



LORENZ-VON-STEIN-INSTITUT FÜR VERWALTUNGSWISSENSCHAFTEN an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel



Lorenz-von-Stein-Institut • Olshausenstraße 40 • 24098 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Innen- und Rechtsausschuss
Der Vorsitzende
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

Hauspost

**Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 16/4472**

Postanschrift: Olshausenstraße 40, 24098 Kiel
Dienstgebäude: Olshausenstraße 75, Gebäude II
Telefon: (0431) 880-4542
Fax: (0431) 880-7383
Homepage: www.lvstein.uni-kiel.de
E-Mail: institut@lvstein.uni-kiel.de
Durchwahl: 880-5042
Datum: 09. Juli 2009

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur innerkommunalen Funktional-
reform, Drucksache 16/2632
Ihr Schreiben v. 19.6.2009**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

in der Anlage erhalten Sie die Stellungnahme des Instituts zu o.g. Gesetzentwurf. Für die Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen der Anhörung danke ich Ihnen sehr. Sollte weiterer Erörterungsbedarf bestehen, stehen wir dem Ausschuss gerne zur Verfügung. Wir würden uns freuen, wenn die aufgezeigten Argumente Eingang in Ihre Diskussion fänden.

Mit freundlichen Grüßen

Gez.

Dr. Sönke E. Schulz

Geschäftsführender wissenschaftlicher Mitarbeiter

Vorstand:

Direktor der Landtages Prof. Dr. Utz Schliesky (gf.), Prof. Dr. Florian Becker, Prof. Dr. Ulrich Schmidt



Stellungnahme

zum

Gesetzentwurf

der Landesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur innerkommunalen Funktionalreform

LT-Drucksache 16/2632

vom 28.04.2009

Bearbeiter: Dr. Sönke E. Schulz, Thomas Warnecke

Mit Schreiben vom 19. Juni 2009 wurde dem Lorenz-von-Stein-Institut durch den Vorsitzenden des Innen- und Rechtsausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtags Gelegenheit gegeben, zu o.g. Gesetzentwurf Stellung zu nehmen.

Das Institut kommt dieser Bitte gerne nach und äußert sich zu ausgewählten Punkten wie folgt:

Zu Artikel 1: Aufgabenübertragung auf die Ämter und amtsfreien Gemeinden

1. Grundsätzliches

Um eine bürgernahe Aufgabenerledigung sicherzustellen, ist die Verlagerung bestimmter Materien von der Kreisebene auf den kreisangehörigen Bereich grundsätzlich zu begrüßen.

Das gewählte Regelungsmodell wird jedoch zu einer weitergehenden Zersplitterung der Zuständigkeiten führen. Der ggf. verbesserten „Bürger- und Ortsnähe“ der Entscheidungen steht eine unübersichtliche Struktur gegenüber, die den Nutzen für die Bürgerinnen und Bürger erheblich abschwächen wird. Hinzu kommt, dass das Gesetz zur innerkommunalen Funktionalreform nur einen Teilbereich der möglichen Aufgabenübertragungen abbildet. Einerseits erscheint die Auswahl der Aufgaben willkürlich und die Differenzierung sachlich kaum begründet (s.u.). Andererseits könnte die Zusammenfassung bestehender spezialgesetzlicher Regelungen und der Übertragungsmöglichkeiten aufgrund bestehender Experimentierklauseln (bspw. § 25a LVwG)¹ mit den neuen Übertragungsoptionen die Transparenz steigern. Der Gesetzgeber sollte die Aufgabenübertragungsoptionen entweder im jeweiligen Fachrecht verankern (s. bspw. § 58 Abs. 2 LBO SH) oder alle vorhandenen Regelungen zusammenführen.

Wenn bestimmte Aufgaben vom Gesetzgeber typisierend als auf kommunaler Ebene wirtschaftlich und professionell leistbar angesehen werden, sind Argumente gegen eine landesweite Kommunalisierung nicht ersichtlich. Eine Differenzierung zwischen den Kreisen erscheint insbesondere deshalb inkonsequent und entbehrlich, als dass die vorangegangenen Reformbestrebungen der Landesregierung durch die Verwaltungsstrukturreformgesetze² das Ziel verfolgten, auf Amtsebene leistungsfähige Strukturen zu sichern. Unterhalb der Kreisebene sollte trotz bestehender Abweichungen im Einzelnen eine homogene kommunale Organisationsstruktur zur Verfügung stehen. Anstatt weitere Größenordnungen als Maßstab für *einzelne* Aufgaben einzuführen (zur 20.000 Einwohner-Grenze s.u.), wären die bestehenden Grenzen zu überdenken und die Aufgabenverteilung an die ggf. veränderte Struktur anzupassen. Die an Einzelaufgaben orientierte Vorgehensweise trägt die Gefahr in sich, entweder willkürlich zu sein oder eine weitere Differenzierung zu begünstigen. Möglicherweise lassen sich Aufgabentypen finden, die sich schon bei 15.000 Einwohnern oder erst bei 30.000 Einwohnern wirtschaftlich und professionell erledigen lassen – hier jeweils eigene Übertragungsvorschriften und -voraussetzungen zu normieren, wäre der Übersichtlichkeit weiterhin abträglich. Insoweit erscheint selbst die Gesetzesbegründung nicht konsequent, da sie die „verbesserte Verwaltungskraft“ (LT-Drs. 16/2632, S. 2, 15, 17) der Ämter und amtsfreien Gemeinden in Folge der Verwaltungsstrukturreformgesetze als Anlass der innerkommunalen Funktionalreform anführt, dennoch die dort geschaffenen Strukturen mit mindestens 8.000 Einwohnern wiederum für nicht ausreichend erachtet und eine neue Einwohner-Grenze einführt.

Schließlich sollte im Zuge von Funktionalreformen im kommunalen Bereich berücksichtigt werden, dass beim Vorhandensein hinreichender Strukturen (insbesondere auf Amtsebene) und hinreichender demokratischer Legitimation (dazu s.u.) keine Bedenken bestehen, die übertragenen Aufgabenbereiche vollständig zu kommunalisieren, also als Selbstverwaltungsaufgaben zu übertragen. Die weitere Übertragung von Weisungsaufgaben würde die Struktur

¹ Diese bleiben ausdrücklich unberührt; vgl. LT-Drs. 16/2632, S. 16.

² Erstes Verwaltungsstrukturreformgesetz vom 28.3.2006 (GVOBl. SH S. 28.); Zweites Verwaltungsstrukturreformgesetz vom 14.12.2006 (GVOBl. SH S. 278.).

der kommunalen Gebietskörperschaften zusätzlich verändern – das kommunale Ehrenamt würde geschwächt. Einbußen bei der Qualität der Aufgabenerfüllung sind bei einer hinreichenden Größenstruktur demgegenüber nicht zu erwarten.

2. Zu den Voraussetzungen

a. **Fehlende Realisierbarkeit**

Bevor auf die Voraussetzungen im Einzelnen eingegangen wird, soll darauf hingewiesen werden, dass insbesondere mit dem Erfordernis von 20.000 Einwohnern, dem damit einhergehenden Kooperationserfordernis und dem in § 1 Abs. 1 Nr. 1 statuierten Einstimmigkeitserfordernis „Hürden“ errichtet werden, die nur schwer zu erreichen sein werden. Angesichts dessen erscheint es fraglich, ob in den nächsten Jahren überhaupt Anwendungsfälle des „Gesetzes zur Übertragung von Kreisaufgaben auf die Ämter und amtsfreien Gemeinden“ auftreten werden. Verstärkt wird dies durch das Prinzip, dass im Fall einer Kooperation zur Erreichung der 20.000 Einwohner-Grenze eine Differenzierung nach Aufgaben nicht möglich sein soll (s.u.). Der Landesgesetzgeber zeigt mit dem „Gesetz zur Übertragung von Kreisaufgaben auf die Ämter und amtsfreien Gemeinden“ nur vordergründig Handlungsfähigkeit im Bereich der innerkommunalen Funktionalreform – ein Scheitern der Reform lässt sich auf die (vermeintlich) fehlende Bereitschaft der Ämter und amtsfreien Gemeinden zur Aufgabenübernahme und Kooperation abwälzen. Es liegt jedoch primär in der Verantwortung des Landesgesetzgebers, hinreichende Strukturen auf der Ebene unterhalb des Kreises zu schaffen und dann eine daran ausgerichtete Aufgabenverteilung vorzunehmen.

b. **§ 1 Abs. 1 Nr. 1: „Einstimmigkeitsprinzip“**

Das Prinzip der Einstimmigkeit wird nicht nur ein Hemmnis der Realisierung darstellen (s.o.), sondern ist sachlich nicht zu rechtfertigen. Die Vermeidung einer Zersplitterung der Zuständigkeiten im kreisangehörigen Raum ist zwar ein legitimes Ziel, es wird jedoch bereits durch die Differenzierung nach Aufgaben einerseits und zwischen den Kreisen andererseits beeinträchtigt. Es macht für die Bürgerinnen und Bürger keinen Unterschied, ob sich die Zuständigkeiten nur dann verändern, wenn das Nachbaramt in einem anderen Kreis liegt oder ob dies innerhalb eines Kreises der Fall ist. Angesichts der zunehmenden Zersplitterung der Zuständigkeiten sind die Bürgerinnen und Bürger ohnehin gezwungen, sich zu informieren.

c. **§ 1 Abs. 1 Nr. 2: „20.000 Einwohner-Grenze“**

Das Erfordernis, die Aufgaben für 20.000 Einwohner wahrzunehmen, lässt sich zwar möglicherweise für einzelne Aufgaben des Katalogs des § 2 (bspw. die Bauaufsicht, s.u.) rechtfertigen, allerdings muss sie angesichts der Willkürlichkeit der Auswahl der übertragungsfähigen Aufgaben (s.u.) ebenfalls willkürlich wirken.

Hinzu kommt zweierlei. Zum Einen bestehen grundsätzliche Bedenken gegen die Einführung weiterer Einwohnergrenzen in das Kommunalverfassungsrecht im Kontext der Aufgabenzuweisungen. Neben der 8.000 Einwohner-Grenze für eine hauptamtliche Verwaltung (§§ 15a AO, 48 Abs. 1 GO³) und der 4.000 Einwohner-Grenze für den Gemeindedezernenten (§ 48 Abs. 3 GO⁴) soll nicht nur durch das „Gesetz zur Übertragung von Kreisaufgaben auf die Ämter und amtsfreien Gemeinden“ mit der 20.000 Einwohner-Grenze eine weitere Abstufung eingeführt werden, durch die Änderung der Gemeindeordnung (Artikel 2) kommt in Form der

³ Kritisch *Schwind*, Die Gemeinde SH 2006, 222 (224 ff.); *Ernst*, Die Gemeinde SH 2007, 307 (310 f.).

⁴ Kritisch *Schwind*, Die Gemeinde SH 2006, 222 (229 f.).

Großen kreisangehörigen Stadt mit mindestens 60.000 Einwohnern eine weitere Grenze hinzu. Offensichtlich ist die zunehmende Differenzierung und damit Zersplitterung der Zuständigkeiten dem Umstand geschuldet, dass unterschiedliche Ansichten über die sachgerechte Größe der kommunalen Verwaltung auf Kreis-, Amts- und Gemeindeebene bestehen. Die Umsetzung der jeweils präferierten Größenordnungen für einzelne Aufgabenbereiche ist jedoch der Rechtssicherheit abträglich. Der Landesgesetzgeber ist gehalten, eine in sich stimmige Kommunalstruktur zu schaffen und die Aufgaben an dieser ausgerichtet grundsätzlich und nicht einzelfallbezogen durch die Schaffung neuer Grenzen zu verteilen.

Problematisch ist zudem, dass das Gesetz eine starre Einwohnergrenze vorsieht. Wie in anderen Kontexten – bspw. der 8.000 Einwohner-Grenze für das Bestehen einer hauptamtlichen Kommunalverwaltung⁵ – verhindert dieses Regelungskonzept, bestehende Besonderheiten und atypische Fälle sachgerecht zu behandeln. Selbst die Gesetzesbegründung spricht davon, dass die „notwendige Spezialisierung sowie ein wirtschaftlicher und flexibler Personaleinsatz *in der Regel* nur dann zu erreichen sein [werden], wenn die Aufgabenerledigung mit hinreichenden Fallzahlen unterlegt ist“⁶ (Hervorhebung nur hier). Dennoch verzichtet die gesetzliche Regelung auf ein flexibles Handlungsinstrumentarium. Gerade wenn man berücksichtigt, dass die erforderliche Einwohnerzahl nur durch Kooperationen zu erreichen sein wird, erscheinen Konstellationen denkbar, in denen ein Abweichen von der Regel sachgerecht und zweckmäßig erscheint.

d) § 1 Abs. 1 Nr. 2: „Einer-für-Alle Regelung“

Angesichts der Tatsache, dass die in § 2 genannten Aufgaben zum Teil keinen inhaltlichen Bezug zueinander aufweisen, bleibt die Regelung unverständlich, nach der „*alle* zu übertragenden Aufgaben ... durch *eine* Verwaltung wahrgenommen werden“ (Hervorhebung nur hier) müssen. Die Kooperationsbereitschaft auf der Amts- und Gemeindeebene wird hiermit sicherlich nicht gesteigert, zumal den beteiligten Körperschaften die Möglichkeit sachgerechter Kompromisse genommen wird. Warum es ausgeschlossen sein soll, dass in einem Gebiet mit 20.000 Einwohnern bspw. die Aufgaben der Bauaufsicht von einem beteiligten Amt, die straßenrechtlichen Angelegenheiten hingegen von einem anderen Amt wahrgenommen werden, lässt sich nicht nachvollziehbar begründen. Auch die Vermeidung einer weiteren Zuständigkeitszersplitterung kann diese Regelung nicht rechtfertigen. Da nicht alle Aufgaben übertragen werden müssen, kann es ohnehin zur „Aufteilung“ der in § 2 genannten Aufgaben zwischen Kreis und bspw. Amt kommen – ein Unterschied zur „Aufteilung“ zwischen zwei verschiedenen kreisangehörigen Körperschaften ist nicht ersichtlich. Zumal die zu übertragenden Aufgaben ohnehin kaum einen sachlichen Zusammenhang haben, wird durch dieses Erfordernis auch keine „transparente Verwaltungsstruktur“ geschaffen⁷ – werden Teilaufgaben nicht übertragen, bleibt der Kreis zuständig.

Auch die Gesetzesbegründung ist insoweit nicht konsequent, wenn es dort heißt „der Aspekt der Professionalität zielt dabei auf die Möglichkeit einer Verwaltung zur Spezialisierung in den einzelnen Aufgabenbereichen“⁸. Es erscheint viel eher möglich eine solche Professionalität und Spezialisierung zu erreichen, wenn eine Verwaltung nur einen einzelnen Aufgabenbereich übernimmt, während die übrigen von anderen Kooperationspartnern erfüllt werden. „Nichtübernehmenden“ Verwaltungen wäre die Professionalisierung und Spezialisierung

⁵ *Schwind*, Die Gemeinde SH 2006, 222 (224 ff.); *Ernst*, Die Gemeinde SH 2007, 307 (310 f.).

⁶ LT-Drs. 16/2632, S. 18; vgl. auch LT-Plenarprotokoll 16/8252, in dem die 20.000 Einwohner-Grenze vom Abgeordneten Kalinka (CDU) als „Richtgröße“ bezeichnet wird.

⁷ So aber die Gesetzesbegründung, s. LT-Drs. 16/2632, S. 18.

⁸ LT-Drs. 16/2632, S. 17.

gleich in allen Bereichen versagt, was die Kooperationsbereitschaft sicherlich nicht fördern dürfte.

3. Zu den Aufgaben

a) Auswahl der Aufgaben

Ausführungen dazu, warum sich die in § 2 genannten Aufgaben für eine Übertragung auf den kreisangehörigen Bereich eignen, andere Materien hingegen dem Kreis vorbehalten bleiben sollen, fehlen in der Gesetzesbegründung fast völlig. Während bspw. bei den Aufgaben der unteren Bauaufsichtsbehörde Zweifel bestehen, dass eine Verlagerung sachgerecht ist (s.u.) wäre in anderen Bereichen (s.u.) ebenfalls über eine optionale Verlagerung nachzudenken. Das Für und Wider sollte jedoch vom Landesgesetzgeber transparent dargelegt werden – ohne eine Offenlegung der Kriterien wirkt der Aufgabenkatalog des § 2 willkürlich.

b) Restriktiver Katalog

Der Katalog des § 2 ist insgesamt zu restriktiv gefasst. Da es sich ohnehin nur um eine Übertragungsoption handelt, die an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist, hätten keine Bedenken gegen eine Erweiterung (bspw. im Bereich des Sozialen oder der Jugendförderung) bestanden, zumal jeweils im Einzelfall eine Prüfung hätte erfolgen können, ob und inwieweit eine effektive und wirtschaftliche Aufgabenerledigung im kreisangehörigen Bereich zu realisieren ist. Der Aufgabenkatalog erscheint vor allem vor dem Hintergrund der 20.000 Einwohner-Grenze zu restriktiv. Eine Verwaltung oder eine Verwaltungskooperation dieser Größe wird in der Regel auch über die Verwaltungskraft verfügen, weitere Aufgaben des Kreises zu übernehmen. Um eine „Überforderung“ einzelner Verwaltungen zu vermeiden, wäre bei einer Erweiterung des Kataloges des § 2 um weitere Aufgabenbereiche zugleich das Prinzip „Einer-für-Alle“ aufzugeben (s.o.).

c) § 2 Abs. 1 Nr. 1: Bauaufsicht

In Art. 1 § 2 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzentwurfes zur innerkommunalen Funktionalreform ist vorgesehen, dass die Aufgabe der unteren Bauaufsichtsbehörde auf die Ebene der Ämter oder amtsfreien Gemeinden übertragen werden kann. Die Aufgabe der unteren Bauaufsichtsbehörde wird nach § 58 Abs. 3 LBO SH nach Weisung erfüllt. Grundsätzlich sind nach § 58 Abs. 1 LBO SH die Kreise und kreisfreien Städte untere Bauaufsichtsbehörden. In § 58 Abs. 2 existiert bereits eine Möglichkeit zur Verlagerung von Aufgaben der unteren Bauaufsichtsbehörde auf amtsfreie Gemeinden und Ämter durch eine Rechtsverordnung der obersten Bauaufsichtsbehörde. Eine derartige Aufgabenverlagerungsmöglichkeit auf die Ebene von Ämtern und amtsfreien Gemeinden stellt also keinen ganz neuen Gedanken dar.

Die Verlagerung der Aufgaben der unteren Bauaufsichtsbehörden auf die Ebene der Ämter und amtsangehörigen Gemeinden führt dazu, dass es eine größere Anzahl an unteren Bauaufsichtsbehörden geben wird. In diesem Zusammenhang ist zu befürchten, dass sich die bereits aus der geltenden Rechtslage und Aufgabenverteilung resultierende uneinheitliche Verwaltungspraxis bei der Bauaufsicht noch verschärfen wird. Dies wäre der Rechtssicherheit abträglich. Eine unterschiedliche, uneinheitliche Verwaltungspraxis kann sich auch auf Einzelentscheidungen der Bauaufsichtsbehörde auswirken. Es bestünde die Gefahr, dass hieraus eine erhöhte Anzahl an gerichtlichen Streitigkeiten erwächst. Der Landesgesetzgeber ist auch aus diesem Grunde aufgerufen, eine in sich stimmige Kommunalstruktur zu schaffen, die einer Zersplitterung vorbeugt.

Im Gesetzentwurf wird unter Verweis auf § 22 LVwG der Aspekt der Ortsnähe genannt. Es werden die kürzeren Wege zu den zuständigen Bauaufsichtsbehörden genannt und die Tatsache, dass die Entscheidungen so näher an die Bürger herangeholt werden. Weiter wird die Nutzung von Ortskenntnissen durch die Verwaltung als Vorteil hervorgehoben. Diese Bürgernähe kleinerer Behörden muss nicht unbedingt einen Vorteil darstellen. Der einzelne Bürger besucht, wenn überhaupt, nur selten einmal die Bauaufsichtsbehörde. Gleichzeitig wächst bei zunehmender Ortsnähe die Gefahr, dass Bauherren, die persönliche oder gesellschaftliche Beziehungen zu Bediensteten der Bauaufsichtsbehörde führen oder Einfluss auf die örtliche Politik haben, mehr Zugeständnisse erreichen als andere. Diese Gefahr ist bei einer Ansiedlung der Bauaufsicht auf der Kreisebene deutlich geringer.

Eine Stärkung der Gemeinden durch Verlagerung der Verantwortung, wie die Landesregierung sie bei diesem Gesetzentwurf erwartet⁹, dürfte nicht eintreten. Es wird zwar Verantwortung nach unten abgegeben. Die Bauaufsicht, die im Wesentlichen nur Rechtsvorschriften und fachliche Erfahrungen anwendet und ihrem Charakter nach eine Weisungsaufgabe ist, bietet aber kein geeignetes Betätigungsfeld für das bürgerschaftliche Engagement, dem die Einrichtung der kommunalen Selbstverwaltung ihrer Idee nach dienen soll¹⁰. Der Gedanke, mit der Aufgabenverlagerung die Gemeinden und damit die kommunale Selbstverwaltung durch ortsnahe Entscheidungen zu stärken, läuft somit zumindest im Bereich der Bauaufsicht bzw. der Wahrnehmung von Weisungsaufgaben generell leer.

Eine Aufgabenverlagerung stellt an die Gemeinden und Ämter auch die Anforderung, geeignetes Fachpersonal vorzuhalten. Es soll nicht bestritten werden, dass es Ämter und amtsfreie Gemeinden gibt, die über eine große Leistungsfähigkeit verfügen. Die Aufgabenverlagerung muss aber im Zusammenhang mit der Einwohnerzahl des Zuständigkeitsgebietes und der Zahl zu erwartender Bauanträge im Einklang stehen. Ein Gutachten in Nordrhein-Westfalen aus dem Jahre 1976 hielt eine Anzahl von 600 Bauanträgen jährlich für erforderlich, um das Personal, das bei einer Bauaufsichtsbehörde mindestens vorhanden sein muss, befriedigend auszulasten¹¹. Diese Zahl von Bauanträgen wäre nach dem Gutachten erst bei 30.000 Einwohnern (ca. 20 Anträge auf 1000 Einwohner) erreicht.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Mindestgröße von 20.000 Einwohnern im Gesetzentwurf als zu niedrig angesetzt. Es dürfte zu erwarten sein, dass die Wahrnehmung der Bauaufsicht auf der Kreisebene ein günstigeres Zahlenverhältnis hat. Daher spricht viel dafür, die Bauaufsicht auf der Kreisebene zu belassen. Die 20.000 Einwohner-Grenze wirkt auch angesichts der Auswahl der weiteren übertragungsfähigen Weisungsaufgaben willkürlich (s.o.).

Eine Begründung, warum die eigentlich klassisch vom Kreis und der kreisfreien Stadt (so der Grundsatz in § 58 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 3 LBO SH) übernommene Weisungsaufgabe der Bauaufsicht gerade bei den Ämtern und den amtsfreien Gemeinden am besten aufgehoben sein soll, fehlt fast völlig (s.o.). Ein Verweis auf die tatsächliche Entwicklung, dass Ämter im Zuge einer jahrzehntelangen Entwicklung größer und leistungsfähiger geworden sind, reicht nicht aus.

4. Zur Rolle der Ämter

Ein wesentlicher Akteur für die Übernahme von Aufgaben nach dem Gesetzentwurf sind die Ämter. Es besteht bereits eine dahin gehende Entwicklung, Aufgaben auf die Ämter zu übertragen. Im Zuge dieser Entwicklung sind die Ämter immer wichtiger geworden. In den Ämtern gibt es aber kein direkt demokratisch gewähltes Entscheidungsgremium. Daher ist in

⁹ Vgl. Innenminister Hay (SPD), Plenarprotokoll 16/111, S. 8251.

¹⁰ Vgl. Große-Suchsdorf, NBauO, 8. Aufl. 2006, § 63, Rn. 11.

¹¹ Zuständigkeitsbericht Bauaufsicht 1976, hrsg. v. Innenminister NRW.

diesem Zusammenhang die Frage der hinreichenden demokratischen Legitimation umstritten. Es gibt Untersuchungen, die zu dem Ergebnis kommen, dass die mittelbare demokratische Legitimation des Amtsausschusses für die Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben im derzeitigen Umfang und im Rahmen der derzeit geltenden rechtlichen Regelungen nicht mehr ausreichend sei¹². Hier wird ein Legitimationsdefizit gesehen. Anhängig ist diesbezüglich ein Verfahren vor dem Landesverfassungsgericht seitens der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen und des SSW¹³.

Bei den nach dem Gesetzentwurf zu übertragenden Aufgaben handelt es sich teilweise um Weisungsaufgaben. Fraglich ist, ob auch bei deren Wahrnehmung durch die Ämter ein vergleichbar „hohes“ Legitimationsniveau erreicht werden muss, wie bei Selbstverwaltungsaufgaben. Neuere Entscheidungen des BVerfG zur funktionalen Selbstverwaltung deuten darauf hin, dass die Vorgaben zumindest ähnlich sind. Darüber hinaus handelt es sich bei der Übertragung von Aufgaben der Bauaufsicht um eine Materie, bei der klassische Eingriffe in Grundrechte erfolgen (z.B. Baubeseitigungsverfügungen). Das BVerfG fordert im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung vom parlamentarischen Gesetzgeber institutionelle Vorkehrungen zur Wahrung der Interessen der von Selbstverwaltung erfassten Personen, wobei dies insbesondere bei der Delegation der Befugnis gelte, verbindliche Entscheidungen zu treffen¹⁴. Bei einer Zunahme derartiger Aufgaben erscheint daher fraglich, ob die sehr lose, über viele Vermittlungsakte reichende Legitimationskette im Wege der sachlich-inhaltlichen Legitimation von dem jeweiligen Bundes- oder Landesvolk über die jeweiligen Parlamente zu den Kommunalorganen verbunden mit einer strikten Rechts- und Inhaltskontrolle und der Möglichkeit im hierarchischen Verwaltungsaufbau, auch hinsichtlich des Entscheidungsinhalts Weisungen zu erteilen, noch als ausreichend anzusehen ist. Der Gesetzentwurf zur innerkommunalen Funktionalreform führt also zu einem Aufgabenzuwachs, der das Erfordernis der demokratischen Legitimation der Aufgabenwahrnehmung durch das Amt untermauert. Die vermehrte Übertragung von Aufgaben der Kreise führt ggf. dazu, dass die Ämter zukünftig immer mehr in die Rolle einer „dritten“ kommunalen Ebene gedrängt werden. Für den Fall, dass dies beabsichtigt ist, muss auch die demokratische Legitimation mit dieser Entwicklung Schritt halten – auch wenn sich Verfassungswidrigkeit der derzeitigen Amtsordnung vor allem aus dem gewachsenen Bestand von Selbstverwaltungsaufgaben ergibt¹⁵.

Der Katalog von übertragbaren Aufgaben erfasst auch Selbstverwaltungsaufgaben wie z.B. unter § 2 Nr. 3 die Angelegenheiten des Baumschutzes auf der Grundlage gemeindlicher Baumschutzsatzungen. Bei diesen Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft ist das demokratische Legitimationsdefizit sichtbar. Der zuständige Amtsausschuss besteht nach § 9 Abs. 1 AO aus den Bürgermeisterinnen und Bürgermeistern der amtsangehörigen Gemeinden. Es besteht damit für das wichtigste Entscheidungsgremium der Ämter eine nur mittelbare demokratische Legitimation. Diese mittelbare demokratische Legitimation des Amtsausschusses ist

¹² Schliesky, Amt-Gemeinde-Untersuchung 2002, in: Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag (Hrsg.), Das Amt-bewährt und zukunftsfähig, SHGT-Arbeitsheft Nr. 19, 2004, S. 9 ff.; Schliesky/Ernst/Schulz, Aufgabenbestand, Legitimationsbedarf und Entwicklungspotential der Ämter in Schleswig-Holstein, 2009.

¹³ Vgl. hierzu auch Plenarprotokoll 16/111, S. 8257.

¹⁴ BVerfGE 111, 191 (217), Rn. 148.

¹⁵ Die Auswirkungen einer Aufgabenverlagerung von der kreislichen Ebene werden auch vom Wissenschaftlichen Dienst des Landtages in ihrem Gutachten zum Zweiten Verwaltungsstrukturreformgesetz problematisiert (LT-Umdruck 16/1596, S. 14 f.). Dort heißt es: „Unter Bezugnahme auf die obigen Ausführungen zu 1. spricht eine künftige Ausweitung der Übertragungspraxis in Bezug auf Selbstverwaltungsaufgaben der Kreise gem. § 5 Abs. 4 AO ebenfalls für das Erfordernis einer unmittelbaren demokratischen Legitimation (Art. 2 Abs. 2, Art. 46 Abs. 2 LV), denn das Schwerkraft der Zuständigkeiten der Ämter wird dann noch weniger auf rein verwaltungstechnischem Gebiet liegen als heute (vgl. BVerfGE 52, 95). Anderes gilt hingegen, sofern den Ämtern künftig zusätzliche Aufgaben nach Weisung gesetzlich – und insoweit demokratisch legitimiert – übertragen werden sollen. Über die konkreten Pläne und entsprechende Regelungsvorschläge liegen derzeit jedoch noch keine Erkenntnisse vor, so dass infolgedessen keine näheren Ausführungen möglich sind“.

für die Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben im derzeitigen Umfang und im Rahmen der derzeit geltenden rechtlichen Regelungen nicht mehr ausreichend¹⁶. Die bisherigen Verwaltungsstrukturreformgesetze haben einseitig das Ziel der Vergrößerung der Strukturen und der Wirtschaftlichkeit verfolgt. Eine konzeptionelle Auseinandersetzung mit der Frage einer stärkeren demokratischen Legitimation der Ämter fand nicht – offensichtlich auch nicht im Kontext von weiteren Aufgabenverlagerungen auf die Ämter – statt.

In Anbetracht dieses Ergebnisses wäre zunächst darüber nachzudenken, wie die demokratische Legitimation der Ämter sichergestellt werden kann, bevor die Stärkung der Ämter durch weitere Aufgabenübertragungen erfolgen kann. Legislative Maßnahmen könnten die Beibehaltung einer funktionsfähigen und hinreichend demokratisch legitimierten Ämterstruktur sicherstellen, die zu einer Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung führt. Die Reformbestrebungen des Gesetzgebers sollten aber nicht bei der Sicherung des erforderlichen demokratischen Legitimationsniveaus stehen bleiben. Notwendig ist es genau zu analysieren, welche Aufgaben übertragen werden können und dieses dann auch plausibel zu begründen. Der im vorliegenden Gesetzentwurf zusammengestellte Aufgabenkatalog wird dieser Anforderung nicht gerecht. Er erscheint willkürlich zusammengestellt (s.o.), da er gleichermaßen Selbstverwaltungsaufgaben und Weisungsaufgaben enthält, ohne nachvollziehbar zu begründen, warum sich diese Aufgaben gerade für eine Übertragung an die Ämter oder amtsfreien Gemeinden eignen.

Zu Artikel 2: Große kreisangehörige Stadt

1. Zum Aufgabenkatalog

Die Verankerung der Großen kreisangehörigen Stadt im Kommunalverfassungsrecht ist grundsätzlich zu begrüßen. Sie bietet in der Tat einen Anreiz für freiwillige Strukturveränderungen auf der Ebene der Kreise und kreisfreien Städte. Allerdings erweist sich auch hier der Katalog der übertragbaren Aufgaben als zu restriktiv. Insoweit kann auf die Ausführungen zum „Gesetz zur Übertragung von Kreisaufgaben auf die Ämter und amtsfreien Gemeinden“ verwiesen werden (s.o.). Hinzu kommt allerdings, dass im Kontext der Großen kreisangehörigen Stadt die restriktive Fassung die positive Anreizwirkung für freiwillige Strukturveränderungen beeinträchtigen dürfte.

2. Zur „60.000 Einwohner-Grenze“

Offensichtlich dient die Wahl der 60.000 Einwohner-Grenze der Absicherung des Modellvorhabens „Stadt Norderstedt“. Allerdings kann diese Intention eine sachliche Begründung der Einwohner-Grenze nicht ersetzen. Die Gesetzesbegründung enthält – wie zum „Gesetz zur Übertragung von Kreisaufgaben auf die Ämter und amtsfreien Gemeinden“ (s.o.) – keine Ausführungen dazu, warum für die Übernahme bestimmter weiterer Aufgaben gerade die Zahl von 60.000 Einwohnern erreicht sein muss. Ggf. gibt es auch Aufgaben, die eine derartige Größe gar nicht erfordern. Mangels Differenzierung nach Aufgaben und einer Begründung wirken auch die Regelungen zur Großen kreisangehörigen Stadt insoweit willkürlich.

3. Zum Modus der Aufgabenübertragung

Unklar bleibt zudem, warum zwischen den Aufgabenübertragungen vom Kreis auf die Große kreisangehörige Stadt in § 60a GO und der Übertragung von Aufgaben nach dem „Gesetz zur

¹⁶ Vgl. hierzu *Schliesky/Ernst/Schulz*, Aufgabenbestand, Legitimationsbedarf und Entwicklungspotential der Ämter in Schleswig-Holstein, 2009, S. 2.

Übertragung von Kreisaufgaben auf die Ämter und amtsfreien Gemeinden“ hinsichtlich des Modus der Übertragung differenziert wird¹⁷. Während sich die Übertragung im Fall des § 60a GO durch öffentlich-rechtlichen Vertrag vollziehen soll, ist nach dem „Gesetz zur Übertragung von Kreisaufgaben auf die Ämter und amtsfreien Gemeinden“ eine Rechtsverordnung der Landesregierung erforderlich. Hier ließe sich ohne erkennbare Veränderungen in der Sache eine einheitliche Regelung finden und realisieren. Soll nämlich eine Große kreisangehörige Stadt neben den Aufgaben nach § 60a GO auch weitere nach dem „Gesetz zur Übertragung von Kreisaufgaben auf die Ämter und amtsfreien Gemeinden“ übernehmen (die Voraussetzungen werden in der Regel erfüllt sein), wären Verordnung und öffentlich-rechtlicher Vertrag parallel notwendig.

Zu Artikel 3: Kreisgebietsreform / „Hochzeitsprämie“

1. Fehlende Kriterien

Grundsätzlich ist der Vorrang der Freiwilligkeit bei Kreisgebietsreformen zu begrüßen. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung erfordert sogar aus verfassungsrechtlichen Gründen, eine solche Phase der Freiwilligkeit vor einer gesetzlichen Strukturreform vorzusehen¹⁸. Allerdings erscheinen freiwillige Zusammenschlüsse im Vorgriff auf eine etwaige Reform nur sachgerecht, wenn sich diese anhand bestimmter Leitlinien und Kriterien vollzieht. Diese sind zwingend im Vorfeld vom Landesgesetzgeber festzulegen, um der Entwicklung heterogener Strukturen entgegenzuwirken¹⁹. Derartige Kriterien enthält der Gesetzesentwurf nicht – zudem ließe sich eine freiwillig entstandene Struktur nur unter erschwerten Bedingungen wieder beseitigen (s.u.).

2. Höhere Rechtfertigungsanforderungen an Gebietsrückgliederungen

Zu berücksichtigen ist ferner, dass bei einer erneuten Reform (bspw. zur Beseitigung der im Wege von freiwilligen Zusammenschlüssen entstandenen Heterogenität) erhöhte Rechtfertigungsanforderungen bestehen. Der Landesgesetzgeber schränkt durch den Verzicht auf Leitlinien und Kriterien des freiwilligen Zusammenschlusses seine künftige Handlungsfähigkeit ein. Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass die in ständiger Rechtsprechung aufgestellten hohen Rechtfertigungsanforderungen²⁰ nicht für freiwillige Zusammenschlüsse gelten. Die zitierte Rechtsprechung findet ihre Grundlage nämlich im rechtsstaatlichen Vertrauensschutz. Die betroffenen Gebietskörperschaften dürfen also darauf vertrauen, dass ihre Entscheidungen Bestand haben, zumal der Gesetzgeber offenbar bewusst auf bestimmte Leitlinien verzichtet hat.

Kiel, den 10. Juli 2009

gez.

Dr. Sönke E. Schulz

Geschäftsführender wissenschaftlicher Mitarbeiter

gez.

Thomas Warnecke

Wissenschaftlicher Mitarbeiter

¹⁷ Vgl. LT-Drs. 16/2632, S. 18 einerseits (Übertragung durch Verordnung) und S. 19 f. andererseits (öffentlich-rechtlicher Vertrag).

¹⁸ Zuletzt *LVerfG MV*, LKV 2007, 457 ff.

¹⁹ Dass eine solche Heterogenität die Folge freiwilliger Zusammenschlüsse sein kann, die dann ggf. auch ein „Nachsteuern“ des Gesetzgebers erforderlich macht, räumt die Gesetzesbegründung selbst im Kontext der Strukturveränderungen auf Amts- und Gemeindeebene ein; vgl. LT-Drs. 16/2632, S. 2, 15.

²⁰ Statt vieler *Bull.*, in: Landesregierung Schleswig-Holstein (Hrsg.), Gutachten zur Verwaltungsstruktur- und Funktionalreform in Schleswig-Holstein, 2008, S. 1 (82, 219 ff., 256 ff.) m.w.N.