

Leistungsverweigerungsrecht bei nicht voll refinanzierten Pflichtaufgaben?

von

Dr. iur. Menno Aden, Essen

E v. 2.5.19

1. Fragestellung¹

Die Redensart *Wer die Musik bestellt, zahlt* gibt den Weltrechtssatz wieder, wonach eine Rechtsperson A (= Auftraggeber), welche eine Rechtsperson B (= Beauftragter) zu etwas beauftragt, dem B die dafür erforderlichen Aufwendungen zu erstatten hat. Der Aufwendungserstattungsanspruch des § 670 BGB ist dessen gesetzliche Form. Das gilt auch im Verhältnis von Hoheitsträgern zueinander, wie Art. 104 a Abs. II GG bestätigt: *Handeln die Länder im Auftrage des Bundes, trägt der Bund die sich daraus ergebenden Ausgaben.* Gemäß § 699 BGB muss A auf Verlangen dem B einen entsprechenden Vorschuss leisten. Dieser ist zwar nicht einklagbar, aber B ist berechtigt, die Leistung bis zum Eingang des Vorschusses zu verweigern,² vgl. auch § 320 BGB.

Das führt zu zwei hier zu behandelnden Fragen:

1. Kann die Kommune bei der Erfüllung von übertragenen Aufgaben volle Erstattung ihrer Aufwendungen verlangen oder nur eine „grundsätzliche“?
2. Hat die Kommune einen Anspruch analog zu § 699 BGB und gegebenenfalls ein Leistungsverweigerungsrecht?

II. Rechtsgrundlagen

Neben Art. 28 GG ist für die gestellte Frage Art. 104 a GG einschlägig.³ Aus Art. 28 GG folgt der allgemeine Anspruch der Kommune darauf, dass ihr *Finanzmittel zur Verfügung stehen, die für die Erfüllung ihrer Aufgaben angemessen* sind.⁴ Aus dem Art. 104 a GG folgt die

¹ Ich danke Herrn Kreisrechtsrat Dietrich Aden/Coesfeld, der mit folgenden folgenden Ausführungen nicht immer übereinstimmt, für seine Hinweise.

² Vgl. Kommentierungen zu § 699 BGB

³ Die *Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung v. 15. X. 1985* gibt für unsere Frage wenig her. Die folgenden Ausführungen beruhen, wenn nicht anders gesagt, auf dem Recht von NRW.

⁴ Vgl. Urteil des Verfassungsgerichtshofes Rheinland-Pfalz zu Art 49 LV v. 14.2. 12 VGH N 3/11: Art. 49 LV-Rheinland – Pfalz gewährleistet den Gemeinden und Gemeindeverbänden das Recht der Selbstverwaltung (Art. 49 Abs. 1 bis 3 LV) und verpflichtet das Land, den Kommunen die zur Erfüllung ihrer eigenen und der übertragenen Aufgaben erforderlichen Mittel im Wege des Lasten- und Finanzausgleichs zu sichern (Art. 49 Abs. 6 Satz 1 LV).

grundgesetzliche Anerkennung des Aufwundererstattungsanspruch im Falle übertragener Aufgaben (Konnexitätsgrundsatz).⁵

Kommunalrecht ist Landesrecht. Die Vorschriften des Grundgesetzes bedürfen daher der Umsetzung in Landesrecht. Das geschieht in NRW durch Art. 78.⁶ Dessen neuer Abs. 3 bestimmt :

Das Land kann die Gemeinden oder Gemeindeverbände durch Gesetz oder Rechtsverordnung zur Übernahme und Durchführung bestimmter öffentlicher Aufgaben verpflichten, wenn dabei gleichzeitig Bestimmungen über die Deckung der Kosten getroffen werden.

Der Verfassungsgerichtshof– NRW hatte schon zu zu Art. 78 LV a. F. ausgeführt: *Art. 78 Abs. 1 und Abs. 2 LV NW (Art. 28 Abs. 2 GG) gewährleisteten kommunalen Selbstverwaltung. Ihr Sinn besteht darin, den kommunalen Gebietskörperschaften die finanzielle Grundlage für eine ausreichende, eigenverantwortliche Selbstverwaltungstätigkeit zu erhalten.*⁷

Zur Neufassung des Art. 78 verdeutlicht der Verfassungsgerichtshof NRW:⁸ *Das Konnexitätsprinzip ist von der Funktion des Finanzausgleichs, die finanzielle Grundlage der gemeindlichen Selbstverwaltung zu sichern, zu unterscheiden. Es ist eine von der Finanzkraft der Kommune unabhängige Ausgleichsregelung, die neben die allgemeinen Bestimmungen zur Absicherung einer finanziellen Mindestausstattung durch originäre kommunale Einnahmen und den kommunalen Finanzausgleich tritt.*

III. Umsetzung des Konnexitätsgrundsatzes

Zur Durchführung des Konnexitätsgrundsatzes ist für NRW einschlägig das Konnexitätsausführungsgesetz v. 22. Juni 2004,⁹ darin insbesondere §§ 1, 2 und 4

§ 1 (1) Führt die **Übertragung neuer** oder die **Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben** durch Gesetz oder Rechtsverordnung **zu einer wesentlichen Belastung** der davon betroffenen Gemeinden und Gemeindeverbände, ist ein **entsprechender finanzieller Ausgleich** (Belastungsausgleich) einschließlich eines Verteilschlüssels zu schaffen. Hierzu ist gleichzeitig aufgrund einer Kostenfolgeabschätzung der Ersatz der entstehenden **notwendigen, durchschnittlichen Aufwendungen** durch Gesetz oder Rechtsverordnung in pauschalierter Form zu regeln (Belastungsausgleichsgesetz oder -rechtsverordnung).

(2)(5)

§ 2 (1) Die Aufgabenübertragung betrifft Pflichtaufgaben und pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben. Wenn aufgrund europa- oder bundesrechtlicher Regelungen eine Aufgabe unmittelbar den Gemeinden oder Gemeindeverbänden übertragen wird, findet das Konnexitätsprinzip nur insoweit Anwendung, als dem Land zur Umsetzung ein eigener Gestaltungsspielraum bleibt und dieser genutzt wird.

⁵ <https://www.buzer.de/gesetz/7342/a144867.htm>

⁶ Artikel 78 zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 14. Juni 2016 (GV. NRW. S. 442), in Kraft getreten am 1. Juli 2016.

⁷ Urteil v. 9. Juli 1998 VerfG16/96

⁸ VerfGH v. 23. März 2010 19/08

⁹ vgl. BRJ 1/2011 *Beckehoff / Bender*, Konnexitätsprinzip der LVerf NW im Lichte der Rechtsprechung

(2) Auf den vorhandenen Aufgabenbestand wird § 1 Abs.1 **nicht rückwirkend angewandt**.

(3) ..

(4) Eine Veränderung einer bestehenden Aufgabe im Sinne von § 1 Abs.1 liegt dann vor, wenn **den Vollzug prägende besondere Anforderungen an die Aufgabenerfüllung geändert werden. Mengenmäßige Änderungen, die die Aufgabenwahrnehmung nicht wesentlich berühren, werden nicht erfasst.**

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

§4 (1) Ergibt sich durch die Aufgabenübertragung eine Mehrbelastung, ist der Kostenausgleich sowie der Verteilschlüssel entweder im Aufgabenübertragungsgesetz oder in einem **Belastungsausgleichsgesetz** zu regeln.

(2) Der Ausgleich ist pauschal in den Einzelplänen der jeweils fachlich betroffenen Geschäftsbereiche der obersten Landesbehörden zu veranschlagen.

(3) ..

(4) ..

(5) Die Kostenfolgeabschätzung ist spätestens vor Ablauf von fünf Jahren zu überprüfen; ..

Auf das Wesentliche zusammengefasst sagt das Gesetz also:

1. Übertragung neuer oder Veränderung bestehender Aufgaben. Für bereits vorhandenen Aufgabenbestand gilt, wie § 2 Abs. 2 noch einmal ausdrücklich sagt, wird § 1 Abs.1 nicht.
2. Es muss sich um eine wesentliche Belastung handeln
3. Es wird ein entsprechender finanzieller Ausgleich (Belastungsausgleich) zugesagt. Es entsteht also die Frage, was *entsprechend* und was *Ausgleich* bedeutet.
4. Der Belastungsausgleich erfolgt erst nachträglich, und
5. nachdem die Schwelle einer wesentlichen Belastung überschritten ist
6. Der Belastungsausgleich wird in Konsultation mit den betroffenen Kommunen vom ausgleichspflichtigen Schuldner, dem Land durch das zuständige Ministerium, durch Gesetz für alle betroffenen Kommunen pauschal festgestellt und nach einem festzulegenden Schlüssel an die einzelnen Kommunen anteilig ausgezahlt.

Im Ergebnis bedeutet diese Regelung also: Das Gesetz ist zwar eine Verbesserung gegenüber früher, es ist aber nicht gewährleistet, dass eine Gemeinde einen vollen Ersatz für die bei ihr entstehenden Aufwendungen erhält.

Einen Aufwendungserstattungsanspruch der einzelnen Kommune auf Vollkostenbasis sieht das Gesetz nicht vor. Das erkennt auch der VerFGH – NRW in seinem Urteil v. 2010 (S. 32 f) : Die vom ausgleichspflichtigen Land anzustellende Kostenprognose orientiert sich nicht an einem kommunalindividuellen Vollkostenausgleich. *Vielmehr ist der **anzustrebende Vollkostenausgleich an der Gesamtheit der Kommunen auszurichten und in pauschalierter Form auf die einzelnen Aufgabenträger zu verteilen.***¹⁰ Der VerFGH ist nur so zu verstehen, dass das Belastungsausgleichsgesetz insgesamt einen *Vollkostenausgleich* anstreben soll.

¹⁰ Ähnlich NdsStGH, DVBl. 1998, 185, 186, und NVwZ-RR 2001, 553, 554 f.; LVerfG LSA, DVBl. 1998, 1288, 1289 und DVBl. 2004, 434, 435; VerfG Bbg., DÖV 2002, 522, 523 f.; ThürVerfGH, NVwZ-RR 2005, 665, 671 u. 672 f.;

Die hier für das Land Nordrhein-Westfalen dargestellte Rechtslage entspricht im Wesentlichen der in den anderen Bundesländern. Sie stellt zwar eine deutliche Verbesserung gegenüber der früheren dar, dennoch fragt sich, ob sie den heutigen Gegebenheiten entspricht, und ob sie insbesondere der schleichenden Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltung hinreichend entgegenwirkt.

IV. Zwei Aufgabenbereiche der Gemeinde

§ 1 Gemeindefinanzierungsgesetz 2019 - NRW¹¹ sagt:

Die Gemeinden und Gemeindeverbände tragen die Kosten ihrer eigenen und der ihnen übertragenen Aufgaben, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

Das bedeutet erstens: Es gibt, wie seit jeher anerkannt, zwei unterschiedliche Aufgabenbereiche der Gemeinde – eigene und übertragene.¹² Zweitens: § 1 lautet nicht: *Soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist, tragen die Gemeinden und Gemeindeverbände die Kosten...usw.* Der Halbsatz, *soweit durch Gesetz*, bezieht sich nur auf „übertragene Aufgaben“. Das Gesetz meint also, was sich eigentlich auch von selbst versteht, dass die Gemeinde ihre *eigenen* Aufgaben aus ihren Eigenmitteln darstellen muss, und dass nur hinsichtlich der übertragenen Aufgaben eine Erstattung in Betracht kommt, und zwar nur wenn ein Gesetz das vorsieht.

Die Gemeinde muss also die ihr übertragenen Aufgaben zunächst einmal ohne Rücksicht darauf erfüllen, ob und in welcher Weise eine Kostenerstattung in Aussicht steht. Ein Vorschuss auf die Kosten oder Leistungsverweigerungsrecht bis zu dessen Eingang ist nicht vorgesehen. So ist auch § 123 Gemeindeordnung - NRW zu lesen. Die Gemeinde hat innerhalb einer gesetzten Frist zu tun, was das Gesetz befiehlt, andernfalls (§ 123 Abs. 2) *kann die Aufsichtsbehörde die Anordnung an Stelle und auf Kosten der Gemeinde selbst durchführen oder die Durchführung einem anderen übertragen.*¹³ Wenn die Gemeinde sich weigert oder die Aufgabe unzureichend erfüllt, wird sie mit den gesamten Kosten der Ersatzvornahme belastet, von einem Rückgriff oder Aufwendungserstattungsanspruch gegen die Aufsichtsbehörde bzw. das Land weiß § 123 GO – NRW nichts. Ungeklärt ist, wie die nach einem Belastungsausgleichsgesetz zu zahlen Beträge sich zu dieser eigenständigen Kostentragung verhalten. Werden gesondert Vollstreckungskosten der Ersatzvornahme ersetzt, oder bleiben sie als „Strafe“ bei der Gemeinde hängen? Damit gerät die Gemeinde in das Risiko, auf den Kosten sitzen zu bleiben, etwa im Falle einer Haushaltssperre, jedenfalls für dessen Dauer. Wenn sich der Erlass des Belastungsausgleichsgesetzes und/oder die Auszahlung der entsprechenden Beträge verzögert, sollte der Gemeinde in Anlehnung an die Regelungen der Abgabenordnung (§ 233 a AO) wohl eine Verzinsung zugestanden werden.

Eigene Aufgaben entstehen aus der Freiheit, etwas zu tun oder nicht zu tun, und sind daher grundsätzlich unbestimmt. Ein Auftrag aber will Rechtspflichten erzeugen Rechtspflichten und muss daher so bestimmt formuliert sein, dass er notfalls vollstreckungsfähig ist bzw.

Schoch, VBIBW 2006, 122, 126. Anm: die Fundstellen wurden vom Verfasser aus dem zitierten NRW- Urteil übernommen.

¹¹ Gemeindefinanzierungsgesetz 2019 v. 18.Dezember 2018

¹² Grds Aden, M. *Bürgergemeinde und Verwaltungsgemeinde*, der gemeindehaushalt 2017, S. 86 ff

¹³ Es gilt also dasselbe wie gemäß § 10 OrdnungsbehördenG.

den Rahmen der Ersatzvornahme gemäß § 123 GO umgrenzt. Eigene Aufgaben einer Gemeinde sind Ausprägung des von Art. 28 GG garantierten Selbstverwaltungsrechts. Umfang und Kosten werden von der Gemeinde frei festgelegt, soweit ihre Eigenmittel es erlauben. Herkunft und Zusammensetzung dieser Eigenmittel aus Zuweisungen, Steueranteilen sowie kommunalen Steuern (z.B. Hundesteuer, Zweitwohnungssteuer uä.) sind hier nicht zu erörtern. Ebenso ist im Rahmen der vorliegenden Themenstellung nicht zu vertiefen, ob gewisse *übertragene* Aufgaben im Sinne von Art. 28 II GG nicht doch auch unter *alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft* fallen und damit als *eigene* anzusehen sind. Hier ist nur die Feststellung wichtig, dass die Gemeinde aufgrund ihres Grundrechtes, sich selbst zu verwalten, einen Anspruch auf angemessene Eigenmitteln hat¹⁴, die der Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung dienen, nicht aber einem bestimmten Zweck. Sie werden daher bedarfsunabhängig, und ohne Zweckbindung zugewiesen bzw. erhoben.

Übertragene Aufgaben müssen bestimmt ein, um rechtswirksam zu werden; vgl. Art. 78 Abs. 3 LV–NRW: *bestimmte öffentliche Aufgaben*. Die zur ihrer Erledigung erforderlichen Ausgaben können daher nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ermittelt werden, und zu einem quantifizierbaren Erstattungsanspruch führen.

Es ist nicht angemessen, die durch die Übertragung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe entstehenden Kosten pauschal für eine Vielzahl von Gemeinden festzustellen, um sie dann nach einem besonderen Schlüssel zu verteilen. Die Kostenstruktur einer solchen Aufgabe ist ja nicht überall gleich. Es ist ein altbekanntes Problem, dass die vielen sozialpolitischen Wohltaten des Staates (Kündigungsschutz, Mutterschutz und so weiter) in einem groß Betrieb mit geringeren „Stückkosten“ belastet sind als in einem kleinen. Die Zuweisung einer bestimmten Anzahl von Flüchtlingen wird daher in einer Großstadt ganz anders bearbeitet und verkraftet als in einer Kleinstadt. Die Sozialstruktur wirkt auf die Kostenstruktur zurück. In Oberhausen lebt man anders als im benachbarten Duisburg (vgl. die verschiedenen Spiegel zu den „Kosten der Unterkunft“ beider Städte), und im wohlhabigen Neuß lebt es sich anders als in Winterberg/Sauerland außerhalb der Touristensaison. Es ist mit entsprechender EDV technisch heute ohne weiteres möglich, eine betriebsstättenbezogene, also auf die einzelne Gemeinde bezogene, Abrechnung herzustellen, wie es im Steuerrecht auch geschieht, vgl. Steuererlegung gemäß § 28 GewerbesteuerG .

V. Phasen kommunaler ~~der~~ Kompetenzverschiebung

Der Freiheits- und Gestaltungsräum der Städte verengt sich in dem Maße wie die Tätigkeitsfelder des Staates zunehmen. Letztere haben sich, soweit wir geschichtlich zurückschauen können, stetig und seit etwa 150 hundert rasant erweitert. Eine Abgrenzung zwischen *eigenen* Aufgaben der Kommune und den vom Staat auf sie *übertragenen* Aufgaben wird damit immer schwieriger. Das ist an folgenden drei Phasen aufzuzeigen.

1. Phase der antiken Polis: Die Stadt ist völlig souverän. Staatliche Aufgaben sind auch kommunale Aufgaben. Aber man kannte Sozialpolitik ebenso wenig wie die meisten Aufgabenbereiche, die wir als öffentliche Aufgabe ansehen. Das war die Lage in Griechenland vor seiner Eingliederung in das Römische Reich.

¹⁴ Verfassungsgerichtshof NRW v. 9. Juli 1998, VerfG 16/96 und 7/97.

2. Staatsphase: Mit der Eingliederung in einen Staat, z. B. Römerreich, blieb die Stadt zwar im Kern Selbstverwaltungskörperschaft, aber der Staat zog im Interesse des Gesamtstaates Kompetenzen an sich. Staatliche Sozialpolitik gab es aber praktisch noch nicht. Was dafür gelten kann wie das Armenwesen blieb in der kommunalen Zuständigkeit, und die Stadt leistete, was sie wollte oder konnte ohne staatliche Eingriffe.¹⁵

3. Fürsorgestaat: Mit der Reformation entwickelte sich ein neues Verständnis von den Aufgaben des Staates. Dieser sah sich berechtigt, den Städten Maßnahmen des Allgemeinwohl vorzuschreiben. Der Augsburger Reichstag 1530 zeigt diese sich wandelnde Auffassung von den Aufgaben des Staates. In der Reichspolizeyordnung heißt es: *Es were dann sach das eyn Statt oder ampt also vielen armen beladen / dass sie der ort nie möchten ernert werden / So soll die Oberkeydt dieselben armen mit einem brieflichem schein vnnd vrkhundt inn eyn ander ampt zufürdern macht haben.* Also: Die Obrigkeit, der Staat, nahm das Recht in Anspruch, Hilfsbedürftige und Arme, die an einem Ort nicht versorgt werden konnten, einer Stadt auch gegen ihren Willen zuzuweisen. Der Staat zog immer mehr Kompetenzen an sich, deren Durchführung aber auf die Gemeinden verlagert wurde. Montesquieu klagte: Die Staaten werden innerlich zersetzt, wenn der Staat unmittelbar alles selber entscheiden will anstatt sich auf eine allgemeine Aufsicht über die Städte zu beschränken.¹⁶ Es entstanden aber auch völlig neue Bereiche, welche die Leistungskraft der Kommunen überforderten, die aber im Rahmen eines neuen Staatszielverständnisses öffentliche Aufgaben sein sollten.

VI. Aufgaben der Gemeinde im modernen Staat

Der Staatszweck kann nach Wilhelm v. Humboldt ein doppelter sein. Er kann Glück befördern oder nur Übel verhindern wollen. Humboldt sieht den Staatszweck allein oder jedenfalls wesentlich in Letzterem. Er wendet sich gegen staatliche Eingriffe zur Beförderung des Glücks seiner Bürger, womit doch immer ein Eingriff in die Freiheit verbunden sei.¹⁷ So sehr man Humboldt Recht geben möchte, aber die Umstände sind nicht so, und sie waren es auch zu seiner Zeit nicht. Der Freiheitsbegriff Humboldts ist ein Ideal, und passt nur selten für die wirkliche Welt. Viele wissenschaftliche Entwicklungen und Entdeckungen kannte Humboldt noch nicht oder konnte sie noch nicht abschätzen.

Die meisten Politikbereiche, welche heute die öffentliche Diskussion beherrschen, lagen noch um 1850 außerhalb des Gesichtskreises der meisten Verantwortlichen. Nicht nur, dass noch keine Kfz-Zulassungstelle gab. Beispiele: Johann Peter Frank¹⁸ gilt als Wegbereiter der modernen öffentlichen Gesundheitsvorsorge.¹⁹ Er forderte eine staatliche Gesundheitsvorsorge, staatliche Sorge für die Sauberkeit des Wassers - zwei Bereiche, ohne welche eine modernen Kommune kaum denkbar ist: Gesundheitsamt, und die zumeist Stadtwerke ausgelagerte Trunkwasserversorgung. Ähnlich steht es mit der von Bismarck

¹⁵ Aden, M. *Antikes Kommunalrecht - Zum Briefwechsel von Plinius und Kaiser Trajan* der gemeindehaushalt 2018, S. 44 ff – Hier zeigen sich aber r Ansätze eine staatlichen, vom Kaiser in Rom koordinierten Infrastrukturpolitik.

¹⁶ vgl. Aden der gemeindehaushalt 2017, 88

¹⁷ W. v. Humboldt, *Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen* (1792); veröffentlicht 1851 in Breslau. Reclam Nr. 1991 ff

¹⁸ Johann Peter Frank (1745/Rodalben/Pfalz – 821/Wien)

¹⁹ Henke, Rudolf, *Die dritte Säule stärken*, in: *Rheinisches Ärzteblatt* 2019, Heft 3, S. 2.-

https://uinsome.files.wordpress.com/2013/06/social-medicine_a-historical-perspective.pdf Social medicine in Europe and Sweden -- an historical perspective

angestoßenen Sozialpolitik. ²⁰ Es ist müßig, die zahlreichen weiteren Felder aufzuzählen, in welchem eine moderne Kommune tätig ist, welche aber nicht in den Freiheitsbereich der Selbstverwaltung fallen, sondern aufgrund allgemeiner Gesetze erfüllt werden müssen.

In dieser Zeitschrift wurde 2017 unter Bezugnahme auf die Stein - Hardenbergschen Reformen nach 1807 in Preußen vorgetragen, dass die Gemeinde zunächst nur als Körperschaft verstanden wurde, die ihre eigenen Angelegenheiten ohne staatliche Eingriffe zu besorgen soll und darf. ²¹ Der Staat habe die Gemeinde/Kreise gleichsam nur mit genutzt, um den Vollzug der allgemeinen Gesetze zu gewährleisten. Dieses ideale Modell hat sich heute umgekehrt. Die Schätzung des Verfassers wurde ihm mehrfach bestätigt, dass Zweidrittel oder auch mehr der von einer Kommunalverwaltung insgesamt geleisteten Arbeit der Durchführung von *übertragenen* Aufgaben gewidmet werden muss, sodass nur mehr allenfalls ein Drittel den genuinen Selbstverwaltungsaufgaben zur Verfügung steht. Mit zunehmender Größe wird die Gemeinde/Stadt von ihren Bürgern immer stärker nur noch als Verwaltungsbehörde wahrgenommen, die dem Bürger mit Gerichten, Polizei, Finanzamt usw. als einfach nur als der „Staat“ erscheint. Die Handlungsfelder der traditionellen Selbstverwaltung treten immer mehr zurück.

Das führt zu der Frage, ob die vom Grundgesetz und von § 1 GemeindefinanzierungsG vorausgesetzte traditionelle Zweiheit von *eigenen und übertragenen* Aufgaben noch der Lebenswirklichkeit entspricht. Der Anteil der *eigenen* Aufgaben wird von dem immer mehr ausufernden Anteil der *übertragenen* Aufgaben erstickt. Von den Mitgliedern der Gemeinde-/Stadträte und von den Verwaltungen selbst wird der Unterschied zwischen *eigenen* und *übertragenen* Aufgaben kaum noch gesehen. Die Organigramme und Arbeitsplatzbeschreibungen der kommunalen Bediensteten nehmen auf diese Unterschiede offenbar keinen Bezug. Status und Gehalt der kommunalen Bediensteten hängen auch davon ab, wie viele Mitarbeiter man führt, nicht davon, ob sie im Bereich der *eigenen* Aufgaben oder dem der *übertragenen* tätig sind.

Diese wären vom (Ober-) Bürgermeister bis zu den Amtsleitern wären sehr erschrocken, wenn eine Landesregierung auf die Idee käme, die den Kommunen übertragenen Aufgaben in eigene Regie zurückzunehmen und sie etwa einem Landesverwaltungsamt übertrüge. Mit dem Zweiten Gesetz zur Straffung der Behördenstruktur in Nordrhein-Westfalen vom 30. Oktober 2007 (GV. NRW. S. 481 ff.) wurde die untere Ebene der Versorgungsverwaltung in den allgemeinen (kommunalen) Verwaltungsaufbau überführt. Das könnte auch umgekehrt laufen. Vielleicht wäre das überhaupt eine gute Idee. Angesichts der zunehmenden Digitalisierung vieler Arbeitsbereiche könnten diese von einer zentralen Einheit vermutlich effektiver und allem einheitlicher bearbeitet werden. Vor allem würde durch eine solche „Entstaatlichung“ deutlich, weswegen wir überhaupt von einem Kommunalrecht sprechen und nicht einfacher von einem Recht der unteren staatlichen Verwaltungsbehörden.

VI. Folgerungen und Empfehlungen

Die dargestellte allgemeine Entwicklung zu immer mehr Staat auch auf gemeindlicher Ebene hat zu einer Überfrachtung der Kommunen mit übertragenen Aufgaben geführt, welche den

²⁰ Das weltweit älteste Krankenversicherungssystem Kaiserliche Botschaft v. 17. November 1881, d.h. die Regierungserklärung Bismarcks zur Eröffnung des 5. Reichstages, ins Leben gerufen.

²¹ [der gemeindehaushalt 2017, 86 ff](#)

Selbstverwaltungsgedanken gefährdet und oft schon erstickt hat. Der Verfasser hat in dieser Zeitschrift 2017 eine Zweiteilung der Gemeinde in Verwaltungsgemeinde und Bürgergemeinde vorgeschlagen. Der Gedanke wird als theoretisches Modell zwar aufrechterhalten, er hat aber natürlich kaum Aussicht auf praktische Verwirklichung. Wenn aber der Grundgedanke der kommunalen Selbstverwaltung, nämlich die Besorgung der eigenen örtlichen Belange durch die Bürger, aufrechterhalten werden soll, ist es erforderlich, eigene und übertragene Aufgaben klar gegeneinander abzusetzen. Praktisch bedeutet das vor allem, dass sie je für sich budgetiert werden. Die bisherige Form der Gemeindefinanzierung durch pauschalen Zuweisungen, Gewährleistungen wie dem Hebesatz der Gewerbesteuer usw. ist grundsätzlich zu überdenken. Der VerfGH NRW wurde oben zitiert (FN 7) *Das Konnexitätsprinzip ist von der Funktion des Finanzausgleichs, die finanzielle Grundlage der **gemeindlichen Selbstverwaltung** zu sichern, zu unterscheiden.* Das ist theoretisch richtig, in der jetzigen Praxis ist die *Gemeinde*-finanzierung aber ein Etikettenschwindel. Finanziert wird nämlich gar nicht die **gemeindliche Selbstverwaltung**, sondern zum weitaus überwiegenden Teil das, was das Land aufgrund eigener Gesetze oder des Bundes durch Landesbehörden selbst tun müsste. Gäbe es auch bei uns die *Anti- Commandeering - Doctrine*²² müsste das Land diese Positionen im Landeshaushalt auch offen ausweisen. Als Finanzierung der **gemeindlichen Selbstverwaltung** scheint das aber besser auszusehen. Erst wenn die Kommunen wüssten, was sie für die Erledigung von *übertragenen* Aufgaben wirklich und punktgenau aufwenden müssen, können sie auch einen sicheren Blick dafür gewinnen, was ihnen für die Erledigung der *eigenen* Aufgaben bleibt. Erst dann würden sie vielleicht erkennen, was sie im Bereich der gemeindliche Selbstverwaltung versäumt und nun nachzuholen haben. Das führt zu der Forderung, den Gemeinden allgemein einen Anspruch auf volle Kostenerstattung bei übertragenen Aufgaben zugeben. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Kommune aufgrund pauschaler und daher unklarer Kostenzuordnungen aus ihren wirklich *eigenen* Mitteln unsichtbare Gemeinkosten der *übertragenen* Aufgaben mitfinanziert.

Die weltrechtliche Geltung des Aufwunderstättungsanspruches wurden oben genannt. Es wird hier also gefordert, durch teleologische Auslegung oder Änderung von Gesetzen den Kommunen einen Anspruch auf völlige Sicherstellung der aufzuwendenden Kosten zuzugestehen. Das führt zu der weiteren Forderung eines Leistungsverweigerungsrecht, wonach eine Kommune die ihr übertragenen Rechtspflichten so lange nicht zu erfüllen braucht, als eine solche Kostenerstattung nicht gesichert ist. Härtefälle und solche, in denen sofortiges Handeln geboten ist, bleiben vorbehalten. Das bedeutet im Klartext: Die Stadt kann den erforderlichen Ausbau einer Schule solange zurückhalten, als der Staat, welcher die Beschulung von Schulpflichtigen verantwortet, keine verbindliche Kostenübernahme zugesagt hat. Die Gemeinde kann die Auszahlung von Sozialhilfe solange verweigern, als ihr die erforderlichen Mittel nicht zur Verfügung gestellt sind; Härtefälle bleiben vorbehalten. Wird der Kommune eine gewisse Anzahl von Asylanten/ Flüchtlingen zugewiesen, kann sie die Aufnahme verweigern, solange keine verbindliche Zusage über die Übernahme aller Kosten vorliegt. Ein Recht des Landes zur Ersatzvornahme (§ 123 Abs. 2 GO) besteht solange nicht. Wenn aufgrund eines überregionalen Ereignisses, welches ohne Zustimmung der Kommune auf Ihrem Gebiet stattfinden soll, besondere Sicherheitsvorkehrungen erforderlich sind, sind diese von der veranlassenden Stelle zu bezahlen, wenn Landes – und Bundestagswahlen stattfinden, ist das keine eigene Aufgabe der Kommune, folglich müssen die Sach- und Personalkosten erhoben und erstattet werden und usw. Der Vorschlag dieses Aufsatzes geht

²² Der gemeindehaushalt 2017, 87

also dahin, dieses Regime für alle Bereiche der übertragenen Aufgaben durchzudeklinieren. Gemeint ist – für alle. Der Vorschlag widerspricht also § 2 Abs. 2 Konnexitätsausführungsgesetz.

VII. Ermittlung der Kosten

Das gemäß VI vorgeschlagene Regime setzt voraus, dass die Kommune, die jeweils entstehenden Kosten vollständig ermitteln und belegen. Und zwar sie selbst! Es sind also die Vollkosten zu ermitteln entsprechend allgemein anerkannten betriebswirtschaftlichen Grundsätzen. Viele Kommunen dürften kaum in der Lage sein, solche Kostenermittlungen durchzuführen. Es käme aber in Betracht, in Arbeitsgemeinschaften oder regionalen Zweckverbände entsprechende Einrichtungen zu schaffen. Wahrscheinlich wäre aber auch ein Unternehmen wie die DATEV geeignet. Damit entfielen die im Konnexitätsausführungsgesetz vorgesehene umständliche Form der Kostenfolgenabschätzung, die – mit Verlaub sei es gesagt – den Verdacht nährt, dass es mit der in § 4 Abs. 3 zugesagten Zeitnähe nicht weit her ist.

Ergebnis

Die Kommunen werden mit immer mehr staatlichen Aufgaben belastet. Diese Entwicklung besteht seit langer Zeit, und wird sich fortsetzen. Damit wird der Grund, weswegen es selbstverwaltende Gemeinden überhaupt gibt, infrage gestellt.

Bund und Länder werden oft verleitet, wählerwirksame Gesetze zu erlassen und sie auch noch wie das Gute - Kita - Gesetz als „gut“ zu plakatieren. Wenn die den Kommunen geschuldete Kostenerstattung unvollständig ist oder sich verzögert, bleibt die Güte des Gesetzes hinter den Erwartungen zurück und die Kommunen erscheinen als die dafür Verantwortlichen.

Es wird hier vorgetragen, dass der die beauftragte Kommune gegen den Auftraggeber immer einen Anspruch auf Erstattung der Vollkosten, wie sie individuelle bei ihr entstehen, haben sollte. Die Kommune sollte auch einen Anspruch auf einen entsprechenden Vorschuss haben und, Härtefälle vorbehalten, die Erfüllung der übertragenen Aufgabe/Leistung verweigern dürfen, solange dieser nicht geleistet ist.

Es ist zwar unwahrscheinlich, dass aufgrund des hier Vorgetragenen rasch eine Änderung der Gesetze oder Rechtsprechung eintritt. Aber die Tatsache, dass die Kommunen ihren jeweiligen Ländern und damit auch den Wählern vor Augen stellen, dass und in welcher Höhe das gegenwärtige System der Gemeindefinanzierung zu einem Etikettenschwindel zu werden droht, müsste zu einer grundlegenden Neuausrichtung des ganzen Systems der Gemeindefinanzierung führen. Das Ziel muss sein, Gemeinden I zu erhalten, die nicht vom und für den Staat da sind, sondern für und von ihren eigenen Bürgern verwaltet werden.