

Johanna Wolff

# Inklusion und Konnexität – Der „Kostenfaktor“ bei der Umsetzung der UN-BRK am Beispiel der geänderten Schulgesetze in Niedersachsen und NRW

## 1 Einleitung

Die Diskussion über die Bildungsteilhabe von Kindern und Jugendlichen mit Behinderungen hat sich nie auf die Frage beschränkt, welches Konzept für die Betroffenen am förderlichsten wäre. Vielmehr stand immer auch die Kostenfrage im Raum. Auch bei der Behandlung rechtlicher Fragen floss stets die Begrenztheit der Mittel als Argument mit ein. So stellte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seinem Sonderschulbeschluss im Jahr 1997 fest, dass die Grundrechte den Gesetzgeber nicht grundsätzlich daran hinderten, von der Einführung solcher Integrationsformen abzusehen, „deren Verwirklichung ihm aus pädagogischen, aber auch aus organisatorischen, personellen und finanziellen Gründen nicht vertretbar erscheint“.<sup>1</sup> Seit der Unterzeichnung des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK)<sup>2</sup> durch die Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2007 hat sich die Bedeutung des „Kostenfaktors“ in der Debatte jedoch zumindest verschoben. Denn dass mit der Inklusion Behinderter ein vergleichsweise hoher Standard Ziel staatlicher Bildungspolitik werden sollte, auch wenn dies – wen auch immer – Geld kosten würde, wurde mit dem Eingehen der völkerrechtlichen Verpflichtung im Grundsatz akzeptiert.

Als Vertragsstaat ist die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet, ein inklusives Bildungssystem auf allen Ebenen zu gewährleisten, Art. 24 UN-BRK. Die Tatsache, dass die deutsche Übersetzung<sup>3</sup> von „Integration“ spricht (Art. 24 Abs. 2 lit. e), während in der englischen Fassung von „inclusion“ die Rede ist, sorgte kurz für Unsicherheit über den Umfang der eingegangenen Verpflichtung. Inzwischen herrscht aber Einigkeit darüber, dass die – über die bloße Integration hinausgehende – Inklusion gemeint ist.<sup>4</sup> In der Begründung zum nordrhein-westfälischen „Gesetz zur Umsetzung der UN-BRK“ (9. NWSchulRÄG<sup>5</sup>) heißt es dazu: „Der Begriffswandel von der Integration zur Inklusion bedeutet, dass es nicht mehr darum gehen kann, Menschen zur Teilhabe an einem Regelsystem zu befähigen, sondern dieses Regelsystem so einzurichten, dass es gleichermaßen den Bedürfnissen aller Menschen mit allen ihren Unterschieden gerecht wird.“<sup>6</sup>

Für das deutsche Schulsystem bedeutet die Anerkennung eines Rechts auf Bildung i. S. d. Art. 24 UN-BRK massive Veränderungen. Denn aktuell werden hierzulande, bei immerhin steigender Ten-

1 BVerfGE 96, 288 (306).

2 Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), UN A/Res/61/106, 13.12.2006.

3 Abgestimmte deutsche Fassung, vgl. BGBl II 2008, S. 1419 ff.

4 Siehe nur *Faber, A./Roth, V.*, Die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention durch die Schulgesetzgebung der Länder, DVBl. 2010, 1193 (1195) m.w.N.; zustimmend *Siehr, A./Wrase, M.*, Das Recht auf inklusive Schulbildung als Strukturfrage des deutschen Schulrechts, RdJB 2014, 161 (163); siehe auch VGH Kassel, NVwZ-RR 2010, 602 (603 f.).

5 9. Schulrechtsänderungsgesetz v. 5.11.2013, GV. NRW. 2013, S. 618 ff.

6 LT-Drs. (NRW) 16/2432, S. 44.

denz, nicht einmal ein Drittel der Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf in allgemeinen Schulen unterrichtet (28,2 Prozent im Jahr 2012).<sup>7</sup> Seit Jahren am niedrigsten ist die Quote in Niedersachsen, wo im Schuljahr 2012/2013 nur 14,7 Prozent der Schüler mit Förderbedarf in Regelschulen unterrichtet wurden; auch Nordrhein-Westfalen (NRW) lag zur selben Zeit mit einem Inklusionsanteil von 23,9 Prozent unter dem Durchschnitt.<sup>8</sup> Beide Länder haben sich nun große Ziele gesetzt: In Niedersachsen soll bis zum Jahr 2018 jede Schule jeder Schulform eine inklusive Schule werden;<sup>9</sup> in NRW rechnet man damit, dass dort bis zum Schuljahr 2016/17 rund 65 Prozent der Schüler mit Behinderungen an allgemeinen Schulen unterrichtet werden.<sup>10</sup>

Seit die Länder mit der Umsetzung des Art. 24 UN-BRK beschäftigt sind und begonnen haben, die Schulgesetze zu ändern, muss aber auch die Frage beantwortet werden, wer für die Umsetzungsmaßnahmen letztlich aufkommt. Inklusion im Schulunterricht bedeutet vor allem, dass dieser für behinderte und nicht behinderte Schüler gemeinsam stattfindet, dass für sie aber, je nach individuellen Möglichkeiten, unterschiedliche Lernwege, Unterrichtsmaterialien und Lernziele gelten. Um den heterogenen Klassenverbänden gerecht zu werden, können etwa Regelschullehrer den Unterricht zusammen mit Sonderpädagogen gestalten (sog. Co-Teaching).<sup>11</sup> Zusätzlich können Integrationshelfer und Schulsozialarbeiter zum Einsatz kommen.<sup>12</sup> Darüber hinaus verlangt Inklusion, dass die Gebäude barrierefrei gestaltet sind<sup>13</sup> und für die ggf. individuelle Beförderung der behinderten Schüler zur und von der Schule<sup>14</sup> zu sorgen ist. Wer aber trägt die damit verbundenen Kosten?

Der vorliegende Beitrag will dieser Frage mit Blick auf das Verhältnis zwischen den Bundesländern als Schulgesetzgebern und ihren jeweiligen Kommunen als Schulträgern<sup>15</sup> nachgehen. Hierbei bietet es sich an, die Rechtslage in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen zugrunde zu legen, da in beiden Ländern besonders intensiv über die Frage einer möglichen Verletzung des Konnexitätsprinzips gestritten wurde und sich die Länder jeweils mit großem argumentatorischen Aufwand gegen die Annahme der Konnexität gewehrt haben. In beiden Ländern sah es lange so aus, als müsse letztlich eine gerichtliche Klärung erfolgen.<sup>16</sup> Inzwischen wurden jedoch politische Lösungen gefunden. Im Juli 2014 hat der Landtag in Düsseldorf das „Gesetz zur Förderung kommunaler Aufwendungen für die schulische Inklusion (SchulInklAufwFöG)“<sup>17</sup> beschlossen. Vor- ausgegangen war dem eine Vereinbarung zwischen Land und Kommunen, in der man sich darauf

7 Statistische Veröffentlichungen der Kultusministerkonferenz, Dokumentation Nr. 202, 2014, S. XVIII, online abrufbar: [www.kmk.org/fileadmin/pdf/Statistik/Dokumentationen/Dokumentation\\_SoPaeFoe\\_2012.pdf](http://www.kmk.org/fileadmin/pdf/Statistik/Dokumentationen/Dokumentation_SoPaeFoe_2012.pdf).

8 Bundesländervergleich der Bertelsmann Stiftung, 2014, abrufbar unter: [www.bertelsmann-stiftung.de/cps/rde/xber/SID-DB24BFFB-4019D747/bst/xcms\\_bst\\_dms\\_39658\\_39659\\_2.pdf](http://www.bertelsmann-stiftung.de/cps/rde/xber/SID-DB24BFFB-4019D747/bst/xcms_bst_dms_39658_39659_2.pdf).

9 §§ 4 Abs. 1 S. 1, 108, 183 c NdsSchG.

10 LT-Drs. (NRW) 16/2432, S. 3.

11 Hierzu aus pädagogischer Sicht: *Kreie, G.*, Integrative Kooperation, in: Eberwein, H./Knauer, S. (Hrsg.), Handbuch Integrationspädagogik, 7. Aufl., Landsberg 2009, S. 404 ff.; *Zielke, G.*, Zur Arbeit von Sonderpädagoginnen und Sonderpädagogen im gemeinsamen Unterricht, ebd., S. 412 ff.

12 Dazu *Kingreen, T.*, Die Konnexitätsrelevanz der Einführung der inklusiven Schule in Niedersachsen, NdsVBl. 2014, 265 (266 ff.).

13 Zum weiten Begriff der Barrierefreiheit: *Welti, F.*, S. 44 ff. in diesem Heft.

14 Zu diesen Kosten *Höfling, W./Engels, A.*, Schulische Inklusion und finanzverfassungsrechtliche Konnexität, NWVBl. 2014, 1 (7); *Faber, A.*, Die Umsetzung der Inklusion durch das Neunte Schulrechtsänderungsgesetz in Nordrhein-Westfalen, NWVBl. 2014, 8 (13).

15 Die Kommunen als Sozial- und Jugendhilfeträger bleiben hier außer Betracht; siehe dazu *Kingreen* (Anm. 12), S. 266 ff.

16 Zur ursprünglichen Ankündigung einer Klage durch die kommunalen Spitzenverbände in Niedersachsen siehe LT-Drs. (Nds.) 17/1746, S. 4.

17 GV. NRW, S. 404 f.

einigte, „dass die Schulträgeraufgaben bei Anwendung des 9. NWSchulRÄG der Konnexität gemäß Art. 78 Abs. 3 NWVerf i. V. m. §§ 1, NWKonnexAG unterfallen“.<sup>18</sup> Nach dem nun verabschiedeten Gesetz gewährt das Land NRW den Schulträgern ab dem mittlerweile laufenden Schuljahr 2014/2015 einen finanziellen Ausgleich in Höhe von jährlich 25 Millionen Euro, der in Zukunft ggf. angepasst werden soll; darüber hinaus erhalten die Kommunen eine sog. Inklusionspauschale von jährlich zehn Millionen Euro.<sup>19</sup> Ein ähnlicher Kompromiss wurde Ende des Jahres 2014 in Niedersachsen gefunden, wo sich Land und Kommunen grundsätzlich darüber verständigten, dass das Land für konnexitätsbedingte Kosten für bauliche Maßnahmen im Jahr 2015 11,7 Millionen Euro und ab 2016 jährlich 20 Millionen Euro an die Schulträger zahlt; zusätzlich hat auch Niedersachsen eine Inklusionspauschale zugesagt.<sup>20</sup>

Auch wenn sich in beiden Ländern eine politische Lösung gefunden hat, erscheinen die Rechtsprobleme weiterhin diskussionsbedürftig. Die Darlegungen der Länder in den Gesetzesbegründungen zu den Änderungen ihrer Schulgesetze scheinen zwar nunmehr hinfällig zu sein. Sie könnten aber so oder ähnlich in anderen Sachverhalten zum Tragen kommen, die die Konnexität betreffen. Außerdem können sie in die Debatte über die Kosten der Inklusion in anderen Bundesländern einfließen.

Der Beitrag beginnt mit einer Untersuchung der Konnexitätsrelevanz der durch das niedersächsische „Gesetz zur Einführung der inklusiven Schule“<sup>21</sup> und das 9. NWSchulRÄG in die Schulgesetze dieser Länder aufgenommenen Regelungen zur Umsetzung einer UN-BRK-konformen Beschulung (2.). Im Anschluss an die materielle Prüfung wird auf die Möglichkeit einer gerichtlichen Geltendmachung etwaiger Ansprüche eingegangen (3.). Der Beitrag schließt mit einer zusammenfassenden Bewertung (4.).

## 2 Konnexitätsrelevanz der Inklusionsnormen in den Schulgesetzen von Niedersachsen und NRW

Den rechtlichen Maßstab für die Frage, ob die Kommunen in Niedersachsen und NRW Anspruch auf einen Ausgleich für Kosten haben, die ihnen durch die Einführung der Inklusion im Schulbereich entstehen, bilden die Konnexitätsprinzipien in Art. 57 Abs. 4 der Verfassung des Landes Niedersachsen (NV) bzw. Art. 78 Abs. 3 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen (NWVerf). Seit sie in den Jahren 2006<sup>22</sup> bzw. 2004<sup>23</sup> verschärft wurden, können beide als strikte Konnexitätsprinzipien bezeichnet werden,<sup>24</sup> was bedeutet, dass sie ein relativ hohes Schutzniveau bieten.<sup>25</sup>

18 Vgl. LT-Drs. (NRW) 16/5751, S. 6. In dem Zitat wurden die Abkürzungen für die Gesetzesnamen den sonst in diesem Beitrag verwendeten angepasst.

19 Diskussionsgrundlage bot ein Gutachten, auf dessen Autor und Untersuchungsgegenstand sich Land und Kommunen zuvor geeinigt hatten: *Klemm, K.*, Mögliche finanzielle Auswirkungen einer zunehmenden schulischen Inklusion in den Schuljahren 2014/15 bis 2016/17, online abrufbar: [www.schulministerium.nrw.de/docs/Schulsystem/Inklusion/Gutachten-Klemm/index.html](http://www.schulministerium.nrw.de/docs/Schulsystem/Inklusion/Gutachten-Klemm/index.html).

20 Vgl. die entsprechende Pressemitteilung des Niedersächsischen Kultusministeriums mit weiteren Einzelheiten, [www.mk.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation\\_id=1820&article\\_id=129266&\\_psmand=8](http://www.mk.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=1820&article_id=129266&_psmand=8).

21 Gesetz v. 23.3.2012, Nds.GVB1. v. 29.3.2012, S. 34 ff.

22 Nds. GVB1., S. 58.

23 GV. NRW., S. 360.

24 OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2013, 529; VerfGH NRW, NVwZ-RR 2010, 705 (708).

25 Abgegrenzt werden strikte Konnexitätsprinzipien klassischerweise von relativen, grundlegend *Schoch, F./Wieland, J.*, Finanzierungsverantwortung für gesetzgeberisch veranlaßte kommunale Aufgaben, Baden-Baden 1995, S. 160 ff;

Beide Verfassungsbestimmungen haben, wie sich zeigen wird, im Wesentlichen gleiche Voraussetzungen. Auch was die Rechtsfolgenrechte betrifft, sind die Verfassungsbestimmungen zumindest vergleichbar.

## 2.1 Konnexitätsrelevante Aufgabenübertragung

Die erste Voraussetzung der Art. 57 Abs. 4 NV und Art. 78 Abs. 3 NWVerf ist eine konnexitätsrelevante Aufgabenübertragung. Die mit der Inklusion zusammenhängende Aufgabe der Schulträger müsste also eine nach den Verfassungsbestimmungen relevante Aufgabenart betreffen (2.1.1) und sich als neue oder geänderte Aufgabe der Kommunen darstellen (2.1.2).

### 2.1.1 Relevante Aufgabenart

Die Voraussetzung der konnexitätsrelevanten Aufgabenübertragung betrifft zunächst die Art der übertragenen Aufgabe. Während Art. 57 Abs. 4 S. 1 NV „Pflichtaufgaben zur Erfüllung in eigener Verantwortung“ und „staatliche Aufgaben zur Erfüllung nach Weisung“ nennt, erfasst Art. 78 Abs. 3 S. 1 NWVerf die Übernahme und Durchführung „öffentlicher Aufgaben“.<sup>26</sup> Im Ergebnis ist damit dasselbe gemeint: Beide Verfassungen schützen die Kommunen umfassend vor Belastungen durch pflichtige Aufgaben, welche Mittel binden, die bei der Ausübung des Selbstverwaltungsrechts durch freiwillige Aufgaben fehlen würden. Die Inklusionsvorschriften normieren eine nunmehr pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe der Kommunen als Schulträger und sind damit hinsichtlich der Art der übertragenen Aufgabe konnexitätsrelevant.

### 2.1.2 Übertragung einer neuen Aufgabe oder Aufgabenänderung

Eine konnexitätsrelevante Aufgabenübertragung liegt nach Art. 78 Abs. 3 S. 2 NWVerf nur vor, wenn den Kommunen neue Aufgaben übertragen werden oder wenn bestehende Aufgaben verändert werden.<sup>27</sup> Auch insofern besteht kein maßgeblicher Unterschied zur Rechtslage in Niedersachsen. Denn zwar betrifft Art. 57 Abs. 4 S. 1 NV nur die Zuweisung bzw. Übertragung neuer Aufgaben.<sup>28</sup> Satz 3 der Vorschrift aber bestimmt, dass, soweit sich aus einer Änderung einer Aufgabe erhebliche Erhöhungen der Kosten ergeben, der finanzielle Ausgleich entsprechend anzupassen ist. Dass dieser Satz auch bei einer Änderung von Aufgaben Anwendung findet, die den Kommunen bereits vor dem 1. Januar 2006 übertragen wurden, ergibt sich aus Art. 57 Abs. 4 S. 4 Hs. 2 NV.<sup>29</sup>

Mückl, S., in: Henneke, H.-G./Pünder, H./Waldhoff, C. (Hrsg.), Recht der Kommunalfinanzen, § 3 Rn. 64, 74, 79 und 82; Kluth, W., Das kommunale Konnexitätsprinzip der Landesverfassungen, LKV 2009, 337 (339). Beide Begriffe werden nicht einheitlich verwendet; Art. 57 Abs. 4 NV und Art. 78 Abs. 3 NWVerf unterfallen aber nach allen Definitionen der Kategorie striktes Konnexitätsprinzip.

<sup>26</sup> Dazu § 2 Abs. 1 S. 1 NWKonnexAG.

<sup>27</sup> Vgl. VerfGH NRW, NVwZ-RR 2011, 41 (42).

<sup>28</sup> Das Wort „neu“ taucht im Wortlaut nicht auf; dass neue Aufgaben gemeint sind, ergibt sich aber daraus, dass die Möglichkeit ihrer Zuweisung bzw. Übertragung in Art. 57 Abs. 3 S. 1 NV erst geregelt ist.

<sup>29</sup> Ebenso Freese, H., Konnexität in Niedersachsen, NdsVBl. 2007, 33 (36 f.); siehe auch LT-Drs. (Nds.) 15/2517, S. 3.

Ob die Inklusionsvorschriften den Kommunen eine neue Aufgabe übertragen oder ob sie eine bestehende Aufgabe erweitern, ist eine Frage der Betrachtung. Geht man von einer „Aufgabe Schulträgerschaft“ aus, wird man eine Aufgabenänderung annehmen müssen, da die Trägerschaft „durch erhebliche qualitative Zusatzanforderungen erweitert“ wird.<sup>30</sup> Nimmt man dagegen an, dass die Schulträgerschaft die Zuständigkeit für verschiedene Aufgaben zusammenfasst, stellt sich die Inklusion als neue Aufgabe der Schulträger dar.<sup>31</sup> Dass keine der beiden Alternativen einschlägig ist, ist dagegen nicht anzunehmen.<sup>32</sup> Zwar halten sich die Schulgesetze in Niedersachsen und NRW bei der ausdrücklichen Benennung von Inklusionsaufgaben der Schulträger zurück und beschreiben eher aus der Schülerperspektive das Angebot, das diesen gemacht wird. So regelt § 4 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1–2 NSchG<sup>33</sup>, dass die öffentlichen Schulen allen Schülern einen barrierefreien und gleichberechtigten Zugang ermöglichen, dass Schüler mit und ohne Behinderung in den öffentlichen Schulen gemeinsam unterrichtet werden, und dass Schüler, die auf sonderpädagogische Unterstützung angewiesen sind, durch wirksame individuelle Maßnahmen unterstützt werden. Auch § 20 Abs. 2 und 3 NWSchulG<sup>34</sup> legt fest, dass sonderpädagogische Förderung in der Regel in der allgemeinen Schule stattfindet und der Unterricht als Gemeinsames Lernen für Schüler mit und ohne Bedarf an sonderpädagogischer Unterstützung erteilt wird. Die Formulierung der Vorschriften kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, was das erweiterte Angebot für behinderte Schüler aus der Perspektive der Kommunen bedeutet: Sie werden zur *Schaffung* von (mehr<sup>35</sup>) Barrierefreiheit, zum *Anbieten* von gemeinsamem ggf. zieldifferentem Unterricht und zum *Einleiten* wirksamer individueller Maßnahmen verpflichtet.

Wenig überzeugend sind vor diesem Hintergrund die Ausführungen in der Begründung zum 9. NWSchulRÄG, in der sich das Land noch gegen die Anerkennung einer Konnexität gewährt hat: „Bei dem Schritt von der Integration zur Inklusion geht es um eine pädagogische Veränderung des Unterrichts und eine zu verändernde innere Einstellung im Sinne einer Kultur des Behaltens, nicht aber um strukturelle Fragen.“<sup>36</sup> Es spielt den Gegenstand der Änderungen in unvertretbarem Maße herunter, wenn suggeriert wird, Änderungen müssten sich nur in den Köpfen der Lehrer abspielen. Ebenso wenig überzeugend ist die Aussage, wonach keine „gesetzliche Regelung verbindlicher, den Vollzug prägender Anforderungen/Standards“ vorgesehen sei<sup>37</sup>, das Land „weder für den Schulbereich im Allgemeinen noch speziell mit Blick auf den Ausbau des Gemeinsamen Lernens auf dem Weg zu einem inklusiven Schulsystem verbindliche Vorgaben zur Größe, zur baulichen Beschaffenheit oder zur Ausstattung von Schulen“ mache<sup>38</sup>, und personelle Auswirkungen für die Schulträger nicht zu erwarten seien, weil „keine Vorgaben für das von ihnen zu stellende Personal“ vorgesehen seien.<sup>39</sup> Dass das „Wie“ bei der Schaffung inklusiver Schulen

30 So Höfling/Engels (Anm. 14), S. 5.

31 So Trips, M., Konnexitätsprinzip und Inklusion – Rechtliche und tatsächliche Gesichtspunkte eines Anspruchs der Kommunen auf Kostenausgleich, oder: „Dann klagen wir eben!“, NdsVBl 2013, 297 (300 f.); wohl auch Kingreen (Anm. 12), S. 268.

32 So aber Schwarz, K.-A., Gutachten zur Konnexitätsrelevanz einer Umsetzung der UN-BRK in nordrhein-westfälisches Landesrecht, 2012, S. 15 ff., online abrufbar: [www.schulministerium.nrw.de/docs/Schulsystem/Inklusion/Gutachten\\_Prof\\_Kyrrill\\_Schwarz.pdf](http://www.schulministerium.nrw.de/docs/Schulsystem/Inklusion/Gutachten_Prof_Kyrrill_Schwarz.pdf)

33 Niedersächsisches Schulgesetz, Nds. GVBl. 1998, 137, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 19.06.2013 (Nds. GVBl., 165).

34 Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, GV. NRW. 2005, 102, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 17.6.2014 (GV. NRW., 336).

35 Siehe zum neuen Standard in diesem Punkt für Nds. Trips (Anm. 31), S. 301; Kingreen (Anm. 12), S. 268.

36 LT-Drs. (NRW) 16/2432, S. 5.

37 LT-Drs. (NRW) 16/2432, S. 5.

38 LT-Drs. (NRW) 16/2432, S. 6.

39 LT-Drs. (NRW) 16/2432, S. 6.

nicht konkreter geregelt ist, schafft den Kommunen zwar gewisse Spielräume, ändert aber nichts daran, dass das „Ob“ für sie neuerdings verbindlich ist.<sup>40</sup>

Keine konnexitätsrelevante Aufgabenübertragung ist dagegen freilich gegeben, soweit die Kommunen von den Änderungen der Schulgesetze nicht betroffen sind. Sofern in der Begründung zum 9. NWSchulRÄG also darauf verwiesen wird, dass etwaige Auswirkungen auf die Versorgung der Schulen mit Lehrpersonal die Schulen nicht tangierten, sondern „in den originären Verantwortungsbereich des Landes“ fielen,<sup>41</sup> ist dies zuzugestehen. Auch Maßnahmen, deren Kosten von den Kranken- und Pflegeversicherungen zu tragen sind,<sup>42</sup> sind als solche nicht konnexitätsrelevant.

## 2.2 Konnexitätsrelevante Verpflichtung

Die zweite Voraussetzung der Art. 57 Abs. 4 NV und Art. 78 Abs. 3 NWVerf ist eine konnexitätsrelevante Verpflichtung. Diese liegt vor, wenn eine Verpflichtung der Kommunen zur Wahrnehmung von Aufgaben auf einem Landesgesetz oder einer Landesrechtsverordnung beruht. Entscheidend ist, so der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen (VerfGH NRW), dass die Aufgabenübertragung auf eine Entscheidung des Landesgesetzgebers zurückgeht, sie also ihm ursächlich zuzurechnen ist.<sup>43</sup>

### 2.2.1 Völker- oder bundesrechtliche Determinierung

Am Vorliegen einer Entscheidung der Landesgesetzgeber kann man in Bezug auf die Umsetzung der Inklusion in den Schulgesetzen zunächst deswegen Zweifel hegen, weil diese ja letztlich auf Art. 24 UN-BRK und das Vertragsgesetz des Bundes vom 21.12.2008<sup>44</sup> zurückgehen. Man könnte sich also auf den Standpunkt stellen, die Landesgesetzgeber hätten keine Entscheidung getroffen, sondern nur vollzogen, wozu sie völker- und bundesrechtlich verpflichtet waren.

Diese Sichtweise kann jedoch nicht überzeugen. Denn nicht nur ist in jeder Verabschiedung eines Gesetzes eine entsprechende Entscheidung zu sehen. Jedes andere Verständnis wäre schon mit den Grundsätzen einer parlamentarischen Demokratie nicht zu vereinbaren. Darüber hinaus enthalten die Konnexitätsprinzipien auch ihrem Wortlaut nach keine Einschränkungen in Bezug darauf, *aus welchen* (auch rechtlichen) *Gründen* der Gesetzgeber tätig wird.<sup>45</sup> Hinzu kommt im vorliegenden Falle, dass man durchaus eine *Selbstverpflichtung* der Bundesländer annehmen kann, sie jedenfalls an der völkerrechtlichen Verpflichtung mitgewirkt haben: Da die UN-BRK mit Art. 24 einen Bereich betrifft, der in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt, war nach Ziffer 3 des Lindauer Abkommens bereits vor dem verbindlichen Eingehen der völkerrechtlichen Verpflichtung das Einverständnis jedes einzelnen Landes einzuholen.<sup>46</sup> An-

40 Ähnlich *Trips* (Anm. 31), S. 301.

41 LT-Drs. (NRW) 16/2432, S. 6.

42 Hierzu LT-Drs. (NRW) 16/2432, S. 6 f.

43 Vgl. VerfGH NRW, NVwZ-RR 2011, 41 (42).

44 BGBI II 2008, S. 1419 ff.

45 Ähnlich *Engelken, K.*, Die Reichweite des landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzips bei Umsetzung von EU-Richtlinien, NVwZ 2010, 618.

46 Zur (fehlenden) Bindungswirkung des Lindauer Abkommens *Nettesheim, M.*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. IV, Art. 32 Rn. 73 m.w.N.; siehe auch *Krajewski, M.*, Ein Menschenrecht auf integrativen Schulunterricht. Zur innerstaatlichen Wirkung von Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention, JZ 2010, 120 (124).



schließlich hat der Bundesrat dem Vertragsgesetz ohne Einwendungen zugestimmt.<sup>47</sup> Schließlich entspricht es auch der Funktion der Konnexitätsprinzipien, allein darauf abzustellen, dass eine Aufgabenübertragung an die Kommunen durch Landesrecht erfolgt ist.<sup>48</sup> Denn sie sollen im Verhältnis zwischen dem jeweiligen Bundesland und seinen Kommunen Gesetzgebungszuständigkeit und Finanzierungslast miteinander verknüpfen. Angesprochen ist damit zum einen die Schutzfunktion im Sinne der Kommunalfinanzen<sup>49</sup> und zum anderen die Kostenzuordnungsfunktion nach dem Verursacherprinzip oder dem Prinzip der Gesetzeskausalität.<sup>50</sup> Die Kommunen sollen vor finanziellen Belastungen durch Maßnahmen der Landesgesetzgeber geschützt werden, indem das Land als Verursacher der Kosten an seiner Verantwortung für die Entstehung der Kosten festgehalten wird. Dies passiert aber nur dann in effektiver Weise, wenn die Voraussetzung der Ursächlichkeit formal verstanden wird und etwaige Beweggründe des Landes – und seien es Pflichten aus höherrangigem Recht – bei seiner Gesetzgebungstätigkeit für das Verhältnis Land-Kommunen unbeachtet bleiben.

Es ist allerdings zuzugeben, dass der VerfGH NRW – und mit ihm die wohl herrschende Meinung in der Literatur<sup>51</sup> – diese Sicht nicht teilt. Der VerfGH NRW wertet nicht jede Entscheidung des Gesetzgebers, die in einem Gesetz oder einer Verordnung zum Ausdruck kommt, als konnexitätsrelevant, sondern nur „eine originäre, eigene Entscheidung des Landesgesetzgebers“.<sup>52</sup> Eine solche nimmt er an, wenn ein Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung besteht.<sup>53</sup> Dies entspricht auch dem Rechtsgedanken des (im Rang eines einfachen Gesetzes stehenden und damit für die Verfassungsauslegung nicht maßgeblichen) § 2 Abs. 1 S. 2 NWKonnex-AG<sup>54</sup> wonach, „wenn aufgrund europa- oder bundesrechtlicher Regelungen eine Aufgabe unmittelbar den Gemeinden oder Gemeindeverbänden übertragen wird, (...) das Konnexitätsprinzip nur insoweit Anwendung (findet), als dem Land zur Umsetzung ein eigener Gestaltungsspielraum bleibt und dieser genutzt wird“.

Auch unter Zugrundelegung der Auffassung des VerfGH NRW ändert sich indes an der Bewertung, dass sowohl das NSchG als auch das NWSchulG in Bezug auf die Inklusion konnexitätsrelevante Verpflichtungen enthält, nichts. Denn die Landesgesetzgeber hatten einen Gestaltungsspielraum und haben diesen auch genutzt. Der Begriff des inklusiven Bildungssystems in Art. 24 UN-BRK ist keineswegs so eindeutig, dass die jeweils gewählte Umsetzung alternativlos gewesen wäre.<sup>55</sup> Die Gesetzgeber wären z. B. nicht einmal daran gehindert gewesen, die Sonder- bzw. Förderschulen als Schulform insgesamt abzuschaffen. Und auch in weniger grundlegenden Fra-

47 Siehe BT-Drs. 16/11197, S. 1.

48 Engelken, K., Das Konnexitätsprinzip in den Landesverfassungen, Baden-Baden 2009, S. 48 f.; zustimmend Henneke, H.-G., Wer der Bestellung zustimmt, muss sie adressieren und bezahlen, DVBl 2011, 125 (132). Im Ergebnis auch Kingreen (Anm. 12), S. 269.

49 Insofern spielt das Selbstverwaltungsrecht in die Konnexitätsprinzipien hinein; dazu Schoch/Wieland (Anm. 25), S. 109 ff.; Pünder, H./Waldhoff, C., in: Henneke/Pünder/Waldhoff (Anm. 25), § 1 Rn. 9 m.w.N.

50 Mückl (Anm. 25), § 3 Rn. 61 f.; zu den Funktionen auch Ziekow, J., Die Anwendung des landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzips bei bundes- oder gemeinschaftsrechtlichen Beeinflussungen des Bestands kommunaler Aufgaben, DÖV 2006, 489 (491).

51 Siehe nur Zieglmeier, C., Die Reichweite des landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzips am Beispiel der Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie, NVwZ 2009, 1455 (1459); Ziekow (Anm. 50), S. 493.

52 VerfGH NRW, NVwZ-RR 2011, 41 (43); ähnlich VerfGBbg, Urt. v. 30. 4.2013 – 49/11 – Rn. 75, juris.

53 Vgl. VerfGH NRW, NVwZ-RR 2011, 41 (43); so auch Ziekow (Anm. 50), S. 493 m.w.N.

54 „Gesetz zur Regelung eines Kostenfolgeabschätzungs- und eines Beteiligungsverfahrens gemäß Art. 78 Abs. 3 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen“ GV. NRW. S. 360, zul. geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 23.10.2012, GV. NRW. S. 474.

55 Siehr/Wrase (Anm. 4), S. 173 stellen „sehr unterschiedliche“ Umsetzungspraktiken in den Ländern fest. Siehe auch Schwarz (Anm. 32), S. 21 f.

gen hatten die Länder einen Gestaltungsspielraum.<sup>56</sup> Zwar haben sie auf die Regelung von Vollzugsstandards in vieler Hinsicht verzichtet (2.1.2). Soweit aber die Länder die konkrete Umsetzung (das „Wie“) des Konzepts der inklusiven Schule den Schulträgern überlassen haben, liegt auch hierin eine Ausübung von Gestaltungsfreiheit. Denn sie waren durch die nur sehr abstrakten Vorgaben in Art. 24 UN-BRK nicht daran gehindert, die Regelungsdichte nach ihren Vorstellungen zu erhöhen.

### 2.2.2 Andere Verursachungsbeiträge

Während der niedersächsische Gesetzgeber das Vorliegen der Voraussetzung einer konnexitätsrelevanten Verpflichtung von Anfang an nicht in Abrede stellte,<sup>57</sup> argumentierte NRW, dem Land könnten „Verursachungsbeiträge Dritter nicht zugerechnet werden“<sup>58</sup>, und nannte als Beispiele das Wahlverhalten der Eltern und bestimmte Entscheidungen, die den Schulträgern überlassen wurden.<sup>59</sup> Dieses Argument aber geht nun völlig fehl.

Zwar mag die Höhe etwaiger Mehrkosten auch davon abhängen, wie die Eltern von ihrem in § 20 Abs. 2 S. 2 NWSchulG (ähnlich: § 4 Abs. 1 S. 2 NSchG) vorgesehenen Wahlrecht Gebrauch machen und in welchem Maße sie für ihre Kinder tatsächlich Regelschulplätze beanspruchen. Auf die (alleinige) Ursächlichkeit des Landesgesetzgebers für *die Höhe der Kosten* kommt es jedoch beim Tatbestandsmerkmal der konnexitätsrelevanten Verpflichtung nicht an. Entscheidend ist vielmehr die Ursächlichkeit des Handelns des Landesgesetzgebers für *die Verpflichtung* der Kommunen zur Wahrnehmung einer Aufgabe. Wie hoch die finanzielle Mehrbelastung ausfällt, die den Kommunen durch die Aufgabenübertragung – auch in Abhängigkeit von Entscheidungen Dritter – entsteht, ist im Rahmen der (eigenständigen) Voraussetzung einer konnexitätsrelevanten finanziellen Belastung zu prüfen (2.3). Nur in dem Rahmen kommt es darauf an, wie viele Eltern von ihrem Wahlrecht Gebrauch machen. Demensprechend hat auch der VerfGH NRW in einem Urteil, in dem es um den Ausbau der Betreuungsangebote für Kleinkinder ging,<sup>60</sup> eine konnexitätsrelevante Verpflichtung bejaht, ohne darauf eingehen zu müssen, dass sich Eltern für und gegen die Inanspruchnahme eines Betreuungsplatzes entscheiden können.<sup>61</sup>

Die Tatsache, dass Entscheidungen der kommunalen Schulträger (z.B. über die Errichtung von Schwerpunktschulen, § 20 Abs. 6 S. 1 NWSchulG) die Höhe der Mehrkosten beeinflussen und damit einen Verursachungsbeitrag zu den Kosten darstellen mögen, ist für die Frage einer konnexitätsrelevanten Verpflichtung aus denselben Gründen irrelevant. Auch insofern kann man eine Parallele zu dem angesprochenen Urteil des VerfGH NRW ziehen, in welchem dieser es zu Recht nicht problematisiert hat, dass die Kommunen beim Kita-Ausbau (u.U. kostenrelevante) Entscheidungsspielräume etwa hinsichtlich der Einrichtungsgröße haben. Es wäre auch widersinnig, wenn der Gesetzgeber das Konnexitätsprinzip umgehen könnte, indem er den Schulträgern gewisse Entscheidungen überlässt. Wenn das Land ungewollte Kosten auf sich zukommen

56 Zu Bereichen, in denen Spielräume bestehen, *Faber/Roth* (Anm. 4), S. 1199 f.

57 Vgl. LT-Drs. (Nds.) 16/4137, S. 8, wo allein die Erheblichkeit der Kosten in Frage gestellt wird.

58 LT-Drs. (NRW) 16/2432, S. 5, so auch *Schwarz* (Anm. 32), S. 18.

59 Entscheidungen im Rahmen der Schulentwicklungsplanung, zur Einrichtung von Angeboten Gemeinsamen Lernens und zur Errichtung von Schwerpunktschulen.

60 VerfGH NRW, NVwZ-RR 2011, 41 (43).

61 Hierauf weisen auch *Höfling/Engels* (Anm. 14), S. 5 hin.



sieht, soweit die Kommunen Spielräume haben, ist es auf die Möglichkeit zu verweisen, die Spielräume zu begrenzen.

### 2.3 Konnexitätsrelevante finanzielle Belastung

Die dritte Voraussetzung der Konnexitätsprinzipien ist das Vorliegen einer konnexitätsrelevanten Belastung. Den Kommunen muss durch die Aufgabenübertragung eine finanzielle Mehrbelastung entstehen. *Mehrbelastung* bedeutet, dass die Belastung mit Entlastungen, die sich aus derselben gesetzlichen Regelung ergeben, saldiert werden müssen. In NRW ist dies ausdrücklich in § 3 Abs. 5 KonnexAG normiert; es gilt aber nach dem Sinn und Zweck des Konnexitätsprinzips gleichermaßen in Niedersachsen. Bei der Berechnung einer Mehrbelastung durch die Einführung der Inklusion müsste es also berücksichtigt werden, wenn die Schulträger etwa aufgrund eines Rückgangs der Schülerzahlen an Förderschulen Einsparungen machen könnten.<sup>62</sup>

Nach Art. 57 Abs. 4 S. 2 NV ist nur für die „notwendigen“ Kosten ein finanzieller Ausgleich zu regeln. Es sind also nur solche Kosten zu erstatten, die bei sparsamer und wirtschaftlicher Haushaltsführung anfallen.<sup>63</sup> Nach der Vorstellung des niedersächsischen Verfassungsgebers kann die „Ermittlung der notwendigen Kosten (...) über eine Durchschnittsbildung der Kosten aller kommunalen Gebietskörperschaften erfolgen“.<sup>64</sup> Entsprechendes regelt Art. 78 Abs. 3 S. 2 2. Hs. NWVerf, wonach aufgrund einer Kostenfolgeabschätzung ein Ausgleich für die entstehenden „notwendigen, durchschnittlichen Aufwendungen“ zu schaffen ist.

Die Landesverfassungen entsprechen sich auch insofern, als beide das Überschreiten einer Erheblichkeitsschwelle bei den Kosten voraussetzen. Für Niedersachsen folgt dies aus Art. 57 Abs. 4 S. 2 NV, wonach nur für die verursachten „erheblichen“ Kosten ein Ausgleich zu regeln ist.<sup>65</sup> In § 2 Abs. 5 S. 2 einer aktuellen Entwurfsfassung für ein niedersächsisches Konnexitätsausführungsgesetz<sup>66</sup> wird die Bagatellgrenze konkretisiert: Danach soll eine „durchschnittliche Mehrbelastung der jeweils betroffenen Kommunen von bis zu 0,25 Euro je Einwohner und Jahr (...) als nicht erhebliche Bagatellbelastung (gelten), welche nicht auszugleichen ist“. Auch in NRW, wo eine Ausgleichspflicht nach Art. 78 Abs. 3 S. 2 NWVerf nur bei einer „wesentlichen“ Belastung besteht, kann man sich an diesem Wert orientieren.<sup>67</sup>

Dass eine konnexitätsrelevante Belastung gegeben ist, ist in beiden Bundesländern, wie ausgeführt, inzwischen Konsens. Während es in NRW noch streitig war, hatten die Kommunalen Spitzenverbände ein Gutachten vorgelegt, demzufolge allein die Stadt Essen bis zum Schuljahr 2019/20 mit Investitionskosten von mindestens 18 Millionen Euro rechnen muss, hinzukommen sollen jährlich rund 12 Millionen Euro an laufenden Kosten.<sup>68</sup> Auch wenn die Ergebnisse aufgrund der unter-

62 Dazu LT-Drs. (Nds.) 16/4137, S. 10; ähnlich LT-Drs. (NRW) 16/2432, S. 8.

63 LT-Drs. (Nds.) 15/2517, S. 2.

64 LT-Drs. (Nds.) 15/2517, S. 2.

65 Vgl. LT-Drs. (Nds.) 15/2517, S. 2.

66 LT-Drs. (Nds.) 17/1746 v. 15.7.2014.

67 LT-Drs. (NRW) 13/5515, S. 23.

68 Schwarz, A./Weishaupt, H./Schneider, K./Makles, A./Tarazona, M., Mögliche kommunale Folgekosten der Umsetzung der Inklusion im Schulbereich in Nordrhein-Westfalen am Beispiel der Stadt Essen und des Kreises Borken, Gutachten im Auftrag des Städtetages, des Landkreistages und des Städte- und Gemeindebundes NRW, 2013, online abrufbar: [www.staedtetag-nrw.de/stnrw/inter/fachinformationen/bildung/066587/index.html](http://www.staedtetag-nrw.de/stnrw/inter/fachinformationen/bildung/066587/index.html). Siehe außerdem das in Anm. 19 zitierte Gutachten.

schiedlichen Schulgesetze und der unterschiedlichen Ausgestaltung der Schulfinanzierung in den Ländern<sup>69</sup> nicht blind auf Niedersachsen übertragen werden können, legen sie zumindest nahe, dass auch in diesem Bundesland eine konnexitätsrelevante Belastung anzunehmen war.

## 2.4 Rechtsfolge: Kostenermittlung und Regelungspflicht

Auf der Rechtsfolgenseite statuieren die Konnexitätsprinzipien in Niedersachsen und NRW eine Regelungspflicht der Landesgesetzgeber. Art. 57 Abs. 4 S. 2 NV bestimmt, dass im Falle einer Aufgabenübertragung an die Kommunen „unverzüglich durch Gesetz der entsprechende finanzielle Ausgleich zu regeln“ ist. Gemäß Art. 78 Abs. 3 S. 1 NWVerf hat das Land, wenn es den Kommunen eine Aufgabe überträgt, „dabei gleichzeitig Bestimmungen über die Deckung der Kosten“ zu treffen. Während Art. 78 Abs. 3 S. 2 NWVerf ausdrücklich bestimmt, dass der Ausgleich „aufgrund einer Kostenfolgeabschätzung“ zu schaffen ist, spricht die NV eine Pflicht zur Kostenermittlung nicht an, setzt sie aber als notwendigen Schritt voraus.

### 2.4.1 Kostenermittlung

In Bezug auf die verfassungsrechtliche Pflicht des Landes zur Kostenermittlung geben die Begründungen zum 9. NWSchulRÄG und zum niedersächsischen „Gesetz zur Einführung der inklusiven Schule“ zunächst Anlass dazu, ausdrücklich zu betonen, dass es sich um eine Pflicht der Landesgesetzgeber handelt (sog. Prüfungs- und Befassungspflicht).<sup>70</sup> Es deutet daher auf ein Missverständnis hin, wenn von Seiten des Landes NRW zunächst vorgebracht wurde, die Kommunalen Spitzenverbände hätten keine entsprechenden Daten vorgelegt.<sup>71</sup> Die in §§ 1 Abs. 2, 7, 8 NWKonnexAG vorgesehene Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände am Gesetzgebungsverfahren bei möglicherweise konnexitätsrelevanten Sachverhalten verlangt von den Kommunen sicher eine gewisse Kooperation, ändert aber nichts daran, dass der Landesgesetzgeber letztlich selbst für die Beschaffung der zur Berechnung des Ausgleichs notwendigen Daten verantwortlich ist.

Darüber hinaus sind den Konnexitätsprinzipien auch materielle Anforderungen an die Kostenermittlung zu entnehmen. Bedeutsam ist dabei, dass es sich bei der Kostenermittlung um eine Prognose handelt (denn die Konnexitätsprinzipien verlangen eine Regelung noch bevor die tatsächlichen Kosten feststehen, 2.4.2). Da es *die* richtige Herangehensweise für eine Kostenprognose nicht gibt, sind die Landesgesetzgeber grundsätzlich in der Methode frei.<sup>72</sup> Gleichwohl haben sie aber eine Prognose vorzunehmen, die diesen Namen verdient. Für den VerfGH NRW ist eine „auf vernünftigen Erwägungen beruhende Schätzung“ verlangt; die sehr konkreten Anforderungen an eine Kostenfolgeabschätzung in § 3 NWKonnexAG nimmt er nicht allzu wörtlich, denn es reicht ihm aus, wenn sich der Gesetzgeber „grundsätzlich“ an diesen „orientiert“.<sup>73</sup> Allgemein lässt sich

69 Überblick bei *Füssel, H.-P.*, Schulfinanzierung (Schulunterhaltung), in: Avenarius, H./Füssel, H.-P., Schulrecht, 8. Aufl., Neuwied 2010, S. 216 ff.

70 *Mükl* (Anm. 25), § 3 Rn. 76. Zur damit verwandten Warnfunktion der Konnexitätsprinzipien *Ziekow* (Anm. 50), S. 491; *NdsStGH, NVwZ* 1996, 585 (587); *VerfGH NRW, NVwZ-RR* 2011, 41 (43).

71 So *LT-Drs. (NRW) 16/2432*, S. 7 u. 8. Ähnlich auch *Schwarz* (Anm. 32), S. 39: „Die Kommunalen Spitzenverbände haben bisher nur unsubstantiiert behauptet (...)“.

72 *LVerfG SA, Urt. v. 8.7.2003 – LVG 4/01 – Rn. 74*, juris.

73 *VerfGH NRW, NVwZ-RR* 2010, 705 (708).

festhalten, dass eine verfassungskonforme Kostenermittlung jedenfalls erkennbar, nachvollziehbar und überprüfbar sein muss.<sup>74</sup>

Diese Mindestanforderung wurde weder in Niedersachsen noch in NRW erfüllt.<sup>75</sup> Denn die Landesgesetzgeber haben sich jeweils auf eine Art Unmöglichkeit der Kostenschätzung berufen und damit recht unumwunden zugegeben, im Ergebnis überhaupt keine Prognose getroffen zu haben. So heißt es in der Begründung zum 9. NWSchulRÄG, die verfügbaren Erkenntnisse ließen „derzeit eine hinreichend belastbare Aussage darüber, ob und gegebenenfalls inwieweit die Einführung der inklusiven Schulbildung zu einer (...) wesentlichen finanziellen Belastung der Gemeinden und Gemeindeverbände führt, nicht zu“; die Kosten seien „nicht prognostizierbar“.<sup>76</sup> Nach der niedersächsischen Gesetzesbegründung sollten „die Kosten (...) nicht abschätzbar“ sein.<sup>77</sup> Dass Kosten schlicht nicht prognostizierbar sind, erscheint jedoch kaum vorstellbar. Es wird schließlich keine genaue und sichere Kostenvorhersage erwartet; vielmehr gehört es zu den Charakteristika einer Prognose, dass sich diese nachträglich als falsch erweisen kann.<sup>78</sup> So sehen auch die Landesverfassungen Regelungen für den selbstverständlich immer wieder auftretenden Fall vor, in dem „nachträglich eine wesentliche Abweichung von der Kostenfolgeabschätzung festgestellt“ wird<sup>79</sup> bzw. „die tatsächliche Kostenentwicklung nicht der gesetzgeberischen Prognoseentscheidung bei der Festsetzung des finanziellen Ausgleichs entspricht“<sup>80</sup>. Die für NRW inzwischen vorliegenden Sachverständigengutachten<sup>81</sup> belegen darüber hinaus auch für den konkreten Fall, dass es sehr wohl möglich war, die Kosten zu schätzen.

Zwar erscheint es sehr weitgehend, wenn das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg einen Konnexitätsverstoß unter anderem damit begründet, dass zur Frage der Kosten keine Sachverständigengutachten eingeholt worden seien.<sup>82</sup> Auch wenn es aber keine generelle verfassungsrechtliche Vorgabe sein kann, dass Expertenwissen eingekauft wird, wird es dann zum Gebot, wenn sich der Gesetzgeber sonst überhaupt nicht in der Lage sieht, eine Kostenschätzung vorzunehmen. Wenn es also überhaupt zulässig sein soll, dass sich ein Gesetzgeber auf eine Unmöglichkeit der Kostenermittlung beruft, dann wohl nur, wenn auch sorgfältig ausgesuchte und fachlich ausgewiesene Dritte die Kosten als nicht prognostizierbar bezeichnen.

Hinzuzufügen sei dem noch, dass selbst in dem unwahrscheinlichen (!) Fall, in dem Kosten tatsächlich durch niemanden vernünftig geschätzt werden können, dies nicht ohne Weiteres bedeutet, dass die Kommunen ohne eine Ausgleichsregelung auskommen müssen. Der folgende „in-dubio-pro-Land“-Schluss aus Niedersachsen erscheint jedenfalls unhaltbar: „Die Kosten sind nicht abschätzbar, da sie im Einzelfall zu ermitteln wären. Es wird aufgrund der vorstehenden Erwägungen davon ausgegangen, dass sie nicht erheblich i. S. v. Art. 57 Abs. 4 NV sind.“<sup>83</sup> Es liegt vielmehr im

74 NdsStGH, NVwZ 1996, 585 (587); VerfGH NRW, NVwZ-RR 2010, 705 (708); Mückl (Anm. 25), § 3 Rn. 76; Engels, A., in: Bunzel, A./Hanke, S. (Hrsg.), „Wer zahlt die Zeche?“ – Das Konnexitätsprinzip richtig angewandt, 2011, S. 45 (51 ff.); Schwarz (Anm. 32), S. 36.

75 Kritisch auch Höfling/Engels (Anm. 14), S. 7; Trips, M., Die Konnexitätsregelung in der Niedersächsischen Verfassung, NVwZ 2015, 102 (107).

76 LT-Drs. (NRW) 16/2432, S. 7; ähnlich Schwarz, (Anm. 32), S. 38 f.: Valide Prognosen seien „nicht möglich“.

77 LT-Drs. (Nds.) 16/4137, S. 10.

78 Trips (Anm. 75), S. 107.

79 Art. 78 Abs. 3 S. 4 NWVerf.

80 Diese Aussage soll Art. 57 Abs. 4 S. 2 NV enthalten, vgl. LT-Drs. (Nds.) 15/2517, S. 2.

81 Siehe Anm. 19 und 68.

82 VerfG Bbg, Urt. v. 14.2.2002 – 17/01 – Rn. 64, juris.

83 LT-Drs. (Nds.) 16/4137, S. 10. Kritisch dazu auch Kingreen (Anm. 12), S. 271.

Sinne eines effektiven Schutzes der Kommunalfinanzen näher, im Zweifel zunächst vom Bestehen einer Mehrbelastung auszugehen und diese Annahme später zu überprüfen und den Ausgleich ggf. anzupassen. Für diese Rechtsansicht spricht auch, dass der Gesetzgeber nur so einen Anreiz hat, sich bei der Feststellung, ob eine Kostenprognose möglich ist, mehr Mühe zu geben.

#### 2.4.2 Regelungspflicht

Was schließlich die Pflicht der Landesgesetzgeber zum Erlass einer Ausgleichsbestimmung betrifft, machen die Konnexitätsprinzipien in Niedersachsen und NRW Vorgaben hinsichtlich des Umfangs des erforderlichen Ausgleichs sowie hinsichtlich eines zeitlichen Zusammenhangs, der zwischen Aufgabenübertragung und Ausgleich bestehen muss.

Gemeinsam ist ihnen, dass sie einen „entsprechenden“ Ausgleich verlangen. Im Unterschied zu Landesverfassungen, nach denen eine Pflicht zum „angemessenen“ Ausgleich besteht,<sup>84</sup> enthalten die Art. 57 Abs. 4 NV und Art. 78 Abs. 3 NWVerf damit eine Pflicht zum Vollkostenausgleich.<sup>85</sup> Dass nur erhebliche und notwendige Kosten auszugleichen und außerdem Durchschnittswerte zu bilden sind, wurde bereits ausgeführt (2.3).

Ein Unterschied zwischen den Konnexitätsprinzipien in Niedersachsen und NRW ergibt sich im Hinblick auf den zeitlichen Zusammenhang, der zwischen der Aufgabenübertragung und Erlass einer Ausgleichsregelung zu bestehen hat. Während Art. 57 Abs. 4 NV das Land verpflichtet, den finanziellen Ausgleich „unverzüglich“ zu regeln, müssen nach Art. 78 Abs. 3 NWVerf Bestimmungen über die Deckung der Kosten „dabei gleichzeitig“, d. h. gleichzeitig mit der Aufgabenübertragung, erlassen werden.

Zunächst zu Niedersachsen: Mit dem Wort „unverzüglich“ wollte der Verfassungsgeber zum Ausdruck bringen, „dass die Kostenerstattung ohne schuldhaftes Zögern zu veranlassen ist“.<sup>86</sup> Dem ist vorliegend nicht Genüge getan worden. Denn zeitlicher Bezugspunkt ist der Erlass der Aufgabenübertragungsnorm;<sup>87</sup> das „Gesetz zur Einführung der Inklusion“ aber wurde bereits 2012 erlassen, und bis heute wurde keine Ausgleichsregelung getroffen. Stattdessen wurde zunächst angekündigt, im Jahr 2018 zu überprüfen, welche Mehrkosten den Kommunen tatsächlich entstehen.<sup>88</sup> Auch wenn in naher Zukunft aufgrund der nun getroffenen Vereinbarung zwischen Land und Kommunen ein Ausgleich getroffen werden sollte, wurde der mit „unverzüglich“ umschriebene zeitliche Rahmen eindeutig gesprengt.<sup>89</sup> So wollte auch der Verfassungsgeber mit dem Wort „unverzüglich“ nur die Möglichkeit eröffnen, eine Regelung z. B. über das Finanzausgleichsgesetz zum Jahresende erlassen zu können.<sup>90</sup> Das erhebliche Überschreiten dieser Frist kann der Gesetzgeber auch nicht damit rechtfertigen, dass er die Kosten zunächst für nicht abschätzbar erklärt. Die Strategie, nach der die Kommunen in Vorleistung gehen müssen und erst mit ihnen abgerechnet

84 Dazu LVerfG SA, NVwZ-RR 1999, 96 (98); Kluth (Anm. 25), S. 342 f.

85 VerfGH NRW, NVwZ-RR 2010, 705 (708); Zieglmeier, C., Das strikte Konnexitätsprinzip am Beispiel der Bayerischen Verfassung, NVwZ 2008, 270 (274); allg. Mückl (Anm. 25), § 3 Rn. 82.

86 LT-Drs. (Nds.) 15/2517, S. 3.

87 Dombert, M., Wenn's ums Geld geht – Kommunale Finanzhoheit und Zulässigkeitsvoraussetzungen des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes, LKV 2009, 343 (346).

88 LT-Drs. (Nds.) 16/4137, S. 10.

89 Vgl. auch Kingreen (Anm. 12), S. 271 (zum Stand vor Abschluss der Vereinbarung).

90 LT-Drs. (Nds.) 15/2517, S. 3.

wird, wenn sie die Aufgabe bereits (jahrelang) erfüllt haben, ist somit verfassungswidrig.<sup>91</sup> Entscheidend ist insofern, dass die Kostenerwägungen des niedersächsischen Gesetzgebers die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Kostenprognose nicht erfüllen (2.4.1).

Wäre es stattdessen das Ergebnis einer echten Kostenprognose gewesen, dass die Kosten der Inklusion nicht erheblich i. S. v. Art. 57 Abs. 4 NV sind, wäre freilich keine – und damit auch keine unverzügliche – Kostenerstattung zu veranlassen gewesen. Es wäre dann vielmehr nachträglich zu prüfen gewesen, ob die Verneinung einer Mehrbelastung zutreffend war. An einen anschließend eventuell notwendigen Mehrbelastungsausgleich wäre die Anforderung, dass dieser in Bezug auf die Aufgabenübertragung unverzüglich zu regeln ist, nicht zu stellen. Ein schuldhaftes Zögern des Landesgesetzgebers wäre dann vielmehr nur anzunehmen, wenn zwischen der Feststellung der Fehlerhaftigkeit der ursprünglichen Prognose und dem Erlass einer Ausgleichsregelung unverhältnismäßig viel Zeit verginge.

Ähnliches gilt im Ergebnis für NRW. Denn auch hier wurde die verfassungsrechtliche Zeitvorgabe nicht eingehalten. Nach Art. 78 Abs. 3 NWVerf sind im Falle einer konnexitätsrelevanten Aufgabenübertragung „dabei gleichzeitig“ Bestimmungen über die Deckung der Kosten zu treffen. Zwar wurde in NRW mit dem erwähnten SchulInklAufwFöG inzwischen eine Ausgleichsregelung geschaffen. Diese hat der Landtag allerdings erst im Juni 2014 – und damit sieben Monate nach der Aufgabenübertragung durch das 9. NWSchulRÄG – beschlossen. Von einem „unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang“ zwischen beiden Gesetzen, wie sie der VerfGH NRW verlangt,<sup>92</sup> kann also keine Rede sein. Da es Sinn und Zweck der Gleichzeitigkeitsvorgabe ist, den Gesetzgeber zu zwingen, sich *vor* der Aufgabenübertragung über die finanziellen Auswirkungen der gesetzlichen Regelung auf die Kommunen klar zu werden,<sup>93</sup> kann ihr nicht genügt sein, wenn, wie vorliegend, in der Begründung zum Aufgabenübertragungsgesetz die Konnexitätsrelevanz noch bestritten wird. Auch diese Bewertung hängt damit zusammen, dass die ursprüngliche Kostenprognose den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt hat. Das SchulInklAufwFöG lässt sich daher nicht als (zulässige und gebotene) Anpassung des Ausgleichs aufgrund einer nachträglich festgestellten wesentlichen Abweichung von der Kostenfolgeabschätzung begreifen, wie sie Art. 78 Abs. 3 S. 4 NWVerf vorsieht.

### 3 Prozessuale Geltendmachung

Eine Klage der Kommunen wegen eines Verstoßes gegen das Konnexitätsprinzip ist in NRW seit der Verabschiedung des SchulInklAufwFöG aus politischen Gründen nicht mehr aktuell. Obwohl ein Klageverfahren auch in Niedersachsen mittlerweile sehr unwahrscheinlich geworden ist, sollen im Folgenden die Möglichkeiten einer prozessualen Geltendmachung eines Verstoßes gegen das Konnexitätsprinzip exemplarisch anhand der niedersächsischen Rechtslage behandelt werden.

Die Verletzung des Art. 57 Abs. 4 NV betrifft eine rein verfassungsrechtliche Frage<sup>94</sup> und wäre dementsprechend vor dem Niedersächsischen Staatsgerichtshof (NStGH) geltend zu machen.<sup>95</sup>

91 So wohl auch *Kingreen* (Anm. 12), S. 271.

92 VerfGH NRW, NVwZ-RR 2011, 41 (42).

93 VerfGH NRW, NVwZ-RR 2011, 41 (43).

94 Allg. *Lange, K.*, Das Konnexitätsprinzip und die kommunale Verfassungsbeschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen, DÖV 2014, 793 (797).

95 OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2013, 529 ff.



Dieser entscheidet gemäß Art. 54 Nr. 5 NV i.V.m. § 36 Abs. 1 NStGHG<sup>96</sup> über Verfassungsbeschwerden von Gemeinden und Gemeindeverbänden wegen Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung. Die Verfassungsgerichte in mehreren Bundesländern haben festgestellt, dass eine Verletzung des Konnexitätsprinzips im Rahmen der Kommunalverfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann, da es sich um spezielle Ausprägungen des Selbstverwaltungsrechts handle.<sup>97</sup> Da auch Art. 57 Abs. 4 NV der Sicherung der Leistungsfähigkeit und Wahrung der Finanzhoheit der Kommunen dient, berührt auch seine Verletzung das Selbstverwaltungsrecht.<sup>98</sup>

Zulässiger Beschwerdegegenstand ist gemäß Art. 54 Nr. 5 NV „ein Landesgesetz“. Bei der Identifizierung des vorliegend anzugreifenden Gesetzes hilft zunächst eine Entscheidung des OVG Lüneburg aus dem Jahr 2013 weiter. In dem Beschluss, dem eine Klage wegen einer Verletzung des Konnexitätsprinzips zugrunde lag, hielt es das OVG zum einen für ausgeschlossen, dass der NStGH eine Beschwerde wegen eines fehlenden Mehrkostenausgleichs mangels tauglichen Streitgegenstandes insgesamt für unstatthaft halten würde, da den Kommunen sonst kein effektiver Rechtsschutz zur Verfügung stünde.<sup>99</sup> Zum anderen nannte es mögliche Beschwerdegegenstände, als es die Frage offen ließ, „ob also etwa das NdsFAG (=Finanzausgleichsgesetz) oder das NdsFVG (=Gesetz über die Finanzverwaltung) anzugreifen, schlicht das Unterlassen des Erlasses eines Kostenausgleichsgesetzes zu rügen (sei) oder Anknüpfungspunkt (...) die Aufgabenübertragungsnorm ist.“<sup>100</sup>

Wenig nahe liegt die Annahme, eine kommunale Verfassungsbeschwerde sei vorliegend gegen die Aufgabenübertragungsnorm, d. h. gegen das „Gesetz zur Einführung der inklusiven Schule“ zu richten.<sup>101</sup> Denn eine fehlende Ausgleichsbestimmung führt nach Art. 57 Abs. 4 NV nicht zur Verfassungswidrigkeit der Aufgabenübertragungsnorm, sondern zu einer entsprechenden Regelungs- und Ausgleichspflicht.<sup>102</sup> Da vorliegend überhaupt kein Ausgleich geregelt wurde, wird teilweise vertreten, dass in Niedersachsen ein gesetzgeberisches Unterlassen angegriffen werden müsste.<sup>103</sup> Auch sonst wird in der Literatur dafür gestritten, dass es Kommunen möglich sein müsse, in derartigen Fällen ein Unterlassen zum Gegenstand der Verfassungsbeschwerde zu machen.<sup>104</sup> Allerdings steht der Wortlaut der NV dem klar entgegen. Im Ergebnis dürften daher die besten Argumente dafür sprechen, dass die Kommunen ein Finanzausgleichsgesetz angreifen müssen. Denn nach der Konzeption des Art. 57 Abs. 4 NV, welcher nicht vorschreibt, in welchem Gesetz der Ausgleich zu regeln ist, konkretisiert sich die Ausgleichspflicht erst im Laufe der Zeit bis schließlich ein Gesetz identifiziert werden kann, welches den Mehrbelastungsausgleich spätestens enthalten muss. Dafür dass dieses Gesetz vorliegend ein Finanzausgleichsgesetz ist, sprechen die Ausführungen des Verfassungsgebers, nach denen das Wort „unverzüglich“ in Art. 57 Abs. 4 NV zum Ausdruck bringen soll, dass der Ausgleich, statt im Aufgabenübertragungsgesetz oder in einer anderen gleichzeitig verabschiedeten Norm, auch im Finanzausgleichsgesetz zum Jahres-

96 „Gesetz über den Staatsgerichtshof“, Nds. GVBl. 1996, 342, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 10.11.2011 (Nds. GVBl. S. 414).

97 VerfGH NRW, NVwZ-RR 2011, 41 (42); VerfG Bbg, LKV 2006, 506; VerfGH Bayern, DVBl 2007, 706; implizit: HessStGH, NVwZ-RR 2011, 265 (266).

98 Zu diesem Zusammenhang NdsStGH, NVwZ 1996, 585 (586).

99 OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2013, 529 (530).

100 OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2013, 529 (530).

101 Ebenso *Trips* (Anm. 31), S. 299.

102 Vgl. BVerfGE 103, 332 (365) mit Verweis auf Sächs. VerfGH, JbSächsOVG 2, 79 (91 f.).

103 *Trips* (Anm. 31), S. 299.

104 *Lange* (Anm. 94), S. 797 f.

ende geregelt werden darf.<sup>105</sup> Dementsprechend hat auch das BVerfG (als – damaliges – Verfassungsgericht für Schleswig-Holstein) geurteilt, dass eine auf die unterlassenen Regelungs- und Ausgleichspflichten des Landes abzielende Rüge „gegen das entsprechende Finanzausgleichsgesetz“ zu richten sei.<sup>106</sup>

Das „entsprechende Finanzausgleichsgesetz“ im Sinne dieser Rechtsprechung ist bezogen auf die hier in Rede stehende Mehrbelastung zunächst das FAG aus dem Jahr, in welchem die Inklusion in das NSchG eingeführt wurde, d. h. das FAG vom Ende des Jahres 2012. Darüber hinaus sind aber auch alle folgenden Finanzausgleichsgesetze taugliche Beschwerdegegenstände. Denn der Ausgleich hat nicht nur für das Jahr der Aufgabenübertragung zu erfolgen. Vielmehr ist eine fortdauernde Kostenerstattung gefordert, solange die Aufgabenzuweisung Bestand hat.<sup>107</sup>

Gemäß § 36 Abs. 2 NStGHG muss die Verfassungsbeschwerde innerhalb von zwei Jahren „seit dem Inkrafttreten des Gesetzes“ erhoben werden. Bezogen auf das erste Jahr der Aufgabenübertragung (2012) ist die Frist am Ende des Jahres 2014 verstrichen. Weiterhin angegriffen werden können aber die Finanzausgleichsgesetze der Folgejahre. Da die Regelungs- und Ausgleichspflicht durch den Gesetzgeber in jedem Jahr aufs Neue verletzt werden kann, muss sie auch immer wieder gerügt werden können. Auch wenn der Gesetzgeber im Jahr 2012 einen Ausgleich geschaffen, dies im Jahr 2013 aber unterlassen hätte, müssen sich die Kommunen dagegen wehren können.

#### 4 Abschließende Bewertung

Die Einführung der Inklusion in die Schulgesetze von Niedersachsen und NRW ist konnexitätsrelevant. Dies legt nahe, dass auch die Gesetzgeber anderer Länder die Konnexitätsrelevanz entsprechender Maßnahmen noch einmal eingehend prüfen sollten. Besonderes Augenmerk ist auf die Prüfung der finanziellen Mehrbelastung zu legen. Die Tendenz, es sich bei der Prognose zu leicht zu machen und die Kommunen in Vorleistung gehen zu lassen, ist verfassungsrechtlich höchst riskant.

*Verf.: Dr. Johanna Wolff, LL.M. eur. (KCL), Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung (FÖV), Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 67346 Speyer, E-Mail: wolff@foev-speyer.de*

105 LT-Drs. (Nds.) 15/2517, S. 3.

106 BVerfGE 103, 332 (365) mit Verweis auf BWStGH, ESVG 12, 6 (9).

107 Mückl (Anm. 25), § 3 Rn. 81.