

**Das landesgesetzliche Verbot der Aufstellung von Grab-  
steinen aus Kinderarbeit**

**Vereinbarkeit mit der kommunalen und der kirchlichen  
Selbstverwaltungsgarantie und Anwendung des landes-  
verfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzips**

**Rechtsgutachtliche Stellungnahme**

im Auftrag des Ministeriums für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und  
Alter des Landes Nordrhein-Westfalen

abgegeben von

**Prof. Dr. Markus Kaltenborn**  
Ruhr-Universität Bochum

März 2013

## Inhaltsverzeichnis

	Seite
A. Fragestellung	4
B. Vereinbarkeit des § 1 Abs. 3 Satz 1 BestG NRW n.F. mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 78 Verfassung des Landes NRW	5
I. Ermittlung des einschlägigen Maßstabs: Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 78 Verfassung des Landes NRW	6
1. Art. 78 LV als unmittelbarer Prüfungsmaßstab	6
2. Kongruenz grundgesetzlicher und landesverfassungsrechtlicher Selbstverwaltungsgarantien	9
3. Unterschiede zwischen grundgesetzlicher und landesverfassungsrechtlicher Selbstverwaltungsgarantie	11
II. Vereinbarkeit des § 1 Abs. 3 Satz 1 BestG NRW n.F. mit Art. 78 Verfassung des Landes NRW	14
1. Anwendungsbereich der Rechtsinstitutionsgarantie: Friedhofsverwaltung als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft	14
2. Ausgestaltungsvorbehalt des Art. 78 Abs. 2 LV als Schranke der kommunalen Selbstverwaltung	21
3. Legitimation der Beschränkung	22
a) Sog. „Kernbereich“ kommunaler Selbstverwaltung	23
b) Verfassungsrechtliche Legitimation der Beschränkung im Vorfeld des Kernbereichs	24
aa) Aufgabenzuweisungsgarantie	24
bb) Garantie eigenverantwortlicher Aufgabenerfüllung	26
(1) Satzungshoheit	27
(2) Eigenverantwortlichkeit bezogen auf den Modus der Aufgabenerfüllung	29
(cc) Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe	32
(1) Überörtliches Gemeinwohlinteresse	32
(2) Gemeindespezifisches Aufgabenverteilungsprinzip	33
(3) Verfassungsnormen, die die kommunale Selbstverwaltung mitprägen	41
(4) Gerichtliche Kontrolldichte	42
III. Ergebnis zu B.	43

C. Vereinbarkeit des § 1 Abs. 4 BestG NRW n.F. mit der kirchlichen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV	43
I. Normative Gehalte des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts	44
1. Rechtsetzungsgewalt in eigenen Angelegenheiten	46
2. Friedhofsverwaltung als eigene Angelegenheit	47
a) Friedhofsverwaltung als „nur“ eigene Angelegenheit	48
b) Friedhofsverwaltung als gemeinsame Angelegenheit	50
II. Das „für alle geltende Gesetz“ als Schranke des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts	52
1. Anforderungen an das beschränkende Gesetz	52
2. Verhältnismäßige Rechtsgüterzuordnung	55
III. Ergebnis zu C.	58
D. Anforderungen des Konnexitätsprinzips aus Art. 78 Abs. 3 Verfassung des Landes NRW	59
I. Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 78 Abs. 3 Sätze 1 u. 2 LV	60
1. Aufgabenübertragung	61
2. Wesentlichkeit der Belastung	63
II. Subsumtion der Regelungsvorhaben unter Art. 78 Abs. 3 Sätze 1 und 2 LV	64
1. Aufstellungsverbot	65
2. Ordnungswidrigkeit	68
III. Ergebnis zu D.	70
E. Gesamtergebnis	71
Literaturverzeichnis	73

## A. Fragestellung

Bereits mehrere Bundesländer haben in ihr Bestattungsrecht gesetzliche Regelungen aufgenommen, nach denen die Friedhofsträger ermächtigt werden, in ihren Friedhofsatzungen ein Verbot der Verwendung von Grabsteinen aus Kinderarbeit anzuordnen.

Zu diesen Regelungen und zum rechtspolitischen Hintergrund siehe das hierzu erstellte Rechtsgutachten des Unterzeichners aus dem Jahr 2011 (<http://www.mgepa.nrw.de/mediapool/pdf/gesundheit/Kaltenborn-Gutachten-Friedhofsrecht.pdf>) sowie *Kaltenborn / Reit*, NVwZ 2012, 925 ff.

Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber erwägt nun, hierüber noch hinauszugehen und ein generelles Aufstellungsverbot für Grabsteine aus Kinderarbeit in das Bestattungsgesetz aufzunehmen. § 1 Abs. 3 S. 1 BestG NRW n.F. soll wie folgt gefasst werden:

„Auf Friedhöfen dürfen nur Grabsteine und Grabsteineinfassungen aufgestellt werden, die nachweislich ohne schlimmste Formen von Kinderarbeit i.S. des Übereinkommens Nr. 182 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 17. Juni 1999 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit hergestellt worden sind.“

Da den Friedhofsträgern damit in dieser Frage kein eigener Regelungsspielraum mehr eröffnet wäre, hat das Ministerium für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter des Landes Nordrhein-Westfalen den Unterzeichner gebeten, mit Blick auf die geplante Neuregelung zwei Fragen gutachtlich zu prüfen:

**I. Bestehen rechtliche Bedenken gegen das generelle Aufstellungsverbot, insbesondere im Hinblick auf den verfassungsrechtlich geschützten Kernbereich der kommunalen (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 78 LV) bzw. der kirchlichen (Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 3 WRV) Selbstverwaltung?**

**II. Werden die Rechtsfolgen des Art. 78 Abs. 3 Satz 2 der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen**

- 1. durch das generelle Aufstellungsverbot oder**
- 2. durch Schaffung eines Ordnungswidrigkeitentatbestandes ausgelöst?**

Die Prüfung dieser Rechtsfragen wird nachstehend unternommen.



## **B. Vereinbarkeit des § 1 Abs. 3 Satz 1 BestG NRW n.F. mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 78 Verfassung des Landes NRW**

Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung, positiviert in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 78 der nordrhein-westfälischen Landesverfassung (LV), ist ein integrales Bauprinzip des Staatsorganisationsrechts.

*Bull*, DVBl 2008, 1 (3) zur Selbstverwaltungsgarantie als Rechtsprinzip; vgl. auch *Schoch*, FG Schlebusch, S. 11, der die kommunale Selbstverwaltung „ohne jede Übertreibung“ als „tragende Säule“ des „demokratischen und sozialen, rechtstaatlich und bundesstaatlich verfassten Gemeinwesens“ bezeichnet.

Sie liefert einen Maßstab für die Ausübung jeglicher Staatsgewalt, auch für das Handeln der Gesetzgebung: Akte der Legislative müssen sich an ihr messen lassen, ebenso wie etwa an den Grundrechten und den Staatsstrukturprinzipien. Die normative Kernaussage der Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 78 LV läuft auf ein allgemeines Subsidiaritätspostulat für die Wahrnehmung hoheitlicher, auf die örtliche Gemeinschaft bezogener Aufgaben im Verhältnis zwischen „staatlicher“ und gemeindlich-körperschaftlicher Organisationsebene hinaus. Kommunale Selbstverwaltung ist insoweit Ausdruck des Dezentralisierungsgedankens und der sog. „vertikalen Gewaltenteilung“.

Vgl. nur *Maurer*, DVBl 1995, 1037 (1040).

Wenn im Folgenden auf der Grundlage der gerichtlich entwickelten und im wissenschaftlichen Schrifttum aufbereiteten Dogmatik zu den Selbstverwaltungsgarantien auf Bundes- und Landesebene untersucht wird, ob das generelle Aufstellungsverbot nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BestG NRW n.F. einer – ggf. gerichtlichen – Überprüfung anhand der einschlägigen verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstäbe standhält, dann ist dabei zu berücksichtigen, dass Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 78 LV ihrer Rechtsnatur nach als institutionelle Garantien einzustufen sind.

Statt vieler etwa *Stern*, Staatsrecht I, S. 408 f. sowie näher unten, I.2.

Strukturmerkmal der institutionellen Garantien ist ihre Ausgestaltungsbedürftigkeit durch die Gesetzgebung.

Vgl. BVerfGE 79, 127 (143) – Rastede; *Burgi*, Kommunalrecht, 4. Aufl. 2012, § 6 Rn. 4 f., sowie näher unten, I.2.

Insoweit eröffnen sich hier im Vergleich etwa zu den Grundrechten nicht unerhebliche legislatorische Handlungsspielräume.

*Ehlers*, DVBl 2000, 1301 (1302).

Dies hat zur Konsequenz, dass in diesem Gutachten lediglich ein Entscheidungskorridor aufgezeigt werden kann, innerhalb dessen die Gewichtung und Zuordnung der einschlägigen Belange und Interessen durch den parlamentarischen Gesetzgeber zu erfolgen hat.

### **I. Ermittlung des einschlägigen Maßstabs: Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 78 Verfassung des Landes NRW**

Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung ist sowohl im Bundes- als auch im Landesverfassungsrecht verankert. Klärungsbedarf besteht hinsichtlich der Fragen, welche Verfassungsnorm – die des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG oder diejenige des Art. 78 LV – als Prüfungsmaßstab heranzuziehen ist (1.) und inwieweit die genannten Vorschriften übereinstimmen (2.). Im Übrigen sind einige Bemerkungen zu den Unterschieden, die sich bei einem Vergleich der textlichen Gestaltung der beiden Vorschriften ergeben, angebracht (3.).

#### **1. Art. 78 LV als unmittelbarer Prüfungsmaßstab**

Aus der Perspektive des kontrollierenden Gerichts liegen die Dinge eindeutig. Der Verfassungsgerichtshof wendet die einschlägige Norm der Landesverfassung, das Bundesverfassungsgericht die entsprechende Vorschrift des Grundgesetzes an.

*Tettinger*, in: Löwer / Tettinger (Hrsg.), Verf NRW, Art. 78 Rn. 12; ebenso *Maurer*, DVBl 1995, 1037 (1040); *Meier / Greiner*, VerwArch 97 (2006), 293 (295).

Für das gerichtliche Verfahren entscheidet der eingelegte Rechtsbehelf über den Prüfungsmaßstab. Kommunalen Gebietskörperschaften steht gegen legislative Hoheitsakte in Nordrhein-Westfalen nur der Rechts-

weg zum Verfassungsgerichtshof offen. Dies ergibt aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b GG und Art. 75 Nr. 4 LV i.V.m. §§ 12 Nr. 8, 52 VerfGHG NRW. Aufgrund der dem Verfassungsgerichtshof (einfachgesetzlich) zugewiesenen Kompetenz zur Entscheidung über sogenannte „Kommunalverfassungsbeschwerden“ greift die Sperrklausel aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b GG ein, mit der Folge, dass ein solcher Rechtsbehelf zum Bundesverfassungsgericht schon an der fehlenden Zuständigkeit des Gerichts scheitert. Der Wortlaut des § 52 Abs. 1 VerfGHG NRW beschränkt die Prüfungskompetenz des Verfassungsgerichtshofs in Verfahren nach § 52 VerfGHG NRW ausdrücklich dahin, dass Landesgesetze nur an den „Vorschriften der *Landesverfassung* über das Recht der Selbstverwaltung“ gemessen werden dürfen; eine Kontrolle von Landesgesetzen am Maßstab des Bundesverfassungsrechts durch den Verfassungsgerichtshof scheidet mithin aus.

Eine Befassung des Bundesverfassungsgerichts mit der neu gefassten Vorschrift des BestG NRW ist ebenso möglich. Die wahrscheinlichste prozessuale Konstellation stellt sich so dar, dass die Regelung von einem Grundrechtsträger, – etwa einem Steinmetz unter behaupteter Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG – im Wege einer Individualverfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG) vor dem Bundesverfassungsgericht angegriffen wird. Nach Maßgabe der sog. „Elfes-Rechtsprechung“ des Bundesverfassungsgerichts lassen sich Grundrechtseingriffe nur durch in jeglicher Hinsicht formell und materiell verfassungsgemäße Parlamentsgesetze rechtfertigen.

Siehe BVerfGE 6, 32 (37 ff, insbes. 40 f.).

Das Prüfprogramm beschränkt sich also nicht allein auf die behauptete Grundrechtsverletzung, sondern umfasst nach der Elfes-Doktrin darüber hinaus auch das objektive Verfassungsrecht und unter Umständen eben auch solche Normen, die keine individuelle Schutzwirkung für den Beschwerdeführer entfalten. Dies bedeutet, dass die Regelung des BestG NRW anhand von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht überprüft werden kann, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Verfassungsbeschwerde vorliegen. Die Garantie



kommunaler Selbstverwaltung des nordrhein-westfälischen Verfassungsrechts bleibt allerdings bei einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts unberücksichtigt.

Vgl. nur *Maurer*, DVBl 1995, 1037 (1040).

Eine Anrufung des Bundesverfassungsgerichts ist zudem für den Fall denkbar, dass im Zuge eines verwaltungsgerichtlichen Streitverfahrens eine Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 GG in Gang gesetzt wird.

Siehe dazu *Meier / Greiner*, VerwArch 97 (2006), 293 (296).

Im Übrigen verbleibt einem Viertel der Mitglieder des Bundestages sowie der Bundes- oder einer Landesregierung die Möglichkeit, ein Normenkontrollverfahren zu initiieren (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG).

Nähert man sich dem Verhältnis von bundes- und verfassungsrechtlicher Selbstverwaltungsgarantie aus der Perspektive der gesetzgebenden Gewalt, so ergibt sich ein anderes Bild: Zwar muss die Legislative des Bundes nur Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG respektieren, während die Gesetzgebung in Nordrhein-Westfalen unmittelbar nur an Art. 78 LV gebunden ist; staatsorganisationsrechtliche Vorgaben der Bundesverfassung für die Länder beschränken sich aufgrund der Verfassungsautonomie der Länder auf die normativen Gehalte der sog. „Homogenitätsklausel“ aus Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird jedoch für sogenannte „Durchgriffsnormen“ anerkannt, also solche Rechtssätze der Bundesverfassung, die, anders als die „bloßen“ Normativbestimmungen, gerade nicht auf einen Transformationsakt angewiesen sind, um Bindungswirkung für die Länder zu entfalten. Art. 28 Abs. 2 GG wird von der überwiegenden Meinung im Schrifttum der Kategorie der „Durchgriffsnormen“ zugeordnet, mit der Folge, dass diese Verfassungsnorm auch von der Landesstaatsgewalt zu beachten ist.

*Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 92; *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 2; *Püttner*, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), HStR <sup>3</sup>VI, § 144 Rn. 20; *Stern*, Staatsrecht I, S. 704; *Tettinger*, in: Löwer / Tettinger (Hrsg.), Verf NRW, vor Art. 1 Rn. 5; a. A. etwa *Löwer*, in: v. Münch / Kunig (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 35 f.

Dieses Konkurrenzverhältnis der Selbstverwaltungsgarantien wird aufgelöst, indem Art. 28 Abs. 2 GG als „Mindestgarantie“ gedeutet wird, die, solange sie von der Landesverfassung nicht unterschritten wird, gewissermaßen „zurücktritt“.

*Burgi*, Kommunalrecht, 4. Aufl. 2012, § 7 Rn. 7; vgl. auch *Schönenbroicher*, in: Heusch / Schönenbroicher (Hrsg.), Verf NRW, Art. 78 Rn. 6.

Die Gesetzgebung in Nordrhein-Westfalen ist also neben Art. 78 LV auch an Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gebunden. Aufgrund der Unmittelbarkeit der Bindung an Art. 78 LV ist es aber angezeigt, diese Norm im Folgenden auch als Prüfungsmaßstab heranzuziehen. Da die Unterschiede zwischen den Selbstverwaltungsgarantien nicht von erheblichem Gewicht sind (vgl. sogleich), gelten die in diesem Gutachten niedergelegten Ausführungen zu Art. 78 LV entsprechend für Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG.

Siehe auch *Tettinger*, in: Löwer / Tettinger (Hrsg.), Verf NRW, Art. 78 Rn. 13; der m.w.N. darauf hinweist, dass der VerfGH NRW seit geraumer Zeit dazu übergegangen ist, neben der Vorschrift des nordrhein-westfälischen Verfassungsrechts auch die Komplementärnorm des Grundgesetzes zu zitieren.

## **2. Kongruenz grundgesetzlicher und landesverfassungsrechtlicher Selbstverwaltungsgarantien**

Der normative Gehalt der beiden Verfassungsnormen ist – jedenfalls in rechtsdogmatisch-struktureller Hinsicht – identisch.

Vgl. *Dietlein*, in: ders. / Burgi / Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl. 2009, § 1 Rn. 174; zur neueren Rechtsprechung des VerfGH NRW zur hier nur am Rande interessierenden kommunalen Finanzautonomie siehe *Meier / Greiner*, VerwArch 97 (2006), 293 (304 ff).

Sowohl Art. 78 LV als auch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG werden von der Rechtsprechung und der ganz überwiegenden Meinung im Schrifttum als institutionelle Garantien ausgelegt und angewendet.

Siehe bereits BVerfGE 1, 167 (175); ähnlich E 79, 127 (143) – Rastede; VerfGH NRW, OVG 33, 318 (Leitsatz); 42, 270 (272 f.) = NWVBl. 1991, 187 (Erftverband); *Schmidt-Aßmann*, FS 50 Jahre BVerfG II, S. 807; *Stern*, Staatsrecht I, S. 408 f.; *Tettinger*, in: Löwer / Tettinger (Hrsg.), Verf NRW, Art. 78 Rn. 5.

Damit ist zunächst klargestellt, dass die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nicht in die Nähe einer grundrechtlichen Verbürgung gerückt werden darf, sondern in erster Linie einen staatsrechtlichen Organisationsgrundsatz bzw. eine Kompetenzverteilungsnorm beinhaltet.

Vgl. *Stern*, Staatsrecht I, S. 408 f. mit Fn. 65; deutlich insoweit *Schmidt-Aßmann*, FS 50 Jahre BVerfG II, S. 817; *ders.*, FG Schlebusch, S. 62 f.

Im Übrigen werden mit der institutionellen Garantie kommunaler Selbstverwaltung gemeinhin drei unterschiedliche Gewährleistungsdimensionen („Garantieebenen“) identifiziert: Zum einen ist dies die sog. institutionelle Rechtssubjektsgarantie, die die Einrichtung „Gemeinde“ als solche, ihre Existenz, schützt, aber keine individuelle Schutzwirkung entfaltet. Die zweite – und für die Beantwortung der Gutachtenfrage maßgebliche – Dimension ist die sog. objektive Rechtsinstitutionsgarantie. Sie sichert den Gemeinden die grundsätzliche Kompetenz zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft i.S. des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zu. Die objektive Rechtsinstitutionsgarantie gewährleistet sowohl den kommunalen Aufgabenbestand als auch die Eigenverantwortlichkeit der gemeindlichen Aufgabenerfüllung. Schließlich und drittens verleiht die subjektive Rechtsstellungsgarantie den Gemeinden die zur gerichtlichen Durchsetzung der vorgenannten Schutzgewährleistungen erforderliche Rechtsmacht.

Vgl. zum ganzen *Stern*, Staatsrecht I, S. 409; außerdem *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 99 ff.; kritisch etwa *Ehlers*, DVBl 2000, 1301 (1302 ff.).

Beide Verfassungsnormen statuieren eine legislative Zugriffskompetenz („im Rahmen der Gesetze“ [Art. 28 Abs. 2 GG] bzw. „soweit die Gesetze nichts anderes vorschreiben“ [Art. 78 Abs. 2 LV]) auf die Selbstverwaltungsgarantien.

Vgl. noch unten zum Gesetzesvorbehalt der nordrhein-westfälischen Selbstverwaltungsgarantie.

Ob es sich dabei um einen Regelungs-, Ausgestaltungs- oder schlicht um einen Gesetzesvorbehalt handelt, ist angesichts der Vielfalt an unterschiedlichen Stellungnahmen in der Literatur nicht eindeutig zu be-

antworten. Vieles spricht für die Annahme eines Ausgestaltungsvorbehalts, zumal ein solcher am ehesten dem Rechtscharakter der institutionellen Garantie entsprechen würde. Allerdings scheint es sich mehr um eine Frage der terminologischen Verständigung als um ein tatsächlich praxisrelevantes Problem zu handeln.

Ausführlich *Löwer*, in: v. Münch / Kunig (Hrsg.), Art. 28 Rn. 67 f.; außerdem *Clemens*, NVwZ 1990, 834 (835); *Magen*, Jus 2006, 404 (407); *Ehlers*, DVBl 2000, 1301 (1306 f.); *Kenntner*, DÖV 1998, 701 (705); *Schoch*, VerwArch 81 (1990), 18 (27); aus der älteren Literatur siehe bereits *Blümel*, FG von Unruh, S. 299; das BVerfG spricht in der Rastede-Entscheidung (79, 127 [143]) ausdrücklich von „Gesetzesvorbehalt“.

Entscheidend ist vielmehr, dass die institutionelle Garantie gerade dadurch gekennzeichnet ist, dass sie – verglichen mit den Grundrechten – einem erleichterten Zugriff der Gesetzgebung ausgesetzt ist.

Vgl. *Schoch*, in: Henneke / Maurer / Schoch, Die Kreise im Bundesstaat, 1994, S. 30; vgl. nochmals BVerfGE 79, 127 (143) – Rastede; *Burgi*, Kommunalrecht, 4. Aufl. 2012, § 6 Rn. 4 f.

Für die Gutachtenfrage bleibt insoweit festzuhalten, dass zwischen den beiden Selbstverwaltungsgarantien keine strukturellen Unterschiede von solchem Gewicht bestehen, dass eine gesonderte Prüfung des § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. einerseits am Maßstab der Landesverfassung und andererseits am Maßstab des Grundgesetzes angezeigt wäre.

### **3. Unterschiede zwischen grundgesetzlicher und landesverfassungsrechtlicher Selbstverwaltungsgarantie**

Bei einem Vergleich der beiden Verfassungsnormen ergeben sich demnach Unterschiede vor allem bezogen auf den Wortlaut. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG legt fest, dass den Gemeinden das Recht gewährleistet sein muss, „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln“. Art. 78 Abs. 1 LV sichert den Gemeinden „Selbstverwaltung“ zu, geht in Abs. 2 aber über die bundesverfassungsrechtliche Verbürgung hinaus, indem er die Kommunen zu „alleinigen Trägern der öffentlichen Verwaltung“ auf ihrem Territorium erklärt, „soweit die Gesetze nichts anderes vorschreiben“. Scheinbar unterliegt die in Art. 78 Abs. 1 LV gewährleistete

Selbstverwaltung also keinen Schranken. In Rechtsprechung und Literatur wird der Gesetzesvorbehalt aus Abs. 2 aber auf die gesamte Vorschrift erstreckt, so dass sich keine Unterschiede zur Auslegung des Art. 28 Abs. Satz 1 GG ergeben.

Vgl. VerfGH NRW, NWVBI. 1998, 390 (399); *Grawert*, Verf NRW, S. 157; *Tettinger*, FS VerfGH, S. 468 f.; *ders.*, in: Löwer / *Tettinger* (Hrsg.), Verf NRW, Art. 78 Rn. 36, 100 m.w.N.

In der Wendung „alleinige Träger der öffentlichen Verwaltung“ kommt in Abkehr zur grundgesetzlichen Regelung, welche vom dualistischen Prinzip ausgeht, die landesverfassungsrechtliche Entscheidung für ein monistisches Aufgabenmodell zum Ausdruck.

Vgl. hierzu nur *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 33. Eine Kollision von Art. 78 Abs. 2 LV und Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ist aber insoweit nicht zu besorgen, als mit dem nordrhein-westfälischen Monismus im Vergleich zur dualistischen Konzeption des Grundgesetzes und einiger Landesverfassungen ein Zuwachs an kommunaler Eigenverantwortlichkeit verbunden ist. Der Landesverfassungsgeber kann über den Gehalt des Art. 28 Abs. 2 GG hinausgehen, da diese Vorschrift eben nur als Mindestgarantie interpretiert wird (vgl. oben).

Aus rechtsdogmatischer Sicht ist allerdings eine markante Differenz hervorzuheben. Bundesverfassungsgericht und Verfassungsgerichtshof gehen bei der Prüfung, ob eine Beeinträchtigung der Selbstverwaltungsgarantie verfassungsrechtlich legitimationsfähig ist, unterschiedliche Wege. Das Bundesverfassungsgericht zieht in ständiger Rechtsprechung das sog. Aufgabenverteilungsprinzip als Maßstab heran.

Siehe etwa BVerfGE 79, 127 (150 ff.); 107, 1 (13).

Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips hingegen vermeidet das Gericht seit der Rastede-Entscheidung bis auf wenige Ausnahmen.

Etwa BVerfGE 103, 332 (366 f.).

In der Literatur wird dies damit erklärt, dass so die kategoriale Trennung zwischen grundrechtlicher Freiheitsbetätigung und staatlicher Kompetenzausübung vor allem terminologisch aufrechterhalten werden soll.

*Burji*, Kommunalrecht, 4. Aufl. 2012, § 6 Rn. 40; *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 128; *Ehlers*, DVBl 2000, 1301 (1303 f.); *Frenz*, DV 28 (1995), 33 (36 ff.); *Schmidt-Aßmann*, FS Sendler, 135 f.; *Löwer*, in: v. Münch / Kunig (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 55; *Schoch*, FG Schlebusch, S. 29 f.

Nach der bundesverfassungsgerichtlichen Konzeption müssen überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls eine Durchbrechung des Prinzips vom Vorrang der gemeindlichen Aufgabenerledigung (Aufgabenverteilungsprinzip) rechtfertigen.

*Magen*, Jus 2006, 404 (407); vgl. nochmals BVerfGE 79, 127 (150 ff.); 107, 1 (13).

Im Unterschied hierzu legt der Verfassungsgerichtshof das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Prüfung von Beeinträchtigungen der Selbstverwaltungsgarantie als Maßstab an, wobei freilich auch das Aufgabenverteilungsprinzip sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofs nachweisen lässt.

Etwa VerfGH NRW, NWVBl. 1997, 333 (336); VerfGH NRW, OVGE 42, 270 (272); *Tettinger*, FS VerfGH, S. 461.

In der Konzeption des Verfassungsgerichtshofs wird also das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewissermaßen zur Prüfung am Maßstab des Aufgabenverteilungsprinzips hinzugefügt. In der Sache ergeben sich freilich keine gewichtigen Unterschiede zwischen den Ansätzen der beiden Gerichte. Erklären lässt sich dies insbesondere mit der auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkten Prüfungsintensität bei der verfassungsgerichtlichen Beurteilung legislativer Zugriffe auf die Selbstverwaltungsgarantien im Vorfeld des sogenannten Kernbereichs (vgl. noch unten, B. II. 3. b.). Auch wenn die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips also auf den ersten Blick günstiger für die Kommunen zu sein scheint, darf dies nicht zu dem Fehlschluss verleiten, dass die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs im Vergleich zum Bundesverfassungsgericht insgesamt „kommunalfreundlicher“ sei.

*Nierhaus*, LKV 2005, 1 (5) bezeichnet die Rechtsprechung des nordrhein-westfälischen Verfassungsgerichtshofs sogar als „kommunalunfreundlich“; andere Einschätzung insoweit bei *Schönenbroicher*, in: Heusch / Schönenbroicher (Hrsg.), Verf NRW, Art. 78 Rn. 37.

## **II. Vereinbarkeit des § 1 Abs. 3 Satz 1 BestG NRW n.F. mit Art. 78 Verfassung des Landes NRW**

Nachdem unter I. dargelegt werden konnte, dass Art. 78 LV als primärer Prüfungsmaßstab heranzuziehen ist, welche verfassungsprozessrechtlichen Konsequenzen daraus erwachsen und inwieweit Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei einem Vergleich der Art. 78 LV und Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zu beachten sind, ist nunmehr zu untersuchen, ob die geplante Neuregelung des § 1 Abs. 3 Satz 1 BestG NRW n.F. – das sog. generelle Aufstellungsverbot – mit der Garantie kommunaler Selbstverwaltung des nordrhein-westfälischen Verfassungsrechts vereinbar ist.

### **1. Anwendungsbereich der Rechtsinstitutionsgarantie: Friedhofsverwaltung als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft**

Die Rechtsinstitutionsgarantie des Art. 78 LV schützt die sog. Universalität des gemeindlichen Wirkungskreises im Sinne einer kommunalen Allzuständigkeit für sämtliche Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft.

Siehe etwa VerfGH NRW, OVGE 33, 318 f.; *Schoch*, FG Schlebusch, S. 19; *Schönenbroicher*, in: Heusch / Schönenbroicher (Hrsg.), Verf NRW, Art. 78 Rn 15; *Tettinger*, in: Löwer / Tettinger (Hrsg.), Verf NRW, Art. 78 Rn. 17.

Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob der Aufgabenkreis „Friedhofsverwaltung“ im Allgemeinen und das sog. „generelle Aufstellungsverbot“ im Besonderen als Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft einzustufen sind. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind solche Aufgaben, die einen relevanten örtlichen Charakter besitzen.

BVerfGE 110, 370 (400).

In der Rastede-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht hierzu ausgeführt:

„Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft [sind] diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind,

indem sie das Zusammenleben und –wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen; auf die Verwaltungskraft der Gemeinde kommt es hierfür nicht an.“ s. BVerfGE 79, 127 (151 f.); im Anschluss hieran VerfGH NRW, OVG 42, 270 (272 f.).

Kommunale Friedhöfe sind öffentliche Einrichtungen. Legt man den Anstaltszweck eines Friedhofs, nämlich die „Ermöglichung einer angemessenen und geordneten Leichenbestattung“ und eine „dem pietätvollen Gedenken der Verstorbenen entsprechenden würdigen Ausgestaltung und Ausstattung“ des Friedhofsgrundstücks, zugrunde,

So zumindest die nach *Gaedke*, Friedhofs- und Bestattungsrecht, 9. Aufl. 2004, S. 16, heute noch anerkannte Definition in RGZ 157, 246 (255).

ergibt sich zunächst kein eindeutiges Bild hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob der Aufgabenkreis Friedhofsverwaltung als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft anzusehen ist oder nicht: *Dafür* spricht die Eigenschaft des Friedhofs als kulturelle Einrichtung. Der Friedhof ist der Ort, den die Gemeindeglieder zur Ehrung der Toten und zur Pflege ihres Andenkens aufsuchen. Soweit nur den Gemeindegliedern ein Rechtsanspruch auf Benutzung des Friedhofs zusteht, liegt der „relevante örtliche Charakter“ der Friedhofsverwaltung auf der Hand. Die Reglementierung der Friedhofsbenutzung (u.a. in Bezug auf die Gestaltung der einzelnen Gräber sowie die Gestaltung des Gesamterscheinungsbilds des Friedhofsgeländes) hat insoweit einen unverkennbar spezifischen Bezug zur örtlichen Gemeinschaft.

Gleichwohl lassen sich auch Zwecksetzungen feststellen, die eher *gegen* die Einstufung als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft spricht. Denn mit der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, etwa im Bereich Hygiene und Gesundheit („geordnete Leichenbestattung“, s.o.),

Vgl. zum Ganzen *Gaedke*, Handbuch Friedhofs- und Bestattungsrecht, 9. Aufl. 2004, S. 16.

wächst dem Friedhof als Anstalt die Funktion zu, nicht nur zum Schutz örtlicher, sondern auch überörtlicher Interessen zu dienen. Dagegen ließe sich einwenden, dass auch die allgemeine Gefahrenabwehr eine



(kreis-)kommunale Aufgabe ist (vgl. §§ 3 ff. OBG NRW). Eine solcher Einwand geht indes fehl, denn bei der ordnungsbehördlichen Gefahrenabwehr handelt es sich um eine Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung (§§ 3, 9 OBG NRW). Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung sind allenfalls Selbstverwaltungsangelegenheiten im formellen Sinne, weil das nordrhein-westfälische Kommunalrecht nicht zwischen Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten differenziert.

Siehe oben B. I. 3. zum Aufgabenmonismus; zu den Problemen der genauen dogmatischen Zuordnung der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung siehe *Burgi*, Kommunalrecht, 4. Aufl. 2012, § 8 Rn. 22 f.

Es handelt sich bei der Friedhofsverwaltung also um eine Angelegenheit mit *auch* überörtlichem Gepräge. Insoweit entsteht eine Gemengelage aus örtlichen und überörtlichen Interessen. Örtliche Interessen sind berührt, wenn es um die Nutzung und Gestaltung des Friedhofs als kulturelle Einrichtung geht. Gefahrenabwehr und Gesundheitsvorsorge sind Belange, die über die Gemeindegrenzen hinauswirken und insofern zumindest auch überörtliche Relevanz haben. Solche Gemengelagen werden aufgelöst, indem größere Aufgaben – wie hier die Friedhofsverwaltung – in Teilaufgaben zerlegt werden.

*Burgi*, Kommunalrecht, 4. Aufl. 2012, § 6 Rn. 16.

Danach kann der Aufgabenkreis Friedhofsverwaltung in mindestens zwei Teilaufgaben aufgespalten werden:

Vgl. *Gaedke*, Handbuch Friedhofs- und Bestattungsrecht, 9. Aufl. 2004, S. 60 zur Vielfalt der Aufgaben der Friedhofsverwaltung.

Regelungen hinsichtlich der Friedhofsnutzung und Grabgestaltung fallen als Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in die kommunale Verbandskompetenz,

Siehe auch BayVerfGH, BayVBl. 2012, 234 (235).

während die sonderordnungsrechtliche Komponente des Friedhofs- und Bestattungsrechts aufgrund ihres auch überörtlichen Gepräges nicht mehr eindeutig als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft zu qualifizieren ist und mithin nicht vom Gewährleistungsgehalt der Rechtsinstitutionsgarantie erfasst wird.

Damit ist nunmehr zu prüfen, ob das vom Landesgesetzgeber geplante allgemeine Aufstellungsverbot für Grabsteine aus Kinderarbeit als eine Regelung zu qualifizieren ist, die als substantielle Selbstverwaltungsangelegenheit in den Gewährleistungsbereich der Rechtsinstitutionsgarantie fällt. Um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft handelt es sich nach den oben getroffenen Feststellungen jedenfalls dann, wenn das Aufstellungsverbot unter den Begriff der Friedhofs- und Grab-„Gestaltung“ subsumiert werden kann (vgl. insoweit § 4 Abs. 1 BestG NRW). Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob das Kriterium der „Gestaltung“ dahin ausgelegt werden kann, dass auch die Herstellungsbedingungen der verwendeten Grabsteine erfasst sind. Eindeutig der Gestaltung zuzuordnen ist zunächst nur das äußere Erscheinungsbild der Friedhofsanlage. Bezogen auf die gemeindliche Rechtsetzungshoheit bedeutete dies, dass Reglementierungen nur etwa hinsichtlich der Höchstmaße oder Mindeststärke von Grabmälern oder der Verwendung bestimmter Baumaterialien zulässig sind.

So bereits die rechtsgutachtliche Stellungnahme von 2011, siehe *Kaltenborn / Reit*, NVwZ 2012, 925 (926).

Etwas anderes ergibt sich indes unter Rekurs auf den allgemeineren Topos „Friedhofs(be-)nutzung“ (vgl. nochmals § 4 Abs. 1 BestG NRW). Die insoweit aus der gemeindlichen Verbandskompetenz folgende Regelungsbefugnis bezieht sich auf Vorschriften, die zur Erreichung des Anstaltszwecks geboten sind bzw. den Anstaltszweck potentiell fördern. Es muss also ein sachlicher Zusammenhang zwischen Aufstellungsverbot und Anstaltszweck nachweisbar sein.

Siehe *Kaltenborn / Reit*, NVwZ 2012, 925 (927).

Bei der Auswahl der Kriterien, die für eine würde- und pietätvolle Gesamterscheinung des Friedhofs als maßgeblich anzusehen sind, besteht ein gewisser Einschätzungsspielraum der Gemeinde. Die Entscheidung, dass ein Aufstellungsverbot zur Erreichung des Anstaltszwecks erforderlich bzw. diesem förderlich sei, weil es Friedhofsnutzern schlechterdings nicht zumutbar sei, die Anlage in dem Bewusstsein aufzusuchen, mit Grabsteinen konfrontiert zu werden, die in grob men-

schenrechtswidriger Weise hergestellt worden sind, hält sich innerhalb dieses Einschätzungsspielraums, weil eine solche Maßnahme dem Anstaltszweck zu Gute kommt, ihn also fördert.

So bereits *Kaltenborn / Reit*, NVwZ 2012, 925 (927).

Eine solche, mit dem Anstaltszweck konsistente Entscheidung ist nach alledem als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft einzustufen, zumal gefahrenabwehrrechtliche Belange (und in diesem Sinne überörtliche Interessen) hierdurch nicht beeinträchtigt werden.

Zweifel hinsichtlich des spezifisch örtlichen Bezugs könnten sich aber aufgrund der außenpolitischen Dimension des Aufstellungsverbot ergeben.

Vgl. etwa *Hoppe*, LKV 2010, 497 (499), der davon ausgeht, dass die Entscheidung über ein Aufstellungsverbot in die Kompetenz des Bundesgesetzgebers fällt.

Der relevante örtliche Charakter könnte möglicherweise deshalb entfallen, weil mit einem Aufstellungsverbot einrichtungsfremde Zwecke, nämlich die Bekämpfung der Kinderarbeit weltweit, verfolgt werden.

So noch der BayVGH vom 27.7.2009, Az. 4 N 09.1300 (juris, dort Rn. 18).

Ein uneingeschränktes, allgemein-politisches oder gar außenpolitisches Mandat lässt sich nach ganz überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur aus der kommunalen Verbandskompetenz nicht herleiten.

Vgl. BVerfGE 79, 127 (147); *Tettinger*, in: Löwer / Tettinger (Hrsg.), Verf NRW, Art. 78 Rn. 19.

Allerdings lassen sich die Zweifel bezogen auf den spezifisch örtlichen Bezug des Aufstellungsverbots ausräumen, wenn man berücksichtigt, dass mit einem generellen Aufstellungsverbot kein Einfuhrverbot verbunden ist, das in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fällt oder die Regelungsbefugnis der zuständigen Organe der Europäischen Union berührt – die Steine können nach wie vor eingeführt werden, nur dürfen sie eben nicht mehr auf den betroffenen Friedhöfen verwendet werden. Sollte man annehmen, es handelte sich um eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung, ist zu

entgegen, dass ein solches nichttarifäres Handelshemmnis hier keine kompetenzrechtlichen Probleme aufwirft, sondern allenfalls am Maßstab der europarechtlichen Warenverkehrsfreiheit zu messen ist. Das (unweigerlich) mit dem Aufstellungsverbot verbundene außenpolitische Statement ist allenfalls als Reflex der Regelung anzusehen, ihr primärer Zweck besteht jedoch darin, eine würdige und pietätvolle Umgebung zur Ehrung der Toten und zur Pflege ihres Andenkens zu gewährleisten.

Siehe bereits *Kaltenborn / Reit*, NVwZ 2012, 925 (927).

Anders gewendet ist die Motivation des kommunalen Normgebers, der sich für ein Aufstellungsverbot entscheidet, unerheblich, solange ein sachlicher Zusammenhang zwischen Regelungs- und Anstaltszweck besteht. Kommunale und gesamtstaatliche Interessen stehen nicht beziehungslos nebeneinander, sondern können auf vielfache Weise – so auch hier – miteinander verschränkt sein.

So der BayVerfGH, BayVBl. 2012, 234 (235); vgl. auch *Burgi*, VerwArch 90 (1999), 71 (83 f.).

Entscheidend ist also, dass das Aufstellungsverbot objektiv dem Aufgabenkreis der Totenbestattung zuzuordnen ist. Dass im Übrigen mit der Bekämpfung von Kinderarbeit einem überörtlichen, ja sogar weltpolitischen Anliegen Rechnung getragen wird, ist demgegenüber für die rechtliche Qualifizierung des Aufstellungsverbot nicht maßgeblich.

Das so gefundene Auslegungsergebnis lässt sich im Übrigen mit der gesetzgeberischen Entscheidung, den Kommunen die Friedhofsverwaltung durch § 1 BestG NRW als pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben zuzuweisen, bestätigen. Danach gewährleisten die Gemeinden, dass Tote auf einem Friedhof bestattet werden können (Abs. 1). Außerdem werden kommunale Gebietskörperschaften neben Religionsgemeinschaften mit Körperschaftsstatus zu Friedhofsträgern erklärt (Abs. 2). Durch diese Entscheidung des zuständigkeitsverteilenden Landesgesetzgebers sind die Ingerenzmöglichkeiten der „staatlichen“ Verwaltung gegenüber den friedhofsverwaltenden Kommunen auf eine Rechtsaufsicht (§§ 119 Abs. 1, 11 GO NRW) beschränkt. Da indes nicht sämtli-

che Bestandteile des Friedhofs- und Bestattungsrechts substantielle Selbstverwaltungsangelegenheiten sind, hat das Friedhofs- und Bestattungsrecht im BestG NRW eine detaillierte gesetzliche Ausformung erfahren. Das im Aufsichtsmaßstab zum Ausdruck gelangende regulatorische Defizit wird also durch die hohe Regelungsdichte auch und gerade im Bereich der Aufgaben mit überörtlichem Bezug (etwa Gesundheitsschutz, § 7 BestG NRW) kompensiert: Die Kommunalaufsichtsbehörden können aufgrund der Bestimmtheit der zur Verfügung stehenden Kontrollmaßstäbe auch im Wege der vermeintlich schwachen Rechtsaufsicht effektiv handeln. In denjenigen Regelungsbereichen, die im Kern als Selbstverwaltungsaufgaben anzusehen sind, d.h. vor allem hinsichtlich der Friedhofsnutzung und -gestaltung, lässt die Regelungsdichte nach. Hier besteht ein erheblich größerer Spielraum zu eigenverantwortlicher kommunaler Ausgestaltung. Dieser Spielraum wird durch die in § 4 BestG NRW normierte Satzungsklausel noch erweitert. Sofern die Gemeinden zur Regelung der Friedhofsnutzung, also zum Erlass einer sog. Friedhofsordnung, ermächtigt werden, wirkt die Klausel gleichermaßen deklaratorisch und konstitutiv: Lediglich deklaratorische Funktionen erfüllt sie insoweit, als die kommunale Rechtsetzungshoheit aus Art. 78 LV, § 7 GO NRW als Legitimationsgrundlage grundsätzlich ausreicht, um Benutzungsregelungen zu erlassen (Anstaltsautonomie).

Vgl. BayVerfGH, BayVBl. 2012, 234 (235); *Gaedke*, Handbuch Friedhofs- und Bestattungsrecht, 9. Aufl. 2004, S. 65; *Löwer*, in: v. Münch / Kunig (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 88; *Spranger*, Die Beschränkungen des kommunalen Satzungsgebers beim Erlass von Vorschriften zur Grabgestaltung, 1999, insbes. S. 31, 43.

Zugleich konstitutiv wirkt die spezielle bestattungsrechtliche Ermächtigung jedoch, weil im Rahmen der Benutzungsregelung auch in die Rechtssphäre des Bürgers eingegriffen werden darf.

Vgl. grundsätzlich BVerwGE 90, 359 ff. – Einwegverpackungen; siehe zur Bedeutung der Grundrechte bei der satzungsrechtlichen Reglementierung der Grabgestaltung *Spranger*, Die Beschränkungen des kommunalen Satzungsgebers beim Erlass von Vorschriften zur Grabgestaltung, 1999, insbes. S. 40 ff.

Im Ergebnis besteht damit eine komplexe Verklammerung gemeindlicher Verbandskompetenz und landesgesetzlicher Reglementierung im

Bereich des Friedhofs- und Bestattungsrechts, die im Wesentlichen das Auslegungsergebnis – nämlich den Selbstverwaltungscharakter der Friedhofsnutzung und -gestaltung einerseits und das überörtliche Interesse an der Gefahrenabwehr andererseits – widerspiegelt: Je weniger eine Aufgabe Selbstverwaltungscharakter hat, desto stärker fällt die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers aus. Das allgemeine Aufstellungsverbot fällt als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft in die kommunale Verbandskompetenz. Damit ist allerdings noch nicht entschieden, ob der Landesgesetzgeber die in Art. 78 LV verbürgte Rechtsinstitutionsgarantie in unzulässiger Weise beeinträchtigt, wenn er die Regelungskompetenz bezüglich des Aufstellungsverbot an sich zieht (siehe hierzu im Folgenden B. II. 2. und 3.).

## **2. Ausgestaltungsvorbehalt des Art. 78 Abs. 2 LV als Schranke der kommunalen Selbstverwaltung**

Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden findet seine Schranken in den verfassungskonformen staatlichen Gesetzen.

*Schoch*, FG Schlebusch, S. 25 f.

Legitimationsgrundlage für landesgesetzliche Beschränkungen ist Art. 78 Abs. 2 LV. Danach ist das Selbstverwaltungsrecht aus Art. 78 Abs. 1 LV nur gewährleistet, „soweit die Gesetze nichts anderes vorschreiben“ (siehe zu Art. 78 Abs. 2 LV bereits oben, I.) – mit anderen Worten steht die Selbstverwaltungsgarantie unter einem Gesetzesvorbehalt (zur Terminologie bereits oben, I.).

BVerfGE 79, 127 (143); VerfGH NRW, OVG 42, 270 (272); *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 118; *Löwer*, in: v. Münch / Kunig (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 67.

Für die objektive Rechtsinstitutionsgarantie bestehen legislative Gestaltungsbefugnisse sowohl hinsichtlich des kommunalen Aufgabenbestands als auch der Eigenverantwortlichkeit gemeindlicher Aufgabenerledigung: Der Landesgesetzgeber kann den Gemeinden Aufgaben (förmlich) zuweisen oder sie ihnen entziehen, er kann aber auch Vorgaben zur Art und Weise der Aufgabenerledigung machen.

Siehe etwa VerfGH NRW, DVBI 1993, 197 (198); BVerfGE 79, 127 (143 ff.) zur Aufgabenzuweisung; BVerfGE 91, 228 (236) – Gleichstellungsbeauftragte – und BVerfGE 107, 1 (14) – Verwaltungsgemeinschaft – jeweils zur Eigenverantwortlichkeit; Löwer, in: v. Münch / Kunig (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 67; Püttner, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), HStR <sup>3</sup>VI, § 144 Rn. 30; Schmidt-Aßmann, FS BVerfG II, S. 817 f.

Durch die landesgesetzliche Statuierung eines generellen Aufstellungsverbots in § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. findet eine Schrankenziehung gegenüber dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht statt. Oben konnte festgestellt werden, dass die Reglementierung der Nutzung kommunaler Friedhöfe inklusive des Aufstellungsverbots in die gemeindliche Verbandskompetenz fällt. Die vormals bestehende Entscheidungsbefugnis der Gemeinde hinsichtlich des Erlasses eines entsprechenden Aufstellungsverbots entfällt mit der zwingenden landesgesetzlichen Anordnung, wie sie in der neuen Bestimmung vorgesehen ist. Insofern ist bezogen auf die Rechtsinstitutionsgarantie eine Beschränkung der Verbandskompetenz festzustellen: Eine nach bisherigem Recht bestehende verfassungsrechtlich geschützte Position (nämlich die Befugnis, die bislang unbesetzte Aufgabe der Regelung eines Aufstellungsverbots i.S. der ILO-Konvention Nr. 182 an sich zu ziehen) wird geschmälert.

Vgl. Ehlers, DVBI 2000, 1301 (1306).

Eine solche legislative Beschränkung der Selbstverwaltungsgarantie unterliegt verfassungsrechtlichen Legitimationsanforderungen (3.).

### **3. Legitimation der Beschränkung**

Legislative Beschränkungen der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie sind grundsätzlich legitimationsfähig. Dies gilt aber nur, solange die Beschränkung nicht den Kernbereich der Selbstverwaltung berührt, denn dieser genießt absoluten Schutz vor gesetzgeberischen Zugriffen (a.). Bewegt sich die Beschränkung im sog. Vorfeld des Kernbereichs der Rechtsinstitutionsgarantie (b.), ist hinsichtlich der Eingriffslegitimation zwischen Beeinträchtigungen der Aufgabenzuweisungsgarantie (aa.) und der Garantie eigenverantwortlicher Aufgabenerledigung (bb.) zu

differenzieren. Zentrale verfassungsrechtliche Kontrollmaßstäbe (cc.) zur Beurteilung der Beschränkung sind erstens das Bestehen eines überörtlichen Gemeinwohlinteresses, zweitens das gemeindespezifische Aufgabenverteilungsprinzip und schließlich drittens solche Verfassungsnormen, die die kommunale Selbstverwaltung mitprägen. Im Anschluss ist noch auf die gerichtliche Kontrolldichte bei der Überprüfung legislativer Beschränkungen der Selbstverwaltungsgarantie im sog. Vorfeld des Kernbereichs einzugehen.

### a) Sog. „Kernbereich“ kommunaler Selbstverwaltung

Der Kernbereich (synonym auch „Wesensgehalt“) der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie besteht – so *Klaus Stern* – in der

„Essentiale einer Einrichtung, das man aus einer Institution nicht entfernen kann, ohne deren Struktur und Typus zu verändern. Damit sind die typusbestimmenden Bestandteile, die essentiell und substantiell (nicht bloß zufällig-akzidentiell) die kommunale Selbstverwaltung prägen, geschützt“; s. *Stern*, Staatsrecht I, S. 416.

Dieser Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung ist unantastbar,

BVerfGE 76, 107 (118); 103, 332 (365); 107, 1 (12).

das heißt auch nicht durch Abwägung überwindbar.

*Burgi*, in: Dietlein/Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl. 2009, § 2 Rn. 72.

Bei seiner Bestimmung wird sowohl auf die geschichtliche Entwicklung als auch auf das aktuelle Erscheinungsbild der Selbstverwaltung abgestellt.

*Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 125; *Schoch*, FG Schlebusch, S. 27.

Der Kernbereichsschutz wirkt freilich nur in Extremsituationen und ist daher in der Praxis nur äußerst selten anzunehmen. Als Beispiele für eine Beeinträchtigung des Kernbereichs käme etwa der Entzug sämtlicher freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben in Betracht.

*Burgi*, in: Dietlein/Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl. 2009, § 2 Rn. 72; vgl. auch *Schoch*, FG Schlebusch, S. 28 und BVerfGE 103, 332 (366); *Tettinger*, FS VerfGH, S. 470, spricht von Fällen „besonders krasser oder rabiater gesetzgeberischer Eingriffe“.



Wendet man diesen Maßstab auf die Konstellation des landesgesetzlich statuierten Aufstellungsverbots an, so zeigt sich, dass von einer Beeinträchtigung des Kernbereichs der kommunalen Selbstverwaltung keine Rede sein kann. Den nordrhein-westfälischen Gemeinden verbleibt, nimmt man das kommunale Handlungsspektrum als Ganzes in den Blick, auch ohne die Befugnis, über bestattungsrechtliche Aufstellungsverbote zu entscheiden, ein hinreichendes Betätigungsfeld zu eigenverantwortlicher Gestaltung. Demnach greift der Kernbereichsschutz in der hier zu begutachtenden Konstellation nicht ein; stattdessen sind die für eine Beeinträchtigung im Vorfeld des Kernbereichs der Selbstverwaltungsgarantie entwickelten Kontrollmaßstäbe anzulegen.

#### **b) Verfassungsrechtliche Legitimation der Beschränkung im Vorfeld des Kernbereichs**

Auch außerhalb des soeben beschriebenen Kernbereichs wird das Handeln der Legislative durch die Selbstverwaltungsgarantie normativ geprägt und eingegrenzt.

*Meier / Greiner, VerwArch 97 (2006), 293 (303); ähnlich BVerfGE 119, 331 (362).*

Hier sind insbesondere die rechtsinstitutionellen Gewährleistungsebenen der Aufgabenzuweisungsgarantie (aa.) und der Garantie eigenverantwortlicher Aufgabenerfüllung auseinanderzuhalten (bb.). Anders als beim Kernbereichsschutz unterliegt der Gesetzgeber aber nur einer relativen Eingriffsgrenze.

*Schoch, FG Schlebusch, S. 29; Maurer, DVBl 1995, 1037 (1044).*

#### **aa) Aufgabenzuweisungsgarantie**

Die Aufgabenzuweisungsgarantie schützt den Aufgabenbestand einer Kommune gegen gesetzgeberische Zugriffe. Danach sind sowohl Aufgabenentziehungen, soweit sie substantielle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft betreffen,

So die klassische Konstellation der „Hochzonung“ von gemeindlichen Aufgaben auf die Kreisebene in BVerfGE 79, 127 ff. – Rastede.

als auch die Zuweisung solcher Verwaltungsaufgaben, die nicht als im gemeindlichen Wirkungskreis unmittelbar wurzelnd einzustufen sind, legitimationsbedürftige Beeinträchtigungen der Verfassungsgarantie aus Art. 78 LV: Die Zuweisung staatlicher Verwaltungsaufgaben als „unechte“ bzw. „formelle“ Selbstverwaltungsangelegenheiten ist vor dem Hintergrund der Selbstverwaltungsgarantie insbesondere dann relevant, wenn dadurch kommunale Ressourcen gebunden und auf diese Weise die Spielräume der gemeindlichen Eigenverantwortlichkeit minimiert werden. Diese Konstellation wird auch als „mittelbare Funktionsbeeinträchtigung“ durch Aufgabenüberbürdung beschrieben.

*Schmidt-Aßmann*, FS BVerfG II, S. 817; *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 71; siehe auch *Löwer*, in: v. Münch / König (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 59 und BVerfGE 119, 331 (354).

Bei unbefangener Betrachtung ließe sich die Anordnung des generellen Aufstellungsverbots durch § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. sowohl als Aufgabenentziehung als auch als Aufgabenzuweisung beurteilen. Der Gemeinde wird nämlich die Befugnis zur Reglementierung einer Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft entzogen, soweit der Landesgesetzgeber diese für sich reklamiert (vgl. oben, 2.). Wollte man diese ursprünglich den Gemeinden zustehende Normsetzungsbefugnis als „Aufgabe“ qualifizieren, würde diese in der zu begutachtenden Konstellation bereichsspezifisch „entzogen“. Aus anderem Blickwinkel könnte es sich aber auch um eine Aufgabenzuweisung handeln: Durch das landesgesetzlich statuierte Aufstellungsverbot – eine materiell-inhaltliche Modifikation bzw. Erweiterung der pflichtigen Selbstverwaltungsangelegenheit „Friedhofsverwaltung“ – wächst den Kommunen eine Verwaltungsaufgabe zu; als Friedhofsträger (§ 1 Abs. 2 BestG NRW) sind sie für den Vollzug entsprechender Regelungen zuständig.

Allerdings ist die Aufgabenzuweisungsgarantie eher auf den förmlichen Entzug einer Aufgabe (bzw. die förmliche Zuweisung einer solchen) zugeschnitten.

So ausdrücklich *Magen*, Jus 2006, 404 (407): „Beeinträchtigt wird die Aufgabenzuweisungsgarantie nur durch Maßnahmen, die der Gemeinde die förmliche Zuständigkeit für eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft entziehen“; so klingt es auch in BVerfGE 107, 1 (20) an; offen gelassen vom VerfGH NRW, NVwZ 2002, 1502 (1503).

Stellt man auf das Kriterium der „förmlichen Zuständigkeit“ ab, dann wird man das generelle Aufstellungsverbot nicht als eine Beeinträchtigung der Aufgabenzuweisungsgarantie ansehen können. Das Aufstellungsverbot stellt zunächst eine rein materiell-rechtliche Regelung dar. Die Aufgabenzuweisungsgarantie zielt aber auf formell-rechtliche Organisationsstatuten ab, die gemeindliche Zuständigkeiten entweder aufheben oder begründen. Als Beispiel mag das der Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde liegende niedersächsische Ausführungsgesetz zum Abfallbeseitigungsgesetz des Bundes von 1972 dienen. In dessen § 1 Abs. 1 hieß es:

„Zuständige Körperschaften nach § 3 Abs. 2 AbfG sind, soweit sich aus Absatz 5 nichts anderes ergibt, die Landkreise und kreisfreien Städte.“

Einen solchen rein formell-rechtlichen Charakter hat die hier zu begutachtende Vorschrift des § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. nicht, vielmehr steht der materiell-rechtliche Regelungszweck des Aufstellungsverbots im Vordergrund. Zwar hat das Aufstellungsverbot nach den Darlegungen zu 1. und 2. unzweifelhaft kompetenzrechtliche Folgewirkungen, diese sind jedoch eher – in grundrechtsdogmatischer Terminologie gesprochen – „mittelbar-faktischer“ Art. Sie beeinträchtigen also nicht die Aufgabenzuweisungsgarantie, können aber als Beschränkung der Eigenverantwortlichkeit gemeindlicher Aufgabenerledigung legitimationsbedürftig sein (vgl. sogleich).

### **bb) Garantie eigenverantwortlicher Aufgabenerfüllung**

Die Eigenverantwortlichkeitsgarantie beinhaltet die Freiheit der Kommunen von staatlicher Reglementierung in Bezug auf die Art und Weise der Aufgabenerledigung.

BVerfGE 107, 1 (12 f.); 119, 331 (362).

Im wissenschaftlichen Schrifttum wird Eigenverantwortlichkeit umschrieben als

„Freiheit von Zweckmäßigkeitvorgaben anderer Hoheitsträger, insbesondere des Staates, und Fähigkeit zu Entscheidungen nach eigenen politischen Vorstellungen. (...) Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ermächtigt zu eigenverantwortlicher Regelung. Eine Festlegung der Gemeinde auf bestimmte Formen hoheitlichen Handelns ist damit nicht gemeint. Regelung heißt jede zulässige Art von Aufgabenerledigung (...)“; siehe *Schmidt-Aßmann*, in: ders. / Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2008, Kap. 1 Rn. 19.

Das Kriterium der Eigenverantwortlichkeit lässt sich in zwei Teilkomponenten aufgliedern. Zum einen wird aus der Eigenverantwortlichkeitsgarantie ein Verfassungsverbot staatlicher Weisungsingerenz gegenüber den Kommunen bei der Erledigung lokaler Verwaltungsaufgaben abgeleitet.

Vgl. *Löwer*, in: v. Münch / Kunig (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 69.

Darin erschöpft sich die Eigenverantwortlichkeit jedoch nicht: Zum anderen werden nämlich auch ihre institutionellen Voraussetzungen in Gestalt der sogenannten Gemeindehoheiten geschützt. Hierzu wird neben der Gebiets-, Personal-, Organisations- und Planungshoheit vor allem die im Zusammenhang mit der zu begutachtenden Vorschrift entscheidende Rechtsetzungs- bzw. Satzungshoheit gerechnet.

Vgl. *Löwer*, in: v. Münch / Kunig (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 69.

Beeinträchtigt wird die eigenverantwortliche Aufgabenerfüllung demnach durch solche Maßnahmen, die eine Schwächung der kommunalen Autonomie – entweder in ihrer gemeindehoheitlich-institutionellen Ausprägung oder bezogen auf die Weisungsfreiheit – nach sich ziehen. Die zu begutachtende Vorschrift gerät mit der kommunalen Rechtsetzungs- bzw. Satzungshoheit in Konflikt (1). Im Übrigen bestehen Bedenken hinsichtlich der Weisungsfreiheit der Aufgabenerledigung (2).

### **(1) Satzungshoheit**

Unter der Rechtsetzungshoheit kommunaler Selbstverwaltungskörperschaften wird die gemeindliche Befugnis verstanden, durch Satzungserlass echte materielle Rechtsetzung zu betreiben.

*Schönenbroicher*, in: Heusch / Schönenbroicher (Hrsg.), Verf NRW, Art. 78 Rn. 21.

Begrenzt wird die Rechtsetzungshoheit durch die kommunale Verbandskompetenz und den Vorbehalt des Gesetzes. Dass in Bezug auf die Regelung der Friedhofsnutzung eine kommunale Verbandskompetenz besteht, konnte oben bereits festgestellt werden.

Ausdrücklich bejahen auch *Scholler / Scholler*, in: Mann / Püttner (Hrsg.), HKWP I, § 23 Rn. 10 eine gebietskörperschaftliche Normsetzungsbefugnis für „Bestattungseinrichtungen“

Weiterhin ist oben ausgeführt worden, dass § 4 Abs. 1 BestG NRW zu sogenannten Eingriffssatzungen ermächtigt; bei der Ausübung der Normsetzungsbefugnis ist mithin auch dem Vorbehalt des Gesetzes insoweit hinreichend Rechnung getragen, als die Regelungen grundrechtsrelevant sind. Die parlamentsgesetzliche Anordnung des Aufstellungsverbots stellt eine Beschränkung der kommunalen Satzungshoheit dar. Der Gemeinde wird nämlich die Befugnis zur Reglementierung einer Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft bereichsspezifisch entzogen, soweit der Landesgesetzgeber diese für sich in Anspruch nimmt (vgl. bereits oben.). Auf eine diesbezügliche, die Kompetenzentziehung betreffende Regelungsentention des beeinträchtigenden Gesetzgebers kommt es nicht an, entscheidend ist vielmehr, dass sich § 3 Abs. 1 BestG NRW n.F. jedenfalls de facto kompetenzverkürzend auswirkt. Die abstrakt-generelle Regelung ist daher als mittelbar-faktischer „Eingriff“ in die gemeindliche Satzungshoheit einzustufen.

Vgl. die Konstellation eines „abstrakt-generellen Eingriffs“ in die kommunale Planungshoheit, BVerfGE 103, 332 (366 f.).

Allerdings ist zu beachten, dass der Rechtsetzungshoheit neben der Verbandskompetenz und dem Vorbehalt des Gesetzes eine weitere Schranke gezogen wird. Für die exekutive, d.h. auch für die kommunale Rechtsetzung, gilt der Vorrang des Gesetzes, Art. 20 Abs. 3 GG.

*Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 144; *Ossenbühl*, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), HStR <sup>3</sup>V, § 105 Rn. 28.

Es greift allerdings zu kurz, eine Beschränkung der gemeindlichen Satzungshoheit, die im Übrigen mit Verfassungsrang ausgestattet ist, dergestalt zu rechtfertigen, dass die Gemeinden eine Beschneidung ihrer

Kompetenzen durch materiell-rechtliche gesetzliche Regelungen hinnehmen müssen, weil der Vorrang des Gesetzes die strikte Beachtung sämtlicher höherrangiger Vorschriften des objektiven Rechts erfordert. Denn dann wäre die Satzungshoheit im Sinne eines Automatismus dem unbeschränkten Zugriff des Gesetzgebers preisgegeben. Ein solches Verständnis des Verhältnisses von Vorrang des Gesetzes und kommunaler Rechtsetzungshoheit würde die Gestaltungsfreiheit des autonomen Normgebers,

Siehe *Hegele*, in: Hoffmann u. a. (Hrsg.), *Kommunale Selbstverwaltung*, 1996, S. 123 ff.

die sich ja gerade aus der Befugnis zu „echter“ materieller Rechtsetzung ergibt, grob verkennen. Von der eingangs zitierten grundsätzlichen „Freiheit von staatlicher Reglementierung in Bezug auf die Art und Weise der Aufgabenerledigung“ bliebe nichts übrig. Vielmehr muss sich eine Vorschrift des objektiven Rechts, hier § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F., die sich nachteilig auf die Rechtsetzungshoheit auswirkt, an der Rechtsinstitutionsgarantie aus Art. 78 LV messen lassen, bevor sie überhaupt über den Vorrang des Gesetzes Verbindlichkeit beanspruchen und insoweit eine Begrenzungsfunktion übernehmen kann.

Ähnlich *Burgi*, *VerwArch* (90) 1999, 70 (81); *Heintzen*, *DV* 29 (1996), 17 (44); *Maurer*, *DÖV* 1993, 184 (188); s. auch *Schmidt-Aßmann*, in: ders. / Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2008, Kap. 1 Rn. 20, der darauf hinweist, dass der Gesetzesvorbehalt in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zur „Achillesferse“ der Selbstverwaltungsgarantie werden kann, „wenn man ihm nicht seinerseits *Grenzen* setzt“ (Hervorhebung dort).

Im Ergebnis handelt es sich bei § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. um eine legitimationsbedürftige Beschränkung der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 78 LV, und zwar unter dem Gesichtspunkt einer Beeinträchtigung der der Eigenverantwortlichkeit kommunaler Aufgabenerfüllung zuzuordnenden Rechtsetzungs- bzw. Satzungshoheit.

## **(2) Eigenverantwortlichkeit bezogen auf den Modus der Aufgabenerfüllung**

Eigenverantwortlichkeit ist den Gemeinden durch die Verfassungsgarantie des Art. 78 LV bezogen auf den Modus, also die Art und Weise

der Erledigung von Selbstverwaltungsaufgaben, zugesichert. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 78 Abs. 4 LV. Danach ist staatliche Aufsicht im Grundsatz darauf beschränkt, kommunales Handeln auf die Rechtmäßigkeit hin zu kontrollieren (sog. Rechts- bzw. allgemeine Aufsicht), vgl. Satz 1. Eine strengere Kontrolle – also eine auf die Zweckmäßigkeit des gemeindlichen Handelns ausgerichtete landesbehördliche Aufsicht – findet nur ausnahmsweise bei der Erledigung von Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung statt, und dies auch nur im Falle spezialgesetzlicher Ermächtigung (siehe Satz 2). Zwischen der Eigenverantwortlichkeitsgarantie und der staatlichen Aufsichtskompetenz herrscht grundsätzlich ein normatives Spannungsverhältnis. Einerseits wird die Ausübung der Aufsicht gegenüber den Kommunen als notwendig angesehen, um die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sicherzustellen.

Das Bundesverfassungsgericht (E 78, 331 [341]) bezeichnet die Rechtsaufsicht insoweit als „das verfassungsrechtlich gebotene Korrelat der Selbstverwaltung“.

Andererseits widerspricht eine solche Aufsicht dem zwingenden Konstitutionsprinzip der kommunalen Eigenverantwortlichkeit, schließlich begründen die staatlichen Ingerenzbefugnisse ein nicht unbeachtliches Machtpotential gegenüber der Kommune, das geeignet ist, die mit der Selbstverwaltungsgarantie identifizierte Gestaltungsfreiheit in erheblichem Umfang zu beeinträchtigen.

Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: ders. / Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2008, Kap. 1 Rn. 19 a.E.

Dieses Spannungsverhältnis zwischen kommunaler Selbstverwaltung auf der einen und staatlicher Kontrolle auf der anderen Seite wird aufgelöst, indem aus der Eigenverantwortlichkeitsgarantie ein Verbot der sogenannten „Einmischungsaufsicht“ abgeleitet wird.

Siehe *VerfGH NRW, NWVBI. 1996, 426 (427)*; *BVerfGE 78, 331 (341)*; *Schoch, FG Schlebusch, S. 43*.

Das Aufstellungsverbot ist geeignet, die kommunale Eigenverantwortlichkeit der Art und Weise der Aufgabenerledigung zu beeinträchtigen: Oben ist bereits angedeutet worden, dass die Effektivität der Rechtskontrolle ganz entscheidend von der Steuerungskraft und –dichte der zur Verfügung stehenden normativen Maßstäbe abhängt. Mit der lan-

desgesetzlichen Anordnung des Aufstellungsverbot es entsteht nun ein zusätzlicher Kontrollmaßstab für die Kommunalaufsicht in einem Regelungsbereich, der ursprünglich als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft anzusehen und damit von der gemeindlichen Verbandskompetenz erfasst ist. Allein in der Möglichkeit, dass die Kommunalaufsicht den neu entstandenen Kontrollmaßstab anwendet, indem sie etwa im Wege der Rechtsaufsicht gegen die Gemeinde vorgeht, ist eine potentielle Schmälerung der Eigenverantwortlichkeit zu erkennen.

Unabhängig von der hier zu begutachtenden Konstellation ist zudem generell darauf hinzuweisen, dass mit zunehmender materieller Programmierungsdichte solcher Normen und Normenkomplexe, welche Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft betreffen, die abstrakt-generellen Regelungen sich zu einem funktionalen Äquivalent administrativer Weisungsbefugnis wandeln können.

Siehe *Schoch*, Der Landkreis 1994, 253 (256); *ders.*, ZG 9 (1994), 246 (255); vgl. dazu auch *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 114 (Marginalisierung des Selbstverwaltungsrechts auch ohne förmliches Weisungsrecht); *Henneke*, ZG 9 (1994), 212 (228 ff., insbes. 237); *Schmidt-Aßmann*, FS Sandler, S. 132 f.

Aus dieser theoretischen Überlegung lässt sich zwar nicht ohne weiteres eine Richtschnur für das zulässige Ausmaß parlamentsgesetzlicher Regulationsintensität in Rechtsbereichen mit Bezug zu Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft entwickeln, dennoch sollte dieser Aspekt in der rechtspolitischen Debatte nicht gänzlich unbeachtet bleiben, zumal sich der Gesetzgebung über ein Justieren der Stellschrauben der Regulationsdichte die Möglichkeit eröffnet, die kommunale Eigenverantwortlichkeit sukzessive auszuhöhlen. Anders gewendet: Die Legislative hat es weitgehend in der Hand, ihre Zweckmäßigkeitsvorstellungen durch gesetzliche Anordnung für verbindlich zu erklären und die Kommunen auf den Gesetzesvollzug festzulegen. Die Aushöhlung der Verfassungsgarantie wird also durch eine stete „Verrechtlichung des Zweckmäßigen“ in Bereichen, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft betreffen, unweigerlich vorangetrieben.



*Schmidt-Aßmann*, in: ders. / Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2008, Kap. 1 Rn. 19 a.E.; vgl. auch *Frenz*, DV 28 (1995), 33 (35 u. 56).

Dass eine solche Tendenz angesichts der hohen abstrakten Wertigkeit der Rechtsinstitutionsgarantie (vgl. oben, I.) und der oft beschworenen „politisch-demokratischen Funktion“ der kommunalen Selbstverwaltung

Siehe *Hill*, *Die politisch-demokratische Funktion der kommunalen Selbstverwaltung nach der Reform*, 1987, passim; *Schoch*, FG Schlebusch, S. 16 ff.; vgl. auch BVerfGE 79, 127 (153); *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 85 f.

jedenfalls aus einer verfassungspolitischen Warte nicht unbedingt zu begrüßen ist, liegt auf der Hand.

### **cc) Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe**

Nachdem festgestellt werden konnte, dass die Rechtsinstitutionsgarantie durch § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. unter dem Aspekt der gemeindlichen Eigenverantwortlichkeit (Rechtsetzungshoheit) beeinträchtigt wird, ist nunmehr zu untersuchen, ob diese Beeinträchtigung auch verfassungsrechtlich legitimiert werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn die Regelung einer Überprüfung anhand der einschlägigen verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstäbe standhält.

#### **(1) Überörtliches Gemeinwohlinteresse**

In einem ersten Schritt muss ein überörtliches Gemeinwohlinteresse definiert werden, das bei abstrakter Betrachtung geeignet ist, eine Durchbrechung des gemeindespezifischen Aufgabenverteilungsprinzips (unten, 2) zu rechtfertigen.

BVerfGE 79, 127 (150); 107, 1 (13 f.); 119, 331 (363); siehe bereits *Blümel*, FG von Unruh, S. 295.

Im Fall des § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. liegt dieses Gemeinwohlinteresse auf der Hand: Mit dem Aufstellungsverbot soll ein Beitrag zur Bekämpfung von Kinderarbeit im Sinne der einschlägigen, auch für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Vorgaben geleistet werden.

Maßgeblich sind insoweit vor allem das Übereinkommen über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (ILO-Konvention 182), das Übereinkommen über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (ILO-Konvention 138) und die UN-Kinderrechtskonvention; siehe hierzu bereits das Rechtsgutachten aus dem Jahr 2011.

Der Landesgesetzgeber hat mangels außenwirtschaftsrechtlicher Regelungskompetenz zwar keinen Einfluss darauf, welche Steinmaterialien in das Land eingeführt werden dürfen, im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenzen kann er jedoch – jedenfalls in einem begrenzten Maße – die Verwendung der importierten Steine steuern, so z.B. über das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe oder eben wie in der hier zu beurteilenden Konstellation über das Bestattungsrecht. Dass unter menschenrechtswidrigen Produktionsbedingungen hergestellte Steine keine Verwendung auf nordrhein-westfälischen Friedhöfen finden, ist ein Gemeinwohlbelang, welcher grundsätzlich geeignet ist, eine Durchbrechung des gemeindespezifischen Aufgabenverteilungsprinzips zu legitimieren.

## **(2) Gemeindespezifisches Aufgabenverteilungsprinzip**

Das unmittelbar in der Verfassung angelegte, aber ungeschriebene Aufgabenverteilungsprinzip zu Gunsten der Gemeinden ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Prüfungsmaßstab für gesetzliche Aufgabenentziehungen entwickelt worden.

BVerfGE 79, 137 (150 f.); 107, 1 (13).

Der normative Gehalt des gemeindespezifischen Aufgabenverteilungsprinzips besteht in einem grundsätzlichen Vorrang der gemeindlichen Aufgabenwahrnehmung in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft: Das Aufgabenverteilungsprinzip konstituiert ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, demzufolge die Legislative den Gemeinden örtliche Aufgaben nur aus Gründen des Gemeininteresses entziehen und auf eine höhere Organisationsebene übertragen darf, dies „vor allem dann, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre.“

*Burgi*, Kommunalrecht, 4. Aufl. 2012, § 6 Rn. 42; s. auch *Schoch*, VerwArch 81 (1990), 18 (33 f.); nochmals BVerfGE 79, 137 (150 ff.; insbes. 153); 107, 1 (13 f.).

In der Sache beinhaltet das Aufgabenverteilungsprinzip eine – von der Rechtsprechung freilich nicht so bezeichnete – Subsidiaritätsregel zu Gunsten der gemeindlichen Aufgabenwahrnehmung.

*Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 68 mit Fn. 282.

Da aber in der hier zu beurteilenden Konstellation – wie bereits oben festgestellt – kein Eingriff in den kommunalen Aufgabenbestand, sondern in die Eigenverantwortlichkeitsgarantie festzustellen ist, kann nicht unmittelbar auf das Aufgabenverteilungsprinzip zurückgegriffen werden. Das Bundesverfassungsgericht unternimmt bei Beeinträchtigungen der Eigenverantwortlichkeit kommunaler Aufgabenerfüllung im Vorfeld des Kernbereichs regelmäßig die Prüfung, ob den Gemeinden ein „hinreichender Spielraum“ bei der Wahrnehmung der je einzelnen Aufgabenbereiche verbleibt.

*Burgi*, Kommunalrecht, 4. Aufl. 2012, § 6 Rn. 45; BVerfGE 91, 228 (241); vgl. auch BVerfGE 83, 363 (387); 107, 1 (20 f.).

Der so beschaffene Kontrollmaßstab ist indes weniger gut handhabbar, denn er stellt – anders als das Verteilungsprinzip – keine eindeutig erkennbare Abwägungsdirektive bereit. Für die Beeinträchtigung der Eigenverantwortlichkeitsgarantie unter dem Aspekt der materiell-inhaltlichen Gestaltungsfreiheit (Satzungs- bzw. Rechtsetzungshoheit) sind deshalb aufgrund der strukturellen Vergleichbarkeit von Aufgabenentziehung und Eigenverantwortlichkeitsbeschränkung

*Schmidt-Aßmann*, FS Sendler, S. 137; vgl. auch *Frenz*, DV 28 (1995), 33 (52).

Vorschläge gemacht worden, den Maßstab des Aufgabenverteilungsprinzips in modifizierter Form auf die Eigenverantwortlichkeitsgarantie zu übertragen. Der rechtsdogmatische Nutzen eines solchen Vorgehens besteht darin, dass auf diese Weise eine Abwägungsleitlinie gewonnen werden kann.

*Schoch*, FG Schlebusch, S. 44, stellt zutreffend fest, dass „die Rechtsdogmatik bei staatlichen Eingriffen in die kommunale Eigenverantwortlichkeit (...) keinen übergreifenden Kontrollmaß-

stab entwickelt“ hat; auch *Ehlers*, DVBI 2000, 1301 (1310) kritisiert die mangelnde Berechenbarkeit der in der Rechtsprechung vertretenen Legitimationsansätze.

Gäbe es eine solche nicht, müsste in Anlehnung an die – in der Gegenwart nicht mehr vertretene – Subtraktionsmethode des Bundesverwaltungsgerichts

Siehe dazu etwa *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 66 m.w.N. zur Kritik.

der Versuch unternommen werden, zu ermitteln, ob den Gemeinden noch ein „hinreichender Spielraum zu eigenverantwortlicher Gestaltung“ verbleibt. Dass ein solches Vorgehen mit zahlreichen methodischen Unwägbarkeiten belastet ist, bedarf keiner näheren Begründung.

Vgl. die Kritik bei *Ehlers*, DVBI 2000, 1301 (1307).

Daher ist es angezeigt, den Maßstab in der Weise zu konkretisieren, dass den Gemeinden ein hinreichender Gestaltungsspielraum dann verbleibt, wenn der Gesetzgeber das – dem Aufgabenverteilungsprinzip strukturell vergleichbare – (materielle) Verantwortungsverteilungsprinzip beachtet hat.

So *Schmidt-Aßmann*, FS BVerfG II, S. 819 u. 821; *ders.* FS Sandler, S. 136 f.; *Frenz*, DV 28 (1995), 33 (52); tendenziell wohl auch *Magen*, Jus, 2006, 404 (409); offen gelassen etwa bei *Schoch*, VerwArch 81 (1990), 18 (49).

Auf derselben Linie liegt das sogenannte Gebot kommunalspezifischer Gesetzesgestaltung, das im Sinne eines „Unbestimmtheitsgebots“ an die Legislative gerichtet ist und deren Normsetzungskompetenz in Regelungsbereichen mit Bezug zu Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auf „offene, auf das Typische sich beschränkende“ Reglementierungen eingrenzt.

*Burgi*, Kommunalrecht, 4. Aufl. 2012, § 6 Rn. 45; *ders.*, VerwArch 90 (1999), 70 (95 f.) zur „Unbestimmtheit“; *Henneke*, ZG 9 (1994), 212 (242 f.); *Schmidt-Eichstaedt*, Bundesgesetze und Gemeinden, 1981, S. 147 u. 162; *Janssen*, Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts, 1990, insbes. S. 137; *Schmidt-Aßmann*, FS Sandler, S. 133.

Diese in der Literatur entwickelten Ansätze zur näheren Ausformung des eigentlichen Abwägungsvorgangs zwischen kommunalem Selbstverwaltungs- und legislativem Regelungsinteresse führen zu einer „un-

echten“ Prüfung des Übermaßverbots, die unter der Prämisse steht, dass im Regelfall die aus der Eigenverantwortlichkeitsgarantie folgende gemeindliche Gestaltungskompetenz zu respektieren ist, soweit nicht ausnahmsweise zugunsten der oben dargelegten Gemeinwohlinteressen von diesem Grundsatz abgewichen werden darf. Die Prüfung des Übermaßverbots ist deshalb als „unecht“ zu bezeichnen, weil es jedenfalls nicht als gesichert angesehen werden kann, dass das Bundesverfassungsgericht, anders als etwa der Verfassungsgerichtshof (vgl. bereits oben, B. I. 3.), zu einer Anwendung des seit der Rastede-Entscheidung aus der Dogmatik zu Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verbannenen Verhältnismäßigkeitsprinzips zurückkehren wird.

*Henneke*, ZG 9 (1994), 212 (240) weist zudem mit beachtlichen Gründen darauf hin, dass es vorschnell sei, die bereichsspezifische, zur Aufgabenentziehung ergangene Rastede-Judikatur zu verallgemeinern und auch auf die Eigenverantwortlichkeitsgarantie zu erstrecken; ähnlich *Waechter*, AöR 135 (2010), 327 (358).

In der Literatur ist in Bezug auf die Rastede-Rechtsprechung zutreffend angemerkt worden, dass das Aufgaben- bzw. Verantwortungsverteilungsprinzip hier die Funktion des Verhältnismäßigkeitsprinzips übernehmen soll.

*Dreier*, in ders. (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 128 f., dort eben auch zu der hier maßgeblichen Frage, ob das Übermaßverbot bei Beeinträchtigungen außerhalb der Aufgabenzuweisung anzuwenden ist; für Anwendung des Übermaßverbots dezidiert *Schönenbroicher*, in: Heusch / Schönenbroicher (Hrsg.), Verf NRW, Art. 78 Rn. 37; siehe auch *Tettinger*, in: Löwer / Tettinger (Hrsg.), Verf NRW, Art. 78 Rn. 42.

Letztlich ist die Frage nach der Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen der Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 78 LV eher von akademischem Interesse. Ist man bestrebt, eine pragmatische Lösung zu finden, kommt man an einer Abwägungsentscheidung nicht vorbei. Eine solche muss sich jedenfalls gedanklich zwangsläufig an den Kriterien des Übermaßverbots orientieren, denn anders lassen sich die widerstreitenden Verfassungsrechtspositionen des gemeindlichen Selbstverwaltungs- und der legislativen Regelungsinteresses nicht sachgemäß zuordnen.

Siehe *Ehlers*, DVBl. 2000, 1301 (1308).

Indes dürfen die Legitimationsanforderungen an den die Eigenverantwortlichkeit beeinträchtigenden Rechtsakt auch nicht überstrapaziert werden. Allein die strukturelle Vergleichbarkeit der Wirkungen einer Beschränkung der Aufgabenzuweisung auf der einen und der Eigenverantwortlichkeit auf der anderen Seite rechtfertigen noch nicht, dass der Maßstab des Aufgabenverteilungsprinzips im Verhältnis eins zu eins auf die hier interessierende Eigenverantwortlichkeit übertragen werden kann. Das Bundesverfassungsgericht hat im „Naturschutzgesetz Schleswig-Holstein-Beschluss“ festgestellt, dass im Falle einer Beeinträchtigung der Eigenverantwortlichkeitsgarantie weniger strenge Legitimationsanforderungen gelten als in der Konstellation einer Aufgabenentziehung.

BVerfGE 103, 332 (366 f.).

Es herrscht demnach Unklarheit über die bei einer Beschränkung der Eigenverantwortlichkeit anzulegenden Kontrollmaßstäbe – die Rechtsprechung verfolgt keine konsistente Linie und auch in der Rechtslehre hat sich insoweit keine erkennbare „herrschende Meinung“ herausgebildet.

Vgl. nochmals *Schoch*, FG Schlebusch, S. 44; *Ehlers*, DVBl 2000, 1301 (1310) und *Waechter*, AöR 135 (2010), 327 (357).

Grob zusammengefasst sind folgende Ansätze erkennbar: In der älteren Rechtsprechung verlangte das Bundesverfassungsgericht, dass den Gemeinden ein hinreichender Gestaltungsspielraum bei der Wahrnehmung der je einzelnen Aufgabenbereiche verbleiben müsse (vgl. oben). In der Naturschutzgesetz-Entscheidung will das Gericht – entgegen der Rastede-Tradition – das Übermaßverbot auch im Staatsorganisationsrecht anwenden. Der Verfassungsgerichtshof wiederum zieht in ständiger Rechtsprechung das Verhältnismäßigkeitsprinzip heran. Die Literatur ist hinsichtlich der Anwendung des Übermaßverbots gespalten, verweist insoweit auf die strukturellen Ähnlichkeiten zwischen Aufgabenentziehung und Eigenverantwortlichkeitsbeschränkung und schlägt die Heranziehung eines materiellen Verantwortungsverteilungsprinzips oder eines Gebots kommunalspezifischer Gesetzesgestaltung vor.

Will man den Kerngedanken all dieser Ansätze herausarbeiten, so gelangt man zu dem Schluss, dass auch für die Garantieebene der Eigenverantwortlichkeit ein effektiver Schutz gewährleistet sein soll, der im Vergleich zur Aufgabenentziehung allerdings in der Weise abgestuft wird, dass gesetzgeberische Zugriffe insgesamt weniger strengen Rechtfertigungsanforderungen unterliegen sollen. Geht man also von der Geltung eines materiellen Verantwortungsverteilungsprinzips aus, so ist dieses, ebenso wie die das Aufgabenverteilungsprinzip, als Subsidiaritätsregel auszulegen, die aber zu Gunsten überörtlicher Gemeinwohlinteressen unter erleichterten Bedingungen durchbrochen werden kann. Anders gewendet ist die Begründungslast verglichen mit der Aufgabenentziehung verringert, wenn der Ausnahme des überörtlichen Zugriffs gegenüber dem Grundsatz der kommunalen Gestaltungskompetenz der Vorzug eingeräumt soll.

Vgl. insoweit nochmals BVerfGE 103, 332 (366 f.); *Knemeyer / Wehr*, VerwArch 92 (2001), 317 (342).

In Anlehnung an den Rastede-Duktus des Bundesverfassungsgerichts müssen also die den Verantwortungszug tragenden Gründe gegenüber dem materiellen Verantwortungsverteilungsprinzip überwiegen.

Vgl. BVerfGE 79, 127 (154).

Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die angestrebte Regelung des § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. zur Erreichung des oben (2) dargelegten Gemeinwohlinteresses jeweils – quasi – geeignet, erforderlich und die dadurch bewirkte Beeinträchtigung der kommunalen Eigenverantwortlichkeit angemessen ist.

Vgl. *Schönenbroicher*, in: Heusch / Schönenbroicher (Hrsg.), VerwArch 92 (2001), 317 (342); für die institutionelle Gewährleistungsebene der Eigenverantwortlichkeit erkennt auch BVerfGE 103, 332 (366 f.) die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips an.

Dafür, dass die Regelung zur Zweckerreichung ungeeignet ist, ist schlechterdings nichts ersichtlich. Bezogen auf die Erforderlichkeit der Regelung

Vgl. zu den Besonderheiten der Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG *Frenz*, DV 28 (1995), 33 (59).

sind indessen Zweifel angebracht. Als weniger beeinträchtigendes, aber in Ansehung parlamentsgesetzlicher Reglementierung gleichermaßen effektives Steuerungsinstrument kommt nämlich die Schaffung einer Satzungsklausel nach dem Vorbild des Bestattungsrechts anderer Bundesländer in Betracht, die es einer Entscheidung der kommunalen Vertretungskörperschaft anheimstellt, ein Aufstellungsverbot für den kommunalen Friedhof durch Ortsrecht zu statuieren. Ein solches Optionsmodell schont die Selbstverwaltungsinteressen der Gemeinden – es ist Ausdruck des gerade im Kommunalrecht immer wiederkehrenden Topos des „Vorrangs freiwilliger Lösungen“ –

*Tettinger*, in: Löwer / Tettinger (Hrsg.) Verf NRW, Art. 78 Rn. 35. und es kommt dem Regelungszweck zumindest zugute. Dieser Schonungseffekt ist aber um den Preis der Regelungseffektivität erkaufte: Gestützt auf die insoweit offene Satzungsermächtigung des nordrhein-westfälischen Bestattungsrechts

Vgl. *Kaltenborn / Reit*, NVwZ 2012, 925 (926 ff.) auf der Grundlage des Rechtsgutachtens von 2011.

haben zwar bereits einige Kommunen in Nordrhein-Westfalen ein Aufstellungsverbot erlassen,

Zum aktuellen Stand der diesbezüglichen kommunalen Aktivitäten vgl. die Informationen von earthlink e.V. auf der Webseite <http://www.aktiv-gegen-kinderarbeit.de/deutschland/landkarte-friedhofssatzung/>

eine Garantie, dass das Steuerungsziel mit derselben Breitenwirkung erreicht werden kann wie im Falle einer parlamentsgesetzlichen, landesweite Geltung beanspruchenden Anordnung, besteht jedoch selbstverständlich nicht. Unter dem Vorzeichen der Erforderlichkeit mag ein Verzicht auf eine einheitliche landesgesetzliche Reglementierung aus Respekt gegenüber dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht rechtspolitisch opportun sein, verfassungsrechtlich zwingend geboten ist eine solche Zurückhaltung – eben aufgrund der im Vergleich zur legislativen Anordnung geringeren Steuerungseffektivität des Optionsmodells – allerdings nicht.



Schließlich muss die Regelung des § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) entsprechen. Danach muss die Grenze des Zumutbaren bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere der Beeinträchtigung der Eigenverantwortlichkeitsgarantie und dem Gewicht der diese Beeinträchtigung tragenden Gründe gewahrt sein. Dabei sind die Anforderungen an die tragenden Gründe hoch, wenn man berücksichtigt, dass das materielle Verantwortungsverteilungsprinzip ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zu Gunsten der eigenverantwortlich wahrzunehmenden kommunalen Gestaltungskompetenz konstituiert. Ob die geplante Neuregelung des nordrhein-westfälischen Bestattungsrechts den Anforderungen einer Angemessenheitsprüfung standhält, hängt maßgeblich von ihrer konkreten Ausgestaltung ab. Wird die Last, den Nachweis über eine kinderarbeitsfreie Herkunft der Grabsteinmaterialien zu führen, wie vorgesehen den Steinmetzbetrieben auferlegt, dann wird sich jedenfalls der Aufwand, der für die Kommunen mit der Überprüfung der jeweils vorzulegenden Unterlagen (Zertifikate usw.) und mit der Verfolgung etwaiger Ordnungswidrigkeiten verbunden sein wird, in einem überschaubaren Umfang halten. Im Rahmen einer Abwägung zwischen dem zusätzlich entstehenden Verwaltungsaufwand und dem Ziel der Neuregelung, die Verwendung menschenrechtswidrig hergestellter Grabsteine auf Friedhöfen zu verhindern (bzw. zumindest zu erschweren), würde man also zu dem Ergebnis gelangen, dass die neue Gesetzesvorschrift keine unangemessenen Belastungen für die Kommunen beinhaltet.

Anders mag sich die Rechtslage in Bezug auf die – hier nicht näher zu untersuchenden – Grundrechte der Steinmetzbetriebe darstellen: Ihre über Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG geschützten Rechtspositionen könnten durch die geplante Neuregelung möglicherweise in einem so hohen Maße beeinträchtigt sein, dass die Angemessenheit der neuen Regelung nur dann bejaht werden kann, wenn das Gesetz zugleich auch ausreichend bemessene Übergangsregeln vorsieht.

Auch der Verlust an eigenen satzungsrechtlichen Steuerungsmöglichkeiten, den die Gemeinden in Bezug auf die Aufstellung von Grabsteinen aus Kinderarbeit im Fall einer generellen gesetzlichen Vorgabe in Kauf zu nehmen hätten, hält sich in vergleichsweise engen Grenzen,

schließlich würde nur punktuell in ihre friedhofsrechtliche Satzungshoheit eingegriffen. Vergleicht man daher die Einbuße, welche die Gemeinden mit Blick auf ihre Rechtsetzungskompetenzen erleiden, mit dem vom Gesetzgeber angestrebten Ziel, durch Erlass eines generellen Aufstellungsverbotes einen wirkungsvollen Beitrag zur Bekämpfung der Kinderarbeit zu leisten, so zeigt sich auch hier, dass die neue Vorschrift den Anforderungen einer Angemessenheitsprüfung standhält. Insgesamt kann damit als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die durch § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. verursachte Beeinträchtigung der gemeindlichen Eigenverantwortlichkeitsgarantie verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

### **(3) Verfassungsnormen, die die kommunale Selbstverwaltung mitprägen**

Solche Hoheitsakte, insbesondere Rechtsnormen, die die Rechtsinstitutionsgarantie beeinträchtigen, sind außerdem an sonstigen verfassungsrechtlichen Anforderungen zu messen, die ihrem Gehalt nach das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitzubestimmen geeignet sind.

BVerfGE 91 228 (242) – st. Rspr.; siehe auch BVerfGE 1, 167 (181); 56, 298 (310); 71, 25 (37) zustimmend etwa *Meier / Greiner*, *VerwArch* 97 (2006), 293 (295 f., 312).

Dies gilt auch und insbesondere für die Einhaltung der in Art. 70 ff. GG festgelegten Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen.

BVerfGE 56, 298 (310); zustimmend *Schoch*, *FG Schlebusch*, S. 26 f.; *Magen*, in: *Umbach / Clemens* (Hrsg.), *BVerfGG*, § 91 Rn. 53; *ders.*, *Jus* 2006, 404 (407).

Die Kompetenz zur Reglementierung des Kommunalrechts obliegt den Ländern ohnehin. Daneben muss den Ländern aber auch die entsprechende Sachkompetenz für den Normerlass in einem spezifischen Rechtsbereich zugewiesen sein. Dass eine Sachgesetzgebungskompetenz für die Regelung eines Aufstellungsverbots zugunsten der Länder besteht, ist bereits an anderer Stelle dargelegt worden.

Insoweit sei auf das Rechtsgutachten von 2011 verwiesen, siehe auch *Kaltenborn / Reit*, *NVwZ* 2012, 925 (928 ff.)

Das in § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. landesgesetzlich statuierte generelle Aufstellungsverbot scheidet danach nicht an der grundgesetzlichen Kompetenzordnung. Zu den verfassungsrechtlichen Gewährleistungen, die das Bild der Selbstverwaltung mitzubestimmen geeignet sind, gehören im Übrigen etwa das Demokratieprinzip, die bundesstaatliche Ordnung und der Gleichheitssatz.

Siehe *Magen*, in: Umbach / Clemens (Hrsg.), BVerfGG, § 91 Rn. 53 m.w.N. zur Rechtsprechung; vgl. auch *Blümel*, FG von Unruh, S. 297.

Für eine Beanstandung des Aufstellungsverbots geben die genannten Gewährleistungen nichts her. Das Aufstellungsverbot steht mithin in Einklang mit denjenigen Normen des Grundgesetzes, die die kommunale Selbstverwaltung mitzubestimmen geeignet sind.

#### **(4) Gerichtliche Kontrolldichte**

Das soeben dargelegte normative Legitimationsprofil der Rechtsinstitutionsgarantie verliert überdies einiges an praktischer Wirksamkeit, wenn man berücksichtigt, dass die verfassungsgerichtliche Überprüfung legislativer Zugriffe auf die Eigenverantwortlichkeit im Vorfeld des Kernbereichs auf eine Vertretbarkeitskontrolle begrenzt ist.

Siehe BVerfGE 107, 1 (14) – Eigenverantwortlichkeit; BVerfGE 79, 127 (154 f.) und VerfGH NRW, OVG 42, 270 (273) – für Aufgabenzuweisung; *Burgi*, Kommunalrecht, 4. Aufl. 2012, § 6 Rn. 45 wendet diesen Maßstab auf die Eigenverantwortlichkeit an; insoweit nicht differenzierend *Schmidt-Aßmann*, FS Sendler, S. 137 f.; *Tettinger*, FS VerfGH, S. 470; *Knemeyer / Wehr*, VerwArch 92 (2001), 317 (342) sehen die Kontrolldichte bei der Eigenverantwortlichkeit im Vergleich zur Aufgabenzuweisung nochmals „massiv reduziert“.

Das Bundesverfassungsgericht siedelt die Prüfungsintensität also in der aus dem Mitbestimmungsurteil bekannten Skala

Siehe BVerfGE 50, 290 (333).

zwischen der durchlässigen Willkür- bzw. Evidenzkontrolle und der – vor allem im Grundrechtsbereich vorzunehmenden – intensivierten inhaltlichen Kontrolle an. Damit wird einerseits der hohen abstrakten Wertigkeit der Selbstverwaltung Rechnung getragen, andererseits aber auch klargestellt, dass es sich bei Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG – bzw. hier

Art. 78 LV – eben nicht um eine freiheitsrechtliche Gewährleistung im „Vollsinne“,

*Magen*, in: Umbach / Clemens (Hrsg.), BVerfGG, Art. 91 Rn. 14. sondern um eine gleichermaßen kompetenzbegründende und –beschränkende Einrichtungsgarantie (mithin ein staatsrechtliches Organisationsprinzip) handelt, die auf legislative Ausgestaltung angewiesen ist; der Schwerpunkt der gerichtlichen Prüfung liegt insoweit auf dem „Nachvollzug der gesetzgeberischen Erwägungen“.

*Schmidt-Aßmann*, FS Sendler, S. 138; *Tettinger*, FS VerfGH, S. 470.

Das oben unter (2) und (3) in Anlehnung an die intensive inhaltliche Kontrolle ermittelte Ergebnis würde der weniger stark ausgeprägten Vertretbarkeitskontrolle daher erst recht standhalten.

### **III. Ergebnis zu B.**

§ 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. führt zu einer legitimationsbedürftigen Beschränkung der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 78 LV, und zwar konkret zu einer Beeinträchtigung der der Eigenverantwortlichkeit kommunaler Aufgabenerfüllung zuzuordnenden Rechtsetzungs- bzw. Satzungshoheit. Diese Beeinträchtigung kann jedoch – unter Berücksichtigung des in Rechtsprechung und Literatur zum gemeindespezifischen Aufgabenverteilungsprinzip entwickelten Prüfungsmaßstabs – verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Durch ein generelles Aufstellungsverbot wird also die Garantie kommunaler Selbstverwaltung nicht verletzt.

### **C. Vereinbarkeit des § 1 Abs. 3 BestG NRW N.F. mit dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV und Art. 19 Abs. 2 LV**

Die verfassungsnormative Gewährleistung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts in Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV bestimmt, dass die Religionsgemeinschaften ihre „Angelegenheiten selbstständig ordnen und verwalten“. In der Landesverfassung findet sich eine nahezu identische Gewährleistung in Art. 19 Abs. 2.

Dazu *Ennuschat*, in: Löwer / Tettinger (Hrsg.), Verf NRW, Art 19 Rn. 7, 23 ff.; der die besondere „Kirchen- und Religionsfreundlichkeit“ der Landesverfassung betont; *Hesse*, in Listl / Pirson (Hrsg.), HStKR <sup>2</sup>I, S. 526 f., weist darauf hin, dass sich die Bedeutung der geringfügigen Modifikationen des Landesverfassungsrechts darin erschöpfen, „die bestehende Rechtslage näher zu verdeutlichen“.

Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht ist, ebenso wie im vorangegangenen Teil dieses Gutachtens die Selbstverwaltungsgarantie zu Gunsten der kommunalen Gebietskörperschaften (vgl. oben, B.I.), dem Gesetzgeber durch die Verfassung als Richtschnur vorgegeben.

*v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 112.

Die Garantie des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts wird – neben der Religionsfreiheit (Art. 4 GG) und dem Grundsatz der Trennung von Staat und Kirche (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 1 WRV) – gemeinhin als dritte (wesentliche) Säule der religionsverfassungsrechtlichen Ordnung des Grundgesetzes angesehen.

*v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 99; ebenso *Winter*, Staatskirchenrecht, 2. Aufl. 2008, S. 167; *Korioth*, in: Maunz / Dürig, GG-Kommentar, Art. 137 WRV, Rn. 17.

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob das durch § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. statuierte allgemeine Aufstellungsverbot mit dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht vereinbar ist. Dazu müssen die normativen Schutzgehalte der Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV bestimmt (I.) und die Anforderungen der dazugehörigen Schranke (II.) ermittelt werden.

## **I. Normative Gehalte des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts**

In der wissenschaftlichen Literatur ist umstritten, ob die Gewährleistung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts in Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV neben der in Art. 4 GG verorteten korporativen Religionsfreiheit

Siehe dazu etwa *Classen*, Religionsrecht, 2006, Rn. 247 ff.

überhaupt einen eigenständigen, konstitutiven Anwendungsbereich hat.

Mit der wohl herrschenden Meinung für eigenständigen Anwendungsbereich *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 99 f.; *Winter*, Staatskirchenrecht, 2. Aufl. 2008, S. 167; *Huber*, in: Heinig / Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht, 2007,

S. 166; *Korioth*, in: Maunz / Dürig, GG-Kommentar, Art. 137 WRV, Rn. 22; von einer „Schutzbereichsüberdeckung“ geht hingegen *Morlok* aus, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 137 WRV Rn. 45; ähnlich *Heinig*, Religionsgesellschaften, 2003, S. 147.

Verfassungsgerichtlich ist der Streit in dem Sinne entschieden worden, dass dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht gegenüber der korporativen Religionsfreiheit ein eigenständiger Anwendungsbereich vor allem in administrativen Belangen bezogen auf Organisations- und Normsetzungsbefugnisse von Religionsgemeinschaften verbleibt. Im Anschluss an Darlegungen *Konrad Hesses*

in: Listl / Pirson (Hrsg.), HStKR <sup>21</sup>, S. 525.

führt das Bundesverfassungsgericht aus:

„Die Garantie freier Ordnung und Verwaltung der eigenen Angelegenheiten (Art. 137 Abs. 3 WRV) erweist sich als notwendige, wenngleich rechtlich selbständige Gewährleistung, die der Freiheit des religiösen Lebens und Wirkens der Kirchen und Religionsgemeinschaften (Art. 4 Abs. 2 GG) die zur Wahrnehmung dieser Aufgaben unerlässliche Freiheit der Bestimmung über Organisation, Normsetzung und Verwaltung hinzufügt.“; siehe BVerfGE 53, 366 (401) ; 66, 1 (20); 70, 138 (164); 72, 278 (289).

Korporative Religionsfreiheit und kirchliches Selbstbestimmungsrecht stehen demnach in einem „besonderen Zuordnungsverhältnis“, das durch eine teilweise Überlagerung der einschlägigen normativen Gewährleistungen gekennzeichnet ist.

*Jeand’Heur / Korioth*, Staatskirchenrecht, 2000, Rn. 176; *Huber*, in: *Heinig / Walter* (Hrsg.), Staatskirchenrecht, 2007, S. 166.

Das Selbstbestimmungsrecht reicht nach diesem Verständnis über Art. 4 GG hinaus. Die korporative Religionsfreiheit ist die insoweit speziellere Norm; das Konkurrenzverhältnis zwischen Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 GG auf der einen und Art. 4 GG auf der anderen Seite ist nach der *lex specialis*-Regel aufzulösen.

*Huber*, in: *Heinig / Walter* (Hrsg.), Staatskirchenrecht, 2007, S. 166 f.; *Korioth*, in: Maunz / Dürig, GG-Kommentar, Art. 137 WRV, Rn. 22; *Winter*, Staatskirchenrecht, 2. Aufl. 2008, S. 170.

Mit der überwiegenden Meinung in Verfassungsrechtsprechung und Literatur ist jedenfalls festzuhalten, dass Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV nicht lediglich deklaratorische Bedeutung haben, sondern mit der Gewähr der Ordnung und Verwaltung eigener Angelegenheiten als notwendige Ergänzung flankierend neben Glaubens-, Bekenntnis- und

Kultusfreiheit treten, wenngleich sich hier in Teilen Überschneidungen ergeben können.

*v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 100; *Heckel*, FS BVerfG II, S. 409; vgl. nochmals *Hesse*, in: Listl / Pirson (Hrsg.), HStKR <sup>2</sup>I, S. 525.

### 1. Rechtsetzungsgewalt in eigenen Angelegenheiten

Der Kerngehalt des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts besteht in der Gewähr eigenständigen Ordnen und Verwaltens religionsgemeinschaftlicher Angelegenheiten frei von staatlicher Einwirkung.

*Hesse*, in: Listl / Pirson (Hrsg.), HStKR <sup>2</sup>I, S. 521.

Mit der Kompetenz zur – weit auszulegenden – „Ordnung“ eigener Angelegenheiten“ wird den Religionsgemeinschaften auch die Befugnis zur Normsetzung zugewiesen bzw. eine solche anerkannt.

Vgl. insoweit nochmals BVerfGE 53, 366 (401); 66, 1 (20); 70, 138 (164); 72, 278 (289); *Korioth*, in: Maunz / Dürig, GG-Kommentar, Art. 137 WRV, Rn. 24; *Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 137 WRV Rn. 49; *Sperling*, DÖV 1994, S. 207 (208) m.w.N.

Den Religionsgemeinschaften mit Körperschaftsstatus (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 5 WRV) steht bei der Wahrnehmung der Rechtsetzungsbefugnis u.a. die öffentlich-rechtliche Handlungsform der Satzung zur Verfügung.

Näher *Sperling*, DÖV 1994, S. 207 (208) m.w.N.

Diese religionsgemeinschaftliche bzw. kirchliche Regelungskompetenz ist allerdings auf eigene Angelegenheiten begrenzt. Gleichmaßen begrenzt das Tatbestandsmerkmal der eigenen Angelegenheiten aber auch die staatliche Einflussnahme auf die kirchliche Rechtsetzung.

*v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 101.

Insoweit kommt es entscheidend darauf an, ob es sich bei der Aufgabe der Friedhofsverwaltung um eine solche eigene Angelegenheit der Kirchen bzw. Religionsgemeinschaften handelt – in diesem Fall würde einerseits die kirchliche Rechtsetzungsbefugnis aktiviert und andererseits die staatliche Gesetzgebung in diesem Bereich jedenfalls in der Weise

zurückgedrängt, dass sie einem Rechtfertigungszwang unterworfen wird.

## 2. Friedhofsverwaltung als eigene Angelegenheit

Das Bundesverfassungsgericht bestimmte eigene Angelegenheiten in seiner älteren Rechtsprechung danach, was „materiell, der Natur der Sache oder Zweckbeziehung nach als eigene Angelegenheit der Kirche anzusehen ist“.

BVerfGE 18, 385 (387).

Hintergrund dieser Rechtsprechung ist gewesen, dass es nicht dem religionsverfassungsrechtlichen Leitbild des Grundgesetzes entspricht, dem Staat selbst – etwa im Wege der Gesetzgebung – die Definitionsmacht hinsichtlich der Grenzen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts zuzuweisen. Umgekehrt war es freilich auch nicht angezeigt, den Kirchen die alleinige Deutungshoheit über das, was als eigene Angelegenheit zu qualifizieren ist, zu überlassen. Das Abgrenzungskriterium der „Natur der Sache“ hat sich in der Praxis allerdings als wenig tauglich erwiesen, so dass die Abgrenzung mittlerweile aus der alleinigen Sicht der Religionsgemeinschaften vorgenommen wird. Bei der Bestimmung dessen, was eigene Angelegenheit ist, wird heute auf den Auftrag und das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft abgestellt.

BVerfGE 66, 1 (19); *Korioth*, in: Maunz / Dürig, GG-Kommentar, Art. 137 WRV, Rn. 28.

Eigene Angelegenheiten sind solche, die durch den kirchlichen Auftrag umschrieben und für das Wirken der Religionsgemeinschaft erforderlich sind.

*Ennuschat*, in: Tettinger / Löwer, Verf NRW, Art. 19 Rn. 25.

Insoweit kommen nicht nur Fragen rein religiösen oder innerkirchlichen Charakters, sondern auch etwa die Verwaltung kirchlichen Vermögens einschließlich gemeinnützig-wirtschaftlicher Unternehmungen (z.B. karitative und diakonische Tätigkeit) in Betracht.

Vgl. v. *Campenhausen / Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (Hrsg.), GG, Art. 137 WRV Rn. 38 f.



Überschreitet das in der Setzung kirchlichen Rechts sich äußernde religionsgemeinschaftliche Selbstverständnis die Grenze dessen, was für den Staat hinnehmbar ist, greift als Schranke das für alle geltende Gesetz (Art. 137 Abs. 3 WRV) ein.

Siehe näher v. *Campenhause* / *de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 103 f.; *Mager*, in: v. Münch / Kunig (Hrsg.), GG, Art. 140 Rn 34 u. 37; *Winter*, Staatskirchenrecht, 2. Aufl. 2008, S. 171.

#### **a) Friedhofsverwaltung als „nur“ eigene Angelegenheit**

Ob die Verwaltung kirchlicher Friedhöfe als eigene Angelegenheit einzustufen ist oder nicht, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Das mag zunächst überraschen, zumal als maßgebliches Abgrenzungskriterium ja auf das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften abzustellen ist. Legt man nämlich Selbstverständnis und Auftrag jedenfalls der großen Kirchen zugrunde, sind Errichtung und Betrieb konfessioneller Friedhöfe unzweifelhaft als eigene Angelegenheiten zu qualifizieren.

Siehe *Kümmerling*, Kirchliche Friedhöfe, S. 24; *Gaedke*, Handbuch Friedhofs- und Bestattungsrecht, 9. Aufl. 2004, S. 29; *Sperling*, ZevKR 33 (1988), S. 35 (39).

Die wohl überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur geht jedoch davon aus, dass es sich hierbei nicht um eine ausschließlich eigene Angelegenheit handelt.

BVerwGE 25, 364 (365 f.); BVerwG, NVwZ 1998, S. 852 (853); vgl. auch BVerwGE 105, 117 (122); *Hesse*, in: Listl / Pirson (Hrsg.), HStKR <sup>2</sup>I, S. 556; *Listl*, DÖV 1989, S. 409 (412).

Begründet wird dies damit, dass Friedhöfe, gleichviel ob in kommunaler oder kirchlicher Trägerschaft, verwaltungsorganisatorisch als unselbstständige Anstalten des öffentlichen Rechts einzuordnen sind (vgl. § 1 Abs. 2 BestG NRW).

*Engelhardt*, in: Listl / Pirson (Hrsg.), HStKR <sup>2</sup>II, S. 109.

Die so organisierten Friedhöfe sind öffentliche Sachen.

Siehe hierzu jüngst *Axer*, DÖV 2013, 165 ff.

Daraus folgert die Rechtsprechung, dass auch die entsprechenden Benutzungsverhältnisse öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind. Wenn die

Benutzungsverhältnisse öffentlich-rechtlich geartet sind, dann üben die Kirchen in ihrer Eigenschaft als Friedhofsträger – vom Staat übertragene – Hoheitsgewalt aus,

*Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 4 Rn. 126 aE.

weil sich eine von Seiten der Kirche im Bereich des Bestattungswesens getroffene Maßnahme nicht mehr im innerkirchlichen Bereich bewegt, sondern weitergehend Rechtswirkungen auch im weltlichen Gemeinwesen entfaltet. Im Übrigen seien insbesondere die gesundheitspolizeilichen Aspekte des Begräbniswesens, also die technische Seite der Bestattung, seit dem späten 18. Jahrhundert eine staatliche beziehungsweise kommunale Aufgabe.

So im Wesentlichen die Argumentation des BVerwG (E 25, 364 [365 ff.]).

Die Organisation des Friedhofs in der Rechtsform der unselbstständigen Anstalt öffentlichen Rechts, die Ausübung von vom Staat abgeleiteter Hoheitsgewalt und die geschichtliche Entwicklung werden demnach von der wohl überwiegenden Meinung als Kernargumente für die Qualifizierung der Friedhofsverwaltung als nicht nur eigene kirchliche Angelegenheit vorgetragen.

Ausführliche Darstellung m.w.N. bei *Kümmerling*, Kirchliche Friedhöfe, S. 16 ff.

Mit der Gegenmeinung, die davon ausgeht, Errichtung und Betrieb kirchlicher Friedhöfe seien eine eigene Angelegenheit der Kirchen,

Siehe nur *Ehlers*, ZevKR 32 (1987), S. 158 (175 ff.); v. *Campenhäusen / Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (Hrsg.), GG, Art. 137 WRV Rn. 74 ff. jeweils m.w.N.

ließe sich mit guten Gründen vertreten, dass kirchliche Friedhöfe nicht kraft staatlicher Delegation errichtet und betrieben werden, weil es hierfür an einer Grundlage im materiellen Recht, ähnlich etwa eines Beleihungstatbestandes, mangelt. Diejenigen Regelungen im nordrhein-westfälischen Bestattungsrecht, die auf die Religionsgemeinschaften mit Körperschaftsstatus Bezug nehmen (etwa §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 1 u. 2 BestG NRW), delegieren keine Hoheitsgewalt, sondern enthalten einen deklaratorischen Hinweis auf die verfassungsrechtliche Lage, der zufol-

ge Kirchen auf der Grundlage ihres Selbstbestimmungsrechts befugt sind, Friedhöfe zu betreiben.

Vgl. *Sperling*, ZevKR 33 (1988), S. 35 (37 ff.) m.w.N.; *ders.*, DÖV 1994, S. 207 (208); *Kümmerling*, Kirchliche Friedhöfe, S. 25.

Diese Kritik an der Rechtsprechung ist beachtlich, dennoch muss dieser Meinungsstreit hier nicht entschieden werden: Auch die Vertreter des letztgenannten Standpunktes räumen ein, dass an der Friedhofsverwaltung – obwohl es sich nach ihrer Auffassung um eine eigene Angelegenheit handelt – ein besonderes staatliches, vor allem gesundheitspolizeilich, landschaftsschutz- und bauordnungsrechtlich fundiertes Interesse besteht, das es zu respektieren gilt. Diese staatlichen Interessen werden über eine mit der Schrankenregelung (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV) konsistente Gesetzgebung realisiert.

So im Ergebnis auch *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 185 f.; *Sperling*, DÖV 1994, S. 207 (210); *Kümmerling*, Kirchliche Friedhöfe, S. 34; vgl. auch *W. Weber*, FS Huber, S. 193.

### **b) Friedhofsverwaltung als gemeinsame Angelegenheit**

Ordnet man die Friedhofsverwaltung mit der Rechtsprechung als gemeinsame Angelegenheit ein,

Vgl. nochmals BVerwGE 25, 364 (365 f.); BVerwG, NVwZ 1998, S. 852 (853); *Engelhardt*, in: Listl / Pirson (Hrsg.), HStKR <sup>2</sup>II, S. 110.

folgt daraus noch nicht, dass das kirchliche Selbstbestimmungsrecht in einem solchen Bereich keinerlei Schutzwirkungen zu Gunsten der Religionsgemeinschaften entfaltet. Die gemeinsamen Angelegenheiten sind, anders als die eigenen Angelegenheiten, nicht als (Verfassungs-)Rechtsbegriff, aus dem bestimmte Rechtsfolgen abgeleitet werden können, sondern lediglich als eine deskriptive Kategorie zu verstehen. In systematischer Hinsicht erfüllt sie den Zweck, den Standort der gemeinsamen Angelegenheiten zwischen den staatlichen und den kirchlichen Angelegenheiten zu verdeutlichen; die gemeinsamen Angelegenheiten sind durch eine „primäre Zweckbeziehung sowohl zum Staat wie zur Kirche“ gekennzeichnet.

*Ennuschat*, in: Löwer / Tettinger (Hrsg.), Verf NRW, Art. 19 Rn. 27; v. *Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 196; *Mainusch*, DÖV 1999, S. 677; kritisch *Ehlers*, ZevKR 32 (1987), S. 158 (172); *H. Weber*, ZevKR 33 (1988), S. 15 (24 f.).

Für das Friedhofswesen kann eine solche primäre Zweckbeziehung sowohl zum Staat als auch zur Kirche nachgewiesen werden: Das Bestattungszeremoniell und die ästhetischen Anforderungen an die Grabgestaltung sind dem religionsgemeinschaftlichen Kultusbereich zuzuordnen. Für die Durchsetzung der auf die technische Seite des Begräbnisses bezogenen gesundheitspolizeilichen Vorschriften ist die Kirche hingegen auf den Staat und seinen administrativen Vollzugsapparat angewiesen. Für eine sach- und ordnungsgemäße Erledigung der mit der Bestattung verbundenen Aufgaben ist damit ein institutionelles Zusammenwirken von Staat und Kirche erforderlich. Die Notwendigkeit des Zusammenwirkens ist – als Ausfluss des oben beschriebenen doppelten primären Zweckbezugs – gerade das zentrale Erkennungsmerkmal der gemeinsamen Angelegenheit.

*Ehlers*, ZevKR 32 (1987), S. 158 (173 f. u. 179 f.).

Freilich kann auch gegen die staatliche Beeinflussung in gemeinsamen Angelegenheiten das kirchliche Selbstbestimmungsrecht in Stellung gebracht werden.

Vgl. BVerwGE 101, 309 (312 f. u. 315); *ders.*, in : Listl / Pirson (Hrsg.), HStKR <sup>2</sup>I, S. 556 f.; *Ennuschat*, in: Löwer / Tettinger (Hrsg.), Verf NRW, Art. 19 Rn. 27; *Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), Art. 137 WRV Rn. 24.

Wie oben angedeutet, muss die Lösung also nicht bei der Zuordnung entweder zu den kirchlichen oder zu den staatlichen Angelegenheiten gesucht werden, vielmehr ist immer dann, wenn eigene Angelegenheiten mit staatlichen Regelungsinteressen kollidieren, der „Schrankendiskurs“ zu führen.

So *Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 137 WRV, Rn. 48.

Nach alledem steht die Verwaltung kirchlicher Friedhöfe unter dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts. Oben ist bereits festgestellt worden, dass in Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV auch die verfassungsrechtliche Legitimation kirchlicher Rechtsetzung zu verorten ist. Diese

Normsetzungsgewalt ist auf sämtliche eigene Angelegenheiten bezogen und ermächtigt mithin auch zum Erlass sogenannter Friedhofsordnungen,

*Sperling, DÖV 1994, S. 207 (209).*

die in Nordrhein-Westfalen freilich unter einem eingeschränkten Vorbehalt staatlicher Genehmigung stehen (vgl. § 4 Abs. 3 BestG NRW). Die Ausführungen oben B. zu den kommunalen Friedhofssatzungen gelten hier entsprechend. Demnach kann die Friedhofsnutzung durch Satzung reglementiert werden. Darunter fällt, solange entsprechende Regelungen nicht dem Anstaltszweck des Friedhofs zuwiderlaufen, auch die Befugnis, über ein Aufstellungsverbot zu entscheiden (oben B.II.1.). Sollte ein allgemeinverbindliches Aufstellungsverbot durch Parlamentsgesetz verfügt werden, wird die den Kirchen in ihrer Eigenschaft als Friedhofsträger zugewiesene Entscheidungsmacht über die Verhängung eines Aufstellungsverbots de facto entzogen. Die kirchliche Rechtsetzungsgewalt wird also durch § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. Einschränkungen unterworfen. Ein solcher Eingriff in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht kann nur dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden, wenn er den Anforderungen der Schrankenregelung aus Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV genügt.

## **II. Das „für alle geltende Gesetz“ als Schranke des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts**

Der Verfassungstext zieht dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht die Schranke des „für alle geltenden Gesetzes“ (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV). Wie die so beschaffene Schrankenklausel auszulegen ist, d.h. welche Anforderungen an sie zu stellen sind, ist im Folgenden zu klären.

### **1. Anforderungen an das beschränkende Gesetz**

Die Auslegung des Schrankenvorbehalts hat im Laufe der Zeit einen erheblichen Wandel erfahren: War anfangs, noch unter der Ägide der Weimarer Reichsverfassung, eine streng formale Interpretation der

Klausel vorherrschend, wurde schon gegen Ende der Weimarer Ära bis in die frühe bundesrepublikanische Zeit ein materiales Verständnis in Gestalt der sog. Heckel'schen Formel maßgeblich.

Näher v. *Campenhausen / Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, (Hrsg.), GG, Art. 137 WRV Rn. 43 ff.; *Korioth*, in: Maunz / Dürig, GG-Kommentar, Art. 137 WRV, Rn. 45.

Diese Ansätze werden heute nicht mehr oder nur noch in modifizierter Form vertreten. Die aktuelle Diskussion wird durch die sog. Bereichslehre, die sog. Jedermann-Formel und die sog. Wechselwirkungs- bzw. Abwägungslehre geprägt. Gegen die Bereichslehre, die schon auf der Ebene des Schutzbereichs solche staatlichen Reglementierungen für unzulässig erklärt, die den Innenbereich religionsgemeinschaftlicher Angelegenheiten, also etwa den Kultusbereich, betreffen,

Vgl. BVerfGE 18, 385 (387 f.).

wird eingewandt, dass sie gerade in Zweifelsfällen an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit stößt: Die Abgrenzung zwischen dem einer staatlichen Reglementierung entzogenen Innen- und einem staatlicher Reglementierung zugänglichen Außenbereich ist, wie die Frage nach der Definition eigener kirchlicher Angelegenheiten oben unter I. gezeigt hat, kaum zu leisten.

Näher zur Kritik v. *Campenhausen / Unruh*, in: v von Mangoldt / Klein / Starck (Hrsg.), GG, Art. 137 WRV Rn. 45.

Zwar lässt sich für eindeutige Fälle eine gewisse prima-facie-Plausibilität der Bereichslehre nicht abstreiten,

*Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 137 WRV Rn. 62.

in der hier zu begutachtenden Konstellation liegt aber ein solcher eindeutiger Fall gerade nicht vor. Man kann das Bestattungswesen entweder aufgrund seiner spirituellen Bedeutung dem Innenbereich zuordnen, es kann aber ebenso – wegen der gesundheitspolizeilich-technischen und administrativen Aspekte des Begräbnisses – als dem Außenbereich zugehörig angesehen werden. Der Bereichslehre kann deshalb nicht gefolgt werden.

Nach der Jedermann-Formel handelt es sich um ein für alle geltendes Gesetz, wenn es für die Kirche dieselbe Bedeutung hat wie für den „Jedermann“.

BVerfGE 42, 312 (334); BVerwG, NVwZ 1998, S. 852 (853).

Dieses Verständnis der Schrankenklausele ist ebenfalls kritisiert worden, insbesondere weil mit einem solchen Verbot eines gegen die Kirche gerichteten Sonderrechts gerade notwendige staatliche Regulierungen des kirchlichen Bereichs – hingewiesen sei etwa auf die Austrittsgesetze – unzulässig wären.

Näher *Hesse*, in: Listl / Pirson (Hrsg.), HStKR <sup>21</sup>, S. 553.

Es tauchen bei dieser Konzeption in struktureller Hinsicht dieselben Probleme auf wie der Auslegung des „allgemeinen Gesetzes“ im Rahmen des Art. 5 Abs. 2 GG.

Siehe die Kritik bei *Ehlers*, ZevKR 32 (1987), S. 158 (169).

Für die in diesem Gutachten zu beantwortende Frage kann die Formel indes Verwendung finden, weil die Vorschrift des § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. gerade kein gegen die Kirche gerichtetes Sonderrecht enthält – vielmehr gilt die Norm für die kommunalen Friedhofsträger in gleicher Weise. Sind die nach der Jedermann-Formel an das beschränkende Gesetz zu stellenden Anforderungen erfüllt, muss zudem das Übermaßverbot beachtet werden.

Die Abwägungs- bzw. Wechselwirkungslehre hingegen verzichtet sowohl auf die Trennung nach Außen- und Innenbereich als auch auf ein Verbot von Sonderrecht und erkennt – insoweit streng formal – zunächst sämtliche Gesetze als „für alle geltend“ an. Sie wird aber mit einem materialen Element angereichert und orientiert sich bei der Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer das Selbstbestimmungsrecht beeinträchtigenden Regelung an dem Ergebnis einer spezifisch auf die religionsgemeinschaftlichen Belange zugeschnittenen Abwägung. Danach müssen die durch die Freiheitsgewährleistung und den Schrankenvorbehalt geschützten Rechtsgüter – unter Berücksichtigung der zwischen Freiheits- und Bindungsnorm bestehenden Wech-

selwirkung und des Übermaßverbotes – einander verhältnismäßig zugeordnet werden.

*Ehlers*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 140 / 137 WRV, Rn. 12; siehe auch *v. Campenhausen / Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (Hrsg.), GG, Art. 137 WRV Rn. 46; *Korioth*, in: Maunz / Dürig, GG-Kommentar, Art. 137 WRV, Rn. 47, zur Verhältnismäßigkeitsprüfung Rn. 49 a.E.

Das Bundesverfassungsgericht führt insoweit aus:

„Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV gewährleistet in Rücksicht auf das zwingende Erfordernis friedlichen Zusammenlebens von Staat und Kirchen sowohl das selbstständige Ordnen und Verwalten der eigenen Angelegenheiten der Kirchen als auch den staatlichen Schutz anderer für das Gemeinwesen bedeutsamer Rechtsgüter. Dieser Wechselwirkung von Kirchenfreiheit und Schranken Zweck ist durch entsprechende Güterabwägung Rechnung zu tragen.“; s. BVerfGE 53, 366 (400 f.); 66, 1 (22); 70, 138 (167); 72, 278 (289).

Demnach erfüllt § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. die Anforderungen der Schranken Klausel sowohl nach Maßgabe der Jedermann-Formel als auch der – insoweit voraussetzungslosen – Abwägungslehre. Schließlich muss die Regelung auch einer Überprüfung am verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip standhalten (hierzu nunmehr unter 2.).

## **2. Verhältnismäßige Rechtsgüterzuordnung**

Wenn also im Rahmen der nunmehr zu treffenden Abwägung Entscheidung der Wechselwirkung zwischen religionsgemeinschaftlichem Selbstbestimmungsrecht und dem durch den Schrankenvorbehalt geschützten Rechtsgut Rechnung getragen werden soll, dann müssen die sich gegenüberstehenden Positionen einander so zugeordnet werden, dass beide Wirksamkeit entfalten können. Das bedeutet auf der einen Seite, dass der Abwägungsvorgang nicht zu einer Privilegierung des Selbstbestimmungsrechts gegenüber verfassungsrechtlich ebenso ausgewiesenen Drittinteressen führen darf.

*Korioth*, in: Maunz / Dürig, GG-Kommentar, Art. 137 WRV, Rn. 47.



Es ist auf der anderen Seite aber auch unzulässig, kurzerhand das jeweils zu schützende Rechtsgut auf Kosten der kirchlichen Selbstbestimmung zu realisieren.

Vgl. *Hesse*, in: Listl / Pirson (Hrsg.), HStKR <sup>2</sup>I, S. 554.

Nicht jedes allgemeine staatliche Gesetz, sofern es nur aus weltlicher Sicht von der zu regelnden Materie her vernünftig erscheint, kann ohne weiteres in die kirchliche Eigenständigkeit eingreifen; bei der Abwägungsentscheidung ist daher dem Selbstverständnis der Kirche immer ein besonderes Gewicht beizumessen.

BVerfGE 72, 278 (289), siehe auch BVerfGE 53, 366 (401 ff.); *Heckel*, FS BVerfG II, S. 414.

Daraus ergibt sich ein Abwägungsprogramm, das auch eine Heranziehung und Berücksichtigung des kirchlichen Selbstverständnisses erfordert. Das Selbstverständnis gibt Aufschluss darüber, wie wichtig der betroffene Aspekt auf der kirchlichen „Präferenzskala“ ist und kann so den Vorgang der Interessengewichtung, die ja auf einen nach beiden Seiten schonenden Ausgleich gerichtet ist, erleichtern.

*Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 137 WRV Rn. 63; vgl. nochmals BVerfGE 53, 366 (401); 72, 278 (289) und BVerfGE 66, 1 (22); 70, 138 (164 ff.).

Bevor aber überhaupt eine Abwägungsentscheidung im Sinne einer verhältnismäßigen Rechtsgüterzuordnung erfolgen kann, müsste die Regelung des § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. zur Realisierung des angestrebten Schutzzwecks überhaupt geeignet und erforderlich sein. An der Geeignetheit der Regelung bestehen, wie schon oben unter B. ausgeführt, keine Zweifel. Bezogen auf die Erforderlichkeit des staatsgesetzlichen Aufstellungsverbots ist zu erwägen, ob der Schutzzweck nicht ebenso gut erreicht werden kann, wenn die Friedhöfe in kirchlicher Trägerschaft – etwa nach dem Vorbild der sogenannten Berücksichtigungsklauseln –

Dazu v. *Campenhause* / *de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 112 f.; *W. Weber*, FS Huber, S. 197; *Heckel*, VVDStRL 26 (1968), S. 45 f.; *Korioth*, in: Maunz / Dürig, GG-Kommentar, Art. 137 WRV, Rn. 49.

aus dem Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. herausgenommen würden. Legt man die im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens eingeholte Stellungnahme des Katholischen Büros zu Grunde, der zufolge ein Aufstellungsverbot „ausdrücklich begrüßt“ wird, könnte die Regelungskompetenz von den Kirchen auch selbst ausgeübt werden und ein Aufstellungsverbot in die kirchlichen Friedhofsordnungen eingefügt werden. Dagegen spricht wiederum – wie auch schon unter B. in Bezug auf kommunale Satzungsbestimmungen – die Regelungseffektivität: Überlässt der staatliche Gesetzgeber die Implementation des Aufstellungsverbots der kirchlichen Entscheidungsmacht, gerät möglicherweise das legitime Steuerungsziel eines landesweiten Aufstellungsverbot in Gefahr. Legt man das Kriterium der Erforderlichkeit in klassischer Lesart dahin aus, dass die schonendere Alternative gleichermaßen oder jedenfalls annähernd so effektiv sein muss wie die eigentlich ins Auge gefasste Regelung, so ist für das Aufstellungsverbot auch im Hinblick auf die Kirchen festzustellen, dass eine gleich wirksame Lösung mit geringerer Eingriffsintensität nicht zur Verfügung steht.

Wendet man sich schließlich der dritten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung – der Frage nach der Angemessenheit des staatlichen Eingriffs – zu, so wird man nun, wie soeben bereits ausgeführt, vor allem dem Selbstverständnis der Kirchen besondere Aufmerksamkeit widmen müssen. Ein wichtiger Aspekt dabei ist die Nähe des von der staatlichen Regelung berührten Gebietes zum zentralen kirchlichen Auftrag; ist das religiöse Zeugnis betroffen, wird man dem Gesetzgeber besondere Rücksichtnahmepflichten abverlangen dürfen.

*v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 113.*

Es ist durchaus vorstellbar, dass staatliche Vorgaben bzgl. der Friedhofsnutzung in Kollision geraten mit dem kirchlichen Selbstverständnis. So kann es z.B gerade mit Blick auf die Grabgestaltung zu Konflikten zwischen den Wertvorstellungen der Kirche und den individuellen Wünschen einzelner Friedhofsnutzer kommen – würde der Staat im Wege der Rechtsetzung in diesen Konflikt eingreifen wollen, indem er etwa vergleichsweise liberale Grabgestaltungsvorschriften in sein Bestat-

tungsrecht aufnahme, so geriete er leicht in Gefahr, das Selbstverwaltungsrecht der Kirchen in einem nicht mehr angemessenem – und damit nicht mehr rechtfertigbaren – Maße zu beeinträchtigen. Die hier zu beurteilende Konstellation ist jedoch gänzlich anders gelagert: Es ist kaum anzunehmen, dass der Gesetzgeber mit der von ihm geplanten Statuierung eines generellen Verbots der Aufstellung von Grabsteinen aus Kinderarbeit in Konflikt mit dem kirchlichen Selbstverständnis geraten könnte – eher das Gegenteil dürfte der Fall sein, entspricht es doch gerade christlichen Wertvorstellungen, jegliche gesellschaftlichen oder politischen Initiativen zur Eindämmung ausbeuterischer Kinderarbeit nach Kräften zu unterstützen. Der Wunsch, von dem staatlich angeordneten generellen Aufstellungsverbot über das Instrument einer Berücksichtigungsklausel ausgenommen zu werden und in diesem Bereich sich eigene Regelungsoptionen offen zu halten, dürfte also auf der kirchlichen „Präferenzskala“ (s.o.) – wenn er dort überhaupt einen Platz zu beanspruchen vermag – sehr weit hinten rangieren. Der Abwägungsprozess führt damit zu einem eindeutigen Ergebnis: Die geplante Neufassung des § 1 Abs. 3 BestG NRW beinhaltet keine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des verfassungsrechtlich geschützten kirchlichen Selbstbestimmungsrechts.

### **III. Ergebnis zu C.**

Die Verwaltung kirchlicher Friedhöfe steht unter dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts gem. Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV. Sollte ein allgemeinverbindliches Aufstellungsverbot für Grabsteine aus Kinderarbeit durch Parlamentsgesetz verfügt werden, wird die den Kirchen in ihrer Eigenschaft als Friedhofsträger zugewiesene Entscheidungsmacht über die Verhängung eines solchen Aufstellungsverbots de facto entzogen. Die kirchliche Rechtsetzungsgewalt wird also durch § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. Einschränkungen unterworfen. Dieser Eingriff in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt, weil in ihm eine verhältnismäßige – insbesondere auch angemessene – Rechtsgüterzuordnung zum Ausdruck gelangt

und er damit den Anforderungen der Schrankenregelung aus Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV genügt.

#### **D. Anforderungen des Konnexitätsprinzips aus Art. 78 Abs. 3 Verfassung des Landes NRW**

Das Konnexitätsprinzip der Landesverfassung (Art. 78 Abs. 3), seit dem Jahr 2004 als sog. „striktes“ Konnexitätsgebot ausgestaltet, verpflichtet das Land, wenn es eine Aufgabe an die Gemeinden und Gemeindeverbände überträgt, eine Regelung über die Kostendeckung zu treffen. Es schützt die Kommunen und Kreise nicht vor Aufgabenübertragungen. Das Gebot der Konnexität ist vielmehr dazu bestimmt, den (kreis-)kommunalen Gebietskörperschaften einen finanziellen Ausgleich für die durch die Aufgabenübertragung verursachten Mehraufwendungen zu gewähren.

*Meier / Greiner*, NWVBl. 2005, S. 92; *Schönenbroicher*, in: Heusch / Schönenbroicher (Hrsg.), Verf NRW, Art. 78 Rn. 53; LT-Drs. 13/5515, S. 20.

Landesgesetzliche (bzw. verordnungsrechtliche) Aufgabenübertragungen sind – vgl. insoweit oben, B. – im Rahmen des Gesetzesvorbehalts aus Art. 78 Abs. 3 Satz 1 LV grundsätzlich rechtfertigungsfähig. Die rechtliche Problematik um die Beeinträchtigung der kommunalen Eigenverantwortlichkeit verschiebt sich seit der Einführung des „strikten“ Konnexitätsprinzips insgesamt immer mehr von der Frage der Legitimationsfähigkeit einer Beschränkung der Rechtsinstitutionsgarantie

Zu der Frage, ob Aufgabenzuweisungen als Eingriffe in die Selbstverwaltungsgarantie zu qualifizieren sind, siehe bereits oben B. und etwa VerfGH NRW, DVBl. 1993, S. 198

auf die Ebene der Kostenerstattung zwischen Land und Kommunen.

Vgl. *Schoch*, FG Schlebusch, S 40 f.

Die strikte Ausgestaltung des Konnexitätsgebots führt dazu, dass eine bei isolierter Betrachtung gerechtfertigte Aufgabenübertragung insgesamt verfassungswidrig wird, wenn eine Regelung über die Kostendeckung nicht oder nicht in verfassungsgemäßer Weise getroffen wird. Eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzip schlägt

also auf den Aufgabenübertragungsakt selbst durch, er wird insgesamt verfassungswidrig und damit nichtig.

*Dietlein*, in: ders. / Burgi / Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl. 2009, § 1 Rn. 207; vgl. VerfGH NRW, DVBl. 2010, S. 1561.

Umgekehrt kann aber auch eine bei isolierter Betrachtung ungerechtfertigte Aufgabenüberbürdung durch die Kostenübernahme überhaupt erst „verhältnismäßig“ und damit hinnehmbar werden.

*Burgi*, DV 42 (2009), S. 155 (167 f.).

Bevor die Frage beantwortet werden kann, ob die Neufassung des § 1 Abs. 3 BestG NRW die Rechtsfolgen des Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV auslöst, ist der Anwendungsbereich des Konnexitätsprinzips zu erläutern (I.). In der Folge ist dann zu klären, ob das Aufstellungsverbot selbst oder ein eventuell zu schaffender Ordnungswidrigkeitentatbestand, der bei Zuwiderhandlungen gegen das Aufstellungsverbot eingreift und von der kommunalen Ordnungsbehörde zu vollziehen ist, in diesen Anwendungsbereich hineinfällt und so eine umfassende Kostentragungspflicht des Landes i.S. des Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV begründet (II.).

### **I. Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 78 Abs. 3 Sätze 1 und 2 LV**

Art. 78 Abs. 3 Satz 1 LV knüpft die gesetzliche oder verordnungsrechtliche Übertragung „öffentlicher Aufgaben“ auf die Gemeinden und Gemeindeverbände an das Erfordernis einer „gleichzeitigen“ Regelung über „die Deckung der Kosten“. Satz 2 enthält eine an das Land gerichtete Kostentragungspflicht für den Fall, dass die „Übertragung neuer oder die Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben zu einer wesentlichen Belastung der davon betroffenen Gemeinden und Gemeindeverbände“ führt.

Siehe VerfGH NRW, DVBl. 2010, S. 1561 (1562); LT-Drs. 13/5515, S. 20 f.

Für die im Rahmen dieses Gutachtens zu beantwortende Fragen kommt es zunächst darauf an, wie die Tatbestandsvoraussetzung der „Aufgabenübertragung“ (1.) und das Kriterium der „Wesentlichkeit“ einer

durch eine solche Aufgabenübertragung verursachten finanziellen Belastung auszulegen ist (2.).

### 1. Aufgabenübertragung

Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV konkretisiert die in Satz 1 genannte Übertragung öffentlicher Aufgaben dergestalt, dass neben der erstmaligen Aufgabenzuweisung auch die inhaltliche Veränderung bestehender Aufgaben als konnexitätsrelevant einzustufen ist. § 1 Abs. 4 des Konnexitätsausführungsgesetzes NRW (KonnexAG) unterstreicht diesen Befund: Danach gelten die in diesem Regelungswerk für die Aufgabenübertragung statuierten Anforderungen entsprechend für die Konstellation der inhaltlichen Veränderung bestehender Aufgaben. Das Kriterium der Aufgabenübertragung ist demnach nicht so restriktiv (d.h. im Sinne einer förmlichen Zuweisung) zu interpretieren wie oben unter B. im Zusammenhang mit der Beeinträchtigung der Rechtsinstitutionsgarantie.

Maßgeblich ist zunächst, dass bei einer Gegenüberstellung der Lage vor und nach dem aufgabenübertragenden bzw. -modifizierenden Akt eine Aufgabendifferenz feststellbar ist.

*Ritgen*, LKV 2011, S. (483); vgl. auch *Engels*, VerwArch 102 (2011), S. 285 (290); *Kluth*, LKV 2009, S. 337 (340 ff.)

Nach § 2 Abs. 4 Satz 1 KonnexAG ist von einer zu Ausgleichspflichten führenden Aufgabenänderung auszugehen, wenn die „den Vollzug prägenden besondere[n] Anforderungen an die Aufgabenerfüllung“ geändert werden. Der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber handelt also dann konnexitätsrelevant, wenn er auf die Art und Weise der kommunalen Aufgabenwahrnehmung durch Modifikation der für diese geltenden materiell-rechtlichen Standards einwirkt.

VerfGH NRW, DVBl. 2010, S. 1561 (1564); LT-Drs. 13/5515, S. 23; *Ritgen*, LKV 2011, S. 481 (483); vgl. auch *Meier / Greiner*, NWVBl. 2005, S. 92 (93).

Maßgeblich ist insoweit, dass besondere Anforderungen formuliert werden, die einen spezifischen Bezug zur kommunalen Aufgabenerfüllung aufweisen. Allgemeine Anforderungen, die auch für die staatliche Auf-

gabenerfüllung gelten, vermögen die Rechtsfolgen des Konnexitätsprinzips nicht auszulösen.

So *Engels*, *VerwArch* 102 (2011), S. 285 (291) m.w.N.

In diesem Sinne ist auch die den Anwendungsbereich des Art. 78 Abs. 3 LV einschränkende Regelung des § 2 Abs. 3 KonnexAG zu verstehen, der zufolge gesetzliche Anforderungen, die „für jedermann gelten“, keine konnexitätsrelevante Bedeutung haben sollen.

Vgl. LT-Drs. 13/4424, S. 14: Dort werden als Beispiele für derartige „Jedermann-Regelungen“ Bauvorschriften und Bestimmungen zur Verkehrssicherungspflicht genannt.

Außerdem ist der Anwendungsbereich des Art. 78 Abs. 3 LV dann nicht eröffnet, wenn nur unwesentliche Änderungen der Aufgabenerfüllung in „mengenmäßiger“ Hinsicht erfolgen (§ 2 Abs. 4 Satz 2 KonnexAG).

Mit der Formulierung „öffentliche Aufgaben“ trägt der verfassungsändernde Gesetzgeber der in Nordrhein-Westfalen maßgeblichen monistischen Aufgabenkonzeption Rechnung. Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV differenziert nicht danach, ob die übertragene bzw. inhaltlich modifizierte Aufgabe dem kommunalen oder dem staatlichen Wirkungskreis zuzuordnen ist: Für die Ermittlung der Konnexitätsrelevanz einer Aufgabenzuweisung ist es unerheblich, ob es sich um eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe oder eine Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung handelt.

Vgl. *VerfGH NRW*, *DVBl.* 1998, S. 1280 (1283 f.); *Engels*, *VerwArch* 102 (2011), S. 285 (291 f.); *Schoch*, FS von Arnim, S. 419.

Die Verfassungsnorm des Art. 78 Abs. 3 LV bezieht sich also nicht zuletzt auch auf die Pflichtigstellung von Selbstverwaltungsaufgaben ab.

*Dietlein*, in: ders. / Burgi / Hellermann, *Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen*, 3. Aufl. 2009, § 1 Rn. 204.

Das erscheint auch sachgerecht, ist doch die Entscheidung darüber, eine Selbstverwaltungsaufgabe zu erfüllen oder nicht, Bestandteil der durch Art. 78 Abs. 1 LV garantierten kommunalen Eigenverantwortlichkeit. Dem entspricht es, die finanzielle Kompensation auf die durch die Pflichtigstellung einer Aufgabe verursachten Einbußen an kommunalen Ressourcen zu erstrecken.

Siehe auch *Schoch*, FS von Arnim, S. 419, und VerFGH NRW, DVBl. 2010, S. 1561 (1564).

Festzuhalten bleibt nach alledem, dass der Begriff der Aufgabenübertragung weit auszulegen ist und alle landesgesetzlichen und verordnungsrechtlichen Akte umfasst, die die Zuständigkeit der Gemeinde für eine Aufgabe inhaltlich ändern, gleichgültig, ob die Aufgabe „gleichsam von Null aus übertragen wird oder ob bereits eine Teilzuständigkeit vorhanden war“.

*Ritgen*, LKV 2011, S. 481 (483); s. auch *Henneke*, DVBl. 2011, S. 125 (127).

## 2. Wesentlichkeit der Belastung

Die Kostentragungspflicht des Landes greift gem. 78 Abs. 3 Satz 2 LV greift nur dann ein, wenn der Aufgabenübertragungsakt eine „wesentliche“ Mehrbelastung der Kommunen verursacht. Nach dem Willen des (verfassungsändernden) Gesetzgebers soll es sich dabei schlicht um eine Bagatellgrenze,

VerFGH NRW, DVBl. 2010, S. 1561 (1562); LT-Drs. 13/5515, S. 21; LT-Drs. 13/4424, S. 14 zu § 2 Abs. 5 KonnexAG; *Meier / Greiner*, NWVBl. 2005, S. 92 (93).

und nicht um eine im Wege der Wertung zu konkretisierende Generalklausel handeln.

*Schink*, NWVBl. 2005, S. 85 (88).

Die Haushaltslage des Landes hat demnach bei der Ermittlung der Wesentlichkeit der kommunalen Belastung außer Betracht zu bleiben,

*Dietlein*, in: ders. / Burgi / Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl. 2009, § 1 Rn. 206.

soll der Grundgedanke des Konnexitätsprinzips „Wer anschafft, bezahlt“ nicht ausgehebelt werden. Als Kriterien zur Bestimmung der Wesentlichkeit einer Belastung sind daher nur Dauer und Intensität der Inanspruchnahme kommunaler Ressourcen heranzuziehen.

LT-Drs. 13/4424, S. 14 zu § 2 Abs. 5 KonnexAG; *Engels*, VerwArch 102 (2011), S. 285 (293), *Schink*, NWVBl. 2005, S. 85 (88).

Dies bedeutet, dass – innerhalb der Grenzen, die durch das Wesentlichkeitskriterium gezogen sind – sowohl unmittelbare Zahlungspflichten der Kommunen gegenüber Dritten (z.B. Sozialhilfe) als auch diejenigen



finanziellen Einbußen zu berücksichtigen sind, die durch einen gesteigerten Verwaltungsaufwand entstehen. Eine Steigerung des Verwaltungsaufwands ist regelmäßig die Folge einer Erhöhung der für den (kommunal-)administrativen Gesetzesvollzug geltenden materiell-rechtlichen Standards.

Vgl. bereits VerfGH NRW, OVGE 43, 216 (227): „Erweiterung bereits früher übertragener Aufgaben“; VerfGH NRW, DVBl. 1998, S. 1280 (1284), beide noch zu Art. 78 Abs. 3 LV a.F.; *Meier / Greiner*, NWVBl. 2005, S. 92 (93).

Die Bagatellgrenze soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers regelmäßig dann überschritten sein, wenn sich aufgrund der übertragenen Aufgabe eine geschätzte jährliche (Netto-)Mehrbelastung der betroffenen Gemeinden und Gemeindeverbände in Höhe von 0,25 Euro pro Einwohner ergibt; bei einer landesweiten Regelung entspricht dies einer Summe von ca. 4,5 Mio. Euro.

LT-Drs. 13/4424, S. 14 zu § 2 Abs. 5 KonnexAG; *Schink*, NWVBl. 2005, S. 85 (88).

Dass sich in diesem Zusammenhang Schwierigkeiten bei der Quantifizierung solcher durch Standarderhöhungen erlittenen Einbußen ergeben können, liegt auf der Hand.

Siehe die Kritik bei *Meier / Greiner*, NWVBl. 2005, S. 92 (93 f.).

Diese Problematik ist vor allem deshalb von Relevanz, weil manche Aufgabenübertragung bei isolierter Betrachtung zwar als Bagatelle einzustufen sein mag, betrachtet man sie jedoch im Zusammenspiel mit verschiedenen anderen Standarderhöhungen oder Aufgabenübertragungen, so kann die Schwelle der Wesentlichkeit durchaus überschritten sein.

Zur Notwendigkeit einer solchen kumulativen Betrachtung s. *Schönenbroicher*, in: Heusch / Schönenbroicher (Hrsg.), Verf NRW, Art. 78 Rn. 59

## **II. Subsumtion der Regelungsvorhaben unter Art. 78 Abs. 3 Sätze 1 und 2 LV**

Die auf ihre Konnexitätsrelevanz zu prüfende Regelung des § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. soll durch Landesgesetz erfolgen und entspricht insoweit der Anforderung des Gesetzesvorbehalts aus Art. 78 Abs. 3 Satz 1

LV. Die Setzung eines Bußgeldtatbestandes kann wegen des im Ordnungswidrigkeitenrecht Geltung beanspruchenden Vorbehalt des Gesetzes (vgl. § 3 OWiG – „keine Ahndung ohne Gesetz“) ohnehin nur durch oder jedenfalls aufgrund eines Gesetzes bewerkstelligt werden.

Vgl. nur *Bohnert*, OWiR, Rn. 35 ff.

Sollte der zu schaffende Ordnungswidrigkeitentatbestand konnexitätsrelevant sein, unterfiele er zugleich dem speziellen Gesetzesvorbehalt aus Art. 78 Abs. 3 LV. Bezogen auf die übrigen, oben dargelegten Tatbestandsvoraussetzungen des Konnexitätsprinzips erfolgt die Untersuchung gesondert für das Aufstellungsverbot (1.) und die Ordnungswidrigkeit (2.).

Zur der – hier nicht interessierenden – Frage, inwieweit die landesrechtliche Umsetzung bundesrechtlicher Vorgaben Konnexitätsrelevanz besitzt, siehe *Ritgen*, LKV 2009, S. 481 (484 f.).

### **1. Aufstellungsverbot**

Das allgemeine Aufstellungsverbot ist als Aufgabenübertragung im Sinne einer inhaltlichen Änderung bestehender Aufgaben zu qualifizieren. Als Bestandsaufgabe kommt hier nur die Verwaltung kommunaler Friedhöfe (vgl. § 1 Abs. 2 BestG NRW) in Betracht. Die inhaltliche Änderung ergibt sich daraus, dass mit dem Aufstellungsverbot eine zusätzliche und zwingende Anforderung an die Art und Weise der kommunalen Aufgabenerledigung normiert wird – es ist künftig dafür zu sorgen, dass auf kommunalen Friedhöfen die Aufstellung solcher Grabsteine unterbleibt, die nachweislich unter ausbeuterischen Produktionsbedingungen in Kinderarbeit gefertigt worden sind. Der Differenztest fällt mithin positiv aus: Bei einer Gegenüberstellung der Lage vor und nach dem aufgabenmodifizierenden Akt ist eine Aufgabendifferenz eindeutig feststellbar. Um eine Konnexitätsrelevanz dieser inhaltlichen Änderung konstatieren zu können, müsste jedoch hinzutreten, dass der Änderung ein gerade auch für den gemeindlichen Gesetzesvollzug prägender Charakter zukommt (§ 2 Abs. 4 Satz 1 KonnexAG). Daran könnte man zweifeln, wenn man in der Regelung des § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. eine lediglich „mengenmäßige Anforderung“ (§ 2 Abs. 4 Satz 2

KonnexAG) sieht, die die Aufgabenwahrnehmung nur unwesentlich berührt. Allerdings ist die Anforderung nicht als rein quantitative, sondern auch als qualitative zu verstehen, wenn man berücksichtigt, dass mit dem Aufstellungsverbot eine wesentliche Voraussetzung für die Genehmigungsfähigkeit einer Grabstätte entsteht, jedenfalls soweit eine solche mit einem Grabstein versehen werden soll. Das Aufstellungsverbot enthält zudem keine Anforderungen, die i.S. des § 2 Abs. 3 KonnexAG „für jedermann gelten“. Zwar werden auch die Kirchen als Friedhofsträger durch die Norm in die Pflicht genommen, damit ist jedoch der Ausschlussbestand des § 2 Abs. 3 KonnexAG noch nicht erfüllt: Dem Gesetzgeber schwebten – wie schon oben ausgeführt (D. I. 1.) – offenbar andere Konstellationen vor, die er aus dem Anwendungsbereich des Konnexitätsprinzips herausnehmen wollte (z.B. Bauvorschriften oder Verkehrssicherungspflichten, die in der Tat für „jedermann“ gelten).

Für die Konnexitätsrelevanz der Aufgabenänderung kommt es schließlich entscheidend darauf an, ob diese auch eine „wesentliche“ Belastung für die Gemeinde verursacht. Die Einstufbarkeit der Belastung als „wesentlich“ hängt von der konkreten Ausgestaltung des Aufstellungsverbots ab: Wenn etwa bei der Beantragung einer Genehmigung zum Aufbringen oder Ändern einer Grabeinrichtung

Siehe zu Regelungen über die im Genehmigungsverfahren beizubringenden Unterlagen etwa § 18 der Friedhofssatzung der Stadt Bochum vom 10.8.2001 i.d.F. der 4. Änderungssatzung vom 18.12.2009.

nur zusätzliche Unterlagen (etwa das Zertifikat) durch den Antragsteller oder den Steinmetz beigebracht werden müssen, dann ist darin nicht mehr als eine unwesentliche Bagatelle zu sehen, deren Belastungswirkung im Übrigen kaum quantifizierbar ist. Bürokratische Kontroll- und Überwachungspflichten, die kommunale Ressourcen in erheblichem Umfang beanspruchen würden, entstehen jedenfalls nicht (vgl. noch unten zur Ahndung von Übertretungen nach OWiG). Durch die inhaltliche Änderung der Aufgabe wächst der Verwaltungsaufwand also nur marginal.

Etwas anderes kann sich indes mit Blick auf § 74 SGB XII ergeben. Die Vorschrift verpflichtet die Sozialhilfeträger zur Übernahme von Bestattungskosten, soweit diese von den Anspruchsberechtigten nicht selbst getragen werden können. In Rechtsprechung und Literatur werden hinsichtlich der Frage, ob die von den Sozialhilfeträgern zu übernehmenden Bestattungskosten auch Aufwendungen für den Erwerb eines Grabsteins umfassen, unterschiedliche Auffassungen vertreten.

Siehe hierzu – jeweils m.w.N. aus der Rspr. – *Greiser*, in: Cose-riu / Eicher, juris-PK SGB XII, AsylbLG, 2011, § 74 SGB XII, Rn. 58; *Kaiser*, in: Rolfs u.a. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 74 SGB XII, Rn. 10; *Meusinger*, in: Fichtner / Wenzel (Hrsg.), Kommentar zum SGB XII – Sozialhilfe, 4. Aufl. 2009, § 74, Rn. 6.

Legt man der weiteren Prüfung diejenige Auslegung des § 74 SGB XII zu Grunde, die den Anspruch auf Übernahme der Bestattungskosten auch auf Grabsteine erstreckt, und geht man zudem davon aus, dass sich – so jedenfalls die Einschätzung der Verbraucherinitiative Aeternitas e.V. in ihrer Stellungnahme zum ersten Änderungsentwurf der Landesregierung – die Grabsteine nach Verhängung des Aufstellungsverbots am Beschaffungsmarkt und in der Folge auch für den Endverbraucher voraussichtlich deutlich verteuern werden, dann sind auch erhebliche finanzielle Mehraufwendungen für die Sozialhilfeträger zu erwarten. Bei einem 0,25 Euro-Schwellenwert pro Gemeindegewohner ist das Wesentlichkeitskriterium etwa für eine kreisfreie Stadt mit 400.000 Einwohnern ab einem Betrag von 100.000 Euro jährlich erfüllt. Ob nun über die gegen die Sozialhilfeträger gerichteten Ansprüche auf Übernahme der Bestattungskosten dieser Schwellenwert erreicht wird, kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht verlässlich eingeschätzt werden. Insoweit ist der Rückgriff auf Daten über durchschnittliche Aufwendungen für die Erfüllung des Anspruchs aus § 74 SGB XII erforderlich. Festzuhalten bleibt damit, dass das Aufstellungsverbot für sich genommen nicht konnexitätsrelevant ist, weil es keine wesentliche Belastung der Kommunen erzeugt. Anderes gilt unter Umständen dann, wenn § 74 SGB XII auch einen Anspruch auf die Übernahme der bei Beschaffung eines Grabsteins entstandenen Kosten normiert; dann müsste eine

belastbare und transparente Schätzung der durchschnittlichen Aufwendungen für die Erfüllung des Anspruchs erfolgen. Das Aufstellungsverbot könnte sich insoweit über den Umweg des § 74 SGB XII als „kostenträchtiger Standard“

Vgl. nochmals *Ritgen*, LKV 2009, S. 481 (483, 487); siehe auch VerfGH NRW DVBl 2010, S. 1560 (1564) zum „höheren Entgelt“.  
erweisen.

## 2. Ordnungswidrigkeit

Erlässt der Landesgesetzgeber einen Ordnungswidrigkeitentatbestand, der eine Zuwiderhandlung gegen das Aufstellungsverbot als durch die kommunale Ordnungsbehörde zu ahndende Übertretung definiert, dann handelt es sich auch hierbei um eine Aufgabenübertragung im Sinne einer inhaltlichen Änderung bestehender Aufgaben. Dies ergibt sich daraus, dass bereits in erheblichem Umfang bei den Kommunen Zuständigkeiten zur Ahndung von Ordnungswidrigkeiten bestehen.

Siehe etwa § 1 Abs. 1 und 3 der Verordnung zur Bestimmung der für die Verfolgung und Ahndung von Verkehrsordnungswidrigkeiten zuständigen Verwaltungsbehörden vom 25.9.1979 (GV NRW, S. 652), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 9.3.2010 (GV. NRW., S. 172).

Die grundsätzliche Konnexitätsrelevanz dieser Regelung zeigt sich, wenn man erneut den oben bereits in Bezug genommen Differenztest anwendet: Sofern die Verfolgungszuständigkeit bei den Kreisordnungsbehörden und den örtlichen Ordnungsbehörden angesiedelt wird, würde damit – verglichen mit der Lage vor dem aufgabenmodifizierenden Akt – zusätzlicher Verwaltungsaufwand geschaffen. Weiterhin wäre erforderlich, dass diese inhaltliche Aufgabenänderung auch als für den Vollzug prägend (§ 2 Abs. 4 Satz 1 KonnexAG, vgl. bereits oben) anzusehen ist. Es müssten durch den Ordnungswidrigkeitentatbestand besondere Anforderungen normiert werden, die einen spezifischen Bezug zur kommunalen Aufgabenerfüllung aufweisen. Davon ist hier auszugehen, zumal ein solcher spezifischer Bezug zur kommunalen Aufgabenerfüllung bereits aus der Friedhofsträgereigenschaft der Gemeinden folgt. Es wurde bereits festgestellt, dass das Aufstellungsverbot einen beson-

deren, für die Erledigung der pflichtigen Selbstverwaltungsaufgabe der Friedhofsverwaltung maßgeblichen materiell-rechtlichen Standard etabliert. Für den Ordnungswidrigkeitentatbestand kann daher nichts anderes gelten, er dient lediglich dazu, den mit dem Aufstellungsverbot verbundenen Regelungsanspruch über eine Annexnorm zu effektuieren. Zudem greift auch die sich aus § 2 Abs. 4 Satz 2 KonnexAG ergebende Einschränkung nicht ein, wonach die Konnexitätsrelevanz des Ordnungswidrigkeitentatbestands entfielen, wenn es sich lediglich um eine rein mengenmäßige Änderung handelte. Das ist vorliegend aber nicht der Fall: Eine nur mengenmäßige Änderung läge dann vor, wenn bestehende Ordnungswidrigkeitentatbestände in ihrem Anwendungsbebereich dergestalt verändert würden, dass in Zukunft die Anzahl der Übertretungen steigt. In der vorliegenden Konstellation handelt es sich hingegen nicht nur um eine mengenmäßige, sondern um eine auch qualitative Änderung, weil strukturell vergleichbare Ordnungswidrigkeitentatbestände nicht existieren.

Im Übrigen stellt sich, wie bereits oben unter D. II.1., die Frage nach der Wesentlichkeit der aus dem Verwaltungsmehraufwand erwachsenden finanziellen Belastung. Auch hier lässt sich allenfalls eine überschlägige Quantifizierung durchführen. Es ist nicht zu erwarten, dass ordnungswidrigkeitenrechtlich relevante Übertretungen des Aufstellungsverbots in einer Häufigkeit auftreten werden, die es gerechtfertigt erscheinen ließe, für die Ahndung eine zusätzliche Stelle in dem gemeindeintern zuständigen Dezernat zu schaffen. Es lässt sich folglich – freilich auf unsicherer Tatsachengrundlage – kein allzu hoher personeller Aufwand prognostizieren. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang zudem, dass für Verfahren nach dem OWiG, anders als im Strafprozessrecht, das Opportunitätsprinzip gilt.

Siehe nur *Bohnert*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 29.

Die Ahndung einer OWiG-Übertretung liegt also im (Entschließungs-) Ermessen der Ordnungsbehörde. Sollten etwa zwischenzeitlich die personellen Ressourcen nicht verfügbar sein, die zur Verfolgung einer an-

gezeigten Ordnungswidrigkeit eingesetzt werden können, ist dies ein Aspekt, der bei der Ausübung des Entschließungsermessens zu berücksichtigen ist – anderen Übertretungen kann unter Umständen eine höhere Priorität beizumessen sein. Im Ergebnis ist der Ordnungswidrigkeitentatbestand zwar als Aufgabenübertragung (bzw. als Standarderhöhung) i.S. des Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV zu klassifizieren, die Konnexitätsrelevanz entfällt indes jedoch aufgrund der Unwesentlichkeit der zu erwartenden Belastungen. Auch in Kumulation mit dem Aufstellungsverbot selbst ist – vorbehaltlich der offenen Frage um die Erstattungsfähigkeit von Grabsteinen im Rahmen des § 74 SGB XII – eine Wesentlichkeit der Mehrbelastung nicht erkennbar. Dafür sind beide Aufgabenübertragungen, auch in der Gesamtbetrachtung, zu geringfügig.

Nicht im Rahmen dieses Gutachtens zu prüfen ist die Frage, ob sich aus den Neuregelungen im BestG NRW in Kumulation mit weiteren – jeweils isoliert betrachtet – nur „unwesentlichen“ Belastungen, die die Kommunen aufgrund anderer landesgesetzlicher Aufgabenübertragungen erwachsen, eine Ausgleichspflicht des Landes ableiten lässt.

### **III. Ergebnis zu D.**

Das Aufstellungsverbot ist nicht konnexitätsrelevant, weil es keine wesentliche Belastung der Kommunen erzeugt. Anderes würde nur für den Fall gelten, dass man mit einer z.T. in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassung davon ausginge, dass § 74 SGB XII auch einen Anspruch auf die Übernahme der bei Beschaffung eines Grabsteins entstandenen Kosten normiert, und wenn hierdurch die konnexitätsrechtliche Belastungsschwelle überschritten würde. Auch die Schaffung eines Ordnungswidrigkeitentatbestandes führt – selbst in Kumulation mit dem Aufstellungsverbot – nicht zur Ausgleichspflicht nach Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV, weil insoweit ebenfalls keine wesentlichen zusätzlichen Belastungen der Kommunen zu erwarten sind.

## **E. Gesamtergebnis**

Die vom Gesetzgeber geplante Neuregelung des § 1 Abs. 3 BestG NRW, wonach auf den nordrhein-westfälischen Friedhöfen keine Grabsteine aus Kinderarbeit mehr aufgestellt werden dürfen, schränkt zwar die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 78 LV ein, da hiermit eine Beeinträchtigung der Rechtsetzungshoheit der Kommunen und damit der Eigenverantwortlichkeit kommunaler Aufgabenerfüllung verbunden ist. Diese Beeinträchtigung kann jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Weder die für die Gemeinden nunmehr neu hinzutretende Verwaltungsbelastung noch die Einbußen, die diese aufgrund der Gesetzesänderung hinsichtlich ihrer eigenen satzungsrechtlichen Steuerungsmöglichkeiten in Kauf zu nehmen haben, sind derart gravierend, dass sie als eine unangemessene Beschränkung des Selbstverwaltungsrechts einzustufen wären.

Ebenso wenig wird durch ein generelles Aufstellungsverbot das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen aus Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV verletzt. Zwar wird die kirchliche Rechtsetzungsgewalt durch § 1 Abs. 3 BestG NRW n.F. Einschränkungen unterworfen. Dieser Eingriff ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt, weil er auf einer Abwägungsentscheidung beruht, in der – ausgehend vom kirchlichen Selbstverständnis – eine verhältnismäßige Rechtsgüterzuordnung zum Ausdruck gelangt, und er damit den Anforderungen der Schrankenregelung aus Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV genügt.

Weder das Aufstellungsverbot noch der ebenfalls vom Landesgesetzgeber geplante, hierauf bezogene Ordnungswidrigkeitentatbestand sind konnexitätsrelevant i.S. des Art. 78 Abs. 3 Satz 2 LV: Beide Vorschriften erzeugen keine wesentlichen zusätzlichen Belastungen der Kommunen. Nur dann, wenn auf der Grundlage des § 74 SGB XII, der nach einer z.T. in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassung auch einen Anspruch auf Übernahme der bei Beschaffung eines Grabsteins entstandenen Kosten umfasst, zusätzliche finanzielle Verpflichtungen



auf die Kommunen zukommen, kann möglicherweise auch die konnexitätsrechtliche Belastungsschwelle überschritten werden.

## Literatur

- Axer, P. Friedhöfe als öffentliche Sachen, DÖV 2013, S. 165 - 172.
- Blümel, W. Wesensgehalt und Schranken des kommunalen Selbstverwaltungsrecht, in: von Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft – Festgabe Georg Christoph von Unruh, Heidelberg: von Decker, 1983, S. 265 – 303 (zit. FG von Unruh).
- Bohnert, J. Ordnungswidrigkeitenrecht, München: Beck, 4. Aufl. 2010.
- Bull, H.-P. Kommunale Selbstverwaltung heute – Idee, Ideologie und Wirklichkeit, in: DVBI 2008, S. 1 – 11.
- Burgi, M. Kommunale Alleingänge in der Umwelt- und Sozialpolitik, in: Verwaltungsarchiv 90 (1999), S. 71 – 97.
- ders. Kommunalisierung als gestaltungsbedürftiger Wandel von Staatlichkeit und von Selbstverwaltung, in: DV 42 (2009), S. 155 – 177.
- ders. Kommunalrecht, München: Beck, 4. Aufl. 2012.
- Campenhausen, A. / Frhr. von / de Wall, H. Staatskirchenrecht – Eine systematische Darstellung des Religionsverfassungsrechts in Deutschland und Europa, München: Beck, 4. Aufl. 2006.
- Classen, C. D. Religionsrecht, Tübingen: Mohr, 2006.
- Clemens, T. Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie: Neue verfassungsrechtliche Vorgaben durch das BVerfG, in: NVwZ 1990, S. 834 – 843.
- Coseriu, P. / Eicher, W. (Hrsg.) Juris-PraxisKommentar SGB XII, AsylbLG, Saarbrücken: juris GmbH, 2011.
- Dietlein, J. / Burgi, M. / Hellermann, J. Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, München: Beck, 3. Aufl. 2009.
- Dreier, H. (Hrsg.) Grundgesetz – Kommentar, Band II, Tübingen: Mohr, 2. Aufl. 2006.

- Ehlers, D.                    Gemeinsame Angelegenheiten von Staat und Kirche, in: Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht (ZevKR) 32 (1987), S. 158 – 185.
- ders.                        Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, in: DVBl 2000, S. 1301 – 1310.
- Engelhardt, H.            Bestattungswesen und Friedhofsrecht, in: Listl / Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band 2, Berlin: Duncker, 2. Aufl. 1995, § 43.
- Engels, A.                 Kostenfolgeabschätzung und Evaluation als Elemente landesverfassungsrechtlicher Konnexitätsprinzipien, in: Verwaltungsarchiv 102 (2011), S. 285 – 313.
- Fichtner, O. / Wenzel, G. (Hrsg.)            Kommentar zum SGB XII – Sozialhilfe, München: Verlag Franz Vahlen, 4. Aufl. 2009.
- Frenz, W.                 Gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie und Verhältnismäßigkeit, in: DV 28 (1995), S. 33 – 63.
- Gaedke, J.                Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrecht, Köln u.a.: Heymanns, 9. Aufl. 2004.
- Grawert, R.                Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen – Kommentar, Wiesbaden: Kommunal- und Schul-Verl., 3. Aufl. 2012.
- Heckel, M.                Die Kirchen unter dem Grundgesetz, in: VVDStRL 26 (1968), S. 5 – 56.
- ders.                        Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Badura / Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht Band II – Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen: Mohr, 2001, S. 378 – 420 (*zit.* FS BVerfG II).
- Hegele, D.                Satzungsrechtliche Gestaltungsfreiheit der Gemeinden, in: Hoffmann u.a. (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung im Spiegel von Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, Stuttgart u.a.: Boorberg, 1996, S. 123 – 143 (*zit.* Hoffmann u.a. [Hrsg.], Kommunale Selbstverwaltung).

- Heinig, H. M. Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, Berlin: Duncker, 2003.
- Heintzen, M. Das Rangverhältnis von Rechtsverordnung und Satzung, in: DV 29 (1996), S. 17 – 45.
- Henneke, H.-G. Kommunale Eigenverantwortung bei zunehmender Normdichte, in: ZG 9 (1994), S. 212 – 246.
- ders. Wer der Bestellung zustimmt, muss sie adressieren und bezahlen, in: DVBl. 2011, S. 125 – 134.
- ders. / Maurer, H. / Schoch, F. Die Kreise im Bundesstaat – Zum Standort der Kreise im Verhältnis zu Bund, Ländern und Kreisen, Baden-Baden: Nomos, 1994.
- Hesse, K. Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Listl / Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band 1, Berlin: Duncker, 2. Aufl. 1994, § 17.
- Heusch, A. / Schönenbroicher, K. (Hrsg.) Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen – Kommentar, Siegburg: Reckinger, 2010.
- Hill, H. Die politisch-demokratische Funktion der kommunalen Selbstverwaltung nach der Reform, Baden-Baden: Nomos, 1987.
- Hoppe, T. Produkte aus Kinderarbeit: Wer regelt das Verbot?, in: LKV 2010, S. 497 – 499.
- Huber, P. M. Die korporative Religionsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 137 Abs. 3 WRV einschließlich ihrer Schranken, in: Heinig / Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht, Tübingen: Mohr, 2007, S. 155 – 184.
- Janssen, A. Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts - Untersuchungen zu den demokratischen und grundrechtlichen Schranken der gesetzgeberischen Befugnisse, Tübingen: Mohr, 1990.
- Jeand'Heur, B. / Koriath, S. Grundzüge des Staatskirchenrechts, Stuttgart u.a.: Boorberg, 2000.
- Kaltenborn, M. / Reit, Das Verbot der Aufstellung von Grabsteinen

- N. aus Kinderarbeit – Bedarf es neuer bundes- bzw. landesrechtlicher Ermächtigungsgrundlagen?, in: NVwZ 2012, S. 925 – 930.
- Kenntner, M. Zehn Jahre nach „Rastede“ – Zur dogmatischen Konzeption der kommunalen Selbstverwaltung im Grundgesetz, in: DÖV 1998, S. 701 – 712.
- Kluth, W. Das kommunale Konnexitätsprinzip der Landesverfassungen – Überblick über Rechtsetzung und Rechtsprechung, in: LKV 2009, S. 337 – 343.
- Knemeyer, F. L. / Wehr, M. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Verwaltungsarchiv 92 (2001), S. 317 – 343.
- Kümmerling, R. Rechtsprobleme kirchlicher Friedhöfe, Sinzheim: Pro Universitate, 1997.
- Listl, J. Staatliche und kirchliche Gerichtsbarkeit, in: DÖV 1989, S. 409 – 419.
- Löwer, W. / Tettinger, P. J. (Hrsg.) Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Stuttgart u.a.: Boorberg, 2002.
- Magen, S. Die Garantie kommunaler Selbstverwaltung, in: Jus 2006, S. 404 – 410.
- Mainusch, R. Lehnmäßige Beanstandung eines Theologieprofessors, in: DÖV 1999, S. 677 – 685.
- Mangoldt, H. von / Klein, F./ Starck, C. (Begr. / Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz – Band 3, München: Vahlen, 6. Aufl. 2010.
- Maunz, Th. / Dürig, G. Grundgesetz-Kommentar, München: Beck, Stand: 66. Ergänzungslieferung 2012.
- Maurer, H. Rechtsfragen kommunaler Satzungsgebung, in: DÖV 1993, S. 184 – 194.
- ders. Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, in: DVBl 1995, S. 1037 – 1046.
- Meier, N. / Greiner, S. Die Neufassung des Art. 78 III LVerf NRW - Einführung eines strikten Konnexitätsprin-

- lips?, in: NWVBl. 2005, S. 92 – 97.
- dies. Rechtliche Handlungsmöglichkeiten der Kommunen bei finanzieller Überforderung durch landes- und bundesgesetzliche Aufgabenzuweisungen und gleichzeitiger Verpflichtung zum Haushaltsausgleich, in: Verwaltungsarchiv 97 (2006), S. 293 – 316.
- von Münch, I. / Kunig, P. (Begr. / Hrsg.) Grundgesetz – Kommentar, Band 1, München: Beck, 6. Aufl. 2012.
- Nierhaus, M. Verfassungsrechtlicher Anspruch der Kommunen auf finanzielle Mindestausstattung, in: LKV 2005, S. 1 – 7.
- Ossenbühl, F. Satzung, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band V, Heidelberg: Müller, 3. Aufl. 2007, § 105.
- Püttner, G. Kommunale Selbstverwaltung, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band VI, Heidelberg: Müller, 3. Aufl. 2008, § 144.
- Ritgen, K. Bundesverfassungsrechtliches Aufgabenübertragungsverbot und landesverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzipien – aktuelle Fragestellungen, in: LKV 2011, S. 481 – 488.
- Rolfs, Ch. / Giesen, R. / Kreikebohm, R. / Udsching, P. (Hrsg.) Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, München Beck, Stand 1.12.2012.
- Sachs, M. (Hrsg.) Grundgesetz – Kommentar, München: Beck, 6. Aufl. 2011.
- Schmidt-Aßmann, E. Kommunale Selbstverwaltung „nach Rastede“ – Funktion und Dogmatik des Art. 28 Abs. 2 GG in der neueren Rechtsprechung, in: Franßen (Hrsg.), Bürger – Richter – Staat, Festschrift für Horst Sandler, München: Beck, 1991, S. 121 – 138 (zit. FS Sandler).
- ders. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, in: Badura / Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht Band II – Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen: Mohr, 2001, S. 803 – 825 (zit. FS BVerfG II).

- ders. Entwicklungen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, in: Henneke / Meyer (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung zwischen Bewahrung, Bewährung und Entwicklung – Festgabe für Gernot Schlebusch, Stuttgart u.a.: Boorberg, 2004, S. 59 – 82 (*zit.* FG Schlebusch).
- ders. / Schoch, F. (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, Berlin: De Gruyter, 14. Aufl. 2008.
- Schmidt-Eichstaedt, G. Bundesgesetze und Gemeinden – Die Inanspruchnahme der Kommunen durch die Ausführung von Bundesgesetzen, Stuttgart u.a.: Kohlhammer, 1981.
- Schoch, F. Zur Situation der kommunalen Selbstverwaltung nach der Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: Verwaltungsarchiv 81 (1990), S. 18 – 54.
- ders. Finanzierungsverantwortung für gesetzgeberisch veranlaßte Aufgaben, in: Der Landkreis 1994, S. 253 – 258.
- ders. Finanzverantwortung beim kommunalen Verwaltungsvollzug bundes- und landesrechtlich veranlaßter Aufgaben, in: ZG 1994, S. 246 – 261.
- ders. Schutz der kommunalen Selbstverwaltung durch das finanzverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip, in: Brink (Hrsg.), Gemeinwohl und Verantwortung – Festschrift für Hans Herbert von Arnim, Berlin: Duncker, 2004, S. 411 – 427 (*zit.* FS von Arnim).
- ders. Stand der Dogmatik, in: Henneke / Meyer (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung zwischen Bewahrung, Bewährung und Entwicklung – Festgabe für Gernot Schlebusch, Stuttgart u.a.: Boorberg, 2004, S. 11 – 58 (*zit.* FG Schlebusch).
- Scholler, H. / Scholler, J. Kommunale Rechtsetzung, in: Mann / Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Band 1, Berlin u.a.: Springer, 3. Aufl. 2007, § 23 (*zit.* HKWP I).
- Sperling, E. Neue Akzente im Recht der kirchlichen Friedhöfe, in: Zeitschrift für evangelisches Kirchen-

- recht (ZevKR) 33 (1988), S. 35 – 52.
- ders. Die öffentlich-rechtliche Regelungsbefugnis der Kirche im Friedhofsrecht, in: DÖV 1994, S. 207 – 210.
- Spranger, T. M. Die Beschränkungen des kommunalen Satzungsgebers beim Erlass von Vorschriften zur Grabgestaltung, Berlin: Duncker, 1999.
- Stern, K. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band I – Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, München: Beck, 2. Aufl. 1984.
- Tettinger, P. J. Art. 78 LV als sog. Aufgabenverteilungsprinzip in der Rechtsprechung des VerfGH, in: Bertams (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen, Stuttgart: Boorberg, 2002, S. 461 – 477 (zit. FS VerfGH).
- Umbach, D. C. / Clemens, T. / Dollinger, F.-W. (Hrsg.) Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Mitarbeiterkommentar, Heidelberg: Müller, 2. Aufl. 2005.
- Waechter, K. Verfassungsrechtlicher Schutz der gemeindlichen Selbstverwaltung gegen Eingriffe durch Gesetz, in: AöR 135 (2010), S. 327 – 362.
- Weber, H. Benutzungszwang für Trauerhallen und Leichenkammern, in: Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht (ZevKR) 33 (1988), S. 15 – 35.
- Weber, W. „Allgemeines Gesetz“ und „für alle geltendes Gesetz“, in: Forsthoff u.a. (Hrsg.), Festschrift Ernst Rudolf Huber, Göttingen: Schwartz, 1973, S. 181 – 199 (zit. FS Huber).
- Winter, J. Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland, Köln: Wolters, 2. Aufl. 2008.