einen sehr weiten Spielraum bei der Wesentlichkeit einer Belastung.

b. Kumulation und Division von gesetzgeberischen Maßnahmen
Problematisch kann – jedenfalls theoretisch – auch die Frage werden, ob mehrere gesetzgeberische Maßnahmen, die für sich betrachtet die Wesentlichkeitsschwelle noch nicht überschreiten, als Paket aber möglicherweise schon, den Regelungen von Art. 78 Abs. 3 S. 2 ff. LV NRW unterliegen. Der Wortlaut lässt die Zusammenfassung zusammengehörender, *mehrerer* Aufgaben zu *einer* Belastung, deren Wesentlichkeit dann in Summe zu bestimmen ist, immerhin als geboten erscheinen („Übertragung neuer [...] *Aufgaben* [Plural!] zu *einer* wesentlichen Belastung“). In der Praxis wird bei Gesetzesinitiativen allerdings wohl kaum ein Bedürfnis bestehen, sich durch Kumulation freiwillig zusätzlichen Kautelen zu unterwerfen. Die Frage ist daher wohl eher akademischer Natur.

Bedeutender dürfte aber die Frage sein, ob ein inhaltlich in sich zusammengehörendes Maßnahmenbündel durch Division in verschiedene Einzelmaßnahmen aufgeteilt werden darf, um sich dadurch einer durch Kumulation vorliegenden Wesentlichkeit zu entziehen. Allerdings ist auch hier wohl anzunehmen, dass der *VerfGH NRW* dem Gesetzgeber bei der Bestimmung, was notwendigerweise inhaltlich zusammengehört, einen weiten Beurteilungsspielraum einräumen wird. Dieser wird wohl nur verletzt werden, wenn eine sachlich nicht zu begründende Trennung vorgenommen würde.

Ein Teil dieser Fallgruppe ist im *KonnexAG* geregelt. § 2 Abs. 5 S. 2 ordnet an, dass ein Belastungsausgleich zu gewähren ist, wenn mehrere Gesetzesvorhaben derselben zuständigen Behörde zusammen innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren zu einer wesentlichen Belastung führen. Hier geht es also nur um Aufgabenübertragung auf dem Verordnungswege. Die Zusammengehörigkeit wird durch das zeitliche Kriterium und die Zuständigkeit der gleichen Behörde fingiert.

Für die Aufgabenübertragung auf dem Gesetzeswege kann sich aus § 2 Abs. 5 S. 2 *KonnexAG* keinerlei Bindungswirkung – auch nicht durch Analogieschluss – ergeben: Es handelt sich um einfaches Gesetzesrecht. Sollte der Landesgesetzgeber ein dazu im Widerspruch stehendes Gesetz verabschieden, so ist darin ein impliziter *actus contrarius* oder eine *lex specialis*⁵¹ zu erkennen. Diese würden die Anwendbarkeit und damit die Bindungswirkung des *KonnexAG* stets verdrängen bzw. aufheben.

4. Individueller Anspruch dem Grunde nach und Rechtsschutz für die einzelne Kommune

Die beschlossene Verfassungsänderung sieht einen individuellen Anspruch der Kommune auf Ausgleich der entstandenen Kosten vor. Ersetzt werden aber nicht die in der einzelnen Kommune tatsächlich anfallenden Kosten. Die Erstattung beruht auf Pauschalen.⁵² Der Anspruch ist also dem Grunde nach individualisiert, der Höhe nach aber pauschaliert.

Der (teil)individualisierte Anspruch der einzelnen Kommune sichert auch die Möglichkeit zu individuellem Rechtsschutz vor Konnexitätsverletzungen durch den Landesgesetzgeber. Der eigene Anspruch der Kommune eröffnet die Kommunalverfassungsbeschwerde. Dies ist durchaus nicht selbstverständlich. Dem ursprünglichen Entwurf der regierungstragenden Fraktionen lag nämlich folgende Formulierung zu Grunde:

46 A. A. allerdings: *Schink*, NWVBl. 2005, 85 (88).

47 Darauf weisen ebenso hin: *Meier/Greiner*, NWVBl. 2005, 92 (93 f.).

48 *VerfGH NRW*, NWVBl. 1998, 390 (391).

49 So zur Hessischen Rechtslage: *Henneke*, Der Landkreis 2004, 152 (158); Ähnliches möchte wohl im Ergebnis annehmen: *Schink*, NWVBl. 2005, 85 (88).

50 Ausschussprotokoll 13/634, S. 3.

51 So zur *lex specialis* auch: *Meier/Greiner*, NWVBl. 2005, 92 (92).

52 Details: *Schink*, NWVBl. 2005, 85 (89).

„Führt die Übertragung neuer oder die Veränderung bestehender Aufgaben zu einer wesentlichen Belastung der Gemeinden oder Gemeindeverbände in ihrer Gesamtheit, [...]“⁵³

Da die Gesamtheit der Kommunen aber als solche nicht Antragsteller sein kann, der einzelnen Kommune aber keine Prozessstandschaft für die Gesamtheit zukommt, wären hier Klagen ausgeschlossen. Genau so sieht nämlich die derzeitige Rechtslage in Hessen aus.⁵⁴

5. Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände

Die kommunalen Spitzenverbände erfahren – jedenfalls formal – durch die Verfassungsänderung eine rechtliche Aufwertung. Sie werden zum ersten Mal positiv im Verfassungstext erwähnt. Die Verfassung regelt allerdings nur, dass sie an der Kostenfolgeabschätzung zu beteiligen sind, nicht aber wie. Das KonnexAG ordnet in § 1 Abs. 2 an, dass mit den kommunalen Spitzenverbänden ein Beteiligungsverfahren durchzuführen ist. Ziel dieses Verfahrens ist eine *einvernehmliche* Beurteilung der Kosten, die Grundlage der zu ermittelnden Pauschalen für den Belastungsausgleich ist.⁵⁵

Der tatsächliche Einfluss bleibt aber vom Wohlwollen der Landesregierung abhängig: Das KonnexAG sieht für Gesetzesinitiativen der Landesregierung ausdrücklich vor, dass eine Einigung bei der Prognose der Kosten nicht notwendig ist, § 8 Abs. 1. Die Stellungnahmen der Spitzenverbände werden dann schlichtweg der Vorlage für den Landtag beigelegt. Stellungnahmen, die insbesondere die Kosten einer Maßnahme betreffen, pflegten die Spitzenverbände bislang aber auch schon abzugeben.

IV. Resümee

Der Landtag von Nordrhein-Westfalen folgt mit der Verfassungsänderung einem landesgesetzgeberischen Trend hin zum strik-

ten Konnexitätsprinzip. In den letzten Jahren verankerten die Länder Schleswig-Holstein, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern und Bayern dieses Prinzip in ihren Landesverfassungen, das die Landesverfassungen von Baden-Württemberg, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen bereits seit längerem kennen.⁵⁶ Die Monstranz der „strikten Konnexität“ sollte aber nicht darüber hinweg täuschen, dass es sich hierbei nicht um ein monolithisch-homogenes verfassungsrechtliches Instrument handelt. Vielmehr unterscheiden sich die Bindungs- und damit die Schutzwirkungen der jeweils in den Landesverfassungen spezifisch ausgestalteten strikten Konnexitätsgebote erheblich.

Von entscheidender Bedeutung für Nordrhein-Westfalen ist, dass die hier geformte Regelung durch den individuellen Anspruch der einzelnen Kommune justiziabel geraten ist. In einem föderalen Gemeinwesen mit asynchronisierten Mehrheitsverhältnissen ist Finanzverteilungsrecht im Ergebnis schließlich immer auch *politisches Kampfrecht*. Es ist rechtsstaatlich von großer Bedeutung, dass die Einhaltung der „strikten Konnexität“ durch unabhängige Verfassungsrichter kontrolliert werden kann.

Gleichwohl bleiben die Bedenken zum weiten Begriff der „wesentlichen Belastung“. Hier ist die Rechtsprechung des *VerfGH NRW* abzuwarten.⁵⁷ Ebenso bleibt abzuwarten, wie ernsthaft die Landesregierung bei Aufgabenübertragungen auf dem Verordnungswege die Argumente der kommunalen Spitzenverbände bei der Kostenprognose berücksichtigen wird. Fest steht: Für die Kommunen in Nordrhein-Westfalen ist ein Schritt nach vorne gemacht. Wie groß er sein wird, werden die Akteure des Verfassungslebens noch zeigen müssen.

53 LT-Drs. 13/4424, S. 3.

54 Vgl.: Ausschussprotokoll 13/634, S. 19.

55 Details bei: *Meier/Greiner*, NWVBl. 2005, 92 (94 ff.); *Schink*, NWVBl. 2005, 85 (89 ff.).

56 Näheres bei: *Henneke*, *Der Landkreis* 2004, 152.

57 Ebenso: *Meier/Greiner*, NWVBl. 2005, 92 (93).

Vertragsstrafeabreden im verwaltungsrechtlichen Vertrag und AGB-Recht nach der Schuldrechtsreform

Von Priv.-Doz. Dr. iur. Heinz-Joachim Pabst, Köln*

Mit der Schuldrechtsreform ist das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Teil des BGB geworden und damit auch von der Verweisung des § 62 S. 2 VwVfG NRW erfasst. Folge ist die Anwendbarkeit des AGB-Rechts zu Vertragsstrafen und pauschalierten Schadensersatzabreden, was erheblichen Einfluss auf die Vertragspraxis der öffentlichen Verwaltung gerade bei den in der Praxis gebräuchlichen Ausbildungsförderungsverträgen haben kann.

I. Einleitung

Das Vertragsrecht nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder stellt sich als weithin rudimentär dar. Auch gem. § 62 Satz 2 VwVfG NRW sind deshalb die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf verwaltungsrechtliche Verträge entsprechend anwendbar. Entsprechende Anwendung bedeutet, dass eine pauschale, vollinhaltliche und unmodifizierte Anwendung der BGB-Vorschriften nicht in Betracht kommt. Es muss vielmehr im Einzelfall überprüft werden, ob und inwieweit Vorschriften des BGB nach Sinn und Zweck und unter Berücksichtigung der dogmatischen Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag nach §§ 54 ff. VwVfG NRW angewandt werden können¹. Zu den anwendbaren Vorschriften gehören damit grundsätzlich auch die Regeln über Vertragsstrafen gemäß §§ 339 ff. BGB sowie die

Vorschriften des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß §§ 305 ff. BGB.

II. Das Wesen von Vertragsstrafeabreden im öffentlichen Recht

Vertragsstrafen sind zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbarte bedingte Verbindlichkeiten, die an den Eintritt der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung einer vertraglichen

* Der Verfasser besitzt die Lehrbefähigung für öffentliches Recht, Europarecht und Sozialrecht.

1 *Henneke*, in: *Knack*, VwVfG, 6. Auflage 1998, § 62 Rn. 5; *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Auflage 2001, § 62 Rn. 22. *Maurer*, AllgVwR, 15. Auflage 2005, § 14 Rn. 2; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 9. Auflage 2000, § 62 Rn. 5.