

### Vermerk

In der Sitzung des Fachausschusses „Finanzen und Controlling“ am 18.09.2014 wurde angeregt, einen Zweckverband „Kommunale Dienstleistung“ zu bilden. Mitglieder dieses Zweckverbandes sollten neben dem Landkreis die drei Samtgemeinden werden. Ihm sollten sämtliche den Mitgliedern obliegende Aufgaben übertragen werden. Der Landrat und die drei Samtgemeindebürgermeister sollten die Verbandsgeschäftsführung wahrnehmen. Der Kreisausschuss hat diese Empfehlung am 23.09.2014 insoweit zum Beschluss erhoben, als die Verwaltung beauftragt wurde, eine Rechtsprüfung selbst vorzunehmen und zu veranlassen. Nachstehend soll untersucht werden, ob das Vorhaben mit geltendem Recht vereinbar ist oder wie es sonst durchführbar ist oder wird. In der Presse wurde dieses Konstrukt mit einer kreisfreien Samtgemeinde verglichen.

#### **1. Bildung eines Zweckverbandes:**

Rechtsgrundlage für den Zweckverband sind §§ 7 – 18 NKomZG.

Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 NKomZG können sich Kommunen zu einem Zweckverband zusammenschließen. Kommunen sind nach § 1 Abs. 1 NKomVG die Gemeinden, die Samtgemeinden und die Landkreise (die Region Hannover kann in diesem Zusammenhang unberücksichtigt bleiben). Hieraus folgt, dass sich nicht nur Kommunen der gleichen Ebene zu Zweckverbänden zusammenschließen können, sondern auch solche unterschiedlicher Ebenen (z.B. Landkreise mit Samtgemeinden und/oder Gemeinden).

Der Zweckverband übernimmt nach Halbs. 2 aaO. bestimmte Aufgaben der Beteiligten oder führt sie für diese durch. Aus der Formulierung „... bestimmte Aufgaben ...“ ergibt sich, dass eine abschließende Aufzählung aller einzelnen Aufgaben gefertigt werden muss. Eine Benennung wie „... alle Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises ...“ o.ä. genügt der Gesetzesbestimmung nicht. Hier sind mit dem Aufgabenübergang und der Aufgabendurchführung zwei Varianten möglich.

Mit der Aufgabenübertragung (= Aufgabenübergang) gehen nach § 2 Abs. 3 NKomZG grundsätzlich alle mit der Erfüllung der Aufgabe verbundenen Rechte und Pflichten einschließlich der Befugnis, Satzungen und Verordnungen zu erlassen, auf den Zweckverband über. Die Kommunen sind von der Pflicht zur Aufgabenerledigung frei (Abs. 4 Satz 1 aaO.).

Wird der Zweckverband dagegen (nur) mit der Durchführung der Aufgaben beauftragt, bleiben die Rechte und Pflichten der beauftragenden Kommunen unberührt. Zur Durchführung von hoheitlichen Aufgaben können sie fachliche Weisungen erteilen (Satz 3 aaO.).

Vereinbarungen über die kommunale Zusammenarbeit bedürfen nach § 2 Abs. 5 NKomZG der Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde, soweit sie eine Aufgabe betreffen, die den Kommunen durch Rechtsvorschrift zugewiesen oder übertragen worden ist. Unter das Thema „Vereinbarungen über die kommunale Zusammenarbeit“ fällt auch die Bildung eines Zweckverbandes. Da hier sämtliche Aufgaben übernommen oder durchgeführt werden sollen, sind auch solche betroffen, die den beteiligten Kommunen durch Rechtsvorschrift zugewiesen wurden. Die Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde (MI) ist erforderlich.

Auf eine weitergehende Darstellung der inneren Verfassung eines Zweckverbandes wird in diesem Stadium der Entscheidungsfindung noch verzichtet.

#### **2. Aufgabenübertragung:**

Bei der nachstehenden Untersuchung wird davon ausgegangen, dass die Bildung eines Zweckverbandes und damit einhergehender Aufgabenübergang nur in einem gemeinsamen Schritt aller Beteiligten und nicht gegen den Willen auch nur einzelner Kommunen vollzogen wird. Einem Vollzug gegen den Willen auch nur einzelner Kommunen stünde die Rechtsprechung entgegen. Ein Eingriff in den garantierten Wesensbestand der gemeindlichen Selbstverwaltung ist nur zulässig, wenn das Gemeinwohl ihn zwingend erfordert, nicht aber aus reinen Zweckmäßigkeitsergründen (VerfGH NW, Urt. vom 07.07.1956 – 5/55 in EzKommR, 1100.3). Ob sich die Zweckmäßigkeitsergründe effektivere und straffere Verwaltungsführung, Einsparung von Haus-

haltsmitteln) bei näherer Untersuchung zu Gründen des Gemeinwohls verdichten könnten, wird hier nicht weiter untersucht.

Die dem Landkreis obliegenden Aufgaben unterteilen sich in die des eigenen und des übertragenen Wirkungskreises.

Zu den Aufgaben des eigenen Wirkungskreises gehören nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 NKomVG die von ihm freiwillig übernommenen (freie Selbstverwaltungsaufgaben). Hier ist der Landkreis in den Fragen, ob, wie und durch wen diese Aufgaben erfüllt werden, vollkommen frei. Daher ist eine Übertragung dieser Aufgaben auf einen Zweckverband unproblematisch.

Weiter gehören zu den Aufgaben des eigenen Wirkungskreises nach Nr. 4 aaO. diejenigen, die dem Landkreis aufgrund von Artikel 57 Abs. 4 Satz 1 Alt. 1 NV durch Rechtsvorschrift als Pflichtaufgaben zur Erfüllung in eigener Verantwortung zugewiesen sind (pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben). Eine Aufzählung der Rechtsgrundlagen enthält Meyer/Mehlhorn in KVR-NKomVG, § 5 Rn 21 und 22. Beispielhaft wird hier § 1 Satz 1 NKHG zitiert: „Die Landkreise und kreisfreien Städte haben die Krankenhausversorgung der Bevölkerung als Aufgabe des eigenen Wirkungskreises nach Maßgabe des Krankenhausplans und des § 2 des Gesetzes sicherzustellen.“ Gleichlautender oder ähnlicher Text findet sich in allen Rechtsvorschriften, die ihre Grundlage in Art. 57 Abs. 4 Satz 1 Alt. 1 NV haben und den Landkreisen Aufgaben zuweisen. Im Falle einer Übertragung dieser Aufgaben auf einen Zweckverband würden somit diese Rechtsvorschriften verletzt.

Zu den freiwilligen Aufgaben des Landkreises gehören nach § 5 Abs. 3 NKomVG ferner diejenigen, die er von den kreisangehörigen Gemeinden und Samtgemeinden mit oder ohne deren Zustimmung übernommen hat (Kompetenz-Kompetenz). Bei den ohne Zustimmung übernommenen Aufgaben ist eine Übertragung auf einen Zweckverband ebenfalls unproblematisch. Unproblematisch ist eine Übertragung der mit Zustimmung übernommenen Aufgaben, wenn die jeweiligen Gemeinden und/ oder Samtgemeinden auch dieser Übertragung zustimmen.

Regelungen zu den Aufgaben des übertragenen Wirkungskreis enthält § 6 NKomVG. Diese Regelungen gelten für alle Kommunen und damit auch für den Landkreis. Es handelt sich um die Aufgaben, die aufgrund des Art. 57 Abs. 4 Satz 1 Alt. 2 NV übertragen wurden. Hier ist der Landkreis bei den Fragen, ob, wie und durch wen er diese Aufgaben erledigen will, an das jeweilige Gesetz gebunden. Dies gilt auch hinsichtlich der Zweckmäßigkeit der Erledigung (s.o.). Eine Aufzählung der Rechtsgrundlagen enthält Meyer/ Mehlhorn, aaO, § 6 Rn 21 und 22. Beispielhaft wird hier § 36 Abs. 1 Satz 1 NJagdG zitiert: „Die Aufgaben der Jagdbehörden und der zuständigen Behörden i.S.d. BJagdG nehmen die Landkreise und kreisfreien Städte als Aufgabe des übertragenen Wirkungskreises wahr.“ Gleichlautender oder ähnlicher Text findet sich in allen Rechtsvorschriften, die ihre Grundlage in Art. 57 Abs. 4 Satz 1 Alt. 2 NV haben und den Landkreisen Aufgaben zuweisen. Im Falle einer Übertragung dieser Aufgaben auf einen Zweckverband würden somit diese Rechtsvorschriften verletzt.

Hinsichtlich der Aufgaben der Samtgemeinden enthält § 98 NKomVG einen Zuständigkeitskatalog. Da hier keine Ausnahmeregelungen und keine Regelungen für mögliche Ausnahmen enthalten sind, genießt § 98 NKomVG Vollständigkeit. Das hat zur Folge, dass die Samtgemeinden kein Aufgabenfindungsrecht besitzen (Weidemann, aaO. § 98 Rn 1 m.w.N.).

Die in § 98 Abs. 1 NKomVG genannten Aufgaben sind teils dem Bereich der freien und teils den pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben zuzuordnen. Zu den ersteren zählen die in Satz 2 genannten, von den Mitgliedsgemeinden übertragenen Aufgaben. Eine weitere Übertragung auf einen Zweckverband erscheint unproblematisch, wenn dieser auch die Mitgliedsgemeinden zustimmen. Die letzteren Aufgaben sind die im Katalog des Satzes 1 enthaltenen. Hier gilt die Aussage zu den pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben des Landkreises entsprechend. Mit einer Übertragung dieser Aufgaben auf einen Zweckverband sind erhebliche Rechtsverletzungen verbunden.

Nach § 98 Abs. 2 NKomVG erfüllen die Samtgemeinden die (= alle) Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises ihrer Mitgliedsgemeinden. Hier gilt das oben zu den Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises des Landkreises Ausgesagte entsprechend. Auch mit einer Übertragung dieser Aufgaben auf einen Zweckverband sind erhebliche Rechtsverletzungen verbunden.

Eine Übertragung der in Abs. 4 aaO. geregelten Unterstützungspflicht der Samtgemeinden zugunsten ihrer Mitgliedsgemeinden auf einen Zweckverband ist unproblematisch.

Die gemeinsame Kassenführung der Samtgemeinden für sich selbst und die Mitgliedsgemeinden (Abs. 5 aaO) dürfte einem Zweckverband zusammen mit einer Kassenführung auch des Landkreises übertragen werden können. Damit wird kein anderer Zustand als der jetzige erreicht, er wird lediglich – wenn auch nicht unerheblich – erweitert. Ob darin unterschiedliche Giro- u.a. Konten extern geführt werden müssen oder soll-

ten, bleibt einer weiteren Untersuchung bzw. einer Vereinbarung vorbehalten. Im Übrigen enthält § 127 Abs. 1 Satz 1 NKomVG eine ausdrückliche Ermächtigung zur Übertragung der Kassengeschäfte auf Dritte.

Die Vorlage der Haushaltssatzungen der Mitgliedsgemeinde über die Samtgemeinden an die Kommunalaufsichtsbehörde kann – soweit die reine Vorlage betroffen ist – ebenfalls einem Zweckverband übertragen werden, wenn die Haushaltssatzungen nicht ohnehin von der Samtgemeinde aufgestellt werden, wie es bereits jetzt in den allermeisten Fällen praktiziert wird. Zum Vorlagenempfänger, der Kommunalaufsichtsbehörde, s.u.

Für den Fall einer Übertragung der Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises des Landkreises und der Samtgemeinden ist die Funktion der Aufsicht zu berücksichtigen. Dann wären der Aufsichtsführende und der Beaufichtigte in einer juristischen Person (Zweckverband) zusammengefasst. Das gilt sowohl für die den eigenen Wirkungskreis der Beaufichtigten umfassende Kommunal- als auch für die den übertragenen Wirkungskreis betreffende Fachaufsicht. Eine derartige Kumulation widerspricht dem Gedanken, dem Zweck und der Ausübung der Aufsicht. Daher hat der Gesetzgeber in § 171 Abs. 4 NKomVG für den Fall der Befassung des Landkreises mit der zu entscheidenden Angelegenheit auch eine „Ausweichvorschrift“ geschaffen.

Nach Art. 57 Abs. 3 NV genießen die Kommunen das Recht der Selbstverwaltung. Wenn die Rechtsprechung auch aus Anlass der Verwaltungs- und Gebietsreformen der 70er Jahre des vorigen Jahrhunderts entschieden hat, dass einzelnen Kommunen bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen das Selbstverwaltungsrecht nicht zusteht, so kann hieraus die Möglichkeit der Beseitigung des Selbstverwaltungsrechtes aller Kommunen in einem Landkreis nicht geschlossen werden. Andererseits steht es jeder (natürlichen und juristischen) Person frei, auf ihr zustehende Rechte zu verzichten. Ob dieses Verzichtsericht auch das Recht zum allumfassenden Verzicht auf das Selbstverwaltungsrecht beinhaltet, darf bezweifelt werden. Soweit von hier ersichtlich, ist diese Frage bisher auch nicht Gegenstand eines juristischen Verfahrens gewesen. Ebenso ist Literatur hierzu – ebenfalls soweit von hier ersichtlich – nicht vorhanden.

Ein Vergleich mit der Strukturreform aus 2006 nach den Vorstellungen des damaligen LR'es Aschbrenner ist nicht zielführend. Damals war geplant, Landkreis und Samtgemeinden aufzulösen und an deren Stelle eine neue Samtgemeinde mit dem Status der Kreisfreiheit zu bilden. Hier wäre eine Auflösung und damit ein Aufgabenübergang von Kommunen zugunsten einer anderen Kommune vorgenommen worden. Damit wäre die Erledigung aller Aufgaben auch weiterhin gesichert gewesen: die der aufgelösten Samtgemeinden durch die neue durch Rechtsnachfolge und die des Landkreises ebenfalls durch die neue Samtgemeinde aufgrund deren Status der Kreisfreiheit nach § 18 NKomVG. Gesetzesverstöße – wie oben dargestellt – waren damit nicht verbunden, da mit der Formulierung „... und die kreisfreien Städte ...“ in den jeweiligen Spezialgesetzen und der Zuordnung der Samtgemeinden zur gemeindlichen Ebene die Gesetzesforderung erfüllt war.

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 NKomZG können Kommunen im Rahmen der kommunalen Zusammenarbeit nach dem NKomZG öffentliche Aufgaben u.a. auf einen Zweckverband übertragen. Eine Übertragung ist nach Abs. 2 Satz 1 aaO. aber nur zulässig, wenn die Aufgabe den an dieser Zusammenarbeit Beteiligten obliegt. Das ist im Verhältnis der drei Samtgemeinden zueinander der Fall. Im Verhältnis der Samtgemeinden zum Landkreis ist diese Voraussetzung jedoch nicht erfüllt. Landkreis und Samtgemeinden haben unterschiedliche Aufgaben.

Im Falle der Übertragung aller Aufgaben der Kommunen im Gebiet des hiesigen Landkreises würden diesen keine Aufgaben mehr verbleiben. Andererseits unterliegt deren Existenz – wie oben dargestellt – keiner Regelungsmöglichkeit im hier behandelten Sinne. Es würden Gebietskörperschaften und Gemeindeverbände ohne Aufgaben verbleiben, die mit inhaltslosen Gefäßen verglichen werden können. Ein derartiger Schritt würde einer faktischen Beseitigung dieser Kommunen gleichkommen.

Weiterhin sind für diese unabdingbaren Kommunen Organe (Vertretung, Hauptausschuss, Hauptverwaltungsbeamte) zwingend vorgeschrieben (§§ 45, 74 und 80 NKomVG). Dem Landrat des weiterhin existierenden Landkreises und den Samtgemeindebürgermeistern der ebenfalls weiterhin existierenden Samtgemeinden muss die Besoldung weiterhin gezahlt werden. Die öffentlich-rechtliche Beamtenbesoldung geht im Gegensatz zur privatrechtlichen Entgeltzahlung an die Beschäftigten nicht vom Vertragsrecht (Entgelt für geleistete Arbeit) sondern vom Alimentationsprinzip aus. Für diese Alimentation hat der jeweilige Dienstherr zu sorgen. Daraus folgt, dass der Beamte auf das ihm zustehende, gesetzlich und durch Verordnung geregelte Gehalt nicht verzichten kann.

Der Zweckverband besitzt nach § 8 Abs. 1 Satz 2 NKomZG, wenn die Verbandsordnung dies vorsieht, zwar Dienstherrnfähigkeit. Eine Versetzung dieses Personenkreises an ihn, verbunden mit dem Übergang der Alimentationsverpflichtung, ist aber dennoch nicht zulässig, weil das Organ „Hauptverwaltungsbeamter“ entgegen § 7 NKomVG nicht mehr besetzt ist. Im Falle der Abordnung ist das Organ zwar noch besetzt, sie schei-

tert jedoch am Niedersächsischen Beamtenrecht. Nach § 27 Abs. 1 NBG ist die Abordnung einer vorübergehende Übertragung einer Tätigkeit bei einer anderen Dienststelle desselben oder eines anderen Dienstherrn unter Beibehaltung der Zugehörigkeit zur bisherigen Dienststelle. Im vorliegenden Fall könnte die Abordnung jedoch nicht nur vorübergehend ausgesprochen werden.

Die vier Hauptverwaltungsbeamten (Landrat und drei Samtgemeindebürgermeister) sollen die Geschäftsführung des Zweckverbandes bilden. Nach § 15 NKomZG hat der Zweckverband jedoch nur einen Geschäftsführer. Hier wurde das Prinzip das Niedersächsischen Kommunalverfassungsrechtes übernommen, das jeweils auch nur einen Hauptverwaltungsbeamten kennt. Der Zweckverband kann daher – wie die Kommunen auch – nicht von einem Kollegialorgan wie z.B. der Vorstand einer Aktiengesellschaft nach § 74 AktG geleitet werden. Ein Kollegialorgan würde der Organstellung der Hauptverwaltungsbeamten widersprechen.

### 3. Aufgabendurchführung

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 NKomZG können Kommunen im Rahmen der kommunalen Zusammenarbeit nach dem NKomZG u.a. einen Zweckverband mit der Durchführung von öffentlichen Aufgaben unter Beachtung der vergaberechtlichen Vorschriften beauftragen. Allerdings steht dem auch hier die oben bereits erwähnte Schranke des Abs. 2 aaO entgegen. Danach müssen den an der Zusammenarbeit Beteiligten die Aufgaben obliegen, deren Durchführung übertragen werden soll. Das ist im Verhältnis der Samtgemeinden zum Landkreis nicht der Fall.

Vergaberechtliche Aspekte werden hier nicht berücksichtigt, da das Vorhaben bereits aus anderen rechtlichen Gründen (sh. § 2 Abs. 2 NKomZG) scheitert.

Die oben dargestellten Bedenken hinsichtlich der gesetzlich übertragenen Selbstverwaltungsaufgaben und der Aufgaben des übertragenen Wirkungsbereiches greifen bei der Aufgabendurchführung nicht. Die jeweilige Kommune (Samtgemeinde und Landkreis) bleibt formell Aufgabenträger. Sie bedient sich analog eines Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB eines Dritten (hier, des Zweckverbandes). Gleiches gilt für die Bemerkungen über das Selbstverwaltungsrecht und den Verzicht hierauf.

### 4. Zusammenfassung:

Die Bildung eines Zweckverbandes auch zwischen Kommunen unterschiedlicher Stufen ist grundsätzlich zulässig. Sie ist für den hier behandelten Zweck jedoch rechtswidrig, weil sowohl eine Übertragung der Aufgaben als auch eine Beauftragung zu deren Durchführung wegen der unterschiedlichen Aufgaben auf der Ebene der Samtgemeinden einerseits und der des Landkreises andererseits an § 2 Abs. 3 NKomZG scheitert.

Einer Übertragung der gesetzlich übertragenen Selbstverwaltungsaufgaben und der Aufgaben des übertragenen Wirkungsbereiches stehen die jeweiligen Spezialgesetze, die eine Zuweisung der Aufgaben auf die Kommunen vorsehen, entgegen.

Selbst wenn – entsprechende Mehrheiten in den jeweiligen Gremien vorausgesetzt – der Versuch der Bildung eines Zweckverbandes und Aufgabenübertragung oder Aufgabendurchführung unternommen würde, würde das MI die nach § 2 Abs. 5 Satz 2 NKomZG erforderliche kommunalaufsichtsbehördliche Genehmigung versagen (müssen).

Während eine Änderung des § 2 Abs. 3 NKomZG unter Umständen noch zu erreichen sein mag, erscheint eine Änderung der jeweiligen Spezialgesetze – auch weil es sich tlw. um Bundesgesetze handelt – unmöglich.

