

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An den
Parlamentarischen Geschäftsführer
der SPD-Fraktion
Herrn Jürgen Weber, MdL

Ihre Nachricht vom: 11.02.2011

Mein Zeichen: L 203– 110/17

Bearbeiter/in:
Dr. Anika D. Luch

Telefon (0431) 988-1133
Telefax (0431) 988-1250
anika.luch@landtag.ltsh.de

17. März 2011

Amtsordnung

Sehr geehrter Herr Weber,

Ihrer Bitte um Stellungnahme zu Fragen im Zusammenhang mit der beabsichtigten Neuregelung der Amtsordnung kommen wir im Folgenden gerne nach.

1. Wie beurteilt der Wissenschaftliche Dienst die kommunalverfassungsrechtliche Stellung von Zweckverbänden?

Besteht bei ihnen die Gefahr, dass sie sich zu kommunalen Gebietskörperschaften bzw. Gemeindeverbänden entwickeln, wenn Art und Umfang der zu erledigenden Aufgaben zunehmen und damit eine demokratische Legitimation der Zweckverbandsorgane abnimmt?

I. Einfachgesetzliche Ausgestaltung und Stellung der Zweckverbände im kommunalverfassungsrechtlichen Gefüge

Gemäß § 1 Abs. 1 des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit (GkZ)¹ haben zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, die über die Grenzen von Gemeinden, Ämtern und Kreisen hinauswirken, die beteiligten Körperschaften zusammenzuarbeiten. Nach § 1 Abs. 2 S. 1 GkZ dienen dieser gemeinsamen Aufgabenerfüllung neben den kommunalverfassungsrechtlich geordneten Formen der kommunalen Zusammenarbeit

¹ In der Fassung vom 28.2.2003, GVOBl. S. 122.

Zweckverbände, gemeinsame Kommunalunternehmen, öffentlich-rechtliche Vereinbarungen und Verwaltungsgemeinschaften.

Die Verbandsmitglieder können den Zweckverbänden einzelne² oder mehrere zusammenhängende Aufgaben der öffentlichen Verwaltung übertragen; dabei kann es sich sowohl um Selbstverwaltungs- als auch um Weisungsangelegenheiten handeln (§ 2 Abs. 1 GkZ).

Mit der Regelung, dass auch mehrere zusammenhängende Aufgaben übertragen werden dürfen, soll vermieden werden, dass Funktions- und Sachzusammenhänge beim Aufgabenübergang auf einen Zweckverband zerrissen werden müssen.³ Vor der Verabschiedung des GkZ war aufgrund des zum Teil fortgeltenden Reichszweckverbandsgesetzes⁴ lediglich die Übertragung einer einzelnen bestimmten Aufgabe möglich gewesen. Die im Vergleich zum vorherigen Recht weitergehende Regelung macht es allerdings im Interesse einer klaren Zuständigkeitsverteilung notwendig, im Einzelfall sämtliche dem Zweckverband übertragene Aufgaben genau festzulegen.⁵ Der Zusammenhang von Aufgaben darf dabei nicht willkürlich weit ausgelegt werden.

Die Organisationsformen des GkZ (neben Zweckverbänden gemeinsame Kommunalunternehmen, öffentlich-rechtliche Vereinbarungen und Verwaltungsgemeinschaften) kommen allerdings nur dann in Betracht, wenn nicht durch das Kommunalverfassungsrecht – insbesondere die Amtsordnung oder Spezialgesetze – besondere Rechtsformen der Zusammenarbeit vorgeschrieben sind⁶ (vgl. § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 3, § 23 GkZ). So stellt § 2 Abs. 3 GkZ sicher, dass in jedem Fall den kommunalverfassungsrechtlich eröffneten Möglichkeiten zur Aufgabenerledigung der Vorrang eingeräumt wird („Zweckverbände dürfen nicht gebildet werden, soweit Gemeinden dem Amt nach § 5 Abs. 1 der Amtsordnung Aufgaben übertragen können.“). Die Regelung

² Zum Begriff der „einzelnen Aufgabe“ siehe *Dehn*, in: Bülow u. a., Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holstein, Stand: Sept. 2010, § 7 GkZ Ziff. 1.3: „Er zeichnet sich dadurch aus, dass es sich um einen eng umgrenzten Teil der kommunalen Betätigung handeln muss, der eine ganz bestimmte Zielrichtung verfolgt und mit exakt festlegbaren Befugnissen verbunden ist.“

³ Entwurf eines Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit vom 18.9.1973, Drs. 7/717, S. 18, 22.

⁴ Vom 7. Juni 1939, RGBl. I S. 979. Siehe zur Fortgeltung §§ 315, 317 Abs. 2 LVwG in der Fassung vom 18. April 1967 (GVOBl. S. 184), zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. Mai 1973 8GVOBl. S. 153).

⁵ Entwurf eines Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit vom 18.9.1973, Drs. 7/717, S. 22.

⁶ Entwurf eines Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit vom 18.9.1973, Drs. 7/717, S. 22.

verfolgt im Übrigen das Ziel, die Zahl der von amtsangehörigen Gemeinden getragenen Zweckverbände möglichst gering zu halten.⁷

Während der Kommunalaufsicht im Bereich der Aufgabenübertragung auf ein Amt keine kontrollierende Rolle gesetzlich zukommt, bedarf der öffentlich-rechtliche Vertrag und die Verbandssatzung zur Gründung des Zweckverbandes der Genehmigung der Aufsichtsbehörde (§ 5 Abs. 5 GkZ).⁸ Letzteres rührt wohl daher, dass vor Einführung des GkZ der Zweckverband jeweils durch einen Hoheitsakt der Aufsichtsbehörde gebildet wurde.

II. Keine Gefahr der Entwicklung zum Gemeindeverband bei Zweckverbänden

Bei der Konstruktion der Zweckverbände, wie sie im GkZ vorgesehen sind, besteht keine Gefahr, dass sich diese aufgrund der Aufgabendichte Gemeindeverbänden annähern, so dass ein erhöhtes Maß an demokratischer Legitimation erforderlich wäre.

Das *LVerfG* hat in seinem Urteil zur Amtsordnung festgestellt, dass „die Amtsordnung (...) mittlerweile insofern mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Art. 3 Abs. 1 LV unvereinbar [ist], als sie in § 5 Abs. 1 Satz 1 die Möglichkeit eröffnet, dass sich die Ämter in Folge zunehmender Übertragung von Selbstverwaltungsaufgaben durch die Gemeinden zu Gemeindeverbänden entwickeln, sie aber für diesen Fall in § 9 keine unmittelbare Wahl der Mitglieder des Amtsausschusses als des zentralen Entscheidungsorgans der Ämter durch das Volk vorsieht“.⁹ Nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 LV handelt das Volk durch seine gewählten Vertretungen im Lande, in den Gemeinden und Gemeindeverbänden, sowie durch Abstimmungen. Art. 3 Abs. 1 LV bestimmt, dass für Wahlen zu den Volksvertretungen im Lande, in den Gemeinden und Gemeindeverbänden und für Abstimmungen die allgemeinen Wahlrechtsgrundsätze gelten.¹⁰ Die **Landesverfassung** enthält keine Definition des Begriffs „Gemeindeverband“. Im Wege der Auslegung entnimmt ihr das *LVerfG* aber, dass ihr ein **kombinierter formeller und materieller Gemeindeverbandsbegriff** zu Grunde liegt. „Gemeindeverbände sind die zur

⁷ Entwurf eines Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit vom 18.9.1973, Drs. 7/717, S. 22.

⁸ I.Ü. sind die Aufsichtsbehörden, soweit die Aufgabenerledigung von Selbstverwaltungsangelegenheiten in Rede steht, auf die Rechtsaufsicht beschränkt, siehe § 20 GkZ; dazu *Dehn*, in: Bülow u. a., Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holstein, Stand: Sept. 2010, § 20 GkZ Ziff. 3.

⁹ *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, LS 1.

¹⁰ *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 32 – zit. nach Juris.

Erfüllung von Selbstverwaltungsaufgaben gebildete Gebietskörperschaften (formelle Gemeindeverbände) und diesen nach Umfang und Gewicht der von ihnen wahrzunehmenden Selbstverwaltungsaufgaben vergleichbare kommunale Zusammenschlüsse (materielle Gemeindeverbände).¹¹ Einigkeit bestehe darin, so das *LVerfG*, dass die Kreise Gemeindeverbände sind und die **Zweckverbände wegen ihrer begrenzten Aufgaben nicht als Gemeindeverbände anzusehen sind** – das Betätigungsfeld sei gerade auf *einzelne* Aufgaben beschränkt.¹² Mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Art. 3 Abs. 1 LV sei weder ein allein auf den Status als Gebietskörperschaft abstellender formeller Gemeindeverbandsbegriff zu vereinbaren, weil der Verfassungsgeber den Begriff der Gebietskörperschaft gerade nicht verwendet habe, noch ein weiterer materieller Gemeindeverbandsbegriff, der schon die Wahrnehmung von mehr als einer Selbstverwaltungsaufgabe genügen lasse, denn eine solche Körperschaft befände sich noch zu dicht am Zweckverband, den der Verfassungsgeber gerade nicht erfasst wissen wollte.¹³

Wie die Rspr. des *BVerfG* aus dem Jahre 1979¹⁴ zur schleswig-holsteinischen Amtsordnung und das jüngste Urteil des *LVerfG* deutlich machen, kommt es allein auf die Fülle und Qualität der von einem kommunalen Zusammenschluss als Selbstverwaltungsangelegenheiten wahrgenommenen Aufgaben an.¹⁵ Da § 2 Abs. 1 GkZ die Übertragungsmöglichkeit für jeden Zweckverband auf einzelne oder zusammenhängende Aufgaben beschränkt, wobei die Errichtung des Zweckverbandes – also der zugrunde liegende öffentlich-rechtliche Vertrag sowie die Verbandssatzung – der Genehmigung der Kommunalaufsicht bedarf, die ein unzulässige Aufgabenausweitung für die einzelnen Zweckverbände verhindern kann, ist die Entwicklung eines Zweckverbandes zu einem Gemeindeverband i.S.d. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Art. 3 Abs. 1 LV grundsätzlich ausgeschlossen.

¹¹ *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 38 – zit. nach Juris unter Bezugnahme auf *BVerfG*, Urteil vom 24. Juli 1979 2 BvK 1/78, Juris Rn. 62-68; ebenso *VerfG* des Landes Brandenburg, Beschluss vom 21. Januar 1998 – 8/97 – Juris Rn. 16-23 zur Brandenburgischen Landesverfassung und *VerfGH* Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 26. Juni 2001 – *VerfGH* 28/00, 30/00 – DVBl. 2001, 1595 (1596) zur Nordrhein-Westfälischen Landesverfassung.

¹² *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 39, 42 – zit. nach Juris.

¹³ *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 39, 45 – zit. nach Juris.

¹⁴ *BVerfGE* 52, 95 ff.

¹⁵ *Schroeder*, *Verw* 34 (2001), 205 (221 ff.) sieht trotz der beschränkten Aufgabenwahrnehmung ein Bedürfnis für die Erhöhung des Legitimationsniveaus innerhalb von Zweckverbänden.

III. Maßgeblichkeit der Perspektive der kommunalen Selbstverwaltung

Maßgeblich ist aber im Zusammenhang mit der Neufassung der Amtsordnung und möglichen Erweiterungen des Zweckverbandsrechts,¹⁶ dass sich das Urteil des *LVerfG* zwar im Wesentlichen auf die **Perspektive der Gefahr der Annäherung der Ämter an Gemeindeverbände** – und damit das Bedürfnis einer demokratischen Legitimation des Amtes – stützt, um die Verfassungswidrigkeit der in § 9 i.V.m. § 5 Abs. 1 Satz 1 AO enthaltenen Regelung herzuleiten. Es darf dabei aber nicht die **ebenfalls maßgebliche Perspektive der Gemeindesicht** vergessen werden.

Bereits im Gesetzentwurf zur Einführung des GkZ wurde darauf hingewiesen, dass wegen der verfassungsrechtlichen Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung die **Gemeinden oder Kreise in keinem Fall die Mehrzahl ihrer Aufgaben oder Aufgaben, die zum verfassungsrechtlich geschützten Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung gehören (Art. 28 GG, Art. 46 LV), auf Zweckverbände übertragen können.**¹⁷ Art. 46 LV¹⁸ (siehe auch § 2 Abs. 1 GO) enthält nicht nur ein Recht auf kommunale Selbstverwaltung zugunsten der Kommunen; darüber hinaus sind diese auch „im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit verpflichtet, in ihrem Gebiet alle öffentlichen Aufgaben in eigener Verantwortung zu erfüllen, soweit die Gesetze nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen“. Zwar gehört die Organisations- und Kooperationshoheit¹⁹ (bspw. die Entscheidung, in Zweckverbänden zusammen zu arbeiten) ebenfalls zu den durch das kommunale Selbstverwaltungsrecht geschützten Möglichkeiten des gemeindlichen Handelns, jedoch dürfen sich die Gemeinden keinesfalls des Kernbereichs ihrer Selbstverwaltung begeben, da diesbezüglich ein Gleichlauf von Recht und Pflicht feststellbar ist.²⁰

¹⁶ Ausf. *Schlie*, Die Gemeinde 2011, 30 ff.

¹⁷ Entwurf eines Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit vom 18.9.1973, Drs. 7/717, S. 22. Siehe auch *Dehn*, in: Bülow u. a., Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holstein, Stand: Sept. 2010, § 2 GkZ Ziff. 3; § 7 GkZ Ziff. 1.3.

¹⁸ Auch aus der grundgesetzlichen Normierung in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ergibt sich nach der Rechtsprechung ebenfalls eine grundsätzliche Pflicht der Wahrung und Sicherung ihres eigenen Aufgabenbestandes, wenn diese in den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wurzelt. *BVerwG*, NVwZ 2009, 1305 (1306 f.); dazu *Ernst/Schulz*, Sicherstellung der demokratischen Legitimation der schleswig-holsteinischen Ämter, 2010, S. 25 f.

¹⁹ Dazu u.a. *Engelbrecht/Schwabenbauer*, DÖV 2010, 916 (919).

²⁰ *Schliesky/Schulz*, in: Bülow u. a., Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holstein, Stand: Feb. 2011, § 2 GO Rn. 39 f. Siehe auch *Schroeder*, Verw 34 (2001), 205 (212) m.N. sowie *Groth*, in: Caspar u.a., Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 46 Rn. 38; *Barschel/Gebel*, Landessatzung für Schleswig-Holstein, 1976, Art. 39 C I 3 c, S. 244.

Für das *LVerfG* war diese Perspektive zu vernachlässigen, da für die verfassungsrechtliche Einordnung des § 9 i.V.m. § 5 Abs. 1 Satz 1 AO entscheidend war, was beim Amt an Aufgaben „ankommt“ und es damit in die Nähe eines Gemeindeverbandes rückt, und nicht welche Aufgaben bei den Gemeinden verbleiben müssen, um diese weiterhin als Kommunen einstufen zu können, die der Verpflichtung zur Wahrnehmung zumindest des Kernbereichs der kommunalen Selbstverwaltung nachkommen.

Auch das *LVerfG* erkennt die Maßgeblichkeit beider Perspektiven – demokratische Legitimation und kommunale Selbstverwaltung – an, wenn es bspw. ausführt:

„In diesem Sinne stellt es eine grundlegende Wandlung der tatsächlichen Verhältnisse dar, wenn auf der Grundlage des § 5 Abs. 1 Satz 1 AO den Ämtern Selbstverwaltungsaufgaben von solchem Umfang und Gewicht übertragen werden, dass sie sich den kommunalen Gebietskörperschaften immer mehr annähern und deshalb die Möglichkeit besteht, dass sie sich zu Gemeindeverbänden entwickeln. (...) Ob es sich um eine grundlegende Wandlung handelt, ist in Bezug auf den konkreten verfassungsrechtlichen Rahmen festzustellen. Dieser ergibt sich **auf der einen Seite** aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Art. 3 Abs. 1 LV und damit aus der dann den **Ämtern** als materielle Gemeindeverbände **fehlenden demokratischen Legitimation** für ihr hoheitliches Handeln. Er ergibt sich **auf der andern Seite** – als Kehrseite – aus Art. 46 Abs. 1 LV und damit aus der bei den **Gemeinden** damit einhergehenden **Verletzung ihrer kommunalen Selbstverwaltungsgarantie**.“²¹

An anderer Stelle heißt es:

„Daneben folgt aus **Art. 46 Abs. 1 LV für den Kernbereich der gemeindlichen Selbstverwaltung eine Pflicht**, sich dieser Aufgaben nicht durch Übertragung auf Dritte derart zu entledigen, dass eine eigenverantwortliche, von echten politisch-demokratischen Gestaltungsmöglichkeiten geprägte Selbstverwaltung auf Gemeindeebene nicht mehr möglich ist.“²²

²¹ *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 84 – zit. nach Juris; Hervorhebungen durch die Verfasserin.

²² *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 80 – zit. nach Juris unter Verweis auf *BVerwG*, DVBl. 2009, 1382 (1383); *Schliesky/Ernst/Schulz*, Aufgabenbestand, Legitimationsbedarf und Entwicklungspotential der Ämter in Schleswig-Holstein, 2009, S. 132 u.a.

Insofern sollte auch bei der „Zweckverbands-Lösung“, wie sie von der Landesregierung als bevorzugte Umsetzungsmöglichkeit der durch das *LVerfG*-Urteil festgestellten Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers bislang vertreten wird,²³ die Perspektive der Gemeinden und ihre Verpflichtung auf den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung (in eigener Aufgabenträgerschaft) maßgeblich Berücksichtigung finden.

Im Einzelnen soll bei der „Zweckverbands-Lösung“ die Möglichkeit der Übertragung von Selbstverwaltungsaufgaben auf Ämter (§ 5 Abs. 1 Satz 1 AO) gänzlich gestrichen und im Gegenzug dafür die Grundlage geschaffen werden, dass auch innerhalb eines Amtes Zweckverbände gegründet werden können, die jeweils einzelne oder zusammenhängende Selbstverwaltungsaufgaben für die Gemeinden wahrnehmen. Eine solche Ausgestaltung der AO würde zwar ausschließen, dass sich Ämter zu Gemeindeverbänden entwickeln, da ihnen keinesfalls mehr die Trägerschaft von Selbstverwaltungsaufgaben, sondern allenfalls die – mit Blick auf das Legitimationsniveau unproblematische – Durchführung übertragen werden könnte. Die Kehrseite des Problems, nämlich die Wahrung des Wesensgehalts kommunaler Selbstverwaltung auf Seiten der Gemeinden, wird damit jedoch nicht in den Blick genommen. Den Gemeinden stünde nach dem Wortlaut des Gesetzes frei, eine beliebige Anzahl von Zweckverbänden zu gründen, ohne dass sich im GkZ eine ausdrückliche Schranke in Form einer Höchstgrenze finden ließe. Ob das Genehmigungserfordernis für den öffentlich-rechtlichen Errichtungsvertrag und die Verbandssatzung durch die Kommunalaufsicht nach § 5 Abs. 5 GkZ geeignet ist, die Anzahl der von einzelnen Gemeinden gegründeten Zweckverbände und nicht nur den an den jeweils neu errichteten Zweckverband überwiesenen Aufgabenbereich („einzelne oder mehrere zusammenhängende Aufgaben“) wirksam zu überprüfen, ist fraglich. In jedem Fall wird aktuell keine ausdrückliche Schranke seitens des Gesetzgebers zum Schutze des Wesensgehalts der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden in § 2 Abs. 1 GkZ gesetzt.

Insofern müsste auch im Falle der „Zweckverbands-Lösung“ eine gesetzliche Grenze normiert werden, bis zu welcher die Übertragung von Selbstverwaltungsaufgaben auf unterschiedliche Zweckverbände nach Art und Gewicht zulässig ist, ohne dass sich die Gemeinden des Kernbereichs der kommunalen Selbstverwaltung begeben. Ohne eine solche Schranke würde sich ein erneutes Prozessrisiko ergeben, sobald einzelne Gemeinden sich der Trägerschaft der Mehrzahl ihrer Aufgaben bzw. der zum We-

²³ Dazu ausf. *Schlie*, Die Gemeinde 2011, 30 ff.

sensgehalt der Selbstverwaltungsgarantie zählenden Aufgaben durch Gründung von Zweckverbänden entledigen würden.

IV. Ergebnis

Die Zweckverbände können sich aufgrund ihres stets begrenzten Aufgabenbereichs nicht zu Gemeindeverbänden i.S.d. kombinierten formellen und materiellen Gemeindeverbandsbegriffs des *LVerfG* entwickeln. Bei der Abschaffung des § 5 Abs. 1 Satz 1 AO und damit einhergehend der „Zweckverbands-Lösung“ der Landesregierung wird jedoch – ohne Einfügung ausdrücklicher Höchstgrenzen (siehe unten) im GkZ – nicht verhindert, dass sich die Gemeinden eines Gros ihrer Aufgaben durch Gründung unterschiedlicher Zweckverbände begeben und damit ihrer verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur kommunalen Selbstverwaltung nicht nachkommen.

2. Gibt es bei einer so genannten „Kataloglösung“ in Bezug auf die an die Ämter zu übertragenden Aufgaben qualitative und quantitative Grenzen? Wie können diese beschrieben werden? Wann wären diese Grenzen überschritten?

Das *LVerfG* nennt in seinem Urteil letztlich zwei Möglichkeiten, die Verfassungswidrigkeit des Regelungskonzepts der Amtsordnung zu beseitigen. Entweder es würde für die Besetzung des Amtsausschusses eine selbständige Volkswahl auf Amtsebene eingeführt oder der Gesetzgeber entschlöße sich für eine ausdrückliche Beschränkung der Übertragung von Selbstverwaltungsaufgaben auf die Ämter, „um die Entwicklung der Ämter zu Gemeindeverbänden aufzuhalten“.²⁴ Dies sei nur mittels Aufstellung eines **konkreten Katalogs an Selbstverwaltungsaufgaben** möglich. Eine **abstrakte Kernbereichssperre** erscheine **mangels hinreichender Bestimmbarkeit des Kernbereichs gemeindlicher Selbstverwaltung ungeeignet**,²⁵ da die Normadressaten (Gemeinden) diese Schranke nicht eigenverantwortlich rechtssicher auslegen könnten.

²⁴ *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 116 – zit. nach Juris.

²⁵ *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 116 – zit. nach Juris.

1. In Rechtsprechung und Wissenschaft konnte bislang kaum eine Konkretisierung des Begriffs des Kernbereichs kommunaler Selbstverwaltungsgarantie erreicht werden. Der Kernbereich lässt sich grundsätzlich umschreiben als „das Essentielle einer Einrichtung, das man aus einer Institution nicht entfernen kann, ohne deren Struktur und Typus zu verändern“.²⁶ Die Rechtsprechung stellt teilweise darauf ab, ob das, was nach einem Eingriff noch übrig bleibt, weiterhin als „echte“ Selbstverwaltung im verfassungsrechtlichen Sinne verstanden werden kann (sog. Subtraktionsmethode).²⁷ Das *BVerfG* orientiert sich an den Bereichen, die durch die geschichtliche Entwicklung besonders prägend für die historisch gewachsene Erscheinungsform der kommunalen Selbstverwaltung sind (sog. historische Methode).²⁸ Gleichzeitig registriert es aber auch, dass sich eine allgemeingültige Abgrenzungsformel nicht finden lässt.²⁹ Zum Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltung gehöre kein gegenständlich bestimmter oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer Aufgabenkatalog.³⁰ Auf die Unschärfe des Begriffs verweist auch das *LVerfG* und **schließt** damit **aus**, dass jede einzelne Gemeinde diesen Begriff für sich auslegen könne, um den Anwendungsbereich der – nach dem Wortlaut unbegrenzten – Aufgabenübertragungsnorm in **§ 5 Abs. 1 Satz 1 AO verfassungskonform zu reduzieren**.³¹

2. Insofern findet sich im Urteil des *LVerfG* wiederkehrend der Hinweis auf die **Aufgabe des Gesetzgebers, diesen Wesensgehalt** durch die ausdrückliche Ausformulierung eines konkreten Aufgabenbestandes, von dem nur eine gewisse Anzahl an Angelegenheiten übertragen werden kann, **einfachgesetzlich zu konkretisieren**. Das Gericht weist dabei darauf hin, dass ein Katalog der Selbstverwaltungsaufgaben auch Aufgaben mit mehr oder weniger Entscheidungsverantwortung abstufen könne. Die Ausgestaltung stehe grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers. „Sofern der Gesetzgeber aber mit einer Zahl der übertragenen Aufgaben den verfassungsrechtlichen Rahmen ausschöpfen will, ist darauf hinzuweisen, dass sich eine Zahl der gerade noch keine Qualifizierung als Gemeindeverband auslösenden Aufgaben nicht abstrakt

²⁶ *Stern*, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, S. 416.

²⁷ BVerwGE 6, 19 (25); 6, 342 (345).

²⁸ BVerfGE 7, 358 (364); 11, 266 (274); 17, 172 (182); 22, 180 (205); 23, 353 (366); 26, 172 (181); 26, 228 (231); 38, 258 (278 f.); 50, 195 (201); 59, 216 (228); 76, 107 (118); 79, 127 (146); 91, 228 (238).

²⁹ BVerfGE 26, 228 (238). Zum Ganzen *Schliesky/Ernst/Schulz*, Aufgabenbestand, Legitimationsbedarf und Entwicklungspotential der Ämter in Schleswig-Holstein, 2009, S. 12.

³⁰ BVerfGE 79, 127 Juris-Rn. 47.

³¹ *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 81 – zit. nach Juris.

bestimmen lässt, da sie von dem erst festzulegenden Aufgabenkatalog und einer etwaigen Qualitätsabstufung abhängt.“³²

3. Hier wird deutlich, dass das Gericht **sowohl qualitative als auch quantitative Maßstäbe** zur Aufstellung des Auswahlkatalogs³³ heranzieht.³⁴ Beides hängt untrennbar zusammen. Zunächst muss ein Katalog **Aufgaben in der gleichen Schärfe und Detailgenauigkeit**³⁵ aufstellen; je nach Ausdifferenziertheit steigt die absolute Zahl der aufgelisteten Tätigkeiten, so dass die möglicherweise prozentual zulässige Höchstgrenze der zulässigen Aufgabenübertragungen ebenfalls relativ zunimmt.³⁶ Weiterhin ist maßgeblich, ob innerhalb des Katalogs eine Abschichtung nach der qualitativen Bedeutung der miteinander verglichenen Aufgaben vorgenommen wird und daher von wichtigeren Aufgaben weniger, von weniger bedeutenden Aufgaben hingegen mehr übertragen werden dürfen. Erst durch einen möglichst fest umrissenen Katalog wird die Möglichkeit eröffnet, bei einem Vergleich mit den amtsangehörigen Gemeinden eine gute Vergleichbarkeit von auf das Amt übertragenen und bei den Gemeinden verbliebenen Aufgaben zu erreichen.³⁷

a) Soweit eine **qualitative Abstufung** in einen Auswahlkatalog aufgenommen werden sollte, sind die Hinweise des Gerichts zu beachten, dass es jeweils auf „das der Selbstverwaltungsaufgabe innewohnende **Maß an Entscheidungsverantwortung**“ ankomme. Ein Indiz für ein hohes Maß an Entscheidungsverantwortung sei der Grad an planerischem Gestaltungsspielraum. Allerdings könne auch eine sich auf ein „Ob“ reduzierende Entscheidung von solcher Bedeutung sein, dass eine hohe Entscheidungsverantwortung bestehe.³⁸ Weniger wichtige Aufgaben sind nach Ansicht des Gerichts solche, bei denen es schwerpunktmäßig um die technische Durchführung geht und geringe Entscheidungsspielräume bestehen. Als für die Bürger „bedeutsame

³² *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 116 – zit. nach Juris.

³³ Ein Beispiel für die Aufstellung eines Negativ- und Auswahlkatalogs findet sich beim Schleswig-Holsteinischen Gemeindetag, Für Bürgernähe und Selbstverantwortung vor Ort – Für ein starkes gemeindliches Ehrenamt – Für zukunftsfähige Ämter, S. 6, abrufbar unter: <http://www.shgt.de/docs/PositionspapierAmtsordnungJuli2010.pdf?dl=1&f=1> (Stand: März 2011).

³⁴ Siehe u.a. *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 107, 116 – zit. nach Juris.

³⁵ Bspw. kann eine Aufgabe als „Betreuung von Kindern und Jugendlichen“ oder aber aufgespalten in drei Bereiche: „Betreuung von Kindern unter drei Jahren“, „Betreuung von Kindern im Kindergartenalter“ und „außerschulische Betreuung von Kindern und Jugendlichen“ formuliert werden. So auch das Beispiel bei *Schlie*, *Die Gemeinde* 2011, 30 (34).

³⁶ Vgl. auch *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 91 – zit. nach Juris.

³⁷ *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 91 – zit. nach Juris.

³⁸ *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 95 – zit. nach Juris.

und gewichtige Selbstverwaltungsaufgaben“ qualifiziert das Gericht die Bebauungsplanung, die Flächennutzungsplanung, die Landschaftsplanung, die Wirtschaftsförderung, die Dorfentwicklungsplanung und die Ländliche Struktur- und Entwicklungsanalyse.³⁹

b) Das Gericht macht dabei auch deutlich, dass der im Zuge der Neuregelung möglicherweise aufgestellte Auswahlkatalog für in begrenzter Anzahl übertragbare Selbstverwaltungsaufgaben eine **Abstufung der Aufgaben mit mehr oder weniger Entscheidungsverantwortung beinhalten kann, aber nicht muss**. Auch dies wird ins Ermessen des Gesetzgebers gestellt.⁴⁰

4. Bei allen Abgrenzungs- und Qualifikationsschwierigkeiten, die die Aufstellung eines solchen Katalogs in qualitativer und quantitativer Hinsicht mit sich bringt, ist zu beachten, dass dem **Gesetzgeber** eine **Einschätzungsprärogative** verbleibt, die auch vom *LVerfG* hervorgehoben wird. Die Verfassungswidrigkeit des § 9 i.V.m. § 5 Abs. 1 Satz 1 AO ergibt sich aus Sicht des Verfassungsgerichts nämlich gerade aus dem Umstand, dass die Befugnisnorm zur Aufgabenübertragung im Selbstverwaltungsbereich ohne jegliche Begrenzung formuliert wurde und eine verfassungsimmanente Grenze in jedem Fall zu unbestimmt wäre. Das Gericht betont gleichzeitig mit den Hinweisen auf die Festlegung absoluter Zahlen innerhalb eines Auswahlkatalogs, dass solche explizit normiert werden müssen und unterstellt damit, dass dies auch geschehen kann, um ausreichend bestimmte Regelungen zu erhalten. Genaue Zahlen muss der Gesetzgeber nach Abwägung aller ihm zur Verfügung stehenden Mittel unter **Beachtung des Willkürverbots** festlegen. Als Grundlage einer vertretbaren Prognose über die Auswirkungen eines Gesetzes verlangt das *BVerfG*, „dass der Gesetzgeber sich an einer **sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Materials** orientiert“ und „die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft hat“.⁴¹ Ein erneutes Prozessrisiko sollte sich insofern erst abzeichnen, wenn deutlich würde, dass trotz einer eingeführten zahlenmäßigen Begrenzung die Ämter sich Gemeindeverbänden annähern oder mehrere Gemeinden den Kernbereich ihrer kommunalen Selbstverwaltung nicht eigenverantwortlich wahrnehmen.

³⁹ *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 97 – zit. nach Juris.

⁴⁰ Siehe *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 116 – zit. nach Juris.

⁴¹ *BVerfGE* 57, 139 (160); vgl. *Osterloh*, NJW 1982, 1617 (1622); Hervorhebungen durch die Verfasserin.

a) Die **Ausführungen des LVerfG zu konkreten Zahlen**, die möglicherweise Anknüpfungspunkte für den Gesetzgeber enthalten könnten, ab wann er von einer zulässigen Höchstgrenze an Aufgabenübertragungen i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 1 AO ausgehen kann, **ergeben kein abschließendes Bild**. Zum einen finden sie sich lediglich im Zusammenhang mit der Beurteilung der der Entscheidung zugrundeliegenden Tatsachenbasis und nicht im Zusammenhang mit den am Ende des Urteils stehenden konkreten Hinweisen an den Gesetzgeber zur Ausgestaltung der Neuregelung. Die Tatsachenbasis bildete insbesondere die Antwort auf die Große Anfrage „Aufgaben der Ämter und Zweckverbände in Schleswig-Holstein“ (Drs. 16/2324). Das Gericht kritisiert hieran, dass teilweise bei der Beantwortung nicht zutreffend zwischen Trägerschaft und bloßer Durchführung von Aufgaben differenziert worden sei. Außerdem habe kein einheitlicher Detaillierungs-/Abstraktionsgrad bei der Aufgabenbeschreibung für die antwortenden Ämter und Gemeinden vorgelegen, der die absolute Anzahl der übertragenen Aufgaben hätte vergleichbar machen können. Zum anderen war das Gericht aber auch nicht gehalten, eine genaue Anzahl unzulässiger Aufgabenübertragungen zu benennen, weil es für die abstrakte Verfassungswidrigkeit der Norm **ausreichen ließ, dass sich die Ämter einem Gemeindeverband materiell annähern**.⁴² Dabei spielt für das LVerfG zum einen die Wandlung der tatsächlichen Verhältnisse, also die **geänderte Anwendungspraxis** durch die Kommunen und Ämter seit Einführung der Norm, die von der Prognose des Gesetzgebers abweicht (erheblicher qualitativer und quantitativer Aufgabenzuwachs), eine Rolle und die Tatsache, dass es bereits für ausreichend angesehen wird, wenn sich ein **einzelnes Amt** aufgrund der Regelung in § 5 Abs. 1 Satz 1 AO **zum Gemeindeverband entwickeln kann**,⁴³ was aufgrund der bislang ausdrücklich nicht begrenzten Übertragungsbefugnis in § 5 Abs. 1 Satz 1 AO der Fall sei.⁴⁴

b) Im Einzelnen führt das Gericht zur Problematik der Festlegung absoluter Zahlen zulässiger Aufgabenübertragungen im Bereich der Selbstverwaltung aus:

„Hinsichtlich der Anzahl der übertragenen Selbstverwaltungsaufgaben werden schon **Zahlen im einstelligen Bereich** dann als problematisch angesehen, **wenn alle Gemeinden die Aufgaben übertragen haben** (vgl. *von Mutius / Steinger*, Die Gemeinde SH 1995, 231 <234> und *Steinger*, Amtsverfassung und Demokratieprinzip, 1997, S. 91: **nicht mehr als drei**, wenn alle Gemein-

⁴² Siehe LVerfG, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 92 f. – zit. nach Juris.

⁴³ Dazu ausf. *Ernst*, NVwZ 2010, 816 (817 f.).

⁴⁴ Siehe LVerfG, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 84 ff. – zit. nach Juris.

den die Aufgaben übertragen haben; OVG Schleswig, Beschluss vom 25. Juli 2006 - 2 LA 5/06 -, unveröffentlicht, S. 3-4: klärungsbedürftig, wenn mindestens **sechs oder mehr** Selbstverwaltungsaufgaben übertragen sind; VerfGH Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 26. Juni 2001 – VerfGH 28/00 und 30/00 –, DVBl. 2001, 1595 <1596>: überschritten bei den nordrhein-westfälischen Landschaftsverbänden, denen durch § 5 LVerbO-NRW je nach Lesart ca. **zwölf bis fünfzehn** Aufgaben übertragen sind).⁴⁵

Trotz aller Unschärfe der der Antwort auf die Große Anfrage zugrundeliegenden Umfrage bei den Gemeinden und Ämtern, könne aus dem Umstand, dass von denjenigen Ämtern, die geantwortet hätten, bereits mehrere Ämter eine **zweistellige Zahl** von ausdrücklich durch Beschluss nach § 5 Abs. 1 Satz 1 AO übertragenen Selbstverwaltungsaufgaben wahrnahmen, geschlossen werden, dass diese sich zumindest Gemeindeverbänden annähern:

„Mit der Wahrnehmung von wenigstens **zehn Selbstverwaltungsaufgaben** heben sich diese Ämter jedenfalls deutlich vom Zweckverband ab, welchen der Verfassungsgeber als negative Begrenzung des Gemeindeverbandes im Auge hatte.“⁴⁶

c) All diese genannten **Zahlen macht sich das Gericht aber nicht in Form einer Empfehlung an den Gesetzgeber zu eigen**, sie in eine Neuregelung aufzunehmen, sondern leitet die Verfassungswidrigkeit der in Rede stehenden Regelungen abstrakt aus dem Umstand ab, dass § 5 Abs. 1 Satz 1 AO keinerlei ausdrückliche Beschränkung enthält:

„Vielmehr bedürfte es einer konkreten und greifbaren Grenze, etwa dergestalt, dass aus einem Katalog festgelegter Selbstverwaltungsaufgaben nur eine bestimmte Zahl übertragen werden darf. Für eine solche Auslegung fehlt es bei § 5 Abs. 1 Satz 1 AO aber an jedem Anhaltspunkt. Sie vorzunehmen hieße, eine Grenze an Stelle des Gesetzgebers zu ziehen, anstatt sie aus dem gesetzgeberischen Willen abzuleiten.“⁴⁷

⁴⁵ LVerfG, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 94 – zit. nach Juris; Hervorhebungen durch die Verfasserin.

⁴⁶ LVerfG, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 96 – zit. nach Juris.

⁴⁷ LVerfG, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 76 – zit. nach Juris.

Hier findet wiederum der **Wille des Gesetzgebers** und sein **Gestaltungsspielraum** Anklang; das Gericht möchte sich gerade nicht durch die Festschreibung einer bestimmten Zahl an dessen Stelle setzen. Auch später wird die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers betont, wenn es heißt:

„Danach ist eine bloße Erklärung der Unvereinbarkeit mit der Landesverfassung geboten, wenn der Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten hat, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen, um so der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit Rechnung zu tragen.“⁴⁸

5. Innerhalb des „Katalog-Modells“ sind **beide Perspektiven** – Gemeinde und Amt – zu berücksichtigen, indem der **Schutz des Kernbereichs der kommunalen Selbstverwaltung** und die **Vermeidung der Entwicklung zum Gemeindeverband** verwirklicht werden. Insofern dürfen weder beim Amt so viele Aufgaben „ankommen“, als dass sich das Amt dem Bild eines Gemeindeverbandes nähern könnte, noch dürfen sich die einzelnen amtsangehörigen Gemeinden einer Vielzahl an Selbstverwaltungsaufgaben entledigen, so dass der Wesensgehalt ihrer Selbstverwaltungsverantwortung angetastet würde. Von daher muss ein Auswahlkatalog von grundsätzlich übertragbaren Aufgaben eine Höchstzahl benennen, bis zu welcher für beide Schutzziele keine Gefahren entstehen.

a) Läge eine solche zulässige Höchstgrenze beispielsweise bei neun Aufgaben, dürfte sich **nicht jede Gemeinde neun Aufgaben frei aus dem Katalog auswählen, sondern auch beim Amt dürften maximal neun dieser Aufgaben insgesamt „ankommen“**. Um eine rechtssichere Ausgestaltung zu erhalten, muss nämlich bei der Festlegung der Zahl auf den vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund bedenklichsten Fall abgestellt werden, dass die Trägerschaft von neun Katalogaufgaben von allen amtsangehörigen Gemeinden auf das Amt übertragen wird.⁴⁹ Zeichnet sich selbst bei dieser größtmöglichen Ausschöpfung der Aufgabenübertragungsbefugnis keine kritische Annäherung an einen Gemeindeverband ab, so wäre eine im Rahmen des Prognosespielraums des Gesetzgebers verfassungsgemäße Ausgestaltung des Katalogs gefunden.

⁴⁸ LVerfG, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 106 – zit. nach Juris m.w.N.

⁴⁹ Einen Hinweis darauf, dass es sich hierbei um den „worst case“ handelt, findet sich zumindest mittelbar im Urteil LVerfG, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 94 – zit. nach Juris.

b) Die **parallele Festlegung eines Negativkatalogs**, der diejenigen Selbstverwaltungsaufgaben enthält, die aufgrund der Gestaltungsmöglichkeiten und der Entscheidungsverantwortung nicht auf das Amt übertragen werden dürfen, neben einem Auswahlkatalog erhöht den Spielraum des Gesetzgebers bei der Festlegung der zulässigen Höchstgrenze für die Aufgabenübertragungen aus dem Auswahlkatalog, weil die „wichtigsten“ und damit qualitativ am höchsten anzusiedelnden Aufgaben in jedem Fall in der Trägerschaft der Gemeinden verbleiben.

c) Im Übrigen ist zu beachten, dass selbst bei einer Formulierung eines Negativkatalogs und einer restriktiven Ausgestaltung eines Auswahlkatalogs dennoch die **Funktionalität des Amtes nicht in Frage** gestellt wird. Das Amt kann trotz Ausschluss einer vollständigen Aufgabenübertragung einbezogen werden. Für die betroffenen Bereiche kann nach wie vor die **Unterstützungsfunktion** des Amtes, die es nach dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers vor allem ausfüllen sollte, Bedeutung erlangen. Diese findet ihren Niederschlag z.B. in § 4 Abs. 4 AO, wonach das Amt über die öffentlichen Aufgaben, die mehrere amtsangehörige Gemeinden betreffen und eine gemeinsame Abstimmung erfordern, zu beraten und auf ihre Erfüllung hinzuwirken hat. Für die Neuregelung setzt dies aber wiederum voraus, dass die Abgrenzung zwischen der bloßen Unterstützung der gemeindlichen Aufgabenwahrnehmung und des Übergangs der Aufgabenträgerschaft beachtet wird.⁵⁰ Zum Teil finden sich vor diesem Hintergrund auch Vorschläge zur Erweiterung der Unterstützungs- und Koordinierungsfunktionen der Ämter.⁵¹

6. Eine Schwierigkeit bildet bei der Ausgestaltung eines „Katalog-Modells“, dass die **Kataloge stets anpassungsbedürftig** bleiben, da es keine abschließende Aufzählung von Selbstverwaltungsaufgaben gibt. Die Gemeinden sind wiederkehrend mit neuen Herausforderungen konfrontiert und genießen daher auch ein Aufgabenfindungsrecht für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (Allzuständigkeit). Ob sich insofern eine differenziert ausgestaltete Öffnungsklausel für neue Aufgaben im Katalog oder gar die Möglichkeit, im Verordnungswege Anpassungen vorzunehmen, anbietet, wäre zu prüfen.

⁵⁰ *Ernst/Schulz*, Sicherstellung der demokratischen Legitimation der schleswig-holsteinischen Ämter, 2010, S. 26.

⁵¹ Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag, Für Bürgernähe und Selbstverantwortung vor Ort – Für ein starkes gemeindliches Ehrenamt – Für zukunftsfähige Ämter, S. 4, abrufbar unter: <http://www.shgt.de/docs/PositionspapierAmtsordnungJuli2010.pdf?dl=1&f=1> (Stand: März 2011).

7. Schließlich spricht auch das Gericht von der Möglichkeit **flankierender Maßnahmen**, mittels derer der Gesetzgeber weitere Sicherungsmaßnahmen gegen die Entwicklung der Ämter zu Gemeindeverbänden ergreifen kann und so natürlich auch seinen Gestaltungsspielraum mit Blick auf die Ausgestaltung des Auswahlkatalogs erhöht:

a) So weist das Gericht auf die Möglichkeit hin, „**prozedurale Vorkehrungen**“ zu schaffen, „um die Entwicklung der Aufgabenübertragungen im Auge zu behalten“. Den Gesetzgeber treffe aufgrund von Art. 46 Abs. 3 LV eine Prozessbeobachtungspflicht, aufgrund derer er der **Kommunalaufsicht** hierzu geeignetere Instrumentarien an die Hand zu geben hätte.⁵² Während im GkZ die Genehmigung der Aufsichtsbehörde (§ 5 Abs. 5 GkZ) zwingende Voraussetzung ist, findet sich derzeit in der AO nicht einmal ein Anzeigepflicht bei erfolgter Aufgabenübertragung.

b) Ferner wird vom Gericht empfohlen, die bislang unter erhöhte Anforderungen gestellte **Rückübertragung** von Selbstverwaltungsaufgaben auf die amtsangehörigen Gemeinden (§ 5 Abs. 2 AO) **zu erleichtern**, da diese die Kehrseite der Kooperationshoheit bildet; denn die Gemeinden begeben sich ihrer Selbstverwaltungsaufgabe i.R.v. § 5 Abs. 1 Satz 1 AO durch Übertragung auf das Amt freiwillig, ebenso muss die Rückholung möglichst ungehindert erfolgen können.⁵³

3. Wäre eine Übergangsregelung nach den voraussichtlich im Jahr 2013 stattfindenden Kommunalwahlen bis zur Kommunalwahl 2018 denkbar oder müsste eine Regelung nach dem Verfassungsgerichtsurteil bereits zum 31.12.2014 umgesetzt werden?

Wie der Tenor der Entscheidung des *LVerfG* deutlich macht, ist die Amtsordnung insofern als verfassungswidrig eingestuft worden, als sie in § 5 Abs. 1 Satz 1 die Möglichkeit eröffnet, dass sich die Ämter in Folge zunehmender Übertragung von Selbstverwaltungsaufgaben durch die Gemeinden zu Gemeindeverbänden entwickeln, sie

⁵² *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 88 – zit. nach Juris.

⁵³ Dazu *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 98, 117 – zit. nach Juris. Hier findet sich ein Hinweis auf die insoweit unbedenklich ausgestaltete Regelung in § 24 Abs. 1 Satz 2 AO, der für Rückübertragungen von überkommenen Aufgaben in den Kreisen Nordfriesland und Dithmarschen keine solchen Einschränkungen enthält.

aber für diesen Fall in § 9 keine unmittelbare Wahl der Mitglieder des Amtsausschusses als des zentralen Entscheidungsorgans der Ämter durch das Volk vorsieht.⁵⁴ Dieser Unvereinbarkeitserklärung – als Minus gegenüber einer unmittelbaren Nichtigkeitserklärung – kommt nach § 29 Abs. 2 Satz 1 und 2 LVerfGG Gesetzeskraft zu.⁵⁵

Daneben hat das *LVerfG* – ausdrücklich im Tenor der Entscheidung – festgestellt, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, die verfassungswidrige Rechtslage bis spätestens zum 31. Dezember 2014 durch eine Neuregelung zu beseitigen. § 5 Abs. 1 Satz 1 AO bleibt aber bis dahin insofern anwendbar, als die Vorschrift die Rechtsgrundlage für Übertragungen bildet, die bis einschließlich 26. Februar 2010 erfolgt sind.⁵⁶ Dieser Weitergeltensanordnung und der Rechtsetzungsdirektive an den Gesetzgeber kommt die Bindungswirkung gemäß § 29 Abs. 1 LVerfGG zu („Die Entscheidungen des Landesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane sowie alle Gerichte und Behörden des Landes.“).⁵⁷ Die Verfassungsorgane sind gehalten, diesen Urteilsausspruch umzusetzen.

Es ist insofern grundsätzlich möglich, dass der Gesetzgeber sich zunächst für eine „kleine Lösung“ bis zum Ende des Jahres 2014 entscheidet und in Aussicht nimmt, weitergehende Regelungen in der Zukunft nach den nächsten Kommunalwahlen 2018 zu beschließen. In jedem Fall muss aber bis zum 31. Dezember 2014 eine verfassungskonforme – mit den Direktiven der Entscheidung des *LVerfG* übereinstimmende – Neuregelung der Amtsordnung hinsichtlich der Möglichkeit zur Übertragung von Selbstverwaltungsaufgaben auf das Amt gefunden werden.⁵⁸

Im Positionspapier der *Landesregierung* wird auf „vernünftige Übergangsfristen“ hingewiesen, innerhalb derer „in der Vergangenheit auf das Amt übertragene Aufgaben auf die Gemeinden zurückzuverlagern oder aber in einem Akt sofort auf hierfür zwischenzeitlich von den amtsangehörigen Gemeinden gebildete Zweckverbände zu übertragen sein“⁵⁹ werden.

⁵⁴ *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, LS 1.

⁵⁵ Vgl. dazu auch *Bethge*, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 78 Rn. 77.

⁵⁶ *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, LS 2.

⁵⁷ Vgl. dazu ebenfalls *Bethge*, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 78 Rn. 77.

⁵⁸ Siehe dazu auch *Ernst/Schulz*, Sicherstellung der demokratischen Legitimation der schleswig-holsteinischen Ämter, 2010, S. 76 f.

⁵⁹ *Schlie*, Die Gemeinde 2011, 30 (32).

Solche Übergangsfristen sollten jedoch nicht über den im Tenor der Entscheidung des *LVerfG* aufgenommenen Zeitpunkt, d. h. den 31. Dezember 2014, hinausreichen.⁶⁰ Hier gilt es nämlich zu beachten, dass das Gericht dem Gesetzgeber eine Frist von annähernd fünf Jahren – genau genommen von 4 Jahren und 10 Monaten – zur Nachbesserung eingeräumt hat. Es betont in diesem Zusammenhang:

„Als angemessene Frist zur Beseitigung der verfassungswidrigen Rechtslage kommt grundsätzlich die Dauer einer Legislaturperiode in Betracht (*Lechner / Zuck*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Kommentar, 5. Aufl., 2006, § 78 Rn. 11 m.w.N.). Das erscheint auch vorliegend angemessen. Dementsprechend hat sich die bis zum 31. Dezember 2014 gesetzte Frist an Art. 13 Abs. 1 Satz 1 LV orientiert.“⁶¹

Ausdrückliche Fristangaben in verfassungsgerichtlichen Entscheidungen variieren – soweit ersichtlich – zwischen neun Monaten und vier Jahren.⁶² Fehlen solche Angaben, hat der Gesetzgeber dem Verfassungsverstoß binnen angemessener Frist bzw. unverzüglich abzuhelpen.⁶³ Der vom *LVerfG* zur Begründung der gesetzten Frist herangezogene Grundsatz, wonach die verfassungskonforme Neuregelung innerhalb einer Legislaturperiode zu erfüllen sei, wird in der zitierten Fundstelle nicht näher begründet und bezieht sich darauf, von welcher Frist auszugehen sein soll, wenn dem Gesetzgeber eine konkrete Frist gerade nicht genannt wird, nicht aber, welche Frist das Gericht dem Gesetzgeber aufzugeben hat.⁶⁴

Wenn hier also vom Gericht bereits eine großzügige Frist von nahezu einer ganzen Legislaturperiode eingeräumt wird, sind keine Gründe ersichtlich, warum es zulässig sein sollte, über den im Urteil angegebenen Zeitpunkt hinaus Übergangsregelungen, die zumindest in Teilen nicht mit den Erwägungsgründen in Einklang stehen, aufrecht zu erhalten. Der Gesetzgeber muss bis zum 31. Dezember 2014 eine verfassungskonforme, mit der Urteilbegründung des Gerichts übereinstimmende Neuregelung beschließen, um seiner verfassungsmäßigen Pflicht nachzukommen.

Da die Neuregelung der Amtsordnung spätestens zum 31. Dezember 2014 greifen muss, ist es nicht möglich, die Mandatszeit der im Zuge der Kommunalwahl im Mai

⁶⁰ So auch *Ernst/Schulz*, Sicherstellung der demokratischen Legitimation der schleswig-holsteinischen Ämter, 2010, S. 76 f.

⁶¹ *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 113 f. – zit. nach *Juris*.

⁶² *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 1276 m.w.N.

⁶³ BVerfGE 32, 199 (218); 81, 363 (384); 84, 168 (187); 89, 15 (27).

⁶⁴ *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 6. Aufl. 2011, § 78 Rn. 11. Zum Ganzen *Ernst*, NVwZ 2010, 816 (819).

2013 gewählten Kommunalvertreter von Änderungen im Bereich der Ämter unberührt zu belassen. Vielmehr würden sich die Rahmenbedingungen während der laufenden Wahlperiode 2013-2018 in jedem Fall ändern. Insofern bietet es sich an, möglichst frühzeitig die geänderte Rechtslage in Kraft zu setzen, um den Parteien und Wählergruppen bereits bei der Kandidatenaufstellung eine sachgerechte Einschätzung des kommunalrechtlichen Gefüges und damit der Anforderungen an die jeweiligen Kandidaten zu ermöglichen.⁶⁵

Auch das *LVerfG* geht in seinen Entscheidungsgründen davon aus, dass der Gesetzgeber seiner Nachbesserungspflicht rechtzeitig nachkommen wird:

„Anlass, darüber zu entscheiden, welche Rechtsfolgen bei Verstreichen der Frist eintreten, besteht derzeit nicht, weil keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Gesetzgeber nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist tätig werden wird.“⁶⁶

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Anika Luch

⁶⁵ Insofern heißt es auch im Positionspapier der *Landesregierung*: „Das Landesverfassungsgericht hat angeordnet, dass diese verfassungswidrige Rechtslage bis zum 31. Dezember 2014 zu beseitigen ist. Diese Frist sollte jedoch nicht ausgeschöpft werden: Es gilt der gute Grundsatz, dass ein Jahr vor einer Wahl endgültige Klarheit herrschen sollte über die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen eine Wahl stattfindet. (...) Diese Landesregierung wird alles tun, um dem Landtag eine Verabschiedung des Gesetzes ein Jahr vor den nächsten Kommunalwahlen – also im ersten Quartal des Jahres 2012 – zu ermöglichen.“ *Schlie*, *Die Gemeinde* 2011, 30.

⁶⁶ *LVerfG*, Urteil vom 26.02.2010, Az. 1/09, Rn. 113 f. – zit. nach *Juris*.