

31/PO 3483-12011

DVBL

# DEUTSCHES VERWALTUNGSBLATT

## Schriftleitung

Prof. Dr. **Hans-Werner Rengeling**, Osnabrück (Hauptschriftleitung; Abhandlungs- und Rezensionsteil)

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. **Bernhard Stür**, Münster/Osnabrück (Abhandlungen und Berichte)

Richter am OVG a. D. **Gerfried Schwermer**, Lüneburg (Rechtsprechungsteil)

Vorsitzender Richter am OVG a. D. Dr. **Eckart Dembowski**, Lüneburg (Rechtsprechungsteil)

## Beirat

Prof. Dr. **Hans-Günter Henneke**, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Landkreistages, Berlin

Prof. Dr. **Werner Hoppe**, Rechtsanwalt, Berlin/Stuttgart

Prof. Dr. **Christoph Moench**, Rechtsanwalt, Stuttgart

Vors. Richter am BVerwG Dr. **Stefan Paetow**, Leipzig

Rechtsanwalt und Justitiar Dr. **Manfred Rebentisch**, Frankfurt am Main

Ministerialrat Dr. **Ernst F. Röder**, LL.M., Berlin

Vizepräsident des OVG a. D. **Hans Karsten Schmaltz**, Lüneburg

# 2005

120. Jahrgang



Carl Heymanns Verlag

kungen schützt. Ebenso können sie aufgrund von Art. 10 EGV verpflichtet sein, gegen Parteien einzuschreiten, welche die Grundsätze des Art. 6 Abs. 1 EUV nicht achten. Die Entscheidung über das »Ob« und das »Wie« des Einschreitens liegt aber grundsätzlich in ihrem Ermessen. Erst wenn die Schwelle der Sanktionsbefugnis nach Art. 7 EUV erreicht ist, kann sich zumindest das »Entschließungsermessen« zu einer Pflicht verdichten, ohne damit freilich bestimmte Maßnahmen zu präjudizieren. Die Gemeinschaft wäre aufgrund von Art. 191 Abs. 2 EGV berechtigt, ein Statut für europäische Parteien zu erlassen, welches auch eine – wie immer im Einzelnen ausgestaltete – Ver-

botsregelung enthalten könnte. Konkrete Pläne hierfür gibt es allerdings nicht. Einstweilen ist bei fehlender Achtung der oben genannten Grundsätze und Grundrechte ein Ausschluss aus der Finanzierung vorgesehen.

Die Ergebnisse zeigen, dass die in pluralistischen Gesellschaften notwendige und grundrechtlich geschützte politische Toleranz europarechtliche Grenzen hat. Sie sind indes sehr weit gesteckt, allerdings zeigt die Geschichte einer Reihe von Mitgliedstaaten, dass es immer wieder in Parteien organisierte politische Kräfte geben kann, welche diese Grenze bewusst überschreiten. Die Europäische Union ist ihnen nicht wehrlos ausgeliefert.

## Verschuldung in extremer Haushaltsnotlage

– Zum Urteil des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin vom 31. Oktober 2003 –

Von Privatdozent Dr. Matthias Rossi, Berlin\*

*Die Bundesländer dürfen sich zur Finanzierung der von ihnen zu erfüllenden Aufgaben nicht unbegrenzt verschulden. Vielmehr beschränken die meisten Landesverfassungen die Höhe der Krediteinnahmen auf die Summe der Investitionsausgaben. Eine Ausnahme von diesem Junktim ist regelmäßig nur zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zulässig. Der Berliner Verfassungsgerichtshof hat eine weitere, überverfassungsrechtliche Ausnahme für den Fall kreiert, dass ein Land sich in einer extremen Haushaltsnotlage befindet<sup>1</sup>. Der Beitrag unterzieht beide Ausnahmen von dem kreditbegrenzenden Junktim einer kritischen Betrachtung. Darüber hinaus spricht er sich im Interesse der Beachtung der verfassungsrechtlichen Verschuldungsgrenzen dafür aus, den Landesrechnungshöfen die Befugnis einzuräumen, eine abstrakte Normenkontrolle von Haushaltsgesetzen zu initiieren.*

### I. Grundsatz der Kreditbegrenzung

Das zulässige Maß der Staatsverschuldung wird nicht nur durch die in jüngster Zeit in die allgemeine Aufmerksamkeit getretenen sog. Maastricht-Kriterien begrenzt, die im Interesse der Preisstabilität die maximale Kreditaufnahme pro Haushaltsjahr auf 3 % des BIP und den maximalen Gesamtschuldenstand auf 60 % des BIP beschränken<sup>2</sup>. Vielmehr sind einer Kreditfinanzierung schon verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt. Art. 115 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GG beschränkt das Maß der in einem Haushaltszeitraum zulässigen Verschuldung auf die Höhe der im gleichen Zeitraum vorgesehenen Investitionen und statuiert somit ein Junktim zwischen zukunftsbelastenden Staats-

einnahmen und zukunftsbegünstigenden Staatsausgaben<sup>3</sup>. Dieser »in der demokratischen Ordnung des Staates hochrangige Verfassungsgrundsatz«<sup>4</sup> ist auch in den meisten Landesverfassungen normiert<sup>5</sup>. Er zielt in erster Linie darauf, den Parlamenten für die Zukunft einen finanziellen und d. h. vor allem auch einen politischen Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum zu sichern<sup>6</sup>. Darüber hinaus gewährleistet er, dass die Regierungen und die sie tragenden Parlamentsmehrheiten die politische Verantwortung für die finanziellen Kosten ihrer Politik selbst übernehmen und nicht durch unbegrenzte Kreditverschuldung in die Zukunft und d. h. unter Umständen auf anders zusammengesetzte Parlamente und Regierungen verlagern<sup>7</sup>. Die grundsätzliche Begrenzung der Staatsverschuldung ist somit ein überaus wichtiges Instrument zur Sicherung der eine demokratische Staatsform kennzeichnenden Herrschaft auf Zeit. Sie dient damit letztlich dem Schutz künftiger Generationen. An dieser grundlegenden Bedeutung müssen sich Ausnahmen von der verfassungsrechtlichen Verschuldungsgrenze messen lassen.

### II. Verfassungsrechtliche Ausnahme

Das Grundgesetz wie die meisten Landesverfassungen lassen nur eine einzige Ausnahme vom Junktim zwischen Krediteinnahmen und Investitionsausgaben zu, nämlich zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts<sup>8</sup>. Die Lage des gesamtwirtschaftlichen

\* Der Autor ist Privatdozent an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Er war an der Vorbereitung des Normenkontrollantrags beteiligt, auf den die Entscheidung des Berliner Verfassungsgerichtshofs ergangen ist.

1 Urteil des VerfGH Berlin vom 31. 10. 2003, VerfGH 125/02, DVBl. 2004, 308 ff.

2 Vgl. Art. 1 des Protokolls Nr. 20, ABl. EG C 340 vom 10. 11. 1997, S. 173 f.

3 So für Art. 115 Abs. 1 GG Kirchhof, Die Staatsverschuldung im demokratischen Rechtsstaat, in: Papier (Hrsg.), Grenzen der öffentlichen Verschuldung, 1983, S. 1 (26). Vgl. auch Henseler, AöR 108 (1983), 489 (511) m. w. N.

4 BVerfGE 99, 57 (67).

5 Vgl. hierzu Kloepfer/Rossi, VerwArch. 94 (2003), 319 (323 ff.).

6 Umfassend hierzu Höfling, Staatsschuldenrecht, 1993, S. 266 ff.; Bröcker, Grenzen staatlicher Verschuldung im System des Verfassungsstaats, 1997, S. 49 ff.; Gröpl, Haushaltsrecht und Reform, 2001, S. 442 ff.; jeweils m. w. N.

7 Vgl. hierzu deutlich Isensee, in: FS Friauf, 1996, S. 706 ff.; Wendt/Elicker, DVBl. 2001, 497 (498).

Gleichgewichts beurteilt sich dabei gemäß § 1 Satz 2 StWG an den Parametern des sog. »magischen Vierecks«, also der Stabilität des Preisniveaus, des hohen Beschäftigungsstandards, des außenwirtschaftlichen Gleichgewichts und des angemessenen Wirtschaftswachstums<sup>9</sup>.

### 1. Sinn der Ausnahme

Dass die Aufrechterhaltung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts von den Verfassungen für wichtiger gehalten wird als die Sicherung der finanziellen und politischen Handlungsfähigkeit bzw. die Gewährleistung der Verantwortungszuweisung, erklärt sich aus der wirtschaftspolitischen Funktion, die den Haushalten von Bund und Ländern seit der Finanzreform von 1967 zugewiesen ist<sup>10</sup>. Basierend auf der maßgeblich von *J. M. Keynes* geprägten Vorstellung, dass eine »an der Nachfrage ansetzende Beeinflussung der [...] Konjunktur durch die staatliche Haushaltspolitik möglich und geboten« ist<sup>11</sup>, verpflichtet Art. 109 Abs. 2 GG den Bund wie die Länder, bei ihrer Haushaltswirtschaft dem gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht Rechnung zu tragen. Sie sind dabei aufgefordert, den konjunkturellen Schwankungen durch eine antizyklische Haushaltspolitik entgegenzuwirken, und dürfen auf die mit einem Konjunkturreinbruch verbundenen Mindereinnahmen deshalb nicht ohne weiteres mit einer Ausgabenreduktion bzw. mit einer Steuererhöhung reagieren, denn eine solche Reaktion würde den Nachfrageausfall verstärken und die rezessiven Tendenzen somit verschärfen. Vielmehr dürfen und sollen sie in Höhe der durch den Konjunkturreinbruch anfallenden Mindereinnahmen Kredite aufnehmen. Um dabei nicht in Konflikt mit der grundsätzlichen Kreditbegrenzungsregel zu geraten, sehen Art. 115 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GG und die entsprechenden landesverfassungsrechtlichen Vorschriften eine Ausnahme vor. Sie ermöglicht dem Bund bzw. den Ländern, im Falle einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Kredite zu bewilligen, deren Umfang sich in einer solchen Störungslage nicht mehr an der Höhe der veranschlagten Investitionen, sondern ausschließlich an dem Ziel bemisst, die Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts abzuwehren.

### 2. Vom BVerfG konkretisierte Voraussetzungen der Ausnahme

Mit diesem Ziel sind die Voraussetzungen, unter denen vom Grundsatz der Kreditbegrenzung abgewichen werden darf, nur unzureichend beschrieben. Unklar bleibt, wann eine Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts vorliegt, wer eine solche Störung feststellen darf bzw. muss und welche Anforderungen an den von den Verfassungsvorschriften verlangten finalen Bezug der übermäßigen Verschuldung »zur Abwehr« einer solchen

Störung zu stellen sind. Diese offenen Fragen<sup>12</sup> haben lange Zeit dazu geführt, dass die parlamentarischen Mehrheiten den von ihnen getragenen Regierungen nahezu unbegrenzt Krediteinnahmen bewilligt haben. Sie agierten dabei stets wohl auch aus der Befürchtung, dass eine Spar- und Konsolidierungspolitik vom Volk nicht mit einer Wiederwahl honoriert werden würde.

Erst die grundlegende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1989<sup>13</sup> zum Bundeshaushaltsgesetz von 1981 hat den Ausnahmecharakter des Art. 115 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GG betont und durch die Konkretisierung seiner Voraussetzungen der übermäßigen Verschuldung – zunächst – einen wirksamen Riegel vorgeschoben. Nach dieser Rechtsprechung rechtfertigt nicht jede Labilität des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts die Annahme einer Störungslage. Vielmehr darf die Ausnahmevorschrift nur in Anspruch genommen werden, wenn das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht »ernsthaft und nachhaltig gestört ist oder eine solche Störung unmittelbar droht«<sup>14</sup>. Dabei steht dem Haushaltsgesetzgeber zwar ein weiter Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum zu. Doch diesem Spielraum entspricht eine formelle Darlegungslast für »die Diagnose, dass das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht ernsthaft und nachhaltig gestört ist, die Absicht, durch die erhöhte Kreditaufnahme diese Störung abzuwehren, und die begründete Prognose, dass und wie durch die erhöhte Kreditaufnahme gerade dieses Ziel erreicht werden kann, sie also zur Abwehr der Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts geeignet erscheint«<sup>15</sup>.

Die Bedeutung dieser Darlegungslast ist nicht zu unterschätzen. Sie allein sichert den Ausnahmecharakter der Bestimmung, indem sie sowohl dem Haushaltsgesetzgeber selbst als auch der Öffentlichkeit das Überschreiten der grundsätzlichen Verschuldungsgrenze vor Augen führt. Darüber hinaus konkretisiert sie den Maßstab für die verfassungsgerichtliche Kontrolle des Haushaltsgesetzes. Denn bei allem Respekt vor dem Budgetrecht des Parlaments im Allgemeinen und seinem Spielraum hinsichtlich der Beurteilung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts im Besonderen obliegt den Verfassungsgerichten im Streitfall doch die Prüfung, ob die Beurteilung und Einschätzung des Gesetzgebers frei von Willkür sowie nachvollziehbar und vertretbar ist<sup>16</sup>.

### 3. Rezeption und Modifikation der Voraussetzungen durch den Berliner VerfGH

Der Verfassungsgerichtshof von Berlin (VerfGH) hat – wie zuvor auch schon der Niedersächsische Staatsgerichtshof<sup>17</sup> – diese für Art. 115 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GG entwickelten

8 Vgl. bspw. Art. 115 Abs. 1 Satz 2 GG.

9 Vgl. BVerfGE 79, 311 (339); sowie bspw. *Bleckmann*, JuS 1991, 536 (540); *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 3, 2000, Art. 109 Rdnr. 21 f.; *Heintzen*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 109 Rdnr. 13; *Häde*, JZ 1997, 269 (273).

10 Vgl. BVerfGE 79, 311 (332).

11 Vgl. BVerfGE 79, 311 (335).

12 Wie insbesondere auch der zunächst nicht definierte Investitionsbegriff, vgl. nun aber § 10 Abs. 3 Nr. 2 HGrG sowie § 13 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 BHO.

13 BVerfGE 79, 311.

14 BVerfGE 79, 311 (339).

15 BVerfGE 79, 311 (345); vgl. auch *NdsStGH*, *NdsVBl.* 1997, 227 ff.

16 So für Art. 115 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GG BVerfGE 79, 311 (342 f.).

17 *NdsStGH*, *NdsVBl.* 1997, 227 ff.

Kriterien eins zu eins auf die entsprechenden Vorschriften der Landesverfassung übertragen. Er hatte auf Antrag der drei Oppositionsfraktionen des Abgeordnetenhauses über den Doppelhaushalt 2002/2003 zu entscheiden. Das entsprechende Haushaltsgesetz ermächtigte den Senat zur Aufnahme von Krediten in Höhe von 6,537 Mrd. € im Jahr 2002 und von 3,569 Mrd. € im Jahr 2003, obwohl es für beide Haushaltsjahre jeweils nur Investitionen in Höhe von rund 2 Mrd. € vorsah. Wegen des offensichtlichen Überschreitens der grundsätzlichen Kreditbegrenzungsregel beurteilte sich die Verfassungskonformität des Haushaltsgesetzes allein an der Frage, ob die Voraussetzungen der verfassungsrechtlichen Ausnahme vorlagen. Dies war nach Ansicht des VerfGH nicht der Fall. Der Berliner Haushaltsgesetzgeber sei seiner Darlegungslast in Bezug auf die Diagnose, dass eine Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts in Berlin vorliegt, zwar »gerade noch ausreichend« nachgekommen. Er habe jedoch weder die Absicht, die Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts durch die erhöhte Kreditaufnahme abzuwehren, noch die Prognose, dass eine solche Kreditaufnahme zur Abwehr einer solchen Störung geeignet ist, nachvollziehbar und vertretbar dargelegt. Der VerfGH hat das Haushaltsgesetz deshalb für verfassungswidrig und für nichtig ex nunc erklärt. Während dieses Ergebnis uneingeschränkte Zustimmung verdient, bedürfen einige Ausführungen des VerfGH einer näheren und z. T. kritischen Beleuchtung.

#### a) Störungslage im Land?

Zunächst hebt der Berliner VerfGH ausdrücklich hervor, dass die Ausnahmenvorschrift des Art. 87 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 VvB nicht nur im Falle einer auf das Bundesgebiet bezogenen Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, sondern auch bei einer allein auf Berlin bezogenen Störungslage in Anspruch genommen werden kann<sup>18</sup>. Dass das Teilziel des außenwirtschaftlichen Gleichgewichts nur auf den Gesamtstaat bezogen sein kann, stehe dieser Möglichkeit nicht entgegen. Das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht auf Landesebene bemesse sich eben primär nach den anderen drei Parametern des »magischen Vierecks«, insbesondere nach der für das Land ermittelten Arbeitslosenquote und dem im Land beobachteten Wirtschaftswachstum<sup>19</sup>. Damit betont der Berliner VerfGH – wie zuvor auch schon der Niedersächsische StGH<sup>20</sup> – die von Art. 109 Abs. 1 GG garantierte Haushaltsautonomie der Bundesländer, die auch in materieller Hinsicht eigenständige Entscheidungsspielräume umfasst. Dieser Ansatz verdient grundsätzlich Zustimmung, denn die Länder sind nach der grundgesetzlichen Ordnung eben nicht nur Vasallen des Bundes, sondern eigenstaatliche Gebietskörperschaften mit einer eigenständigen politischen Willensbildung und selbständigen Handlungsbefugnissen.

Doch die Haushaltsautonomie der Länder kennt Grenzen. In zweierlei Beziehung ist die autonome Haushalts-

wirtschaft von Bund und Ländern durch eine gemeinsame Verantwortung durchbrochen. Zum einen sind beide Ebenen – neben dem Bund ausdrücklich auch die Länder – gemäß Art. 109 Abs. 2 GG verpflichtet, das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht auf Bundesebene zu berücksichtigen. Unterstellt man die Befugnis eines Landes, mit übermäßigen Kreditermächtigungen auf eine Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts im Lande zu reagieren, endet sie also spätestens dort, wo eine solche Finanzpolitik dem gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht auf Bundesebene zum Nachteil gereicht<sup>21</sup>. Zum anderen müssen Bund und Länder die gemeinschaftsrechtlichen Verschuldungsgrenzen beachten. Zwar ist unmittelbar nur der Bund an die Maastricht-Kriterien gebunden. Er trägt gegenüber der Gemeinschaft die Verantwortung für ein Überschreiten des zulässigen öffentlichen Defizits. Doch zumindest mittelbar werden auch die Länder in die Pflicht genommen<sup>22</sup>, denn das öffentliche Defizit errechnet sich gemäß Art. 2 des Protokolls Nr. 20 aus der Verschuldungsquote des Bundes, der Länder sowie der Sozialversicherungen<sup>23</sup>.

Beide Verpflichtungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie materiell den Bund und die Länder gemeinsam treffen. Ihre Bezugsgrößen lassen sich nicht getrennt auf den Bund und die Länder (oder gar ein einzelnes Land) herunterrechnen. Sie passen damit nicht in das überkommene Bild vom nur zweigliedrigen Bundesstaat, das allein den Bund auf der einen Seite und die Länder auf der anderen Seite kennt<sup>24</sup>. Vielmehr knüpfen sie an eine dritte, vom zweigliedrigen Bundesstaat gerade ausgeschlossene Ebene an, die durch die Gesamtheit von Bund und Ländern gebildet wird. Die Existenz einer solchen Ebene darf nicht unter Verweis auf den zweigliedrigen Bundesstaat ignoriert werden mit der Folge, dass die Einhaltung der Bund und Länder gemeinsam treffenden Verpflichtungen unmöglich wird. Vielmehr muss umgekehrt das Bild in Anerkennung solcher Verpflichtungen modifiziert werden. Dabei wird insbesondere aus der Außenperspektive, also etwa aus völker- und gemeinschaftsrechtlicher Sicht, deutlich, dass neben dem Bund und den Ländern sehr wohl eine dritte, den Bund und die Ländern zusammenfassende Ebene besteht. Das gilt etwa für die im Kontext der Staatsverschuldung bedeutsamen Maastricht-Kriterien. Doch auch die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Art. 109 Abs. 2 GG ist nur unter Zugrundelegung eines dreigliedrigen Bundesstaatsbegriffs zu begreifen. So lässt sich vor allem ein gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht allein für den Bund nicht bemessen. Es gibt keine auf den Bund zu ermittelnde Arbeitslosenquote oder ein allein auf den Bund bezogenes Wirtschaftswachstum. Die Parameter sind bundesweit zu verstehen und stellen sich insofern als Summe ihrer auf die Länder bezogenen Beträge dar. Die

18 Kritisch hierzu Kloepfer/Rossi, VerwArch. 94 (2003), 312 (329 f.); Joachimsen, DÖV 2004, 511 (513); Kerber, DÖV 2004, 691 (694).

19 VerfGH Bln., DVBl. 2004, 308 (308).

20 NdsStGH, NdsVBl. 1997, 227 (229).

21 Vgl. Schwarz, DÖV 1998, 721 (724); ähnlich Gehlen, DÖV 1991, 237 (240); Karstendiek, LKV 1992, 405 (405).

22 Näher hierzu Kloepfer/Rossi, VerwArch. 94 (2003), 319 (335 ff.).

23 ABl. EG C 340 vom 10. 11. 1997, S. 173 f.

24 Vgl. BVerfGE 13, 54 (78); sowie statt vieler Stern, Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 650 m. w. N.

Verpflichtung des Art. 109 Abs. 2 GG trifft den Bund und die Länder als Verbund.

Die (verfassungs-)rechtliche Ordnung trägt dieser gesamtstaatlichen Verpflichtung nicht hinreichend Rechnung. Weder normiert sie materielle noch formelle Vorgaben bezüglich der Frage, wie die einzelnen Ebenen an der Erfüllung der gemeinschaftlichen Verpflichtung beteiligt sind. Immerhin sind einfachgesetzlich Gremien vorgesehen, die in ihrer Besetzung mit Vertretern des Bundes und der Länder die gesamtstaatliche Ausrichtung der verfassungsrechtlichen Verpflichtung zum Ausdruck bringen (bspw. der Finanzplanungsrat, § 51 HGrG, oder der Konjunkturrat, § 18 StWG). Verbindliche Beschlüsse können diese Gremien allerdings nicht fassen.

In Ermangelung verbindlicher materieller Vorgaben über die Binnenverteilung der gemeinsamen finanzpolitischen Verpflichtungen von Bund und Ländern muss die Möglichkeit ihrer Einhaltung zumindest durch prozedurale Regelungen gesichert werden. Verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt ist insofern das Prinzip der Bundestreue, dem sich Kooperations-, jedenfalls aber Konsultationsverpflichtungen entnehmen lassen. Bezogen auf die Wirtschafts- und Finanzpolitik eines Landes bedeutet dies, dass es sich mit dem Bund und den anderen Ländern ins Benehmen setzen muss, bevor es mit der Behauptung, eine Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts abwehren zu wollen, übermäßige Kreditermächtigungen vorsieht. Jedenfalls ist es ihm verwehrt, durch eine eigenständige und unkoordinierte Verschuldung dem Bund die Einhaltung seiner gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung zu erschweren oder gar unmöglich zu machen<sup>25</sup>.

Ob der Berliner Haushaltsgesetzgeber gegen das Prinzip der Bundestreue verstoßen hat oder nicht, konnte und durfte vom VerfGH nicht geprüft werden. Denn als Ableitung aus grundgesetzlichen Normen steht dieses Prinzip den Landesverfassungsgerichten nicht als Prüfungsmaßstab zur Verfügung. Doch der VerfGH hätte erkennen können, dass auch mit dem von Art. 87 Abs. 2 Satz 2 VvB verwendeten Begriff des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts eine gesamtstaatliche Bezugsgröße normiert ist, die der alleinigen Interpretation durch den Landesgesetzgeber entzogen ist. Jedenfalls steht seine Annahme, eine allein auf das Land bezogene Störungslage genüge zur Inanspruchnahme der verfassungsrechtlichen Ausnahmevorschrift, in gewissem Widerspruch zu seiner Auffassung, dass »gerade auf Landesebene [nicht davon auszugehen ist], dass jede beliebige Staatsausgabe positive Auswirkungen auf Arbeitsmarkt und Wirtschaftswachstum des Landes hat«<sup>26</sup>.

#### b) Nichtigkeit des Haushaltsgesetzes

Juristisches Neuland hat der VerfGH mit seinem Rechtsfolgenausspruch betreten. Hier ist zunächst positiv hervorzuheben, dass der VerfGH die Verfassungswidrigkeit nicht (wie zuvor das BVerfG und der niedersächsische

StGH) auf die kreditemächtigende Norm beschränkt, sondern sie auf alle Vorschriften des Haushaltsgesetzes erstreckt hat, die Einnahmen und Ausgaben in einer bestimmten Höhe festlegen<sup>27</sup>. Dies ist insofern konsequent, als mit der übermäßigen und verfassungswidrigen Kreditermächtigung zugleich auch der Haushaltsgrundsatz der Ausgeglichenheit verletzt wird. Weil vom VerfGH aber nicht geklärt werden kann (und auch nicht festgestellt werden darf), welche Ausgaben im Haushaltsplan aus (übermäßigen) Kreditmitteln und welche aus sonstigen Einnahmen finanziert werden, erfasst die Verfassungswidrigkeit alle Einnahmen- und Ausgabenansätze mit der Folge, dass der Gesetzgeber die Ausgabenansätze nach seinen politischen Prioritäten den veränderten Einnahmen anpassen muss oder dies jedenfalls darf.

Darüber hinaus hat der VerfGH von seiner in § 45 Satz 1 VerfGHG normierten Befugnis Gebrauch gemacht und die verfassungswidrigen Vorschriften des Haushaltsgesetzes auch für nichtig erklärt. Der Niedersächsische StGH<sup>28</sup> konnte sich dagegen ebenso wie jüngst der VerfGH von Nordrhein-Westfalen<sup>29</sup> darauf beschränken, die bloße Verfassungswidrigkeit der jeweiligen Haushaltsgesetze auszusprechen, weil die Entscheidungen stets nach Ablauf des Haushaltszeitraums ergingen. Die grundlegende Entscheidung des BVerfG musste sich mit der Frage der Rechtsfolgen gar nicht auseinandersetzen, weil sie das überprüfte Haushaltsgesetz für verfassungskonform erachtete<sup>30</sup>. Der (politische) Mut des Berliner VerfGH, sein Urteil noch innerhalb des zeitlichen Geltungsbereichs des Haushaltsgesetzes zu verkünden, verdient ebenso Anerkennung wie der Ausspruch der Nichtigkeit. Denn nur im Falle der Nichtigkeitsklärung des Haushaltsgesetzes läuft der Haushaltsgesetzgeber Gefahr, auf die Vorgaben der vorläufigen Haushaltsführung beschränkt zu werden, die seinen politischen Gestaltungsspielraum erheblich beschränken. Ohne diese drohende Gefahr – das hat die politische Diskussion bei der Verabschiedung des Berliner Haushaltsgesetzes besonders deutlich gezeigt – nimmt der Haushaltsgesetzgeber seine verfassungsrechtlichen Grenzen nicht immer hinreichend ernst. Insofern scheint die drohende Nichtigkeit ein geeignetes Mittel, um den Haushaltsgesetzgeber wieder stärker in seine verfassungsrechtlichen Schranken zu verweisen. Die bloße Erklärung der Verfassungswidrigkeit – womöglich gar noch nach Ablauf des Haushaltsjahres – bleibt dagegen politisch ohne Konsequenzen, wie etwa der vom Niedersächsischen StGH entschiedene Fall gezeigt hat.

Allerdings hängt der konkrete Sanktionsdruck auch im Falle der Nichtigkeitsklärung des Haushaltsgesetzes von den jeweiligen politischen Umständen und dem Agieren der politischen Akteure ab. So versuchten der Senat von Berlin und die ihn tragende Mehrheit im Abgeordnetenhaus – zum Teil mit Erfolg – den Eindruck zu erwecken, die Verantwortung für die Nichtigkeit des Haushaltsgesetzes und für den daraus resultierenden etatlosen Zustand läge beim

<sup>25</sup> Vgl. etwa Grabitz, AöR 111 (1986), 1 (30); Sannwald, ZRP 1993, 103 (109); Stern, in: FS Everling, 1995, S. 1469 (1481); Häde, JZ 1997, 269 (271); Kloepfer/Rossi, VerwArch. 94 (2003), 319 (331); Koriath, ZSE 2004, 212 (223).

<sup>26</sup> VerfGH Bln., DVBl. 2004, 308 (315).

<sup>27</sup> Ähnlich nun auch VerfGH NRW, DÖV 2004, 121 (124).

<sup>28</sup> NdsStGH, NdsVBl. 1997, 227 (229).

<sup>29</sup> VerfGH NRW, DÖV 2004, 121 ff.

<sup>30</sup> BVerfGE 79, 311 (312).

VerfGH oder bei der Opposition, die auf die Einhaltung bloßer Formvorschriften geklagt hätte. Zugleich nutzten Teile von Regierung und parlamentarischer Mehrheit die Nichtigkeit des Haushaltsgesetzes, um ihren rigiden Sparkurs innerparteilich und gegenüber der Öffentlichkeit zu rechtfertigen und um der Forderung nach Sonderergänzungszuweisungen vom Bund Nachdruck zu verleihen<sup>31</sup>. Dennoch stellt die Nichtigkeitsklärung die einzige Möglichkeit dar, über eine rein feststellende Wirkung hinaus die Verantwortlichen nicht nur zu benennen, sondern sie auch mit den Folgen ihrer verfassungswidrigen haushaltsgesetzgeberischen Praxis zu konfrontieren.

### III. Überfassungsrechtliche Ausnahme?

Die besondere Bedeutung der Entscheidung des Berliner VerfGH liegt aber vor allem darin, dass sie über den eindeutigen Wortlaut des Art. 87 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 VvB hinaus eine weitere Ausnahme von der grundsätzlichen Kreditbegrenzungsregel für den Fall statuiert, dass sich ein Bundesland in einer extremen Haushaltsnotlage befindet. Einer solchen Möglichkeit der überverfassungsrechtlichen Ausnahme von der grundsätzlichen Kreditbegrenzungsregel ist entschieden zu widersprechen.

#### 1. Verfassungsfortbildung als obiter dicta

Zunächst ist zu betonen, dass es der Ausführungen über eine zusätzliche Ausnahmebestimmung für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Haushaltsgesetzes im konkreten Fall nicht bedurft hätte. Zwar ist nicht zu übersehen, dass der VerfGH mit seinen Ausführungen erkennbar auf die politische Argumentation des Haushaltsgesetzgebers eingeht, die sich auf die Kurzformel bringen lässt: »Wir können keinen verfassungskonformen Haushalt beschließen, selbst wenn wir wollten.« Hintergrund dieser Argumentation ist die zum Teil zutreffende Analyse, dass den Ländern und also auch Berlin nach den derzeitigen Regelungen der grundgesetzlichen Finanzverfassung keine nennenswerte Einnahmenautonomie zusteht, sie aber umgekehrt zu einem erheblichen Teil durch Bundesgesetze zu Ausgaben verpflichtet werden<sup>32</sup>. Doch diese Argumentation hatte der Berliner Haushaltsgesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren – wohlweislich – gar nicht vorgebracht, verwendete er hier doch (vergeblich) alle Mühe darauf, die übermäßige Verschuldung mit der Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu begründen. Die Verfassungswidrigkeit des HG 2002/2003 wäre also auch ohne die Ausführungen zu einer überfassungsrechtlichen Ausnahme feststellbar gewesen. Sie sind demnach als bloßes obiter dicta zu qualifizieren, als eines freilich, das in der Praxis bereits Wirkung gezeigt hat. So hat der Berliner Haushaltsgesetzgeber den Doppelhaushalt für die Jahre 2004/2005 mitsamt seinen die Investitionshöhe abermals überschreitenden Kreditermächtigungen auf eben diese Ausnahmemöglichkeit gestützt<sup>33</sup>.

31 Vgl. hierzu Wieland, ZSE 2004, 527 ff.; sowie die Erwiderung von Koriath, ZSE 2004, 212 ff.; vgl. auch Musil/Kroymann, DVBL 2004, 1204 ff.

32 Vgl. hierzu Kloepfer/Rossi, VerwArch. 94 (2003), 319 (321).

Möglicherweise liegt genau hierin auch der (politische) Grund für die Begründung einer überfassungsrechtlichen Ausnahme durch den VerfGH: Vielleicht sollte dem Berliner Haushaltsgesetzgeber ein verfassungskonformer Haushalt ermöglicht werden, wohl wissend, dass eine übermäßige Verschuldung auch in Zukunft nicht auf die einzige verfassungsrechtliche Ausnahme wird gestützt werden können, weil sie eben nicht der Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, sondern schlicht der Deckung des allgemeinen Landeshaushalts dient. Dieses politische Zugeständnis wäre indes teuer erkaufte, denn die Begründung einer überfassungsrechtlichen Ausnahme ist nicht überzeugend und richtet erheblich mehr Schaden an als sie Nutzen stiftet. Verlierer des Urteils sind das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht, die zukünftigen Generationen und das Vertrauen in das Verfassungsrecht. Positiv ist allenfalls zu bewerten, dass die Verknüpfung von extremer Haushaltsnotlage und übermäßiger Verschuldung eines Landes das Problem in gewissem Maße an der richtigen Stelle loziert. Denn ohne Frage liegt in der Verteilung der Einnahmen- und Ausgabenbefugnisse zwischen Bund und Ländern eine der Ursachen für die in fast allen Bundesländern anzutreffenden Haushaltsprobleme. Doch der VerfGH hat – zumindest in Bezug auf Bundesrecht – de lege lata zu entscheiden.

#### 2. Verhältnis von extremer Haushaltsnotlage und Kreditbegrenzung

Mit der überfassungsrechtlichen Ausnahme, im Falle einer extremen Haushaltsnotlage die grundsätzliche Kreditbegrenzung überschreiten zu dürfen, verkennt der VerfGH das Kausalverhältnis zwischen einer extremen Haushaltsnotlage und den Kreditbegrenzungsbestimmungen. Keinesfalls gestattet eine extreme Haushaltsnotlage – und sei es auch nur ausnahmsweise – die Überschreitung der verfassungsrechtlichen Verschuldungsgrenzen, sondern umgekehrt sollen die verfassungsrechtlichen Verschuldungsgrenzen eine extreme Haushaltsnotlage gerade verhindern. Andernfalls verstärkte sich die Schuldenspirale der öffentlichen Haushalte immer mehr, weil die extrem hohe Verschuldung eine weitere übermäßige Verschuldung legitimierte. Die Impulse, die für die Politik von der Möglichkeit ausgehen, im Falle einer extremen Haushaltsnotlage übermäßige Schulden machen zu dürfen, wären fatal: Sie erhöhten den Anreiz, sich in eine extreme Haushaltsnotlage zu manövrieren<sup>34</sup>, weil die Kosten für die politischen Maßnahmen dann nicht nur auf den Bund und die anderen Länder, sondern zusätzlich auch auf die nachfolgenden Generationen verlagert werden könnten.

#### 3. Keine grundgesetzliche Verpflichtung

Der VerfGH begründet seine Überschreitung des landesverfassungsrechtlichen Wortlauts<sup>35</sup> mit der grundgesetzli-

33 Vgl. die Begründung zum HG 2004/2005, Abgh.-DruckS. 15/1800, S. 1, 9 und passim.

34 Ähnlich die Einschätzung von Koriath, ZSE 2004, 212 (235 f.).

35 Art. 87 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 VvB: »Ausnahmen sind nur zulässig zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts.«

chen Verpflichtung der Länder, bei ihrer Haushaltswirtschaft dem gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht Rechnung zu tragen (Art. 109 Abs. 2 GG). Dogmatisch soll dabei wohl die Normenhierarchie die Verfassungsfortentwicklung *contra constitutionem* legitimieren. Indes lässt sich Art. 109 Abs. 2 GG keine Verpflichtung entnehmen, die landesverfassungsrechtlichen Kreditbegrenzungsregeln derart aufzuweichen. Zutreffend ist zwar, dass ein durch eine extreme Haushaltsnotlage betroffenes Land seine Fähigkeit zu einem konjunkturgerechten Haushaltsgebaren und zu konjunktursteuerndem Handeln verliert<sup>36</sup>. Zutreffend ist auch, dass in einem solchen Fall die Solidargemeinschaft von Bund und Ländern verpflichtet ist, dem betroffenen Land die Fähigkeit zu konjunktursteuerndem Handeln zurückzugeben, notfalls mit Hilfe von Sonderbedarfs-Bundesergänzungszuweisungen i. S. von § 12 MaßstG. Doch dieses »bündische Prinzip des Einstehens füreinander«<sup>37</sup> begründet Pflichten vor allem für den Bund und die anderen Ländern und verlangt vom in einer extremen Haushaltsnotlage befindlichen Land nicht die Ausweitung konjunkturindizierter Verschuldungen, sondern vielmehr umgekehrt ausreichende Eigenanstrengungen, um sich aus der Haushaltsnotlage zu befreien. Die grundgesetzliche Verpflichtung auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht darf nicht als Vorwand dafür benutzt werden, um die Verschuldung weiter in die Höhe zu treiben und sich dabei noch über landesverfassungsrechtliche Grenzen hinwegzusetzen. Vielmehr ist die Frage, ob und inwieweit sich ein in einer extremen Haushaltsnotlage befindliches Land an einer Konjunkturpolitik beteiligen kann, der eigenständigen Entscheidung dieses Landes insofern entzogen und den Gremien überlassen, in denen sich die gemeinsame konjunkturpolitische Verpflichtung von Bund und Ländern widerspiegelt (Konjunkturrat, Finanzplanungsrat).

#### 4. Unklare Voraussetzungen

Selbst wenn man dem VerfGH darin folgen wollte, dass ein Land sich – zur Not mit übermäßiger Verschuldung – seine konjunkturpolitischen Steuerungsfähigkeiten auch dann erhalten muss, wenn es sich in einer extremen Haushaltsnotlage befindet, so bleiben die Voraussetzungen einer solchen überverfassungsrechtlichen Ausnahme doch unklar. Bezweifeln kann man schon den Umstand, dass ein Land für sich selbst erklären darf, ob es sich in einer extremen Haushaltsnotlage befindet oder nicht<sup>38</sup>. Der politische Prozess, in dem das Finanzausgleichsgesetz ausgehandelt wird, steht einer solchen Feststellung an sich ebenso entgegen wie die Tatsache, dass letztverbindlich das Bundesverfassungsgericht über den Anspruch eines Landes auf besondere Unterstützung durch den Bund und die anderen Länder entscheidet. Fraglich ist vor allem aber auch, wie sich die konkreten Ausgaben errechnen, zu deren Erfüllung das Land sich nach Auffassung des VerfGH übermäßig verschulden darf. Der VerfGH spricht

insofern von »bundesrechtlich festgelegten sowie auf landesverfassungsrechtlichen Vorgaben beruhenden Ausgabenverpflichtungen«<sup>39</sup>. In der Beschränkung auf die Leistung solcher zwingenden Ausgaben sieht der VerfGH möglicherweise eine wirkungsvolle Begrenzung der überverfassungsrechtlichen Ausnahme, denn sie nimmt den politischen Akteuren des Landes die Möglichkeit einer eigenständigen gestalterischen Politik. Doch fraglich ist, welche Ausgaben landesverfassungsrechtlich determiniert sind. Nur solche, denen eine subjektive Rechtsposition zu Grunde liegt, oder auch solche, die auf einem objektivrechtlichen Gesetzgebungsauftrag beruhen, wie etwa »Maßnahmen zur Gewährleistung gleichwertiger Lebensbedingungen Behinderter« (Art. 11 Satz 2 VvB) oder solche, mit denen »Frauen und Männern ermöglicht wird, Kindererziehung und häusliche Pflegetätigkeit mit der Erwerbstätigkeit und der Teilnahme am öffentlichen Leben zu vereinbaren« (Art. 12 Abs. 5 VvB)?

#### 5. Unklare Folgen

Vor allem aber hat sich der VerfGH bei seiner Begründung einer überverfassungsrechtlichen Ausnahme vom Grundsatz der Kreditbegrenzung offensichtlich nur wenig Gedanken über die möglichen Folgen einer solchen Ausnahmemöglichkeit gemacht. Wie stellt sich die Situation dar, wenn Berlin sich unter Berufung auf eine extreme Haushaltsnotlage über Jahre hinweg übermäßig verschuldet, eine solche aber vom Bundesverfassungsgericht letztlich nicht festgestellt wird, sei es, weil sich die Situation in Berlin für Außenstehende nicht so schlecht darstellt, wie sie in Berlin empfunden wird, sei es, weil sich die Situation in anderen Bundesländern ebenfalls verschlimmert hat und auch diese Länder auf Bundesergänzungs-Sonderzuweisungen klagen? Diese möglichen Szenarien verdeutlichen, dass die Entscheidung des VerfGH nicht nur das Landesverfassungsrecht betrifft, sondern möglicherweise weitgehende Folgen für das ohnehin schon komplizierte bundesverfassungsrechtliche Finanzausgleichssystem zwischen dem Bund und den Ländern nach sich zieht. Und auch mit einer naheliegenderen Variante hat sich der VerfGH nicht näher auseinander gesetzt: Was passiert, wenn das Land Berlin sich zur Rechtfertigung einer übermäßigen Verschuldung zwar auf die überverfassungsrechtliche Ausnahme beruft, deren Voraussetzungen aber nicht einhält, also nicht nur obligatorische Ausgaben finanziert, sondern deutlich über diese hinausgeht? Die wichtigste Kontrollmöglichkeit besteht in solchen Fällen in den Darlegungslasten, die der VerfGH dem Haushaltsgesetzgeber auferlegt hat: »Zu fordern ist vom Haushaltsgesetzgeber ... im Rahmen eines schlüssigen Sanierungskonzepts die detaillierte Darlegung, dass im Haushaltsplan veranschlagte Ausgaben zwingend erforderlich sind und alle möglichen Einnahmequellen und Ausgabeneinschränkungen ausgeschöpft wurden.«<sup>40</sup> Ob diese formelle Darlegungslast im Gesetzgebungsverfahren ausreichend ist, um die Einhaltung der vom VerfGH statuierten Voraussetzungen zu gewährleisten, unter denen die überverfas-

36 BVerfGE 86, 148 (266).

37 BVerfGE 86, 148 (264).

38 Kritisch insofern Gehlen, DÖV 1991, 237 (238); Bleckmann, JZ 1988, 946 (948).

39 VerfGH Bln., DVBl. 2004, 308 (312).

40 VerfGH Bln., DVBl. 2004, 308 (312).

sungsrechtliche Ausnahme vom Grundsatz der Kreditbegrenzung in Anspruch genommen werden kann, muss aber bezweifelt werden.

#### IV. Unzureichende Kontrollmöglichkeiten

Dass eine formelle Darlegungslast – sei es für die geschriebenen, sie es für die ungeschriebenen Voraussetzungen der Ausnahme vom kreditbegrenzenden Junktim – für sich genommen die Beachtung materieller Vorgaben nicht zu gewährleisten vermag, zeigt sich auch und gerade an der konkreten Situation in Berlin. Über mehrere Jahre und Legislaturperioden hinweg wurde gegen die verfassungsrechtliche Kreditbegrenzung verstoßen, ohne dass dies rechtliche oder auch nur politische Konsequenzen nach sich gezogen hat. Dafür lassen sich zwei Ursachen ausmachen:

##### 1. Fehlender Verfassungsbindungswille und tendenzielles Ausgabengebahren

Zum einen ist zu erkennen, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben von den Parlamenten respektive deren regierungstragenden Mehrheiten nicht ernst genommen werden. In ihrem Wunsch nach Ausgabengebahren oder Steuer geschenken wird die den verfassungsrechtlichen Ausnahmenvorschriften zu Grunde liegende Kausalität vielmehr umgedreht: Nicht werden höhere Ausgaben bewilligt, um eine Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts abzuwehren, sondern umgekehrt wird eine Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts erklärt, um höhere Ausgaben rechtfertigen zu können. Fast scheint es, als freuten sich die Parlamente über die schlechte wirtschaftliche Lage, weil sie so eine übermäßige Verschuldung bewilligen können, ohne mit der Verfassung in Konflikt zu geraten. Besonders deutlich wird dieses Verhalten etwa in Schleswig-Holstein, wo ein Nachtragshaushalt im Dezember des Jahres 2003 mit der Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts begründet wurde, obwohl eine solche Störung in den letzten zwei Wochen eines Jahres keinesfalls mehr abgewendet werden kann. An sich müsste der schleswig-holsteinische Gesetzgeber die am Ende des Haushaltsjahres 2003 verbliebenen Defizite durch Einsparungen in den Haushalten der Jahre 2004 und 2005 ausgleichen<sup>41</sup>. Doch statt dessen nutzt er die im Jahre 2003 festgestellte Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts für Ausgaben in den Jahren 2004 und 2005, obwohl diese konjunkturzyklisch dann vielleicht gar nicht mehr geboten sind.

##### 2. Fehlende Kontrollinitianten

Vor allem aber zeigt das Beispiel Berlins sehr deutlich, dass das Kontrollsystem für die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Kreditbegrenzungsregel unzureichend ist. Dabei ist zunächst hervorzuheben, dass die öffentliche Meinung als Kontrolleur wenig taugt. Zum einen decken sich ihre Interessen regelmäßig nicht mit der auf Sparsamkeit zielenden Verfassung, sondern mit den ausgabefreudigen

Interessen der Regierung und der Parlamentsmehrheit. Zum anderen bleibt ihre Kritik letztlich ohne rechtliche Wirkung. Die Überschreitung der verfassungsrechtlichen Junktimklausel kann verbindlich nur vom jeweiligen Verfassungsgericht festgestellt werden. Da Verfassungsgerichte aber nur auf Antrag tätig werden, hängt die Wirksamkeit ihrer Kontrolle vom Tätigwerden eines Kontrollinitianten ab. Hier zeigt sich, dass es zumindest auf Landesebene zu wenig Antragsberechtigte gibt. Auf Bundesebene kann eine abstrakte Normenkontrolle gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG i. V. mit § 76 BVerfGG von der Bundesregierung, einer Landesregierung sowie von einem Drittel der Mitglieder des Bundestages initiiert werden. In Bezug auf Haushaltsgesetze des Bundes stehen also eine Reihe potenzieller Kontrollinitianten zur Verfügung, von denen insbesondere die parlamentarische Opposition bzw. einige der Landesregierungen auch durchaus ein ausreichendes politisches Interesse an einer Überprüfung des Haushaltsgesetzes des Bundes haben.

Auf Landesebene kann eine abstrakte Normenkontrolle dagegen regelmäßig nur von der Landesregierung oder einer Minderheit des Landesparlaments gerügt werden. Diese Beschränkung auf zwei potenzielle Antragsberechtigte mag auf den ersten Blick insbesondere deshalb ausreichend erscheinen, weil viele Landesverfassungen im Unterschied zum Grundgesetz schon den Antrag eines Viertels der Mitglieder des Parlaments genügen lassen und insofern die Kontrollmöglichkeiten der jeweiligen parlamentarischen Opposition verbessern. Doch aus zwei Gründen ist der Kreis der potenziellen Antragsteller auf Landesebene – bezogen zumindest auf Haushaltsgesetze – unzureichend.

Erstens ist nicht auszuschließen, dass das Quorum eines Viertels der Mitglieder immer noch zu hoch ist, um eine abstrakte Normenkontrolle gegen ein Haushaltsgesetz zu initiieren. Das gilt etwa für die Konstellationen, in denen die Regierung von einer großen Koalition getragen wird. Die besonders hohe Verschuldung des Landes Berlin ist bspw. unter anderem darauf zurückzuführen, dass die verfassungsrechtliche Kreditbegrenzungsregel unter der Verantwortung einer großen Koalition aus CDU und SPD über mehrere Jahre hinweg überschritten wurde, ohne dass dies von einer Oppositionsfraktion gerügt wurde. Zwar hatten die damaligen Oppositionsfraktionen (Bündnis 90/Die Grünen und PDS) zusammen mehr als ein Viertel der Abgeordneten, doch jede Fraktion für sich erreichte dieses notwendige Quorum nicht. Mangels politischer Verständigung zwischen den Oppositionsfraktionen kam es deshalb zu keinem Antrag auf Überprüfung der jeweiligen Haushaltsgesetze. Und zweitens können die politischen Anreize für die Opposition, das Haushaltsgesetz wegen übermäßiger Kreditfinanzierung auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüfen zu lassen, zu niedrig sein. Denn da auch (und häufig gerade) die Opposition nach der Gunst der Wähler strebt, spricht sie sich regelmäßig für eine Ausweitung der Ausgaben, selten dagegen für deren Begrenzung aus.

Da politische Distanz somit offensichtlich nicht genügt, um genügend Anreize für die verfassungsgerichtliche Überprüfung des Haushalt zu schaffen, wäre für eine ef-

<sup>41</sup> Dies erkennt auch der schleswig-holsteinische Haushaltsgesetzgeber, vgl. SH-Landtag, Drucks. 15/3048, S. 1 ff.



fektive Kontrolle des Haushaltsgesetzgebers die Antragsberechtigung eines Gremiums mit institutioneller Distanz erforderlich, das einerseits über das erforderliche Fachwissen zur Beurteilung der schwierigen Voraussetzungen, andererseits aber auch über die notwendige Unabhängigkeit von politischen Interessen verfügt. Beide Kriterien werden insbesondere von den Rechnungshöfen erfüllt. Es erscheint deshalb sinnvoll, die Landesrechnungshöfe in den Landesverfassungen bzw. in den entsprechenden Verfassungsgerichtsgesetzen als Initiatoren einer abstrakten Normenkontrolle zu berechtigen. Diese zusätzliche Antragsberechtigung ist auch insoweit erforderlich, als die Verfassungsmäßigkeit von Haushaltsgesetzen wegen deren bloß formellen Charakters regelmäßig nicht mit einer Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann. Um die politischen Befugnisse der Landesrechnungshöfe dabei nicht zu weit auszudehnen, sollte diese Antragsberechtigung aber strikt auf Haushaltsgesetze beschränkt bleiben.

## V. Ausblick

Leider ist nicht zu erwarten, dass sich der Berliner VerFGH in naher Zukunft erneut mit den landesverfassungsrechtlichen Grenzen der Staatsverschuldung wird befassen müssen – bis auf die FDP-Fraktion, die das notwendige

Quorum von einem Viertel der Abgeordneten des Abgeordnetenhauses nicht erreicht, haben sich die Oppositionsfaktionen gegen die Überprüfung des Berliner Haushaltsgesetzes 2004/2005 ausgesprochen, obwohl es starke Indizien dafür gibt, dass dieses Haushaltsgesetz die vom VerFGH postulierten Voraussetzungen an eine überverfassungsrechtliche Ausnahme vom Grundsatz der Kreditbegrenzung nicht erfüllt. Gleichwohl ist damit zu rechnen, dass ein anderes Landesverfassungsgericht sich früher oder später mit den vom Berliner VerFGH aufgestellten formellen und materiellen Voraussetzungen auseinandersetzen wird, die sich dann in der Praxis beweisen müssen. Die Verfassungsgerichte werden sich dabei nicht auf eine Überprüfung bloß formeller Darlegungslasten des Haushaltsgesetzgebers beschränken können. Sie sind vielmehr gehalten, detailliert zu überprüfen, ob die übermäßige Verschuldung allein der Finanzierung obligatorischer, also durch Bundesrecht oder durch Landesverfassungsrecht verbindlich vorgesehener Ausgaben dient. Wie diese Arbeit von – in der Regel ehrenamtlich tätigen – Landesverfassungsrichtern geleistet werden soll, ist fraglich. Möglicherweise werden wenn schon nicht rechtliche Überlegungen, dann doch diese praktischen Auswirkungen die künftige Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte beeinflussen.

## Die beamtenrechtliche Konkurrentenklage

### – Zum Ausgleich von Ämterstabilität und effektivem Rechtsschutz –

Von Privatdozent Dr. Rainer Wernsmann, Münster\*

*Die Rechtsprechung des BVerwG zur beamtenrechtlichen Konkurrentenklage schlingert. Ursprünglich hielt sie Rechtsschutz des übergangenen Bewerbers auf Neu- bescheidung nach einmal erfolgter Ernennung des Konkurrenten für ausgeschlossen, da die Stelle nicht mehr frei sei und auch nicht mehr frei zu machen sei (etwa durch Anfechtungsklage gegen die Ernennung des Konkurrenten)<sup>1</sup>. In einem obiter dictum stellte das BVerwG im Jahr 2001 seine ältere Rechtsprechung in Frage; es erscheine mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) schwer vereinbar, die Anfechtungsklage gegen die Ernennung des Konkurrenten auszuschließen<sup>2</sup>. In seiner Entscheidung aus dem Jahr 2003 hält es die Anfechtungsklage, mit der die Ernennung des Konkurrenten aufgehoben werden soll, damit die Stelle wieder frei wird, in bestimmten Konstellationen gar nicht mehr für erforderlich; vielmehr müsse der Dienstherr erforderlichenfalls eine neue Planstelle schaffen, wenn er den Kläger zu Unrecht übergangen habe<sup>3</sup>. Der Beitrag behandelt die Unsicherheiten und bemüht sich um eine Lösung, die sowohl den Erfordernissen des*

*effektiven Rechtsschutzes als auch den berechtigten Belangen der Ämterstabilität Rechnung trägt.*

## I. Einleitung

Der beamtenrechtliche Rechtsschutz des übergangenen Bewerbers oder der übergangenen Bewerberin wies bisher eine Vielzahl dogmatischer Besonderheiten auf. Vor allem hielt die bisherige ständige Rechtsprechung *nach der Ernennung des Konkurrenten* (Verpflichtungs-)Klagen des übergangenen Bewerbers für erledigt mit der Folge, dass sich der Rechtsschutz weitgehend in den Bereich der Eilverfahren verlagerte. Die Rechtsprechung begründete die Abweichungen vom verwaltungsprozessualen System mit den Prinzipien der *Ämterstabilität* und des *Vertrauensschutzes*. Danach sollte die einmal erfolgte Ernennung des Konkurrenten in der Regel nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Der übergangene Bewerber sollte dessen Ernennung mangels Klagebefugnis auch nicht anfechten können; mangels Zulässigkeit der Anfechtungsklage (der potenziellen »Wegbereiterin«) sollte auch die Verpflichtungsklage nicht mehr zum Erfolg führen können.

Diese ständige Rechtsprechungspraxis hat das BVerwG in einer Entscheidung vom 13. 9. 2001<sup>4</sup> in einem viel be-

\* Der Verfasser vertritt zurzeit eine Professur für Öffentliches Recht und Steuerrecht an der Universität Münster.

1 Vgl. etwa BVerwG vom 25. 8. 1988 – 2 C 62.85 –, BVerwGE 80, 127 ff.

2 BVerwG vom 13. 9. 2001 – 2 C 39.00 –, BVerwGE 115, 89 ff.

3 BVerwG vom 21. 8. 2003 – 2 C 14.02 –, DVBl. 2004, 317 ff.

4 BVerwGE 115, 89 ff.