

Rechtsgutachten
zu Testatspflichten der örtlichen Rechnungsprüfung

erstattet im Auftrage des

Instituts der Rechnungsprüfer e. V.

durch

Universitätsprofessor
Dr. *Janbernd Oebbecke*

Münster

im April 2022

Gliederung

1. Grundlagen

1.1 Der Gutachtauftrag

1.2 Gang der Untersuchung

1.3 Die kommunale Rechnungsprüfung und ihre Aufgaben

1.3.1 Rechtsstellung

1.3.2 Aufgaben

1.3.3 Außenvertretung der Gemeinde

1.4 Begriff des Testats

2. Gesetzliche Testatspflichten

2.1 Inhalt und Hintergrund der gesetzlichen Regelungen

2.1.1 § 7 Abs. 2 Satz 3 AG-SGB XII NRW

2.1.2 § 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGSGB

2.1.3 § 6a Abs. 3 AG-SGB II NRW

2.1.4 § 15 Abs. 3 Satz 2 KInvFöG NRW

2.1.5 § 14 HessenkasseG

2.1.6 Regulationssituationen

2.3 Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

2.3.1 Die Selbstverwaltungsgarantien als Maßstab

2.3.2 Die Testatspflicht als Eingriff in die Eigenverantwortlichkeit

2.3.3 Rechtfertigung des Eingriffs?

2.3.3.1 Abrechnung von Sozialausgaben nach SGB XII

a) Verpflichtung durch höherrangiges Recht?

b) Regelungsziel

c) Regelungsinhalt

d) Übermaßverbot

2.3.3.2 Verwendungsnachweis nach § 15 Abs. 3 Satz 2 KInvFöG NRW

a) Verpflichtung durch höherrangiges Recht?

b) Regelungsziel

c) Regelungsinhalt

d) Übermaßverbot

2.3.3.3 Prüfvermerk nach § 14 HessenkasseG

a) Regelungsziel

b) Regelungsinhalt

c) Übermaßverbot

2.3.4 Zwischenergebnis

2.4 Beachtung der Konnexitätsbestimmungen

2.4.1 §§ 7 Abs. 2 AG-SGB XII NRW, 15 Abs. 3 KInvFöG NRW

2.4.2 § 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGSGB

2.4.3 § 14 HessenkasseG

2.5 Rechtsschutzmöglichkeiten

3. Testatsverpflichtungen aufgrund von Verwaltungsvorschriften

3.1 Inhalt und Hintergrund der Verwaltungsvorschriften

3.1.1 Nr. 6.5 ANBest-Gk Bund

3.1.2 Nr. 7.2 ANBest-Gk Bund

3.1.3 Nr. 7.2 ANBest-P NRW

3.1.4 Nr. 8.2 ANBest-I NRW

3.1.5 Nr. 6.2.1 des Entwurfs der hessischen Richtlinie zur Förderung der regionalen Entwicklung

3.1.6 Bewertung des Befundes

3.2 Der zuwendungsrechtliche Rahmen

3.2.1 Begriff und Bedeutung der Zuwendungen

3.2.2 Haushaltsrechtliche Grundlagen

3.2.3 Die Verbindlichkeit der Allgemeinen Nebenbestimmungen

3.3 Rechtmäßigkeit der Testatspflicht

3.3.1 Der Gesetzesvorbehalt

3.3.2 Der Gleichheitssatz

3.3.2.1 Kommunen mit und ohne eigene Prüfungseinrichtung

3.3.2.2 Kommunen und Länder

3.3.3 Das Selbstverwaltungsrecht

3.3.4 Zwischenergebnis

3.4 Zur Konnexitätsrelevanz

3.5 Rechtsschutzmöglichkeiten

4. Zusammenfassung der Ergebnisse

4.1 Gesetzliche Testatspflichten

4.2 Testatspflichten aufgrund von Verwaltungsvorschriften

Literaturverzeichnis

1. Grundlagen

1.1 Der Gutachtauftrag

Das Institut der Rechnungsprüfer e. V. (IDR) hat den Unterzeichner um die Erstattung eines Rechtsgutachtens zu Testatspflichten gebeten. Der Hintergrund ist folgender:

Das IDR nimmt eine deutliche Zunahme der Belastung der örtlichen Rechnungsprüfungsämter durch Testatspflichten wahr. Solche Pflichten finden sich in gesetzlichen Bestimmungen und in Verwaltungsvorschriften, auf die in Förderbescheiden verwiesen wird. Das Rechtsgutachten soll klären, ob die Auferlegung solcher Testatspflichten rechtmäßig ist, ob damit Ausgleichspflichten nach den Konnexitätsbestimmungen ausgelöst werden und wie ggf. Rechtsschutz möglich ist.

Als Beispiele für die Auferlegung gesetzlich begründeter Testatspflichten sieht das IDR §§ 6a Abs. 3 AG-SGB II NRW, 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGSGB, § 14 HessenkasseG sowie § 15 Abs. 3 Satz 2 KInvFöG NRW an.

Verwaltungsvorschriften, die Testatspflichten vorsehen, werden auf der Grundlage der Haushaltsordnungen von Bund und Ländern erlassen und durch Zuwendungsbescheide unverändert verbindlich gemacht. Als Beispiele werden im Gutachtauftrag für Verwaltungsvorschriften des Bundes Nr. 6.5 ANBest-Gk und Nr. 7.2 ANBest-Gk, für Verwaltungsvorschriften des Landes Nordrhein-Westfalen Nr. 7.2 ANBest-P und Nr. 8.2 ANBest-I genannt.

1.2 Gang der Untersuchung

Die Untersuchung beschreitet in verschiedener Hinsicht rechtswissenschaftlich kaum erschlossenes Gelände. Das muss bei der Bewertung der Ergebnisse berücksichtigt werden.

Sieht man von einem Schriftwechsel zwischen der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände NRW und den zuständigen Ministerien der

Landesregierung¹ sowie einem Aufsatz² aus den Jahren 2013/14 und einer Kommentarstelle³ ab, gibt es soweit ersichtlich keine juristische Diskussion über Testatspflichten.

Die verfassungsrechtliche Bewertung von Pflichten im Zusammenhang mit Leistungen an Kommunen ist praktisch nicht erforscht. In Rechtsprechung und Schrifttum zum Zuwendungsrecht wird seit Jahren ausführlich über die Zulässigkeit des Widerrufs bei Verstößen gegen Allgemeine Nebenbestimmungen diskutiert, vor allem im Zusammenhang mit Verstößen gegen das Vergaberecht.⁴ Die hier maßgebliche Frage, nach welchen Maßstäben die Rechtmäßigkeit von Nebenbestimmungen zu beurteilen ist, wird im Schrifttum nur am Rande erörtert. Rechtsprechung dazu liegt soweit ersichtlich nicht vor.

Weil die einschlägigen Rechtsfragen sich deutlich unterscheiden, sollen die gesetzlich auferlegten Testatspflichten (2.) und Testatspflichten aufgrund von Verwaltungsvorschriften (3.) getrennt untersucht werden. Das gutachtliche Vorgehen wird dabei parallel gestaltet: Am Anfang steht jeweils eine Darstellung der jeweiligen Regelungen unter Einschluss ihres Zustandekommens und der vom Normsetzer verfolgten Intention. Daran schließt sich die Prüfung an, ob die Regelungen mit höherrangigem Recht vereinbar sind. Den Abschluss bilden die Prüfung darauf, ob die Konnexitätsregeln beachtet sind, und die Darstellung der Rechtsschutzmöglichkeiten. Schließlich wird das Ergebnis der Untersuchung zu den gesetzlichen Regelungen und zu den Testatspflichten aufgrund von Verwaltungsvorschriften zusammengefasst (4.)

¹ S. das Schreiben der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände NRW v. 29.3.2013 – 20.26.03 N (StNRW) und die gemeinsame Antwort des Finanzministeriums und des Ministeriums für Inneres und Kommunales NRW v. 31.1.2014 Az.: IC2-0044-3-10 (FM). Beide Schreiben sind unveröffentlicht.

² *Kämmerling*, GemH 2014, 84 ff.

³ *Deichsel*, in: BeckOk § 155 NKomVG Rn. 28 ff.

⁴ Aus der Rechtsprechung etwa OVG Münster, Urt. v. 22.2.2005 – 15 A 1065/04 -, NVwZ-RR 2006, 86 ff.; VGH München, Urt. v. 9.2.2015 – 4 B 12.2325 -, BeckRS 2015, 42468; OVG Münster, Beschl. v. 15.8.2019 – 15 A 2792/18 -, NVwZ-RR 2020, 333 ff.; aus dem Schrifttum etwa Portz, ZfBR 2021, 514 ff.; Burgi, NZBau 2013, 605 f.; Attendorn, NVwZ 2006, 991 ff.; Aulbert S. 94 ff.

Bevor auf Inhalt und Zulässigkeit der Testatspflicht eingegangen wird, soll als Basis und Hintergrund der gutachtlichen Überlegungen zum einen auf Rechtsstellung und Aufgaben der kommunalen Rechnungsprüfung⁵ (1.3), zum anderen auf den Begriff des Testats (1.4) eingegangen werden.

1.3 Die kommunale Rechnungsprüfung und ihre Aufgaben

Im Folgenden werden knapp die Rechtsstellung (1.3.1) und die Aufgaben (1.3.2) der kommunalen Rechnungsprüfung dargestellt und es wird darauf eingegangen, wer die Gemeinde nach außen vertritt (1.3.3). Dabei wird auch erörtert, ob und wieweit die kommunale Rechnungsprüfung die Vorgänge, um die es geht, nach den kommunalrechtlichen Vorschriften prüfen muss und darf. Dabei wird das vor allem Recht des Landes Nordrhein-Westfalen zugrunde gelegt.

1.3.1 Rechtsstellung

Wesentlich gekennzeichnet ist die Rechtsstellung der örtlichen Rechnungsprüfung bundesweit durch ihre sachliche Unabhängigkeit⁶. Die Rechnungsprüfung ist bei der Erfüllung ihrer Prüfungsaufgaben unabhängig und an Weisungen nicht gebunden (§§ 101 Abs. 2 Satz 1 GO NRW, 103 Abs. 2 Satz 1 GO Sn).⁷ Wie die Rechnungsprüfung die ihr zugewiesenen Aufgaben erfüllt, ist also ihre autonome Entscheidung. Das gilt auch da, wo sie einen Prüfauftrag erfüllt. Diese sachliche Unabhängigkeit gilt gerade für Fälle, in denen das Prüfergebnis innerhalb der Gemeindeverwaltung oder von anderen Gemeindeorganen als unwillkommen angesehen wird, etwa weil sich aus den festgestellten Sachverhalten unliebsame Rechtsfolgen für die Gemeinde oder einzelne Organe oder Funktionsträger ergeben.

Im vorliegenden Zusammenhang bedeutsam ist jedoch, dass der örtlichen Rechnungsprüfung je nach landesrechtlicher Regelung durch andere Organe⁸

⁵ So nach § 101 Abs. 1 Satz 1 GO die Terminologie in NRW (dazu *Oebbecke/Desens* S. 4 f.); in den meisten Ländern wird die traditionelle Bezeichnung „Rechnungsprüfungsamt“ verwandt.

⁶ Dazu auch *Kämmerling*, GemH 2015, 73 f.

⁷ S. dazu auch *Bätge*, GemH 2021, 252.

⁸ Etwa durch den Bürgermeister (§ 104 Abs. 4 GO NRW), den Rat (§ 106 Abs. 2 Satz 3 GO Sn) oder den Gemeindevorstand, den Bürgermeister, den für Finanzen zuständigen Beigeordneten und die Gemeindevertretung (§ 131 Abs. 2 GO Hess).

weitere Prüfaufträge übertragen werden. Ein solcher Prüfauftrag kann auch erteilt werden, wenn die Vorlage eines Testats Voraussetzung für eine staatliche Förderung ist. Damit wird die Rechnungsprüfung bei der Wahl ihrer Prüfungsgegenstände beschränkt, wie sie diesen Auftrag wahrnimmt, entscheidet sie jedoch auch in diesen Fällen selbst.⁹ Wegen der Unabhängigkeit der Rechnungsprüfung muss der Auftraggeber das Ergebnis der Prüfung auch dann hinnehmen, wenn es ihn nicht zufriedenstellt.

Die sachliche Unabhängigkeit ist dadurch abgesichert, dass die Leitungsperson hauptamtlich bei der Gemeinde bedienstet sein muss (§§ 101 Abs. 3 Satz 1 GO NRW, 103 Abs. 2 Satz 1 GO Sn), durch den Rat berufen und abberufen wird (§§ 101 Abs. 4 Satz 1 GO, 28 Abs. 2 Nr. 12 und 13 GO Sn) und nur mit Zweidrittelmehrheit und nur dann abberufen werden kann, wenn die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben nicht mehr gewährleistet ist (§§ 101 Abs. 5 GO NRW, 103 Abs. 4 GO Sn). Leitung und Prüfer dürfen nicht der Vertretung angehören und eine andere Stellung in der Gemeinde nur innehaben, wenn dies mit ihren Prüfungsaufgaben vereinbar ist (§§ 101 Abs. 4 Satz 2 GO NRW, 103 Abs. 5 Satz 2 GO Sn).¹⁰

Obligatorisch ist die Einrichtung einer örtlichen Rechnungsprüfung in allen Flächenländern nur für Gemeinden ab einer bestimmten Größe. Diese wird teilweise in Anknüpfung an einen bestimmten Status,¹¹ teilweise unter Bezug auf die Einwohnerzahl¹² festgelegt. Das trägt der Überlegung Rechnung, ob „ein Bedürfnis dafür besteht und die Kosten in angemessenen Verhältnis zum Umfang der Verwaltung stehen“ (Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GO BY). Allerdings ist je nach Landesrecht die Erfüllung der Aufgabe Rechnungsprüfung im Wege der kommunalen Gemeinschaftsarbeit zulässig. Kleineren Gemeinden wird vielfach die Möglichkeit eröffnet, die Rechnungsprüfung auf andere Weise sicherzustellen.

⁹ Oebbecke/Desens S. 19.

¹⁰ Ähnliche Regelungen gelten etwa auch in Baden-Württemberg (§§ 109, 112 Abs 2 GO BW), Niedersachsen (§§ 154, 155 Abs. 2 NdsKomVG) oder Bayern (Art. 103, 104 Abs. 2 Satz 2 Go Bayern).

¹¹ So etwa § 101 Abs. 1 Satz 1 GO NRW.

¹² So etwa § 114 GO SH.

1.3.2 Aufgaben

Die wichtigste Aufgabe der örtlichen Rechnungsprüfung ist, soweit damit nicht ein Wirtschaftsprüfer beauftragt wird (§ 102 Abs. 2 GO NRW), die Mitwirkung an der Prüfung des Jahresabschlusses (§§ 59 Abs. 2, 102 Abs. 1 GO NRW, 128 GO Hess; 104 Abs. 1 GO Sn; 156 NdsKOMVG; Art. 103 Abs. 1 GO Bayern).

Die Gemeindeordnung sieht noch eine Reihe weiterer Aufgaben der örtlichen Rechnungsprüfung vor. Pflichtaufgaben sind u.a. die dauernde Prüfung der Vorgänge in der Finanzbuchhaltung, die dauernde Überwachung der Zahlungsabwicklung der Gemeinde, die Prüfung der Vergaben und die Prüfung der Wirksamkeit interner Kontrollen im Rahmen des internen Kontrollsystems (§ 104 Abs. 1 GO NRW). Fakultative Aufgabe der örtlichen Rechnungsprüfung ist u. a. die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und der Zweckmäßigkeit der Verwaltung (§ 104 Abs. 2 GO NRW). Der Rat kann ihr weitere Aufgaben übertragen (§ 104 Abs. 3 GO NRW) und der Bürgermeister kann ihr unter Mitteilung an den Rechnungsprüfungsausschuss Prüfungsaufträge erteilen (§ 104 Abs. 4 GO NRW)¹³.

In dem unter 1.2 erwähnten Schriftwechsel zwischen der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände NRW und den beiden Ministerien haben die Ministerien darauf hingewiesen, die örtliche Rechnungsprüfung sei „im Rahmen der Abwicklung einer erhaltenen Landeszuwendung ... nach den gemeinderechtlichen Bestimmungen regelmäßig mehrmals betroffen, ohne dass es einer gesonderten Anforderung des Zuwendungsgebers bedarf.“¹⁴ Genannt werden dann die laufende Prüfung der Vorgänge in der Finanzverwaltung, ggf. die dauernde Überwachung der Zahlungsabwicklung, die Prüfung der Vergaben. In diesem Rahmen dürfe „eine allgemeine Bewertung gelingen, ob die Kommunen im Sinne der Zwecksetzung einer erhaltenen Zuwendung“ wirtschaftete. Es stehe auch in der Macht des Bürgermeisters, einen gesonderten Prüfungsauftrag zu erteilen.

¹³ Zur Beachtlichkeit von Kapazitätsgrenzen s. *Oebbecke/Desens* S. 18.

¹⁴ Gemeinsame Antwort des Finanzministeriums und des Ministeriums für Inneres und Kommunales NRW v. 31.1.2014 Az.: IC2-0044-3-10 (FM).

Die Seriösität dieser Aussage hängt daran, wie man „betroffen“ versteht. Sie trifft zu, wenn man eine irgendwie geartete Befasstheit als Betroffenheit versteht; versteht man „betroffen“, was näher liegt, dahin, dass man einem Umstand unabhängig vom eigenen Willen ausgesetzt ist, trifft sie nicht zu. Unbestreitbar hat die örtliche Rechnungsprüfung die generelle Pflicht, die Vorgänge in der Finanzverwaltung, die Zahlungsabwicklung und Vergaben und im Auftrag des Bürgermeisters auch einzelne Vorgänge zu prüfen. Diese Hinweise auf die Rechtslage verfehlen allerdings das Thema, um das es damals in dem Schriftwechsel und hier geht. Keine dieser Pflichten beinhaltet nämlich, dass die örtliche Rechnungsprüfung eine der Abrechnungen oder einen der Verwendungsnachweise, um die es hier geht, überhaupt zu einem bestimmten Zeitpunkt und in einer bestimmten Weise prüfen muss¹⁵. Sie geben lediglich an, dass die Entscheidung, ob sie eine Prüfung vornehmen will, und ggf. deren Durchführung zu ihren Aufgaben gehört.

Soweit nicht durch Gesetz und Rechtsverordnung ausdrücklich bestimmte Vorgaben für die Tätigkeit der örtlichen Rechnungsprüfung gemacht werden, entscheidet diese nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen und in Ausübung ihrer fachlichen Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit, wann und wie sie prüft. Ohnehin bedeutet hier wie sonst auch Pflichtigkeit einer Aufgabe mangels näherer Regelung nur, dass sie überhaupt wahrzunehmen ist. Die Entscheidung über das Wie obliegt der zuständigen Stelle, hier der örtlichen Rechnungsprüfung. Nach Kommunalverfassungsrecht besteht also in keinem der hier zu untersuchenden Fälle eine Testatspflicht der örtlichen Rechnungsprüfung im Sinne einer Pflicht zu einer bestimmten Prüfung zu einem bestimmten Zeitpunkt.

1.3.3 Außenvertretung der Gemeinde

Die Außenvertretung der Gemeinde obliegt dem dafür zuständigen Gemeindeorgan,

¹⁵ So auch *Deichsel*, in: BeckOk § 155 NKomVG Rn. 28.

in der Regel dem Bürgermeister¹⁶ und nicht der örtlichen Rechnungsprüfung¹⁷. Sind Testate vorzulegen, werden diese von der Rechnungsprüfung ausgestellt. Sie staatlichen Behörden vorzulegen oder zu übermitteln, ist nach geltendem Kommunalverfassungsrecht als Akt der Außenvertretung der Gemeinde aber Sache des Bürgermeisters.

Bei den Vertretungsregelungen der Kommunalverfassungsgesetze handelt es sich aber um einfaches Gesetzesrecht. Der zuständige Landesgesetzgeber könnte davon eine spezialgesetzliche Ausnahme anordnen und die Rechnungsprüfung im Einzelfall für einen besonderen Fall zur Vertretung der Gemeinde berufen. Soweit ersichtlich ist das aber bisher in keinem Fall geschehen. Rechtspolitisch wäre eine solche Regelung auch wenig klug, weil sie das einheitliche rechtliche Erscheinungsbild, das die Gemeinde bei aller Differenziertheit ihrer Willensbildung nach außen abgibt, in Frage stellen würde.

Für staatliche Verwaltungsbehörden des Landes, aber auch des Bundes ist die kommunalverfassungsgesetzliche Zuständigkeitsordnung, auch soweit es die Vertretung der Gemeinde betrifft, wegen Art. 20 Abs. 3 GG jedoch eine verbindliche Vorgabe, die nicht zu ihrer Disposition steht. Würde durch einen Verwaltungsakt oder eine den Erlass bzw. den Inhalt von Verwaltungsakten steuernde Verwaltungsvorschrift angeordnet, dass die Rechnungsprüfung ihr Testat selbst einer staatlichen Verwaltungsbehörde vorzulegen hätte, wäre diese Regelung rechtswidrig.¹⁸ Man wird eine entsprechende Formulierung aber häufig gesetzeskonform dahin auslegen können, dass die Vorlage des Testats durch den Bürgermeister ausreicht.

1.4 Begriff des Testats

Der Begriff des Testats meint im allgemeinen Sprachgebrauch eine Bescheinigung

¹⁶ Etwa §§ 63 GO NRW, 51 Abs. 1 Satz 2 GO SN, 42 Abs. 1 Satz 1 GO BW, 86 Abs. 1 Satz 2 KVerf Nds; in Hessen obliegt die Vertretung der Gemeinde dem Gemeindevorstand, für den der Bürgermeister die Erklärungen abgibt (§ 71 Abs. 1 GO Hess).

¹⁷ *Kämmerling*, GemH 2014, 89.

¹⁸ Zur Rechtswidrigkeit wegen Unmöglichkeit Maurer/Waldhoff § 10 Rnr. 53.

oder Beglaubigung¹⁹. Mit der Verwendung des Begriffs als solcher ist noch nichts über den fachlichen Wert, die Vertrauenswürdigkeit oder die Bindung des Ausstellers als spezielle rechtliche oder professionelle Standards gesagt. Besondere Eigenschaften eines Testats im erwähnten Sinne können sich jedoch im Wege der Auslegung aus der jeweiligen Rechtsvorschrift ergeben. Sie können den Aussteller betreffen, aber auch auf welche Umstände sich das Testat bezieht und welchen Inhalt es haben muss²⁰.

Als Aussteller eines Testats werden im nordrhein-westfälischen Recht neben der örtlichen Rechnungsprüfung etwa genannt:

- der zuständige Hauptverwaltungsbeamte oder Kämmerer,²¹
- Wirtschaftsprüfer, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften oder ehemals vereidigte Buchprüfer,²²
- Aktuare²³
- Lehrende²⁴.

Zum Inhalt schreibt § 322 Abs. 1 Satz 2 und 3 HGB für den Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers vor: „Der Bestätigungsvermerk hat Gegenstand, Art und Umfang der Prüfung zu beschreiben und dabei die angewandten Rechnungslegungs- und Prüfungsgrundsätze anzugeben; er hat ferner eine Beurteilung des Prüfungsergebnisses zu enthalten. In einem einleitenden Abschnitt haben zumindest die Beschreibung des Gegenstands der Prüfung und die Angabe zu den angewandten Rechnungslegungsgrundsätzen zu erfolgen.“ Eine derartige Präzisierung der Art der Prüfung und damit des Aussagegehalts eines Testats ist

¹⁹ <https://www.duden.de/rechtschreibung/Testat> (Abruf 13.2.2022).

²⁰ Dazu *Kämmerling*, GemH 2014, 85 f.

²¹ § 18 Abs. 2 TIntG

²² §§ 21 Abs. 8 KHGG; 6 Abs. 4 Finanzierungsverordnung MRV.

²³ Art. 19 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. Art. 16 Abs. 3 Nr. 2 Anlage zum Staatsvertrag zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und dem Freistaat Bayern über die Zugehörigkeit der Mitglieder der Patentanwaltskammer die ihren Kanzleisitz in Nordrhein-Westfalen eingerichtet haben, zur Bayerischen Rechtsanwalts- und Steuerberaterversorgung vom 19. März 2013 (GVBl. 143).

²⁴ §§ 4 Abs. 7 Prüfungsordnung für den Zusatzstudiengang Klavierkammermusik und -begleitung an der Robert-Schumann-Hochschule Düsseldorf; 6 Abs. 1 Besondere Rechtsvorschriften für die Fortbildungsprüfung der zahnmedizinischen Fachangestellten oder Zahnarzhelfer/innen zur Kieferorthopädieassistentin oder zum Kieferorthopädieassistenten.

indessen keineswegs die Regel.

2. Gesetzliche Testatspflichten

Zusätzlich zu den im Gutachtenauftrag genannten gesetzlichen Regelungen soll hier auch § 7 Abs. 2 Satz 3 AG-SGB XII NRW in die Untersuchung einbezogen werden, in dem ausdrücklich von einem Testat der örtlichen Rechnungsprüfung die Rede ist.

2.1 Inhalt und Hintergrund der gesetzlichen Regelungen

Soweit ersichtlich finden sich Testatspflichten erstmals in den Ausführungsgesetzen zum SGB XII in Nordrhein-Westfalen (2.1.1) und Sachsen (2.1.2) und dann im nordrhein-westfälischen Ausführungsgesetz zum SGB II (2.1.3). Jünger sind die Regelungen in § 15 Abs. 3 Satz 2 KInvFöG NRW (2.1.4) und § 14 HessenkasseG (2.1.5). Unter 2.1.6 wird vergleichend beschrieben, für welche Regelungssituationen Testate der örtlichen Rechnungsprüfung vorgesehen sind.

2.1.1 § 7 Abs. 2 Satz 3 AG-SGB XII NRW

Mit dem AG-SGB XII hat das Land Nordrhein-Westfalen im Zusammenhang mit der Neuordnung der Sozialhilfe durch die sog. Hartz-Reformen die Zuständigkeiten für die Ausführung des SGB XII in Nordrhein-Westfalen geregelt. Nachdem sich der Bund und die Länder im Vermittlungsverfahren darauf geeinigt hatten, dass der Bund den Ländern die Aufwendungen für die Grundsicherung zuerst schrittweise und ab 2014 vollständig erstattet, wurden auch die Vorschriften über die Kostenerstattung im Verhältnis zwischen dem Land und den kommunalen Trägern in das Gesetz aufgenommen.²⁵ § 7 Abs. 2 AG-SGB XII NRW enthält die Regelungen über die von den kommunalen Trägern zu erbringenden Nachweise. § 7 Abs. 2 Satz 1 bis 2 AG-SGB-XII NRW lauten: „Die Träger gewährleisten, dass ihre Ausgaben begründet und belegt sind und den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen. Sie bestätigen dieses zusammen mit dem Nachweis ihrer Ausgaben. Dem Jahresnachweis nach Absatz 5 ist daneben auch ein Testat der örtlichen Rechnungsprüfung beizufügen.“

²⁵ Zweites Gesetz zur Änderung des Landesausführungsgesetzes zum Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch - Sozialhilfe - für das Land Nordrhein-Westfalen v. 5.3.2013 (GVBl. 130).

Die Bestimmung entspricht dem Text des Regierungsentwurfs. Begründet wird sie dort so: „Absatz 2 benennt die weiteren Anforderungen zur Weiterleitung/Auszahlung des Bundeserstattungsanteils. Entsprechend den bundesgesetzlichen Regelungen müssen die zuständigen Träger gewährleisten, dass die Ausgaben begründet und belegt sind, sowie den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen. Die Träger müssen dieses ausdrücklich bestätigen. Das Land wird durch den Bund auch verpflichtet, eine Prüfung der verausgabten Geldleistungen zu gewährleisten. Die zuständigen Träger werden daher beim nach Absatz 5 fälligen Jahresnachweis der Ausgaben eines Kalenderjahres verpflichtet, die rechtmäßige und zweckmäßige Verausgabung unter Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit von der örtlichen Rechnungsprüfung testieren zu lassen.“²⁶

Eine Verpflichtung der Länder zur Prüfung, wie sie in der Begründung angesprochen wird, ergibt sich aus § 46a Abs. 4 Satz 1 SGB XII. Er lautet: „Die Länder gewährleisten die Prüfung, dass die Ausgaben für Geldleistungen der für die Ausführung des Gesetzes nach diesem Kapitel zuständigen Träger begründet und belegt sind und den Grundsätzen für Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen.“ Nach dem Bundesrecht sind also die Länder – nicht die zuständigen Träger – zur Gewährleistung der Prüfung verpflichtet.

2.1.2 § 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGSGB

Anders als Nordrhein-Westfalen kennt Sachsen nicht verschiedene Ausführungsgesetze zu den einzelnen Büchern des SGB, sondern fasst die Bestimmungen in einem Gesetz zur Ausführung des Sozialgesetzbuchs zusammen. Dort ist also auch die Erstattung der Aufwendungen für die Grundsicherung geregelt. § 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGSGB lautet: „Dem Jahresnachweis ist zusätzlich ein Testat der örtlichen Rechnungsprüfung beizufügen.“ Die Bestimmung wurde aus demselben Anlass wie in NRW (s. 2.1.1) durch das Dritte Gesetz zur Änderung des

²⁶ LT-Drs 16/1732 S. 17.

Sächsischen Gesetzes zur Ausführung des Sozialgesetzbuches vom 2. April 2014²⁷ eingefügt. Im Regierungsentwurf war die Bestimmung noch nicht enthalten²⁸, sondern mit einigen weiteren Bestimmungen erst in der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Soziales und Verbraucherschutz²⁹.

Die Änderung geht auf einen Antrag der damaligen Regierungsfractionen von CDU und FDP zurück.³⁰ Wie aus dem Bericht über die Ausschussberatungen hervorgeht, sprachen sich die kommunalen Spitzenverbände gegen die Testatspflicht aus³¹: „Das Testat sei mit Mehrarbeit, vielleicht auch mit zusätzlichem Personal verbunden. Die Begründung für das Testat, dass das Land die Bundesmittel weiterleite, eventuell Rückforderungen entstünden und das Land dann auf diesen Kosten ‚sitzenbleiben‘ würde, wenn die Kommunen die Mittel nicht rechtsförmig verwendeten, sei nicht so stichhaltig. Die Antragsteller hielten dagegen, der Wegfall des Testats entlaste die Kommunen nicht übermäÙig, weil sie dann den Nachweis in einer anderen Form erbringen müssten. Eine Oppositionsabgeordnete meinte, der sächsische Landkreistag sage zu ... § 16 Abs. 7 ..., dass in den §§ 104 bis 106 Sächsische Gemeindeordnung die Aufgaben des Rechnungsprüfungsamts abschließend geregelt seien. Mit der Änderung werde diesen aber eine zusätzliche Aufgabe übertragen. Das sei rechtlich nicht möglich. Deshalb wehrten sich die örtlichen Rechnungsprüfungsämter zu Recht, weil diese Aufgabe zusätzliche Kosten bedeute und im Gesetz nicht gesagt werde, wie diese beglichen werden sollen. Eine Prüfung der Kommunen, ob diese die Mittel rechtskonform ausgegeben haben, sei durch die Fachaufsicht des SMS (Staatsministerium für Soziales, d. Verf.) möglich. ... Wenn man eine zusätzliche Prüfung wolle, müsse man mindestens das Geld dafür zur Verfügung stellen.“

2.1.3 § 6a Abs. 3 AG-SGB II NRW

Zu den gesetzlichen Vorschriften, die vom Auftraggeber im Hinblick auf das

²⁷ SächsGVBl. 2014, 230.

²⁸ LT-Drs. 5/9812.

²⁹ LT-Drs. 5/13799 S. 9.

³⁰ Anlage 1 zu LT-Drs. 5/13799 „Anlage 1 zu 9812“ S. 5 und 11.

³¹ LT-Drs. 5/13799 S. 13 f.

Bestehen einer Testatspflicht genannt werden, gehört § 6a Abs. 3 Satz AGB-SGB II NRW. Die Bestimmung lautet: „Die Kreise und kreisfreien Städte melden dem zuständigen Ministerium zum 15. März eines jeden Jahres die Gesamtausgaben für Bildung und Teilhabe gemäß § 28 Zweites Buch Sozialgesetzbuch und § 6b des Bundeskindergeldgesetzes des abgeschlossenen Vorjahres verbunden mit der Bestätigung, dass die Ausgaben begründet und belegt sind und den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen.“

Die Vorschrift wurde ebenfalls 2014 in das Gesetz aufgenommen.³² Der Regelungskontext entspricht dem der Regelung im AG-SGB XII NRW und im SächsAGSGB (2.1.1 und 2.1.2). In ähnlicher Weise wie bei diesen Bestimmungen wurde im Regierungsentwurf zur Begründung auf das Bundesrecht hingewiesen. Es heißt dort: „Darüber hinaus gewährleisteten die Länder gem. § 46 Abs. 8 Satz 5 Zweites Buch Sozialgesetzbuch die Prüfung, dass die Ausgaben der kommunalen Träger begründet und belegt sind und den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen. Mit der Regelung eines entsprechenden Meldetermins für die Kreise und kreisfreien Städte in Absatz 3 werden die bundesgesetzlichen Regelungen landesrechtlich nachvollzogen.“³³

Während die Begründung mit dem Verweis auf die Prüfungspflicht also mit der zu § 7 Abs. 3 Satz 2 AG-SGB XII übereinstimmt, weicht der Text deutlich ab. Wie in § 7 Abs. 3 Satz 2 AG-SGB XII und anders als in § 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGSGB ist dem Nachweis der Aufwendungen eine ausdrückliche Bestätigung beizufügen, „dass die Ausgaben begründet und belegt sind und den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen“. Von einem Testat der örtlichen Rechnungsprüfung ist aber nicht die Rede. Eine solche durchaus aufwändig zu erfüllende zusätzliche Verpflichtung der kommunalen Träger kann nicht ohne textlichen Anhaltspunkt in die Vorschrift hineingelesen werden. Auch der Umstand, dass der Gesetzentwurf gut anderthalb Jahre später – also in Kenntnis der früheren Regelung zum SGB XII –

³² Viertes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch für das Land Nordrhein-Westfalen v. 18.12.2014, GVBl. 954

³³ LT-Drs. 16/6636 S. 11.

und im selben Ministerium erarbeitet worden ist, nötig zu der Annahme, dass zwar die im Bundesrecht ebenfalls nicht vorgesehene³⁴ ausdrückliche Bestätigung, aber im Falle der Abrechnung der Mittel nach dem SGB II kein Testat des Rechnungsprüfungsamtes erforderlich sein sollte.

§ 6a Abs. 3 Satz AGB-SGB II begründet also keine Testatspflicht der örtlichen Rechnungsprüfung.

2.1.4 § 15 Abs. 3 Satz 2 KInvFöG NRW

Nach dem durch das „Gesetz zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichsystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften“ vom 14.8.2017³⁵ geänderten Kommunalinvestitionsförderungsgesetz unterstützt der Bund die Länder im Rahmen des Kommunalinvestitionsförderungsgesetzes auch bei der Verbesserung der Schulinfrastruktur allgemeinbildender Schulen und berufsbildender Schulen mit insgesamt 3,5 Mrd. Euro zur Stärkung der Investitionstätigkeit finanzschwacher Gemeinden und Gemeindeverbände; davon entfällt ein knappes Drittel auf Nordrhein-Westfalen. Mittel, die nicht den Vorgaben entsprechend ausgegeben werden, kann der Bund zurückfordern. Die Inanspruchnahme der Finanzhilfen ist daran gebunden, dass Einzelheiten des Verfahrens zuvor in einer Verwaltungsvereinbarung geregelt wurden. Zur Umsetzung in Nordrhein-Westfalen änderte das Land das Gesetz zur Umsetzung des Kommunalinvestitionsförderungsgesetzes in Nordrhein-Westfalen.³⁶ U. a. wurde § 15 eingefügt. § 15 Abs. 3 und 4 KInvFöG NRW lautet:

„(3) Die Beendigung einer Maßnahme ist der Bezirksregierung unverzüglich, spätestens sechs Monate nach der Beendigung, anzuzeigen. Der Anzeige ist eine Bestätigung der Hauptverwaltungsbeamtin oder des Hauptverwaltungsbeamten beizufügen, dass die örtliche Rechnungsprüfung die zweckentsprechende

³⁴ Die bundesrechtlichen Vorgaben, die damals in § 48 Abs. 8 Satz 5 SGB II enthalten waren, finden sich heute in § 46 Abs. 11 Satz 8 SGB II.

³⁵ BGBl. I 3122.

³⁶ Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Umsetzung des Kommunalinvestitionsförderungsgesetzes in Nordrhein-Westfalen v. 8. 1. 2018 (GVBl. 16).

Verwendung der Mittel bescheinigt hat. Die Beendigungsanzeige gilt als Verwendungsnachweis.

(4) Die Informationen gemäß Absatz 2 und die Bestätigung gemäß Absatz 3 Satz 2 erfolgen nach dem durch das für Kommunales zuständige Ministerium vorgegebenen Muster.“

Allerdings galt eine wortgleiche Bestimmung mit § 8 Abs. 3 und 4 KInvFöG NRW schon seit dem Inkrafttreten des KInvFöG NRW im Jahre 2015.³⁷ Im damaligen Regierungsentwurf wurde sie auch wortgleich begründet³⁸ wie rund zwei Jahr später § 15 Abs. 3: „Mit dieser Regelung wird das Verfahren zum Verwendungsnachweis vereinfacht. Die örtliche Rechnungsprüfung testiert als unabhängige Prüfungsinstanz das Vorliegen der Voraussetzungen nach Abs. 2. Dies erleichtert die Abwicklung. Abgesehen von stichprobenartigen Prüfungen, Prüfungen aus gegebenem Anlass und allgemeinen Plausibilitätskontrollen soll das Testat die Verwendungsprüfung der Stellen des Landes ersetzen. Der genannte Termin für die Meldung stellt sicher, dass das Land seiner Verpflichtung gegenüber dem Bund nachkommen und eventuelle Unstimmigkeiten ausräumen kann.“³⁹

Mit der Verpflichtung des Landes bezieht sich diese Begründung wohl auf die Bestimmung des § 7 KInvFG über die Prüfung der Mittelverwendung. Danach gilt:

„(1) Die zuständigen obersten Landesbehörden sind verpflichtet, dem Bundesministerium der Finanzen die zur Durchführung dieses Gesetzes erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Das Prüfungsrecht des Bundesrechnungshofes gemeinsam mit dem jeweiligen Landesrechnungshof im Sinne des § 93 der Bundeshaushaltsordnung bleibt hiervon unberührt.

(2) Die zuständigen obersten Landesbehörden übersenden dem Bundesministerium der Finanzen halbjährlich jeweils zum 1. April und zum 1. Oktober eines Jahres Übersichten über die zweckentsprechende Verwendung der Bundesmittel der abgeschlossenen Maßnahmen. Das Nähere regelt die Verwaltungsvereinbarung.“
Mit den Unstimmigkeiten dürfte auch die in § 8 KInvFG geregelte Rückforderung

³⁷ Gesetz zur Umsetzung des Kommunalinvestitionsförderungsgesetzes in Nordrhein-Westfalen (KInvFöG NRW) v. 1.10.2015, GVBl. S. 672.

³⁸ LT-Drs. 16/9519 S. 12

³⁹ LT-Drs. 17/750.

durch den Bund gemeint sein.

Die erwähnte Verwaltungsvereinbarung⁴⁰ sah in § 8 Abs. 1 für den Nachweis der Verwendung gegenüber dem Bund u. a. eine Bestätigung vor, „dass die Bestimmungen der § 4 Absatz 1 und 3, § 6 Absatz 2, § 12 und § 13 KInvFG eingehalten wurden“. Von der örtlichen Rechnungsprüfung ist auch dort nicht die Rede. Nach § 8 Abs. 2 wird die Einhaltung der Bestimmungen des Gesetzes vom Bund „unter Vermeidung eines unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwandes angemessen überprüft.“ Nach Absatz 3 sollen die Länder dem Bund aber „einschlägige Prüfungsbemerkungen ihrer obersten Rechnungsprüfungsbehörde“ mitteilen.

Der Ursprung der Formulierung des § 15 Abs. 3 KInvFöG NRW reicht aber noch weiter zurück. Sie findet sich soweit ersichtlich erstmals in § 11 Abs. 3 InvföG NRW⁴¹. Das Gesetz wurde als Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung des Zukunftsinvestitionsgesetzes in Nordrhein-Westfalen v. 2.4.2009 verabschiedet. Mit dem Zukunftsinvestitionsgesetz stellte der Bund im Rahmen des Konjunkturpakets II 10 Mrd. Euro für zusätzliche Investitionen der Länder und Kommunen zur Verfügung. Wegen der Dringlichkeit, durch die Investitionen den Folgen der Finanzkrise beizukommen, wurde das Umsetzungsgesetz im Landtag in weniger als sechs Wochen verabschiedet.

Die Landesregierung begründete § 11 Abs. 3 InvföG NRW damit, das Land sei spätestens fünf Monate nach Beendigung der einzelnen Maßnahme dem Bund gegenüber meldepflichtig: „Mit dieser Regelung wird das Verfahren zum Verwendungsnachweis vereinfacht. Die örtliche Rechnungsprüfung bzw. die Wirtschaftsprüferin / der Wirtschaftsprüfer testieren als unabhängige

⁴⁰ Verwaltungsvereinbarung zur Durchführung von Kapitel 2 - Finanzhilfen zur Verbesserung der Schulinfrastruktur finanzschwacher Kommunen nach Artikel 104c Grundgesetz - des Gesetzes zur Förderung von Investitionen finanzschwacher Kommunen (Kommunalinvestitionsförderungsgesetz – KInvFG) v. 20.10.2017 (MBI. NRW 2017, 986).

⁴¹ Gesetz zur Förderung zusätzlicher Investitionen in Nordrhein-Westfalen (Investitionsförderungsgesetz NRW – InvföG) v. 2.4.2009 (GVBl. 187).

Prüfungsinstanz das Vorliegen der Voraussetzungen nach Abs. 2. Dies erleichtert die Abwicklung. Abgesehen von stichprobenartigen Prüfungen, Prüfungen aus gegebenem Anlass und allgemeinen Plausibilitätskontrollen soll das Testat die Verwendungsprüfung der Stellen des Landes ersetzen. Spätestens 5 Monate nach Beendigung der einzelnen Maßnahme ist das Land gegenüber dem Bund meldepflichtig. Der im Gesetz genannte Termin für die Meldung stellt sicher, dass das Land dieser Verpflichtung nachkommen und eventuelle Unstimmigkeiten noch innerhalb der vom Bund gesetzten Frist ausräumen kann.“⁴² Die Fünf-Monats-Frist ergab sich aus § 4 Satz 1 der zum Gesetz abgeschlossenen Verwaltungsvereinbarung⁴³; in dem vom Land geforderten Nachweis musste nach Satz 3 die Zusätzlichkeit und die längerfristige Nutzung bestätigt werden.

2.1.5 § 14 HessenkasseG

§ 14 HessenkasseG lautet⁴⁴:

„(1) Das nach § 129 der Hessischen Gemeindeordnung zuständige Rechnungsprüfungsamt prüft den Kassenkreditbestand der Kommune, die eine Kassenkreditschuldung nach dem Ersten Teil oder eine Investitionsförderung nach dem Zweiten Teil beantragt hat, zu dem Stichtag 30. Juni 2018. Die Bewilligungsstelle kann auf Antrag der Kommune bis zum 30. Juni 2018 einen späteren Stichtag festlegen.

(2) Die Prüfung umfasst die Höhe und Verwendung der Kassenkredite sowie deren Notwendigkeit zur Sicherstellung der Liquidität der Kommune zu dem Stichtag. Der Prüfvermerk ist der Bewilligungsstelle innerhalb eines Monats nach Abschluss der Prüfung vorzulegen.“

Mit dem Projekt Hessenkasse reagierte das Land Hessen auf den hohen Bestand an kommunalen Kassenkrediten und die daraus resultierenden Risiken. Mit dem Ziel

⁴² LT-Drs. 14/8644 S. 36.

⁴³ Verwaltungsvereinbarung zur Durchführung des Gesetzes zur Umsetzung von Zukunftsinvestitionen der Kommunen und Länder v. 2.4.2009, <https://www.parlament-berlin.de/ados/16/haupt/vorgang/h16-1309-v.pdf> (Abruf v. 30.1.2022).

⁴⁴ Gesetz zur Ablösung von kommunalen Kassenkrediten und zur Förderung kommunaler und kommunaler ersetzender Investitionen mittels des Sondervermögens „Hessenkasse“ (Hessenkassegesetz) v. 25.4.2018 (GVBl. S. 59, 60).

den vorhandenen Bestand an Kassenkrediten auf Null zurückzuführen und für die Zukunft sicherzustellen, dass Kassenkredite nur zur Schließung vorübergehender Liquiditätslücken genutzt werden, wurden die kommunalen Kassenkredite freiwillig auf das Sondervermögen Hessenkasse umgeschuldet. Die Kommunen tilgen diese Kredite mit 25 € pro Einwohner und Jahr. In mindestens derselben Höhe beteiligt sich die Hessenkasse an der Tilgung. Durch Änderung der haushaltsrechtlichen Vorgaben der Kommunalverfassungsgesetze wurden zugleich die Voraussetzungen für die Aufnahme von, wie sie jetzt heißen, Liquiditätskrediten verschärft.⁴⁵ Erste Kommunen konnten das Programm inzwischen verlassen.⁴⁶

Die Begründung zu § 14 im Entwurf des Gesetzes lautete: „Zur Prüfung der Angaben und Unterlagen der Kommunen ist das Rechnungsprüfungsamt aufgefordert, im Rahmen seiner Zuständigkeit tätig zu werden und das Finanz- und Innenministerium bei den zu treffenden Entscheidungen zu unterstützen. Dabei handelt es sich um eine umfassende Kassenprüfung unter Feststellung der Kassenkreditbestände nach den Kategorien und Vorgaben der HESSENKASSE.“⁴⁷

In § 14 Abs. 2 HessenkasseG ist nicht von „Testat“, sondern von „Prüfvermerk“ die Rede.

2.1.6 Regelungssituationen

Die Fälle, in denen Kommunen gesetzlich die Pflicht auferlegt wird, Testate der örtlichen Rechnungsprüfung beizubringen, lassen sich nach verschiedenen Kriterien gliedern.

Man kann danach unterscheiden, ob die Testatspflichten im Kontext von Regelungen stehen, nach denen Kommunen für die Wahrnehmung von

⁴⁵ Zur Hessenkasse s. den Gesetzentwurf der Fraktionen CDU und Bündnis 90/Die Grünen LT-Drs. 19/5957 und <https://innen.hessen.de/Kommunales/Finanzen/Hessenkasse> (Abruf 27.1.2022).

⁴⁶ <https://www.sueddeutsche.de/politik/kommunen-wiesbaden-huenfelden-verlaesst-entschuldungsprogramm-der-hessenkasse-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-201028-99-113897> (Abruf 21.2.2022).

⁴⁷ LT-Drs. 19/5957 S. 21.

Pflichtaufgaben gemachte Aufwendungen erstattet werden. Hierhin gehören die beiden Gesetze, die für NRW und Sachsen die Ausführung des SGB XII regeln; in diesen Fällen entsteht die Testatspflicht jährlich wieder. In den beiden anderen Fällen wird das Testat bei antragsgebundenen Leistungen des Landes an die Kommunen verlangt, im Fall des § 14 Abs. 2 HessenkasseG ist es Voraussetzung für die Bewilligung der Leistung, im Falle des § 15 Abs. 3 Satz 2 KInvFöG NRW muss es im Rahmen des Verwendungsnachweises beigebracht werden.

Stellt man darauf ab, woher die Finanzmittel stammen, auf deren Verwendung sich das Testat bezieht, kann man die Weiterleitung von Mitteln, die der Bund für die Kommunen bereitstellt (Ausführung SGB XII, Investitionsförderung) von der Bereitstellung von eigenen Mitteln des Landes unterscheiden (Hessenkasse).

Bezieht man die Begründungen ein, die jeweils für die Testatspflicht gegeben wurden, geht es im Fall der Hessenkasse darum, eine möglichst sichere Grundlage für die einmalige Übernahme erheblicher Altschuldenbeträge durch das Land zu gewinnen. In den anderen Fällen geht es um die Absicherung des Landes gegenüber dem Bund.

2.3 Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Als Maßstab des höherrangigen Rechts kommt hier vor allem die Selbstverwaltungsgarantie des Grundgesetzes und der Landesverfassungen in Betracht. Den Schutz dieser Garantie genießen die Gemeinden und in den hier relevanten Belangen die Gemeindeverbände, also die Landkreise (Sachsen, Hessen) bzw. Kreise (NRW). Die örtliche Rechnungsprüfung bzw. das Rechnungsprüfungsamt selbst können sich – jedenfalls in dem hier interessierenden Zusammenhang – selbst nicht auf die Selbstverwaltungsgarantien berufen⁴⁸.

Unter 2.3.1 wird aufgezeigt, in wieweit die Selbstverwaltungsgarantien als Maßstab in Betracht kommen und unter 2.3.2, ob die Testatspflicht einen Eingriff in das

⁴⁸ Zu der Frage des Schutzes der örtlichen Rechnungsprüfung durch Art. 78 Abs. 1 Verf NRW Oebbecke/Desens S. 10 ff.

geschützte kommunale Selbstverwaltungsrecht darstellt. Der Schwerpunkt liegt dann bei der Prüfung, ob der Eingriff gerechtfertigt ist (2.3.3).

2.3.1 Die Selbstverwaltungsgarantien als Maßstab

Nach Art. 28 Abs. 2 GG muss den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereichs haben auch die Gemeindeverbände nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung. Die Landesverfassungen enthalten im Einzelnen textlich mehr oder weniger abweichend formulierte Selbstverwaltungsgarantien (Art. 78 Abs. 1 Satz 1 Verf NRW, 137 Abs. 1 Satz 1 und Absatz 2 Verf HE, 84 Verf SAC). Weil Art. 28 Abs. 2 GG einen Mindeststandard garantiert⁴⁹, ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 28 Abs. 2 GG auch für die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte zu den Selbstverwaltungsgarantien der Länder „stark prägend“.⁵⁰ Um die rechtliche Darstellung überschaubar zu halten, erfolgt die Prüfung der gesetzlichen Regelung hier anhand dieses Mindeststandards der grundgesetzlichen Garantie.

Die Garantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG gewährleistet neben der sog. Allzuständigkeit der Gemeinden für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft den Gemeinden und Gemeindeverbänden, also vor allem den (Land)Kreisen die Eigenverantwortlichkeit als Freiheit von staatlichen Vorgaben bei der Aufgabenerledigung⁵¹, also die Aufgabenerfüllung ohne „Weisungen und Vormundschaft des Staates“⁵². Die Gemeinden und Gemeindeverbände entscheiden grundsätzlich selbst darüber, wie und wann sie eine Aufgabe erfüllen.⁵³

⁴⁹ Dreier, in: Dreier, Art. 28 Rn. 84; Hellermann, in: Epping/Hillgruber, Art. 28 Rn. 27; Engels, in: Sachs, Art. 28 Rn. 39.

⁵⁰ Hellermann, in: Epping/Hillgruber, Art. 28 Rn. 27.1.; ähnlich Mehde, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 28 Rn. 26 ff.

⁵¹ BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 -, BVerfGE 119, 331 (362); Hellermann, in: Epping/Hillgruber, Art. 28 Rn. 42.

⁵² Dreier, in: Dreier, Art. 28 Rn. 105 m. w. Nachw.

⁵³ Dreier, in: Dreier, Art. 28 Rn. 105; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 28 Rn. 30.

Allerdings ist die garantierte Selbstverwaltung nicht schrankenlos gewährleistet; sowohl die Allzuständigkeit wie die Eigenverantwortlichkeit können durch Gesetz beschränkt werden.⁵⁴ Diese Eingriffsmöglichkeit besteht jedoch ihrerseits nicht unbeschränkt. Eingriffe sind nur durch Gesetz aus Gründen des öffentlichen Wohls und nach Maßgabe des Übermaßverbots in seinen Ausprägungen Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit zulässig.⁵⁵

2.3.2 Die Testatspflicht als Eingriff in die Eigenverantwortlichkeit

Dass durch die gesetzlichen Testatspflichten des Sozialrechts in die Eigenverantwortlichkeit eingegriffen wird, liegt auf der Hand, denn soweit die Testatspflicht reicht, kann die Kommune nicht selbst entscheiden, wie sie ihre Pflichtaufgabe der Grundsicherung wahrnimmt. Weil die Selbstverwaltungsgarantie die Eigenverantwortlichkeit der Kommune schützt, kommt es für die Verfassungsmäßigkeit allein auf den Eingriff in diese Eigenverantwortlichkeit an. Die gesetzlich eingeräumte Dispositionsfreiheit der örtlichen Rechnungsprüfung über ihre Prüfungstätigkeit, genießt als solche nicht den Schutz der Selbstverwaltungsgarantie;⁵⁶ so kann der Gesetzgeber ihr Aufgaben zuweisen oder die Möglichkeit vorsehen, dass andere Organe ihr Prüfungsaufgaben übertragen.

Weniger klar ist der Eingriffscharakter im Falle der §§ 15 Abs. 3 Satz 2 KInvFöG NRW, 14 Abs. 2 HessenkasseG, weil die Testatspflicht in beiden Fällen nur besteht, wenn die Kommune einen Antrag auf die betreffenden Leistungen gestellt hat bzw. stellt. Ob sie einen Antrag stellt, steht rein rechtlich betrachtet in ihrer freien Entscheidung, so dass man zweifeln kann, ob die Testatspflicht dem klassischen Eingriffsbegriff unterfällt. Allerdings ist die Freiheit der kommunalen Entscheidung praktisch häufig sehr stark eingeschränkt: „Das finanzielle Angebot bindet den Adressaten oft verlässlicher als der Befehl.“⁵⁷

⁵⁴ BVerfG, 23.6.1987 – 2 BvR 826/83 -, BVerfGE 76, 107 (119 f.); Beschl. v. 27.1.2010 – 2 BvR 2185/04 -, BVerfGE 125, 141 (167); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 28 Rn. 38; Dreier, in: Dreier, Art. 28 Rn. 114 ff.; Hellermann, in: Epping/Hillgruber, Art. 28 Rn. 48.

⁵⁵ Engels, in: Sachs, Art. 28 Rn. 72 f.; Mehde, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 28 Rn. 118; Hellermann, in: Epping/Hillgruber, Art. 28 Rn. 48.1

⁵⁶ Zur Reichweite dieses Schutzes Oebbecke/Desens S. 12 f.

⁵⁷ Kirchhof, NVwZ 1983, 506.

Wo es um Regelungen im Schutzbereich der Grundrechte geht, werden inzwischen auch bloße Beeinträchtigungen, die nicht dem klassischen Eingriffsbegriff erfüllen, auf ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung geprüft.⁵⁸ Im Rahmen des sog. erweiterten Eingriffsbegriffs ist die Prüfung auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigung also auch eröffnet, „wenn das Verhalten oder der Genuss des Rechtsguts – wie etwa bei Lenkungsabgaben – mit einer belastenden Rechtsfolge verknüpft wird“⁵⁹. In jüngerer Zeit hat das Bundesverfassungsgericht etwa angenommen, dass Mitwirkungspflichten bei antragsgebundenen Sozialleistungen geeignet, erforderlich und zumutbar sein müssen, weil sie die Handlungsfreiheit des Betroffenen beschränken.⁶⁰

Soweit ersichtlich liegen Rechtsprechung und Schrifttum für entsprechende Regelungssituationen im Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie bisher nicht vor. Dass hier kommunale Freiheit eingeschränkt wird, ist aber unverkennbar. Wenn Land oder Bund für ein in der Zuständigkeit der Kommunen liegendes Vorhaben Ausgaben bewilligen, „die Mitfinanzierung des Vorhabens jedoch von der Erfüllung bestimmter Auflagen durch die verwaltungszuständige Körperschaft abhängig macht, so verschiebt das bloße Angebot einer Finanzhilfe an eine auf Ausdehnung ihres Finanzvolumens bedachte Körperschaft tatsächlich die Entscheidungskompetenz.“⁶¹

Weil die Gefährdungslage damit vergleichbar ist und bei Regelungen, die nicht in den Kernbereich der geschützten Selbstverwaltung eingreifen, die verfassungsrechtliche Prüfung dogmatisch an die Grundrechtsprüfung angelehnt wird⁶², erscheint es gerechtfertigt, wie bei den Grundrechten zu verfahren. Deshalb wird hier also davon ausgegangen, dass die Testatspflicht auch in den genannten

⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 BvR 670/91 -, BVerfGE 105, 279 (299 ff.).

⁵⁹ *Kingreen/Poscher*, Rn. 329.

⁶⁰ BVerfG, Urt. v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 -, NJW 2019, 3703 (3706) Rn. 128.

⁶¹ *Kirchhof*, NVwZ 1983, 513.

⁶² *Dreier*, in: *Dreier*, Art. 28 Rn. 114; *Mehde*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 28 Rn. 112; *Hartmann*, in: *Hartmann/Mann/Mehde* § 6 Rn. 24.

„Antragsfällen“ als Beeinträchtigung des Selbstverwaltungsrechts einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Wie freiwillig die Anträge gestellt werden und welche rechtliche Bedeutung ihnen zukommt, muss bei der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung berücksichtigt werden.

2.3.3 Rechtfertigung des Eingriffs?

Ob die gesetzliche Anordnung der Testatspflichten verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist, kann schon wegen der Unterschiede zwischen den Testatspflichten des Sozialrechts und den Antragsfällen nicht pauschal beurteilt werden. Die weitere Prüfung erfolgt deshalb differenziert: Die Prüfung der §§ 7 Abs. 2 Satz 3 AG-SGB XII NRW, 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGSGB wird zusammengefasst (2.3.3.1). Wegen der unterschiedlichen Inhalte und Regelungsziele werden die beiden Antragsfälle des § 15 Abs. 3 Satz 2 KInvFöG NRW (2.3.3.2) und des § 14 Abs. 2 HessenkasseG (2.3.3.3) je gesondert betrachtet.

2.3.3.1 Abrechnung von Sozialausgaben nach SGB XII

Bevor geprüft wird, ob die Regelungen dem Übermaßverbot entsprechen (d) muss geprüft werden, ob die Länder ihrerseits verpflichtet waren, eine Testatspflicht vorzusehen (a). Notwendige Grundlagen für die Prüfung am Übermaßverbot sind dann die Bestimmung des Regelungsziels (b) und die genaue Bestimmung des Regelungsinhalts (c)

a) Verpflichtung durch höherrangiges Recht?

Eine Verfassungsmäßigkeitsprüfung der §§ 7 Abs. 2 Satz 3 AG-SGB XII NRW, 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGSGB wäre falsch angesetzt, wenn die Länder durch eine verbindliche bundesgesetzliche Vorgabe gehalten waren, die Regelungen so zu treffen; in diesem Fall wäre die bundesrechtliche Regelung zu untersuchen.

In der Gesetzesbegründung zu §§ 7 Abs. 2 Satz 3 AG-SGB XII NRW wird auf Vorgaben des Bundesrechts Bezug genommen: „Das Land wird durch den Bund auch verpflichtet, eine Prüfung der verausgabten Geldleistungen zu gewährleisten. Die zuständigen Träger werden daher beim nach Absatz 5 fälligen Jahresnachweis

der Ausgaben eines Kalenderjahres verpflichtet, die rechtmäßige und zweckmäßige Verausgabung unter Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit von der örtlichen Rechnungsprüfung testieren zu lassen.“⁶³

Richtig ist jedoch, dass eine bundesrechtliche Vorgabe, landesrechtlich beim Jahresnachweis eine Prüfung durch die kommunale Rechnungsprüfung vorzusehen, nicht existiert. Wie unter 3.1.1 gezeigt, muss das Land nach § 46a Abs. 4 Satz 1 SGB XI eine Prüfung gewährleisten, dass die Ausgaben der zuständigen Träger begründet und belegt sind und den Grundsätzen für Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen. Der Kontext des § 46a Abs. 4 SGB XII – nämlich das Wort „dies“ in Satz 2 – legt nahe, dass sich diese Gewährleistungspflicht nur auf die in den folgenden Sätzen des Absatzes geregelte Quartalsnachweise bezieht.⁶⁴ Eine Prüfung des Jahresnachweises, der erst in § 46a Abs. 5 SGB XII geregelt ist, ist jedenfalls nicht gemeint.⁶⁵ Der Text des § 46a Abs. 4 Satz 1 SGB XII lässt offen, welche Art der Prüfung gemeint ist; danach reicht auch eine administrative Prüfung durch die zuständigen Stellen des Landes aus. Weder der Jahresnachweis als Gegenstand der Prüfung noch der Zeitpunkt und vor allem nicht die Prüfung durch die örtliche Rechnungsprüfung sind also vorgegeben. Vorgegeben sind allein die Maßstäbe der Prüfung, nämlich dass die Ausgaben begründet und belegt sind und den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen.

b) Regelungsziel

Die Beachtung einer bundesrechtlichen Prüfvorgabe kann also nicht das Regelungsziel sein. Wenn die Gesetzesbegründung unter Bezugnahme auf diese Pflicht der Länder, eine Prüfung der verausgabten Geldleistungen zu gewährleisten,

⁶³ LT-Drs 16/1732 S. 17.

⁶⁴ Dafür spricht auch die Begründung des Regierungsentwurfs in BT-Drs. 17/10748 (S. 16): „Nach Absatz 4 haben die Länder zu prüfen, dass die Ausgaben für Geldleistungen der zuständigen Träger begründet und belegt sind und den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen. Dazu haben die Länder dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales für das jeweilige Vorquartal und damit für den Zeitraum, für den zuletzt Erstattungsleistungen aus dem Bundeshaushalt abgerufen worden sind, folgende Nachweise für das Land und die zuständigen Träger zu erbringen ...“

⁶⁵ Schon deshalb ist die Auffassung, die Testatspflicht diene dazu „dieser Prüfungspflicht“ nachzukommen (Erlass des MAIS NRW v. 23.12.2013 – V A 2 – 5205.07 – S. 2) verfehlt.

formuliert, die zuständigen Träger würden *daher* verpflichtet, die recht- und zweckmäßige Verausgabung durch die örtliche Rechnungsprüfung testieren zu lassen, kann das auch so gelesen werden, als ob das Land sich auf Kosten der Kommunen von Prüfungsaufwand entlasten will. Für diese Regulationsintention spricht sehr deutlich eine Formulierung im Erlasse des MAGS vom 19.8.2020.⁶⁶ Dort heißt es: „Das Land ist dazu verpflichtet, die erstatteten Ausgaben nachzuweisen (§ 46a Abs. 5 SGB XII) und darüber hinaus die Prüfung zu gewährleisten, dass die Ausgaben begründet und belegt sind und den Grundsätzen für Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen (§ 46a Sbs. 4 Satz 1 SGB XII). Um dieser Prüfungspflicht nachzukommen, sieht § 7 Abs. 2 Satz 3 AG-SGB XII vor, dass die örtlichen und überörtlichen Träger der Sozialhilfe ihrem Jahresnachweis über die Nettoausgaben des Vorjahres ein Testat der örtlichen Rechnungsprüfung beifügen.“

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können selbst „Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung insgesamt“ Eingriffe in das Selbstverwaltungsrecht erst dann rechtfertigen, wenn sonst ein unverhältnismäßiger Kostenanstieg eintreten würde.⁶⁷ Also selbst dann, wenn es um die Senkung der Kosten insgesamt, also gewissermaßen im volkswirtschaftlichen Sinne geht, lässt das Gericht das nicht für die Rechtfertigung eines Eingriffs in das Selbstverwaltungsrecht ausreichen. Hier geht es aber lediglich darum, dass das Land sich selbst entlasten will. Dazu ist in aller Klarheit darauf hinzuweisen, dass das Bestreben, Verwaltungsaufwand von sich selbst auf die Kommunen zu verlagern, keinesfalls ein legitimes Regelungsziel für Eingriffe in die kommunale Selbstverwaltung sein kann. Hier kommt hinzu, dass eine Prüfung durch das Land schon wegen der Spezialisierungsvorteile, die sich dabei erzielen ließen, sogar wirtschaftlicher sein dürfte.

Für die sächsische Regelung wurde im Gesetzgebungsverfahren ein anderes Ziel

⁶⁶ Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales NRW, Erlass v. 19.8.2020 – V A 4 – 6225, S. 11.

⁶⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83 –, BVerfGE 79, 127 (153); BbgVerfG, Urt. v. 17.7.1997 – VfGBbg 1/97 –, LKV 1997, 449 (451).

genannt. Dort war die „Begründung für das Testat, dass das Land die Bundesmittel weiterleite, eventuell Rückforderungen entstünden und das Land dann auf diesen Kosten ‚sitzenbleiben‘ würde, wenn die Kommunen die Mittel nicht rechtsförmig verwendeten“⁶⁸.

Diese Begründung setzt voraus, dass das Land wegen Fehlern der Kommune Rückforderungen ausgesetzt sein kann und dass es diese nicht auf die Kommunen abwälzen kann. In welchen Fällen das Land für Fehler der Kommunen dem Bund gegenüber haftet, ist nicht hinreichend geklärt, wie überhaupt alle mit der Erstattung von Sozialleistungen durch den Bund zusammenhängenden Fragen im Schrifttum bisher deutlich unterbelichtet sind⁶⁹. Zwar ist die Anspruchsgrundlage des Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 1 GG anwendbar, unklar sind aber die Voraussetzungen einer Haftung, etwa der Verschuldensmaßstab.⁷⁰ Diese Unsicherheiten sprechen nicht gegen eine Vorsorge gegen die Inanspruchnahme des Landes durch den Bund und gegen die Gefahr, dass das Land dann auf den Kosten „sitzen bliebe“. Diese Gefahr besteht jedoch nicht, weil sich das Land bei den Kommunen schadlos halten kann. Sowohl in Nordrhein-Westfalen wie in Sachsen enthalten die Ausführungsgesetze Anspruchsgrundlagen, die sicherstellen, dass das Land Erstattungen für rechtswidrig erbrachte Leistungen von den Kommunen herausverlangen kann (§§ 7 Abs. 7 AG-SGB XII NRW, 16 Abs. 8 SächsAGSGB). Es kann deshalb nicht um die Vermeidung ungedeckter Haftungslücken bei den Ländern gehen.

Zweck der Regelungen kann es nach dem Gesagten legitimerweise also nur sein, Verwaltungsaufwand für die Rückabwicklung bei rechtswidrigen Leistungen der Kommunen zu vermeiden und über die Prüfung durch das kommunale Rechnungsprüfungsamt auf die Kommunen im Sinne der Rechtmäßigkeit der Verwaltung sowie der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit einzuwirken.

⁶⁸ LT-Drs. 5/13799 S. 13 f.

⁶⁹ Bezeichnend heißt es in der Kommentierung von *Thie*, in: Bieritz-Harder/Conradis/Thie zu § 46a SGB XII Rn. 5 über die Absätze 3 bis 5: „Auf eine detaillierte Kommentierung wird angesichts der geringen Praxisrelevanz der Vorschriften verzichtet.“

⁷⁰ *Richter*, in: Grube/Wahrendorf/Flint, § 46a SGB XII Rn. 15; Oebbecke, DVBl. 2019, 2.

c) Regelungsinhalt

Welchen Inhalt die Testatspflicht hat, ist den beiden Bestimmungen nur teilweise zu entnehmen. Deutlich ist, dass das Testat jährlich zu erteilen ist, denn es muss dem Jahresnachweis beigelegt werden. Aus dem Regelungszusammenhang lässt sich auch entnehmen, dass die Rechnungsprüfung bestätigen soll, dass die Ausgaben begründet und belegt sind und den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen (§§ 7 Abs. 2 Satz 1 AG-SGB-XII NRW, 16 Abs. 7 Satz 3 i. V. m. Abs. 4 Satz 2 SächsAGSGB). Unklar ist jedoch, welche Prüfung zugrunde zu legen ist und wie das Testat formuliert sein muss.

Zu beiden Fragen hat das damalige Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales (MAIS) NRW aber durch Erlass vom 23.12.2013⁷¹ Aussagen getroffen, welche mit Erlass des MAGS vom 19.8.2020⁷² wiederholt worden sind. Dort heißt es: „Es wird davon ausgegangen, dass die örtliche Rechnungsprüfung das Testat auf Grundlage allgemein anerkannter Prüfgrundsätze erstellt. Ausreichend wäre, wenn das Testat bezogen auf die insgesamt im Vorjahr abgerufenen und nachgewiesenen Nettoausgaben (Grundgesamtheit) auf repräsentativen Stichproben basieren würde.“⁷³ Nach dem Erlass ist der ihm als Anlage beigelegte Vordruck für das Testat „zwingend zu verwenden.“ Der Vordruck lautet:

„Es wird im Sinne des § 46 Abs. 4 Satz 1 SGB XII bestätigt, dass die im Jahr ____ durch die Stadt/ den Kreis/ den Landschaftsverband ____ geltend gemachten Nettoausgaben für Geldleistungen nach dem Vierten Kapitel des SGB XII in Höhe von ____ Euro

1. begründet und belegt sind
2. den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen.“

Der Vordruck ist „für die Rechnungsprüfung“ zu unterzeichnen.

Die beiden Erlasse beinhalten eine allgemein gefasste Weisung, wie die

⁷¹ Az.: VA 2 – 5205/07.

⁷² Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales NRW, Erlass v. 19.8.2020 – V A 4 – 6225, S. 11.

⁷³ Erlass des MAIS NRW v. 23.12.2013 – V A 2 – 5205.07 – S. 2.

Testatspflicht nach § 7 Abs. 2 Satz 3 AG-SGB XII NRW zu erfüllen ist. Um ihren Stellenwert richtig einschätzen zu können, ist daran zu erinnern, dass die Kommunen ihre Aufgaben nach dem SGB XII als Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung wahrnehmen, soweit Geldleistungen erbracht werden (§ 1 Abs. 2 Satz 2 AG-SGB XII NRW), das heißt, dass durch Gesetz „ein Weisungs- und Aufsichtsrecht nach näherer gesetzlicher Vorschrift vorbehalten werden kann“ (Art. 78 Abs. 4 Satz 2 Verf NRW). Die Reichweite der aufsichtlichen Befugnisse ergibt sich für die Aufgaben nach dem Vierten Kapitel des SGB XII aus § 2 Abs. 4 AG-SGB XII NRW. Dass es sich bei dem Erlass nicht um eine allgemeine Weisung nach Satz 1 handeln kann, ergibt sich daraus, dass das Testat nach § 46a Abs. 4 SGB XII nicht rechtlich vorgegeben ist und entsprechende Weisungen des Bundes nach Art. 85 Abs. 3 GG nicht ersichtlich sind. Im Übrigen sind allgemeine Weisungen nach § 2 Abs. 4 Satz 2 AG-SGB XII zulässig, um „die gleichmäßige Erfüllung der Aufgabe zu sichern“. Damit sind Vorgaben vereinbar, welche die Abrechnung der Erstattung vereinheitlichen und damit erleichtern. Die Vorgaben, ein Formblatt zu benutzen und einen Mindeststandard für die vorangehende Prüfung zu bestimmen, können auf diese Ermächtigung gestützt werden.⁷⁴ Allerdings setzt die Rechtmäßigkeit und damit die Verbindlichkeit der Vorgabe voraus, dass der Kommune rechtmäßig eine Aufgabe übertragen worden ist. Verstößt die Testatspflicht gegen die Selbstverwaltungsgarantie und ist damit verfassungswidrig und nichtig, geht die allgemeine Weisung ins Leere und kann deshalb keine Verbindlichkeit entfalten.

Bei der hier vorzunehmenden Prüfung, ob die Testatspflicht mit der Verfassung vereinbar ist, soll für Nordrhein-Westfalen von dem Inhalt ausgegangen werden, den sie nach den Erlassen des MAIS und des MAGS hat. Für Sachsen fehlt es soweit ersichtlich an einer entsprechenden Regelung. Hinsichtlich des Inhalts der Prüfung, die die dem Testat vorhergeht, soll deshalb für die weitere Prüfung davon ausgegangen werden, dass dem Rechnungsprüfungsamt für ihre Ausgestaltung Ermessen eingeräumt ist⁷⁵. Sowohl eine Prüfung, wie sie der nordrhein-westfälische

⁷⁴ Unbenommen bleibt es, ergänzend zum Formblatt Art und Umfang der Prüfung zu dokumentieren (Kämmerling, GemH 2014, 85 f.)

⁷⁵ Kämmerling, GemH 2014, 86 spricht von „Prüfautonomie“.

Erllass vorsieht, kommt hier in Betracht, aber auch ein anderes Vorgehen, das fachlich vertretbar auf die Feststellung der Begründetheit und Belegtheit der Ausgaben und die Beachtung von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gerichtet ist. Im Schrifttum wird empfohlen, die Prüfung entsprechend dem „risikoorientierten Prüfungsansatz ... zu konzipieren. Es muss daher vom Prüfer entschieden werden, ob und in welchem Umfang er auch Einzelfallprüfungen durchführt oder nur die tabellarischen Nachweise rechnerisch nachvollzogen werden und mit dem Buchhaltungsprogramm auf Plausibilität überprüft werden“.⁷⁶ In diese Richtung schreibt § 7 Abs. 2 Satz 5 AGSGB XII BW vor, dass „die den Mittelabrufen zugrundeliegenden Zahlungen in Stichproben und Schwerpunkten in angemessenen Zeitabständen geprüft“ werden.⁷⁷ Danach ist eine Prüfung im jeweiligen Jahr nicht zwingend; wenn die Umstände es zulassen, ist auch ein längerer Prüfungsrhythmus möglich.

d) Übermaßverbot

Dass die Testatspflicht einen Beitrag dazu leisten kann, dass der Aufwand für die Rückabwicklung von Zahlungen gering ist und die rechtlichen Vorgaben für die Aufgabenerfüllung einschließlich der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beachtet werden, liegt auf der Hand. Ihre Eignung zur Zielerreichung lässt sich damit nicht in Abrede stellen.

Um „erforderlich“ zu sein, darf es kein gleich geeignetes Mittel geben, das für die Kommunen weniger belastend ist. Man könnte daran denken, hier auf das Beispiel anderer Länder zu verweisen, die kein Testat verlangen oder weniger belastende Vorgaben machen. Allerdings wird die Testatspflicht im Vergleich zu solchen Lösungen einen, wenn auch geringen Zusatznutzen haben. Alternativlösungen

⁷⁶ Juny, PdK NW B -11 Nr. 20.

⁷⁷ Die anderen Landesgesetze, die ein Testat o. ä. der kommunalen Rechnungsprüfung vorsehen, sind ähnlich offen gefasst, wie die sächsische Formulierung: „Bestätigung“ (§§ 12 Abs. 2 AG SGB XII MV, 8 Abs. 5 AG SGB XII RP), „Bestätigung der sachlichen und rechnerischen Richtigkeit“ (§ 9 Abs. 3 AG-SGB XII SH), „Prüfungsbericht“ (§ 8 Abs. 2 SAnh). § 8 Abs. 5 AG SGB XII RP konkretisiert den Gegenstand der Prüfung und damit der Bestätigung: „das Prinzip der Kassenwirksamkeit beachtet wurde, Rückzahlungen und zurückgenommene und endgültig nicht ausgezahlte Beträge nicht berücksichtigt wurden und zahlungsbegründende Unterlagen vorliegen“.

werden also nicht gleich geeignet sein.

Der Schwerpunkt der Prüfung muss deshalb auf der Verhältnismäßigkeit liegen, ob nämlich der Mehrwert des Rechnungsprüfungstests den damit für die Gemeinden und ihre Rechnungsprüfungsämter verbundenen Aufwand rechtfertigt.

Um abschätzen zu können, wie groß der Mehrwert ist, muss davon ausgegangen werden, welche anderen Sicherungen die Zielerreichung fördern. An erster Stelle ist hier der deutsche öffentliche Dienst zu nennen, der seine Aufgaben nach aller Erfahrung regeltreu, sorgfältig und zuverlässig erfüllt. Das gilt für die Kommunalverwaltung wie für die staatlichen Verwaltungen von Land und Bund oder für die Verwaltungen der Sozialversicherungsträger. Unzweifelhaft kommt es aber überall gelegentlich zu Regelverletzungen und in seltenen Fällen auch zu bewussten Verstößen oder sogar kriminellen Handlungen. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Verwaltung der Sozialhilfe dafür ein besonders großes Gefährdungspotential aufweist. Um die Beachtung von Regeln sicherzustellen, gibt es überall nicht nur die Aufsicht durch die Leitungen, sondern auch Rechnungsprüfungen. Richtig ist, dass diese üblicherweise, soweit keine ausdrücklichen Vorgaben wie für die Jahresabschlüsse bestehen, risikoorientiert erfolgen. Schon wegen des Risikos von Rückerstattungen, die nicht nur finanziell schmerzhaft für die betroffenen Kommunen sind, wird eine risikoorientierte Prüfung für den Bereich der Grundsicherung nicht weniger häufig oder weniger gründlich ausfallen als in den Bereichen, in denen auf kommunale Kosten gewirtschaftet wird. Weil öffentliche Mittel nicht deshalb wertvoller sind, weil sie aus dem Steueraufkommen der Kommune oder des Bundes finanziert werden, werden die Rechnungsprüfungsämter diesem Bereich dieselbe Sorgfalt widmen wie anderen. Überlegungen wie diese werden etwa Bayern⁷⁸, Brandenburg⁷⁹, Hessen⁸⁰,

⁷⁸ Art. 81 Abs. 3 AGSG BY.

⁷⁹ § 13 Abs. 3 AG-SGB XII Bbg.

⁸⁰ § 8 Abs. 4 und 5 HAG/SGB XII.

Niedersachsen⁸¹, das Saarland⁸² und Thüringen⁸³ veranlasst haben, in ihren Ausführungsgesetzen keine Testate der Rechnungsprüfungen vorzusehen. Die Praxis dieser Länder gibt keine Hinweise darauf, dass es zu nennenswerten Problemen mit der rechtmäßigen Aufgabenerfüllung kommt.

Sowohl nach § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 AG-SGB-XII NRW wie nach § 16 Abs. 7 Satz 4 i. V. m. Abs. 4 Satz 2 SächsAGSGB müssen die kommunalen Aufgabenträger ausdrücklich „bestätigen“, dass „ihre Ausgaben begründet und belegt sind und den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen“ bzw. „die rechnerische und sachliche Richtigkeit ihrer Ausgaben und Einnahmen“. Der Zweck dieser über die Mitteilung der notwendigen Informationen hinausgehenden ausdrücklichen Bestätigung ist nicht ohne weiteres ersichtlich und wurde weder in Nordrhein-Westfalen noch in Sachsen im Verfahren der Gesetzgebung erläutert. Einiges spricht dafür, dass diese Anforderung einen strafrechtlichen Hintergrund hat. Indem der Verantwortliche sich die Angaben durch die Bestätigung ausdrücklich zu eigen macht, werden die Anforderungen der „Vorspiegelung“ im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB erfüllt⁸⁴. Unabhängig davon, welche Bedeutung einer solchen Bestätigung in einem Strafverfahren unter den Bedingungen der jeweiligen kommunalen Verwaltung beigemessen würde, und unabhängig von der rechtspolitischen Frage, ob die Erhöhung strafrechtlicher Risiken hier ein angemessenes Regelungsinstrument ist, ist die Bestätigung jedenfalls geeignet, den Bestätigenden zusätzlich zur Sorgfalt anzuhalten.

Daraus, dass das kommunale Verwaltungshandeln im Bereich der Grundsicherung nach § 46a Abs. 4 Satz 1 SGB XII auch durch das Land und durch die Rechnungshöfe des Landes (§§ 43 Abs. 1 HGrG, 91 Abs. 1 Nr. 1 LHO, 91 Abs. 1 Nr. 5 BHO) geprüft werden kann und wird, ergibt sich eine zusätzliche Sicherung.

⁸¹ § 23 Nds AG SGB IX/XII.

⁸² § 6a AG SGB XII Saarl.

⁸³ § 6 ThürAGSGB XII.

⁸⁴ S. etwa BGH, Urt. v. 19.8.2020 – 5 StR 558/19 -, NJW 2021, 90 (Rn. 26.); Rn. 17; BVerwG, Urt. v. 4.2.2021 – 2 WD 9/20 -, NVwZ-RR 2021, 674 Rn. 17; auch Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, § 263 Rn. 121.

Insgesamt wird man den Mehrwert der Testatspflicht für das Regelungsziel, den Verwaltungsaufwand für die Rückabwicklung bei rechtswidrigen Leistungen der Kommunen zu vermeiden und über die Prüfung durch das kommunale Rechnungsprüfungsamt auf die Kommunen im Sinne der Rechtmäßigkeit der Verwaltung sowie der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit einzuwirken, als gering einschätzen müssen.

Diesem geringen Nutzen steht der erhebliche Aufwand gegenüber, den die Testatspflicht etwa in Nordrhein-Westfalen bei den 31 Kreisen, 22 kreisfreien Städten und den beiden Landschaftsverbänden jährlich verursacht. Dabei ist nicht nur der Personalaufwand, sondern auch der damit verbundene Sachaufwand in Rechnung zu stellen. Keinesfalls außer Acht gelassen werden dürfen aber auch die Erschwerungen für die Planung und Durchführung der anderen Prüfaufgaben der örtlichen Rechnungsprüfung durch die termingebunden zu erfüllende Testatspflicht.

Die Testatspflicht bei der jährlichen Abrechnung der Leistungen nach dem Vierten Teil des SGB XII erweist sich damit als nicht angemessene Belastung der kommunalen Aufgabenträger. § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 AG-SGB-XII NRW und § 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGSGB verstoßen deshalb gegen die verfassungsrechtliche Selbstverwaltungsgarantie und sind nichtig.

2.3.3.2 Verwendungsnachweis nach § 15 Abs. 3 Satz 2 KInvFöG NRW

Auch für § 15 Abs. 3 KInvFöG soll zuerst gefragt werden, ob das Land mit der Testatspflicht einer verbindlichen bundesrechtlichen Vorgabe entsprochen hat (a), bevor das Ziel der Regelung ermittelt wird (b). Dann wird der Regelungsinhalt bestimmt (c) und anhand des Übermaßverbots geprüft, ob die Regelung verfassungsgemäß ist (d).

Wie unter 2.3.2 erläutert, gibt es hier Besonderheiten bei der Prüfung, weil die Testatspflicht hier nicht ohne Weiteres gilt, sondern antragsabhängig ist und damit von einer autonomen Entscheidung der Kommune abhängt. Ein abschließendes

Urteil über die Verfassungskonformität der Beschränkung der verfassungsrechtlich geschützten Eigenverantwortlichkeit kann deshalb erst im Rahmen der Prüfung des Übermaßverbots getroffen werden.

a) Verpflichtung durch höherrangiges Recht?

Nach § 15 Abs. 3 und 4 KInvFöG NRW ist die geförderte Kommune verpflichtet, „die Beendigung einer Maßnahme ... der Bezirksregierung unverzüglich, spätestens sechs Monate nach der Beendigung, anzuzeigen. Der Anzeige ist eine Bestätigung der Hauptverwaltungsbeamtin oder des Hauptverwaltungsbeamten beizufügen, dass die örtliche Rechnungsprüfung die zweckentsprechende Verwendung der Mittel bescheinigt hat. Die Beendigungsanzeige gilt als Verwendungsnachweis.“ Die Notwendigkeit der Bestätigung der Rechnungsprüfung wurde damit begründet, dass sie die Abwicklung erleichtert. Das Testat soll die Verwendungsprüfung durch das Land ersetzen.⁸⁵

§ 7 Abs. 2 Satz 1 KInvFG verpflichtet die Länder, dem Bundesministerium der Finanzen zu bestimmten Terminen Übersichten über die zweckentsprechende Verwendung der abgeschlossenen Maßnahmen zu übersenden. Die in Satz 2 der Bestimmung erwähnte Verwaltungsvereinbarung verpflichtet die Länder zu bestätigen, dass die Vorgaben des KinVFG über den Ausschluss von Doppelförderungen und die längerfristige Nutzbarkeit der geförderten Vorhaben, die Auszahlung der Mittel, den Förderzweck und den Förderzeitraum beachtet sind.⁸⁶ Weder das KInvFG noch die Verwaltungsvereinbarung verpflichten aber das Land, die kommunalen Rechnungsprüfungen mit der Prüfung zu betrauen. Man könnte sogar fragen, ob die Abgabe der Bestätigungen, die „abgesehen von stichprobenartigen Prüfungen, Prüfungen aus gegebenem Anlass und allgemeinen Plausibilitätskontrollen“⁸⁷ ohne eigene Prüfung durch das Land abgegeben werden,

⁸⁵ LT-Drs. 17/750 S. 24.

⁸⁶ S. oben 2.1.4 und die Verwaltungsvereinbarung zur Durchführung von Kapitel 2 - Finanzhilfen zur Verbesserung der Schulinfrastruktur finanzschwacher Kommunen nach Artikel 104c Grundgesetz - des Gesetzes zur Förderung von Investitionen finanzschwacher Kommunen (Kommunalinvestitionsförderungsgesetz – KInvFG) v. 20.10.2017 (MBI. NRW 2017, 986).

⁸⁷ LT-Drs. 17/750 S. 24.

den bundesrechtlichen Vorgaben des KInvFG und der Verwaltungsvereinbarung entspricht.

b) Regelungsziel

Als Regelungsziel wird im Text der Vorschrift genannt: „das Testat (soll) die Verwendungsprüfung der Stellen des Landes ersetzen“. Damit kann die Entlastung des Landes von Prüfungsaufwand zu Lasten der Kommunen intendiert sein. Dabei handelt es sich, wie bereits erwähnt, nicht um ein legitimes Gemeinwohlziel.

Man kann die Formulierung allerdings auch im Sinne einer Modifikation des sonst, etwa bei Zuwendungen üblichen Verfahrens verstehen, die auch darauf abzielt, den Kommunen schneller eine weitgehende Sicherheit zu geben, dass der Verwendungsnachweis unbeanstandet bleibt und damit Rückzahlungen unwahrscheinlich sind.

c) Regelungsinhalt

Was die kommunale Rechnungsprüfung bestätigen soll, ergibt sich mit der Formulierung „die zweckentsprechende Verwendung der Mittel“ auch hier nur unzureichend aus der Bestimmung des § 15 Abs. 3 KInvFöG NRW. Nimmt man jedoch die bundesrechtliche Regelung, den Zweck der Ersetzung der Verwendungsprüfung durch das Land und die Verwaltungsvereinbarung hinzu, wird deutlich, dass zu prüfen ist, ob „die Bestimmungen der § 4 Absatz 1 und 3, § 6 Absatz 2, § 12 und § 13 KInvFG“ eingehalten sind.

d) Übermaßverbot

Dass die Regelung geeignet ist, den Kommunen schneller größere Sicherheit hinsichtlich des ordnungsgemäßen Einsatzes der Mittel zu verschaffen, lässt sich nicht in Abrede stellen. Als milderer Mittel zur Erreichung dieses Ziels käme eine begleitende Prüfung durch Behörden des Landes in Betracht, die aber schon wegen des erhöhten Koordinationsaufwandes nicht als ebenso geeignet angesehen werden kann.

Die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung hängt also davon ab, ob man die Belastung, die mit der Bescheinigung durch die kommunale Rechnungsprüfung und die vorhergehende Prüfung verbunden ist, im Verhältnis zu dem Beschleunigungsnutzen für die Kommunen als angemessen ansieht. Dabei wird man berücksichtigen müssen, dass die Belastung der Rechnungsprüfung bei jeder Förderung nur einmal und nicht jährlich auftritt. Sie ist auch nicht ganz so eng termingebunden, weil wesentliche Teile der Prüfung nicht erst nach Beendigung der Maßnahme durchgeführt werden können, wie dies etwa hinsichtlich der längerfristigen Nutzung oder des Förderzwecks der Fall ist. Jedenfalls wenn die Rechnungsprüfung von den zuständigen Stellen der Gemeinde rechtzeitig über die Notwendigkeit der Prüfung unterrichtet wird, können die Erschwerungen für die Planung und Durchführung der anderen Prüfaufgaben der örtlichen Rechnungsprüfung damit geringer ausfallen als im Falle der Abrechnung der Grundsicherung.

Das Ziel des KInvG ist gerade „die Stärkung der Investitionstätigkeit finanzschwacher Gemeinden und Gemeindeverbände“ (§ 10 Satz 1 KInvFG). Die vorausgesetzte Finanzschwäche schränkt angesichts des Pflichtaufgabencharakters der Schulträgeraufgaben, um die es bei der „Verbesserung der Schulinfrastruktur allgemeinbildender Schulen und berufsbildender Schulen“ (§ 10 Satz 1 KInvFG) geht, die Freiwilligkeit der Kommunen bei der Antragstellung erheblich ein. Dass die Förderung, wie durch ihre Beantragung belegt wird, dem eigenen Interesse der Kommunen dient, ist deshalb zwar deutlich zu relativieren, aber nicht irrelevant.

Unter Berücksichtigung des Entscheidungsspielraums, der dem Gesetzgeber zuzubilligen ist, wird man wegen des vergleichsweise geringeren Gewichts der Belastung und der – wenn auch überschaubaren – Vorteile der Regelung für die Kommunen die Regelung für noch verfassungskonform halten können.

2.3.3.3 Prüfvermerk nach § 14 HessenkasseG

Dass für den Erlass des Hessenkassengesetzes eine Verpflichtung durch höherrangiges Recht eine Rolle gespielt haben könnte, ist nicht ersichtlich. Die

folgende Prüfung kann sich deshalb darauf beschränken, auf das Regelungsziel (a), den Regelungsinhalt (b) und das Übermaßverbot (c) einzugehen.

Auch hier ist bei der Prüfung, wie bereits unter 2.3.2 erläutert, die Besonderheit zu berücksichtigen, dass die Testatspflicht antragsabhängig ist.

a) Regelungsziel

Wie unter 2.1.5 erwähnt, ging es beim Hessenkassengesetz um die Sanierung der hessischen Kommunal финанzen im Hinblick auf den hohen Bestand an Kassenkrediten. Kommunen, die eine Kreditenschuldung beantragten, konnten sich damit unter Aufbringung eines überschaubaren Eigenanteils von ihren alten Kassenkrediten befreien.

Als Grund für die Testatspflicht gibt die Gesetzesbegründung an: „Zur Prüfung der Angaben und Unterlagen der Kommunen ist das Rechnungsprüfungsamt aufgefordert, im Rahmen seiner Zuständigkeit tätig zu werden und das Finanz- und Innenministerium bei den zu treffenden Entscheidungen zu unterstützen.“⁸⁸ Es ging also darum, für die Entscheidung über die Aufnahme der Kommunen in das Programm und für die Feststellung des Mittelbedarfs für die jeweilige Kommune die Angaben der Kommune über die Höhe der Kassenkredite zum Stichtag durch das Rechnungsprüfungsamt abzusichern. Das ist ein legitimes Regelungsziel.

b) Regelungsinhalt

Der Regelungsinhalt ergibt sich aus § 14 Abs. 2 Satz 1 HessenkasseG: „Die Prüfung umfasst die Höhe und Verwendung der Kassenkredite sowie deren Notwendigkeit zur Sicherstellung der Liquidität der Kommune zu dem Stichtag“.

c) Übermaßverbot

Dass der Prüfvermerk nach § 14 Abs. 2 Satz 2 HessenkasseG geeignet ist, die Verlässlichkeit der Entscheidungen nach dem HessenkasseG zu verbessern, ist

⁸⁸ LT-Drs. 19/5957 S. 21.

offenkundig. Dasselbe Ergebnis hätte sich auch dadurch erreichen lassen, dass die überörtliche Prüfung nach dem ÜPKKG⁸⁹ tätig geworden wäre. Diese Lösung wäre zwar für die Kommunen schonender gewesen, aber nicht ebenso geeignet, weil der Aufwand für die Prüfung höher als bei der örtlichen Prüfung gewesen wäre, welche diese Prüfung ohnehin im Rahmen der Jahresabschlussprüfung regelmäßig vornimmt.

Damit kommt es für die Verfassungsmäßigkeit auf die Angemessenheit der mit § 14 HessenkasseG verbundenen Beschränkung der Eigenverantwortlichkeit der betroffenen Kommunen an. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich um eine einmalige Prüfung handelt, die einen Ausschnitt dessen darstellt, was beim Jahresabschluss nach § 128 HessGO zu prüfen ist, allerdings zusätzlich und zu einem anderen Stichtag und rückwirkend vorzunehmen ist. Die Kommunen profitieren von der Entschuldung und davon, dass sie wegen der Beteiligung ihrer Rechnungsprüfungsämter zügig bewilligt werden kann, in erheblichem Umfang. Ähnlich wie unter 3.3.2.5 für die Förderung nach dem KInvFG festgestellt, ist aber auch hier die Freiwilligkeit der Antragstellung eingeschränkt, weil von den hohen Kassenkrediten schon wegen des bestehenden Zinsrisikos ein starker Druck auf die Kommunen ausgeht.

Stellt man die Belastung der Kommunen durch die einmalige Prüfung dem Nutzen durch die Reduzierung des Verwaltungsaufwandes und die Vorteile durch den schnellen Schuldenabbau gegenüber, bestehen hier dennoch keine Bedenken gegen die Verfassungsgemäßheit der gesetzlichen Pflicht zur Prüfung und Erteilung eines Prüfvermerks.

2.3.4 Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass die Testatspflichten des §§ 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 AG-SGB-XII NRW, 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGSGB wegen eines nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigten Eingriffs in die durch die

⁸⁹ Gesetz zur Regelung der überörtlichen Prüfung kommunaler Körperschaften in Hessen (ÜPKKG) v. 22.12.1993, zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 8. März 2011 (GVBl. I S. 153, 159.).

Selbstverwaltungsgarantie geschützte Eigenverantwortlichkeit der betroffenen Kommunen verfassungswidrig und nichtig sind.

Auch die antragsgebundenen Testatspflichten der §§ 15 Abs. 3 KInvFöG NRW, 14 Abs. 2 Satz 1 HessenkasseG stellen Beeinträchtigungen des geschützten Selbstverwaltungsrechts dar. Diese Beeinträchtigungen sind aber als gerechtfertigt anzusehen, wobei dieses Ergebnis für § 14 Abs. 2 Satz 1 HessenkasseG deutlicher ausfällt als für §§ 15 Abs. 3 KInvFöG NRW.

2.4 Beachtung der Konnexitätsbestimmungen

Die Konnexitätsbestimmungen sind Landesverfassungsrecht. Hier ist also deshalb zwischen den Ländern zu unterscheiden. Hinsichtlich § 7 Abs. 2 AG-SGB XII NRW und § 15 Abs. 3 KInvFöG NRW ist Art. 78 Abs. 3 Verf NRW anwendbar (4.1), hinsichtlich § 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGB die Vorschrift des Art. 85 Abs. 2 SächsVerf (4.2) und hinsichtlich § 14 HessenkasseG die Bestimmung des Art. 137 Abs. 6 der hessischen Verfassung (4.3).

2.4.1 §§ 7 Abs. 2 AG-SGB XII NRW, 15 Abs. 3 KInvFöG NRW

Nach Art. 78 Abs. 3 Satz 2 Verf NRW ist aufgrund einer Kostenfolgeabschätzung ein finanzieller Ausgleich für die entstehenden notwendigen, durchschnittlichen Kosten zu schaffen, wenn die Veränderung bestehender Aufgaben zu einer wesentlichen Belastung der Kommunen führt. „Wesentlich“ ist die Belastung nach der Vorstellung des Verfassungsgebers dann, wenn sie 0,25 € pro Einwohner/Jahr, also landesweit insgesamt rund 4,5 Mio. € übersteigt.⁹⁰ Die Grundsätze der Kostenfolgeabschätzung und Bestimmungen über eine Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände sind im KonnexAG NRW enthalten, das gemäß Art. 78 Abs. 3 Satz 5 Verf NRW erlassen worden ist. Nach § 2 Abs. 4 KonnexAG NRW liegt eine Veränderung einer bestehenden Aufgabe vor, wenn „den Vollzug prägende besondere Anforderungen an die Aufgabenerfüllung geändert werden“. Die Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände ist in §§ 7 f. KonnexAG geregelt.

⁹⁰ LT-Drs. 13/5515 S. 23; Jäger S. 184; VerfGH NRW, Urt. v. 4.4.2022 – VerfGh 1/18 – NRWE S. 25 ff.

Nach § 7 Abs. 3 KonnexAG ist das Ergebnis der Abstimmung mit ihnen in den Gesetzentwurf aufzunehmen, wenn sie der Kostenfolgeabschätzung zugestimmt haben. Wird keine Einigkeit erzielt, ist das nach § 8 Abs. 2 KonnexAG in dem Gesetzentwurf offenzulegen, der dem Landtag zugeleitet wird.

Im Regierungsentwurf des AG-SGB XII ist von der Konnexitätsrelevanz in Bezug auf das Testat der örtlichen Rechnungsprüfung nicht die Rede; dort geht es um die Änderung, die darin liegt, dass die Aufgabe nunmehr als Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung wahrzunehmen ist. Weiter heißt es: „Auch nach Auffassung der kommunalen Spitzenverbände ist die grundsätzliche Konnexitätsrelevanz gegeben, führt aber aufgrund der Höhe der Kostenerstattung nicht zu einer Ausgleichspflicht.“⁹¹ Auch die Testatspflicht stellt aber eine Veränderung einer bestehenden Aufgabe im Sinne des Art. 78 Abs. 3 Satz 2 Verf NRW und des § 2 Abs. 4 Satz 1 KonnexAG dar. Entscheidend ist die Frage, ob es sich um eine „wesentliche Belastung“ handelt.

Das hängt zum einen von den für Prüfungen und Testate bei den örtlichen Rechnungsprüfungen entstehenden Kosten ab. Nach den dem Unterzeichner dazu vorliegenden Informationen muss dazu bei den Trägern, also den 31 Kreisen, 22 kreisfreien Städten und zwei Landschaftsverbänden mit einem Aufwand von etwa zwei Arbeitswochen ausgegangen werden⁹². Legt man den für die Wesentlichkeit der Belastung relevanten Betrag auf die erwähnten 55 Träger um, ergibt sich daraus ein durchschnittlicher Betrag von mehr als rd. 81.000 € pro Träger und Jahr. Dieser Betrag dürfte nicht erreicht werden.

Allerdings ändert sich die Rechnung deutlich, wenn man auch die zahlreichen Delegationsnehmer für verpflichtet hielte. Dem Text des § 7 Abs. 2 AG-SGB XII NRW kann eine solche Verpflichtung aber nicht entnommen werden, denn dort ist nur von den „Trägern“ die Rede. Wenn das MAGS in seinem Erlass vom 19.8.2020

⁹¹ LT-Drs 16/1732 S. 3.

⁹² Davon entfällt nach Angaben des IDR eine Woche auf allgemeine Prüfaufgaben (Zahlenabgleich, Kontenvergleich, Formelkontrolle IKS-Beurteilung, Einbeziehung anderer Prüfungen, rechtliche Bewertung und Umsetzung von ministeriellen Vorgaben), die zweite auf die Prüfung von Stichproben.

meint, es werde „davon ausgegangen, dass die Sozialämter der Delegationsnehmer in ihren den Delegationsgebern vorzulegenden Jahresnachweisen ... ein (Unter-)Testat ihrer örtlichen Rechnungsprüfung – soweit vor Ort vorhanden⁹³ – beifügen“⁹⁴, nimmt es offenbar selbst keine rechtliche Verpflichtung an, sondern äußert nur eine Erwartung. Eine entsprechende Pflicht der Delegationsnehmer könnte das Land nämlich nur durch Gesetz begründen.

Würde die Wesentlichkeitsschwelle erreicht, wäre zu fragen, ob von den Kosten die „Entlastung“ abgezogen werden darf, die dadurch eintrat, dass der Bund nunmehr die Ausgaben für die Grundsicherung erstattet. Dagegen spricht, dass die verfassungsrechtliche Regelung und das KonnexAG NRW auf Belastungen und Entlastungen durch Gesetze und Verordnungen des *Landes* abstellt. Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 KonnexAG findet das Konnexitätsprinzip bei bundesrechtlichen Aufgabenregelungen nur insoweit Anwendung, wie dem Land zur Umsetzung ein eigener Gestaltungsspielraum verbleibt. Diese Beschränkung muss konsequent auch im Hinblick auf Entlastungen durch Bundesrecht greifen. Die Erstattungen der Ausgaben für die Grundsicherung durch den Bund kann also nicht gegen den Aufwand verrechnet werden, der für die Testate aufgrund einer Regelung des Landes entsteht.

Wenn eine wesentliche Belastung vorliegt, hat das Land gegen seine Ausgleichspflicht verstoßen. Ob die kommunalen Spitzenverbände mit der betroffenen Regelung oder dem Verzicht auf einen Ausgleich einverstanden waren, ist nicht relevant.

Anders als im Falle des AG-SGB XII NRW spielen Konnexitätsüberlegungen im Entwurf des KInvFöG NRW überhaupt keine Rolle. Es heißt lediglich, es entstünden den Kommunen rd. 125 Mio. € Belastungen für die Eigenanteile zu den vom Bund zur Verfügung gestellten Mitteln.⁹⁵ Dass die vom Bund bereitgestellten Mittel nicht

⁹³ Dazu, ob die in der Differenzierung nach der Trägerschaft einer Rechnungsprüfung liegende Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, s. unten 3.3.2.1.

⁹⁴ Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales NRW, Erlass v. 19.8.2020 – V A 4 – 6225, S. 12.

⁹⁵ LT-Drs. 16/9519 S. 2.

geeignet sind, als Entlastung gegen die Belastungen durch die Testate in Ansatz gebracht zu werden, wurde soeben dargelegt. Die Testatspflicht hat das Land auch hier im Rahmen seines eigenen Gestaltungsspielraums als Land vorgesehen. Dass sie auch im Übrigen den Tatbestand des Art. 78 Abs. 3 Satz 2 Verf NRW erfüllt, kann nicht bezweifelt werden.

Eine Ausgleichspflicht ist jedoch wieder zweifelhaft, weil möglicherweise die Wesentlichkeitsschwelle auch nicht erreicht wird. Zwar ist die Zahl der betroffenen Kommunen größer, dafür ist der Aufwand für die Prüfung nach dem KInvFöG NRW geringer. Dass im Jahr landesweit ein Aufwand von mehr als 4,5 Mio € entsteht, ist unwahrscheinlich. Überschreitet der Aufwand die Wesentlichkeitsschwelle, hat das Land gegen Art. 78 Abs. 3 Verf NRW verstoßen.

2.4.2 § 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGSGB

Beim Erlass von § 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGSGB war die Konnexitätsregelung des Art. 85 Abs. 2 SächsVerf bereits seit gut drei Monaten in ihrer heutigen Fassung in Kraft.⁹⁶ Nach Satz 2 dieser Bestimmung gilt die Pflicht zu einem entsprechenden Ausgleich einer Mehrbelastung des Satzes 1 auch, wenn der Freistaat nachträglich eine finanzielle Mehrbelastung bei der Erledigung übertragener oder bestehender Aufgaben unmittelbar verursacht. Durch die Testatspflicht hat der sächsische Gesetzgeber nachträglich, nämlich nach der Übertragung der schon wahrgenommenen Aufgabe Grundsicherung, eine finanzielle Mehrbelastung verursacht. Gegen den Eintritt einer Mehrbelastung lässt sich nicht einwenden, die Erstattungsregelung bei der Grundsicherung habe die Kommunen in einem erheblich stärkeren Maße entlastet, denn diese Entlastung geht nicht auf das Konto des Landes, sondern der Bund hat sie durch § 46a SGB XII vorgenommen. Die Belastung durch die Testatspflicht geht dagegen auf eine autonome Entscheidung des Landes zurück, die nicht durch Bundesrecht veranlasst ist.

Es ist nicht ersichtlich, dass im Verfahren der Gesetzgebung oder danach eine

⁹⁶ S. Art. 2 des Verfassungsänderungsgesetzes v. 11.7.2013 (SächsGVBl. S. 502).

Ermittlung dieser Mehrbelastung stattgefunden hat, geschweige denn ein Ausgleich vorgenommen worden wäre. Anders als das nordrhein-westfälische Recht kennt Sachsen auch keine Beschränkung des Ausgleichs auf wesentliche Belastungen.⁹⁷ Auf die Höhe der Belastung, die hier durchaus nicht unbeträchtlich ist, kommt es deshalb nicht an.

Es liegt ein Verstoß gegen Art. 85 Abs. 2 SächsVerf vor; der Gesetzgeber hat es verfassungswidrig unterlassen, eine Ausgleichsregelung zu treffen.

2.4.3 § 14 HessenkasseG

Nach Art. 137 Abs. 6 S. 1 HessVerf sind Regelungen über die Kostenfolgen zu treffen, wenn die Kommunen zur Erfüllung staatlicher Aufgaben verpflichtet werden. Die Mitwirkung durch einen Prüfvermerk des Rechnungsprüfungsamtes in einem Verfahren zur Sanierung der Kommunalfinanzen ist aber keine staatliche Aufgabe, sondern eine eigene kommunale Aufgabe, wie sich schon daraus ergibt, dass die Kommune selbst entscheidet, ob sie einen Antrag auf Beteiligung an der Hessenkasse stellen will.

Art. 137 Abs. 6 S. 2 HessVerf verpflichtet das Land zu einem „entsprechenden Ausgleich“, wenn die Übertragung neuer eigener Aufgaben zu einer Mehrbelastung „der Gemeinden oder Gemeindeverbände in ihrer Gesamtheit“ führt. Eine Mehrbelastung könnte man hier nur annehmen, wenn man außer Acht ließe, dass das Verfahren für die beteiligten Kommunen mit einer erheblichen finanziellen Entlastung verbunden ist⁹⁸, die in ihrem Umfang in jedem Fall die durch den Prüfvermerk entstehenden Kosten weit übersteigen. Ein Verstoß gegen Art. 137 Abs. 6 Satz 2 HessVerf liegt deshalb nicht vor.

Art. 137 Abs. 6 Satz 2 HessVerf verpflichtet das Land im Übrigen nicht, eine Ausgleichsregelung im selben Gesetz zu treffen. Sie kann vielmehr auch später

⁹⁷ Dazu Oebbecke, GemH 2011, 65.

⁹⁸ Zur Bedeutung von Entlastungen nach Art. 137 s. Schmitt, PdK He Art. 137 Anm. 7.2.

anderweit erfolgen.⁹⁹

2.5 Rechtsschutzmöglichkeiten

Die Testatspflichten in §§ 7 Abs. 2 Satz 3 AG-SGB XII NRW, 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGSGB haben sich als verfassungswidrig erwiesen.

Mit der Behauptung, dass landesgesetzliche Regelungen das Selbstverwaltungsrecht verletzen, kann von Gemeinden und Gemeindeverbänden in beiden Ländern Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof erhoben werden (§§ 52 Abs. 1 VerfGHG NRW; 7 Nr. 8 SächsVerfGHG). Allerdings muss die Beschwerde von den Kommunen in beiden Ländern innerhalb eines Jahres erhoben werden (§§ 52 Abs. 1 VerfGHG NRW, 36 Abs. 1 SächsVerfGHG). Diese Frist ist in beiden Fällen abgelaufen.

Die aus der Verfassungswidrigkeit folgende Nichtigkeit einer gesetzlichen Regelung kann aber auch inzidenter geltend gemacht werden, indem aufsichtliche Maßnahmen, die auf die verfassungswidrige Bestimmung gestützt werden, verwaltungsgerichtlich angegriffen werden. Denkbar wäre hier, dass eine Kommune mit der Begründung der Verfassungswidrigkeit der Testatspflicht wegen des Verstoßes gegen das Selbstverwaltungsrecht sich weigert, die Abrechnungen nach § 46a Abs. SGB XII mit Testat einzureichen. In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren kann unter Berufung auf die Nichtigkeit darauf hingewirkt werden, dass das Verwaltungsgericht die Sache nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG, §§ 50 Abs. 1 VerfGHG NRW, 25 Abs. 1 SächsVerfGHG) dem Verfassungsgericht vorlegt. Das Verfassungsgericht hebt die Bestimmung auf, wenn es zu der Überzeugung gelangt, dass sie das Selbstverwaltungsrecht verletzt.

Wie eine Verletzung der Konnexitätsbestimmung des Art. 78 Abs. 3 Verf NRW verfassungsgerichtlich geltend gemacht werden kann, hängt davon ab, ob die

⁹⁹ HesStGH, Urt. v. 6.6.2012 – P. St. 2292 -, Juris Rn. 75 ff.; Schmitt, PdK He Art. 137 Anm. 7.3.

notwendige Kostenausgleichsregelung überhaupt nicht¹⁰⁰ oder unzureichend¹⁰¹ getroffen worden ist. In jedem Fall gelten auch hier die Jahresfristen der §§ 52 Abs. 1 VerfGHG, 36 Abs. 1 SächsVerfGHG NRW.

3. Testatsverpflichtungen aufgrund von Verwaltungsvorschriften

Die Untersuchung beginnt auch hier mit einer Darstellung der Testatsverpflichtungen (3.1). Zusätzlich zu den im Gutachtauftrag ausdrücklich genannten Verwaltungsvorschriften soll auch der Entwurf der hessischen Richtlinie zur Förderung der regionalen Entwicklung (Stand 28.9.2021)¹⁰² in die Untersuchung einbezogen werden. Als Grundlage für die dann folgende Untersuchung zur Rechtmäßigkeit solcher Regelungen wird unter 3.2 der anerkannte Rahmen des Zuwendungsrechts dargestellt. Die Rechtsfragen, die sich bei der Prüfung der Testatspflichten am geltenden Recht (3.3) ergeben, verlangen zum Teil Antworten, die über diesen Rahmen hinausgehen. Den Abschluss bilden die Prüfungen auf die Konnexitätsrelevanz der Testatspflichten (3.4) und der Rechtsschutzmöglichkeiten (3.5).

3.1 Inhalt und Hintergrund der Verwaltungsvorschriften

Prüferfordernisse finden sich in Nr. 6.5 ANBest-Gk Bund (3.1.1), Nr. 7.2 ANBest-Gk Bund (3.1.2), 7.2 ANBest-P NRW (3.1.3), den ANBest-I NRW (3.1.4) und Nr. 6.2.1 des Entwurfs der hessischen Richtlinie zur Förderung der regionalen Entwicklung (3.1.5).

3.1.1 Nr. 6.5 ANBest-Gk Bund

Die Allgemeinen Nebenbestimmungen des Bundes für Zuwendungen zur Projektförderung an Gebietskörperschaften und Zusammenschlüsse von Gebietskörperschaften (ANBest-Gk) enthalten im Abschnitt 6 Bestimmungen über den Nachweis der Verwendung von Zuwendungen.

¹⁰⁰ Dazu VerfGH NRW, Urt. v. 12.10.2010 – 12/09 -, Juris.

¹⁰¹ Dazu VerfGH NRW Urt. v. 10.1.2017 – VerfGH 8/15 – Juris.

¹⁰² Der Entwurf (Stand 28.9.2021) ist mit dem Rundschreiben 0777-2021 v. 13.10.2021 des Hessischen Städtetages an die Magistrate der Mitgliedsstädte versandt worden.

In Nr. 6.5 geht es um den Fall, dass der Zuwendungsempfänger berechtigt ist, Mittel an Dritte, also Nichtgebietskörperschaften weiterzuleiten. Nach Satz 1 hat der Zuwendungsempfänger, also etwa eine Kommune, die von diesen Stellen gegenüber dem Zuwendungsempfänger zu erbringenden Verwendungsnachweise „entsprechend VV Nr. 11 zu § 44 BHO zu prüfen und den Prüfvermerk dem Verwendungsnachweis ... beizufügen“. VV Nr. 11 zu § 44 BHO regelt, wie die Bewilligungsbehörde die Verwendung zu prüfen hat. Die dort vorgesehene Prüfung ist „entsprechend“ von der Gebietskörperschaft durchzuführen, welche Mittel an eine Nichtgebietskörperschaft weitergeleitet hat. Nr. 11 enthält Bestimmungen darüber, was und wie zu prüfen ist. Der Regelung lässt sich aber kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass dies durch eine sachlich unabhängige Stelle mit besonderer Rechnungsprüfungsexpertise zu geschehen hat. Dieser Gedanke liegt auch deshalb fern, weil die Prüfung nach VV Nr. 11 zu § 44 BHO im Regelfall seiner Anwendung durch die Bewilligungsbehörde erfolgt¹⁰³, also durch nachgeordnete Behörden des Bundes oder eine Förderbank.

Eine Testatspflicht der örtlichen Rechnungsprüfung begründet Nr. 6.5 ANBestGk des Bundes also nicht.

3.1.2 Nr. 7.2 ANBest-Gk Bund

Im Abschnitt 7 enthalten die ANBest-Gk Bestimmungen über die Prüfung der Verwendung der Zuwendung: Nr. 7.1 berechtigt die Bewilligungsbehörde, Bücher, Belege usw. anzufordern sowie die Zuwendung durch örtliche Erhebung zu prüfen oder prüfen zu lassen. Nr. 7.3 erinnert unter Hinweis auf §§ 91, 100 BHO an die Berechtigung des Bundesrechnungshofs, bei den Zuwendungsempfängern zu prüfen. Die hier vor allem interessierende Nr. 7.2 lautet: „Unterhält der Zuwendungsempfänger eine eigene Prüfungseinrichtung, ist von dieser der Verwendungsnachweis vorher zu prüfen und die Prüfung unter Angabe ihres

¹⁰³ Müller/Richter/Ziekow S. 76 f.; dementsprechend unterscheidet der Präsident des Bundesrechnungshofs als Bundesbeauftragter für die Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung S. 125 deutlich zwischen der „verwaltungsmäßigen Prüfung“ durch die Behörde, die den Bewilligungsbescheid erlassen hat, und der Prüfung durch eine eigene Prüfeinrichtung des Zuwendungsempfängers.

Ergebnisses zu bescheinigen. Dies gilt nicht bei Zuwendungen des Bundes an ein Land.“ Was hier mit „eigene Prüfungseinrichtung“ gemeint ist, wird soweit ersichtlich nirgendwo ausdrücklich gesagt. Es spricht aber alles dafür, dass die örtliche Rechnungsprüfung der Kommunen gemeint ist. Neben den Ländern kommen nur Kommunen als Gebietskörperschaften in Betracht. Diese unterhalten – in der Regel ab einer bestimmten Größe – Rechnungsprüfungsämter, örtliche Rechnungsprüfungen usw.

Als Prüfungseinrichtungen der Länder kämen die Landesrechnungshöfe in Betracht. Satz 2 der Bestimmung nimmt die Länder aber ausdrücklich von der Testatspflicht aus¹⁰⁴. Der Sache nach gleichbedeutend könnte die Regelung also lauten: „Unterhält der kommunale Zuwendungsempfänger eine eigene Rechnungsprüfung ist von dieser der Verwendungsnachweis vorher zu prüfen und die Prüfung unter Angabe ihres Ergebnisses zu bescheinigen.“ Des zweiten Satzes hätte es dann nicht bedurft.

Nr. 7.2 AN-Best Gk verlangt also verbindlich eine Prüfung durch die örtliche Rechnungsprüfung, wenn die zuwendungsempfangende Kommune eine Rechnungsprüfung unterhält.

3.1.3 Nr. 7.2 ANBest-P NRW

Die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung NRW (ANBest-P) enthalten in ihrem Abschnitt 7 unter Nr. 7.2 eine Regelung, wonach der Verwendungsnachweis von Zuwendungsempfängern, die eine eigene Prüfungseinrichtung unterhalten, „vorher zu prüfen und die Prüfung unter Angabe ihres Ergebnisses zu bescheinigen“ ist.

Allerdings gelten die ANBest-P NRW nicht für die Gemeinden; für sie ist eine spezielle Regelung erlassen worden, nämlich die Allgemeinen Nebenbestimmungen

¹⁰⁴ Der Grund dafür könnte darin liegen, dass weder Landesregierung noch Landtag dem Landesrechnungshof einen Prüfauftrag erteilen kann (Brüning, *VerwArch* 113 [2022], 16; Kube, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 3, § 66 Rn. 319); das Land als Zuwendungsempfänger hätte also rechtlich keine Möglichkeit, eine entsprechende Auflage zu erfüllen.

für Zuwendungen zur Projektförderung an Gemeinden (ANBest-G). Die ANBest-G verdrängen für ihren Anwendungsbereich die ANBest-P NRW; das ergibt sich nicht nur aus dem Vorrang der spezielleren Regelung, sondern auch aus der Systematik der Verwaltungsvorschriften zur Landeshaushaltsordnung, als deren Teil beide Regelungen erlassen sind: Beide Allgemeinen Nebenbestimmungen sind Teil der Verwaltungsvorschrift zu § 44 LHO. Diese sind in zwei Abschnitte gegliedert: „Teil I – VV für Zuwendungen an den außergemeindlichen Bereich“ und „Teil II – Zuwendungen an Gemeinden (GV) – (VVG)“. Die ANBest-P findet sich als Anlage 2 zu Teil I, die ANBest-G als Anlage 1 zu Teil II.

Weil die ANBest-P NRW auf Zuwendungen an die Gemeinden keine Anwendung finden, begründet Nr. 7.2 keine Testatspflicht der örtlichen Rechnungsprüfung.

3.1.4 Nr. 8.2 ANBest-I NRW

Abgesehen davon, dass Nr. 8.2 der Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur institutionellen Förderung NRW sprachlich gegendert ist, stimmt der Wortlaut der Bestimmung mit Nr. 7.2 Satz 1 ANBest-Gk des Bundes überein: „Unterhält die Zuwendungsempfängerin oder der Zuwendungsempfänger eine eigene Prüfungseinrichtung, ist von dieser der Verwendungsnachweis vorher zu prüfen und die Prüfung unter Angabe ihres Ergebnisses zu bescheinigen.“

Wie sich allerdings aus der Systematik der VV zu § 44 LHO ergibt, sind die ANBest-I NRW nicht auf Gemeinden anwendbar, denn Teil I der VV zu § 44 sieht die Anwendung der ANBest-I, der ANBest-P und der NBest-Bau nur für den außergemeindlichen Bereich vor. Für Zuwendungen an Gemeinden sehen die VV zu § 44, die sich im Teil II finden, ausdrücklich nur eine Projektförderung vor.

Mangels Anwendbarkeit auf Zuwendungen, deren Empfänger die Gemeinden sind, begründet Nr. 8.2 ANBest-I deshalb keine Testatspflicht der örtlichen Rechnungsprüfung.

3.1.5 Nr. 6.2.1 des Entwurfs der hessischen Richtlinie zur Förderung der

regionalen Entwicklung

Der soweit ersichtlich bisher nicht in Kraft gesetzte Entwurf der Richtlinie des Landes Hessen zur Förderung der regionalen Entwicklung enthält in seinem Teil II Einzelbestimmungen und dort unter Nr. 6 Bestimmungen über die Förderung von spezialisierten Gründerzentren. Das sind Einrichtungen, die mit dem Ziel, die Entstehung neuer, zukunfts- und wettbewerbsfähiger Unternehmen zu begünstigen (Nr. 6.1), neu gegründete innovative Unternehmen betreuen und unterstützen, beispielsweise indem sie die Zuwendungen für die Finanzierung der Start- und Anlaufphase an sie weiterleiten (Nr. 6.2.1).¹⁰⁵ Antragsberechtigt für die Förderung von regionalen Gründerzentren sind u.a. kommunale Träger solcher Zentren (Nr. 6.4).

Der hier interessierende Absatz der Nr. 6.2.1 des Entwurfs stimmt wörtlich mit dem letzten Absatz der Nr. 6.1 der geltenden Richtlinie des Landes Hessen zur Förderung der regionalen Entwicklung vom 15.1.2018 überein. Es geht darum, in welchen Fällen ein Unternehmen „innovativ“ ist und damit durch das Gründerzentrum gefördert werden darf. Das ist nach Nr. 6.2.1 der Fall, wenn es das durch ein externes Gutachten nachweisen kann, oder wenn seine Forschungs- und Entwicklungskosten in mindestens einem der drei Jahre vor Gewährung der Beihilfe mindestens 10 Prozent der gesamten Betriebsausgaben ausmachen. „Im Falle eines neu gegründeten Unternehmens ohne abgeschlossenes Geschäftsjahr ist die Feststellung der Forschungs- und Entwicklungsvorhaben im Rahmen des Audits des laufenden Geschäftsjahres von einem externen Rechnungsprüfer zu testieren.“

Diese Definition des „innovativen“ Unternehmens geht wörtlich auf Art. 2 Nr. 80 der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission¹⁰⁶ zurück, welche die Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt regelt. Die Anforderung bezieht sich also nicht auf das Gründerzentrum, sondern auf die dort geförderten Unternehmen. Sie ist deshalb von ihnen im Rahmen der Antragstellung

¹⁰⁵ Auf die unter Nr. 6.2 ebenfalls genannten „virtuellen“ und „spezialisierten“ Gründerzentren wird hier nicht eingegangen.

¹⁰⁶ ABl. L 187 v. 26.6.2014 S. 1.

nachzuweisen. Die Testierpflicht, die bei neugegründeten Unternehmen kompensieren soll, dass keine Jahresabschlüsse vorliegen, trifft nicht die Kommunen, die Träger eines virtuellen Gründerzentrums sind oder deren Rechnungsprüfungsamt.

Nr. 6.2.1 des Entwurfs bzw. Nr. 6.2 der geltenden Richtlinie begründen also keine Testatspflicht des Rechnungsprüfungsamtes.

3.1.6 Bewertung des Befundes

Die Prüfung der Allgemeinen Nebenbestimmungen des Zuwendungsrecht zeigt, dass nur noch Nr. 7.2 ANBest-Gk des Bundes eine Testatspflicht der Rechnungsprüfung enthält. In den landesrechtlichen Verwaltungsvorschriften ist sie nicht vorgesehen. Es liegt nahe, diesen Befund auch als Reaktion auf die oben erwähnte Intervention der kommunalen Spitzenverbände zu sehen.

3.2 Der zuwendungsrechtliche Rahmen

Im Folgenden werden zuerst Begriff und Bedeutung der Zuwendungen dargestellt (3.2.1), bevor auf die haushaltsrechtlichen Grundlagen (3.2.2) und die Verbindlichkeit der Allgemeinen Nebenbestimmungen (3.2.3) eingegangen wird.

3.2.1 Begriff und Bedeutung der Zuwendungen

Die allgemein anerkannte Definition der Zuwendung geht von der Legaldefinition des § 14 HGrG aus: „Leistungen an Stellen außerhalb der Verwaltung des Bundes oder des Landes zur Erfüllung bestimmter Zwecke (Zuwendungen)“. Es besteht Einigkeit darüber, dass diese Definition um das Merkmal der Freiwilligkeit der Leistung dem Grund *und* der Höhe nach zu ergänzen ist.¹⁰⁷ Danach sind Zuwendungen also freiwillige Leistungen an Stellen außerhalb der Verwaltung des Bundes oder des Landes¹⁰⁸ zur Erfüllung bestimmter Zwecke. Es handelt sich um einen haushaltsrechtlichen Begriff.

¹⁰⁷ Müller/Richter/Ziekow S. 63; Kilian, in: Schulte/Kloos, § 4 Rn. 136 ff.; Gumpert, S. 25.

¹⁰⁸ Dazu, dass Kommunen Stellen außerhalb der Verwaltung der Länder sind Aulbert S. 24 f.; von Lewinski/Burbat, § 14 HGrG Rn. 23 ff.

Der Begriff der Subvention ist als Rechtsbegriff in § 264 Abs. 8 StGB für das Strafrecht legal definiert; danach sind Subventionen entweder Leistungen aus öffentlichen Mitteln nach Bundes- oder Landesrecht an Betriebe oder an – auch öffentliche – Unternehmen, die ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt werden und der Förderung der Wirtschaft dienen sollen, oder Leistungen aus öffentlichen Mitteln nach dem Recht der Europäischen Union, die wenigstens zum Teil ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt werden. Auf diese Definition beziehen sich auch § 1 SubvG Bund und § 1 LandessubventionsG NRW.

Die Begriffe der Zuwendung und der Subvention überschneiden sich.¹⁰⁹ Im Schrifttum wird bei der rechtlichen Erörterung nicht immer unterschieden.¹¹⁰ Weil es in beiden Fällen um zweckgerichtete staatliche Leistungen geht, die nicht an eine Gegenleistung gebunden sind, können mit der gebotenen Vorsicht Aussagen zum Subventionsrecht auch für zuwendungsrechtliche Fragen herangezogen werden.¹¹¹

Art. 104b GG ermöglicht dem Bund, den Ländern Finanzhilfen für besonders bedeutsame Investitionen der Länder und der Gemeinden (Gemeindeverbände) zu gewähren. Das Nähere wird nach Art. 104b Abs. 2 GG durch ein zustimmungspflichtiges Bundesgesetz oder durch Verwaltungsvereinbarung geregelt, die Bestimmungen über die Ausgestaltung der jeweiligen Länderprogramme enthalten können, wobei die Festlegung der Kriterien für deren Ausgestaltung im Einvernehmen mit den betroffenen Ländern erfolgen muss. Weil diese Finanzhilfen gesetzlich geregelt sind, fehlt es am Merkmal der Freiwilligkeit; sie sind also keine Subventionen. Soweit die Länder die Finanzhilfen an Gemeinden weitergeben, geschieht dies als Zuwendung für Einzelvorhaben, denn die einzelne Gemeinde hat weder dem Grunde noch der Höhe nach einen Anspruch, weil die Verteilung der Bundesmittel nach den Vorgaben des Bundes Sache der Länder ist.¹¹²

¹⁰⁹ Aulbert S. 29.

¹¹⁰ Etwa Müller/Richter/Ziekow S. 13; Winkelmüller, in: Schulte/Kloos, § 2 Rn. 8 ff.

¹¹¹ Aulbert S. 30.

¹¹² Müller/Richter/Ziekow S. 67.

Ein genauer Überblick über den Umfang und die tatsächliche Bedeutung von Zuwendungen für die Kommunen ist nicht leicht zu gewinnen. Für Nordrhein-Westfalen geben gemäß § 22 des jährlichen Gemeindefinanzierungsgesetz das für Kommunales zuständige Ministerium und das Finanzministerium jährlich die „haushaltsmäßige Zuordnung und die Zweckbestimmung mit den Haushaltsansätzen für die Zuweisungen bekannt, die den Kommunen im Haushaltsjahr gewährt werden sollen“.¹¹³ Danach fanden sich für 2021 Zuweisungen in einer Gesamthöhe von mehr als 17 Mrd. Euro in den Einzelplänen aller Ressorts. Darunter finden sich allerdings neben Zuwendungen in großem Umfang auch Zuweisungen anderer Art, vor allem auch solche, auf die ein Anspruch besteht. Nach einer für das Haushaltsjahr 2019 durchgeführten Erhebung gab es in Nordrhein-Westfalen 162 kommunalrelevante Förderprogramme mit einem Mittelabfluss von 6,02 Mrd. Euro. Zieht man die Erstattung der Kosten der Unterkunft und die Weiterleitung der Mittel für den Schienenpersonennahverkehr ab, verbleiben rund 3 Mrd. Euro.¹¹⁴ Praktisch für jedes kommunale Handlungsfeld finden sich Zuwendungen.¹¹⁵ Welche Bedeutung Zuwendungen für die Kommunen haben, wird deutlich, wenn man den Betrag von rd. 3 Mrd. Euro ins Verhältnis zu den 10,4 Mrd. Euro setzt, die die Kommunen 2019 als Schlüsselzuweisungen¹¹⁶ erhielten. Zu Recht wird im Schrifttum darauf hingewiesen, dass Zuwendungen für die Aufgabenerfüllung unverzichtbar geworden sind und vor allem Investitionen oft nur möglich sind, wenn staatliche Zuwendungen in Anspruch genommen werden können.¹¹⁷ Vor allem finanzschwache Kommunen sind auf Zuwendungen angewiesen; ihre „Freiheit“ bei der Entscheidung über die Beantragung ist dementsprechend gering.

3.2.2 Haushaltsrechtliche Grundlagen

Nach § 23 BHO/LHO dürfen Ausgaben für Leistungen an Stellen außerhalb der Bundes- bzw. Landesverwaltung nur veranschlagt werden, wenn der Bund bzw. das

¹¹³ S. etwa MBI. NRW 2021, 173.

¹¹⁴ Junkernheinrich u.a. S. 147.

¹¹⁵ Zöpfl, KommJur 2013, 89.

¹¹⁶ § 6 FGF 2019.

¹¹⁷ Zöpfl, KommJur 2013, 88 f.; Portz, ZfBR 2021m 514.

Land an der Erfüllung durch solche Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann. § 44 BHO/LHO bestimmt, dass Zuwendungen nur unter diesen Voraussetzungen gewährt werden dürfen, dass bei der Gewährung festzulegen ist, wie die zweckentsprechende Verwendung nachzuweisen ist, und dass ein Prüfungsrecht der für die Gewährung zuständigen Dienststelle besteht.

Die Finanzministerien des Bundes und der Länder haben Allgemeine Verwaltungsvorschriften zu den jeweiligen Haushaltsordnungen erlassen, die jeweils ausführliche Regelungen über die Gewährung von Zuwendungen nach § 44 BHO/LHO enthalten. Sie sehen vor, dass die für die Förderung erlassenen Allgemeinen Nebenbestimmungen „unverändert“¹¹⁸ bzw. „grundsätzlich unverändert“¹¹⁹ zum Bestandteil des Zuwendungsbescheids zu machen sind. Veröffentlicht werden Allgemeine Nebenbestimmungen als Anlage zu den Verwaltungsvorschriften zu § 44 LHO/BHO.

3.2.3 Die Verbindlichkeit der Allgemeinen Nebenbestimmungen

Die Nebenbestimmungen – also etwa eine Testatspflicht – sind nicht eo ipso verbindlich für die Zuwendungsempfänger, sondern nur wenn sie durch den Rechtsakt der Gewährung der Zuwendung verbindlich gemacht werden. Zuwendungen werden durch Zuwendungsbescheid, also Verwaltungsakt, gewährt oder – praktisch für Zuwendungen an Kommunen nicht üblich – durch einen Zuwendungsvertrag. Die einzelnen Nebenbestimmungen werden durch die Bezugnahme im Zuwendungsbescheid verbindlich für den Empfänger¹²⁰ und stellen „Bedingungen oder Auflagen“ dar. Ob es sich um eine Bedingung oder eine Auflage handelt, muss im Einzelfall bestimmt werden. Eine Testatspflicht, die im Rahmen des Nachweises der Verwendung zu erfüllen ist, stellt eine Auflage im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG dar; es handelt sich nämlich um eine Bestimmung, durch die dem Empfänger ein Tun vorgeschrieben wird. Weil Auflagen ihrerseits

¹¹⁸ Nr. 5.1 VV zu § 44 Abs. 1 BHO.

¹¹⁹ Nr. 5.1 Teil I, Nr. 1.3.2 Teil II VV zu § 44 LHO NRW

¹²⁰ BVerwG, Urt. v. 27.4.2005 – 8 C 8/04 -, Juris Rn. 15; OVG NRW, Beschl. V. 22.6.2006 – 4 A 2134/05 -, Juris Rn. 13.

Verwaltungsakte sind, können sie von der Erlassbehörde selbständig durchgesetzt werden; führt das nicht zum Erfolg, kann der Verwaltungsakt – also die Zuwendung – nach § 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG widerrufen werden.¹²¹

Wie unter 1.2 erwähnt spielt im Zuwendungsrecht der Widerruf eines Zuwendungsbescheids aufgrund eines Verstoßes gegen das Vergaberecht, das etwa nach Nr. 3 ANBest-Gk Bund zu beachten ist, eine große Rolle.¹²² Die Pflicht, eine dem Vergaberecht entsprechende Vergabe durchzuführen, wird als Auflage angesehen, bei deren Nichterfüllung der Widerruf des Zuwendungsbescheids zulässig ist.¹²³

Während die Verwaltungsvorschriften mit ihrem haushaltsrechtlichen Charakter allein innenrechtliche Bedeutung entfalten und lediglich die staatlichen Stellen binden, an die sie sich richten, erhalten die Allgemeinen Nebenbestimmungen mit der Bezugnahme im Bewilligungsbescheid außenrechtliche Wirkung, verpflichten also die Gemeinde, welche die Zuwendung erhält, gegenüber dem die Zuwendung gewährenden Staat. Die Ermächtigung zur Aufnahme einer Auflage gegenüber der Gemeinde ergibt sich aus § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG, denn auf den Erlass des Zuwendungsbescheids besteht kein Anspruch, sondern er steht im Ermessen der Bewilligungsbehörde.

Der Zuwendungsgeber kann also eine Testatspflicht der Rechnungsprüfung nicht allein durch Verwaltungsvorschrift begründen; dazu bedürfte es einer gesetzlichen Regelung. Durch die Inanspruchnahme der Förderung aufgrund des Zuwendungsbescheides übernimmt vielmehr die Kommune die Verpflichtung, durch einen Prüfauftrag, den das dafür zuständige Organ erteilt, ein Testat der Rechnungsprüfung sicherzustellen.¹²⁴

¹²¹ Störmer, in: Fehling/Kastner/Störmer, § 36 Rn. 28.

¹²² Etwa Burgi, NZBau 2013, 605 f.; Portz, ZfBR 2021, 514 ff.; Gass, ZfBR 2022, 33 ff.; Attendorn, NVwZ 2006, 991 ff.; Zöpfl, KommJur 2013, 90; Aulbert S. 94 ff.

¹²³ OVG Münster, Urt. v. 22.2.2005 – 15 A 1065/04 -, NVwZ-RR 2006, 86 ff; VGH München, Urt. v. 9.2.2015 – 4 B 12.2325 -, BeckRS 2015, 42468; OVG Münster, Beschl. v. 15.8.2019 – 15 A 2792/18 -, NVwZ-RR 2020, 333 ff.

¹²⁴ Deichsel, in: BeckOK NKomVG § 155 Rn. 29.

3.3 Rechtmäßigkeit der Testatspflicht

Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Testatspflicht nach Nr. 7.2 ANBest-Gk können sich in drei Richtungen ergeben. Weil es sich nicht um ein materielles Gesetz, sondern eine Verwaltungsvorschrift handelt, muss der Frage nachgegangen werden, ob der Gesetzesvorbehalt beachtet ist (3.3.1). Davon abgesehen, gilt sowohl für den Erlass von Verwaltungsvorschriften wie für die Gewährung von Zuwendungen im Einzelfall nach Art. 20 Abs. 3 GG die Bindung an Gesetz und Recht, also der Vorrang des Gesetzes. Im konkreten Fall geht es vor allem darum, ob die Ungleichbehandlung von Kommunen mit und ohne eigene Prüfungseinrichtung (Nr. 7.1 Satz 1) und von Ländern und Kommunen (Nr. 7.1 Satz 2) gerechtfertigt sind (3.3.2) und ob die Testatspflicht mit dem Selbstverwaltungsrecht vereinbar ist (3.3.3).

3.3.1 Der Gesetzesvorbehalt

Noch in den fünfziger Jahren hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, das Bundesverfassungsrecht enthalte keinen allgemeinen ungeschriebenen Gesetzesvorbehalt für die leistungsgewährende Verwaltung.¹²⁵ Für freiwillige Leistungen des Staates reicht dementsprechend in der Regel die entsprechende Ausgabenermächtigung im Haushaltsplan mit ihrer Zweckbestimmung aus, von der dann im Haushaltsvollzug auf der Grundlage von Verwaltungsvorschriften durch Einzelbewilligungen Gebrauch gemacht wird.

Inzwischen ist jedoch für Leistungen an Private durch die Rechtsprechung anerkannt, dass in bestimmten Fällen eine Regelung durch Gesetz erforderlich sein kann. Zwar sei der Gesetzesvorbehalt nicht wegen eines Eingriffs in Freiheit und Eigentum erforderlich, weil es bei einvernehmlicher Mitwirkung nicht zu einem Eingriff komme; eine gesetzliche Regelung könne aber erforderlich sein, wenn aus

¹²⁵ BVerfG, Beschl. v. 6.5.1958 – 2 BvL 37/56 –, BVerfGE 8, 155 ff.; Sommermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 Rn. 281 f.

sonstigen Gründen ein Handeln im grundrechtsrelevanten Bereich vorliege.¹²⁶ Das wird etwa angenommen, wenn die Förderung Auswirkungen auf am Zuwendungsverhältnis unbeteiligte Dritte haben kann.¹²⁷ Die Rechtsprechung hält eine gesetzliche Regelung aber auch da für erforderlich, wo nach der sog. Wesentlichkeitstheorie wegen der besonderen Grundrechtssensibilität alle wesentlichen Regelungen durch den parlamentarischen Gesetzgeber getroffen werden müssen. Einen solchen Fall haben die Gerichte etwa bei der Förderung von Presseorganen angenommen.¹²⁸ Das Bundesverfassungsgericht sieht eine gesetzliche Regelung auch für Sozialleistungen zur Sicherung des Existenzminimums als unerlässlich an.¹²⁹

Für antragsgebundene Leistungen an Kommunen liegen Judikate bisher nicht vor. Eine Übertragung der unter 2.3.2 erwähnten Überlegungen zu privaten Grundrechtsträgern auf das Verhältnis zwischen dem leistungsgewährenden Staat und den Kommunen kann aber für den Fall in Betracht gezogen werden, dass eine staatliche Zuwendung existenznotwendige Bedeutung für eine Kommune hat oder die Zuwendungsbedingungen erhebliche Beschränkungen des verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsrechts mit sich bringen.

Zuwendungen an Gebietskörperschaften gewährt der Bund allerdings vor allem für Forschung und Entwicklung, Sport-, Kultur- und Umweltschutzförderung sowie die Förderung von wichtigen bildungs-, wirtschafts- und sozialpolitischen Vorhaben.¹³⁰ Soweit damit überhaupt Projekte der Kommunen gefördert werden, ist die Bedeutung dieser Förderung schwerlich als in ähnlicher Weise existenznotwendig anzusehen wie Sozialleistungen für Private. Zweifelhaft ist auch, ob die mit der Testatspflicht verbundenen Beeinträchtigungen der kommunalen

¹²⁶ BVerwG, Urt. v. 23.2.2011 – 6 C 22/10 -, BVerwGE 139, 42 ff. Rn. 71; Spilker, DVBl. 2011, 459.

¹²⁷ BVerwG, Urt. v. 27.3.1992 – 7 C 21/90 -, NJW 1992, 2486.

¹²⁸ BVerfG, Beschl. v. 6.6.1989 – 1 BvR 727/84 -, NJW 1989, 2877; OVG Berlin, Urt. v. 25.4.1975 – II B 86/74 -, NJW 1975, 1938 (1940); OVG Münster, Urt. v. 23.3.1990 – 5 A 584/86 -, NVwZ 1991, 174 (175).

¹²⁹ BVerfG, Urt. v. 9.2.2010 - 1 BvL 3/09 -, Juris Rn. 136; BVerfG, Urt. v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10 -, Juris Rn. 97; Maurer/Waldhoff. § 6 Rn. 21.

¹³⁰ Bundesministerium der Finanzen S. 70

Eigenverantwortlichkeit so gravierend sind, dass eine parlamentsgesetzliche Regelung unabweisbar ist.

3.3.2 Der Gleichheitssatz

Die Verwaltung ist auch beim Erlass von Verwaltungsvorschriften im Zuwendungsrecht an Gesetz und Recht und damit an den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG).¹³¹ Auch die Kommunen müssen kraft Verfassungsrecht gleich behandelt werden.¹³² „Dieses interkommunale Gleichbehandlungsgebot verbietet willkürliche, sachlich nicht vertretbare Differenzierungen.“¹³³ An diesem Maßstab sind die unterschiedlichen Regelungen für Kommunen mit und ohne eigene Prüfeinrichtung (3.3.2.1) und für Kommunen und Länder (3.3.2.2) zu messen.

3.3.2.1 Kommunen mit und ohne eigene Prüfungseinrichtung

Nach Nr. 7.2 Satz 1 ANBest-Gk müssen Zuwendungsempfänger, die über eine eigene Prüfungseinrichtung verfügen, den Verwendungsnachweis von dieser prüfen und die Prüfung und ihr Ergebnis bescheinigen lassen. Diese Regelung hat zur Folge, dass solche Kommunen mit dem Aufwand für diese Prüfung belastet werden, die ohne eigene Prüfungseinrichtung jedoch nicht. Praktisch hat das zur Folge, dass die Kommune, die sich freiwillig für die Einrichtung eines eigenen Rechnungsprüfungsamtes entscheidet, durch die Prüfung belastet wird, die gleich große Kommune, welche auf die Einrichtung verzichtet, nicht und zwar auch dann nicht, wenn sie gegen die Zahlung von Gebühren durch das Rechnungsprüfungsamt des Landkreises geprüft wird¹³⁴. Eine Kommune, die kein eigenes Rechnungsprüfungsamt einrichtet, sondern sich statt dessen – in aller Regel gegen Kostenerstattung – eines anderen kommunalen Rechnungsprüfungsamtes

¹³¹ OVG Koblenz, Urt. v. 17.1.2017 – 7 A 10057/16.OVG – BeckRS 2017, 100786, Rn. 34; Zöpfl, KommJur 2013, 91; Müller/Richter/Ziekow, S. 25; Winkelmüller, in: Schulte/Kloos, § 2 Rn. 7; von Lewinski/Burbat, § 44 BHO, Rn. 16; Spilker, DVBl. 2011, 465.

¹³² BVerfG, Beschl. v. 21.5.1968 – 2 BvL 2/61 -, BVerfGE 23, 353 (372 f.); BVerfG, Beschl. v. 7.2.1991 – 2 BvL 24/84 -, BVerfGE 83, 363 (393); VerfGH NRW, Urt. v. 19.7.2011 – 32/08 -, Juris Rn. 60; BVerwG, Beschl. v. 3.3.1997 – 8 B 130/96 -, NVwZ 1998, 66; Beschl. v. 201.2004 – 8 B 139/03 -, BeckRS 2004, 20830; Mehden, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 28 Rn. 19 und 173 ff.

¹³³ VerfGH NRW, Urt. v. 19.7.2011 – 32/08 -, Juris Rn. 60.

¹³⁴ So nach § 81 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 ThürKO oder § 129 Satz 2 HessGO..

bedient¹³⁵, muss das Testat nicht beifügen, denn sie hat ja, wie sich etwa aus § 153 Abs. 3 KomVG Nds ergibt, gerade keine eigene Prüfungseinrichtung¹³⁶. Dagegen muss die Kommune, deren Rechnungsprüfungsamt für diese Kommune die Prüfungen durchführt, dem Verwendungsnachweis selbst erhaltener Zuwendungen das Testat beifügen.

Wozu die Prüfung und ihr Nachweis nach Nr. 7.2 ANBest-Gk überhaupt dienen soll, ist unklar. Um eine Entlastung bei der verwaltungsmäßigen Prüfung durch die Bewilligungsbehörde kann es schwerlich gehen, denn die Prüfung durch die Prüfeinrichtung kann nach Auffassung des Bundesrechnungshofs die verwaltungsmäßige Prüfung des Verwendungsnachweises nicht ersetzen.¹³⁷ Egal, welchen Zweck die Prüfung haben soll, ist nicht erklärbar, warum die Unterhaltung einer eigenen Prüfeinrichtung ein geeignetes Differenzierungskriterium dafür sein soll, die Zuwendungsempfänger mit dem Aufwand für die Prüfung zu belasten. Das gilt auch, wenn man annehmen wollte, die Testatspflicht solle Fehler frühzeitig und damit auch für die Kommunen schonend aufdecken. Die Pflicht zur Unterhaltung eines eigenen Rechnungsprüfungsamtes knüpft in manchen Ländern an die Einwohnerzahl an¹³⁸. Andere knüpfen die Pflicht zur Unterhaltung der eigenen Rechnungsprüfung an den Status der Gemeinde¹³⁹. Einwohnerzahl und Status sind aber durchaus kein Indiz für finanzielle Leistungsfähigkeit, also die Fähigkeit den zusätzlichen Aufwand zu tragen. Ebenso fehlen Anhaltspunkte dafür, dass der Umgang mit Zuwendungen in einwohnerstärkeren Kommunen oder in Kommunen mit einem bestimmten Status fehleranfälliger und deshalb prüfungsbedürftiger ist als in kleineren oder dass größere Kommunen ein stärkeres Interesse daran haben,

¹³⁵ S. § 109 Abs. 1 Satz 1 und 2 GemO BW.

¹³⁶ Anders als *Deichsel* (in: BeckOK § 155 NKomVG Rn. 30) meint, kann es schwerlich darauf ankommen, ob die Prüfungseinrichtung einer anderen Kommune im Wege der Organleihe oder im Rahmen kommunaler Gemeinschaftsarbeit tätig wird. Wären solche landesrechtlichen Konstruktionsunterschiede für das Verständnis einer bundesrechtlichen Vorgabe relevant, verschärft das die Frage nach den Sachgründen der Ungleichbehandlung.

¹³⁷ Der Präsident des Bundesrechnungshofs S. 125.

¹³⁸ Etwa §§ 119 Satz 1 KSVG Saarl (25.000 E), 138 Abs. 1 Satz 1 KVG SAnh (25.000 E.), 114 GO SH (20.000 E)..

¹³⁹ Etwa Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GO BY (kreisfreie), §§ 102 Abs. 1 Satz 1 BbgKVerf (kreisfreie Städte), 129 S. 1 HessGO (kreisfreie und Sonderstatusstädte), 154 Abs. 1 NdsKomVG (kreisfreie und große selbständige Städte und selbständige Gemeinden).

Fehler frühzeitig und damit auch für die Kommunen schonend aufzudecken.

Es ist nicht ersichtlich, wie die Differenzierung, welche Nr. 7.2 Satz 1 ANBest-Gk trifft, gerechtfertigt werden könnte. Sie verstößt gegen das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot.

3.3.2.2 Kommunen und Länder

Nach Nr. 7.2 Satz 2 ANBest-Gk gilt die Testatspflicht nicht für die zuwendungsempfangenden Länder. Gerechtfertigt ist diese Regelung durch die besondere staatsrechtliche Stellung der Landesrechnungshöfe.¹⁴⁰ Sie verbietet es Stellen der Länder, qua Bewilligungsbescheid Zuwendungen des Bundes mit der Auflage einer Prüfung durch den Landesrechnungshof anzunehmen. Die Aufgaben der Landesrechnungshöfe sind nämlich gesetzlich bestimmt und anders als bei den kommunalen Rechnungsprüfungsämtern können zusätzliche Prüfaufträge nicht erteilt werden. Die unterschiedliche Rechtslage rechtfertigt die Ungleichbehandlung. Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsrecht liegt damit nicht vor.

3.3.3 Das Selbstverwaltungsrecht

Die Testatspflicht der Nr. 7.2 ANBest-Gk tangiert die Eigenverantwortlichkeit der betroffenen Kommunen, indem ihre Freiheit bei der Entscheidung über den Einsatz bzw. das Tätigwerden der örtlichen Rechnungsprüfung eingeschränkt wird, denn will die Gemeinde die Förderung in Anspruch nehmen, muss das zuständige Organ – in aller Regel der Bürgermeister – der örtlichen Rechnungsprüfung den entsprechenden Prüfauftrag erteilen. Oben unter 2.3.2 wurde dargelegt, dass damit wegen der Antragsabhängigkeit der Testatspflicht nicht im klassischen Sinne in das Selbstverwaltungsrecht eingegriffen wird, dass aber gute Gründe dafür sprechen, die vorliegende Beeinträchtigung wie bei der Grundrechtsprüfung auf ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung zu prüfen, wobei die Antragsabhängigkeit der Belastung zu berücksichtigen ist.

¹⁴⁰ VerfGH NRW, Urt. v. 13.12.2011 – VerfGH 11/10 -, NRWE; Brüning, VerwArch 113 [2022], 16; Kube, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Band 3, § 66 Rn. 319.

Bei der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ist zu fragen, ob die Belastung im Hinblick auf das mit der Regelung verfolgte Gemeinwohlziel geeignet, erforderlich und angemessen ist. Wie unter 3.3.2.1 gezeigt, ist der Regelungszweck schwer auszumachen; um eine Entlastung der Bewilligungsbehörde kann es nicht gehen. Nimmt man an, dass die Rechnungsprüfung Fehler frühzeitig und damit auch für die Kommunen schonend aufdecken soll, ist sie geeignet und es ist nicht erkennbar, wie der Normgeber der Verwaltungsvorschriften ihn auf andere Weise erreichen könnte.

Zweifelhaft dann aber ist die Angemessenheit. Bei der Prüfung ist zu beachten, dass die Kommunen auch ohne die Regelung eine Prüfung veranlassen könnten, um Fehler frühzeitig und schonend aufzudecken und dass das Selbstverwaltungsrecht gerade darauf abzielt, dass die Kommunen selbst entscheiden können, welche Maßnahmen sie im eigenen Interesse treffen. Es kommt also darauf an, ob der zusätzliche Nutzen des Zwangs zur Prüfung im Hinblick auf das geschützte Selbstverwaltungsrecht die mit der Testatspflicht verbundene Belastung rechtfertigen kann. Diese Frage wird desto eher zu bejahen sein, je größer die Entscheidungsfreiheit der Kommune, ob sie eine Projektförderung durch den Bund beantragt, tatsächlich ist. Sie kann deshalb bei der Förderung einer finanzstarken Kommune für ein Vorhaben im Bereich des Sports oder der Kultur anders zu beantworten sein als wenn eine finanzschwache Kommune eine Wiederaufbauhilfe nach einer Katastrophe erhält, etwa einer Überschwemmung. Problematisch ist vor allem, dass Nr. 7.2 ANBest-Gk ausnahmslos gilt und auch für Notfallhilfen keine Ausnahmen zulässt.

Zu bedenken ist schließlich noch die Wertung des Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG, wonach der Bund Kommunen durch Gesetz Aufgaben nicht übertragen darf. Diese Bestimmung wurde in das Grundgesetz aufgenommen, um sicherzustellen, dass ausschließlich die Länder, die auch für die finanziellen Folgen einzustehen haben, Belastungen für Kommunen vorsehen. Der Einwand, dass die Testatspflicht im Rahmen einer Förderung nicht zu einer Nettobelastung führt, trifft zu; geht man jedoch davon aus, dass die Testatspflicht im Interesse der Kommunen vorgesehen

ist, entspricht es dem Normzweck des Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG, solche Regelungen den Ländern zu überlassen.

Berücksichtigt man all diese Argumente muss man die pauschale Testierpflicht des Nr. 7.2 AnBSt-Gk für mit Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG unvereinbar halten.

3.3.4 Zwischenergebnis

Die Testatspflicht nach Nr. 7.2 ANBest-Gk ist verfassungswidrig, weil sie gegen das Gleichbehandlungsgebot verstößt, denn sie behandelt Kommunen mit und Kommunen ohne eigenes Rechnungsprüfungsamt ungleich, ohne dass dafür ein sachlicher Grund erkennbar ist. Sie ist auch verfassungswidrig, weil sie ungerechtfertigt in das Selbstverwaltungsrecht der geförderten Kommunen eingreift.

3.4 Zur Konnexitätsrelevanz

Der Bund, der die AN-Best-Gk erlassen hat, kennt keine Konnexitätsregelung.

3.5 Rechtsschutzmöglichkeiten

Die Testatspflicht nach Nr. 7.2 ANBest-Gk stellt eine Auflage zur Bewilligung der Förderung durch Verwaltungsakt dar. Auflagen können vom Adressaten des Verwaltungsaktes, also der Kommune, vor den Verwaltungsgerichten mit der Anfechtungsklage isoliert angegriffen werden. Eine entsprechende Anfechtungsklage hat nach § 80 Abs. 1 VwGO hinsichtlich der angegriffenen Auflage aufschiebende Wirkung¹⁴¹.

Allerdings räumt die Rechtsprechung der Erlassbehörde bei Erfolg der Anfechtungsklage die Möglichkeit des Widerrufs ein, wenn es sich um einen Ermessensverwaltungsakt handelt, auf den der Adressat keinen Anspruch hat.¹⁴² Zwar steht die Gewährung von Zuwendungen im Ermessen der erlassenden Behörde; dieses Ermessen ist jedoch durch die jeweiligen Zuwendungsrichtlinien

¹⁴¹ *Puttler*, in: Sodan/Ziekow, § 80 Rn. 24; OVG Lüneburg, Beschl. v. 8.11.2005 – 12 ME 397/05 -, BeckRS 2005, 31025).

¹⁴² BVerwG, Urt. v. 12.3.1982 – 8 C 23/80 -, NJW 1982, 2269; H.A.Wolff, in: Sodan/Ziekow, § 113 Rn. 180.

eingeschränkt. Der Widerruf scheidet deshalb aus, wenn die Kommunen aufgrund der Selbstbindung der Verwaltung – die rechtswidrige Auflage hinweggedacht – einen Anspruch auf die Zuwendung hat. Soweit ein Anspruch auf die Förderung nicht besteht, weil es sich etwa um eine Einzelförderung handelt, bleibt rechtlich die Möglichkeit, eine Verpflichtungsklage auf einen Förderbescheid ohne die Auflage der Testatspflicht zu erheben; praktisch ist dieser Weg schon deshalb nicht attraktiv, weil die Förderung im Erfolgsfall erst mit erheblicher Verzögerung gewährt wird.

Gedacht werden kann noch an die Klage der Kommune nach § 43 Abs. 1 VwGO auf die gerichtliche Feststellung, dass eine Förderung mit der Auflage, dem Verwendungsnachweis ein Testat der örtlichen Rechnungsprüfung beizufügen, rechtswidrig ist. Das Feststellungsinteresse kann sich hier aus der Wiederholungsfahr ergeben. Ob sich bei den doch nicht alltäglichen Bundesförderungen die von der Rechtsprechung geforderte Gefahr einer Wiederholung in absehbarer Zeit¹⁴³ hinreichend dartun lässt, ist allerdings zweifelhaft.

4. Zusammenfassung der Ergebnisse

Untersucht wurden Testatspflichten, die sich aus Gesetz (4.1), und solche, die sich aus Verwaltungsvorschriften (4.2) ergeben.

4.1 Gesetzliche Testatspflichten

In die Untersuchung einbezogen wurden die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 7 Abs. 2 Satz 3 AG-SGB XII NRW, 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGSGB, 6a Abs. 3 AG-SGB II NRW, 15 Abs. 3 Satz 2 KInvFöG NRW und 14 HessenkasseG. Eine Pflicht der Gemeinden, ein Testat der örtlichen Rechnungsprüfung beizubringen, enthalten §§ 7 Abs. 2 Satz 3 AG-SGB XII NRW, 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGSGB, 15 Abs. 3 Satz 2 KInvFöG NRW und 14 HessenkasseG.

¹⁴³ BVerwG, Beschl. v. 29.4.2008 – 1 WB 11.07 -, BeckRS 2008, 143209 Rn. 21 ff.; BVerwG, Beschl. v. 16.10.1989 – 7 B 108/89 -, NVwZ 1990, 360 f.; BVerwG, Ur. v. 25.8.1993 – 6 C 7/93 -, NVwZ-RR 1994, 234 f.

Wegen Verstoßes gegen das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden und Gemeindeverbände sind § 7 Abs. 2 Satz 3 AG-SGB XII NRW und § 16 Abs. 7 Satz 4 SächsAGSGB verfassungswidrig. Beide Bestimmungen sind auch unter Verstoß gegen die Konnexitätsregelungen der Landesverfassungen zustande gekommen.

§ 15 Abs. 3 Satz 2 KInvFöG NRW wird man wegen des relativ geringen Gewichts der Belastung und der Antragsabhängigkeit der Testatspflicht für noch verfassungsgemäß halten können. Gegen § 14 HessenkasseG bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

4.2 Testatspflichten aufgrund von Verwaltungsvorschriften

In die Untersuchung einbezogen wurden folgende Verwaltungsvorschriften: Nr. 6.5 ANBest-Gk Bund, Nr. 7.2 ANBest-Gk Bund, Nr. 7.2 ANBest-P NRW, Nr. 8.2 ANBest-I NRW und Nr. 6.2.1 des Entwurfs der hessischen Richtlinie zur Förderung der regionalen Entwicklung. Eine Pflicht der Gemeinden, ein Testat der örtlichen Rechnungsprüfung beizubringen, ergibt sich nur aus Nr. 7.2 ANBest-Gk Bund, und zwar für Gemeinden mit eigener Rechnungsprüfung.

Nr. 7.2 AnBest-Hk Bund verstößt gegen das Gleichbehandlungsgebot, das auch die Gemeinden schützt, weil Kommunen mit und solche ohne eigene Rechnungsprüfung ungleich behandelt werden. Sie verstößt auch gegen die durch die Selbstverwaltungsgarantie geschützte Eigenverantwortlichkeit der Kommunen, weil die damit verbundene Belastung nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

Münster, im April 2022

gez. *Oebbecke*

Literaturverzeichnis

Attendorn, Thorsten

Der Widerruf von Zuwendungsbescheiden wegen Verstoßes gegen Vergaberecht, NVwZ 2006, 991 ff.

Aulbert, Imke

Staatliche Zuwendungen an Kommunen, 2010.

Bätge, Frank

Die Rechtsstellung der örtlichen Rechnungsprüfung in den Kommunen, GemH 2021, 252 ff.

Bieritz-Harder, Renate/Wolfgang Conrads/Stephan Thie (Hg.)

Sozialgesetzbuch XII – Sozialhilfe, 12. Auflage, Baden-Baden 2020.

Bundesministerium der Finanzen (Hg.)

Das System der öffentlichen Haushalte, 2015.

Brüning, Christoph

Status und Ausstattung des Landesrechnungshofes – der Kampf des „Ritters ohne Schwert“ um seine Rechtsstellung, VerwAcrh 113 (2022), 1 ff.

Burgi, Martin

Das Vergaberecht als Vorfrage in anderen Rechtsgebieten, NZBau 2013, 601 ff.

Dreier, Horst (Hg.)

Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2015

Dürig, Günter/ Roman Herzog/ Rupert Scholz (Hg.)

Grundgesetz-Kommentar, Loseblatt, München, Stand 95. EL Juli 2021.

Ehlers, Dirk/Michael Fehling/Hermann Pünder (Hg.)

Besonderes Verwaltungsrecht, Band 3, 4. Auflage, Heidelberg 2021.

Epping, Volker/Christian Hillgruber (Hg.)

BeckOK Grundgesetz, 49. Edition Stand 15.11.2021, München 2021.

Fehling, Michael/ Berthold Kastner/ Rainer Störmer (Hg.)

Verwaltungsrecht, Handkommentar, 5. Auflage, München 2021

Flint, Georg (Hg.)

SGB XII, Sozialhilfe mit Eingliederungshilfe (SGB IX Teil 2) und Asylbewerberleistungsgesetz, 7. Auflage, München 2020.

Gass, Georg

Zuwendungen und Vergaberecht – zu Rückforderungsrichtlinien und Ermessensausübung, ZfBR, 2022, 33 ff.

Gumpert, Sven

Zuwendungsrecht des Landes NRW, Praxislehrbuch, o. O. 2020.

Hartmann, Bernd J./Thomas Mann/Veith Mehde (Hg.)

Landesrecht Niedersachsen, 2. Auflage, Baden-Baden 2018.

Jäger, Cornelia

Der Tatbestand der Konnexitätsregelung des Art. 78 Abs. 3 der Landesverfassung Nordrhein-Westfalen, Stuttgart 2014.

Jarass, Hans/Bodo Pieroth

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, München, 16. Auflage 2020.

Junkernheinrich, Martin/Falk Ebinger/Lars Martin Klieve/Janbernd Oebbecke/Karin Welge

Kommunale Selbstverwaltung und staatliche Regulierung, Berlin 2022.

Juny, Christiane

Das kommunale Prüfungswesen in Nordrhein-Westfalen, PdK NW B-11, Wiesbaden Online (Abruf 17.2.2022)

Kämmerling, Guido

Testatspflichten der Rechnungsprüfungsämter, GemH 2014, 84 ff.

Kämmerling, Guido

Die Rede und Berichtspflichten der Rechnungsprüfung, GemH 2015, 73 ff.

Kindhäuser, Urs/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hg.)

Strafgesetzbuch, 5. Auflage, Baden-Baden 2017.

Kingreen, Thorsten/Ralf Poscher

Grundrechte Staatsrecht II, 37. Auflage, Heidelberg 2021.

Kirchhof, Paul

Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, NVwZ 1983, 505 ff.

von Lewinski, Kai/Daniela Burbat

Bundeshaushaltsordnung, Baden-Baden 2013

von Lewinski, Kai/Daniela Burbat

HaushaltsgrundsätzeGesetze, Baden-Baden 2013.

Maurer Hartmut/Christian Waldhoff

Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage, München, 2017.

von Mangoldt/Klein/Starck (Hg.)

Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 7 Auflage, München 2018.

Maurer, Hartmut/Christian Waldhoff

Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage, München 2017.

Müller, Hans-Martin/Bettina Richter/Jan Ziekow

Handbuch Zuwendungsrecht, München 2017.

Oebbecke, Janbernd

Konnexitätsprinzip: Die Kosten- und Mehrbelastungsermittlung, GemH 2011, 60 ff.

Oebbecke, Janbernd

Die Aufsicht der Länder über den kommunalen Vollzug der Grundsicherung, DVBl. 2019, 1 ff.

Oebbecke, Janbernd/ Sabrina Desens

Die Rechtsstellung der Leitungen der örtlichen Rechnungsprüfung in Nordrhein-Westfalen, Wiesbaden 2012.

Portz, Norbert

Zuwendungen und Vergaberecht – Zwischen Rückforderungsrichtlinien und Ermessensausübung, ZfBR 2021, 514 ff.

Der Präsident des Bundesrechnungshofs als Bundesbeauftragter für die Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (Hg.)

Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen – Typische Mängel und Fehler im Zuwendungsbereich, hg. vom Präsidenten des Bundesrechnungshofs als Bundesbeauftragter für die Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, 2. Auflage, Bonn 2016.

PdK He

Olaf Schmitt/Rainer Kallert/Jens Daniel Braun/Carsten Schätz/ Johannes Meister
Verfassung des Landes Hessen, PdK He A-3, Wiesbaden Online (Abruf 21.2.2022).

Sachs, Michael (Hg.)

Grundgesetz, 9. Auflage, München 2021.

Schulte, Martin/Joachim Kloos (Hg.)

Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht, München 2016.

Sodan/Ziekow (Hg.)

Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Auflage, 2018.

Spilker, Bettina

Verfassungsrechtliche Überlegungen zum Thema Subventionsvergabe und Subventionsabbau, DVBl. 2011, 458 ff.

Zöpfl, Andreas

Staatliche Zuwendungen – unsichere Rechtslage für Kommunen, KommJur 2013, 88 ff.