



Ministerium für Familie, Kinder, Jugend, Kultur und Sport
des Landes Nordrhein-Westfalen, 40190 Düsseldorf

An die
Präsidentin des Landtags
Nordrhein-Westfalen
Frau Carina Gödecke MdL
Platz des Landtags 1
40190 Düsseldorf



29. April 2013
Seite 1 von 1

bei Antwort bitte angeben

Annette Neuhaus
Telefon 0211 837-2574
annette.neuhaus@mfkjks.nrw.de

Sitzung des Ausschusses für Kultur und Medien am 18.04.2013
Rechtsgutachten von Prof. Dr. Johannes Hellermann im Rahmen des
Gesetzgebungsverfahrens für das Kulturförderungsgesetz

Sehr geehrte Frau Präsidentin,

in der Sitzung des Ausschusses für Kultur und Medien am 18. April
2013 wurde darum gebeten, das o.g. Rechtsgutachten den Mitgliedern
des Ausschusses zur Verfügung zu stellen.

Beigefügt übersende ich Ihnen daher 60 Exemplare des Gutachens mit
der Bitte, diese an die Mitglieder des Ausschusses für Kultur und Medi-
en weiterzuleiten.

Mit freundlichen Grüßen

Ute Schäfer

Dienstgebäude und
Lieferanschrift:
Haroldstraße 4
40213 Düsseldorf
Telefon 0211 837-02
Telefax 0211 837-2200
poststelle@mfkjks.nrw.de
www.mfkjks.nrw.de

Öffentliche Verkehrsmittel:
Rheinbahn Linien
704, 709, 719
Haltestelle Poststraße

**Verfassungs- und kommunal(haushalts)rechtliche Grundlagen
der Kulturförderung und Kulturtätigkeit
der Kommunen in Nordrhein-Westfalen**

Rechtsgutachten

von

Prof. Dr. Johannes Hellermann
Lehrstuhl für öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht
Fakultät für Rechtswissenschaft
Universität Bielefeld

im Auftrag des

Ministeriums für Familie, Kinder, Jugend, Kultur und Sport
des Landes Nordrhein-Westfalen

September 2012

GLIEDERUNG

A. Sachverhalt und Gutachtenauftrag	1
I. Sachverhalt.....	1
II. Auftrag und Gang der gutachtlichen Untersuchung.....	3
B. Rechtliche Würdigung.....	4
I. Kulturförderung und Kulturtätigkeit als kommunale Aufgabe.....	4
1. Einführung	4
2. Recht der Kommunen zu Kulturförderung und Kulturtätigkeit.....	5
a. Bundesverfassungsrecht: Art. 28 Abs. 2 GG	5
aa. Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG).....	6
bb. Selbstverwaltungsrecht der Kreise (Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG)	7
b. Landesverfassungsrecht: Art. 78, 18 LV NRW	8
c. Gesetzesrecht.....	8
aa. Gemeindliche Kulturarbeit	8
bb. Kulturarbeit der Kreise.....	9
3. Kulturförderung und Kulturtätigkeit als kommunale Pflichtaufgabe?	10
a. Bundesverfassungsrecht.....	11
aa. Art. 28 Abs. 2 GG.....	11
(1) Annahme verfassungsunmittelbarer kommunaler Pflichtaufgaben .	12
α. Begründung für den Pflichtcharakter kommunaler Kulturarbeit...	12
β. Annahme eines Handlungsgebots (Privatisierungsverbots) in der sonstigen Debatte	12
(2) Kritik	15
β. Das Pflichtmoment hoheitlicher Kompetenzwahrnehmung und sein Erstarken zur Rechtspflicht allenfalls in Extremfällen	18
γ. Qualifikation der Selbstverwaltungsaufgabe kommunaler Kulturarbeit	19
bb. Sonstige Verfassungsbestimmungen.....	19
(1) Grundrechte	20
(2) Staatszielbestimmungen	22
α. Keine kulturstaatliche Staatszielbestimmung.....	22
β. Sonstige Staatszielbestimmungen (insbes.: Sozialstaatsprinzip)...	22
b. Landesverfassungsrecht	23
aa. Art. 78 LV NRW	23
bb. Art. 18 Abs. 1 LV NRW	24
c. Einfachgesetzliche Rechtslage	25
aa. Einzelne spezialgesetzliche Regelungen	26
bb. Generelle gesetzliche Verpflichtung	26
4. Ergebnis und Folgerungen	27
a. Geltende Rechtslage	27
aa. Keine gesetzliche Pflichtaufgabe.....	27

II

bb. Verfassungsrechtliche Bindungen.....	27
(1) Keine verfassungsunmittelbar pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe.....	27
(2) Rechtliche Bindungen in Wahrnehmung der Selbstverwaltungsaufgabe.....	29
b. Ausblick: Rechtspolitische Gestaltungsmöglichkeiten.....	30
aa. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen.....	30
bb. Möglichkeiten der einfachgesetzlichen Begründung einer Pflichtaufgabe	31
(1) Spezialgesetzliche Regelungen einzelner Sektoren kommunaler Kulturtätigkeit.....	31
(2) Generelle Regelung kommunaler Kulturtätigkeit	31
II. Finanzielle Grundlagen kommunaler Kulturförderung und Kulturtätigkeit - insbesondere unter den Bedingungen von Haushaltsnotlagen.....	33
1. Randbedingungen der Finanzierung kommunaler Aufgaben in der Haushaltsnotlage	34
a. Verpflichtung zum Haushaltsausgleich und zur Haushaltskonsolidierung	34
b. Haushaltsausgleich und Aufgabenwahrnehmung	36
aa. Pflichtaufgaben.....	36
bb. Sonstige Aufgaben	37
2. Rechtsrahmen der Finanzierung nicht pflichtiger Aufgaben in kommunalen Haushaltsnotlagen.....	38
a. Haushaltssicherungskonzept	39
aa. Gesetzliche Anforderungen	39
(1) Verfahrensmäßige Anforderungen	39
(2) Inhaltliche Vorgaben.....	39
bb. Folgen für die Finanzierung nicht pflichtiger, insbesondere kultureller Aktivitäten.....	42
b. Nothaushalt	43
aa. Gesetzlicher Rahmen.....	43
(1) § 82 GO NRW	43
α. Rechtliche Verpflichtung aus Rechtsnormen	44
β. Rechtliche Verpflichtung kraft Vertrag	45
γ. Weiterführung notwendiger Aufgaben.....	46
(2) Haushaltssatzung der Sparsamkeit (§ 75 Abs. 1 S. 2 GO NRW)	48
bb. Folgen für die Finanzierung	48
3. Folgerungen	49
a. Spielräume zur Finanzierung kommunaler Kulturarbeit im Nothaushalt ..	49
b. Sicherung von Spielräumen zur Finanzierung kommunaler Kulturarbeit in einem genehmigungsfähigen Haushaltssicherungskonzept.....	50
aa. Zugang zum Instrument des Haushaltssicherungskonzepts	50
bb. Sicherung von Spielräumen im Rahmen von Haushaltssicherungskonzepten	51
(1) Finanzkraftunabhängige zweckgebundene Zuweisungen	51
(2) Ausgestaltung und Anwendung von § 76 Abs. 2 GO NRW	52
α. Zulässige Quote haushaltsjährlicher Aufwendungen für nicht pflichtige Aufgaben im Haushaltssicherungskonzept	53

III

β. Privilegierung von Ausgaben in Fördermaßnahmen oder Kooperationsvorhaben im Haushaltssicherungskonzept	54
C. Schlussbemerkung.....	56

GUTACHTEN

A. Sachverhalt und Gutachtenauftrag

I. Sachverhalt

Bereits in ihrem für die Jahre 2010 bis 2015 abgeschlossenen Koalitionsvertrag haben die Regierungsparteien SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Vereinbarungen zur kommunalen Kultur getroffen. Sie haben dort festgehalten: „Der Schwerpunkt der Kulturförderung in NRW liegt in den Städten und Gemeinden und dem bürgerchaftlichen Engagement. Darauf baut auch künftig die Kulturpolitik des Landes auf.“

Nordrhein-Westfalen 2010 - 2015: Gemeinsam neue Wege gehen. Koalitionsvertrag zwischen der *NRW*SPD und Bündnis 90 / Die Grünen NRW, Kapitel XI, Zeilen 3880 f.

„Weil ... der größte Teil der Kulturfinanzierung durch die Kommunen erfolgt, ist die verlässliche Finanzausstattung der Gemeinden durch den Bund und das Land die wichtigste Voraussetzung für den Erhalt und Ausbau der Kulturlandschaft in unserem Lande.“

Ebd., Kapitel XI, Zeilen 3902 ff.

„Wir werden darüber hinaus prüfen, ob entweder - in Abstimmung mit der kommunalen Finanzaufsicht -, trotz bisheriger "Freiwilligkeit" der Kulturausgaben, auch für Kommunen in finanziell schwieriger Situation ein Grenzwert für die Kulturförderung gesichert werden kann, oder ob die kommunale Kulturförderung auf der Grundlage des Artikels 18 Absatz 1 der Landesverfassung zu einer rechtlich verbindlichen Pflichtaufgabe ausgestaltet werden muss. Deshalb wollen wir bis zur Mitte der Legislaturperiode die Frage klären, ob es ein Kulturfördergesetz für NRW oder spezielle Fachgesetze für einzelne Kulturbereiche, in denen das Land fördert, geben sollte.“

Ebd., Kapitel XI, Zeilen 3915 ff.

Unter dem Datum des 12. Juli 2011 haben die Fraktion der SPD und die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Landtag Nordrhein-Westfalen einen Antrag für ein „Gesetz zur Förderung und Entwicklung der Kultur, der Kunst und der kulturellen Bildung in NRW“ eingebracht.

Drs. 15/2365.

Dieser Antrag ist – ebenso wie ein Änderungsantrag der Fraktion DIE LINKE –

Drs. 15/2433 vom 20. Juli 2011.

Gegenstand der Beratung im Plenum des Landtags am 21. Juli 2011 gewesen und zur weiteren Beratung und Abstimmung an den Kulturausschuss überwiesen worden.

Plenarprotokoll 15/39 vom 21. Juli 2011, S. 3983 ff.

Der Kulturausschuss hat hierüber ein erstes Mal am 21. September 2011 beraten;

Ausschussprotokoll 15/288 vom 21. Sept. 2011, S. 3 ff.

in seiner Sitzung am 9. November 2011 hat er den Antrag mit den Stimmen von SPD, Grünen und Linken gegen die Stimmen der CDU bei Enthaltung der FDP angenommen.

Ausschussprotokoll 15/322 vom 9. Nov. 2011, S. 1.

Der Landtag hat dieses Abstimmungsergebnis im Kulturausschuss in seiner Sitzung am 16. November 2011 bestätigt.

Plenarprotokoll 15/46 vom 16. Nov. 2011, S. 4693.

Der Antrag der Fraktion der SPD und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN ist somit vom Landtag angenommen und zum Gegenstand eines Landtagsbeschlusses worden. Mit diesem Beschluss hat der Landtag die Landesregierung aufgefordert, unter Beachtung der im Antrag näher ausgeführten Ziele baldmöglichst einen Entwurf für ein Gesetz zur Förderung und Entwicklung der Kultur, der Kunst und der kulturellen Bildung vorzulegen. Insbesondere wird die Landesregierung auch aufgefordert zu prüfen, ob und wie sichergestellt werden kann, dass auch Kommunen mit Haushaltssicherungskonzepten oder im sog. Nothaushalt ein gewisses Mindestmaß an Kulturförderung und Kulturangebot als freiwillige Aufgabe vorhalten, weiterleiten oder entwickeln können, ohne dass ihnen dieses kommunalaufsichtlich untersagt werden kann, und dem Landtag dazu zeitnah Vorschläge vorlegen.

Vgl. Drs. 15/2365, S. 4 f.

Auf der Grundlage dieses Beschlusses des Landtags hat die Landesregierung die Vorarbeiten für den Entwurf eines „Kulturfördergesetzes“ (Arbeitstitel) in Angriff genommen.

Durch den von SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für die neue Legislaturperiode abgeschlossenen Koalitionsvertrag

Koalitionsvertrag 2012- 2017. Verantwortung für ein starkes NRW – Miteinander die Zukunft gestalten, Kapitel X, Zeilen 7334 ff.

ist das in Gang gesetzte Vorhaben, ein Kulturfördergesetz zu erarbeiten, ausdrücklich bestätigt und bekräftigt worden.

II. Auftrag und Gang der gutachtlichen Untersuchung

Im Zusammenhang mit der Vorbereitung des Entwurfs eines „Kulturfördergesetzes“ hat das Ministerium für Familie, Kinder, Jugend, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen die vorliegende gutachtliche Stellungnahme in Auftrag gegeben. Gegenstand des Gutachtens ist es, die verfassungsrechtlichen und die kommunalrechtlichen (einschließlich der kommunalhaushaltsrechtlichen) Grundlagen der Kulturförderung und Kulturtätigkeit der Kommunen in Nordrhein-Westfalen rechtsgutachtlich zu untersuchen. Diese allgemeinere, grundsätzliche Untersuchung soll insbesondere auch die Grundlage sein für die Beantwortung der konkreteren, im Beschluss des Landtags formulierten Frage, „ob und wie sichergestellt werden kann, dass auch Kommunen mit Haushaltssicherungskonzepten oder im sog. Nothaushalt ein gewisses Mindestmaß an Kulturförderung und Kulturangebot als freiwillige Aufgabe vorhalten, weiterleisten oder entwickeln können, ohne dass ihnen dieses kommunalaufsichtlich untersagt werden kann.“

Die rechtsgutachtliche Untersuchung unterscheidet im Folgenden zwischen der Aufgaben- und der Finanzierungsebene. Sie wendet sich in einem ersten großen Abschnitt (B. I.) zunächst der Qualifikation der kommunalen Aufgabe der Kulturarbeit zu; sie geht hier der Frage nach, inwieweit den Kommunen die Kompetenz zu eigener Kulturförderung und Kulturtätigkeit zusteht, sie also hierzu berechtigt sind und inwieweit sie darüber hinaus auch zu solcher Betätigung rechtlich verpflichtet sind oder werden können. Der zweite große Abschnitt (B. II.) gilt dann, hierauf aufbauend, der Finanzierungsebene und untersucht, ob und inwieweit die Wahrnehmung dieser kommunalen Aufgabe finanziell abgesichert ist, und zwar insbesondere dann, wenn eine Kommune unter den Bedingungen eines Haushaltssicherungskonzepts wirtschaften muß oder wegen eines nicht genehmigungsfähigen Entwurfs eines Haushaltssicherungskonzepts sich in der Situation des sog. Nothaushalts befindet.

B. Rechtliche Würdigung

I. Kulturförderung und Kulturtätigkeit als kommunale Aufgabe

Zunächst ist der rechtlichen Qualifikation der kommunalen Aufgabe der Kulturförderung und Kulturtätigkeit nachzugehen.

1. Einführung

Gegenstand der Betrachtung soll zum einen die kommunale Kulturförderung, zum anderen die kommunale Kulturtätigkeit sein. Während letztere die Wahrnehmung kultureller Aufgaben durch die Kommune selbst meint, ist mit ersterer die kommunale Förderung (Unterstützung, Subventionierung) von Kulturtätigkeiten anderer Träger gemeint. Auch solche Kulturförderung, namentlich auch Subventionierung von privater Betätigung ist kommunale Aufgabenwahrnehmung; sie ist nicht etwa nur unter dem Aspekt zulässiger Tragung der Ausgabenlast, sondern ebenso wie die eigene Aufgabenerledigung auch unter dem Aspekt der Aufgabenwahrnehmungskompetenz, d.h. des Rechts bzw. der Pflicht zur Aufgabenwahrnehmung zu beurteilen.

Allgemein dazu *Hellermann*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 104b Rn. 6.

Dabei können für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung kommunale Kulturtätigkeit und kommunale Kulturförderung gemeinsam betrachtet werden. Ohnehin handelt es sich bei einer tatsächlichen, auf den Grad kommunaler Sachverantwortung für die fragliche kulturelle Aktivität abstellenden Betrachtung weniger um zwei grundsätzlich und strikt zu unterscheidende Phänomene, sondern eher um ein Kontinuum, das von der Kulturtätigkeit der Gemeinde selbst über die Unterhaltung mehr oder minder (organisatorisch und haushalterisch oder auch rechtlich) verselbständigter, von der Kommune getragener Kultureinrichtungen über von der Kommune und Privaten gemeinsam getragene Kultureinrichtungen bis hin zur bloß finanziellen oder auch nur ideellen Förderung privater Kultureinrichtungen reicht. Für diese unterschiedlichen Formen kultureller Aktivität der Kommune stellt sich die Frage, ob und inwieweit sie zur Aufgabenwahrnehmung berechtigt bzw. verpflichtet ist, grundsätzlich in gleicher Weise; zur Förderung der Kulturtätigkeit anderer, namentlich auch privater Träger ist die Kommune grundsätzlich kompetentiell unter den gleichen Maßgaben berechtigt und verpflichtet wie zur eigenen Kulturtätigkeit. Übergreifend, beide Erscheinungsformen kommunaler Kulturaktivität zusammenfassend, soll deshalb im Folgenden von kommunaler Kulturarbeit gesprochen werden und diese einer einheitlichen Bewertung unterzogen werden.

Das Interesse der nachfolgenden Überlegungen gilt zunächst der Frage, inwieweit Kommunen zur Kulturarbeit kompetentiell berechtigt sind und ihnen das Recht zu dieser Betätigung garantiert ist (2.). Darüber hinaus und vor allem aber interessiert die Frage, ob und inwieweit die Kommunen zu kommunaler Kulturarbeit rechtlich verpflichtet sind (3.). Gerade auch mit Blick auf die Gefährdung bzw. Sicherung der finanziellen Grundlage kommunaler Kulturarbeit wird über einen solchen Pflichtcharakter der kommunalen Kulturarbeit diskutiert;

Vgl. *Pappermann*, Grundzüge eines kommunalen Kulturverfassungsrechts, DVBl. 1980, 701 (705).

die Klärung dieser Frage ist deshalb im Rahmen dieses Gutachtens, mit Blick auf die im nächsten Abschnitt zu behandelnde Frage der finanziellen Sicherung, von besonderem Interesse.

2. Recht der Kommunen zu Kulturförderung und Kulturtätigkeit

a. Bundesverfassungsrecht: Art. 28 Abs. 2 GG

Im Zentrum der bundesverfassungsrechtlichen Würdigung der Kulturförderung und Kulturtätigkeit als einer kommunalen Aufgabe steht die Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG.

Art. 28 Abs. 2 GG wird weithin übereinstimmend als eine sog. institutionelle Garantie der kommunalen Selbstverwaltung charakterisiert,

BVerfGE 1, 167 (174); 76, 107 (119); 79, 127 (143).

die verschiedene Garantiedimensionen aufweist. Verbreitet werden unterschieden die sog. institutionelle Rechtssubjektsgarantie, die das „Ob“ der Existenz von Kommunen sichert, die sog. objektive Rechtsinstitutionsgarantie sowie die subjektive Rechtsstellungsgarantie, die den einzelnen Kommunen eine wehrfähige subjektive Rechtsstellung vermittelt.

Vgl. etwa *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 12. Aufl. 2011, Art. 28 Rn. 41 ff.; *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 15. Edition, Stand: 1. Juli 2012, Art. 28 Rn. 34 ff.; *Schönenbroicher*, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 78 Rn. 5.

In vorliegendem Zusammenhang interessiert näher allein die sog. objektive Rechtsinstitutionsgarantie, die das inhaltliche „Was“ und „Wie“ der kommunalen Selbst-

verwaltung, d.h. den kommunalen Aufgabenkreis und die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung garantiert.

Vgl. etwa *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 15. Edition, Stand: 1. Juli 2012, Art. 28 Rn. 36.

Die Untersuchung der Bedeutung dieser objektiven Rechtsinstitutionsgarantie für die kommunale Kulturarbeit geht zunächst der Frage nach, ob kommunale Kulturförderung und Kulturtätigkeit von der Selbstverwaltungsgarantie tatbestandlich erfasst und damit verfassungsrechtlich als eine Kompetenz der Kommunen gewährleistet ist, so dass das Recht der Kommunen zu solcher Betätigung gegenüber staatlicher Beschränkung geschützt ist.

aa. Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG)

Die Reichweite dieser Garantie ergibt sich für die Gemeinden aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, wonach diese „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung“ regeln dürfen. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind nach der bekannten Definition des Bundesverfassungsgerichts im grundlegenden Rastede-Beschluss „diejenigen Bedürfnisse, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindebürgern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen“.

BVerfGE 79, 127 (151 f.).

Die örtlich radizierte Kulturarbeit steht zwar bei der Aufzählung der erfassten Tätigkeitsfelder häufig nicht im Mittelpunkt der Betrachtung, wird aber unstreitig und unproblematisch hierunter gefasst.

Vgl. etwa *Scheytt*, Kommunales Kulturrecht, 2005, Rn. 99 ff.; *Tettinger/Schwarz*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 28 Rn. 208; *Schönenbroicher*, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 78 Rn. 24; *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 15. Edition, Stand: 1. Juli 2012, Art. 28 Rn. 41.3; Sommermann, Kultur im Verfassungsstaat, in: VVDStRL 65 (2006), S. 7 (35); *Steiner*, § 86. Kultur, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, Rn. 21. Dezidiert in diesem Sinne etwa *Häberle*, Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag, 1979, S. 23.

Dies rechtfertigt sich aus den beiden in der Definition des Bundesverfassungsgerichts angesprochenen Gesichtspunkten. Zunächst kann örtliche Kulturarbeit in der jeweiligen örtlichen Gemeinschaft der Gemeinde wurzeln; Pappermann verweist insoweit

zu Recht etwa auf die Pflege der heimischen Denkmale, die Förderung des kulturellen Heimaterbes oder die Errichtung von Museen.

Pappermann, Grundzüge eines kommunalen Kulturverfassungsrechts, DVBl. 1980, 701 (702).

Darüber hinaus kann sie im Sinne der oben wiedergegebenen Definition einen besonderen Bezug auf die örtliche Gemeinschaft, auf das Zusammenleben der Menschen in der Gemeinde haben. Dies hat die vom Deutschen Bundestag eingesetzte Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“ treffend zum Ausdruck gebracht: „Es gibt kaum einen anderen Bereich der Kommunalverwaltung, der einen solchen Bezug zum jeweiligen örtlichen Lebenszusammenhang hat wie die kommunale Kulturverwaltung. Die gemeindliche Öffentlichkeit kann als eine ‚kulturelle Öffentlichkeit‘ auch angesichts der Vielfalt und Widersprüchlichkeit der Lebensweisen dazu beitragen, einen Interessenzusammenhang herzustellen und eine kommunale und regionale Identität zu fördern.“

Vgl. Schlussbericht der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“, BT-Drs. 16/7000, S. 56.

Aus beiden Gesichtspunkten heraus zählt die örtlich radizierte Kulturarbeit zum gesicherten Bestand von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, für die den Gemeinden das Recht der Selbstverwaltung gewährleistet ist.

bb. Selbstverwaltungsrecht der Kreise (Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG)

Im Unterschied zur Gemeindeebene verbürgt Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG das Selbstverwaltungsrecht für die Gemeindeverbände, d.h. namentlich für die Kreise nur im Rahmen des gesetzlich zugewiesenen Aufgabenbereichs. Der eigene Wirkungskreis der Gemeindeverbände ist also von gesetzlicher Aufgabenzuweisung abhängig.

BVerfGE 83, 363 (383).

Das Bundesverfassungsgericht hat daraus abgeleitet, dass eine Änderung der gesetzlichen Aufgabenzuweisung in aller Regel nur eine neue Umschreibung des Aufgabenumfangs, nicht jedoch einen Eingriff in den verfassungsrechtlich garantierten Aufgabenbestand der Gemeindeverbände darstelle; Art. 28 Abs. 2 GG schütze hier nur einen Mindestbestand an zugewiesenen Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises, der für sich genommen und im Vergleich zu zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein Gewicht aufweist, das der institutionellen Garantie der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften gerecht wird.

BVerfGE 119, 331 (354 f.).

Danach ist davon auszugehen, dass den Kreisen von Verfassungen wegen nicht zwingend ein bestimmter Umfang an kulturellen Aktivitäten garantiert ist. Der Umfang an kulturellen Aktivitäten, die sich in Eigenverantwortlichkeit wahrnehmen können, folgt aus der gesetzlichen Zuweisung entsprechender Kompetenzen.

b. Landesverfassungsrecht: Art. 78, 18 LV NRW

Auf der Ebene des Landesverfassungsrechts ist in erster Linie wiederum die Garantie kommunaler Selbstverwaltung in Art. 78 LV NRW einschlägig. Für die tatbestandliche Reichweite dieser landesverfassungsrechtlichen Gewährleistung des Rechts der Kommunen, der Gemeinden wie der Landkreise, zur Kulturarbeit gilt Entsprechendes wie zu Art. 28 Abs. 2 GG.

Zudem sind nach Art. 18 Abs. 1 LV NRW Kultur, Kunst und Wissenschaft durch Land und Gemeinden zu pflegen und zu fördern. Dieser Bestimmung ist zumindest eine Bestärkung des – wie gesehen: ohnehin von Verfassungen wegen gegebenen – Rechts der Gemeinden zur Kulturarbeit zu entnehmen.

c. Gesetzesrecht

aa. Gemeindliche Kulturarbeit

Die – wie gesehen: verfassungsrechtlich fundierte – Kulturarbeit der Gemeinden benötigt keine weitere einfachgesetzliche Kompetenzzuweisung.

BVerfGE 79, 127 (147); 83, 37 (54).

Auch im Verhältnis zu den Bürgern unterfällt sie, da es sich jedenfalls in ihrem wesentlichen Gehalt

Dass etwa die Gebührenerhebung für die Benutzung kommunaler Kultureinrichtungen einer gesetzlichen Grundlage bedarf, kann hier außer Betracht bleiben.

nicht um eine grundrechtseingreifende oder sonst im Sinne der sog. Wesentlichkeitstheorie

Vgl. etwa BVerfGE 61, 260 (275); 88, 103 (116).

für die Grundrechtsausübung der Bürger wesentliche hoheitliche Tätigkeit handelt, grundsätzlich nicht dem sog. Vorbehalt des Gesetzes, bedarf also keiner speziellen gesetzlichen Ermächtigung.

Es finden sich jedoch auch im einfachen Gesetzesrecht Rechtsgrundlagen der kommunalen Kulturarbeit. Für – allerdings wenige – konkrete Tätigkeitsfelder gibt es spezialgesetzliche Regelungen, die ausdrücklich bestimmte kulturelle Tätigkeiten der Gemeinden legitimieren;

Vgl. auch den Überblick in: Schlussbericht der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“, BT-Drs. 16/7000, S. 66 f.

einschlägige Regelungen finden sich etwa in § 10 Abs. 1 Weiterbildungsgesetz (WbG NRW), §§ 1 Nr. 2, 10 Abs. 1 Gesetz über die Sicherung und Nutzung öffentlichen Archivguts im Lande Nordrhein-Westfalen (Archivgesetz Nordrhein-Westfalen – ArchG NRW) und §§ 1 Abs. 2, 20 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 1 Gesetz zum Schutz und zur Pflege der Denkmäler im Lande Nordrhein-Westfalen (Denkmalschutzgesetz – DSchG NRW). Im Übrigen wird allgemein in § 8 Abs. 1 GO NRW bestimmt: „Die Gemeinden schaffen innerhalb der Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen.“ Die Norm bestätigt, indem sie gleichberechtigt auch Einrichtungen zu Zwecken der kulturellen Betreuung aufführt, auf einfachrechtlicher Ebene die Kompetenz der Gemeinden zur Kulturarbeit.

bb. Kulturarbeit der Kreise

Im Gegensatz zu den Gemeinden sind die Kreise, da ihnen verfassungsrechtlich das Selbstverwaltungsrecht nur nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet ist, in ihrer Kulturarbeit auf einfachgesetzliche Kompetenzgrundlagen angewiesen.

Die grundlegende einfachgesetzliche Regelung trifft insoweit § 2 Abs. 1 S. 1 und 2 KrO NRW; danach sind die Kreise – unter Wahrung der Zuständigkeit der Gemeinden für die Wahrnehmung der örtlichen Aufgaben – grundsätzlich die ausschließlichen und eigenverantwortlichen Träger der öffentlichen Verwaltung zur Wahrnehmung der auf ihr Gebiet begrenzten überörtlichen Angelegenheiten. Erfasst sind damit neben den originären Kreisaufgaben auch die sog. Ergänzungs- und Ausgleichsaufgaben.

Vgl. *Burgi*, in: Dietlein/Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 4. Aufl. 2011, § 2 Rn. 26 ff.

Hierunter versteht man Aufgaben, die zwar zum örtlichen Wirkungskreis der Gemeinden gehören, aber – wegen mangelnder Leistungsfähigkeit der Gemeinden – gleichwohl subsidiär vom Kreis wahrgenommen werden, um die Einwohner im Kreisgebiet gleichmäßig zu versorgen und zu betreuen; wenn und soweit die Verwaltungs- oder Finanzkraft einzelner oder aller kreisangehöriger Gemeinden dazu nicht ausreicht, tritt der Kreis an ihrer Stelle in die Aufgabenwahrnehmung ein (sog. Er-

gänzungsaufgaben) oder gewährt er ihnen administrative oder finanzielle Hilfen (sog. Ausgleichsaufgaben).

Vgl. BVerwGE 101, 99 (103 f.).

Beispiele für solche Ergänzungsaufgaben finden sich gerade auch im Bereich der Kulturarbeit, z.B. in Gestalt des Betriebs von Musik- und Volkshochschulen.

Wansleben, in: Held u.a, Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, § 2 KrO Erl. 4.8.

Folglich werden gerade auch Kultureinrichtungen als mögliche Aufgabenfelder von Kreisen genannt.

Burgi, in: Dietlein/Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 4. Aufl. 2011, § 2 Rn. 31.

Die Frage nach der Abgrenzung zwischen Gemeinde- und Kreiszuständigkeiten auf dem Gebiet der Kulturarbeit

Vgl. dazu *Scheytt*, Kommunales Kulturrecht, 2005, Rn. 104 ff.

und die Frage, inwieweit ein Kreis auch über die Kreisgrenzen hinausreichende Kulturaktivitäten entfalten darf,

Vgl. dazu OVG RhPf, DVBl. 1999, 848.

bedürfen im Rahmen des vorliegenden Gutachtens keiner näheren Untersuchung.

Im Übrigen nehmen die Kreise nach § 2 Abs. 2 S. 1 KrO NRW ferner die ihnen durch Gesetz übertragenen Aufgaben wahr. Das eröffnet auch für den Bereich kultureller Aktivitäten den Raum für spezialgesetzliche Aufgabenzuweisungen. Einschlägige Regelungen finden sich in einzelnen der bereits erwähnten spezialgesetzlichen Regelungen, namentlich in § 10 Abs. 2 Weiterbildungsgesetz NRW, wonach Mittlere kreisangehörige Städte die ihnen zunächst obliegenden Pflichtaufgabe, Einrichtungen der Weiterbildung zu errichten und zu unterhalten, auf den Kreis übertragen können, §§ 1 Nr. 2, 10 Abs. 1 ArchivG NRW und §§ 1 Abs. 2, 22 Abs. 1 DSchG NRW.

3. Kulturförderung und Kulturtätigkeit als kommunale Pflichtaufgabe?

Insbesondere mit Blick auf die Gefährdung bzw. Sicherung der kommunalen Kulturarbeit in finanzieller Hinsicht

Zu dieser Motivlage vgl. etwa *Pappermann*, Grundzüge eines kommunalen Kulturverfassungsrechts, DVBl. 1980, 701 (705).

wird in der Literatur mitunter angenommen, dass Gemeinden und Kreise nicht nur grundsätzlich Kulturarbeit betreiben dürften, sondern darüber hinaus zu Kulturförderung und Kulturtätigkeit rechtlich verpflichtet seien. Auch die Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“ hat formuliert, dass „Kultur generell eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe“ der Kommunen sei.

Vgl. Schlussbericht der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“, BT-Drs. 16/7000, S. 90.

Die damit aufgeworfene Frage, ob es sich tatsächlich um eine pflichtige Aufgabe der Kommunen handelt, soll im Folgenden untersucht werden, und zwar – dem Rang der einschlägigen Regelungen in der Normenhierarchie folgend – zunächst auf der bundesverfassungsrechtlichen Ebene (a.), dann auf der landesverfassungsrechtlichen Ebene (b.) und schließlich auf der Ebene des einfachen Landesrechts (c.).

a. Bundesverfassungsrecht

aa. Art. 28 Abs. 2 GG

Bundesverfassungsrechtlich steht im Vordergrund die Frage, ob aus Art. 28 Abs. 2 GG, soweit er eine Kompetenz der Kommunen begründet, zugleich auch eine Pflicht zu kommunaler Kulturarbeit folgt. In diesem Sinne hat etwa Pappermann mit Blick auf die Kommunen formuliert, dass „die Kulturarbeit sich ohne spezialgesetzliche Regelung ... zur Selbstverwaltungspflichtaufgabe entwickelt“ habe.

Pappermann, Grundzüge eines kommunalen Kulturverfassungsrechts, DVBl. 1980, 701 (707). Vgl. auch *ders.*, § 77. Sonstige Kulturpflege. A. Förderung von Wissenschaft, Bildung und Kultur, in: Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 4, 2. Aufl. 1983, S. 281 (286); *Zuhorn*, Kulturpflege, in: Peters (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 1957, S. 165 (168); *Häberle*, Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag, 1979, S. 23 f.; *Blank*, Kulturarbeit in kreisangehörigen Städten und Gemeinden, Städte- und Gemeinderat 1980, 47 (48); *Hoffmann/Kramer*, § 76. Kulturpolitik und Kunstpflege, in: Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 4, 2. Aufl. 1983, S. 220 (233): „Das ‚Ob‘ der kulturellen Betreuung ist also Pflicht der Gemeinden, das ‚Wie‘ steht in ihrem politischen Ermessen.“; *Scheytt*, Kommunales Kulturrecht, 2005, Rn. 131: „Kulturarbeit ist ... generell eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe“.

Diese Annahme einer verfassungsunmittelbaren Selbstverwaltungspflichtaufgabe soll für Gemeinden und Kreise im Rahmen ihres jeweiligen kulturellen Aufgabenkreises gleichermaßen gelten. Sie wirft – wie sich zeigen wird – für beide kommunale Ebenen dieselben Fragen auf und soll deshalb im Folgenden für Gemeinden und Kreise einheitlich überprüft werden.

(1) Annahme verfassungsunmittelbarer kommunaler Pflichtaufgaben

α. Begründung für den Pflichtcharakter kommunaler Kulturarbeit

Der verfassungsunmittelbare Pflichtcharakter kommunaler Kulturarbeit wird – soweit er nicht aus anderen Verfassungsbestimmungen, sondern aus der Selbstverwaltungsgarantie hergeleitet wird – zunächst auf die Annahme gestützt, Selbstverwaltungspflichtaufgabe könnten nicht nur einfachgesetzlich begründet werden, sondern auch ohne spezialgesetzlich Anordnung entstehen; ehemals freiwillige kommunale Aufgaben könnten sich, gestützt auf die *communis opinio* der Gemeindebürger, zu pflichtigen Aufgaben entwickeln.

Pappermann, Grundzüge eines kommunalen Kulturverfassungsrechts, DVBl. 1980, 701 (705).

Die weitere rechtliche Begründung namentlich Pappermanns verweist dann vor allem auf rechtliche Vorgaben außerhalb des Art. 28 Abs. 2 GG, auf das Gemeinderecht, das Raumordnungs- und Baurecht, die Grundrechte und das Sozialstaatsprinzip,

Pappermann, Grundzüge eines kommunalen Kulturverfassungsrechts, DVBl. 1980, 701 (705 ff.).

um hieraus den Schluss zu ziehen, dass „die Kulturarbeit sich ohne spezialgesetzliche Regelung ebenso wie die Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung und Straßenbenennung zur Selbstverwaltungs-Pflichtaufgabe entwickelt“ habe.

Pappermann, Grundzüge eines kommunalen Kulturverfassungsrechts, DVBl. 1980, 701 (707).

Es ist im Wesentlichen der Verweis auf die (partielle, sonstige) rechtliche Anerkennung kommunaler Kulturarbeit und auf deren heutige tatsächliche Bedeutung für die Kommunen, der die Annahme einer pflichtigen Aufgabe stützen soll.

β. Annahme eines Handlungsgebots (Privatisierungsverbots) in der sonstigen Debatte

Die hier für die kommunale Kulturarbeit vertretene Annahme, aus Art. 28 Abs. 2 GG könne eine Pflicht zur Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben folgen, hat sich in der allgemeinen verfassungsrechtsdogmatischen Debatte zur Selbstverwaltungsgarantie – soweit ersichtlich – lange auf keine nennenswerte Unterstützung berufen können.

Erst in der Debatte um die Privatisierung kommunaler Leistungen ist die Frage aufgekommen, ob die Kommunen auf Grund der Selbstverwaltungsgarantie bestimmte

Leistungen aufrechterhalten, also selbst anbieten müssen und deshalb nicht (materiell) privatisieren dürfen. Dies ist in der Literatur eher vereinzelt,

Vgl. *Tomerius/Breitkreuz*, Selbstverwaltungsrecht und „Selbstverwaltungspflicht“, DVBl. 2003, 422. Vgl. auch *Krölls*, Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik, GewArch 1995, 129 (142); *Kämmerer*, Verfassungsstaat auf Diät?, JZ 1996, 1042 (1047).

zuletzt jedoch auch vom Bundesverwaltungsgericht in einem vielbeachteten Urteil vom 27. Mai 2009 (8 C 10.08)

BVerwG, NVwZ 2009, 1305.

angenommen worden. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in diesem Urteil mit der Frage befasst, ob eine Gemeinde die Ausrichtung eines zuvor von ihr seit langen Jahren veranstalteten Weihnachtsmarkts an einen Privaten übergeben darf, und aus Anlass dieser Frage grundsätzliche Überlegungen angestellt. Das Gericht nimmt an, aus Art. 28 Abs. 2 GG ergebe „sich auch eine Bindung der Gemeinden hinsichtlich der Aufrechterhaltung dieses Bestandes und damit die grundsätzliche Pflicht der gemeindlichen Wahrung und Sicherung ihres eigenen Aufgabenbestandes, wenn dieser in den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wurzelt.“

BVerwG, NVwZ 2009, 1305 (1306, Tz. 27).

Es stehe „nicht im freien Ermessen einer Gemeinde, ‚freie Selbstverwaltungsangelegenheiten‘ zu übernehmen oder sich auch jeder Zeit wieder dieser Aufgaben zu entledigen. Gehören Aufgaben zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises, so darf sich die Gemeinde im Interesse einer wirksamen Wahrnehmung dieses örtlichen Wirkungskreises, der ausschließlich der Gemeinde, letztlich zum Wohle der Gemeindeangehörigen, anvertraut ist, nicht ihrer gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume begeben. Der Gemeinde steht es damit nicht grundsätzlich zu, sich ohne Weiteres der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu entledigen.“ Die Gemeinde müsse sich „grundsätzlich zumindest Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeiten vorbehalten, wenn sie die Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises anderen übertragen will.“

BVerwG, NVwZ 2009, 1305 (1306 f., Tz. 29).

Dies wird besonders betont für „öffentliche Einrichtungen mit kulturellem, sozialem und traditionsbildendem Hintergrund ..., die schon lange Zeit in der bisherigen kommunalen Alleinverantwortung lagen. Je länger die kommunale Verantwortung für derart geprägte öffentliche Einrichtungen dauerte, umso mehr ist die Gemeinde zu einer wirksamen Wahrnehmung dieser Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft

verpflichtet. ... Aus dem Gebot der Sicherung und Wahrung des Aufgabenbestandes der Gemeinden ergibt sich, dass eine vollständige Übertragung von Aufgaben besonderer sozialer, kultureller und traditioneller Prägung ... an Dritte nicht zulässig ist.“

BVerwG, NVwZ 2009, 1305 (1307, Tz. 30 f.).

Zusammenfassend – so stellt das Bundesverwaltungsgericht fest – folgt „aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG auch eine Pflicht der Gemeinde zur grundsätzlichen Sicherung und Wahrung des Aufgabenbestandes, der zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises gehört.“

BVerwG, NVwZ 2009, 1305 (1308, Tz. 38).

Eine tiefer gehende Begründung für diese Pflichtcharakter des Art. 28 Abs. 2 GG ist das Bundesverwaltungsgericht allerdings schuldig geblieben.

Krit. dazu etwa *Schoch*, Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Privatisierungsverbot?, DVBl. 2009, 1533 (1535).

Den gehaltvollsten Ansatz zu einer solchen Begründung haben wohl *Tomerius/Breitkreuz*

Tomerius/Breitkreuz, Selbstverwaltungsrecht und „Selbstverwaltungspflicht“, DVBl. 2003, 426 (427 ff.).

geliefert, die die den Kommunen zugewiesene „Eigenverantwortung“ heranziehen und diese im Sinne von „Verantwortung“ verstehen wollen.

Mit Recht ist angenommen worden, dass dieses Urteil auch für die Annahme des Pflichtcharakters der kommunalen Kulturarbeit von ausschlaggebender Bedeutung sein könnte.

Vgl. zur potentiellen Relevanz für den Pflichtcharakter (und eine daraus evtl. folgende finanzielle Absicherung) der Kulturarbeit *Müller*, Kommunale Selbstverwaltung – institutionell garantierte Pflicht?, der gemeindehaushalt 2010, 26: „Auch wenn viele Städte seit langem keine ‚freie Spitze‘ mehr haben, so nehmen sie dennoch weiterhin viele freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben wahr. Aber auch die werden immer mehr in Frage gestellt, insbesondere im Sport- und Kulturbereich. Drei Beispiele aus dem Bergischen Städtedreieck, die diskutiert werden oder demnächst noch einmal diskutiert werden (müssen): Wuppertal – Schließung des Theaters, Solingen – Aufgabe eines Sportstadions, Remscheid – Schließung des Werkzeugmuseums. Eine neuere Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts könnte allerdings derartige Diskussionen hinfällig machen.“

Wie gesehen, hat das Bundesverwaltungsgericht diese Feststellung gerade auch mit Blick auf kulturell relevante Einrichtungen und Veranstaltungen getroffen. Dass es seine Aussage in Bezug auf die (materielle) Privatisierung einer bereits seit längerem betriebenen Aktivität getroffen und in diesem Falle eine Verstärkung der Verpflichtung der Kommune angenommen hat, steht nicht entgegen. Hinter dem angenommenen Privatisierungsverbot steht die Annahme einer Handlungspflicht, die in Bezug auf die Fortsetzung bereits begonnener Aktivitäten zwar stärker sein soll, aber grundsätzlich auch für bislang nicht wahrgenommene Aktivitäten proklamiert wird.

(2) Kritik

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat jedoch in der Literatur, die sich aus diesem Anlass wohl erstmals intensiver mit der Frage nach dem Pflichtcharakter des Selbstverwaltungsrechts befasst hat, fast einhelligen Widerspruch erfahren.

Krit. zu der Entscheidung etwa *Schönenbroicher*, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 78 Rn. 24; *Winkler*, Anmerkung, JZ 2009, 1169; *Schoch*, Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Privatisierungsverbot?, DVBl. 2009, 1533; *Ehlers*, Anmerkung, DVBl. 2009, 1456; *Müller*, Kommunale Selbstverwaltung – institutionell garantierte Pflicht?, der gemeindehaushalt 2010, 268 (271 f.).

Dieser Widerspruch ist zunächst eher gradueller Natur, wenn er – mit Recht – geltend macht, dass das Bundesverwaltungsgericht jedenfalls zu weit gehe, wenn es ausgerechnet die Abhaltung eines Weihnachtsmarktes für unverzichtbar erklärt.

Vgl. *Ehlers*, Anmerkung, DVBl. 2009, 1456 (1457); *Schoch*, Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Privatisierungsverbot?, DVBl. 2009, 1533 (1536); *Winkler*, Anmerkung, JZ 2009, 1169 (1170).

Die Kritik ist darüber hinaus jedoch auch prinzipieller Natur stellt und sieht – wie Schoch formuliert –

Schoch, Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Privatisierungsverbot?, DVBl. 2009, 1533 (1534)

den normativen Gehalt des Art. 28 Abs. 2 GG geradezu auf den Kopf gestellt durch den Versuch, gestützt auf die Eigenverantwortlichkeit eine Selbstverwaltungspflicht herzuleiten.

α. Die kommunale Eigenverantwortlichkeit in der Kompetenzwahrnehmung

Die den Gemeinden in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG garantierte Eigenverantwortlichkeit gewährt ihnen (zumindest und insbesondere auch) für den Bereich ihrer verfassungsrechtlich garantierten eigenen Aufgaben, dass sie diese „in eigener Verantwortung“ regeln dürfen, und Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG garantiert auch den Kreisen das „Recht der Selbstverwaltung“; damit ist den Gemeinden und den Kreisen gleichermaßen die Garantie eigenverantwortlicher Aufgabenerledigung zugesichert.

BVerfGE 119, 331 (361). Vgl. auch *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 12. Aufl. 2011, Art. 28 Rn. 39.

Aus der Gewährleistung von Eigenverantwortlichkeit wird abgeleitet, dass den Kommunen das Recht verbrieft ist, für die Aufgabenbewältigung nach eigenem Ermessen sachliche und zeitliche Prioritäten festzulegen; die darin begründete autonome Gestaltungsmacht erstreckt sich bei den sog. freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben auf das „Ob“, „Wie“ und „Wann“.

Vgl. etwa *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 28 Rn. 52.

Damit verträgt sich im Ausgangspunkt die Annahme einer verfassungsunmittelbar begründeten Pflicht zur Wahrnehmung bestimmter Selbstverwaltungsaufgaben nicht.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung, grundlegend in dem Rastede-Beschluss aus dem Jahr 1988, in Abkehr von früherer Rechtsprechung, die den Wesensgehalt kommunaler Selbstverwaltung vor allem historisch herleiten und auf dieser Grundlage gegenständlich bestimmen wollte, ausdrücklich betont, dass zum Wesengehalt der Selbstverwaltungsgarantie gerade kein gegenständlich bestimmter oder nach feststehenden Merkmalen bestimmter Aufgabenkatalog gehört.

BVerfGE 79, 127 (146).

Vielmehr betont es gerade die Universalität des gemeindlichen Wirkungskreises und das gemeindliche Zugriffsrecht auf alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft als identitätsbestimmendes Merkmal gemeindlicher Selbstverwaltung.

BVerfGE 79, 127 (147).

Gerade und erst in der autonomen Entscheidung darüber, welche Aufgaben ihres Wirkungskreises die einzelne Kommune aufgreifen will, kann sich die spezifische

politisch-demokratische Funktion, die das Bundesverfassungsgericht der kommunalen Selbstverwaltung nachdrücklich zugeschrieben hat,

BVerfGE 79, 127 (147 ff, 153).

realisieren. Die *opinio communis*, die etwa von Pappermann zur Begründung des Pflichtcharakters der kommunalen Kulturarbeit herangezogen wird, muss sich also in den jeweiligen kommunalpolitischen Entscheidungen zum Ausdruck bringen.

Von außen geltend zu machende und durchzusetzende Bindungen der Kommune in ihrer Eigenverantwortlichkeit können nicht verfassungsunmittelbar aus der Selbstverwaltungsgarantie selbst abgeleitet werden, sondern müssen einfachgesetzlich konkretisiert sein. Das Bundesverfassungsgericht spricht ausdrücklich von der „Ausgestaltung und Formung“ der Selbstverwaltungsgarantie durch den Gesetzgeber.

BVerfGE 79, 127 (143). Hierauf verweist zu Recht ausdrücklich *Schoch*, Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Privatisierungsverbot?, DVBl. 2009, 1533 (1535, 1536).

Für die Sicherung der den Kommunen garantierten Autonomie in der Wahrnehmung ihrer Angelegenheiten, ähnlich wie für die Sicherung grundrechtlicher Freiheit durch den Vorbehalt des Gesetzes, ist die Erforderlichkeit der gesetzlichen Konkretisierung rechtlicher Pflichten von ausschlaggebender Bedeutung, denn erst hierdurch wird für die Kommunen in rechtsstaatlich befriedigender Weise klargestellt, wozu sie rechtlich verpflichtet sind und was in ihrer eigenen Entscheidungshoheit liegt. Eine Einbebnung des Unterschieds zwischen freien und gesetzlich bestimmten pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben, wie das Bundesverwaltungsgericht sie vorgenommen hat,

So zu Recht krit. *Ehlers*, Anmerkung, DVBl. 2009, 1456 (1457).

ist deshalb aus Gründen der Sicherung der kommunalen Autonomie nicht angängig.

Die Annahme des Bundesverwaltungsgerichts ist deshalb mit der ganz vorherrschenden Auffassung im verfassungsrechtlichen Schrifttum zurückzuweisen. Sie vermag argumentativ nicht zu überzeugen. Entgegen einer gelegentlich geäußerten Erwartung

Müller, Kommunale Selbstverwaltung – institutionell garantierte Pflicht?, der *gemeindehaushalt* 2010, 268 (272): „Schließlich ist davon auszugehen, dass das BVerwG bei seiner Linie bleiben wird und die Instanzgerichte sich ihm anschließen werden.“

ist auch nicht davon auszugehen, dass die genannte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts die Rechts-, namentlich die Gerichtspraxis durchgängig prägen wird.

Es ist jedenfalls festzustellen, dass Instanzgerichte sich eher distanziert zu dieser höchststrichterlichen Vorgabe äußern.

Vgl. etwa die Vorinstanz HessVGH DVBl 2010, 665, die die Revisionsentscheidung erkennbar gegen die eigene Überzeugung umgesetzt hat, sowie VG Wiesbaden, Urt. v. 25. Nov. 2011 – 7 K 239/11.WI (zitiert nach juris).

Es drängt sich eher der Eindruck auf, dass ein besonderer Einzelfall hier das Bundesverwaltungsgericht zu seiner Beurteilung gedrängt hat und diese keine breite Geltung erlangen wird.

β. Das Pflichtmoment hoheitlicher Kompetenzwahrnehmung und sein Erstarken zur Rechtspflicht allenfalls in Extremfällen

Es ist allerdings richtig, dass die den Kommunen garantierte Selbstverwaltung keine Freiheit zur Beliebigkeit ist, wie das für die grundrechtliche Freiheit anzunehmen ist. Vielmehr handelt es sich um eine den Kommunen als Hoheitsträgern übertragene Kompetenz, die – wie alle Hoheitsgewalt – pflichtgebunden wahrzunehmen ist.

Ehlers, Anmerkung, DVBl. 2009, 1456; *Winkler*, Anmerkung, JZ 2009, 1169 (1170).

Insofern wohnt hoheitlichen Kompetenzen grundsätzlich und immer ein gewisses Pflichtmoment inne. Diese Pflichtbindung ist jedoch durch Art. 28 Abs. 2 GG grundsätzlich den Kommunen selbst zur Konkretisierung und Verwirklichung aufgegeben.

Dass das grundsätzlich anzunehmende Pflichtmoment der kommunalen Selbstverwaltung zu einer echten und konkreten, ggf. auch gerichtlich durchsetzbaren Rechtspflicht erstarkt, wird in der verfassungsrechtlichen Literatur, etwa von Ehlers, allenfalls für Extremsituationen für denkbar gehalten: „Nur wenn es für lebenswichtige Güter oder Dienstleitungen keinen Markt gibt oder es zu einem Marktversagen kommt, erscheint es diskutabel, dem in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG hineingelesenen Untermaßverbot eine, gegebenenfalls durch eigenes Tätigwerden zu erfüllende Gewährleistungspflicht der Gemeinde – etwa in Anlehnung an Art. 87f Abs. 1 GG – zu entnehmen.“

Ehlers, Anmerkung, DVBl. 2009, 1456 (1456 f.).

Auch wenn man diese Annahme zugrunde legt, taugt sie nicht zur Begründung einer verfassungsunmittelbaren Verpflichtung zu kommunaler Kulturarbeit. Um dies zu begründen, muss man sich nicht auf die heikle Frage einlassen, ob Kultur weniger essentiell oder lebenswichtig als etwa Strom- oder Wasserversorgung ist. Es reicht schon der Hinweis, dass mit diesem Begründungsansatz gar nicht die Pflichtigkeit eines ganzen Aufgabenfeldes wie desjenigen der Kulturarbeit begründet werden

kann, sondern allenfalls im (extremen) Einzelfall eine ganz bestimmte Handlungspflicht begründet werden kann.

γ. Qualifikation der Selbstverwaltungsaufgabe kommunaler Kulturarbeit

Es ist deshalb im Ergebnis davon auszugehen, dass Art. 28 Abs. 2 GG grundsätzlich keine verfassungsunmittelbare Verpflichtung der Kommune zur Wahrnehmung von (dem Gesetz nach freiwilligen) Selbstverwaltungsaufgaben begründet. Auch die von der Selbstverwaltungsgarantie tatbestandlich erfasste kommunale Kulturarbeit

Vgl. oben unter B. I. 2. a.

ist, so selbstverständlich und bedeutsam sie auch sein mag, deshalb im Rahmen des Art. 28 Abs. 2 GG rechtlich nicht als eine Pflichtaufgabe, sondern als eine freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe anzusehen.

So ausdrücklich etwa *Steiner*, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42 (1984), 7 (24); *Schönenbroicher*, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 78 Rn. 24; *Schmidt-Aßmann/Röhl*, Kommunalrecht, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, .1. Kap. Rn. 35: „... freien Selbstverwaltungsaufgaben (zB Bau von Sportstätten, Museen), bei den die Gemeinden allein entscheiden können, ob sie diese Aufgabe überhaupt in Angriff nehmen und wie sie sie durchführen wollen ...“.

bb. Sonstige Verfassungsbestimmungen

Eine Verpflichtung von Kommunen zur Wahrnehmung bestimmter Selbstverwaltungsaufgaben soll auch aus anderen Verfassungsbestimmungen als Art. 28 Abs. 2 GG folgen können.

Vgl. *Kahl/Weissenberger*, Die Privatisierung kommunaler öffentlicher Einrichtungen: Formen – Grenzen – Probleme, Jura 2009, 194 (199); *Schoch*, Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Privatisierungsverbot?, DVBl. 2009, 1533 (1537).

In der Tat ist in einzelnen Fällen auch ohne einfachgesetzliche Anordnung eine (subsidiäre) rechtliche Verpflichtung der Kommunen zur Wahrnehmung bestimmter Aufgaben angenommen worden, so zum Beispiel für die Wasser- und Stromversorgung.

Vgl. BVerwGE 106, 64 (77); HessVGH, RdE 1993, 143 (14); *Masing*, Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, DV 36 (2003), 1 (7); *Kersten*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, in: VVDStRL 69 (2010), 288 (320); *Ehricke*, Einstandspflicht des Staates in der Krise von kommunalen Energieversorgungsunternehmen, IR 2008, 248 (254).

Das führt zu der Frage, ob sonstige Verfassungsbestimmungen auch die Verpflichtung zu kommunaler Kulturarbeit zu begründen vermögen.

(1) Grundrechte

Zur Begründung einer solchen verfassungsrechtlichen Verpflichtung zu kommunaler Kulturarbeit wird u.a. auf die grundrechtlichen Verbürgungen des Grundgesetzes rekuriert. Pappermann verweist in diesem Zusammenhang vor allem auf die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG), die Chancengleichheit (Art. 3 GG) und die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG).

Pappermann, Grundzüge eines kommunalen Kulturverfassungsrechts, DVBl. 1980, 701 (706). Vgl. auch *Häberle*, Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag, 1979, S. 26.

Aus diesen Grundrechtsverbürgungen sollen Ansprüche der Bürger auf Teilhabe an staatlichen Leistungen und auf staatliches Tätigwerden im Interesse des Grundrechtsschutzes abzuleiten sein.

Mit gutem Grund ist jedoch namentlich Pappermann in seiner Äußerung eher zurückhaltend. Die genannten Grundrechtsbestimmungen, insbesondere der Gleichheitssatz, sind zwar einschlägig, soweit es um sog. *derivative* Teilhabeansprüche, also um den Anspruch auf gleichheitsgemäße Teilhabe an vom Staat bzw. von Kommunen gewährten Leistungen.

Vgl. etwa *Mann*, in: Löwer/Tettinger, Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 18 Rn. 13; *Günther*, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 18 Rn. 4, zu Art. 3 Abs. 1 GG.

Solche Grundrechtsverbürgung derivativer Teilhabeansprüche lässt aber die Freiheit der zuständigen Hoheitsträger, ob und in welchem Umfang sie kulturelle Leistungen erbringen, unberührt und ist deshalb zur Begründungen einer Verfassungspflicht zur Kulturtätigkeit unzureichend. Die hierfür erforderliche Annahme *originärer* Grundrechtsansprüche auf staatliche bzw. kommunale Leistungen, seien es eigene kommunale Kulturaktivitäten, seien es Unterstützungsleistungen für private Kulturschaffende, setzt ein leistungsstaatliches Grundrechtsverständnis voraus.

So zu Recht *Häberle*, Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag, 1979, S. 26.

Ein solches Grundrechtsverständnis ist insbesondere in den frühen 1970er Jahren, u.a. und vor allem von Häberle, propagiert und vom Bundesverfassungsgericht insbesondere in seinem Numerus-Clausus-Urteil

BVerfGE 33, 303 (333).

vorsichtig rezipiert, in den Folgejahren jedoch sehr zurückhaltend angewandt worden.

Im hier interessierenden Sachbereich stellt sich diese Frage insbesondere mit Blick auf die Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG. In Bezug hierauf hat das Bundesverfassungsgericht zwar in einzelnen Entscheidungen formuliert, die Verfassungsbestimmung habe nicht nur die negative Bedeutung, vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt in den künstlerischen Bereich zu schützen. „Als objektive Wertentscheidung für die Freiheit der Kunst stellt sie dem modernen Staat, der sich im Sinn einer Staatszielbestimmung auch als Kulturstaat versteht, zugleich die Aufgabe, ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern“.

BVerfGE 36, 321 (331); vgl. auch BVerfGE 81, 108 (116); BVerfG, NJW 2005, 2843.

Diese zunächst weitreichend scheinende Aussage wird man in ihrer Bedeutung jedoch relativieren müssen. Zum einen kann man ihr schwerlich die verfassungsrechtliche Verankerung eines Staatsziels „Kulturstaat“ entnehmen, da Art. 5 Abs. 3 GG nicht allgemein die Kultur, sondern allein die Kunstfreiheit zum Gegenstand hat.

Steiner, § 86. Kultur, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, Rn. 3, der die Passage wohl so verstehen will, dass hier nicht dem Staatsziel „Kulturstaat“ Verfassungsrang verliehen wird, sondern ein vorausgesetztes kulturstaatliches Selbstverständnis der Auslegung der Kunstfreiheitsgarantie zugrunde gelegt wird.

Zum anderen hat das Bundesverfassungsgericht auch für den Bereich der Kunst keine ersichtlichen dogmatischen Konsequenzen gezogen, vielmehr betont, dass die dargestellte verfassungsrechtliche Grundsatzentscheidung nicht vorschreibe, in welchem Umfang und in welcher Form der Staat seiner Förderungspflicht nachzukommen habe.

BVerfGE 81, 108 (116).

Insbesondere hat es jede Konkretisierung und erst recht Subjektivierung von daraus abzuleitenden Rechten, also die Annahme von Ansprüchen auf Kunstförderung vermieden.

Vgl. BVerfG, NJW 2005, 2843. Vgl. auch BVerwG, NJW 1980, 718: kein Anspruch auf Theatersubventionen.

Angesichts dieser Zurückhaltung bei der Ableitung konkreter Rechtsfolgen auch für den engeren Bereich der Kunstförderung stellt Art. 5 Abs. 3 GG keine tragfähige Grundlage für die Herleitung einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung zu kommunaler Kulturarbeit dar.

(2) Staatszielbestimmungen

α. Keine kulturstaatliche Staatszielbestimmung

Das Grundgesetz enthält – wie auch die Befürworter des Pflichtcharakters kommunaler Kulturarbeit sehen und ausdrücklich zugestehen –

Vgl. *Zuhorn*, Kulturpflege, in: Peters (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 1957, S. 165 (169); *Pappermann*, Grundzüge eines kommunalen Kulturverfassungsrechts, DVBl. 1980, 701 (706).

keine Staatszielbestimmung, die die Kulturtätigkeit oder -förderung durch den Staat bzw. die Kommunen unmittelbar zum Gegenstand hätte. Vorschläge zur Einführung einer Kulturstaatsklausel als Staatszielbestimmung, etwa durch die „Sachverständigenkommission Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge“

Der Bundesminister des Inneren/Der Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Staatszielbestimmungen Gesetzgebungsaufträge. Bericht der Sachverständigenkommission, 1983, Rn. 169.

und auch durch die Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“,

Vgl. den Zwischenbericht BT-Drs. 15/5560, S. 2 und 12; BT-Drs. 15/7000, S. 68.

sind folgenlos geblieben.

β. Sonstige Staatszielbestimmungen (insbes.: Sozialstaatsprinzip)

Unter den Staatszielbestimmungen des Grundgesetzes werden jedoch vereinzelt das Demokratieprinzip und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats

Häberle, Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag, 1979, S. 32 f.

sowie vor allem das Sozialstaatsprinzip

So – allerdings auch eher vorsichtig – *Pappermann*, Grundzüge eines kommunalen Kulturverfassungsrechts, DVBl. 1980, 701 (706).

zur Begründung einer Verfassungspflicht der Kommunen zur Kulturtätigkeit und -förderung herangezogen. Dabei dürfte das Sozialstaatsprinzip am ehesten einen tauglichen Ansatzpunkt bieten und deshalb nähere Betrachtung verdienen.

Jedoch erweist sich auch dieser Begründungsansatz letztlich als nicht tragfähig. Ausschlaggebend dafür ist nicht allein die inhaltliche Weite und Unbestimmtheit dieses Prinzips, die es ungeachtet seiner rechtlichen Verbindlichkeit allgemein kaum zulässt, konkrete Einzelfolgerungen daraus zu ziehen.

Vgl. nur *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 46 ff.

Darüber hinaus darf heute als weithin anerkannt gelten, dass hoheitliche Kunst- (und sonstige Kultur-)förderung weder mit Blick auf die Kulturschaffenden noch mit Blick auf die Kulturrezipienten im Kern sozialstaatlich begründet ist; sie ist – jedenfalls in ihrem Kern, vielleicht abgesehen von begleitenden unterstützenden Maßnahmen zugunsten sozial schwächerer Bevölkerungsschichten – nicht an sozialen Bedürftigkeits-, sondern an kulturpolitischen Kategorien orientiert.

Huster, Kultur im Verfassungsstaat, in: VVDStRL 65 (2006), 51 (59). Vgl. auch *Steiner*, § 86. Kultur, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, Rn. 5 ff.

Das Sozialstaatsprinzip ist deshalb keine taugliche Grundlage für die Begründung einer staatlichen bzw. kommunalen Verpflichtung zur Kulturarbeit.

b. Landesverfassungsrecht

Die landesverfassungsrechtliche Beurteilung muss zunächst auch auf dieser Ebene die Garantie kommunaler Selbstverwaltung, verankert in Art. 78 LV NRW, heranziehen (aa.). Weiter verlangt auch Art. 18 Abs. 1 LV NRW, der die Pflege und Förderung u.a. von Kultur und Kunst zu einer Aufgabe auch der Gemeinden erklärt, Beachtung (bb.).

aa. Art. 78 LV NRW

Die landesverfassungsrechtliche Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 78 LV NRW geht zwar in manchen Hinsichten über die Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG, die eine Mindestgarantie ist, hinaus.

Schönenbroicher, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 78 Rn. 6.

In der hier interessierenden Frage nach einem möglichen Pflichtcharakter der kommunalen Aufgabenwahrnehmungskompetenz, insbesondere auf dem Gebiet der Kul-

turarbeit, ergeben sich jedoch keine Abweichungen. Wie mit Blick auf Art. 28 Abs. 2 GG gilt daher auch mit Blick auf Art. 78 LV NRW, dass diese Verfassungsbestimmung die eigenen Angelegenheiten den Kommunen zur eigenverantwortlichen (gemeinwohlgerechten) Wahrnehmung überträgt und nicht in eine verfassungsrechtliche Verpflichtung umgedeutet werden darf.

bb. Art. 18 Abs. 1 LV NRW

Anders als das Grundgesetz enthält die Landesverfassung in Art. 18 Abs. 1 LV NRW eine Staatszielbestimmung, die sich explizit der Kultur, der Kunst und der Wissenschaft widmet.

Was die Bindungswirkung angeht, so ist Art. 18 Abs. 1 LV NRW kein unverbindlicher Programmsatz, sondern verbindliches Verfassungsrecht, das eine Staatszielbestimmung statuiert.

Mann, in: Löwer/Tettinger, Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 18 Rn. 5; *Günther*, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 18 Rn. 1.

Als Staatszielbestimmung verlangt Art. 18 Abs. 1 LV NRW – im Sinne eines Optimierungsgebots - von den Kommunen, innerhalb ihres Kompetenzbereichs auf die Erreichung des vorgegebenen Ziels hinzuwirken.

Vgl. *Günther*, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 18 Rn. 1.

Sie steht damit unter dem Vorbehalt des Möglichen und ist auch offen für wirtschafts-, haushalts- und finanzpolitische Rücksichten.

Mann, in: Löwer/Tettinger, Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 18 Rn. 5, 13.

Hinsichtlich der tatbestandlichen Reichweite wird Art. 18 Abs. 1 LV NRW ein weiter Kulturbegriff, der Kunst und Wissenschaft sowie den in Art. 18 Abs. 2 LV NRW besonders genannten Denkmalschutz in sich einschließt, zugrunde gelegt.

Vgl. *Mann*, in: Löwer/Tettinger, Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 18 Rn. 8; *Günther*, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 18 Rn. 3.

Rekurriert wird etwa auf die vom Bundesverfassungsgericht in einer frühen Entscheidung

BVerfGE 10, 20 (36).

übernommene Definition, wonach Kultur die Gesamtheit der innerhalb einer Gemeinschaft wirksamen geistigen Kräfte, die sich unabhängig vom Staat entfalten und ihren Wert in sich tragen“, oder auch die Definition von Sommermann: „Kultur ist die eine Gesellschaft prägende Wahrnehmung, Deutung und Gestaltung der Lebenswirklichkeit. Sie umfasst das Denken und Fühlen, Sitten und Gebräuche, Glauben und Moral.“

Sommermann, Kultur im Verfassungsstaat, VVDStRL 65 (2006), 7 (8).

Der Kulturbegriff des Art. 18 Abs. 1 LV NRW zeichnet sich damit durch eine besondere Weite aus.

Dies führt im Ergebnis dazu, dass die Bindungskraft des Art. 18 Abs. 1 LV NRW begrenzt bleibt. Die Verfassungsbestimmung überlässt es den Gemeinden selbst, welche Kultursparten sie pflegen und mit welchem personellen, organisatorischen und finanziellen Aufwand sie dies jeweils tun.

Steiner, § 86. Kultur, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, Rn. 22.

Ein Verstoß wird allenfalls dann anzunehmen sein, wenn eine Gemeinde bei einem bestehenden Bedürfnis nach Kulturförderung und -pflege und trotz gegebener finanzieller und sonstiger Möglichkeiten ganz untätig bleibt oder völlig verfehlt agiert. Angesichts der Weite des Kulturbegriffs und der nicht notwendig finanziellen, sondern etwa auch ideell möglichen Förderung scheint freilich kaum vorstellbar, dass eine Gemeinde keine Pflege und Förderung von Kultur betreibt, d.h. ihrer Verpflichtung insgesamt nicht nachkommt. Damit ist aber auch ein Verstoß gegen die Staatszielbestimmung allenfalls in besonderen Ausnahmefällen vorstellbar.

c. Einfachgesetzliche Rechtslage

Es bleibt die Frage, ob und inwieweit nach der aktuellen einfachgesetzlichen Rechtslage die kommunale Kulturförderung und Kulturtätigkeit den Kommunen verpflichtend aufgegeben ist, also im Sinne der Aufgabentypen des nordrhein-westfälischen Kommunalrechts (vgl. § 3 Abs. 1 und 2 S. 1 GO NRW, § 2 Abs. 2 S. 2 und 3 KrO NRW) als Pflichtaufgabe, u.U. zur Erfüllung nach Weisung, ausgestaltet ist.

aa. Einzelne spezialgesetzliche Regelungen

Einzelne spezialgesetzliche Regelungen begründen – wie bereits kurz angedeutet –

Vgl. oben unter B. I. 2. c.

kommunale Pflichtaufgaben. So verpflichtet § 10 Abs. 1 Weiterbildungsgesetz NRW Kreisfreie Städte sowie Große und Mittlere kreisangehörige Städte dazu, Einrichtungen der Weiterbildung zu errichten und zu unterhalten. Das Gesetz über die Sicherung und Nutzung öffentlichen Archivguts im Landes Nordrhein-Westfalen (Archivgesetz Nordrhein-Westfalen – ArchG NRW) gilt nach § 1 Nr. 2 ArchiVG auch für die Träger der kommunalen Selbstverwaltung; nach § 10 Abs. 1 ArchiVG haben die Träger der kommunalen Selbstverwaltung dafür Sorge zu tragen, dass ihr Archivgut in eigener Zuständigkeit archiviert wird. Nach §§ 1 Abs. 2, 22 Abs. 1 S. 1 DSchG obliegt die Denkmalpflege den Gemeinden und Gemeindeverbänden als Selbstverwaltungsaufgabe.

bb. Generelle gesetzliche Verpflichtung

Eine umfassende gesetzliche Verpflichtung der Kommunen zu Kulturförderung und Kulturtätigkeit kennt das einfache Gesetzesrecht in Nordrhein-Westfalen nicht. Die einzige gesetzliche Regelung, die die kommunale Kulturarbeit tatbestandlich umfassender und allgemein anspricht und auf die mitunter als einfachgesetzliche Grundlage einer Verpflichtung der Kommunen zur Kulturarbeit verwiesen wird,

Vgl. etwa *Pappermann*, Grundzüge eines kommunalen Kulturverfassungsrechts, DVBl. 1980, 701 (705 f.).

findet sich in den kommunalrechtlichen Verpflichtungen der Kommunen zur Schaffung von u.a. auch kulturellen Einrichtungen (§ 8 Abs. 1 GO NRW; § 6 Abs. 1 KrO NRW). Mit Recht wird jedoch darauf verwiesen, dass diese Bestimmungen den Kommunen einen weiten Gestaltungsspielraum in Gestalt eines Beurteilungsspielraums lassen.

Ehlers, DVBl. 2009, 1456 (1457); *Schoch*, Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Privatisierungsverbot?, DVBl. 2009, 1533 (1537 f.).

Die Entscheidung, welche Einrichtungen im Einzelfall zu schaffen sind, bleibt der freien Entscheidung der Gemeinde im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts überlassen.

OVG NRW, NVwZ 1987, 518; *Wansleben*, in: Held u.a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, § 8 GO Erl. 1; *Rehn/Cronauge*, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, § 8 Erl. 1.

Das Oberverwaltungsgericht Münster hat deshalb in einem Urteil vom 16. September 1975 mit Blick auf öffentliche Einrichtungen im Sinne dieser Vorschrift ausdrücklich festgestellt: „Es ist nach Gemeinderecht des Landes NRW keine Pflichtaufgabe der Gemeinde ... derartige Einrichtungen zu schaffen (vgl. BVerwGE 32, 333 = Buchholz 150 PartG Nr. 1), oder aufrechtzuerhalten.“

OVG NRW, NJW 1976, 820 (821).

4. Ergebnis und Folgerungen

a. Geltende Rechtslage

aa. Keine gesetzliche Pflichtaufgabe

Im Ergebnis zeigt sich, dass auf einfachgesetzlicher Ebene nur wenige einzelne Teilaufgaben der Kulturpflege als Pflichtaufgaben der Kommunen ausgestaltet sind. Eine allgemeine gesetzliche Pflicht zur Kulturarbeit ist nicht statuiert. Sie folgt insbesondere auch nicht aus §§ 8 Abs. 1 GO NRW, 6 Abs. 1 KrO NRW.

bb. Verfassungsrechtliche Bindungen

(1) Keine verfassungsunmittelbar pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe

Jenseits der einzelnen einfachgesetzlich begründeten kommunalen Pflichtaufgaben im Bereich der Kulturpflege gibt es auch keine – verfassungsunmittelbar begründete – Verpflichtung der Kommunen zur Kulturarbeit im Rechtssinne. Dies gilt ungeachtet der beachtenswerten Stimmen in der Literatur, die die kommunale Kulturarbeit als eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe bezeichnen. Sie postulieren bei genauerer Betrachtung keine verfassungsunmittelbare Rechtspflicht im strengen, kommunalrechtlichen Sinne.

Es ist bezeichnend, dass diese Annahme einer pflichtigen Selbstverwaltungsaufgabe nicht die hergebrachte Unterscheidung von Typen kommunaler Aufgaben zugrunde legen und die Kulturarbeit den pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben in diesem Sinne zuordnen will, sondern diese Unterscheidung insgesamt nicht mehr aufrechterhalten und überwinden will.

Vgl. Pappermann, § 77. Sonstige Kulturpflege. A. Förderung von Wissenschaft, Bildung und Kultur, in: Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 4, 2. Aufl. 1983, S. 281 (285); Blank, Kulturar-

beit in kreisangehörigen Städten und Gemeinden, Städte- und Gemeinderat 1980, 47 (48).

Diese Unterscheidung verschiedener Aufgabentypen – im monistischen Aufgabenmodell: der freiwilligen, der pflichtigen sowie der pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben zur Erfüllung nach Weisung – ist aber einfachrechtlich vorgegeben (vgl. § 3 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GO NRW). Es erscheint auch verfassungsrechtlich geboten, für die Kategorisierung der Aufgaben an dieser – auf die einfachgesetzliche Konkretisierung abstellenden – Unterscheidung festzuhalten. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Recht eine „gesetzliche Ausgestaltung und Formung“ der Selbstverwaltungsgarantie eingefordert.

BVerfGE 79, 127 (143); 83, 363 (381).

Erst die an die gesetzliche Begründung von Pflichten und Weisungsbefugnissen anknüpfende Unterscheidung von freiwilligen und pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben (mit Weisungsbefugnissen) erlaubt eine hinreichend bestimmte Definition staatlicher Aufsichtsbefugnisse und kann die Grundlage für die Anwendung des Konnexitätsgrundsatzes (Art. 78 Abs. 3 LV NRW) sein.

Soweit eine Pflichtaufgabe angenommen wird, wird denn auch immer deren Besonderheit gegenüber gesetzlich auferlegten Pflichtaufgaben betont. Es handele sich bei der „Förderung von Bildung und Kultur ... nicht nur (um) eine lästige Pflichtaufgabe kommunaler Selbstverwaltung.“

Blank, Kulturarbeit in kreisangehörigen Städten und Gemeinden, Städte- und Gemeinderat 1980, 47 (47).

Sie unterscheide sich von den gesetzlichen Pflichtaufgaben nicht nur dadurch, dass nur das „Ob“ geregelt sei und das „Wie“ dem politischen Ermessen jeder einzelnen Gemeinde überlassen sei, sondern darüber hinaus auch dadurch, dass der Staat auch nicht zur zwangsweisen Durchsetzung der Erfüllung dieser Pflichtaufgabe befugt sei, weil sie nicht auf einem staatlichen Gesetz, sondern auf der übereinstimmenden Auffassung der Gemeindebürger beruhe.

Pappermann, § 77. Sonstige Kulturpflege. A. Förderung von Wissenschaft, Bildung und Kultur, in: Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 4, 2. Aufl. 1983, S. 281 (286 f.).

Auch die Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“ hat ihr Diktum, dass „Kultur generell eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe“ der Kommunen sei, relativiert durch die Bemerkung, der Kulturauftrag der Kommunen sei ein kulturpolitisch zu konkretisierender Kulturgestaltungsauftrag; konkret entschieden die Gemeindeorga-

ne nach weitgehend freiem Ermessen, und es bedürfe eines fortlaufenden Gestaltungsprozesses unter Einbeziehung der Bürger und der kulturellen Öffentlichkeit.

Vgl. Schlussbericht der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“, BT-Drs. 16/7000, S. 90. Vgl. auch Häberle, Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag, 1979, S. 24 f.: „Kommunale Kulturpolitik kann vom Verfassungsrecht her nicht ‚verordnet‘ werden. Da sie sich im Autonomiebereich abspielt, da sie (spontaner) Freiheit (auch der Organwalter) bedarf, da das Selbstverständnis der Bürger und ihrer demokratisch legitimierten ‚Organe‘ sich nicht juristisch fixieren lässt, sondern sich frei entfalten muß, da sich die ‚Sache Kultur‘ überhaupt nicht reglementieren, sondern nur verantworten lässt, kann das kommunale Kulturverfassungsrecht nur bestimmte *Prinzipien* normieren, muß sich das Recht auf eine mehr technische Hilfe beschränken. ... Gewiß ist ‚Kulturpolitik‘ (in der Terminologie des neueren Kommunalrechts) ‚*gemeindliche Pflichtaufgabe*‘. Was aber im einzelnen für die Kultur im Interesse der Bürger zu initiieren und zu prästieren ist, ist Sache der kommunalen Kompetenzen, Potenzen und demokratischen Gremien in ihren finanziellen Grenzen sowie einfallsreicher Persönlichkeiten ...“.

In diesen Abgrenzungen gegenüber gesetzlich begründeten kommunalen Pflichtaufgaben aber wird die Annahme einer verfassungsunmittelbaren Selbstverwaltungsaufgabe so relativiert und rechtlich entleert, dass von einer Pflichtaufgabe im Rechtssinne sinnvoll nicht mehr gesprochen werden kann.

Im Ergebnis ist deshalb die Ableitung einer kommunalen Pflichtaufgabe der Kulturförderung und Kulturarbeit aus Verfassungsrecht abzulehnen.

Ablehnend zur Ableitung aus Bundesverfassungsrecht etwa Steiner, § 86. Kultur, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, Rn. 22.

(2) Rechtliche Bindungen in Wahrnehmung der Selbstverwaltungsaufgabe

Ungeachtet der Charakterisierung als einer Selbstverwaltungsaufgabe, die nicht im Sinne der kommunalrechtlichen Aufgabenkategorisierung eine pflichtige Aufgabe ist, unterliegt die Kommune in Wahrnehmung ihrer kulturellen Aufgaben gewissen (verfassungs-)rechtlichen Bindungen.

Das ist keine Besonderheit kommunaler Kulturarbeit. Die Wahrnehmung kommunaler und sonstiger staatlicher Aufgaben, die mangels hinreichend konkreter rechtlicher Pflichtbindung nicht als pflichtige Staatsaufgaben zu kennzeichnen sind, muß gleichwohl bestimmte verfassungsrechtliche Vorgaben beachten, z.B. das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG), die Staatsziele des Umweltschutzes und des Tierschutzes (Art. 20a GG) oder auch die Verpflichtung auf die Rücksicht-

nahme auf die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 109 Abs. 2 GG). Diese Vorgaben können, ohne dass sie eine Aufgabe insgesamt zu einer pflichtigen machen, in deren Wahrnehmung einzelne Rechtspflichten begründen.

Für die kommunale Aufgabe der Kulturpflege und -förderung folgen solche rechtlichen Vorgaben schon einfachrechtlich insbesondere aus §§ 8 Abs. 1 GO NRW, 6 Abs. 1 KrO NRW und verfassungsrechtlich für die Gemeinden aus der Staatszielbestimmung des Art. 18 LV NRW. Diese Bestimmungen haben, auch wenn – wie gesehen – die rechtliche Bindungswirkung sehr begrenzt bleibt und nur in besonderen Ausnahmefällen zu einer konkreten Handlungspflicht führt, immerhin zumindest ihre appellative Bedeutung, indem sie die Bedeutung der freiwillig wahrzunehmenden, von außen rechtlich nicht einzufordernden Aufgabe kommunaler Kulturarbeit verdeutlichen und hervorheben.

b. Ausblick: Rechtspolitische Gestaltungsmöglichkeiten

Es bleibt die Frage nach eventuellen rechtspolitischen Gestaltungsmöglichkeiten, d.h. konkret die Frage nach der Möglichkeit einer einfachrechtlichen Qualifikation der kommunalen Kulturarbeit als kommunale Pflichtaufgabe.

aa. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Die gesetzliche Verankerung einer Verpflichtung der Kommunen zu Kulturtätigkeit und Kulturförderung müsste sich verfassungsrechtlich vor der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 78 LV NRW) rechtfertigen. Nicht nur der häufig problematisierte Aufgabenentzug, auch die gesetzliche Aufgabenübertragung stellt eine rechtfertigungsbedürftige Regelung des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen dar;

Vgl. BVerfGE 119, 331 (354); VerfGH NRW, NWVBl. 1993, 7 (9); *Tettinger/Schwarz*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 28 Rn. 231; *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 12. Aufl. 2011, Art. 28 Rn. 77.

das gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls für die Gemeinden, für die Kreise hingegen nur unter eingeschränkten Voraussetzungen.

BVerfGE 119, 331 (354 f.).

Für die – nach dem Verbot des bundesgesetzlichen Durchgriffs auf die Kommunen gemäß Art. 84 Abs. 1 S. 7, 85 Abs. 1 S. 2 GG allein noch zulässige – landesgesetzliche Aufgabenübertragung entfällt der die Selbstverwaltung beschränkende Charakter

auch nicht durch das Eingreifen des Konnexitätsprinzips, auch wenn der danach gebotene Ausgleich die Rechtfertigungslast reduzieren mag.

Vgl. *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 12. Aufl. 2011, Art. 28 Rn. 77, der annimmt, dass landesgesetzliche Aufgabenübertragungen regelmäßig verfassungsrechtlich legitimiert seien.

bb. Möglichkeiten der einfachgesetzlichen Begründung einer Pflichtaufgabe

(1) Spezialgesetzliche Regelungen einzelner Sektoren kommunaler Kulturtätigkeit

Ob und inwieweit danach – über die bestehenden spezialgesetzlichen Regelungen hinaus –

Vgl. oben unter B. I. 3. c. aa.

die Begründung weiterer spezieller kommunaler Pflichtaufgaben auf dem Kommunalsektor zulässig wäre, ist im Rahmen der vorliegenden Gutachtens nicht näher zu untersuchen. Sie müsste sich, wenn man das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Aufgabenverteilungsprinzip

BVerfGE 79, 127 (153).

heranzieht, durch überwiegende Gründe des Gemeininteresses rechtfertigen lassen. Die wäre jeweils mit Blick auf den konkreten Sachbereich zu untersuchen.

(2) Generelle Regelung kommunaler Kulturtätigkeit

Es bleibt die Frage, ob eine generelle gesetzliche Verpflichtung zu kommunaler Kulturarbeit namentlich der Gemeinden zulässig wäre.

Die Einschätzungen hierzu sind zwar im Ausgangspunkt unterschiedlich. Während die eine Seite allgemeine Kulturförderungsgesetze wegen notwendiger Substanzlosigkeit zumindest rechtspolitisch ablehnt,

Steiner, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42 (1984), 7 (24). Vgl. auch *Huster*, Kultur im Verfassungsstaat, in: VVDStRL 65 (2006), 51 (75 f.), zur Weite und Vagheit des Kulturbegriffs, die ihn als verfassungsrechtlichen Begriff untauglich machten.

unterstützt die andere Seite die Idee einer allgemeinen, verpflichtenden Regelung kommunaler Kulturarbeit, betont dabei jedoch zugleich, dass die Autonomie der Kommunen in der Wahrnehmung dieser Aufgabe nicht eingeschränkt werden dürfe.

Vgl. Schlussbericht der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“, BT-Drs. 16/7000, S. 87 ff.; Häberle, Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag, 1979, S. 26: „Juristisch ist die kommunale Pflichtaufgabe ‚Kulturpolitik‘ nur sehr allgemein und für einige Spezialbereiche normierbar: z.B. die Erwachsenenbildung.“

Beide Einschätzungen treffen sich im Ergebnis darin, dass sie jedenfalls eine über einzelne Sparten hinausreichende allgemeine Verpflichtung der Kommunen zur örtlichen Kulturarbeit, die die Kommunen konkret in die Pflicht nähme, ablehnen. In der Tat ist angesichts der Vielgestaltigkeit und Ortsabhängigkeit der kulturellen Bedürfnisse nicht ersichtlich, welche überwiegenden Gemeinwohlgründe dafür sprechen könnten, dass der staatliche Gesetzgeber anstelle der einzelnen Kommune insoweit konkrete Vorgaben macht. Zugespitzt formuliert heißt das, dass eine allgemeine gesetzliche Verpflichtung der Kommunen zur örtlichen Kulturarbeit nur dann verfassungsgemäß sein dürfte, wenn sie rechtlich so gut wie inhaltslos bleibt.

Diese Beurteilung wird auch durch das – mitunter als Vorbild herangezogene – Kulturräumengesetz des Landes Sachsen (SächsKRG) im Ergebnis nicht in Frage gestellt. Zwar bestimmt dieses Gesetz in § 2 Abs. 1 SächsKRG: „Im Freistaat Sachsen ist die Kulturpflege eine Pflichtaufgabe der Gemeinde und Landkreise.“ An diese Proklamation einer kommunalen Pflichtaufgabe werden jedoch keine wesentlichen rechtlichen Folgen geknüpft. Der eigentliche Regelungsgehalt des Gesetzes liegt in der Begründung von Kulturräumen, die mit Ausnahme der sog. urbanen Kulturräume nach § 1 Abs. 4 SächsKRG überörtliche Zweckverbände sind, und in der Ausgestaltung der Förderung von kulturellen Einrichtungen und Maßnahmen über diese Kulturräume.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive angängig erscheint danach freilich eine Regelung, die allgemein festhält, daß die örtlich radizierte Kulturarbeit eine Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinden (und Gemeindeverbände) ist, die zwar i.S.v. § 3 GO NRW, für den die einfachrechtliche Rechtslage maßgeblich ist, eine freiwillige ist, deren Wahrnehmung aber unter den Verpflichtungen nach Art. 18 Abs. 1 LV NRW, § 8 Abs. 1 S. 1 GO NRW, § 6 Abs. 1 KrO NRW steht. Eine solche Regelung würde zwar über die verbindliche Feststellung des Aufgabencharakters hinaus unmittelbar keine neuen Rechtsfolgen begründen, jedoch die bestehende rechtliche Gebundenheit und damit jedenfalls die politisch-faktische Bedeutung kommunaler Kulturarbeit hervorheben. Wollte man danach den Aufgabencharakter der kommunalen Kulturarbeit im Rahmen eines Kulturfördergesetzes in einer Grundsatznorm festhalten, so könnte diese etwa wie folgt formuliert sein:

Die Pflege und Förderung von Kunst und Kultur in ihrem örtlichen Wirkungskreis ist eine Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinden. Ihre eigenver-

antwortliche Wahrnehmung unterliegt der Verpflichtung gemäß Art. 18 Abs. 1 der Landesverfassung, § 8 Abs. 1 der Gemeindeordnung und § 6 Abs. 1 der Kreisordnung bleiben unberührt.

II. Finanzielle Grundlagen kommunaler Kulturförderung und Kulturtätigkeit - insbesondere unter den Bedingungen von Haushaltsnotlagen

Die Erfüllung der kommunalen Aufgaben, der pflichtigen ebenso wie der freiwilligen, lebt davon, dass den Kommunen die dafür erforderlichen Finanzmittel zur Verfügung stehen. Das gilt auch die Kulturförderung und Kulturtätigkeit der Kommunen. Das Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände auf Selbstverwaltung umfasst deshalb auch einen gegen das Land gerichteten Anspruch auf angemessene Finanzausstattung. Von Verfassungs wegen steht den Kommunen eine für die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung erforderliche finanzielle Mindestausstattung zu. Verletzt ist diese Finanzausstattungsgarantie im Ergebnis, wenn einer sinnvollen Betätigung der Selbstverwaltung die finanzielle Grundlage entzogen und dadurch das Selbstverwaltungsrecht ausgehöhlt wird.

Vgl. OVG NRW, OVGE 51, 272 (277 f.); VerfGH NRW, DVBl. 2011, 1155 (1155).

Dass den Kommunen in Nordrhein-Westfalen eine diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende finanzielle Mindestausstattung zur Verfügung steht,

Vgl. zuletzt VerfGH NRW, DVBl. 2011, 1155, zum GFG 2008.

ist im Rahmen dieses Gutachtens nicht näher zu untersuchen, sondern vorauszusetzen.

Die Finanzierung der kommunalen Aufgabenerfüllung, insbesondere auch der kommunalen Kulturarbeit wird prekär, wenn eine einzelne Kommune – wie das aktuell für eine große Anzahl einzelner Kommunen in Nordrhein-Westfalen zutrifft – sich in einer Haushaltsnotlage im Sinne von § 76 Abs. 1 GO NRW (ggf. i.V.m. § 53 Abs. 1 KrO NRW) befindet. Sie hat zur Folge, dass die Aufstellung eines Haushaltssicherungskonzepts mit dem Ziel der Wiederherstellung eines ausgeglichenen Haushalts geboten ist. Mit Blick auf diese Situation ist die Frage aufgeworfen worden, ob und wie sichergestellt werden kann, dass auch solche Kommunen ein gewisses Mindestmaß an Kulturförderung und Kulturangebot als freiwillige Aufgabe vorhalten, weiterleisten oder entwickeln können, ohne dass ihnen dieses kommunalaufsichtlich untersagt werden kann. Dieser Frage soll im Folgenden – unter der Annahme, dass

die Lösung nicht in der Zurverfügungstellung von mehr Geld, sondern in strukturellen Vorkehrungen gesucht werden soll – nachgegangen werden.

1. Randbedingungen der Finanzierung kommunaler Aufgaben in der Haushaltsnotlage

Zunächst soll in zwei Hinsichten wichtigen Randbedingungen der Finanzierung kommunaler Aufgabenerfüllung nachgegangen werden: der Verpflichtung zum Haushaltsausgleich bzw. zur Haushaltskonsolidierung und der Bedeutung einer Haushaltsnotlage für die Verpflichtung zur Wahrnehmung der verschiedenen kommunalen Aufgaben.

a. Verpflichtung zum Haushaltsausgleich und zur Haushaltskonsolidierung

§ 75 Abs. 1 S. 1 GO NRW verpflichtet die Gemeinde, ihre Haushaltswirtschaft so zu planen und zu führen, dass die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist. Weil eine geordnete Aufgabenerfüllung auf Dauer bei einer defizitären Haushaltswirtschaft nicht möglich wäre,

Faber, Haushaltsausgleich und Haushalts sicherungskonzept, in: Henneke/Pünder/Waldhof (Hrsg.), Recht der Kommunal finanz en, 2006, § 34 Rn. 5, 7.

ordnet § 75 Abs. 2 GO NRW weiter an, dass der Haushalt in jedem Haushaltsjahr in Planung und Rechnung ausgeglichen zu sein hat, was grundsätzlich voraussetzen soll, dass der Gesamtbetrag der Erträge die Höhe des Gesamtbetrages der Aufwendungen erreicht oder übersteigt. Für den Fall, dass der Haushaltsausgleich nicht erreicht werden kann, sieht § 76 Abs. 1 GO NRW – unter näher konkretisierten, ergänzenden Voraussetzungen – vor, dass die Gemeinde zur Sicherung ihrer dauerhaften Leistungsfähigkeit ein Haushaltssicherungskonzept aufzustellen und darin den nächstmöglichen Zeitpunkt zu bestimmen hat, bis zu dem der Haushaltsausgleich wieder hergestellt ist. Durch diese Regelungen verpflichtet der Gesetzgeber die Kommunen zum Haushaltsausgleich und ggf. zur Haushaltskonsolidierung mit dem Ziel der Wiedererreichung des Haushaltsausgleichs. Zur Auslegung dieser gesetzlichen Verpflichtung, konkret zu § 75 Abs. 3, Abs. 4 S. 2 GO NRW a.F., hat das Oberverwaltungsgericht Münster ausgeführt: „Daraus ergibt sich die haushaltsrechtliche Pflicht für die Gemeinde, alles zu unternehmen, um durch Zurückführung der Ausgaben und Erhöhung der Einnahmen dieses Ziel so schnell wie möglich zu erreichen. ... Allerdings besteht die Pflicht nicht einschränkungslos, sondern ist auf das Zumutbare begrenzt. Diese Beschränkung der Handlungs- und Unterlassungspflicht ergibt sich aus dem Merkmal des § 75 Abs. 4 Satz 2 GO NRW a.F., wonach die

Pflicht zur Wiederherstellung des Haushaltsausgleichs sich nur auf den "nächstmöglichen" Zeitpunkt bezieht. Mit diesem Zeitpunkt ist nicht der rein technische Zeitpunkt gemeint, der unter Ausnutzung aller denkbaren Einsparungen und Einnahmeerhöhungen erreichbar wäre, sondern der Zeitpunkt, der unter Berücksichtigung der vielfältigen und auch häufig gegenläufigen Pflichten einer Gemeinde erreichbar ist, mithin der zumutbarerweise nächstmögliche Zeitpunkt. Die Zumutbarkeit des haushaltsrechtlich gebotenen Verhaltens bestimmt sich einerseits nach den jeweiligen rechtlichen Vorgaben für das in Rede stehenden Tun oder Unterlassen sowie danach, ob das Verhalten auch unter Berücksichtigung des im Rahmen des Grundsatzes sparsamer und wirtschaftlicher Haushaltsführung (§ 75 Abs. 2 GO NRW a.F.) eröffneten Handlungsspielraums der Gemeinde geboten ist.“

OVG NRW, NWVBl. 2010, 34 (34).

In dieser Auslegung ist die den Kommunen auferlegte gesetzliche Verpflichtung zum Haushaltsausgleich und ggf. zur Haushaltskonsolidierung verfassungsgemäß, insbesondere mit der Garantie kommunaler Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 78 LV NRW) vereinbar. Sie regelt zwar beschränkend die Selbstverwaltung, insbesondere die Finanzhoheit der Kommunen. Diese ist jedoch nur im Rahmen der Gesetze gewährt, und die fraglichen Regelungen beachten die einschränkenden Voraussetzungen, wie das Oberverwaltungsgericht Münster ausgeführt hat: „Unter Anlegung dieser Maßstäbe verletzt es weder den Kernbereich der Finanzhoheit noch stellt es einen unverhältnismäßigen Eingriff in sie dar, wenn das Kommunalhaushaltsrecht die Gemeinden auf das Ziel eines ausgeglichenen Haushalts zum nächstmöglichen Zeitpunkt festlegt Die Finanzhoheit besteht auch darin, dass die Gemeinde sich in eigenverantwortlicher Regelung ihrer Finanzen auf die ihr obliegenden Verpflichtungen einstellt. ... Die Gemeinden sind bei der Festsetzung der Hebesätze nicht völlig frei; es ist ihnen nicht gewährleistet, dass sie ihre Entscheidungen nur nach ihren Interessen und ohne Rücksicht auf ihre Verpflichtungen treffen können. Das Wesen der gemeindlichen Finanzhoheit besteht nicht darin, dass die Gemeinde frei schalten kann, sondern darin, dass sie verantwortlich disponiert und bei ihren Maßnahmen auch ihre Stellung innerhalb der Selbstverwaltung des modernen Verwaltungsstaates in Betracht zieht.“

OVG NRW, NWVBl. 2010, 34 (36). Vgl. auch *Pünder*, Haushaltsrecht im Umbruch, 2003, S. 242; *Diemert*, Das Haushaltssicherungskonzept, 2005, S. 178 ff.

Die Verpflichtung der Kommunen hierauf und, wenn ein ausgeglichener Haushalt nicht möglich ist, auf die Konsolidierung des Haushalts mit dem Ziel der Wiederer-

reichung des Haushaltsausgleichs ist auch verfassungsrechtlich, im Hinblick auf die Garantie kommunaler Selbstverwaltung, nicht zu beanstanden.

Die nachfolgenden Überlegungen gehen davon aus, dass die verfassungsgemäße, für das Haushaltswesen grundlegende Verpflichtung zum Haushaltsausgleich bzw. zur Haushaltskonsolidierung auch im Hinblick auf die Finanzierung eines Mindestmaßes an von Kulturarbeit in Kommunen mit notleidendem Haushalt nicht in Frage gestellt, sondern zugrunde gelegt wird.

b. Haushaltsausgleich und Aufgabenwahrnehmung

Bei der Frage, was die Folgen einer finanziellen Überforderung für die Erfüllung der kommunalen Aufgaben sind, ist zwischen den Pflichtaufgaben und den sonstigen Aufgaben zu unterscheiden.

aa. Pflichtaufgaben

Mit Blick auf die Pflichtaufgaben ist die Rechtsfolge nicht ganz unumstritten.

Es wird die These vertreten, die Pflicht zum Haushaltsausgleich gehe „allen anderen Pflichten vor, weil auf die Dauer keine Pflicht mehr erfüllt werden kann, wenn der Haushaltsausgleich nicht gelingt. Wirklich überforderte Gemeinden müssen also von Rechts wegen gesetzliche Vorgaben für ihre Aufgabenerfüllung nicht beachten.“

Oebbecke, Rechtliche Vorgaben für den Haushaltsausgleich und ihre Durchsetzung, der gemeindehaushalt 2009, 241; vgl. bereits *ders.*, Die unterfinanzierte Kommunalverwaltung, DV 29 (1996), 323 (338 f.), sowie *Meier/Greiner*, Rechtliche Handlungsmöglichkeiten der Kommunen bei finanzieller Überforderung durch landes- und bundesgesetzliche Aufgabenzuweisungen und gleichzeitiger Verpflichtung zum Haushaltsausgleich, VerwArch 97 (2006), 293 ff., die insoweit eine rechtfertigende Pflichtenkollision annehmen.

Diese Annahme überzeugt jedoch nicht. Ihr wird überzeugend entgegengehalten, dass es nicht im Beurteilungsspielraum oder Ermessen einer einzelnen Kommune liegen könne, wann und unter welchen Voraussetzungen sie von Rechtsnormen zur Herstellung des Haushaltsausgleichs abweichen darf.

Faber, Haushaltsausgleich und Haushalts sicherungskonzept, in: Henneke/Pünder/Waldhof (Hrsg.), Recht der Kommunal финанzen, 2006, § 34 Rn. 66.

Die Situation muss im Rahmen der rechtlichen Regeln für die Haushaltskonsolidierung und der Kommunalaufsicht bewältigt werden. Diese für den kommunalen Raum vertretene Auffassung findet im Übrigen auch Unterstützung in der Entscheidung des Berliner Verfassungsgerichtshofs zur Haushaltsnotlage auf staatlicher Ebene; das Gericht nimmt an, bis zur Wiederherstellung der Fähigkeit des Landes zu einer ordnungsgemäßen Haushaltswirtschaft müsse das Land dennoch seinen Ausgabenverpflichtungen nachkommen können und es bestehe keine Befugnis des Landesverfassungsgebers, Kreditbegrenzungsgebote festzulegen, die dem Land die Erfüllung seiner bundesrechtlichen Verpflichtungen im Falle einer extremen Haushaltsnotlage unmöglich machten, weshalb es eine ungeschriebene Ausnahme vom verfassungsrechtlichen Kreditbegrenzungsgebot angenommen hat.

BerlVerfGH, NVwZ 2004, 210 (213).

Entsprechend hat auch das Oberverwaltungsgericht Münster darauf hingewiesen, dass die Zumutbarkeit des haushaltsrechtlich Gebotenen zur Haushaltskonsolidierung sich u.a. „nach den jeweiligen rechtlichen Vorgaben für das in Rede stehende Tun oder Unterlassen“ bestimme.

OVG Münster, NWVB1. 2010, 34 (34).

bb. Sonstige Aufgaben

Eine entsprechende Verpflichtung zur Aufgabenwahrnehmung besteht bei den sonstigen, gesetzlich nicht pflichtig ausgestalteten Aufgaben nicht. Auch in der Situation einer Haushaltsnotlage wäre jedoch eine Aufgabe aller sog. freiwilligen Leistungen nicht nur völlig unrealistisch.

Diemert, Das Haushaltssicherungskonzept, 2005, S. 180.

Die Konzentration von Konsolidierungsbemühungen auf freiwillige Leistungen bis hin zum völligen Verzicht auf deren Wahrnehmung würde auch die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Garantie kommunaler Selbstverwaltung aufwerfen, da die Wahrnehmung solcher Leistungen zu deren Wesensgehalt gehört.

Schwarting, Der kommunale Haushalt, 4. Aufl. 2010, Rn. 519.

Dies gilt noch verstärkt für die kommunale Kulturarbeit, da diese kraft der Staatszielbestimmung des Art. 18 Abs. 1 LV NRW eine den Kommunen auferlegte verfassungsrechtliche Verpflichtung darstellt. Diese steht zwar einerseits unter dem Vorbehalt der zur Verfügung stehenden Finanzmittel;

Mann, in: Löwer/Tettinger, Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 18 Rn. 5, 13. Vgl. auch *Häberle*, Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag, 1979, S. 24 f.: „Was ... im einzelnen für die Kultur im Interesse der Bürger zu initiieren und zu prästieren ist, ist Sache der kommunalen Kompetenzen, Potenzen und demokratischen Gremien in ihren finanziellen Grenzen sowie einfallsreicher Persönlichkeiten ...“.

ein Mindestmaß an kommunaler Kulturbetätigung und -förderung muss dem Grundsatz nach andererseits auch in der Situation der Haushaltsnotlage möglich sein.

Günter, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 18 Rn. 5.

2. Rechtsrahmen der Finanzierung nicht pflichtiger Aufgaben in kommunalen Haushaltsnotlagen

Als Haushaltsnotlage, für die besondere haushaltsrechtliche Regeln gelten, definiert die Gemeindeordnung in § 76 GO NRW die Situation, in der eine Gemeinde ein Haushaltssicherungskonzept mit dem Ziel der Wiedererreichung des Haushaltsausgleichs aufstellen muss; nach § 53 Abs. 1 KrO NRW gilt diese Bestimmung für die Kreise entsprechend.

Zur entsprechenden Anwendung auf die Kreise und deren Problematik insbes. mit Blick auf das Instrument der Kreisumlage vgl. *Faber*, Haushaltsausgleich und Haushaltssicherungskonzept, in: Henneke/Pünder/Waldhof (Hrsg.), Recht der Kommunalfinanzen, 2006, § 34 Rn. 50; *Held*, Steuerung kommunaler Aufgabenerfüllung durch Haushaltssicherungskonzepte und staatliche Genehmigungsvorbehalte bei Umlageerhebungen, in: Henneke (Hrsg.), Steuerung der kommunalen Aufgabenerfüllung durch Finanz- und Haushaltsrecht, 1996, S. 63 (73).

Die – in § 76 Abs.1 GO NRW – niedergelegten Voraussetzungen für den Eintritt dieser Situation interessieren im Folgenden nicht näher. Vielmehr geht es im Folgenden um die in dieser Situation eintretenden *Rechtsfolgen* mit Blick auf die Finanzierung der kommunalen, insbesondere der freiwilligen und dabei besonders der freiwilligen kulturellen Aktivitäten. Diese Rechtsfolgen hängen davon ab, ob die Kommune ein nach § 76 Abs. 2 GO NRW genehmigungsfähiges Haushaltssicherungskonzept vorlegt. Zunächst ist deshalb zu fragen, was aus den Anforderungen an ein genehmigungsfähiges Haushaltssicherungskonzept für die Finanzierung freiwilliger, insbesondere kultureller kommunaler Aufgaben folgt (dazu a.). Anschließend wird der Frage nachgegangen, welche Finanzierungsmöglichkeiten bestehen, wenn ein erforderliches Haushaltssicherungskonzept nicht genehmigungsfähig und nicht genehmigt ist (dazu b.).

a. Haushaltssicherungskonzept

aa. Gesetzliche Anforderungen

Den gesetzlichen Rahmen für die Aufstellung eines genehmigungsfähigen Haushaltssicherungskonzepts bildet § 76 Abs. 2 GO NRW. Nach § 76 Abs. 2 S. 1 GO NRW dient das Haushaltssicherungskonzept dem Ziel, im Rahmen einer geordneten Haushaltswirtschaft die künftige, dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde zu erreichen. Die Anforderungen konkretisierend verlangt § 76 Abs. 2 S. 3 GO NRW in der seit dem 4. Juni 2011 geltenden Fassung

Vgl. GV. NRW. 2011 Nr. 12 vom 3. Juni 2011, S. 269.

für ein genehmigungsfähiges Haushaltssicherungskonzept, dass aus ihm hervorgeht, dass spätestens im zehnten auf das Haushaltsjahr folgende Jahr der Haushaltsausgleich nach § 75 Abs. 2 GO NRW wieder erreicht wird; nach § 76 Abs. 2 S. 4 GO NRW kann im Einzelfall durch Genehmigung der Bezirksregierung auf der Grundlage eines individuellen Sanierungskonzeptes von diesem Konsolidierungszeitraum abgewichen werden.

(1) Verfahrensmäßige Anforderungen

Die näheren Anforderungen an ein genehmigungsfähiges Haushaltssicherungskonzept sind zunächst verfahrensmäßiger Natur. Nach § 5 GemHVO NRW sind im Haushaltssicherungskonzept gemäß § 76 GO NRW die Ausgangslage, die Ursachen der entstandenen Fehlentwicklung und deren vorgesehene Beseitigung zu beschreiben. Das Haushaltssicherungskonzept soll die schnellstmögliche Wiedererlangung des Haushaltsausgleichs gewährleisten und darstellen, wie nach Umsetzung der darin enthaltenen Maßnahmen der Haushalt so gesteuert werden kann, dass er in Zukunft dauerhaft ausgeglichen sein wird.

(2) Inhaltliche Vorgaben

In inhaltlicher Hinsicht sind die gesetzlichen Vorgaben für ein genehmigungsfähiges Haushaltssicherungskonzept allein im Sinne einer Zielvorgabe gefasst; nähere Vorgaben für das „Wie“ der Erreichung dieses Ziels und damit für die inhaltliche Gestaltung des Haushaltssicherungskonzepts enthält § 76 Abs. 2 GO NRW nicht. So wie es in der Sache unterschiedliche Gründe für Nichterreichung des Haushaltsausgleichs gibt,

Faber, Haushaltsausgleich und Haushaltssicherungskonzept, in: Henneke/Pünder/Waldhof (Hrsg.), Recht der Kommunalfinanzen, 2006, § 34 Rn. 16.

sind auch die Maßnahmen zur erfolgreichen Haushaltskonsolidierung von den jeweiligen konkreten Bedingungen abhängig.

Vgl. *Schwarting*, Der kommunale Haushalt, 4. Aufl. 2010, Rn. 508: „Ein ‚Patentrezept‘ für eine erfolgreiche Haushaltskonsolidierung gibt es nicht. Welche Maßnahmen zielführend sein können, ist nicht zuletzt von der örtlichen Ausgangssituation abhängig.“

Es kommen unterschiedliche, alternative Strategien zur Haushaltskonsolidierung in Betracht. Faber nennt als mögliche Maßnahmen und Strategien zur Erzielung eines Haushaltsausgleichs Maßnahme der Ausgabenkürzungen, Maßnahmen der Einnahmeverbesserungen, Privatisierungen und Standardabbau.

Faber, Haushaltsausgleich und Haushalts sicherungskonzept, in: Henneke/Pünder/Waldhof (Hrsg.), Recht der Kommunal finanz en, 2006, § 34 Rn. 31.

Im Kern geht es um Einnahmesteigerung oder Ausgabenminderung; Privatisierungen, Standardabbau sind insofern nur spezifische Varianten.

Bei der hier – mit Blick auf die kommunale Kulturarbeit – interessierenden Ausgabenminderung wäre es einerseits verfehlt, aus den oben dargestellten rechtlichen Randbedingungen

Vgl. oben unter B. II. 1. b.

darauf zu schließen, dass gesetzliche Pflichtaufgaben sakrosankt wären; vielmehr kann es bei den gesetzlichen Pflichtaufgaben in der Art und Weise der Durchführung erhebliche Einsparpotentiale geben. Andererseits sind auch Selbstverwaltungsaufgaben, die nicht im Sinne von § 3 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GO NRW pflichtige Aufgaben sind, nicht wie selbstverständlich aufzugeben. Wie das Oberverwaltungsgericht Münster mit Blick auf § 75 Abs. 4 S. 2 GO NRW a.F. überzeugend dargelegt hat, bezieht sich die Verpflichtung zur Wiederherstellung des Haushaltsausgleichs auf den „nächstmöglichen“ Zeitpunkt als den Zeitpunkt, der unter Berücksichtigung der vielfältigen und auch häufig gegenläufigen Pflichten einer Gemeinde erreichbar ist, mithin den zumutbarerweise nächstmöglichen Zeitpunkt; dabei soll die Zumutbarkeit sich nach den rechtlichen Vorgaben für die Aufgabenwahrnehmung bestimmen, aber auch darüber hinaus einen – unter Berücksichtigung des Grundsatzes sparsamer und wirtschaftlicher Haushaltsführung (§ 75 Abs. 2 GO NRW a.F.) zu bemessenden – Handlungsspielraums der Gemeinde anerkennen.

OVG Münster, NWVBl. 2010, 34 (34).

Daher kann auch die Beibehaltung freiwilliger Aufgabenwahrnehmung im Rahmen eines Haushaltssicherungskonzepts zugänglich sein.

Vgl. auch Ministerium für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen, Maßnahmen und Verfahren zur Haushaltssicherung, Leitfaden vom 6. März 2009, S. 34: „Bei allen freiwilligen Leistungen, die die Gemeinde erbringt, hat sie im Einzelnen zu prüfen, ob sie aufgegeben werden können. Soweit freiwillige Leistungen nicht völlig aufgegeben werden können, sind Möglichkeiten zur Reduzierung des Aufwandes zu prüfen.“

Dabei sind einerseits im Lichte des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit das Haushaltskonsolidierungsziel, andererseits aber auch das wegen des Anteils der freiwilligen Leistungen an den kommunalen Ausgaben u.U. begrenzte dort liegende Konsolidierungspotential sowie die Bedeutung der jeweiligen freiwilligen Aufgabe abzuwägen. In dieser letzteren Hinsicht ist für die kommunale Kulturarbeit verstärkend die rechtliche Vorgabe des Art. 18 Abs. 1 LV NRW zu beachten. Auch wenn diese Bestimmung keine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe im kommunalrechtlichen Sinne und auch nur im besonderen Ausnahmefall konkrete Rechtspflichten begründet, statuiert sie doch eine kommunale Aufgabe, über deren Wahrnehmung die jeweilige Kommune eigenverantwortlich soll befinden können; die vom Bundesverfassungsgericht betonte politisch-demokratische Funktion der kommunalen Selbstverwaltung

Vgl. BVerfGE 79, 127 (147 ff., 153).

soll sich gerade auch auf diesem Feld realisieren können. bei der Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben zu beachten sind. Diese Realisierungsmöglichkeit besteht aber nur, soweit dafür Finanzmittel zur Verfügung stehen. Auch Art. 18 Abs. 1 LV NRW macht insoweit eine Abwägung nicht entbehrlich; denn es ist anerkannt, dass diese Staatszielbestimmung unter dem Vorbehalt des – auch finanziell – Möglichen steht.

Vgl. *Mann*, in: Löwer/Tettinger, Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 18 Rn. 5, 13.

Wo dringender Bedarf besteht, muss aber auch in der Situation der Haushaltsnotlage ein Mindestmaß an kommunaler Kulturbetätigung und -förderung möglich sein.

Günther, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 18 Rn. 5.

Vor diesem Hintergrund erweist sich das vor allem mit Blick auf die Finanzierung vorangetriebene Bemühen um die Qualifikation der kommunalen Kulturarbeit als

pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe als im Rahmen des § 76 Abs. 2 GO NRW begrenzt bedeutsam. Denn einerseits würde die Qualifikation als Pflichtaufgabe nicht vor der Pflicht zur Nutzung bestehender Einsparpotentiale, die bei einer in der Art und Weise der Erledigung in das Ermessen der Gemeinde gestellten Pflichtaufgabe rechtlich kaum eingeschränkt und deshalb potentiell groß wären, befreien und andererseits sind auch freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben nicht ohne Weiteres aufzugeben.

bb. Folgen für die Finanzierung nicht pflichtiger, insbesondere kultureller Aktivitäten

§ 76 Abs. 2 GO NRW kann demnach, auch wenn es sich nicht um eine gesetzliche Pflichtaufgabe handelt, nicht die völlige Aufgabe jeglicher kultureller Betätigung einfordern, sondern lässt den Kommunen ein gewisses Mindestmaß an kulturellen Betätigungsmöglichkeiten. In der Konkretisierung dieser inhaltlich offenen Regelung der Anforderungen an ein genehmigungsfähiges Haushaltssicherungskonzept sind die Folgen für die betroffenen Gemeinden im Hinblick auf ihre Spielräume zur Finanzierung freiwilliger, insbesondere kultureller Aktivitäten freilich ambivalent.

Einerseits handelt es sich, ausgehend von der als verbindlich vorausgesetzten Vorgabe des Konsolidierungsziels, insofern um eine kommunalfreundliche Ausgestaltung, als sie der einzelnen Kommune die Gestaltung des Konzepts in eigener Verantwortung überlässt. In diesem Sinne ist die Einführung von Haushaltssicherungskonzepten als eine Politik der gesteuerten Selbstverantwortung der Kommune charakterisiert worden.

Held, Steuerung kommunaler Aufgabenerfüllung durch Haushaltssicherungskonzepte und staatliche Genehmigungsvorbehalte bei Umlageerhebungen, in: Henneke (Hrsg.), Steuerung der kommunalen Aufgabenerfüllung durch Finanz- und Haushaltsrecht, 1996, S. 63 (75).

Das lässt den Kommunen zunächst auch gewisse Einschätzungs- und Entscheidungsspielräume in der Aufrechterhaltung solcher Aufgabenwahrnehmungen, zu denen sie gesetzlich nicht verpflichtet sind.

Diesen Vorteil erkaufen die Kommune – andererseits – durch eine korrespondierende Unbestimmtheit der Genehmigungsvoraussetzungen. Diese Unbestimmtheit der gesetzlichen Voraussetzungen schlägt sich insbesondere nieder bei der Frage, ob die Kommune in ihrem Haushaltssicherungskonzept die im Rahmen des Zumutbaren nächstmögliche Haushaltskonsolidierung anstrebt oder ob nicht weitergehende Ausgabenreduktionen etwa im Bereich freiwilliger, insbes. kultureller kommunaler Leistungen im Interesse eines früheren Haushaltsausgleichs möglich sind.

b. Nothaushalt

Wird in der Situation des § 76 Abs. 1 GO NRW einer Kommune die Genehmigung ihres Haushaltssicherungskonzepts versagt, so dass die Haushaltssatzung nicht bekanntgemacht werden kann, tritt die Situation der sog. vorläufigen Haushaltsführung ein; die Kommune befindet sich im sog. Nothaushalt.

aa. Gesetzlicher Rahmen

Die Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben für diese Situation kann sich vor allem an dem „Hagen-Beschluss“ des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 17. Dezember 2008

OVG NRW, NWVBl. 2010, 30.

orientieren.

(1) § 82 GO NRW

Danach ergeben sich die haushaltsrechtlichen Vorgaben in der Situation des sog. Nothaushalts zunächst aus § 82 GO NRW. Diese Bestimmung hat zunächst, wie aus § 82 Abs. 1 Hs. 1 GO NRW abzulesen ist, die Situation vor Augen, dass „die Haushaltssatzung bei Beginn des Haushaltsjahres noch nicht bekannt gemacht“, also die Situation einer verspäteten Bekanntmachung. Aus § 82 Abs. 3 GO NRW ergibt sich jedoch, dass auch in der Situation des § 76 Abs. 1 GO NRW, d.h. in der Situation, dass ein Haushaltssicherungskonzept erforderlich ist, aber kein genehmigungsfähiges Haushaltssicherungskonzept vorliegt, § 82 Abs. 1 und 2 GO NRW, ergänzt um die weiteren Vorgaben des § 82 Abs. 3 GO NRW, Anwendung findet. Es mag zwar irritieren, dass „die Folgen für die lässliche Verfehlung des zu spät beschlossenen Haushaltsplans und die für den schweren Verstoß, einen ausgeglichenen Haushalt dauerhaft überhaupt nicht aufzustellen, in einer Bestimmung zusammengefasst werden“.

Oebbecke, Rechtliche Vorgaben für den Haushaltsausgleich und ihre Durchsetzung, der gemeindehaushalt 2009, 241 (242). Vgl. auch *Klieve*, in: Held u.a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, § 82 GO Erl. 1.3.

Wie das Oberverwaltungsgericht Münster – überzeugend – festgestellt hat,

OVG Münster, NWVBl.2010, 30 (30).

ergibt sich jedoch auch aus § 82 Abs. 3 GO NRW nichts Abweichendes, so dass es bei der Anwendbarkeit des § 82 GO NRW auch in der Situation des nicht genehmigten Haushaltssicherungskonzepts bleibt.

Hier, mit Blick auf die Kulturtätigkeit der Kommunen, interessiert die Frage, welche Ausgaben eine Gemeinde vornehmen darf. Sie beantwortet sich aus § 82 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW. Zulässig sind danach Ausgaben, denen eine rechtliche Verpflichtung zugrunde liegt oder die für eine Weiterführung notwendiger Aufgaben unaufschiebbar sind. Hieraus ergeben sich mehrere – zu unterscheidende – Rechtfertigungstatbestände.

α. Rechtliche Verpflichtung aus Rechtsnormen

Eine rechtliche Verpflichtung, die die Gemeinde danach zu Ausgaben berechtigt, kann zunächst aus Rechtsnormen folgen.

Klieve, in: Held u.a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, § 82 GO Erl. 2.2.

Die so begründete rechtliche Verpflichtung muss nicht, wie in zeitlicher Hinsicht teilweise formuliert wird,

So etwa *Klieve*, in: Held u.a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, § 82 GO Erl. 2.1; *Siemonsmeier u.a.*, Gemeindehaushaltsrecht Nordrhein-Westfalen. Loseblatt, § 82 Rn. 2.1. Vgl. dazu *Kube*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 111 Rn. 47 Fn. 1.

bereits zu Beginn des fraglichen Haushaltsjahres (bzw. bei mehrjährigen Nothaushalten des haushaltslosen Zustandes) bestanden haben.. Auch im etatlosen Zustand neu begründete gesetzliche Verpflichtungen muss eine Nothaushaltsgemeinde erfüllen dürfen. Auch dass bloß objektiv-rechtliche Verpflichtungen, denen kein subjektiv-rechtlicher Leistungsanspruch korrespondiert, nicht zureichten, wie teilweise zu Art. 110 Abs. 1 lit. b GG angenommen wird,

Kube, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 111 Rn. 48.

ist für § 82 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW nicht anzunehmen. Deshalb kann eine solche durch Rechtsnormen begründete rechtliche Verpflichtung grundsätzlich namentlich bei allen Pflichtaufgaben und allen Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung bestehen.

Klieve, in: Held u.a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, § 82 GO Erl. 2.2.

Einschränkend wird allerdings – überzeugend – angenommen, dass in Fällen, in denen der Kommune zwar die ausdrückliche Verpflichtung zu Tätigwerden auferlegt ist, der Kommune aber ein weites Auswahlermessen gelassen ist, keine gesetzliche Verpflichtung vorliegen soll; als rechtlich verpflichtend vorgegeben sollen nur solche Ausgaben gelten, deren Höhe sich bereits aus der gesetzlichen Grundlage ergibt.

Diemert, Das Haushaltssicherungskonzept, 2005, S. 427 f. Vgl. auch *Kube*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 111 Rn. 49; *Schwarz*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 111 Rn. 26, zu Ausgabeverpflichtungen, die auf Art. 109 Abs. 2 GG gestützt werden.

Nach diesen Maßstäben sind die Kommunen, abgesehen von einzelnen spezialgesetzlich verpflichtend ausgestalteten Aufgaben kultureller Art, zur Kulturarbeit nicht im Sinne von § 82 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW rechtlich verpflichtet. Das würde auch dann gelten, wenn man mit einer teilweise vertretenen Ansicht in der örtlichen Kulturarbeit eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe sehen wollte.

Zu dieser Auffassung vgl. oben unter B. I. 3.

Wenn man – wie hier angenommen –

Vgl. oben unter B. I. 4. a.

die kommunale Kulturarbeit grundsätzlich, jenseits einzelner spezialgesetzlicher Regelungen, zu den sog. freiwilligen, namentlich durch §§ 8 Abs. 1 GO NRW, 6 Abs. 1 KrO NRW sowie durch die Staatszielbestimmung des Art. 18 Abs. 1 LV NRW nur sehr locker rechtlich gebundenen Selbstverwaltungsaufgaben zählt, ist das noch deutlicher. Die so begründete, inhaltlich kaum konkretisierte, vielmehr der Gemeinde selbst zur Konkretisierung überantwortete Verpflichtung genügt nicht den Anforderungen an eine rechtliche Verpflichtung im Sinne von § 82 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW.

β. Rechtliche Verpflichtung kraft Vertrag

Eine rechtliche Verpflichtung im Sinne des § 82 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW kann außerdem auch durch vertragliche Verpflichtungen begründet werden.

Klieve, in: Held u.a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, § 82 GO Erl. 2.1.

Dies kann im Einzelfall auch kulturelle Aktivitäten, namentlich kulturelle Förderaktivitäten, einschließen, soweit die Gemeinde sich zu solchen Aktivitäten verpflichtet hat.

Anders als bei den durch Rechtsnormen begründeten rechtlichen Verpflichtungen ist allerdings für rechtsgeschäftlich begründete Verpflichtungen in zeitlicher Hinsicht anzunehmen, dass diese bereits zu Beginn des fraglichen Haushaltsjahres (bzw. bei mehrjährigen Nothaushalten vor Beginn des haushaltslosen Zustandes) bestanden haben müssen.

So etwa *Klieve*, in: Held u.a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, § 82 GO Erl. 2.1; *Siemonsmeier u.a.*, Gemeindehaushaltsrecht

Nordrhein-Westfalen. Loseblatt, § 82 Rn. 2.1. Vgl. dazu *Kube*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 111 Rn. 47 Fn. 1.

Andernfalls hätte die Gemeinde die Möglichkeit, im etatlosen Zustand ohne weitere Einschränkung durch autonome Entscheidung, etwa durch Abschluss von Verträgen, neue, erweiterte Ausgabebefugnisse zu erzeugen.

Besteht eine solche vertragliche Verpflichtung, dürfte aus § 82 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW jedoch keine Verpflichtung folgen, eventuell bestehende Möglichkeiten (Kündigungsrechte etc.) zu nutzen, um sich daraus zu lösen. Dies lässt sich daraus folgern, dass die Bestimmung – wie das Oberverwaltungsgericht Münster dargelegt hat –

OVG NRW, NWVBl. 2010, 30 (31).

allein dem Schutz des Budgetrechts des Rats dient, nicht aber dem Zweck der Haushaltskonsolidierung; dies soll insbesondere auch dann gelten, wenn das Nothaushaltsrecht wegen der mangelnden Genehmigungsfähigkeit eines erforderlichen Haushaltssicherungskonzepts zur Anwendung kommt. Dem Budgetrecht des Rats aber ist Rechnung getragen, wenn eine rechtliche Verpflichtung, die nun im etatlosen Zustand weiterhin erfüllt werden soll, früher ordnungsgemäß eingegangen worden ist.

γ. Weiterführung notwendiger Aufgaben

Weiterhin darf die Gemeinde Ausgaben vornehmen, die für die Weiterführung notwendiger Aufgaben unaufschiebbar sind und dabei insbesondere Bauten, Beschaffungen und sonstige Investitionsleistungen fortsetzen, für die im Haushaltsplan des Vorjahres Finanzpositionen oder Verpflichtungsermächtigungen vorgesehen waren.

Diese Alternative ist von dem gerade erörterten Tatbestand der rechtlichen Verpflichtung zu unterscheiden und erfasst gerade auch jene Fälle, in denen keine rechtliche Verpflichtung besteht,

OVG NRW, NWVBl. 2010, 30 (30); *Klieve*, in: Held u.a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, § 82 GO Erl. 2.1.

damit auch den Bereich freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben, namentlich auch den der kommunalen Kulturarbeit. Beispielhaft genannt wird etwa der Weiterbetrieb von öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde im Sinne von § 8 GO NRW. Ausdrücklich hat das Oberverwaltungsgericht Münster festgehalten: „Der laufende Betrieb und die Unterhaltung von Versorgungs- und Verkehrseinrichtungen, von Spiel-, Sport- und Erholungsanlagen, von Schulen, kulturellen Einrichtungen usw. darf durch das (nach

der Konzeption des Gesetzes lediglich vorübergehende) Fehlen der haushaltsrechtlichen Grundlage nicht gefährdet werden.“

OVG NRW, NWVBl. 2010, 30 (31).

Für die nähere Auslegung dieses Tatbestandes zieht das Oberverwaltungsgericht Münster das schon erwähnte Argument heran, dass die Bestimmung allein dem Schutz des Budgetrechts des Rats dient, nicht aber dem Zweck der Haushaltskonsolidierung; dies soll insbesondere auch dann gelten, wenn das Nothaushaltsrecht wegen der mangelnden Genehmigungsfähigkeit eines erforderlichen Haushaltssicherungskonzepts zur Anwendung kommt. Das soll zwar in dieser Konstellation nicht automatisch eine Fortschreibung des Status quo hinsichtlich des Bestandes an öffentlichen Einrichtungen der Kommune zur Folge haben, doch soll die „Notwendigkeit“ der Aufgaben nicht durch § 82 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW selbst in Frage gestellt werden, sondern durch anderweitig getroffene Sachentscheidungen der Kommune vorgegeben sein.

Vgl. OVG NRW, NWVBl. 2010, 30 (31): „§ 82 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW zieht insoweit nur die haushaltsrechtlichen Konsequenzen aus an anderer Stelle getroffenen Sachentscheidungen für den Betrieb öffentlicher Einrichtungen.“

Deshalb sollen § 82 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW selbst weitergehende Einschränkungen, die auf eine Rückführung des Status quo an freiwilliger Aufgabenwahrnehmung, auch im kulturellen Bereich, im Interesse der Haushaltskonsolidierung abzielen, nicht zu entnehmen sein. Nur soweit die Gemeinde selbst an anderer Stelle, u.a. auch in einem – wenn auch nicht genehmigungsfähigen – Haushaltssicherungskonzept, die Einstellung bisheriger Leistungen vorgesehen habe, könnten diese als nicht mehr notwendig im Sinne von § 82 GO NRW angesehen werden

OVG NRW, NWVBl. 2010, 30 (31).

und deshalb dann auch nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW unzulässig sein. Umgekehrt wird man die Notwendigkeit der Aufgabe und ihrer Weiterführung insbesondere dort nicht in Frage stellen dürfen, wo diese Weiterführung durch anderweitig getroffene Sachentscheidungen, etwa in konkretisierten gemeindlichen Planungen oder in entsprechenden Vereinbarungen zwischen der Gemeinde und dem Land, bekräftigt worden ist.

(2) Haushaltsgrundsatz der Sparsamkeit (§ 75 Abs. 1 S. 2 GO NRW)

Das Oberverwaltungsgericht hat weiter für diese besondere Situation des erforderlichen, aber nicht genehmigungsfähigen Haushaltssicherungskonzepts darauf hingewiesen, dass weitergehende Einschränkungen aus dem Haushaltsgrundsatz der Sparsamkeit der Haushaltsführung folgen können. Dabei billigt das Gericht den betroffenen Kommunen wegen des programmatischen Inhalts dieses Haushaltsgrundsatzes zunächst einen weitgehenden Entscheidungsspielraum zu,

OVG Münster, NWVBl. 2010, 30 (32).

betont dann aber, dass Kommunen in dieser Situation besondere Konsolidierungsanstrengungen unternehmen müssten.

OVG NRW, NWVBl. 2010, 30 (32).

Im Ergebnis verweist das Gericht freilich auch insofern letztlich auf eine von der Gemeinde selbst zu beschließende konzeptionelle Lösung

Knirsch, Vorläufige Haushaltsführung und Haushaltskonsolidierung, VR 2010, 40 (41).

und führt insoweit zu kaum über § 82 Abs. 1 G NRW hinausführenden Vorgaben.

bb. Folgen für die Finanzierung

Diese rechtlichen Vorgaben haben zur Folge, dass die Kommunen in der Fortführung bereits etablierter kultureller Aktivitäten einen hinreichenden Spielraum behalten. § 82 GO NRW erlaubt ihnen die Weiterfinanzierung solcher Aktivitäten, die rechtlich verpflichtend sind oder bei denen es sich um den Weiterführung bereits durch frühere Haushaltssatzung legitimerter und bereits begonnener Aufgabenwahrnehmungen handelt.

Hingegen ist die Aufnahme neuer kultureller Aktivitäten durch die Kommune unter dem Nothaushaltsrecht so gut wie ausgeschlossen. Die Finanzierung von Aufgaben, die nicht rechtlich zwingend sind und die nicht in der Fortführung bestehender Aufgabenwahrnehmungen liegen, gibt es danach von Gesetzes wegen keinen Spielraum. Auch im Hinblick darauf trifft die Feststellung des Leitfadens des Innenministeriums

Ministerium für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen, Maßnahmen und Verfahren zur Haushaltssicherung, Leitfaden vom 6. März 2009, S. 37.

zu, dass „die Kommunalaufsicht Gemeinden, die sich über einen längeren Zeitraum – unter Umständen mehrere Jahre – in der vorläufigen Haushaltsführung bewegen, mit

der strikten Durchsetzung des rechtlichen Rahmens, den die GO bietet, nicht in jedem Fall gerecht werden kann.“ Denn die Fixierung auf einen – nach Möglichkeit noch abzubauenen – Staus quo ohne die Möglichkeit, eventuell auch unter Aufgabe einer bisherigen Aktivität und damit per Saldo haushaltsneutral eine neue Tätigkeit aufzunehmen, kann die Betätigungsmöglichkeit betroffener Kommunen im Bereich freiwilliger, namentlich auch kultureller Aufgaben übermäßig beschränken.

3. Folgerungen

Vorschläge zur Sicherung der Finanzierung eines Mindestmaßes an kulturellen Aktivitäten der Kommunen können hier, im Rahmen eines rechtswissenschaftlichen Gutachtens, nur in Betracht zu ziehende Instrumente (und deren aus rechtswissenschaftlicher Perspektive erkennbaren Implikationen) aufzeigen, nicht aber abschließende Vorschläge unterbreiten; insbesondere evtl. nötige Ermittlungen tatsächlicher Art und finanzwissenschaftliche Beurteilungen können in diesem Rahmen nicht geleistet werden.

a. Spielräume zur Finanzierung kommunaler Kulturarbeit im Nothaushalt

Dass die aktuelle Regelung des § 82 GO NRW, auch in Verbindung mit dem Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 75 Abs. 1 S. 2 GO NRW), für Gemeinden, die sich wegen des Fehlens eines (nach § 76 Abs. 1 GO NRW erforderlichen) genehmigungsfähigen Haushaltssicherungskonzepts über längere Jahre in einer vorläufigen Haushaltsführung befinden, nicht adäquat ist, ist weithin anerkannt.

Vgl. etwa LT-Drs. 15/666, S. 5; *Oebbecke*, Rechtliche Vorgaben für den Haushaltsausgleich und ihre Durchsetzung, der gemeindehaushalt 2009, 241 (242); *Knirsch*, Vorläufige Haushaltsführung und Haushaltskonsolidierung, VR 2010, 40 (41).

Sie ist einerseits, weil sie ihrem Zweck nach auf Sicherung der Budgethoheit des Rats und nicht auf Haushaltskonsolidierung ausgerichtet ist, mit Blick auf das Konsolidierungsziel unbefriedigend. Andererseits ist die Regelung auch mit Blick auf die Finanzierung insbesondere der nicht rechtlich bindend vorgegebenen Aufgaben unbefriedigend: Die bereits durch rechtliche Bindungen verfestigten und die bereits aufgenommenen Aufgabenwahrnehmungen lässt sie grundsätzlich weiterhin zu und fordert deren Rückführung allenfalls sanft, soweit die Gemeinde selbst entsprechende Planungen vorgenommen hat, ein; eine bessere Absicherung der Weiterführung bereits wahrgenommener Aufgaben ließe sich etwa noch erreichen, wenn gesetzlich (etwa im Rahmen des geplanten Kulturfördergesetzes) die Möglichkeit von Fördervereinbarungen zwischen dem Land und Gemeinden (einschließlich der Nothaus-

haltsgemeinden) vorgesehen würde, da durch den Abschluss solcher Vereinbarungen die Notwendigkeit der Weiterführung im Sinne von § 82 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW unterstrichen würde. Ein Manko der Regelung in vorliegendem Zusammenhang bleibt hingegen, dass sie auch Kommunen, die über lange Jahre unter diesem Regime wirtschaften, keinerlei neue Entwicklungen ermöglicht.

Über die – grundsätzlich bereits anerkannte –

Ministerium für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen,
Maßnahmen und Verfahren zur Haushaltssicherung, Leitfaden vom 6. März
2009, S. 37.

Möglichkeit der Duldung durch Nichteinschreiten der Kommunalaufsicht hinaus sind im System des geltenden kommunalen Haushaltsrechts Spielräume für eine weitergehende finanzielle Absicherung kommunaler Kulturarbeit unter den Bedingungen des sog. Nothaushalts aber auch nicht ersichtlich. Verbesserungen können insoweit kaum hinsichtlich des Umfangs zulässiger Kulturausgaben postuliert werden; nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Münster ist der Status quo angesichts der gegebenen Haushaltslage bereits relativ weitgehend garantiert, und eine Ausweitung wird sich mit Rücksicht auf das – wie hier vorausgesetzt wird – grundsätzlich zu wahrende Konsolidierungsziel kaum fordern lassen. Aber auch eine größere Flexibilität hinsichtlich des Einsatzes gleichbleibend hoher Finanzmittel, die etwa eine Aufnahme neuer Betätigungen bei gleichzeitiger Aufgabe einer bisherigen Betätigung zuließe, ist schwerlich zu realisieren, wenn das System des geltenden Haushaltsrechts grundsätzlich gewahrt bleiben soll, d.h. wenn ohne ein genehmigungsbedürftiges und genehmigtes Haushaltssicherungskonzept gemäß § 76 Abs. 2 GO NRW der Erlass einer Haushaltssatzung nicht zulässig sein soll und wenn über neue, nicht bereits rechtlich zwingend vorgegebene Ausgaben nur der Rat kraft seines Budgetrechts soll entscheiden dürfen.

b. Sicherung von Spielräumen zur Finanzierung kommunaler Kulturarbeit in einem genehmigungsfähigen Haushaltssicherungskonzept

aa. Zugang zum Instrument des Haushaltssicherungskonzepts

Weitergehende, nennenswerte Spielräume zu Sicherung von Kulturarbeit für Kommunen mit notleidendem Haushalt sind im System des geltenden Kommunalhaushaltsrechts nur zu gewinnen, soweit diesen mit Hilfe des Instruments des Haushaltssicherungskonzepts der Erlass von Haushaltssatzungen ermöglicht wird. Gerade auch aus dem Blickwinkel der Finanzierung freiwilliger, namentlich auch kultureller Aktivitäten der Kommunen ist deshalb die jüngste, am 4. Juni 2011 in Kraft getretene

Novelle, die durch Verlängerung des Konsolidierungszeitraums tendenziell einer größeren Zahl von Gemeinden den Zugang hierzu eröffnet hat,

Zu dieser Erwartung, die auch nach der im weiteren Beratungsgang eingeführten grundsätzlichen Begrenzung des Konsolidierungszeitraums auf 10 Jahre ihre Berechtigung behält, vgl. die Gesetzesbegründung in LT-Drs. 15/666, S. 5.

zu begrüßen. Die Neuregelung bietet nicht nur im Hinblick auf das Konsolidierungsziel die Chance, aus der demotivierenden „Vergeblichkeitsfalle“ herauszukommen. Sie bedeutet für die begünstigten Kommunen auch, dass sie von der strikten Bindung an die Wahrung des Budgetrechts des Rats befreit werden und ihr Rat im Rahmen von Haushaltssicherungskonzept und Haushaltssatzung auch zu einem Handeln nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ermächtigt wird,

So auch Ministerium für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen, Ausführungserlass vom 9. August 2011, S. 2.

was auch im Bereich der freiwilligen, namentlich auch der kulturellen Aufgaben erweiterte Gestaltungsmöglichkeiten beinhaltet.

bb. Sicherung von Spielräumen im Rahmen von Haushaltssicherungskonzepten

Es schließt sich die Frage an, ob, wie und inwieweit im Rahmen des Instruments des Haushaltssicherungskonzepts nach § 76 GO NRW die Finanzierungsspielräume für ein Mindestmaß an kultureller Betätigung der Kommunen besser abgesichert werden können. Mögliche Regelungsansätze mit dem Ziel, Kommunen in einem genehmigungsfähigen Haushaltssicherungskonzept Spielräume zur Finanzierung eines Mindestmaßes an Kulturarbeit zu sichern, müssen darauf abzielen, die Ausgaben für kommunale Kulturarbeit aus der Abwägung hinsichtlich der im Haushaltssicherungskonzept vorzusehenden bzw. zu streichenden Ausgaben herauszunehmen oder in dieser Abwägung zu privilegieren.

(1) Finanzkraftunabhängige zweckgebundene Zuweisungen

Ein denkbarer Regelungsansatz könnte zunächst im Gemeindefinanzierungsgesetz zu finden sein. Vorstellbar wäre, in bestimmtem Umfang Finanzmittel zur kommunalen Kulturarbeit als finanzkraftunabhängige zweckgebundene Zuweisungen – analog zur Sportpauschale gemäß § 18 GFG 2011 – auszuweisen. Die Sinnhaftigkeit solcher Sonderpauschalen ist zuletzt im Rahmen des IFO-Gutachtens zur „Analyse und Weiterentwicklung des kommunalen Finanzausgleichs in Nordrhein-Westfalen“ vom 12. Juni 2008 und im Nachgang hierzu intensiver erörtert worden. Das Gutachten hatte u.a. unter Hinweis auf die Schmälerung kommunaler Selbstverwaltung durch zweck-

gebundene (anstelle von freien) Finanzzuweisungen empfohlen, die bisherigen Sonderpauschalen zunächst in einem Zwischenschritt in einer allgemeinen, in der Zweckbestimmung offenen Investitionspauschale zusammenzuführen und langfristig in die allgemeine Schlüsselzuweisungen zu überführen.

Vgl. IFO-Gutachtens zur „Analyse und Weiterentwicklung des kommunalen Finanzausgleichs in Nordrhein-Westfalen“ vom 12. Juni 2008 (LT-Vorlage 14/1861 und 14/1891), S. 11, 175 ff.

In den anschließenden Beratungen der „Kommission zur Beratung der Empfehlungen des Instituts für Wirtschaftsforschung München (ifo)“ wurde hingegen – und zwar insbesondere auch unter Hinweis auf Kommunen, die unter haushaltsrechtlichen Einschränkungen litten – jedenfalls der Vorschlag einer Überführung der Mittel in die allgemeine Schlüsselmasse zurückgewiesen.

Innenministerium Nordrhein-Westfalen, Analyse und Weiterentwicklung des kommunalen Finanzausgleichs in Nordrhein-Westfalen, Kommission zur Beratung der Empfehlungen des Instituts für Wirtschaftsforschung an der Universität München (ifo) – Abschlussbericht -, S. 65 ff.

Dahinter steht die Erkenntnis, dass finanzkraftunabhängig und zweckgebunden zugewiesene Finanzmittel, da sie nicht zur Konsolidierung zur Verfügung stehen, auch von notleidenden Kommunen für ihren vorgesehenen Zweck eingesetzt werden können.

(2) Ausgestaltung und Anwendung von § 76 Abs. 2 GO NRW

Ansonsten könnte ein Regelungsansatz im Kommunalhaushaltsrecht, d.h. in der rechtlichen Ausgestaltung der Haushaltskonsolidierung im Rahmen eines Haushalts-sicherungskonzepts gesucht werden. Dabei ist § 76 Abs. 2 GO NRW in der Auslegung des Oberverwaltungsgerichts Münster in der Sache hinreichend offen, um bei Wahrung des Konsolidierungsziels Spielräume zur Finanzierung freiwilliger, insbesondere auch kultureller Aufgaben zu belassen; dass die Pflicht zur Wiederherstellung des Haushaltsausgleichs sich auf den "nächstmöglichen" Zeitpunkt bezieht, erlaubt die Finanzierung von kommunalen Kulturaktivitäten, soweit diese wirtschaftlich sinnvoll oder u.U. auch sonst zumutbarerweise nicht aufgebbar sind. Das Problem liegt darin, dass die Norm einerseits zu Recht offen und unbestimmt ist, um ein der konkreten Situation der einzelnen Kommune angemessenes Konzept der Haushaltskonsolidierung zuzulassen, mit dieser Unbestimmtheit aber andererseits den Kommunen wenig Sicherheit hinsichtlich der Frage gibt, welche freiwilligen und namentlich auch kulturellen Leistungen zugelassen werden. Konkretisierungen hinsichtlich der Zulässigkeit von kulturellen Leistungen müssen sich nach Möglichkeit

materieller, inhaltlicher Kriterien enthalten, denn solche materiellen Kriterien würden einen angesichts der Unterschiedlichkeit der kulturellen Erfordernisse in den einzelnen Kommunen kaum zu rechtfertigenden Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung darstellen und zugleich kaum überwindbare Gleichbehandlungsprobleme aufwerfen. Es ist daher nach eher formal ansetzenden Regelungsmöglichkeiten zu suchen.

α. Zulässige Quote haushaltsjährlicher Aufwendungen für nicht pflichtige Aufgaben im Haushalts sicherungskonzept

Ein im Raum stehender Vorschlag lautet zu gestatten, dass im Haushalts sicherungskonzept ein bestimmter Prozentsatz der haushaltsjährlichen Aufwendungen für freiwillige, damit u.a. auch für kulturelle Leistungen vorgesehen und bei der Genehmigungsentscheidung nicht beanstandet werden darf.

Dieser Vorschlag dürfte im Hinblick auf die Rechtsstellung der Kommunen rechtlich zulässig sein, da er einerseits die Freiheit zu geringeren Kulturaufwendungen nicht beschränkt und auch höhere Kulturaufwendungen, wenn sie sich vor § 76 Abs. 2 GO NRW rechtfertigen können, nicht ausschließt. In den – hier nicht abschließend zu beurteilenden – praktischen Folgen für die Kommunen könnte er insofern problematisch sein, als er eine Nivellierung auf das Mindestmaß begünstigen könnte.

Umgekehrt steht eine solche Regelung jedoch in einem potentiellen Spannungsverhältnis zu dem Gebot der schnellstmöglichen Haushaltskonsolidierung, denn die Anerkennung einer bestimmten Ausgabenquote für freiwillige Aufgabenerfüllung kann den Zeitpunkt der möglichen Erreichung des Haushaltsausgleichs hinausschieben. Dies ist in der Sache, grundsätzlich und insbesondere hinsichtlich der Bemessung der Quote, abzuwägen und macht der Form nach eine gesetzliche Regelung erforderlich. Eine solche Regelung müsste systematisch ihren Platz in § 76 GO NRW haben; eine Regelung in einem Kulturfördergesetz wäre jedenfalls der Sache nach, wenn es um eine Quote für freiwillige Aufgabenerfüllung insgesamt und nicht nur für kommunale Kulturarbeit gehen soll, deplaziert. Eine grundsätzlich erwägenswerte Regelung unterhalb der Gesetzesebene, namentlich auf Verordnungsebene in der Gemeindehaushaltsverordnung, dürfte nach geltender Gesetzeslage ausscheiden, da die einschlägige Verordnungsermächtigung in § 133 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW sich nur auf „Inhalt und Gestaltung des Haushaltsplans“, dessen Bestandteil das Haushaltssicherungskonzept ist (§ 79 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 GO NRW), bezieht und damit nicht auf die Konkretisierung der inhaltlichen Anforderungen an ein Haushaltssicherungskonzept. Die Verankerung einer bestimmten Quote unmittelbar in § 76 GO NRW erscheint im Interesse einer gewissen Flexibilität nicht angeraten. Angemessener erschiene es, ggf. eine allgemeiner gehaltene Regelung zur Berücksichtigung der Wahrnehmung

nicht pflichtiger Selbstverwaltungsaufgaben in § 76 GO NRW aufzunehmen; dies könnte in § 76 Abs. 1 GO NRW

Etwa: „.... und darin den unter angemessener Berücksichtigung der Wahrnehmung auch solcher Selbstverwaltungsaufgaben, die nicht Pflichtaufgaben im Sinne von § 3 Absatz 1, Absatz 2 Satz 1 GO sind, nächstmöglichen Zeitpunkt zu bestimmen, ...“.

oder in § 76 Abs. 2 GO NRW geschehen.

Etwa: „Das Haushaltssicherungskonzept dient dem Ziel, im Rahmen einer geordneten Haushaltswirtschaft die künftige, dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde zu erreichen. Bei seiner Aufstellung sind auch die Selbstverwaltungsaufgaben, die nicht Pflichtaufgaben im Sinne von § 3 Absatz 1, Absatz 2 Satz 1 GO sind, angemessen zu berücksichtigen.“

Die Konkretisierung dieser gesetzlichen Vorgabe in Gestalt einer bestimmten Quote könnte dann in einer (norminterpretierenden) Verwaltungsvorschrift erfolgen.

β. Privilegierung von Ausgaben in Fördermaßnahmen oder Kooperationsvorhaben im Haushaltssicherungskonzept

Im Hinblick auf das Haushaltskonsolidierungsziel noch weniger problematisch erscheint es, bestimmte Gestaltungsformen kultureller Aktivitäten der Kommunen auch im Rahmen eines Haushaltssicherungskonzepts für zulässig zu erklären, die auch unter Beachtung des Grundsatzes der Sparsamkeit der Haushaltswirtschaft privilegierungswürdig erscheinen. Zu denken wäre insbesondere an eine entsprechende Privilegierung freiwilliger, damit auch kultureller Aktivitäten, die unter Inanspruchnahme von (ggf. näher zu definierenden, erheblichen) Fördermitteln oder die in Kooperation mit anderen Kommunen durchgeführt werden. Hierin könnte man eine zulässige Konkretisierung der freiwilligen, namentlich kulturellen Leistungen sehen, die nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Münster

OVG NRW, NWVBl. 2010, 34 (34).

mit Blick auf das Gebot der zumutbarerweise nächstmöglichen Haushaltskonsolidierung nicht aufgegeben werden müssen; denn die (finanzielle) Beteiligung von dritter Seite lässt die mit Blick auf die Zumutbarkeit zu treffende Abwägung zwischen der gebotenen Ausgabenreduktion und der anzustrebenden Aufrechterhaltung eines hinreichenden (Mindest-)Leistungsniveaus günstiger ausfallen.

Erwägenswert wäre eine Regelung in einem Kulturfördergesetz, die – evtl. unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit – die besondere Schutzwürdigkeit derartiger Kulturaktivitäten bekräftigt. Da der Grund für eine solche Privilegierung jedoch nicht eigentlich in der konkreten Sach-

aufgabe der kommunalen Kulturarbeit, sondern in den – auch auf anderen Aufgabefeldern vorstellbaren und vorfindlichen – besonderen Bedingungen der Aufgabenwahrnehmung liegt, dürfte jedoch eine entsprechende konkretisierende Gesetzesregelung sachgerechter aufgabenübergreifend zu formulieren sein; damit wäre sie systematisch treffender in § 76 GO NRW zu verorten. Da in dieser gesetzlichen Bestimmung – um sie nicht zu überfrachten –,wohl nur eine allgemein gehaltene Berücksichtigungspflicht zugunsten solcher Aufgabenwahrnehmungen normiert werden könnte, wäre ggf. unter Bezugnahme hierauf eine Konkretisierung im Rahmen einer normkonkretisierenden, das Verhalten der Genehmigungsbehörden steuernden Verwaltungsvorschrift zu § 76 GO NRW angezeigt.

C. Schlussbemerkung

Aufgabe des vorliegenden Gutachtens ist es, mit Blick auf das politische Vorhaben eines Kulturfördergesetzes den rechtlichen Grundlagen der Kulturförderung und Kulturtätigkeit der Kommunen in Nordrhein-Westfalen, insbesondere auch der Kommunen mit (genehmigten) Haushaltssicherungskonzepten oder im sog. Nothaushalt, nachzugehen. Über die kommunale Kulturarbeit wird dabei rechtlich auf zwei zu unterscheidenden, freilich miteinander verzahnten Ebenen debattiert, nämlich auf der Aufgaben- und auf der Finanzierungsebene.

Auf der Aufgabenebene wird nicht selten danach gerufen, den verpflichtenden Charakter dieser kommunalen Aufgabe anzuerkennen, um in der Folge deren finanzielle Mindestausstattung (auch in der Situation kommunaler Haushaltsnot) sicherzustellen. Es hat sich jedoch gezeigt, dass – jenseits einzelner spezialgesetzlicher Regelungen – die kommunale Kulturarbeit im Sinne der kommunalrechtlich etablierten Unterscheidung von freiwilligen und pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben (ggf. zur Erfüllung nach Weisung) nicht als pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe qualifiziert werden kann, weil es an einer allgemeinen gesetzlichen Verpflichtung fehlt; im Sinne dieser kommunalrechtlich maßgeblichen Unterscheidung handelt es sich um eine freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe. Dessen ungeachtet ist die – der kommunalen Autonomie überantwortete – Erfüllung dieser Aufgabe nicht nur von politischer Bedeutung; sie unterliegt auch allgemeinen rechtlichen Verpflichtungen, die namentlich aus Art. 18 Abs. 1 LV NRW sowie aus § 8 Abs. 1 GO NRW folgen.

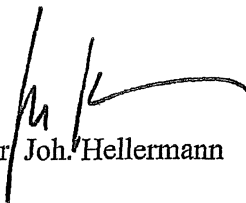
Die – in der einschlägigen Literatur durchaus streitig geführte – Debatte um den Aufgabencharakter kommunaler Kulturarbeit hat sich, weil auch die Befürworter des Pflichtaufgabencharakters den weiten, autonomen Gestaltungsspielraum der Kommunen anerkennen, als für deren Finanzierung kaum erheblich herausgestellt. Eine inhaltlich so gestaltungsoffene „Pflichtaufgabe“ bewirkt nach den geltenden Vorschriften per se weder in der Situation der Haushaltssicherung nach § 76 GO NRW noch in der des Nothaushalts nach § 82 GO NRW eine Stärkung der Finanzierungsgrundlagen.

Insbesondere die Staatszielbestimmung des Art. 18 Abs. 1 LV NRW ist jedoch, auch wenn sie die Annahme einer Pflichtaufgabe im strengen, kommunalrechtlichen Sinne nicht stützen kann, für die Sicherung der Finanzierung kommunaler Kulturarbeit nicht belanglos. Sie statuiert eine kommunale Aufgabe, über deren Wahrnehmung die jeweilige Kommune eigenverantwortlich soll befinden können, wofür sie finanzieller Mittel bedarf. Dabei steht die Wahrnehmung dieser Aufgabe zwar einerseits unter dem Vorbehalt des insbesondere auch finanziell Möglichen, andererseits wird

mit Recht gefordert, dass der Kommune auch in der Situation der Haushaltsnotlage ein Mindestmaß an kommunaler Kulturbetätigung und -förderung möglich sein muss.

Die Sicherung der finanziellen Spielräume für ein Mindestmaß an kultureller Aktivität muss auf der Finanzierungsebene, im Wesentlichen kommunalhaushaltsrechtlich erfolgen. Im Recht der vorläufigen Haushaltsführung sind insofern sinnvolle Ansatzpunkte nicht erkennbar: § 82 GO NRW schützt einerseits den Status quo kultureller Aktivitäten in einem relativ weitreichenden (u.U. über das im Rahmen eines genehmigungsfähigen Haushaltssicherungskonzept Mögliche hinausgehenden) Maße; andererseits handelt es sich um kein in der Hand des Rates befindliches haushaltsplanarisches Instrument, das Raum für konzeptionelle Entscheidungen zur kommunalen Kulturarbeit bei gleichzeitiger Verfolgung des Ziels der Haushaltskonsolidierung bietet. Verbesserungen, die vor allem darauf abzielen müssten, den betroffenen Kommunen mehr Sicherheit hinsichtlich der Frage zu geben, welche freiwilligen und namentlich auch kulturellen Leistungen zugelassen werden, sind vielmehr in den Regelungen zum Haushaltssicherungskonzept bzw. hierauf bezogenen Regelungen zu suchen.

Bielefeld, den 13. September 2012


Prof. Dr. Joh. Hellermann