

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Innen- und Rechtsausschuss
Herrn Vorsitzenden Herrn Thomas Rother, MdL
Postfach 7121
24171 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 17/3540

Dr. sc. pol. Wolfgang M. Weißleder
Notar ■ Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Arbeitsrecht
Prof. Dr. Wolfgang Ewer
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Prof. Dr. Angelika Leppin
Rechtsanwältin ■ Fachanwältin für Verwaltungsrecht
Prof. Dr. Marcus Arndt
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Prof. Dr. Marius Raabe
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Dr. Gyde Otto
Rechtsanwältin
Dr. Gunnar Postel
Rechtsanwalt
Dr. Alexander Behnsen
Rechtsanwalt
Dr. Bernd Hoefler
Rechtsanwalt

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen:

Kiel, den

01.02.2012

Bearbeiter/-in:

RA Prof. Dr. Ewer

Stellungnahme zu den Gesetzentwürfen zur Neuordnung des Kommunalverfassungsrechts – Umsetzung der Vorgaben des Landesverfassungsgerichts zur Amtsordnung

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

im Nachgang zur Anhörung vom 11.01.2012 im Innen- und Rechtsausschuss übersende ich Ihnen hiermit eine thesenartige Zusammenfassung meiner Ausführungen.

A. Ausgangslage

Mit Urteil vom 26. Februar 2010 – LVerfG 1/09 – hat das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht festgestellt, dass die geltende Amtsordnung insoweit verfassungswidrig ist, als sie die Möglichkeit eröffnet, dass sich die Ämter in Folge zunehmender Übertragung von Selbstverwaltungsaufgaben durch die Gemeinden zu Gemeindeverbänden entwickeln, ohne dass die Amtsordnung für diesen Fall eine

unmittelbare Wahl der Mitglieder des Amtsausschusses vorsieht. Das Landesverfassungsgericht hat dem Landesgesetzgeber aufgegeben, bis zum 31.12.2014 eine verfassungsgemäße Rechtslage herzustellen.

Zur Realisierung der Vorgaben des Landesverfassungsgerichts liegen nunmehr drei Gesetzentwürfe zur Neufassung der Amtsordnung vor, deren Inhalte sich wie folgt komprimiert zusammenfassen lassen:

- Der Entwurf der Fraktion der SPD (LT-Drs. 17/1660) sieht bei gleichbleibender Besetzung des Amtsausschusses vor, dass die Amtsordnung einen abgeschlossenen Katalog von fünf Aufgaben enthält, die die Gemeinden auf die Ämter übertragen dürfen.
- Der Entwurf der Landesregierung (LT-Drs. 17/1663) sieht bei ebenfalls gleichbleibender Besetzung des Amtsausschusses vor, dass die Amtsordnung einen abgeschlossenen Katalog von 16 Aufgaben enthält, aus dem das Amt insgesamt fünf Aufgaben übertragen erhalten darf. Zudem sollen amtsinterne Zweckverbände zugelassen werden, deren hauptamtliche Verwaltung dann zwingend das Amt übernimmt.
- Im Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (LT-Drs. 17/1693) ist hingegen vorgesehen, dass die Gemeindeordnung die freiwillige Bildung größerer Gemeinden vereinfacht und den Gemeinden die Möglichkeit bietet, sich in weiterem Maße als bisher in teilselbständige Ortsteile bzw. Dorfschaften zu untergliedern. In der Amtsordnung soll die Möglichkeit der Aufgabenübertragung unverändert erhalten bleiben, hingegen der Amtsausschuss direkt gewählt werden. Ein Leitbild für eine gezielte Entwicklung von Großgemeinden ist nicht vorgesehen. Innerhalb der Ortsteile bzw. Dorfschaften ist die Wahl eines Dorfvorstehers vorgesehen, der den Gemeindebürgermeister in begrenztem Rahmen vertritt.

B. Zu den Lösungsvorschlägen im Einzelnen

Meiner intensiven Auseinandersetzung mit den Entwürfen sei vorangestellt, dass alle drei Entwürfe – trotz der zwei dahinterstehenden, diametral voneinander abweichenden

den Lösungsansätze – verfassungsrechtlich grundsätzlich unproblematisch sind und den Anforderungen aus dem Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichts vom 26.02.2010 an eine verfassungskonforme Ausgestaltung des Aufgabenbestands der Ämter dem Grunde nach gerecht werden. Es findet entweder eine Begrenzung der zu übertragenden Aufgaben auf ein Maß statt, für das die demokratische Legitimation des Amtes, insbesondere des Amtsausschusses, hinreichend ist, oder aber es findet eine Direktwahl des Amtsausschusses statt, mit der die stärkste denkbare demokratische Legitimation des Amtes hergestellt wird.

Einzig die im Gesetzentwurf der Landesregierung vorgesehene Regelung über die Bildung amtsinterner Zweckverbände wirft verfassungsrechtliche Fragen auf, ist aber für den Lösungsansatz zum Aufgabenbestand der Ämter nicht von grundsätzlicher Bedeutung.

In *verfassungsrechtlicher* Hinsicht gibt es daher nur geringen Anlass zu den verschiedenen Lösungsansätzen Stellung zu nehmen.

Allerdings ist aus *anwaltschaftlich-praktischer* Sicht festzustellen, dass sich die kommunale Verwaltung in den Gemeinden und Ämtern in Schleswig-Holstein in ihren derzeitigen Strukturen als funktionierend erweist. Die Gemeinden und Ämter sind strukturell handlungsfähig und in der Lage, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft als bürgerschaftliche Selbstverwaltung sachbezogen und sachgerecht zu erfüllen. Es gibt Herausforderungen der kleinteiligen Verwaltungsstruktur durch die demographische Entwicklung und durch die angespannte finanzielle Lage der öffentlichen Haushalte, die für größere Einheiten der kommunalen Verwaltung sprechen mögen. Gegenstand meiner Stellungnahme ist jedoch die verfassungskonforme Ausgestaltung der Amtsordnung im Hinblick auf die demokratische Legitimation der Aufgabenerfüllung. Aus diesem Blickwinkel findet eine funktionierende orts- und bürgernahe Erledigung von kommunalen Aufgaben in den Gemeinden und Ämtern in der derzeitigen Struktur statt, so dass eine rechtssichere Neugestaltung der Aufgabenverteilung erforderlich ist, nicht aber eine Veränderung der kommunalen Organisationsstrukturen.

Darüber hinaus ist zu den einzelnen Gesetzentwürfen Folgendes auszuführen:

I. Vom Landesverfassungsgericht aufgezeigte Lösungswege

Das Landesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 26.02.2010 zwei Wege aufgezeigt, wie die demokratische Legitimation der Ämter wieder in einem hinreichenden Maße gesichert werden kann, nämlich entweder

- durch eine Begrenzung der Übertragungsmöglichkeit von Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeinden auf die Ämter in einem abschließenden Katalog

oder

- durch eine Direktwahl des Amtsausschusses.

Vor dem in meiner Vorbemerkung dargelegten, nicht verfassungsrechtlichen, sondern vielmehr erfahrungsbezogenen Hintergrund ist der gemeinsame Impetus, der den beiden Gesetzentwürfen der Landesregierung und damit letztlich der Regierungskoalition einerseits sowie der SPD-Fraktion andererseits zugrunde liegt, nachvollziehbar und überzeugend. Die Ämter und Gemeinden bleiben in ihrer funktionsfähigen Struktur erhalten und die demokratischen Anforderungen an eine Erfüllung von Selbstverwaltungsaufgaben durch die Ämter werden geschaffen, indem die Möglichkeiten der Aufgabenübertragung begrenzt werden.

Der von der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vorgelegte Ansatz hingegen folgt dem zweiten vom Landesverfassungsgericht aufgezeigten Lösungsweg, nämlich der unmittelbaren demokratischen Legitimation der Amtsausschüsse. Diese aber wird zugleich eingebettet in den Einstieg in die flächendeckende Bildung von Großgemeinden.

1. Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen

Der von der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vorgeschlagene Lösungsweg, der die Bildung größerer Gemeinden ermöglicht und letztlich wohl auch zur Folge haben dürfte, kann aus meinem persönlichen anwaltlichen Blickwinkel nicht bevorzugt werden. So entspricht es meiner praktischen Erfahrung gerade mit und in kleineren Gemeinden, dass die Erfüllung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft dort in ho-

hem Maße parteiübergreifend und sachbezogen erfolgt. Zwar wird über einzelne An-
gelegenheit nicht weniger kontrovers diskutiert, es steht aber bei den Auseinandersetz-
zungen zumeist die Sache selbst im Vordergrund, während hingegen in größeren und
größten Gemeinden zu beobachten ist, dass die sachbezogene Aufgabenerfüllung
zuweilen in den Hintergrund tritt zugunsten der Durchsetzung einer parteipolitischen
Linie. Letzteres erfolgt jedoch zulasten der bürgerschaftlich-partizipatorischen Selbst-
verwaltung.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass zwar der zu beratende Gesetzentwurf der Frak-
tion Bündnis 90/Die Grünen die Bildung von Großgemeinden nur auf freiwilliger
Grundlage vorsieht und durch finanzielle und organisatorische Anreize positiv unter-
stützt. Gleichwohl dürften jedoch wirkungsvolle Anreize zur Bildung von Großgemein-
den geschaffen und damit eine umfassende Reform der gemeindlichen Gebietsstruk-
turen angestoßen werden, für die es bislang kein Leitbild gibt. Ein gesetzgeberisches
Leitbild ist zwar für eine Gebietsreform, wie zuletzt die Verfassungsgerichte in Meck-
lenburg-Vorpommern und in Sachsen-Anhalt festgestellt haben, verfassungsrechtlich
nicht erforderlich,

Landesverfassungsgericht Sachsen-Anhalt, Urteile vom 31.05.1994 - LVG
1/94 -, LKV 1995, S. 75, 79, und vom 13.06.2006 - LVG 14/05 -, LKV 2007,
S. 125, 126; Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern, Urteil
vom 26.07.2007 - LVerfG 9/06 u.a. -, S. 45,

jedenfalls dann nicht, wenn der Gesetzgeber selbst die Gebietsreform umfassend re-
gelt. Gleichwohl erwiese sich ein solches Leitbild schon für eine gesetzliche Gebiets-
reform aber als zweckmäßig und auch ratsam, um eine Grundlage für die einheitliche
Abwägung aller betroffenen Belange und für eine gleichmäßige Ermessensausübung
zu schaffen und damit zugleich durch eine transparente Leitbilddiskussion die Akzep-
tanz in der Bevölkerung zu erhöhen. Dementsprechend lagen den verschiedenen weit-
reichenden kommunalen Gebietsreformen in Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen,
Sachsen und Sachsen-Anhalt in jüngerer Zeit jeweils abstrakte Leitbilder zugrun-
de.

Und gerade wenn eine Veränderung der kommunalen Struktur zu Großgemeinden
nicht durch eine umfassende gesetzgeberische Reform geschaffen werden soll, son-

dern vielmehr der freien Entwicklung durch die Gemeinden selbst überlassen bleiben und durch das Land lediglich gefördert werden soll, bedarf es umso mehr eines Leitbildes, an dem sich die Gemeinden in ihrer eigenen Entscheidung orientieren können, damit nicht eine letztlich unzusammenhängende, unstrukturierte Entwicklung eintritt.

Wenn auch dabei kein unmittelbares verfassungsrechtliches Erfordernis besteht, freiwillige Gebietsveränderungen einem Leitbild zu unterwerfen, so dürfte aber mittelbar ein solches Erfordernis durchaus vorliegen. Bei einer nicht an einem Leitbild orientierten, alleine in der Entscheidung der Gemeinden stehenden Entwicklung zu Großgemeinden wird sich früher oder später das Erfordernis ergeben, dass der Gesetzgeber aus übergeordnetem Interesse in die entstandene Gebietskulisse wieder eingreift, um Fehlentwicklungen zu beseitigen, die bei einem Leitbild auch für freiwillige Zusammenschlüsse schon im Vorwege vermieden werden können. Ein Leitbild für freiwillige Zusammenschlüsse wäre damit der gegenüber einer späteren gesetzlichen Fehlerkorrektur geringere Eingriff.

Zwar lässt sich rechtlich der konkrete Ansatz im Gesetzentwurf der Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen, mit der die Aufgabenerfüllung in den Ämtern den Anforderungen der demokratischen Legitimation gerecht werden soll, von der Bildung von Großgemeinden trennen. Auch ohne ein vereinfachtes Zusammengehen von Gemeinden zu Großgemeinden wäre eine Direktwahl des Amtsausschusses denkbar und würde den vom Landesverfassungsgericht gestellten Anforderungen an die demokratische Legitimation der Aufgabenerfüllung in den Ämtern gerecht werden. Letztlich würde damit sogar das höchstmögliche denkbare Niveau personeller demokratischer Legitimation der Aufgabenerfüllung in den Ämtern geschaffen. Gleichwohl stellt aber die Direktwahl des Amtsausschusses bei gleichzeitig weiterhin unbegrenzt möglicher Aufgabenübertragung von den Gemeinden auf die Ämter nichts anderes als den Einstieg in die Bildung von Großgemeinden dar. Ein Amt, das von einem direkt gewählten Amtsausschuss und einem hauptamtlichen Amtsdirektor verwaltet wird und in großem Umfang übertragene Selbstverwaltungsaufgaben wahrnimmt, unterscheidet sich von der Großgemeinde nur noch darin, dass es kein originäres Aufgabenerfindungsrecht hat. Die faktische Entwicklung zu Großgemeinden ist für diesen Fall aber absehbar, so dass letztlich die bestehende Struktur orts- und bürgernaher, sachbezogener und parteiübergreifender Erfüllung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zugunsten von Großgemeinden aufgegeben würde.

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass insbesondere die im Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vorgesehene Funktion des Dorfvorstehers erhebliche Probleme insoweit aufwirft, als die organschaftliche Stellung des Dorfvorstehers nicht geregelt ist. Unklar bleibt, ob dessen Position etwa als ehrenamtlich tätiger Bürger, Ehrenbeamter o.ä. ausgestaltet sein soll. Eine derartige Unklarheit führt jedoch zunächst zu amtschaftungsrechtlichen Problemen und stellt sich zudem – soweit der Dorfvorsteher den Bürgermeister vertritt – mit Blick auf das Gebot aus Art. 33 Abs. 4 GG als verfassungsrechtlich problematisch dar. Demnach ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.

2. Entwürfe der Landesregierung und der SPD-Fraktion

a) Allgemeines

Der von der Landesregierung und der Fraktion der SPD gleichermaßen vorgesehene Lösungsweg einer inhaltlichen Begrenzung der Übertragung von Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeinden auf die Ämter behält hingegen die funktionierende kommunale Struktur der Selbstverwaltung bei. Insofern ist wiederum zu betonen, dass es aus Gründen der demographischen Entwicklung in den Gemeinden und der Haushaltssituation durchaus vernünftig sein mag, größere als die bestehenden kommunalen Einheiten zu bilden, dies stellt aber ein von der Herstellung eines hinreichenden demokratischen Legitimationsniveaus in den Ämtern zu unterscheidendes Problem dar.

Zu dem Entwurf der Landesregierung ist allerdings aus rechtlicher, insbesondere verfassungsrechtlicher Sicht Folgendes anzumerken:

Die sinnvolle Umsetzung des Modells der zulässigen Übertragung von fünf aus einem abschließenden Katalog von sechzehn Aufgaben hat zur Voraussetzung, dass die Zahl der übertragenen Aufgaben aus Sicht des Amtes zu bestimmen ist. Nicht jede Gemeinde darf fünf Aufgaben aus dem Katalog auf das Amt übertragen, sondern dem Amt dürfen insgesamt nur fünf Aufgaben aus dem Katalog von einer jeweils beliebigen Zahl von Gemeinden übertragen werden und dies unter der Voraussetzung, dass

jeweils mindestens zwei Gemeinden dieselbe Aufgabe übertragen. Es entscheiden aber die Gemeinden alleine über die Übertragung einer Aufgabe auf das Amt, ohne dass das Amt die Übertragung ablehnen könnte.

Damit könnten aber zwei Gemeinden durch eine Übertragung von fünf Aufgaben auf das Amt den übrigen Gemeinden die Möglichkeit nehmen, andere Aufgaben aus dem abgeschlossenen Katalog auf das Amt zu übertragen. Die anderen Gemeinden könnten sich nur noch den bereits übertragenen Aufgaben anschließen, wobei sich dann noch die Frage stellt, wie bei einer zwischen den Gemeinden differierenden, teilweisen Übertragung derselben Aufgabe aus dem Katalog zu verfahren ist, weil nach dem Entwurf – folgerichtig – eine teilweise Aufgabenübertragung hinsichtlich der fünf übertragenen Aufgaben als volle Aufgabenübertragung gilt.

Für das Übergangsrecht hinsichtlich bestehender Altübertragungen, das eine vergleichbare Problemlage lösen muss, sieht nun der Gesetzentwurf der Landesregierung vor, dass das Amt auf eine Abstimmung unter den Gemeinden hinwirken soll, bezüglich der Neuübertragung sind aber keinerlei vergleichbare Sicherungsmechanismen vorgesehen, nicht einmal das ohnehin nur schwache Gebot, dass das Amt eine Abstimmung der Gemeinden untereinander fördern soll.

Zuzugeben ist, dass weitergehende Sicherungsmechanismen ihrerseits auch nur schwer vorstellbar sind. Denkbar wäre, dass der Amtsausschuss einer Aufgabenübertragung mehrheitlich zustimmen müsste. Ein solcher Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Amtes würde aber das Modell des Amtes als Dienstleister der Gemeinden überschreiten, weil die Ämter in systemwidriger Weise einen eigenen Einfluss darauf erhielten, welche Aufgaben ihnen übertragen würden. Stattdessen könnte ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten der nicht übertragenden Gemeinden des Amtes geschaffen werden. Ein solcher Zustimmungsvorbehalt müsste aber wohl als ein unvernehmlicher Zustimmungsvorbehalt ausgestaltet werden, so dass dann wiederum eine einzelne Gemeinde jegliche Aufgabenübertragung auf das Amt verhindern könnte. Ein solches Szenario kann aber praktisch leider nicht als unrealistisch bezeichnet werden.

Letztlich ist daher eine weiche Abstimmungspflicht unter den Gemeinden, die sich auch aus dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Gebot der interkommunalen Abstimmungspflicht ergibt, der einzig systemgerechte Mechanismus einer zumindest an-

satzweisen Sicherung und sollte nach meiner Auffassung auch für die zukünftige Aufgabenübertragung vorgesehen werden, wenn das von der Landesregierung vorgeschlagene Modell übernommen wird.

Der Entwurf der Fraktion der SPD wirft dieses Problem dagegen nicht auf, weil der dort vorgesehene abschließende Aufgabenkatalog vom Umfang her geringer ist, dafür aber aus Sicht des Amtes voll ausgeschöpft werden darf. Entscheidend ist, dass dieser Entwurf eine Kongruenz zwischen den Aufgaben vorsieht, die die einzelnen Gemeinden übertragen dürfen und den Aufgaben, die das Amt wahrnehmen darf. Grundsätzlich können nicht zwei einzelne Gemeinden durch die Übertragung von Aufgaben die Aufgabenübertragungen anderer Gemeinden blockieren. Dafür ist allerdings der in dem Entwurf der Fraktion der SPD aufgestellte Katalog der Aufgaben sehr weit gefasst, insbesondere im Entwurf für § 5 Abs. 1 Nr. 3 AO:

„Die Errichtung und den Betrieb von zentralen Sozial-, Bildungs-, Kultur-, Sport-, Spiel- und Freizeiteinrichtungen, die mehreren amtsangehörigen Gemeinden dienen“

und für § 5 Abs. 1 Nr. 4 AO:

„Die Errichtung und den Betrieb von öffentlichen Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen“.

Hier stellt sich aber die Frage, ob nicht ein Problem dadurch auftritt, dass einzelne Gruppen von jeweils mindestens zwei Gemeinden die Errichtung und den Betrieb jeweils unterschiedlichster Einrichtungen auf das Amt übertragen, die keine innere Verbindung miteinander aufweisen und damit sachlich zwei verschiedene Aufgaben darstellen, bei einer engen Auslegung der vorgeschlagenen Norm aber als nur eine übertragene Aufgabe anzusehen wären. Es würde die Gefahr geschaffen, dass sich der gesetzliche Katalog der Aufgaben letztlich wiederum als zu weit erweist.

Damit weisen der Entwurf der Landesregierung und der Fraktion der SPD jeweils Vor- und Nachteile auf, die der andere Entwurf nicht enthält.

Vor diesem Hintergrund erscheint es erwägenswert, ob nicht eine Synthese denkbar ist, mit der die im Entwurf der Landesregierung enthaltene enge Fassung der Aufgaben – die verfassungsrechtlich unzweifelhaft hinreichend bestimmt sind – mit der im Entwurf der Fraktion der SPD vorgesehenen Kongruenz zwischen der Zahl der Aufgaben, die die Gemeinden übertragen dürfen, und der Zahl der Aufgaben, die beim Amt wahrgenommen werden dürfen, verbunden wird, zum Beispiel in einem Modell „sieben aus sieben“.

Dabei ist darauf hinzuweisen, dass das Landesverfassungsgericht ausdrücklich ausgeführt hat, dass nicht die absolute Anzahl der übertragenen Aufgaben für die erforderliche demokratische Legitimation erheblich ist, sondern die inhaltliche Qualität der Aufgaben, so dass die in beiden Entwürfen vorhandene Zahl von fünf Aufgaben, die übertragen werden dürfen, nicht verfassungsrechtlich geboten ist. Letztlich wäre, bei entsprechend eng definierten und wenig Gestaltungsspielraum bietenden Aufgaben, sogar ein Modell „sechzehn aus sechzehn“ verfassungsrechtlich denkbar.

b) Insbesondere zur Verordnungsermächtigung

Der Entwurf der Fraktion der SPD sieht über den Katalog von fünf übertragbaren Aufgaben hinaus eine Verordnungsermächtigung für das Innenministerium vor, nach der das Innenministerium weitere Aufgaben durch Rechtsverordnung des Landes zur Übertragung von den Gemeinden auf die Ämter zulassen darf. Diese Verordnungsermächtigung ist zwar nicht offensichtlich kritisch zu sehen, sie birgt aber gleichwohl die Gefahr in sich, dass sie sich als zu unbestimmt erweist. Diese Gefahr beruht darauf, dass das Landesverfassungsgericht die geltende Rechtslage als verfassungswidrig festgestellt hat, nicht etwa, weil einzelne Übertragungsakte für Aufgaben der Gemeinden einen durch verfassungskonforme Auslegung des § 5 AO zu bestimmenden Rahmen bereits überschritten hätten, sondern weil § 5 AO eine solche Überschreitung einfachgesetzlich abstrakt zulasse. Diese Argumentation lässt sich aber auf den Entwurf eines § 5a Satz 2 AO im Gesetzentwurf der Fraktion insofern übertragen, als dann nicht nur eine Verordnung selbst verfassungswidrig wäre, die die Quantität oder Qualität der verfassungsrechtlich zulässig übertragenen Aufgaben überschreitet, sondern eben auch der vorgeschlagene § 5a AO als gesetzliche Grundlage verfassungswidrig wäre. Dieses Ergebnis folgt nur aus einer sehr weitgehenden Interpretation des

verfassungsgerichtlichen Urteils, sollte aber bei einer rechtssicheren Neugestaltung der Amtsordnung nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

Daher ist es anzuraten, die Verordnungsermächtigung jedenfalls mit Sicherungsmechanismen zu versehen, beispielsweise durch eine Beschränkung der Verordnungsermächtigung auf Aufgaben, die keinen besonderen Gestaltungsspielraum bieten, oder durch einen Negativkatalog von Aufgaben, die nicht aufgrund einer Verordnung übertragen werden dürfen; insofern denke ich etwa an den besonders sensiblen Bereich der Bauleitplanung. Besser noch sollte durch eine wohlüberlegte Fassung des gesetzlichen Positivkatalogs die Verordnungsermächtigung ohnehin entbehrlich werden. Gerade eine regelmäßige Revision des gesetzlichen Positivkatalogs, wie sie in § 5a Satz 1 des Entwurfs der Fraktion der SPD vorgesehen ist, sollte hier hinreichend Flexibilität mit sich bringen.

c) Insbesondere zur Neuregelung des Zweckverbandsrechts

Sodann erweist sich die im Entwurf der Landesregierung enthaltene Neuregelung des Zweckverbandsrechts als verfassungsrechtlich jedenfalls bedenklich. Mit der Änderung des § 2 Abs. 3 GkZ sollen amtsinterne Zweckverbände zugelassen werden, deren Verwaltung zwingend durch die hauptamtliche Verwaltung des Amtes wahrgenommen werden soll. Grundsätzlich bestehen gegen amtsinterne Zweckverbände keine verfassungsrechtlichen Bedenken: Insbesondere wegen der Beschränkung der Zweckverbände auf die Wahrnehmung nur einzelner oder zumindest zusammenhängender Aufgaben ist ausgeschlossen, dass sich die Zweckverbände wegen der Vielzahl der ihnen übertragenen Aufgaben und der damit verbundenen Gestaltungsspielräume zu materiellen Gemeindeverbänden nach den vom Bundesverfassungsgericht und vom Landesverfassungsgericht entwickelten Maßstäben zu Art. 2 Abs. 2 der Landesverfassung entwickeln. Gleichwohl stehen die Zweckverbände allgemein hinsichtlich der demokratischen Legitimation ihrer Aufgabenerfüllung in der Kritik,

VGH München, Urteil vom 08.03.2001 - 4 B 98.2073 -, NVwZ-RR 2001, S. 779, 780; Nordholtz, Das Niedersächsische Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit, Hamburg 2008, S. 193 ff., 196 ff.; Schmidt, Kommunale Kooperation – Der Zweckverband als Nukleus des öffentlich-rechtlichen

Gesellschaftsrechts, Tübingen 2005, S. 81 ff., 84; ähnlich auch Winkler, Verwaltungsträger im Kompetenzverbund – Die gemeinsame Erfüllung einheitlicher Verwaltungsaufgaben durch verschiedene juristische Personen des öffentlichen Rechts, Tübingen 2009, S. 56 ff., der allerdings ein demokratisches Defizit der Zweckverbände vorrangig in der Beteiligung Privater am Zweckverband sieht,

Kritisiert wird im Wesentlichen, dass das willensbildende Organ der Zweckverbände, das die Interessen der Verbandsmitglieder repräsentiert, zumeist aus den Bürgermeistern und Landräten der beteiligten Gemeinden und Gemeindeverbände besteht und damit politische Minderheiten in den Mitgliedsgemeinden in der Aufgabenerfüllung der Zweckverbände unverhältnismäßig gering oder gar nicht repräsentiert sind. In der Rechtsprechung wird vor diesem Hintergrund die demokratische Legitimation der Zweckverbände nur deswegen als ausreichend erachtet, weil der eng begrenzte, auf jeweils einzelne oder zumindest eng zusammenhängende Aufgaben beschränkte Aufgabenbestand der Zweckverbände kein höhere Legitimationsniveau erfordert,

VGH München, Urteil vom 08.03.2001 - 4 B 98.2073 -, NVwZ-RR 2001, S. 779, 780.

Das Problem erwächst nun aus der Verbindung der für § 2 Abs. 3 GkZ vorgesehenen Änderung mit der Neugestaltung der Aufgabenübertragung von den Gemeinden auf die Ämter und mit der zwangsweisen Wahrnehmung der Zweckverbandsverwaltung durch die Amtsverwaltung. Der Entwurf des § 2 Abs. 3 GkZ ermöglicht es im Zusammenspiel mit der in § 9 GkZ enthaltenen Gestaltungsfreiheit für die Zusammensetzung der Verbandsversammlung, durch die Bildung von amtsinternen Zweckverbänden eben den Zustand herzustellen, der auch durch die derzeitige verfassungswidrige Rechtslage des § 5 AO möglich ist. Die Gemeinden eines Amtes können nämlich, anstatt Aufgaben direkt auf das Amt zu übertragen, einen Zweckverband gründen und dessen Verbandsversammlung so ausgestalten, dass sie mit dem Amtsausschuss personenidentisch ist. In der Sache könnte damit über die Gründung mehrerer Zweckverbände faktisch der derzeitige verfassungswidrige Zustand der Aufgabenerfüllung durch die Ämter unverändert aufrechterhalten bleiben. Das jeweils tagende Entscheidungsorgan würde dann je nach Aufgabe als Amtsausschuss oder als Ver-

bandsversammlung eines Zweckverbands tätig, bliebe aber über alle Aufgaben hinweg personenidentisch, so dass ein praktischer Unterschied nicht entstünde.

Es bliebe zwar als Sicherungsmechanismus § 5 Abs. 5 GkZ, wonach die Gründung eines Zweckverbands der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedarf, gleichwohl wirkt gerade die für § 2 Abs. 3 GkZ vorgesehene zwangsweise Verwaltung des Zweckverbands durch die Amtsverwaltung letztlich als eine Einladung, durch die Gestaltung von amtsinternen Zweckverbänden die begrenzte Übertragung von Aufgaben auf das Amt zu umgehen.

Zwar besteht kein allgemeiner Grundsatz im öffentlich-rechtlichen Organisationsrecht, dass es Gemeinden und Gemeindeverbänden verböte, die konkrete Rechtsform und Organisation ihrer Aufgabenerfüllung so auszugestalten, dass sie damit bestimmten rechtlichen Bindungen, denen sie in einer anderen Organisationsform unterworfen wären, nicht unterworfen sind, solange die gewählte Organisationsform eine allgemein zulässige Organisationsform ist,

so jüngst OLG Frankfurt, Beschluss vom 20.09.2011 - 11 W 24/11 (Kart) -, zitiert nach juris Rdnr. 28-30,

gleichwohl besteht auch im öffentlichen Recht dann ein Umgehungsverbot bzw. das Verbot des Gestaltungsmissbrauchs, wenn eine Organisationsform ausschließlich dazu dient, bestimmten öffentlich-rechtlichen Bindungen zu entkommen, ohne dass für diese Organisationsform andere vernünftige Gründe sprechen, und zwar sowohl in der Gestaltung privatrechtlicher Rechtsformen,

ausführlich VG Aachen, Beschluss vom 24.04.2003 - 8 L 183/03 -, zitiert nach juris Rdnr. 10 ff.; ebenso VGH München, Beschluss vom 28.01.1985 - 9 B 83 A.2449 -, zitiert nach juris,

als auch in Betätigung des Organisationsermessens für die öffentlich-rechtliche Gestaltung der Aufgabenerfüllung, die dann unzulässig wird, wenn die für konkrete Betätigung des Organisationsermessens herangezogenen Gründe nur vordergründig vorgeschoben sind, letztlich aber allein andere, ermessensfehlerhafte Beweggründe hinter der Ermessensbetätigung stehen,

OVG Lüneburg, Beschluss vom 17.02.2010 - 5 ME 266/09 -, zitiert nach juris Rdnr. 18; OVG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 30.07.1997 - 1 B 83/97 -, LKV 1998, S. 277 f.; vgl. auch EuG, Urteil vom 23.10.1990 - T-46/89 -, zitiert nach juris.

Dieses Verbot gilt insbesondere dann, wenn eine besondere Gestaltung der Aufgabenerfüllung ausschließlich dazu dient, verfassungsrechtliche Bindungen des jeweiligen Verwaltungsträgers zu umgehen,

Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, Beschluss vom 21.03.2003 - 6/01 -, NVwZ-RR 2003, S. 537, 540; vgl. auch das sehr weitgehende, letztlich aber auch auf dem Gedanken eines verfassungsrechtlichen Umgehungsverbots als Grenze der gemeindlichen Organisationshoheit beruhende Urteil des BVerwG vom 23.08.2011 - 9 C 2/11 -, zitiert nach juris Rdnr. 14.

Die durch die vorgeschlagenen Änderungen ermöglichte Bildung einer Mehrzahl amtsinterner Zweckverbände ermöglicht aber eben eine solche Umgehung der Bindungen aus einem neugestalteten § 5 AO.

In der Sache ist daher zu empfehlen, zumindest auf die zwangsweise Verwaltung des Zweckverbands durch das Amt zu verzichten, so dass eine Umgehung der Neuregelung des § 5 AO erkennbar auf einen Gestaltungsmissbrauch bei einzelnen Gemeinden zurückzuführen wäre, nicht hingegen aber auf eine gesetzlich eröffnete Gestaltungsmöglichkeit.

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass Zweckverbände ohnehin wegen ihrer nicht immer starken demokratischen Legitimation verfassungsrechtlichen Zweifeln unterworfen sind, die nur durch die – im derzeitigen GkZ enthaltene – Beschränkung von Zweckverbänden auf eng begrenzte Aufgaben beseitigt werden können.

C. Zusammenfassung

Nach alledem ist als Fazit meiner intensiven Befassung mit den vorliegenden Entwürfen hinsichtlich der erforderlichen Neuordnung des Kommunalverfassungsrechts Folgendes festzuhalten:

1. Der seitens der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vorgeschlagene Weg, dessen Folge die Bildung größerer Gemeinden sein dürfte, kann aus meiner persönlichen anwaltlichen Erfahrung nicht bevorzugt werden. Es steht zu befürchten, dass die bisher erfolgreich praktizierte sachbezogene Diskussion in kleineren Gemeinden zulasten eher parteipolitisch dominierter Erwägungen zurücktreten wird. Im Übrigen fehlt es aktuell an einem Leitbild, das einer solchen (jedenfalls faktischen) Gebietsreform zugrunde läge. Dass es aus demographischen Gründen ratsam oder gar erforderlich sein mag, die kleinteilige Struktur der Gemeinden an bestimmten Stellen zu reformieren, ist hingegen keine Frage der Neufassung der Amtsordnung, sondern für sich genommen zu betrachten.
2. Der Entwurf der Landesregierung und derjenige der Fraktion der SPD sind grundsätzlich zu begrüßen, als sie die bestehenden und funktionierenden Gemeindestrukturen beibehalten. Der Entwurf der Landesregierung wirft jedoch Probleme insoweit auf, als es zu verhindern gilt, dass eine oder mehrere Gemeinden das Kontingent an übertragbaren Aufgaben zulasten anderer Gemeinden ausschöpfen und letztere nur noch entscheiden können, ob sie sich den bereits übertragenen Aufgaben anschließen. Sicherungsmechanismen sind schwer vorstellbar, letztlich dürfte eine weiche Abstimmungspflicht, die sich auch aus dem interkommunalen Abstimmungsgebot ergibt, zu präferieren sein.
3. Aufgrund des abschließenden engen Aufgabenkatalogs stellt sich das eben unter 2. dargestellte Problem für den Entwurf der Fraktion der SPD nicht. Es erscheint aber denkbar, dass einzelne Gruppen von jeweils mindestens zwei Gemeinden aus dem weit gefassten Aufgabenkatalog von fünf Aufgaben jeweils eine Aufgabe auf das Amt übertragen, zugleich aber diese Aufgaben in einer Weise zuschneiden, dass die nach derselben Katalogposition übertragenen Aufgaben verschiedener Gemeinden keine innere Verbindung mehr miteinander aufweisen und damit sachlich zwei verschiedene Aufgaben darstellen. Damit würde

der begrenzende Charakter des abschließenden Aufgabenkatalogs in Frage gestellt.

4. Zu erwägen ist daher eine Synthese der Entwürfe der Landesregierung und der Fraktion der SPD dergestalt, dass die im Entwurf der Landesregierung enthaltene inhaltlich enge Fassung der Aufgaben einerseits mit der im Entwurf der Fraktion der SPD vorgesehenen Kongruenz zwischen der Zahl der Aufgaben, die die Gemeinden übertragen dürfen und der Zahl der Aufgaben, die beim Amt wahrgenommen werden dürfen, andererseits verbunden wird.
5. Die im Entwurf der Fraktion der SPD vorgesehene Verordnungsermächtigung zugunsten des Innenministeriums erfordert gewisse Sicherungsmechanismen – etwa eine Beschränkung auf Aufgaben ohne Gestaltungsspielraum oder einen Negativkatalog nicht übertragbarer Aufgaben –, um zu verhindern, dass eine auf dieser Grundlage erlassene Verordnung sowie schlimmstenfalls die Verordnungsermächtigung selbst verfassungswidrig wird.
6. Die Verbindung der im Entwurf der Landesregierung in § 2 Abs. 3 GkZ vorgesehenen Zulässigkeit amtsinterner Zweckverbände mit der Neugestaltung der Aufgabenübertragung von den Gemeinden auf die Ämter und mit der zwangsweisen Wahrnehmung der Zweckverbandsverwaltung durch die Amtsverwaltung im erweist sich als problematisch. Diese Gestaltung ermöglicht es, durch die Bildung von amtsinternen Zweckverbänden mit einer Personenidentität von Versammlungen und Amtsausschüssen eben den Zustand herzustellen, der auch durch die derzeitige verfassungswidrige Rechtslage des § 5 AO möglich ist. Es ist zu empfehlen, zumindest auf die zwangsweise Verwaltung des Zweckverbands durch das Amt zu verzichten, so dass eine Umgehung der Neuregelung des § 5 AO erkennbar auf einen Gestaltungsmissbrauch bei einzelnen Gemeinden zurückzuführen wäre, nicht hingegen aber auf eine gesetzlich eröffnete Gestaltungsmöglichkeit.

Mit freundlichen Grüßen


Prof. Dr. Wolfgang Ewer

Fachanwalt für Verwaltungsrecht