

Verfassungsrechtliche Grundlagen der Finanzierung der Kommunen in Nordrhein-Westfalen

Gutachten von Prof. Dr. Klaus Lange

**im Auftrag des Städtetages Nordrhein-Westfalen,
des Landkreistages Nordrhein-Westfalen und
des Städte- und Gemeindebundes Nordrhein-Westfalen**

Verfassungsrechtliche Grundlagen der Finanzierung der Kommunen in Nordrhein-Westfalen

Gutachten von Prof. Dr. Klaus Lange

im Auftrag

**des Städtetages Nordrhein-Westfalen,
des Landkreistages Nordrhein-Westfalen und
des Städte- und Gemeindebundes Nordrhein-Westfalen**

Herausgeber

Städtetag Nordrhein-Westfalen
Landkreistag Nordrhein-Westfalen
Städte- und Gemeindebund Nordrhein-Westfalen

ISBN 978-3-921784-42-6

Köln und Düsseldorf, Dezember 2015

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	4
1. Gegenstand des Gutachtens	5
2. Bundesverfassungsrechtliche Gewährleistungen.....	6
2.1 Spezielle grundgesetzliche Gewährleistungen einer kommunalen Finanzausstattung	6
2.2 Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie als grundgesetzliche Gewährleistung einer kommunalen Finanzausstattung	8
3. Der grundgesetzliche Anspruch auf finanzielle Mindestausstattung und angemessene Finanzausstattung der Kommunen	14
3.1 Finanzielle Mindestausstattung und angemessene Finanzausstattung	14
3.2 Verpflichteter	16
3.3 Die Kommunen als Anspruchsberechtigte	17
3.4 Begrenzung der Mindestausstattung durch die Leistungsfähigkeit des Landes?.....	18
3.5 Begrenzung der angemessenen Finanzausstattung durch die Leistungsfähigkeit des Landes.....	23
4. Art. 78, 79 LVerf NRW im Lichte des Art. 28 Abs. 2 GG	23
4.1 Die Interpretation der Art. 78, 79 LVerf NRW durch den VerfGH NRW	23
4.1.1 Die Rechtsprechung des VerfGH NRW bis zu seinem Urteil v. 19.7.2011	23
4.1.2 Die Urteile des VerfGH NRW vom 19.7.2011 und 6.5.2014	27
4.1.3 Die Berufung des VerfGH NRW auf andere Landesverfassungsgerichte	33
4.2 Einwirkung des Art. 28 Abs. 2 GG auf Art. 78, 79 LVerf NRW.....	39
5. Rechtliche Anforderungen an die Bestimmung des Finanzbedarfs	41
5.1 Die Rechtsprechung des VerfGH NRW zur finanziellen Mindestausstattung der Kommunen	41
5.2 Bestimmungsfaktoren der Mindestausstattung	43
5.3 Das doppelte Haushalts- und Rechnungswesen	50
5.4 Bestimmungsfaktoren der angemessenen Finanzausstattung	53
6. Maßgeblichkeit der einzelnen Kommune oder der Gesamtheit der Kommunen	57
7. Prozessuale Möglichkeiten der Kommunen	60
7.1 Klagemöglichkeiten vor den Verwaltungsgerichten	60
7.2 Klagemöglichkeit vor dem Landesverfassungsgericht.....	65
7.3 Klagemöglichkeiten vor dem BVerfG	66
7.4 Grenzen der Justitiabilität	70
8. Änderung der Landesverfassung oder weiterer Gesetze	72
9. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	74
Zum Autor	78

Vorwort

Ungeachtet der guten konjunkturellen Rahmenbedingungen und trotz des Stärkungspaktes sind die finanziellen Verhältnisse vieler Kommunen gerade in Nordrhein-Westfalen Besorgnis erregend. Die gute Entwicklung der Steuereinnahmen wird mehr als kompensiert durch die ständig steigenden Aufwendungen in den sozialen Sicherungssystemen und die generelle Kostenentwicklung in vielen Aufgabenbereichen. Hinzu treten die Herausforderungen infolge des starken Zustroms von Flüchtlingen.

Die bereits bundesgesetzlich geltenden Regelungen zur Schuldenbremse und die in vielen Bundesländern vorgesehene Übernahme dieser Regelungen auch in das Landesverfassungsrecht nähren zudem die Befürchtung, dass zur Erreichung des Ziels eines ausgeglichenen Landeshaushalts auch zu Lasten der kommunalen Ebene konsolidiert werden wird.

Angesichts der bei einigen Städten und Gemeinden bereits eingetretenen oder drohenden bilanziellen Überschuldung stellt sich deshalb die Frage, welchen verfassungsrechtlichen Schutz die Kommunen gegen die Erosion der finanziellen Grundlagen ihrer Selbstverwaltung genießen. Haben die Kommunen qua bundesrechtlicher Gewährleistung einen Anspruch auf eine finanzielle Mindestausstattung? Und ist ein solcher Anspruch einer Abwägung mit Finanzierungsinteressen des Landes unterworfen, mit anderen Worten: Gibt es einen unantastbaren Kernbereich, der nicht unterschritten werden darf?

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bislang zu der Frage, ob sich aus Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz ein unantastbarer Kernbereich einer kommunalen Finanzausstattungsgarantie herleiten lässt, nicht abschließend geäußert. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Landesverfassungsgerichte zeigt ein differenziertes Meinungsbild, wobei der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen in seiner jüngeren Judikatur einen absoluten Kerngehalt verneint. In der Konsequenz würde das bedeuten, dass die Kommunen letztlich keinen wirksamen Schutz gegen eine finanzielle Überforderung haben.

Vor diesem Hintergrund haben sich die drei kommunalen Spitzenverbände in NRW im Frühjahr 2015 entschieden, die Frage der Schutzwirkung des Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz und seines Verhältnisses zu den einschlägigen Regelungen der Landesverfassung gutachterlich überprüfen zu lassen. Das Gutachten von Prof. Dr. Klaus Lange beantwortet zentrale Rechtsfragen zur Reichweite des grundgesetzlichen Schutzes der kommunalen Selbstverwaltung und zu den verschiedenen Rechtsschutzmöglichkeiten für die Städte, Kreise und Gemeinden. Es macht deutlich, dass unterschieden werden muss zwischen einer angemessenen Finanzausstattung, die unter den Vorbehalt der finanziellen Leistungsfähigkeit des jeweils verpflichteten Bundeslandes gestellt werden darf, und einer Mindestausstattung, die weiteren Relativierungen entzogen ist. Auch empfiehlt das Gutachten eine entsprechende Neuformulierung des Artikels 79 der nordrhein-westfälischen Landesverfassung.

Der Städtetag NRW, der Landkreistag NRW und der Städte- und Gemeindebund NRW hoffen, dass die gutachterlichen Empfehlungen in der Arbeit der Verfassungskommission des Landtages NRW Berücksichtigung finden und die rechtswissenschaftliche Aufarbeitung dieses für die Kommunen existentiellen Themenkreises weiter befördert werden.



Helmut Dedy
Stellvertretender Geschäftsführer
des Städtetages NRW



Dr. Martin Klein
Hauptgeschäftsführer
des Landkreistages NRW



Dr. Bernd Jürgen Schneider
Hauptgeschäftsführer
des Städte- und Gemeindebundes NRW

Verfassungsrechtliche Grundlagen der Finanzierung der Kommunen in Nordrhein-Westfalen

Professor Dr. Klaus Lange

1. Gegenstand des Gutachtens

Der Städtetag Nordrhein-Westfalen, der Landkreistag Nordrhein-Westfalen und der Städte- und Gemeindebund Nordrhein-Westfalen haben den Unterzeichnenden um die Erstellung eines Rechtsgutachtens zu den folgenden Fragen gebeten.

1. Welche bundesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen gibt es zur Sicherung der finanziellen Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung und gegen wen richten sie sich?
2. Haben die Kommunen qua bundesrechtlicher Gewährleistung einen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf eine finanzielle Mindestausstattung? Ist ein solcher Anspruch einer Abwägung mit Finanzierungsinteressen des Staates (Bund und/oder Land) unterworfen, mit anderen Worten: Gibt es einen unantastbaren Kernbereich, der nicht unterschritten werden darf?
3. Wie ist das Regelungsverhältnis zwischen Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 79 LVerf NRW und wie ist vor dem Hintergrund der bundesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen der in Art. 79 LVerf NRW verankerte Leistungsfähigkeitsvorbehalt zu bewerten?
4. Welche (rechtlichen) Anforderungen sind an die Bestimmung eines Mindestfinanzbedarfs und damit an die Kriterien für eine mögliche Verletzung eines kommunalen Gewährleistungsanspruchs zu stellen? Liefert das doppelte Haushalts- und Rechnungswesen dazu rechtlich relevante Anknüpfungspunkte und wenn ja, welche?
5. Ist für die Frage einer Verletzung der Mindestfinanzausstattung auf die Gesamtheit der Kommunen in einem Bundesland oder auf die individuelle Haushalts- und Finanzsituation der einzelnen (beschwerdeführenden) Kommune abzustellen?
6. Welche prozessualen Möglichkeiten haben einzelne Kommunen, eine behauptete Verletzung ihrer Finanzausstattungsrechte (Mindestfinanzausstattung sowie Anspruch auf eine angemessene Finanzausstattung) aus Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 78 und 79 LVerf gerichtlich überprüfen zu lassen? Welche Anforderungen sind an die Substantiierung eines solchen Anspruchs zu stellen?
7. Sind in einer Gesamtwürdigung der Ergebnisse des Gutachtens Änderungen in der Landesverfassung und/oder weiteren Gesetzen (z.B. LVerfGG) angezeigt?

Der Beantwortung dieser Fragen dienen die folgenden Ausführungen.

2. Bundesverfassungsrechtliche Gewährleistungen

2.1 Spezielle grundgesetzliche Gewährleistungen einer kommunalen Finanzausstattung

Das Grundgesetz gewährleistet den Gemeinden und Gemeindeverbänden in einer Reihe von Vorschriften das Recht auf bestimmte Steuererträge, insofern also die sog. Ertragshoheit. Bemerkenswerterweise soll diese Sicherung aber unter dem Vorbehalt der Existenz dieser Steuern stehen. So wird dem Art. 106 GG keine Bestandsgarantie für bestimmte Steuerarten und damit auch nicht für reale Steuererträge der Gemeinden entnommen.¹

Nach Art. 106 Abs. 5 GG erhalten die Gemeinden einen Anteil an dem Aufkommen der Einkommensteuer, der von den Ländern an ihre Gemeinden auf der Grundlage der Einkommensteuerleistungen ihrer Einwohner weiterzuleiten ist. Das Nähere bestimmt ein Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf. Konkret handelt es sich dabei um das Gemeindefinanzreformgesetz². Danach erhalten die Gemeinden 15 % des Aufkommens an Lohnsteuer und veranlagter Einkommensteuer sowie 12 % des Aufkommens an Kapitalertragsteuer (§ 1 GemFinRefG). Von der Ermächtigung des Art. 106 Abs. 5 Satz 3 GG, einfachgesetzlich zu bestimmen, dass die Gemeinden Hebesätze für den Gemeindeanteil an dem Aufkommen der Einkommensteuer festsetzen können, ist kein Gebrauch gemacht worden.

Nach Art. 106 Abs. 5a GG erhalten die Gemeinden außerdem einen Anteil an dem Aufkommen der Umsatzsteuer. Er wird von den Ländern auf der Grundlage eines orts- und wirtschaftsbezogenen Schlüssels an ihre Gemeinden weitergegeben. Das Nähere wird wiederum durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates geregelt. Auch hierfür enthält das Gemeindefinanzreformgesetz die einschlägigen Bestimmungen.

Von dem Länderanteil am Gesamtaufkommen der Gemeinschaftsteuern – gemäß Art. 106 Abs. 3 Satz 1 GG also dem Aufkommen der Einkommensteuer, der Körperschaftsteuer und der Umsatzsteuer – fließt den Gemeinden und Gemeindeverbänden nach Art. 106 Abs. 7 Satz 1 GG insgesamt ein von der Landesgesetzgebung zu bestimmender Hundertsatz zu. Der Sinn der Norm schließt aus, dass ein Land diesen Hundertsatz auf Null setzt³. Im Übrigen haben die Länder hier aber einen weiten Spielraum⁴.

Alle diese Normen verpflichten nach ihrem eindeutigen Wortlaut die Länder zur Weiterleitung eines Teils des Steueraufkommens und, was die Beteiligung der Kommunen am Länderanteil an den Gemeinschaftsteuern anbelangt, im Zusammenhang damit zu gesetzgeberischen Aktivitäten.

¹ Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 106 Rn. 13; Waechter, AöR 135 (2010), 327 (330, 337 ff.); Heintzen, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 106 Rn. 10.

² Gemeindefinanzreformgesetz i.d.F. v. 10.03.2009 (BGBl. I S. 502), zuletzt geändert durch Gesetz v. 08.05.2012 (BGBl. I S. 1030).

³ Vgl. Rolf Grawert, Die Kommunen im Länderfinanzausgleich, 1989, S. 33 („überdies steht den Gemeinden ein Anteil am Länderanteil am Aufkommen der Gemeinschaftssteuern [...] zu“; Friedrich Schoch, Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzaufonomie, 1997, S. 183 („Zum ‚Ob‘ des kommunalen Finanzausgleichs [nach Art. 106 Abs. 7 Satz 1 GG] eröffnet das Grundgesetz kein Ermessen“); Heintzen, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 106 Rn. 54; Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 106 Rn. 43 („müssen [...] beteiligen“. Ähnlich Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 106 Rn. 137: „Diese werden jedoch verpflichtet, den Gemeinden und Kreisen einen prozentualen Anteil [...] zur Verfügung zu stellen“. Nach Waechter, AöR 135 (2010), 327 (332), darf der Gemeindeanteil vom Länderanteil der Gemeinschaftsteuern aber auch nicht 100 % erreichen.

⁴ Vgl. Heintzen, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 106 Rn. 54: „Art. 106 Abs. 7 S. 1 macht insoweit keine Vorgaben“; Henneke (oben Fn. 3), Art. 106 Rn. 137: „Für die Frage, in welcher Weise der Kommunalanteil am Länderanteil an den Gemeinschaftsteuern auf die einzelnen Kommunen zu verteilen ist, lässt sich aus Art. 106 Abs. 7 Satz 1 GG nichts entnehmen“.

Das Aufkommen der Grundsteuer und der Gewerbesteuer steht nach Art. 106 Abs. 6 GG den Gemeinden zu. Hierfür bedarf es grundsätzlich keiner Maßnahmen, zu denen die Länder verpflichtet wären. Beide Steuern sind bundesgesetzlich geregelt, die Grundsteuer durch das Grundsteuergesetz⁵, die Gewerbesteuer durch das Gewerbesteuergesetz⁶. Den Gemeinden ist nach Art. 106 Abs. 6 Satz 2 GG das Recht einzuräumen, die Hebesätze dieser Steuern im Rahmen der Gesetze festzusetzen. Auch das ist durch das Grundsteuergesetz (§ 25) und das Gewerbesteuergesetz (§ 16) geschehen. Damit haben die Gemeinden über die Höhe dieser Steuern selbst wesentlich mitzubestimmen. Die Gestaltungsfreiheit, die ihnen hier zukommt, wird als wesentliches Element kommunaler Selbstverwaltung angesehen⁷. Bund und Länder können allerdings aufgrund Art. 106 Abs. 6 Satz 4 GG durch eine Umlage an dem Aufkommen der Gewerbesteuer beteiligt werden. Von dieser Ermächtigung ist mit § 6 GemFinRefG Gebrauch gemacht worden. Auch der Bestand von Grund- und Gewerbesteuer wird durch Art. 106 GG nicht garantiert⁸. Dieses Defizit wird aber durch Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG insofern kompensiert, als zu den verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundlagen der Selbstverwaltung danach eine den Gemeinden mit Hebesatzrecht zustehende wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle gehört.

Das Aufkommen der örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern steht nach Art. 106 Abs. 6 Satz 1 Halbs. 2 GG den Gemeinden oder nach Maßgabe der Landesgesetzgebung den Gemeindeverbänden zu. Die Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich der örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern liegt nach Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG bei den Ländern, soweit diese Steuern nicht bundesgesetzlich geregelten Steuern gleichartig sind. Die Länder haben ihre Gesetzgebungskompetenz in der Weise genutzt, dass sie die Kommunen zur Erhebung von örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern in kommunalen Steuersatzungen ermächtigt haben⁹. Mit der Befugnis, selbst zu entscheiden, ob und inwieweit sie örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuern erheben, sind die Entscheidungsmöglichkeiten der Gemeinden insofern besonders groß. Die Länder sind bundesverfassungsrechtlich zwar nicht verpflichtet, von dieser Gesetzgebungskompetenz Gebrauch zu machen. Nach Art. 79 Satz 1, 2 Halbs. 1 LVerf NRW haben die Gemeinden aber zur Erfüllung ihrer Aufgaben das Recht auf Erschließung eigener Steuerquellen und ist das Land verpflichtet, diesem Anspruch bei der Gesetzgebung Rechnung zu tragen.

Nach Art. 106 Abs. 7 Satz 2 GG schließlich bestimmt die Landesgesetzgebung im Übrigen, ob und inwieweit das Aufkommen der Landessteuern den Gemeinden (Gemeindeverbänden) zufließt. Damit ist aber nicht mehr als das selbstverständliche Recht der Länder zu einem solchen Finanzausgleich ausgesprochen, eine besondere Verpflichtung hierzu ist der Norm nicht zu entnehmen¹⁰.

Neben diesen zweckungebundenen Steuererträgen sind noch zweckgebundene Finanzzuweisungen vorgesehen.

So kann der Bund nach Art. 104b GG, soweit das Grundgesetz ihm Gesetzgebungsbefugnisse verleiht, den Ländern Finanzhilfen für besonders bedeutsame Investitionen der Länder und der Gemeinden (Gemeindeverbände) gewähren, die entweder zur Abwehr einer Störung

⁵ Grundsteuergesetz vom 07.08.1973 (BGBl. I S. 965), zuletzt geändert durch Jahressteuergesetz 2009 vom 19.12.2008 (BGBl. I S. 2794).

⁶ Gewerbesteuergesetz i.d.F. vom 15.10.2002 (BGBl. I S. 4167), zuletzt geändert durch Gesetz vom 01.04.2015 (BGBl. I S. 434).

⁷ Vgl. Waldhoff, Die Verwaltung 39 (2006), 155 (174).

⁸ BVerfGE 125, 141 (161) m. w. Nachw.

⁹ Vgl. § 1 Abs. 1, § 3 KAG NRW.

¹⁰ Vgl. Grawert (oben Fn. 3), S. 33 Schoch (oben Fn. 3), S. 184; Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 106 Rn. 41; Heintzen, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 106 Rn. 54; Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (oben Fn. 3), Art. 106 Rn. 138 („Deklaratorische Regelung“); Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 106 Rn. 43.

des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts oder zum Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet oder zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums erforderlich sind. Auch ohne Gesetzgebungsbefugnisse kann der Bund im Falle von Naturkatastrophen oder außergewöhnlichen Notsituationen, die sich der Kontrolle des Staates entziehen und die staatliche Finanzlage erheblich beeinträchtigen, Finanzhilfen gewähren. Das Nähere, insbesondere die Arten der zu fördernden Investitionen, wird durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, oder aufgrund des Bundeshaushaltsgesetzes durch Verwaltungsvereinbarung geregelt. Der bundesstaatlichen Struktur der Bundesrepublik, in der die Kommunen als Bestandteile der Bundesländer qualifiziert werden und zwischen Bund und Kommunen grundsätzlich keine unmittelbaren Finanzbeziehungen bestehen, entspricht es, dass der Bund Bundeszuschüsse nicht unmittelbar den Gemeinden oder Gemeindeverbänden zukommen lassen darf. Vielmehr hat er die für die Kommunen vorgesehenen Zuschüsse den Ländern zu gewähren, die sie dann an die Kommunen weiterzuleiten haben.¹¹

Veranlasst der Bund in einzelnen Ländern oder Gemeinden (Gemeindeverbänden) besondere Einrichtungen, die diesen Ländern oder Gemeinden (Gemeindeverbänden) unmittelbar Mehrausgaben oder Mindereinnahmen (Sonderbelastungen) verursachen, gewährt der Bund nach Art. 106 Abs. 8 GG den erforderlichen Ausgleich, wenn und soweit den Ländern oder Gemeinden (Gemeindeverbänden) nicht zugemutet werden kann, die Sonderbelastungen zu tragen. Soweit Gemeinden oder Gemeindeverbände betroffen sind, haben sie danach einen Ausgleichsanspruch ausnahmsweise unmittelbar gegen den Bund, den sie vor den Verwaltungsgerichten einklagen können.¹²

2.2 Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie als grundgesetzliche Gewährleistung einer kommunalen Finanzausstattung

Alle genannten Normen – zu Recht nur als „partielle Finanzgarantien“ bezeichnet¹³ – gewährleisten allerdings nicht, dass die Finanzausstattung der Kommunen ausreicht, um ihnen die Einlösung ihres Rechts zur eigenverantwortlichen Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu ermöglichen. Sie eröffnen den Kommunen auch nur sehr begrenzte Möglichkeiten (Festsetzung der Hebesätze für Grund- und Gewerbesteuer, Erhebung örtlicher Verbrauch- und Aufwandsteuern), selbst für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu sorgen¹⁴. Deshalb schließen sie eine über sie hinausgehende verfassungsrechtliche Verpflichtung des Staates zur Bereitstellung einer ausreichenden Finanzausstattung nicht aus, sondern sind vielmehr geradezu auf sie angelegt¹⁵. Eine solche Verpflichtung ist im Grundgesetz vor allem¹⁶ dessen Art. 28 Abs. 2 GG zu entnehmen. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG lautet:

„Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung“.

¹¹ BVerfGE 39, 96 (122); 41, 291 (313); Schoch (oben Fn. 3), S. 96 f.; Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 104b Rn. 8; Heintzen, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 104b Rn. 8.

¹² Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 106 Rn. 42; Heintzen, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 106 Rn. 55.

¹³ So im Anschluss an Eberhard Schmidt-Aßmann etwa Carsten Maas, Die verfassungsrechtliche Entfaltung kommunaler Finanzgarantien, 2004, S. 46 f.; Röhl, in: Friedrich Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2013, Kap. 1 Rn. 53.

¹⁴ Schoch (oben Fn. 3), S. 41 f.

¹⁵ BVerwGE 145, 378 (385, Rn. 21); Maas (oben Fn. 13), S. 95.

¹⁶ Vgl. aber auch Art. 115c Abs. 3 GG.

Der in seinem ersten Halbsatz 1994 angefügte und 1997 um seinen zweiten Halbsatz ergänzte Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG¹⁷ besagt:

„Die Gewährleistung der Selbstverwaltung umfaßt auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung; zu diesen Grundlagen gehört eine den Gemeinden mit Hebesatzrecht zustehende wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle“.

Das *BVerfG* hat bereits im Jahre 1985 von dem „durch Art. 28 Abs. 2 GG garantierten Gesamtumfang(s) der gemeindlichen Finanzausstattung“ gesprochen¹⁸. Danach hat es lange die Frage offengelassen, ob Art. 28 Abs. 2 GG eine angemessene Finanzausstattung oder jedenfalls eine finanzielle Mindestausstattung der Kommunen garantiert¹⁹. In seinem Urteil vom 20.12.2007 formulierte es dann aber, es brauche auch aus Anlass dieses Verfahrens „nicht entschieden zu werden, ob Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG die Gewährleistung der Selbstverwaltung sachlich erweitert oder wenigstens materiellrechtlich verstärkt hat oder ob zu der durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten kommunalen Finanzhoheit über eine eigenverantwortliche Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft hinaus auch eine angemessene Finanzausstattung oder jedenfalls eine finanzielle Mindestausstattung gehört“²⁰.

Diese Formulierung weist darauf hin, dass das *BVerfG* wenigstens eine finanzielle Mindestausstattung der Kommunen für verfassungsrechtlich geboten hält. Denn alle vier genannten Alternativen – sachliche Erweiterung der Selbstverwaltungsgarantie, deren materiellrechtliche Verstärkung, angemessene Finanzausstattung oder jedenfalls eine finanzielle Mindestausstattung – laufen darauf hinaus, dass den Kommunen eine finanzielle Ausstattung von Verfassungs wegen gewährleistet ist, und das kann begriffsnotwendig nicht weniger als eine Mindestausstattung sein. Was offengelassen ist, ist der genaue verfassungsrechtliche Ort dieser Gewährleistung – die kommunale Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. 2 Satz 1, 2 GG oder der Zusatz in Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG – und die Frage, ob verfassungsrechtlich nur eine Mindestausstattung oder eine darüber hinausgehende angemessene Finanzausstattung garantiert ist. Dass das *BVerfG* danach davon ausgeht, dass das Grundgesetz jedenfalls eine finanzielle Mindestausstattung der Kommunen garantiert,²¹ deckt sich mit der Formulierung aus dem Jahr 1985 von dem durch Art. 28 Abs. 2 GG garantierten Gesamtumfang der gemeindlichen Finanzausstattung. Denn weniger als eine Mindestausstattung der Gemeinden kann auch diese garantierte gemeindliche Finanzausstattung nicht sein.

Nichts anderes gilt für die Äußerung des *BVerfG* in seinem Beschluss vom 19.11.2014 zur Standortplanung für Grund- und Hauptschulen²². Danach muss der Staat gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG den Gemeinden gegebenenfalls die Mittel zur Verfügung stellen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen. Dass damit jedenfalls die Gewährleistung einer finanziellen Mindestausstattung der Gemeinden gemeint ist, wird daran besonders deutlich, dass das *BVerfG* in diesem Zusammenhang ausdrücklich und allein auf ein Urteil des *Thüringer Verfassungsgerichtshofs*²³ Bezug verweist. Hiernach bezieht Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG das Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände auf eine angemessene Finanzausstattung in

¹⁷ Dazu des Näheren *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Mai 2015, Art. 28 Abs. 2 Rn. 145 ff.; *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 106 Rn. 85 f.

¹⁸ *BVerfGE* 71, 25 (38). Dazu *Schoch* (oben Fn. 3), S. 139.

¹⁹ So *BVerfGE* 26, 172 (181); 71, 25 (36 f.); 83, 363 (386); *BVerfG* (1. Kammer des 2. Senats), Beschluss v. 15.11.1993 – 2 BvR 1199/91 –, juris, Rn. 7; (2. Kammer des 2. Senats), Beschluss v. 7.1.1999 – 2 BvR 929/97 –, juris, Rn. 47.

²⁰ *BVerfGE* 119, 331 (361).

²¹ *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Mai 2015, Art. 28 Abs. 2 Rn. 82, zitiert diese Entscheidung gleichwohl als Beleg dafür, dass das *BVerfG* die Frage eines Anspruchs auf finanzielle Mindestausstattung stets offengelassen habe. Zu der schon zuvor auf die Ableitung eines Finanzausstattungsanspruchs der Kommunen aus Art. 28 Abs. 2 GG hinstuernden Rechtsprechung des *BVerfG* und entsprechenden Literaturmeinungen hierzu *Karen Brems*, Die Aufgabenverlagerung des Landes Nordrhein-Westfalen auf die Kommunen und die Frage der Finanzierungsfolgen, 2006, S. 80.

²² *BVerfG*, NVwZ 2015, 728 (730, Rn. 53).

²³ *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (666 f.).

den Schutzbereich des Selbstverwaltungsrechts ein. In Übereinstimmung mit dieser bundesverfassungsrechtlichen Vorgabe verpflichtete die Thüringer Verfassung den Freistaat Thüringen, dafür Sorge zu tragen, dass die Finanzausstattung der Gemeinden und Gemeindeverbände insgesamt so bemessen sei, dass sie die Personal- und Sachausgaben für die Pflichtaufgaben im eigenen und übertragenen Wirkungskreis bestreiten könnten und ihnen darüber hinaus ein gewisser finanzieller Spielraum für Maßnahmen im Bereich der freiwilligen Selbstverwaltungsangelegenheiten verbleibe. Die zitierte Äußerung des *BVerfG* und seine Bezugnahme auf das Urteil des *ThürVerfGH* lassen keinen anderen Schluss zu als den, dass das *BVerfG* jedenfalls eine kommunale Finanzausstattung in dem vom *ThürVerfGH* bezeichneten Umfang als grundgesetzlich garantiert ansieht.

Schoch hat überdies zu Recht auf die Parallelen hingewiesen, die sich zur Rechtsprechung des *BVerfG* im Bund-Länder-Verhältnis aufdrängen. Danach muss das Finanzaufkommen nach der bundesstaatlichen Finanzverfassung des Grundgesetzes so verteilt werden, dass Bund und Länder in die Lage versetzt werden, „die ihnen verfassungsrechtlich zukommenden Aufgaben auch wahrzunehmen; erst dadurch kann die staatliche Selbständigkeit von Bund und Ländern real werden, können sich Eigenständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung entfalten“²⁴. Auch die Eigenständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der kommunalen Aufgabenerledigung kann sich nur entfalten, wenn die Kommunen über eine Finanzausstattung verfügen, die eine angemessene Erfüllung der ihnen überantworteten Aufgaben ermöglicht.²⁵

Dass zu der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1, 2 GG und zu den Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung, die nach Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG von der Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung umfasst werden, eine zur Aufgabewahrnehmung ausreichende Finanzausstattung gehört, entspricht nicht nur allgemeiner Meinung²⁶, sondern lässt sich auch gar nicht bestreiten²⁷. Nicht allein das Selbstverwaltungsrecht in seiner primären und unverzichtbaren Bedeutung als Recht zur autonomen Auswahl und Durchführung von Aufgaben wäre verletzt, wenn seine Ausübung mangels hinreichender Mittel unmöglich gemacht würde. Auch die traditionell als Teil der verfassungsrechtlich geschützten kommunalen Selbstverwaltung betrachtete Finanzhoheit, nämlich eine eigenverantwortliche Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft, wäre eine wertlose Hülse, wenn den Kommunen die Mittel für eine solche Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft fehlten. Insbesondere die eigenverantwortliche Ausgabenwirtschaft, welche die Kommunen nach der Verfassung beanspruchen können, ist nicht möglich, wenn die vorhandenen Mittel nicht zur Finanzierung aller Aufgaben ausreichen, deren Wahrnehmung den Kommunen verfassungsrechtlich garantiert ist. Gewiss sind nicht alle Voraussetzungen der Verwirklichung von

²⁴ *BVerfGE* 72, 330 (383); 86, 148 (213).

²⁵ *Schoch* (oben Fn. 3), S. 139 f.

²⁶ So *Schoch* (oben Fn. 3), S. 140 f. mit umfangreichen Nachw.; *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rn. 156, wonach es allgemeiner Meinung entspricht, dass den Gemeinden als Grundlage ihrer Handlungsfähigkeit eine gewisse Finanzmasse zur Verfügung stehen muss, so dass sie sowohl ihre verschiedenen Pflichtaufgaben erfüllen als auch freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben wahrnehmen können; *Tettinger/Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 28 Abs. 2 Rn. 244 m. Nachw., wonach die zum kommunalen Selbstverwaltungsrecht gehörende Finanzhoheit nach allgemeiner Ansicht unstreitig einen Anspruch auf eine angemessene Finanzausstattung umfasst; *Löwer*, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 28 Rn. 102; *Röhl* (oben Fn. 13), Rn. 41; *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Mai 2015, Art. 28 Abs. 2 Rn. 84. S. auch unten Fn. 29.

²⁷ Vgl. auch *Papier*, BayVBl. 1994, 737 (741); *Stefan Mückl*, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung, 1998, S. 66; *Maas* (oben Fn. 13), S. 47 f. m. w. Nachw., unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes: „Die Sicherung der finanziellen Grundlagen der Selbstverwaltung sollte zweifelsohne Bestandteil der Regelung sein und eine ausdrückliche Formulierung unterblieb nur aus sprachlichen Gründen“. *Maas*, a.a.O., S. 48 Fn. 125, weist darauf hin, dass entsprechende ausdrückliche Formulierungen der Abgeordneten Renner (KPD) und Dr. Seeböhm (DP) nach dem Einwand des Abgeordneten Dr. Laforet, die „klar umrissene Begriffsbestimmung des Selbstverwaltungsrechts nicht mit solchen Zusätzen zu belasten“, unterblieben. In der Sache bestand jedoch Einigkeit (Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, Bonn 1948/49, S. 60 f.).

Verfassungsnormen, ihrer Umsetzung in die Realität ihrerseits verfassungsrechtlich garantiert, wie etwa die Beispiele von Meinungs- und Versammlungsfreiheit zeigen – dass sie nicht nur auf dem Papier stehen, sondern von ihnen in der Realität Gebrauch gemacht wird, lässt sich nicht verfassungsrechtlich garantieren. Anders steht es aber mit Voraussetzungen, die allein oder ganz maßgeblich der Staat schaffen kann. Es wäre widersprüchlich, wenn er Normen wie die verfassungsrechtliche Selbstverwaltungsgarantie erließe, ihre Verwirklichung aber verhinderte, indem er es unterließe, die notwendigen gesetzlichen und sonstigen Voraussetzungen herzustellen.

Zu dem den Gemeinden durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleisteten Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln, gehört nicht nur die Befugnis der Gemeinde zu entscheiden, *wie* eine Angelegenheit geregelt wird, sondern auch ihr Recht zu entscheiden, *ob* eine Angelegenheit überhaupt geregelt wird, ob die Gemeinde sich einer Aufgabe überhaupt annimmt oder sich mit ihr gar nicht befasst. Das grundgesetzliche Selbstverwaltungsrecht garantiert den Gemeinden mit- hin auch das Recht, Aufgaben wahrzunehmen, zu deren Erfüllung sie nicht gesetzlich verpflichtet sind²⁸. Es setzt eine Finanzausstattung der Gemeinden voraus und verpflichtet zu ihrer Bereitstellung, die es den Gemeinden erlaubt, nicht nur ihre Pflichtaufgaben wahrzunehmen, sondern darüber hinaus – für freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben – eigenverantwortlich über den Einsatz finanzieller Mittel zu entscheiden.²⁹

Hinsichtlich der Gemeindeverbände ist die Rechtslage insofern problematischer. In seinem Urteil vom 16.6.2015 hat das *BVerwG* es sogar offengelassen, ob „auch den Gemeindeverbänden entsprechend ihrer aus Art. 28 Abs. 2 GG folgenden Garantie eines Mindestaufgabenbestands [...] wie den Gemeinden [...] ein Recht auf aufgabenadäquate finanzielle Ausstattung sowie auf eine abwägungsfeste finanzielle Mindestausstattung im „Kernbereich“ ihrer Selbstverwaltungsgarantie zukommt“³⁰. In Anbetracht dessen, dass die Kreise die Selbstverwaltungsaufgaben, die der Gesetzgeber ihnen nach Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG zuweisen muss³¹, nicht wahrnehmen können, wenn sie nicht über die finanziellen Mittel dazu verfügen, drängt es sich jedoch auf, dass ihnen von Verfassungs wegen eine dafür ausreichende Mindestausstattung gewährleistet sein muss. Diese Mindestausstattung kann sich auch nicht auf die Kosten pflichtiger Selbstverwaltungsaufgaben beschränken, sondern muss jedenfalls die Kosten aller den Gemeindeverbänden auferlegten Pflichtaufgaben umfassen. Wenn Gemeindeverbänden vom Land Pflichtaufgaben übertragen werden, dann muss das Land auch für eine Finanzausstattung Sorge tragen, die ihnen die Wahrnehmung dieser Aufgaben erlaubt. Anderenfalls wäre die Existenzfähigkeit von Gemeindeverbänden, von der Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG ausgeht, nicht gewährleistet.

²⁸ *Dreier*, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rn. 114; *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2013, Kap. 1 Rn. 52, Kap. 11 Rn. 7 f.; *Röhl* (oben Fn. 13), Rn. 35; *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 28 Rn. 52.

²⁹ *Friedrich Schoch*, Die finanzverfassungsrechtlichen Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, in: Dirk Ehlers/Walter Krebs (Hrsg.), Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts. Symposium aus Anlaß der Emeritierung von Professor Dr. Hans-Uwe Erichsen am 5. Mai 2000 in Münster, 2000, S. 93 (125): „Es ist daher so gut wie unbestritten, dass die Kommunen finanziell in die Lage versetzt werden müssen, auch freiwillige Aufgaben wahrzunehmen“. Vgl. auch *NdsStGH*, NVwZ-RR 1998, 529 (531), wonach die finanzielle Mindestausstattung der Kommunen jedenfalls dann unterschritten ist, wenn die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben infolge einer unzureichenden Finanzausstattung unmöglich wird. Ein Anspruch auf eine finanzielle Mindestausstattung oder darüber hinaus eine angemessene Finanzausstattung wird durchweg auch von den Landesverfassungsgerichten angenommen. Vgl. aus der Vielzahl der landesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen etwa *SaarlVerfGH*, NVwZ-RR 1995, 153 (154); *BayVerfGH*, NVwZ-RR 1998, 601 (601 f.) m. w. Nachw.; *StGH BW*, Urteil v. 10.5.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 84; *LVerfG SachsAnh*, NVwZ-RR 2000, 1 (6); *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (668); *Nds-StGH*, Urteil v. 7.3.2008 – 2/05 –, juris, Rn. 53 ff.; *SächsVerfGH*, Urteil v. 26.8.2010 – Vf. 129-VIII-09 –, juris, Rn. 131; *VerfG MV*, NVwZ-RR 2012, 377 (378); *VerfGH RhPf*, NVwZ 2012, 1034 (1035); *HessStGH*, NVwZ 2013, 1151 (1152); *Vfg Bbg*, Beschluss v. 18.10.2013 – 68/11 –, juris, Rn. 41; *VerfGH NRW*, Urteil v. 6.5.2014 – 9/12 –, juris, Rn. 32.

³⁰ *BVerwG*, Urteil v. 16.6.2015 – 10 C 13.14 –, Rn. 46.

³¹ Vgl. *BVerfGE* 119, 331 (353).

Ein besonderes Problem wirft die Frage auf, ob die verfassungsrechtlich gebotene Mindestausstattung der Gemeindeverbände wie die der Gemeinden über die Kosten von Pflichtaufgaben einschließlich pflichtiger Selbstverwaltungsaufgaben hinaus auch Kosten der Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben abdecken muss. Das wäre unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des *BVerfG* bei Gemeindeverbänden zu verneinen. Nach Auffassung des *BVerfG* garantiert Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG nämlich nicht die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben³². Das ist aber schon deshalb sehr wenig überzeugend, weil Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG offenbar an den Selbstverwaltungsbegriff des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG anknüpft und dieser die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben impliziert³³. Auch ist es mit dem Gewicht, das Art. 28 Abs. 1 Satz 2 jedenfalls den Kreisen als den wichtigsten Gemeindeverbänden mit der Forderung nach unmittelbar gewählten Volksvertretungen gibt, unvereinbar, sie auf die Wahrnehmung von Pflichtaufgaben zu reduzieren³⁴. Gleichwohl wird nicht übersehen werden dürfen, dass das *BVerfG* bis zu einer Änderung seiner Rechtsprechung den Kreisen keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben zubilligt. Die ihnen nach dem Grundgesetz zustehende finanzielle Mindestausstattung ist danach auf die Kosten der ihnen übertragenen Pflichtaufgaben beschränkt. Für Nordrhein-Westfalen wird diese Schwäche aber dadurch kompensiert, dass Art. 78 LVerf NRW das Selbstverwaltungsrecht der Gemeindeverbände nicht wie Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG auf deren gesetzlichen Aufgabenbereich beschränkt, sondern grundsätzlich ebenso weit erstreckt wie das der Gemeinden³⁵. Jedenfalls danach wird den Gemeindeverbänden das Recht zur freiwilligen Übernahme von Selbstverwaltungsaufgaben und damit auch auf eine dahingehende Finanzausstattung nicht bestritten werden können³⁶.

Dass der Staat für die beschriebene Finanzausstattung der Gemeinden und Gemeindeverbände verantwortlich und zu ihrer Gewährleistung verpflichtet ist, lässt sich nicht unter Rückgriff auf die Grundrechtsdogmatik damit bestreiten oder zumindest deutlich abschwächen, dass Grundrechte prinzipiell gegen staatliche Eingriffe schützen, während der Staat bei der Gewährung von Leistungen weitgehend frei sei³⁷. Die verfassungsrechtliche Garantie kommunaler Selbstverwaltung verpflichtet den Staat auch, die Voraussetzungen zu schaffen, deren eine funktionsfähige kommunale Selbstverwaltung bedarf. Das ist hinsichtlich der Schaffung etwa der organisatorischen Voraussetzungen kommunaler Selbstverwaltung unbestritten. Selbstverständlich ist der Staat verpflichtet, Normen zu schaffen, die – wie es in den Gemeindeordnungen, Kreisordnungen und Kommunalverfassungsgesetzen geschehen ist – organisationsrechtlich überhaupt handlungsfähige Gemeinden und Gemeindeverbände ermöglichen. Und auch diese Normen müssen gewissen Minimalforderungen genügen, wie sie sich etwa aus dem Demokratieprinzip und insbesondere Art. 28 Abs. 1 Satz 2-4 GG ergeben. Im Grundsatz nichts anderes gilt für die finanziellen Voraussetzungen handlungsfähiger Gemeinden und Gemeindeverbände.

³² *BVerfGE* 119, 331 (355).

³³ S. oben Fn. 28.

³⁴ Bemerkenswerterweise wird die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer finanziellen Mindestausstattung auch für die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben nicht selten für „die Kommunen“, also einschließlich der Kreise, angenommen. Vgl. *NdsStGH*, NVwZ-RR 1998, 529 (531); *VerfG MV*, Urteil v. 11.5.2006 – 1/05, 5/05, 9/05 –, juris, Rn. 99 ff.; *Schoch* (oben Fn. 29), S. 125 f.

³⁵ *Geller/Kleinrahm*, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl., Stand: Februar 1994, Erl. 6 c); *Tettinger*, in: Wolfgang Löwer/Peter J. Tettinger, Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 78 Rn. 85; *Brems* (oben Fn. 21), S. 128 m. w. Nachw.; *Rolf Grawert*, Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl. 2012, Art. 78 Erl. 1, 6. Zurückhaltend hingegen *Schönenbroicher*, in: Andreas Heusch/Klaus Schönenbroicher (Hrsg.), Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen, 2010, Art. 78 Rn. 51 („Ebenso wie Art. 28 Absatz 2 GG gewährleistet auch Art. 78 Absatz 1 den Kreisen das Recht der kommunalen Selbstverwaltung“).

³⁶ Vgl. *VerfGH NRW*, NVwZ-RR 1997, 249 (250); *Schoch* (oben Fn. 3), S. 149 f. Für eine landesverfassungsrechtliche Finanzausstattungsgarantie der Gemeindeverbände, die der Finanzausstattungsgarantie der Gemeinden gleichkommt, auch *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (668 f.).

³⁷ *Volkmann*, DÖV 2001, 497 (503).

Dass mit der Einfügung des Art. 28 Abs. 2 Satz 3 Halbs. 1 GG nicht nur eine Stärkung der kommunalen Finanzhoheit in Form einer eigenverantwortlichen Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft gemeint war, sondern auch und gerade eine dafür unverzichtbare hinreichende Finanzausstattung, erschließt sich überdies bei einem Blick auf die Motive der Ergänzung des Art. 28 Abs. 2 GG um Satz 3 Halbs. 1³⁸. Denn sie erfolgte vor dem ausdrücklich erwähnten Hintergrund, dass die Belastungen der Gemeinden und Kreise bei der Erfüllung ihrer vielfältigen staatlichen Aufgaben und Verpflichtungen erheblich gewachsen waren. Für die Träger kommunaler Aufgaben sei es immer schwieriger geworden, ihren Verpflichtungen in ihren originären Aufgabengebieten nachzukommen.³⁹ Zum Ausgleich dieser Belastungen war, wenn man sie nicht reduzieren konnte oder wollte, nur eine adäquate Finanzausstattung geeignet⁴⁰. Dass dem verfassungsändernden Gesetzgeber der Zusammenhang des Art. 28 Abs. 2 Satz 3 Halbs. 1 GG mit der Finanzausstattung der Kommunen durchaus bewusst war, zeigt auch die spätere Ergänzung des Art. 28 Abs. 2 Satz 3 um einen zweiten Halbsatz, nach dem zu den Grundlagen finanzieller Eigenverantwortung eine den Gemeinden mit Hebesatzrecht zustehende wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle gehört⁴¹. Hier wird ein wichtiger Teil der Finanzausstattung der Gemeinden ausdrücklich zu den durch Art. 28 Abs. 2 Satz 3 Halbs. 1 GG garantierten Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung der Kommunen gezählt. Zwar wird mit Art. 28 Abs. 2 Satz 3 Halbs. 1 GG nichts anderes zum Ausdruck gebracht, als sich schon aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1, 2 GG ergibt. Doch bestätigt Art. 28 Abs. 2 Satz 3 Halbs. 1 GG, dass die kommunale Selbstverwaltungsgarantie auch eine Finanzausstattungsgarantie umfasst.

In der Auffassung, dass Art. 28 Abs. 2 GG jedenfalls eine finanzielle Mindestausstattung der Gemeinden und Gemeindeverbände gewährleistet, stimmt das *Bundesverwaltungsgericht* mit dem *BVerfG* überein. Nach Auffassung des *BVerwG* gewährleistet das Grundgesetz eine „aufgabenadäquate“ Finanzausstattung der Kommunen. Deren aufgabengerechte Finanzausstattung setze voraus, dass die gemeindlichen Finanzmittel ausreichen, um den Gemeinden die Erfüllung aller zugewiesenen und im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung auch die Erfüllung selbstgewählter Aufgaben zu ermöglichen⁴². Die normative Grundlage für diese Gewährleistung sieht das *BVerwG* allerdings in Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG. Die Gewährleistung dieser Finanzausstattung werde durch Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG nicht nur deklaratorisch bestätigt, sondern auch materiellrechtlich verstärkt⁴³. Eine solche Verstärkung liegt möglicherweise in Art. 28 Abs. 2 Satz 3 Halbs. 2 GG, wonach zu den Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung eine den Gemeinden mit Hebesatzrecht zustehende wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle gehört – wenn man nicht auch sie bereits als durch die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt ansieht. Ansonsten ist aber nicht ersichtlich, dass Art. 28 Abs. 2 Satz 3 Halbs. 1 GG mehr als die deklaratorische Wiederholung einer schon in der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie enthaltenen Gewährleistung darstellt⁴⁴.

³⁸ Durch Art. 1 Nr. 3 Gesetz v. 27.10.1994, BGBl. I S. 3146.

³⁹ Bundestagsdrucks. 12/6633, S. 7.

⁴⁰ Wenn in dem der Ergänzung des Art. 28 Abs. 2 GG um Satz 3 Halbs. 1 zugrunde liegenden Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, Bundestagsdrucks. 12/6000, S. 46 ff., keine Ergänzung des Art. 28 Abs. 2 GG um die ausdrückliche Gewährleistung der für die Selbstverwaltung erforderlichen Finanzausstattung vorgesehen wurde, so vor allem, um nicht den Bund hierfür in die Pflicht zu nehmen. Die ebenfalls geäußerte Sorge, dass daraus ein Finanzierungsanspruch unabhängig von der Haushaltslage von Bund und Ländern abgeleitet werden könne, vermengte die Frage der Mindestausstattung mit der nach einer angemessenen Finanzausstattung; dazu unten 3.1, 3.4 und 3.5.

⁴¹ Durch Art. 1 Nr. 1 Gesetz v. 20.10.1997, BGBl. I S. 2470.

⁴² *BVerwGE* 106, 280 (287); 140, 34 (39, Rn. 22); 145, 378 (383 ff., Rn. 19 ff.).

⁴³ *BVerwGE* 106, 280 (287). Vgl. auch *BVerwGE* 140, 34 (38, Rn. 21 f.).

⁴⁴ Vgl. auch *Mückl* (oben Fn. 27), S. 67 ff.; *Maas* (oben Fn. 13), S. 49 f., jeweils mit Darlegung der Entstehungsgeschichte der Norm.

Rechtsgrundlage für eine Gewährleistung der Finanzausstattung der Kommunen muss bereits die Garantie kommunaler Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG sein, da es eine kommunale Selbstverwaltung ohne entsprechende Finanzausstattung nicht geben kann, die Garantien kommunaler Selbstverwaltung ohne eine Finanzausstattungsgarantie also leerliefern. Für die Verortung der Finanzausstattungsgarantie in der Selbstverwaltungs-
garantie und deren lediglich deklaratorische Hervorhebung in Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG spricht ebenfalls die Entstehungsgeschichte des Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG. Nach dem Gesetzentwurf, der der Ergänzung des Art. 28 Abs. 2 GG um Satz 3 Halbs. 1 zugrunde lag, sollte diese Verfassungsergänzung keine konstitutive Neuerung darstellen, sondern lediglich klarstellen, dass die Gewährleistung des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung auch die finanzielle Eigenverantwortung umfasst⁴⁵. Der Rechtslage dürfte es daher am nächsten kommen, die grundgesetzliche Garantie einer finanziellen Mindestausstattung im Fall der Gemeinden auf Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 3 GG und im Fall der Gemeindeverbände auf Art. 28 Abs. 2 Satz 2 und 3 GG zu stützen⁴⁶.

3. Der grundgesetzliche Anspruch auf finanzielle Mindestausstattung und angemessene Finanzausstattung der Kommunen

3.1 Finanzielle Mindestausstattung und angemessene Finanzausstattung

Soll der grundgesetzliche Anspruch auf finanzielle Mindestausstattung geklärt werden, so bedarf es der Abgrenzung der finanziellen Mindestausstattung zur angemessenen Finanzausstattung. Gelegentlich wird die Verwendung der beiden Begriffe eher als Ausdruck terminologischer Unklarheit gewertet⁴⁷. Das trifft nicht selten zu⁴⁸, muss aber nicht so sein. Darauf, dass es sinnvoll ist, jedem der beiden Begriffe eine eigene Bedeutung zuzumessen, deutet schon der Umstand hin, dass das *BVerfG* die angemessene Ausstattung und die offenbar dahinter zurückbleibende („jedenfalls“) Mindestausstattung voneinander unterscheidet⁴⁹.

Allerdings ist einzuräumen, dass das Verhältnis beider Begriffe nicht ganz einfach ist. Wenn der vom *BVerfG* verwendeten Terminologie, in der die Begriffe „finanzielle Mindestausstattung“ und „angemessene Finanzausstattung“ nebeneinander verwendet werden, gefolgt werden soll, dann spricht vieles dafür, die angemessene Finanzausstattung als Oberbegriff zu verstehen, der zwar – in schwierigen Zeiten – mit der Mindestausstattung identisch sein kann, welche nicht unterschritten werden darf, in besseren Zeiten aber – einer größeren Leistungsfähigkeit des Landes entsprechend – durchaus über der Mindestausstattung liegen kann⁵⁰. Ein solches Verhältnis der Begriffsinhalte wird nicht nur durch deren unmittelbare Wortbedeutung bestätigt, sondern auch durch den Umstand, dass das *BVerfG* davon spricht, „ob zu der durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten kommunalen Finanzhoheit [...] auch eine angemessene Finanzausstattung oder jedenfalls eine finanzielle Mindestausstattung gehört.“⁵¹ Die letztere Alternative kann sich in diesem Zusammenhang („jedenfalls“) nur auf eine Finanzausstattung beziehen, die eine spezielle Variante der angemessenen Finanzaus-

⁴⁵ Bundestagsdrucks. 12/6633 S. 7.

⁴⁶ Dafür, die einzelnen Garantiegehalte der Finanzhoheit weiterhin auf Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG zu stützen, auch *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Mai 2015, Art. 28 Abs. 2 Rn. 146, da das Grundgesetz mit der Einfügung der Eigenverantwortlichkeitsklausel in Satz 3 lediglich klarstellend ergänzt worden sei. Dafür, dass die Grundlage für einen Anspruch der Gemeinden auf angemessene Finanzausstattung nicht in Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG, sondern in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zu verorten ist, ebenfalls *Brems* (oben Fn. 21). S. 83; *Maas* (oben Fn. 13), S. 50 f., jeweils m. w. Nachw.

⁴⁷ In diesem Sinn *Bayer*, DVBl. 1993, 1287 (1289); *Volkmann*, DÖV 2001, 497 (497).

⁴⁸ So, wenn *Waechter*, AöR 135 (2010), 327 (341), von „angemessener Mindestausstattung“ spricht. S. auch unten Fn. 81.

⁴⁹ Oben Fn. 20.

⁵⁰ So bereits *Schoch* (oben Fn. 3), S. 139 ff., zusammenfassend S. 152; *Henneke*, DÖV 1998, 330 (334 f.).

⁵¹ Oben Fn. 20.

stattung ist, nämlich diejenige, die mindestens – also auch bei einer schwierigen Haushaltslage des Landes – angemessen ist, aber hinter der Finanzausstattung zurückbleibt, die bei einer höheren Leistungsfähigkeit des Landes angemessen wäre.

Wenn Art. 28 Abs. 2 GG mit der allgemeinen Auffassung auch eine Finanzausstattungs-garantie für die Kommunen enthält, kann sie denn auch nur in dieser differenzierten Weise verstanden werden: nämlich im Sinne einer Mindestausstattungs-garantie, die nicht unter-schritten werden darf, und der Garantie einer darüber hinausgehenden angemessenen Finanzausstattung, die von der Leistungskraft des Landes abhängig ist⁵².

Dass die für Mangellagen eines Bundeslandes angemessene Mindestausstattung der Kom-munen nicht auch dann eine angemessene Finanzausstattung der Kommunen sein kann, wenn es dem Land gut geht, liegt auf der Hand⁵³. Den Aufgaben der Kommunen wird nach der verfassungsrechtlichen Ordnung kein geringeres Gewicht zugemessen als den Aufga-ben, die in unmittelbarer Landesverwaltung wahrgenommen werden (vgl. auch den Hinweis in § 24 Abs. 1 Stabilitätsgesetz auf die Gleichrangigkeit der Aufgaben von Bund, Ländern und Gemeinden)⁵⁴. Die Verfassung ordnet lediglich an, dass sie in einer anderen, demokra-tisch nicht minder legitimierten Organisationsform wahrgenommen werden als die unmittel-baren Landesaufgaben, und sie verpflichtet die Länder, auf deren verfassungsrechtlich vorgeschriebene Unterstützung die Kommunen angewiesen sind, diese kommunale Aufga-benwahrnehmung insbesondere durch entsprechende finanzbezogene Maßnahmen zu ermöglichen. Könnte ein Land aus dem Vollen schöpfen, ohne den Kommunen mehr als die finanzielle Mindestausstattung zukommen zu lassen, würde es gegen diese verfassungs-rechtliche Verpflichtung verstoßen.⁵⁵

Zur Bestimmung des Verhältnisses von finanzieller Mindestausstattung der Kommunen und ihrer angemessenen Ausstattung ist auf die Unterscheidung zwischen einem unantastbaren Kernbereich und einem Randbereich kommunaler Selbstverwaltung zurückgegriffen worden, in den der Gesetzgeber zwar nicht uneingeschränkt, aber unter bestimmten Voraussetzun-gen eingreifen darf. Entsprechend dieser Unterscheidung zielt auch das Finanzaus-stattungsgebot über seinen Kernbereich unbedingter Mindestausstattung hinausgreifend in seinem Randbereich auf die Sicherung einer angemessenen Finanzausstattung der Ge-meinden und Gemeindeverbände ab, die anders als die Mindestausstattung von der Leistungskraft des Landes abhängig sei. Das Recht der Kommunen auf angemessene Fi-nanzausstattung beinhalte damit sowohl eine (aus Sicht des Finanzausgleichsgesetzgebers) statische Komponente, indem es einen finanziellen Mindestbestand sichere, der die Erfüllung aller Pflichtaufgaben und eines absoluten Minimums freiwilliger Aufgaben gewährleiste, als auch eine dynamische Komponente hinsichtlich des darüber hinausgehenden Maßes der freiwillig zu erfüllenden Aufgaben, die von der Einnahmesituation des Landes abhängen.⁵⁶

⁵² So *Hans-Günter Henneke*, Öffentliches Finanzwesen – Finanzverfassung, 2. Aufl. 2000, Rn. 843, 928; *ders.*, Die Kommunen in der Finanzverfassung des Bundes und der Länder, 5. Aufl. 2012, S. 354 ff.; *Schoch* (oben Fn. 29), S. 122 ff.; *Geis*, in: Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, 2001, S. 79 (82 f.); *Rennert*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG, Bd. I, 2002, Art. 28 Rn. 173, 175; *Nierhaus*, LKV 2005, 1 (6). Ebenso für die jeweiligen landesverfassungsrechtlichen kommunalen Finanzausstattungs-garantien, die hinter Art. 28 Abs. 2 GG freilich nicht zurückbleiben dürfen, *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (668 f.); Urteil v. 2.11.2011 – 13/10 –, juris, Rn. 82; *HessStGH*, NVwZ 2013, 1151 (1152).

⁵³ Vgl. *Schoch* (oben Fn. 3), S. 152: „Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung zielt nicht nur auf ein bloßes Überleben der Kommunen am Rande eines untersten Existenzminimums“.

⁵⁴ Vgl. etwa *BayVerfGH*, Entscheidung v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05 –, juris, Rn. 206, der allerdings eine ver-fassungsgerichtliche Überprüfung „wegen des weiten, von politischen Entscheidungen abhängigen Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers“ ablehnt.

⁵⁵ *Lange*, DVBl 2015, 457 (461).

⁵⁶ *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (668 f.), im Hinblick auf Art. 93 Abs. 1 Satz 1 ThürVerf („Das Land sorgt dafür, daß die kommunalen Träger der Selbstverwaltung ihre Aufgaben erfüllen können“).

Der über die Mindestausstattung hinausgehende Anspruch nach Art. 28 Abs. 2 GG auf eine angemessene Finanzausstattung steht nicht nur Gemeinden, sondern auch Kreisen zu⁵⁷. Dass die Kreise nach der – nicht überzeugenden⁵⁸ – Rechtsprechung des *BVerfG* zu Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf die Wahrnehmung von freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben und damit auch keinen Anspruch auf eine Finanzausstattung dafür haben, steht dem nicht entgegen. Denn die Pflichtaufgaben der Kreise können durchaus in einer Qualität und Quantität wahrgenommen werden, die über das notwendige Mindestmaß hinausgeht, und dementsprechend steht den Kreisen schon auf der Grundlage der Rechtsprechung des *BVerfG* bei einer besseren Finanzlage des Landes eine Finanzausstattung zu, die eine solche verbesserte Wahrnehmung von Pflichtaufgaben ermöglicht.

Oft wird über der Befassung mit der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen die Frage vernachlässigt, ob die Kommunen auch über eine angemessene Finanzausstattung verfügen. Damit werden allerdings die tatsächlichen Verhältnisse auf den Kopf gestellt. Da nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Mangellage der Normalfall der Bundesländer ist, kann der Normalfall der Finanzausstattung der Kommunen auch nicht deren Mindestausstattung sein. Der Normalfall ist vielmehr die angemessene kommunale Finanzausstattung, die über der nur bei Mangellagen eines Landes gerechtfertigten Mindestausstattung liegt.⁵⁹

3.2 Verpflichteter

Schon früh, als es die Frage noch offenließ, ob auch eine finanzielle Mindestausstattung der Gemeinden durch Art. 28 Abs. 2 GG garantiert ist, hat das *BVerfG* festgestellt, dass ein verfassungsrechtlich gesicherter Anspruch der Gemeinden auf eine finanzielle Mindestausstattung nicht gegenüber dem Bund, sondern nur gegenüber den Ländern bestehen könne. Denn nach der verfassungsrechtlichen Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen (Art. 30, 70 Abs. 1 GG) falle die Sorge für die Gemeindefinanzen grundsätzlich in die ausschließliche Kompetenz der Länder. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG besage lediglich, dass den Gemeinden *in den Ländern* (Hervorhebung im Original) das Recht gewährleistet werde, ihre Selbstverwaltungsangelegenheiten in eigener Verantwortung zu regeln.⁶⁰ Dass die Verpflichtung zur Gewährleistung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen die Länder trifft, ist – unbeschadet mancher Einbindung des Bundes in die Finanzierung der Kommunen und seiner entsprechenden Verantwortung für sie⁶¹ – auch heute unbestritten⁶². Es kommt auch

⁵⁷ So auch *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (668).

⁵⁸ S. oben bei Fn. 33 f.

⁵⁹ Vgl. auch die Kritik von *Maas* (oben Fn. 13), S. 162 ff. an der Konzentration der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auf eine dem Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie zugerechnete finanzielle Mindestausstattung der Kommunen ohne weitere Abwägungsschritte.

⁶⁰ *BVerfGE* 26, 172 (181). Vgl. auch *Kyrrill-Alexander Schwarz*, Finanzverfassung und kommunale Selbstverwaltung, 1996, S. 77; *Grawert* (oben Fn. 3), S. 30 f. *Tettinger/Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 28 Abs. 2 Rn. 254 m. w. Nachw., weisen darauf hin, dass Einigkeit darüber bestehe, dass aus Art. 28 Abs. 2 GG keine Finanzausstattungsgarantie für die Gemeinden und Gemeindeverbände in Gestalt einer über die finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben des X. Abschnitts des GG hinausgehenden neuen finanziellen Inpflichtnahme des Bundes abzuleiten sei.

⁶¹ Vgl. dazu die Hinweise oben unter 2.1 und auf die Gewährleistungspflicht nach Art. 28 Abs. 3 GG unten bei Fn. 65 ff. sowie etwa die Darstellung bei *Schoch* (oben Fn. 3), S. 156 ff.; *Löwer*, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 28 Rn. 103.

⁶² Für die Verpflichtung der Länder zur Sorge für die kommunale Finanzausstattung etwa auch *Papier*, BayVBl. 1994, 737 (741); *Schoch* (oben Fn. 3), S. 155; *ders.* (oben Fn. 29), S. 93 (103 m. w. Nachw.); *Rennert*, in: Umbach/Clemens (oben Fn. 52), Art. 28 Rn. 176; *Brems* (oben Fn. 21), S. 102 ff.; *Maas* (oben Fn. 13), S. 57 f.; *Löwer*, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 28 Rn. 116; *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Mai 2015, Art. 28 Abs. 2 Rn. 85, 148; *Henneke* (oben Fn. 3), Art. 28 Rn. 136. Dass die landesverfassungsrechtlichen kommunalen Finanzausstattungsgarantien ohnehin nur die Länder und nicht etwa den Bund verpflichten können, versteht sich von selbst; s. etwa *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (667); *HessStGH*, NVwZ 2013, 1151 (1152).

darin zum Ausdruck, dass Art. 28 Abs. 3 GG davon ausgeht, dass die Verpflichtung zur Umsetzung u.a. des Art. 28 Abs. 2 GG gerade die Länder trifft⁶³.

Allerdings räumte das *BVerfG* bereits damals ein, dass Art. 28 Abs. 3 GG dem Bund die Verpflichtung auferlege, dafür Sorge zu tragen, dass die verfassungsmäßige Ordnung der Länder dem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 GG entspreche. Jeder unmittelbare Durchgriff auf die Gemeinden werde dem Bund aber durch die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes versagt. Der Bund sei daher weder berechtigt noch verpflichtet, die finanziellen Verhältnisse der Gemeinden unmittelbar ohne Einschaltung der Länder zu ordnen.⁶⁴

Der Bund ist indessen nach Art. 28 Abs. 3 GG verpflichtet, alle geeignet und notwendig erscheinenden Maßnahmen zu ergreifen, um die Einhaltung des Art. 28 Abs. 2 GG durch die Länder sicherzustellen⁶⁵. Die Verfahren der Bundesaufsicht nach Art. 84 Abs. 3 und 4 sowie Art. 85 Abs. 4 GG kommen dafür allerdings nicht in Betracht, da Art. 28 GG kein Bundesgesetz ist, das von den Ländern „ausgeführt“ wird⁶⁶. Damit bleibt realistischerweise allein die Anrufung des *BVerfG* durch die Bundesregierung in den Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, 3 oder 4 GG⁶⁷.

Nicht zur Gewährleistung im Sinne von Bereitstellung der kommunalen Finanzausstattung, wohl aber zur Respektierung der verfassungsmäßigen kommunalen Finanzausstattung verpflichtet sind alle anderen Hoheitsträger⁶⁸. Deutlich wird das etwa an der Kreisumlage, bei deren Bemessung die Kreise verpflichtet sind, die verfassungsrechtlich gebotene Finanzausstattung der kreisangehörigen Gemeinden zu respektieren⁶⁹.

3.3 Die Kommunen als Anspruchsberechtigte

Die Verpflichtung der Länder zur Gewährleistung der erforderlichen Finanzausstattung der Kommunen ist Teil der durch Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG unterstrichenen kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1, 2 GG. Dass diese Selbstverwaltungsgarantie den Kommunen ein einklagbares subjektives Recht vermittelt, ist allgemein anerkannt⁷⁰ und längst auch durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG bestätigt, in dem von Verfassungsbeschwerden von Gemeinden und Gemeindeverbänden wegen Verletzung „des Rechts auf Selbstverwaltung nach Artikel 28“ die Rede ist. Damit haben die Kommunen auch einen Rechtsanspruch auf ihre verfassungsrechtlich gewährleistete Finanzausstattung⁷¹. Worauf dieser Anspruch genau gerichtet ist, insbesondere ob er sich an der Finanzausstattung der Gesamtheit der

⁶³ Vgl. *Maas* (oben Fn. 13), S. 57.

⁶⁴ *BVerfGE* 26, 172 (181 f.). Vgl. auch *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 15 Rn. 184 m. w. Nachw.

⁶⁵ So *Tettinger/Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 28 Abs. 3 Rn. 268; *Löwer*, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 28 Rn. 116; *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 28 Rn. 98. Zu den hierfür in Betracht kommenden Durchsetzungsmitteln des Bundes *Tettinger/Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 28 Abs. 2 Rn. 270 ff.; *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 28 Rn. 100.

⁶⁶ *Tettinger/Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 2010, Art. 28 Abs. 2 Rn. 271; *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 28 Rn. 100.

⁶⁷ Vgl. *Tettinger/Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 2010, Art. 28 Abs. 2 Rn. 270 f.; *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 28 Rn. 100.

⁶⁸ Vgl. *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 1 Rn. 16, Kap. 18 Rn. 106.

⁶⁹ Vgl. *BVerwGE* 145, 378 (381, Rn. 14), dazu *Diemert*, Gemeindehaushalt 2013, 171; *BVerwG*, Urteil v. 16.6.2015 – 10 C 13.14 –, Rn. 39; *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 18 Rn. 106.

⁷⁰ Vgl. *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 1 Rn. 127 ff.

⁷¹ Ebenso zu der landesverfassungsrechtlichen Finanzausstattungs-garantie des Art. 58 NdsVerf *NdsStGH*, Urteil v. 7.3.2008 – 2/05 –, juris, Rn. 56: Art. 58 NdsVerf beinhalte dem Wortlaut nach zwar lediglich eine Verpflichtung des Landes zu einem bestimmten Verhalten; der Annahme eines dementsprechenden individuellen Anspruchs jeder einzelnen Kommune stehe diese Formulierung aber nicht entgegen. Entscheidend sei nur, dass die Vorschrift den Kreis der durch die auferlegte Rechtspflicht Begünstigten abschließend umschreibe und so von der Allgemeinheit abgrenze.

Kommunen im Land ausgerichtet oder an der Finanzlage der einzelnen Kommune, wird noch zu klären sein⁷².

Ob die Kommunen einen Anspruch gegen den Bund darauf haben, dass dieser gegen ein Bundesland einschreitet, welches gegen Art. 28 Abs. 2 GG verstößt, ist umstritten⁷³. Tendenziell herrscht erhebliche Zurückhaltung vor⁷⁴. Für diese Zurückhaltung spricht der Umstand, dass Art. 28 Abs. 3 GG der Homogenität im Bundesstaat dient und auch aus Art. 28 Abs. 3 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 GG keine Rechte etwa der Bürger abzuleiten sein dürften⁷⁵, obwohl Art. 28 Abs. 1 GG letztlich deren Interessen ebenso zu dienen bestimmt ist wie Art. 28 Abs. 2 GG denen der Kommunen. Selbst wenn man Art. 28 Abs. 2, 3 GG einen Anspruch der Kommunen auf Einschreiten des Bundes gegen Bundesländer, die Art. 28 Abs. 2 GG nicht respektieren, entnehmen würde⁷⁶, fehlte es im Übrigen doch an seiner prozessualen Durchsetzbarkeit⁷⁷, so dass es sich nicht um einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch, sondern letztlich nur um ein relevantes Argument in rechtlichen Interpretationszusammenhängen und im politischen Raum handeln würde⁷⁸. Das bleibt es aber auch, wenn es sich dabei allein um eine verfassungsrechtliche Pflicht des Bundes handelt, der kein subjektives Recht der Kommunen gegenübersteht.

3.4 Begrenzung der Mindestausstattung durch die Leistungsfähigkeit des Landes?

Vielfach wird selbst der Anspruch der Kommunen auf eine finanzielle Mindestausstattung als durch die finanzielle Leistungsfähigkeit des Landes begrenzt angesehen⁷⁹. Begründet wird diese – in der Relativierung einer Mindestausstattung immerhin auffällige – Sicht zumeist nicht⁸⁰ oder nur mit denselben Argumenten, aus denen eine solche Begrenzung der angemessenen Finanzausstattung abgeleitet wird. Oft mag sie sich daraus erklären, dass nicht

⁷² Dazu unter 6.

⁷³ Tettinger/ Schwarz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 28 Abs. 2 Rn. 269; Nierhaus, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 28 Rn. 99, jeweils m. w. Nachw.

⁷⁴ Tettinger/ Schwarz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 28 Abs. 2 Rn. 269: „äußerste Zurückhaltung“. Einen Anspruch der Kommunen ablehnend Löwer, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 28 Rn. 118; Röhl (oben Fn. 13), Rn. 58. Mit dem Argument von Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rn. 186, dass den in Betracht kommenden Rechtsträgern hinreichende andere Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stünden, lässt sich ein subjektives Recht der Kommunen allerdings nicht ganz selbstverständlich ablehnen. Gerade die Finanzausstattungsthematik bei einem Landesverfassungsgericht, das hinter den Vorgaben des Art. 28 Abs. 2 GG zurückbleibt, zeigt die mit den Rechtsschutzmöglichkeiten der Kommunen verbundenen Probleme. Dazu unten 7.

⁷⁵ Vgl. BVerwG, NJW 1977, 118 (118 f.).

⁷⁶ So Mückl (oben Fn. 27), S. 87 f.

⁷⁷ Stern, in: Wolfgang Kahl/Christina Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Juni 2015, Art. 28 (Zweitbearbeitung Dezember 1964) Rn. 189; Mückl (oben Fn. 27), S. 88 f.

⁷⁸ Vgl. Mückl (oben Fn. 27), S. 89.

⁷⁹ NdsStGH, Urteil v. 15.8.1995 – 2/93 –, juris, Rn. 103 ff. (ohne Differenzierung nach Mindestausstattung und angemessener Finanzausstattung); StGH BW, Urteil v. 10.5.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 86 ff. (Vorbehalt der Berücksichtigung auch der Aufgaben des Landes); LVerfG SachsAnh, NVwZ-RR 2000, 1 (5 f.); wohl auch VerfGH RhPf, NVwZ 2012, 1034 (1035) – anders verstanden von Henneke (oben Fn. 3), Art. 28 Rn. 128; Schoch (oben Fn. 3), S. 188 ff. (der, ebenfalls ohne nach Mindestausstattung und angemessener Finanzausstattung zu differenzieren, 1997 auf S. 188 schreibt: „In Rechtsprechung und Schrifttum ist unbestritten, daß das Volumen des kommunalen Finanzausgleichs nur im Rahmen der finanziellen Leistungsfähigkeit des Landes verfassungsrechtlich gewährleistet ist“ und außerdem keine klaren Folgerungen daraus zieht, dass die finanzielle Mindestausstattung auch durch Abbau von Aufgaben und Standards herbeigeführt werden kann); Volkmann, DÖV 2001, 497 (502) unter unzutreffender Berufung auf VerfG Bbg, NVwZ-RR 2000, 129 (130) – dazu unten bei Fn. 89 –; Brems (oben Fn. 21), S. 96 f.; Mehde, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Mai 2015, Art. 28 Abs. 2 Rn. 85; Andreas Reus/Peter Mühlhausen, Haushaltsrecht in Bund und Ländern, 2014, S. 206; Henning Tappe/Rainer Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 2015, Rn. 1004. Maas (oben Fn. 13), S. 166 ff., ersetzt den Leistungsfähigkeitsvorbehalt durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, die in ihrem Abwägungsaspekt zu den Kriterien einer angemessenen kommunalen Finanzausstattung passt, sich aber nicht als Kriterium der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen eignet.

⁸⁰ Zu den Versuchen einer Begründung unten 4.1.3.

deutlich genug zwischen Mindestausstattung und angemessener Finanzausstattung unterschieden wird⁸¹.

Das *BVerfG* hat in seiner vorsichtigen Formulierungsweise zu den Modalitäten der verfassungsrechtlich garantierten finanziellen Mindestausstattung, soweit ersichtlich, bislang nicht explizit Stellung genommen. Die Verwendung des Begriffs „Mindestausstattung“⁸² deutet aber darauf hin, dass mit der Mindestausstattung die finanzielle Ausstattung gemeint ist, die in jedem Fall gesichert sein muss und keiner weiteren Relativierung zugänglich ist. Auch die nach dem Beschluss des *BVerfG* vom 19.11.2014⁸³ mit der Verweisung auf den *ThürVerfGH*⁸⁴ grundgesetzlich garantierte Finanzausstattung der Kommunen lässt keinerlei Einschränkung erkennen. Deutlicher hat sich das *BVerwG* geäußert. Danach gehört die verfassungsrechtlich gebotene finanzielle Mindestausstattung der Kommunen, die erforderlich ist, damit von kommunaler Selbstverwaltung überhaupt die Rede sein kann, zu dem von Art. 28 Abs. 2 GG absolut geschützten Kernbereich der gemeindlichen Selbstverwaltung. Hierzu führt das *BVerwG* aus: „Klargestellt werden muss, dass dieser „Kerngehalt“ die äußerste Grenze des verfassungsrechtlich Hinnehmbaren – das verfassungsrechtliche Minimum – bezeichnet, das einer weiteren Relativierung nicht zugänglich ist. Der Landesgesetzgeber könnte also eine strukturelle Unterfinanzierung der Gemeinden in diesem Sinne nicht mit dem Hinweis darauf rechtfertigen, dass auch die Haushaltslage des Landes notleidend ist. Der Mindestbedarf der Kommunen stellt vielmehr einen abwägungsfesten Mindestposten im öffentlichen Finanzwesen des jeweiligen Landes dar [...]“⁸⁵.

Das entspricht der Feststellung in der Kommentarliteratur, wonach es zum Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung gehört, dass Kommunen selbst Prioritäten hinsichtlich der Aufgaben, die sie wahrnehmen, setzen können, und dass wegen der Unantastbarkeit dieses Kernbereichs auch der Anspruch auf die finanzielle Mindestausstattung als Bestandteil eben dieses Kernbereichs unantastbar ist. Insoweit markiere dies auch die Untergrenze der Gestaltungskompetenz des Finanzausgleichsgesetzgebers. Der unantastbare Kern des kommunalen Selbstverwaltungsrechts schütze das kommunale Existenzminimum. Als absolut geschützte Untergrenze sei diese Mindestausstattung keinen Relativierungen zugänglich, sie sei als leistungskraftunabhängiger Parameter nicht verhandelbar und könne daher auch nicht in Beziehung zu anderen öffentlichen Belangen gesetzt werden.⁸⁶

In diese Richtung gehen auch die Entscheidungen einer Reihe von Landesverfassungsgerichten zu den Selbstverwaltungsgarantien der Landesverfassungen. So hat der *Thüringer Verfassungsgerichtshof* es im Hinblick auf Art. 93 Abs. 1 Satz 1 *ThürVerf*⁸⁷, der dem allgemeinen Verständnis des Art. 28 Abs. 2 Satz 1, 2 GG entspricht, zur absoluten Untergrenze der kommunalen Finanzausstattung erklärt, dass die Gemeinden und Gemeindeverbände nach Erfüllung ihrer Pflichtaufgaben noch freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben müssen wahrnehmen können. Diese, dem Kernbereich des Selbstverwaltungsrechts zugehörige, finanzielle Mindestausstattung sei als absolut geschützte Untergrenze nicht „verhandelbar“, unterliege also keinen Relativierungen durch andere öffentliche Belange. Werde sie nicht gewährt, so sei das Selbstverwaltungsrecht verletzt, ohne dass dies durch andere Gründe

⁸¹ So bei *Reus/Mühlhausen* (oben Fn. 79), S. 206 („Sicherstellung einer aufgabenangemessenen Finanzausstattung bzw. einer Mindestausstattung“). Vgl. auch *BayVGH*, NVwZ-RR 1997, 301 (303); *NdsStGH*, Urteil v. 15.8.1995 – 2/93 –, juris, Rn. 84, 103 ff.; Urteil v. 25.11.1997 – 14/95 –, juris, Rn. 87; *LVerfG SachsAnh*, NVwZ-RR 2000, 1 (5 f.).

⁸² Oben bei Fn. 20.

⁸³ *BVerfG*, NVwZ 2015, 728 (730, Rn. 53).

⁸⁴ *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (666 f.).

⁸⁵ *BVerwGE* 145, 378 (385, Rn. 22), bestätigt durch *BVerwG*, Urteil v. 16.6.2015 – 10 C 13.14 – juris, Rn. 28. S. auch *Diemert*, Gemeindehaushalt 2013, 171.

⁸⁶ *Henneke*, DÖV 1998, 330 (334 f.); *Schmitt Glaeser/Horn*, BayVBl. 1999, 353 (356); *Schoch* (oben Fn. 29), S. 122 ff.; *Geis* (oben Fn. 52), S. 83; *Tettinger/Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 28 Abs. 2 Rn. 247 f.

⁸⁷ Zu dessen Text oben Fn. 56.

als verhältnismäßig gerechtfertigt sein könnte. Insbesondere könne sich das Land bei unveränderter Aufgabenbelastung seiner Kommunen (worauf es allerdings nicht ankommen kann, K.L.) nicht unter Hinweis auf seine eigene finanzielle Leistungsfähigkeit seiner Pflicht zur Mindestausstattung der Kommunen entziehen.⁸⁸ Das *Verfassungsgericht Brandenburg* hat im Hinblick auf den fast gleichlautenden, nur ausdrücklich auf den Finanzausgleich bezogenen, Art. 99 Satz 2 LVerf Bbg erklärt, dass die gemeindliche Finanzausstattung zwar nicht losgelöst von der Gesamtsituation der Landesfinanzen gesehen werden könne. Die Rücksichtnahme auf die Landesfinanzen finde jedoch ihre Grenze, wo einer sinnvollen Betätigung der Selbstverwaltung die finanzielle Grundlage entzogen sei.⁸⁹ Dass die Verfassung den Gesetzgeber ohne Rücksicht auf die finanzielle Leistungsfähigkeit des Landes verpflichtet, die Kommunen mit einer finanziellen Mindestausstattung zu versehen, hat das *VerfG Bbg* in späteren Entscheidungen im Hinblick auf Art. 99 Satz 2 LVerf Bbg deutlich zum Ausdruck gebracht⁹⁰. Ebenso macht der *HessStGH* nicht den jedenfalls bestehenden Anspruch der Kommunen auf finanzielle Mindestausstattung, sondern allein den darüber hinaus bestehenden Finanzausstattungsanspruch von der Finanzkraft des Landes abhängig⁹¹. Der *SächsVerfGH* schließlich erklärte, dass die dem Gesetzgeber zustehende Gestaltungsfreiheit ihre Grenze dort finde, wo der Anspruch der kommunalen Selbstverwaltungsträger auf eine finanzielle Grundausrüstung verletzt und damit das ihnen gewährleistete Selbstverwaltungsrecht ausgehöhlt werde⁹².

Allein diese Unabhängigkeit der kommunalen Mindestfinanzausstattung von der Leistungskraft des Landes entspricht der verfassungsrechtlichen Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG, die zwar eingeschränkt, aber nicht durch die Vorenthaltung finanzieller Mittel gänzlich ausgeschlossen werden darf.

Dass die Mindestfinanzausstattung der Kommunen nicht von der Leistungsfähigkeit des Landes abhängig sein kann, ist schließlich noch unter einem anderen Aspekt offensichtlich. Die Mindestfinanzausstattung kann durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen gesichert werden, von denen manche überhaupt keine Leistungsfähigkeit des Staates voraussetzen und deshalb auch nicht durch sie begrenzt werden können. Als Mittel zur Gewährleistung der kommunalen Mindestfinanzausstattung kommen neben Finanzausgleichsleistungen die Eröffnung anderer Einnahmequellen beispielsweise durch die Ermöglichung der Erhebung zusätzlicher Verbrauch- und Aufwandsteuern oder höherer Gebühren und Beiträge oder nach entsprechender Einwirkung auf den Bund insbesondere über den Bundesrat die Erhöhung des Gemeindeanteils am Aufkommen der Einkommen- und der Umsatzsteuer oder eine Entlastung von der Gewerbesteuerumlage ebenso wie die Entlastung der Kommunen von Pflichtaufgaben oder sie verpflichtenden hohen Standards bei der Aufgabenerfüllung in Betracht⁹³. Auf zumindest viele dieser alternativen Wege zur Erreichung einer Mindestausstattung der Kommunen passt ein Leistungsfähigkeitsvorbehalt nicht. Der Abbau von Pflichtaufgaben und die Absenkung verpflichtender Standards etwa brauchen ebenso wenig von der Leistungsfähigkeit des Landes abzuhängen wie die Eröffnung zusätzlicher Einnah-

⁸⁸ *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (668 f.); Urteil v. 2.11.2011 – 13/10 –, juris, Rn. 82.

⁸⁹ *VerfG Bbg*, NVwZ-RR 2000, 129 (130). So trotz mancher Unklarheiten wohl auch *BayVerfGH*, NVwZ-RR 1998, 601 (602).

⁹⁰ *VerfG Bbg*, Urteil v. 22.11.2007 – 75/05 –, juris, Rn. 116; DVBl 2013, 1180 (1183).

⁹¹ *HessStGH*, NVwZ 2013, 1151 (1152).

⁹² *SächsVerfGH*, Urteil v. 23.11.2000 – Vf. 53-II-97 –, juris, Rn. 83. Zur möglichen Aufgabe dieser Position unten Fn. 158.

⁹³ Darauf, dass finanzielle Entlastung seitens des Staates allemal durch Aufgabenverzicht, Aufgabenabbau und Verminderung kostentreibender Standards geschaffen werden kann, weist auch *Schoch* (oben Fn. 3), S. 147, hin, ohne auf S. 191 klare Folgerungen daraus zu ziehen. Auf die verschiedenen Möglichkeiten zur Schaffung der erforderlichen kommunalen Finanzausstattung einschließlich des Aufgabenabbaus machen bereits *Papier*, BayVBl. 1994, 737 (742), *Friedrich Schoch/Joachim Wieland*, Finanzierungsverantwortung für gesetzgeberisch veranlaßte kommunale Aufgaben, 1995, S. 107, *Henneke*, DÖV 1998, 330 (335), *ders.*, Die Kommunen (oben Fn. 52), S. 355, *Schmitt Glaeser/Horn*, BayVBl. 1999, 353 (356), und *Nierhaus*, LKV 2005, 1 (2), aufmerksam. S. aus der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte etwa auch *NdsStGH*, NVwZ-RR 2001, 553 (557).

memöglichkeiten der Kommunen. Reicht die Leistungsfähigkeit des Landes für bestimmte Maßnahmen zur Sicherung der Mindestfinanzausstattung der Kommunen nicht aus, so stehen dem Land immer noch andere von seiner Leistungskraft unabhängige Maßnahmen zur Verfügung, mit denen es die notwendige kommunale Mindestfinanzausstattung herbeiführen kann. Die Erfüllung des Anspruchs der Kommunen gegen das Land auf Gewährleistung ihrer Mindestfinanzausstattung kann durch eine unzulängliche Finanzkraft des Landes also überhaupt nicht ausgeschlossen werden. Ihn von der Finanzkraft des Landes abhängig zu machen, ist sinnlos.

Damit ist aber auch klar, dass mit der Verpflichtung zur Gewährleistung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen von dem jeweiligen Bundesland nichts Unmögliches verlangt wird. Es kann diese Verpflichtung immer erfüllen, mindestens dadurch, dass es die Kommunen von bereits auferlegten Aufgaben entlastet oder gesetzlich vorgegebene und kostentreibende Standards der kommunalen Aufgabenerfüllung absenkt⁹⁴.

Zumindest dieser Gesichtspunkt lässt auch das Argument hinfällig werden, dass der Finanzausstattungsanspruch der Kommunen im Kernbereich deshalb unter den Vorbehalt eigener Leistungsfähigkeit des Landes gestellt sei, weil Leistungs- und Teilhaberechte stets unter dem „Vorbehalt des Möglichen“ stünden⁹⁵. Denn die verfassungsmäßige Finanzausstattung kann eben nicht nur durch staatliche Leistungen, sondern auch durch den Abbau vom Staat auferlegter Verpflichtungen hergestellt werden. Davon abgesehen passt die Berufung auf den vom *BVerfG* im Hinblick auf Ansprüche auf Zuteilung eines Studienplatzes in zulassungsbeschränkten Studienfächern vertretenen „Vorbehalt des Möglichen“⁹⁶ nicht auf staatliche Leistungen zur Erhaltung der verfassungsmäßigen Funktionsfähigkeit staatlicher Institutionen. Das wird schon daran deutlich, dass das *BVerfG* den „Vorbehalt des Möglichen“ hier als das definiert hat, „was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann“⁹⁷. Bei der verfassungsmäßigen Finanzausstattung der Kommunen geht es nicht um Ansprüche des Einzelnen an die Gesellschaft, sondern um die Aufrechterhaltung verfassungsmäßiger Institutionen im Dienste der Gesellschaft. Verlieren die in der Verfassung verankerten kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften die Möglichkeit, wenigstens ein Minimum von Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen, zu deren Wahrnehmung sie sich eigenverantwortlich entschieden haben, so verlieren sie den Charakter, den sie nach der Verfassung haben sollen. Im Unterschied zum Recht auf Teilhabe an Studienplätzen ist die Verpflichtung zur Mindestausstattung der Kommunen auch bereits auf das für eine funktionsfähige Selbstverwaltung Unentbehrliche beschränkt. Dieses aber ist verfassungsrechtlich gewährleistet, während von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Schaffung einer unbegrenzten Zahl von Studienplätzen nicht die Rede sein kann. Mit der Einschränkung der Studienplatzwahl an den Universitäten ist die Unterschreitung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen nicht vergleichbar.

Wenn etwa das *Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern* demgegenüber die Auffassung vertreten hat, dass nach der Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern das Recht auf Mindestfinanzausstattung nur in den Grenzen der Leistungsfähigkeit des Landes bestehe⁹⁸, so wird dieser Standpunkt nicht nur mit einer Verkennung dessen erkauf, dass die Mindestfinanzausstattung der Kommunen unabhängig von der Leistungsfähigkeit des Landes gesichert werden kann, sondern darüber hinaus mit einem Bruch in der Argu-

⁹⁴ Vgl. *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (668) m. w. Nachw.

⁹⁵ Dieses Argument verwenden *Groh*, LKV 2010, 1 (7), und *Tappe/Wernsmann* (oben Fn. 79), Rn. 1004 f. Zur mangelnden Tragfähigkeit der weiteren Argumente von *Tappe/Wernsmann* – kein Vorrang der Kommunalfinanzierung vor den finanziellen Belangen des Landes (Justiz, Polizei, Universitäten, Schulen) (Rn. 1006) und Abhängigkeit der Kommunen als integriertem Bestandteil des Staatsganzen von den gesamtwirtschaftlichen Gegebenheiten (Rn. 1009) – s. unten bei Fn. 160 ff.

⁹⁶ *BVerfGE* 33, 303 (333 ff.).

⁹⁷ *BVerfGE* 33, 303 (333).

⁹⁸ *VerfG MV*, Urteil v. 11.5.2006 – 1/05, 5/05, 9/05 –, juris, Rn. 108.

mentation des Gerichts, für den es keine Rechtfertigung gibt. Denn einerseits soll die Finanzausstattung nicht mehr angemessen sein, wenn der Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung deshalb nicht mehr gewahrt wird, weil die Kommunen mangels finanzieller Mittel außerstande sind, ein Minimum an freiwilligen Aufgaben der Selbstverwaltung zu erfüllen. Die Mindestfinanzausstattung, die eine derartige Betätigung noch ermögliche, bilde die zwingend einzuhaltende Untergrenze der angemessenen Finanzausstattung⁹⁹. Nach nochmaliger Betonung dessen, dass die tatsächliche Möglichkeit, das Recht auf Selbstverwaltung auszuüben, unantastbar sei, folgt dann aber unvermittelt und ohne auch nur den Ansatz einer Begründung, die Aussage, der Umfang der die Wahrnehmung von Aufgaben im Kernbereich ermöglichenden Finanzausstattung sei aber – je nach den finanziellen Gegebenheiten – veränderlich¹⁰⁰. Das ist nach der vorherigen Beteuerung, dass die Mindestfinanzausstattung die zwingend einzuhaltende Untergrenze der angemessenen Finanzausstattung sei, nicht akzeptabel¹⁰¹. Gleiches gilt beispielsweise für die Urteile des *NdsStGH* vom 25.11.1997 und des *StGH BW* vom 10.5.1999, in denen einerseits hervorgehoben wird, dass der Gesetzgeber den Anspruch der Kommunen auf finanzielle Mindestausstattung verletzt, wenn die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben infolge einer unzureichenden Finanzausstattung unmöglich wird, andererseits dieser Anspruch aber als durch das Merkmal der finanziellen Leistungsfähigkeit bzw. der Aufgaben des Landes eingeschränkt betrachtet und in Niedersachsen deshalb durch den Grundsatz der Verteilungssymmetrie relativiert wird¹⁰².

Das *BVerwG* macht dann allerdings doch noch eine Einschränkung des von ihm vertretenen Grundsatzes der nicht unterschreitbaren kommunalen Mindestfinanzausstattung. Es fügt nämlich hinzu:

„Ob anderes gelten kann, wenn das Land selbst unter Ausschöpfung aller eigenen Steuerquellen und unter möglichster Verminderung ausgabenträchtiger öffentlicher Aufgaben des Landes und der Kommunen zur Erfüllung dieser verfassungsrechtlichen Mindestpflicht außerstande wäre, bedarf keiner Entscheidung. Eine solche Lage ist nicht erkennbar [...]“¹⁰³.

Damit ist es ausgeschlossen, von der Mindestausstattung allein im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit des Landes Abstriche zu machen. Selbst eine Situation, in der die Haushaltslage des Landes als notleidend bezeichnet werden kann, reicht für eine Relativierung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen nicht aus. Anders könnte es allenfalls in der beschriebenen Extremsituation des Landes sein. Ob dann die Mindestausstattung unterschritten werden kann, hat das *BVerwG* offengelassen¹⁰⁴. In der Tat gibt es zu einem Nachdenken hierüber gegenwärtig keinen Anlass. Vor einer solchen Unterschreitung der kommunalen Mindestausstattung müssten jedenfalls nicht nur die Pflichtaufgaben der Kommunen, sondern auch die Aufgaben und Ausgaben des Landes auf ein Minimum reduziert werden.

⁹⁹ *VerfG MV*, Urteil v. 11.5.2006 – 1/05, 5/05, 9/05 –, juris, Rn. 103.

¹⁰⁰ *VerfG MV*, Urteil v. 11.5.2006 – 1/05, 5/05, 9/05 –, juris, Rn. 108 f. unter verfehlter Berufung auf Urteile des *VerfGH NRW*. Zu diesen Urteilen unten bei Fn. 125.

¹⁰¹ Zur Kritik auch *Tettinger/Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 28 Abs. 2 Rn. 250 f.

¹⁰² *NdsStGH*, Urteil v. 25.11.1997 – 14/95 –, juris, Rn. 97 ff.; *StGH BW*, Urteil v. 10.5.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 86 ff.

¹⁰³ *BVerwGE* 145, 378 (385 f., Rn. 22).

¹⁰⁴ In diesem Zusammenhang wäre Art. 115c Abs. 3 GG einzubeziehen, wonach auch im Verteidigungsfall „die Lebensfähigkeit der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände, insbesondere auch in finanzieller Hinsicht, zu wahren ist“. Dazu *Schoch* (oben Fn. 3), S. 153. Nach *Brems* (oben Fn. 21), S. 84; *Maas* (oben Fn. 13), S. 51 f., würde die Lebensfähigkeit in diesem Sinn voraussetzen, dass die Finanzmittel der Gemeinden für die Erfüllung der pflichtigen Aufgaben ausreichen. In Friedenszeiten müsse die Finanzausstattung der Kommunen grundsätzlich mehr betragen. Tatsächlich wird aber bereits beim Fehlen jeglicher Selbstverwaltungsmöglichkeit von einer Lebensfähigkeit der Kommunen nicht mehr gesprochen werden können.

3.5 Begrenzung der angemessenen Finanzausstattung durch die Leistungsfähigkeit des Landes

Anders als die finanzielle Mindestausstattung der Kommunen hängt deren angemessene Finanzausstattung, wie oben¹⁰⁵ dargelegt, gerade von der Leistungsfähigkeit des Landes ab. Auf die dabei anzuwendenden Kriterien wird zurückzukommen sein¹⁰⁶.

4. Art. 78, 79 LVerf NRW im Lichte des Art. 28 Abs. 2 GG

4.1 Die Interpretation der Art. 78, 79 LVerf NRW durch den VerfGH NRW

4.1.1 Die Rechtsprechung des VerfGH NRW bis zu seinem Urteil vom 19.7.2011

Die Rechtsprechung des *VerfGH NRW* zur Finanzausstattung der Kommunen weist über einen langen Zeitraum eine erhebliche Kontinuität auf – bis es mit dem Urteil des *VerfGH NRW* vom 19.7.2011¹⁰⁷, gewollt oder ungewollt, zu einem deutlichen Bruch kam. Deshalb soll hier zunächst die jahrzehntelange Rechtsprechung des *VerfGH NRW* umrissen werden. Maßgeblich für die Finanzausstattungsverpflichtung des Landes gegenüber den Kommunen in Nordrhein-Westfalen war nach der überzeugenden Rechtsprechung des *VerfGH NRW* primär Art. 78 LVerf NRW. So wurde ein Anspruch auf angemessene Finanzausstattung dem Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände auf Selbstverwaltung entnommen, das in Art. 78 Abs. 1 NRW mit den folgenden Worten verankert ist:

„Die Gemeinden und Gemeindeverbände sind Gebietskörperschaften mit dem Recht der Selbstverwaltung durch ihre gewählten Organe“¹⁰⁸.

Ergänzend bestimmt Art. 79 LVerf NRW:

„Die Gemeinden haben zur Erfüllung ihrer Aufgaben das Recht auf Erschließung eigener Steuerquellen. Das Land ist verpflichtet, diesem Anspruch bei der Gesetzgebung Rechnung zu tragen und im Rahmen seiner finanziellen Leistungsfähigkeit einen übergemeindlichen Finanzausgleich zu gewährleisten.“

Art. 79 Satz 2 LVerf NRW wurde aber lediglich als Absicherung und Konkretisierung des aus Art. 78 folgenden Finanzausstattungsanspruchs der Gemeinden verstanden¹⁰⁹. Das ist auch deshalb richtig, weil es nicht nur Finanzausgleichsleistungen, sondern durchaus unterschiedliche Mittel zur Schaffung einer verfassungsmäßigen kommunalen Finanzausstattung gibt¹¹⁰.

Für Gemeindeverbände wie insbesondere die Kreise dürfte Art. 79 Satz 2 LVerf NRW ohnehin nicht gelten. Das folgt schon daraus, dass Art. 79 LVerf NRW sich bereits in seinem

¹⁰⁵ S. oben 3.1.

¹⁰⁶ S. unten 5.4.

¹⁰⁷ *VerfGH NRW*, Urteil v. 19.7.2011 – 32/08 –, juris.

¹⁰⁸ *VerfGH NRW*, NVwZ 1994, 68 (68); Urteil v. 1.12.1998 – 5/97 –, juris, Rn. 32; NVwZ-RR 2003, 612 (612). So auch noch *VerfGH NRW*, NVwZ 2015, 368 (370).

¹⁰⁹ So *VerfGH NRW*, NVwZ 1994, 68 (68); NVwZ-RR 2003, 612 (612). Ähnlich versteht der *VerfGH NRW* das Konnexitätsprinzip des Art. 78 Abs. 3 LVerf NRW, wonach das Land für die wesentliche Belastung der Kommunen durch ihnen übertragene Aufgaben einen finanziellen Ausgleich zu schaffen hat, nur als Ausprägung einer Gesamtgarantie. Auf dieser Grundlage hält er es nicht für verfassungsrechtlich geboten, Kosten im Sinne des Art. 78 Abs. 3 LVerf NRW gesondert zu erstatten. Der Landesgesetzgeber sei daher nicht verpflichtet, in einem gesonderten Ansatz die Kosten von Pflichtaufgaben finanzkraftunabhängig und in vollem Umfang abzugelten. Vgl. *VerfGH NRW*, Urteil v. 9.7.1998 – 16/96, 7/97 –, juris, Rn. 80. Kritisch dazu etwa *Grawert* (oben Fn. 35), Art. 78 Erl. 10. Die vielfältigen Probleme des Konnexitätsprinzips sind allerdings nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

¹¹⁰ S. oben bei Fn. 94 und unten bei Fn. 117. Vgl. etwa auch *Waechter*, AöR 135 (2010), 327 (335).

Satz 1 ausschließlich auf die Gemeinden und in seinem Satz 2 Halbsatz 1 auf den in Satz 1 geregelten Anspruch gerade der Gemeinden bezieht. Auch legt der Begriff eines „übergemeindlichen Finanzausgleichs“ die Einbeziehung anderer Körperschaften als der Gemeinden jedenfalls nicht zwingend nahe. Seine Bedeutung mag sich durchaus darin erschöpfen, dass Niveauunterschiede zwischen den einzelnen, mit divergierender Finanzkraft agierenden Gemeinden im Ergebnis verringert werden sollen¹¹¹. Landesverfassungsrechtliche Grundlage der Finanzausstattung der Gemeindeverbände kann auch deshalb allein Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW sein¹¹².

Die danach wesentlich auf Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW basierende Rechtsprechung des *VerfGH NRW* zu der Frage, welche finanzielle Ausstattung das Land Nordrhein-Westfalen seinen Kommunen angedeihen lassen muss, stand grundsätzlich nicht im Gegensatz zu der Rechtslage, die sich aus den Vorgaben des Grundgesetzes ergibt. Vielmehr hat der *VerfGH NRW* die Notwendigkeit einer Mindestausstattung immer wieder zum Ausdruck gebracht.

So differenzierte auch der *VerfGH NRW* in einem Urteil aus dem Jahre 1988 explizit zwischen dem Recht der Gemeinden auf eine angemessene Finanzausstattung und dem auf deren finanzielle Mindestausstattung. Bei der Ausgestaltung der angemessenen Finanzausstattung habe der Gesetzgeber einen weiten Spielraum. Dieser werde aber dadurch begrenzt, dass die Selbstverwaltung ohne eine finanzielle Mindestausstattung nicht sinnvoll wahrgenommen werden könne. Dementsprechend prüfte der *VerfGH NRW*, ob den beschwerdeführenden Gemeinden „die nach Art. 79 NRWVerf. zu gewährleistende Mindestausstattung an Finanzmasse für die gemeindliche Selbstverwaltung“ noch zur Verfügung gestanden habe¹¹³.

Häufig unterschied der *VerfGH NRW* zwar nicht ausdrücklich zwischen der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen und ihrer angemessenen Finanzausstattung. Insofern trug er dem Wortlaut des Art. 79 Abs. 2 Satz 2 LVerf NRW Rechnung, der auch keine derartige Unterscheidung trifft, sondern lediglich die Verpflichtung des Landes zum Ausdruck bringt, im Rahmen seiner finanziellen Leistungsfähigkeit einen übergemeindlichen Finanzausgleich zu gewährleisten. Dieser Wortlaut schließt jedoch ein Verständnis der Art. 78 f. LVerf NRW nicht aus, nach dem durch den übergemeindlichen Finanzausgleich eine Mindestausstattung der Kommunen gesichert sein muss und nur eine darüber hinausgehende „angemessene“ Finanzausstattung unter dem Vorbehalt der Leistungsfähigkeit steht¹¹⁴. Eine solche Interpretation ist vielmehr unverzichtbar, wenn man davon ausgeht, dass den Kommunen auf Grund ihres verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsrechts eine Finanzausstattung zu gewährleisten ist, die ihnen wenigstens ein Minimum an Selbstverwaltung ermöglicht. Dieses Verständnis wurde auch im Allgemeinen vom *VerfGH NRW* nicht in Abrede gestellt.

So machte der *VerfGH NRW* in einem Urteil aus dem Jahre 1993¹¹⁵ zunächst deutlich, dass das Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände auf Selbstverwaltung auch einen gegen

¹¹¹ Tettinger, in: Löwer/Tettinger (oben Fn. 35), Art. 79 Rn. 25.

¹¹² *VerfGH NRW*, NVwZ 1994, 68 (69); Grawert (oben Fn. 35), Art. 79 Erl. 1 (allerdings nicht ohne Widerspruch zu Art. 79 Erl. 3, wonach Begünstigte des in Art. 79 Satz 2 LVerf NRW vorgesehenen Finanzausgleichs Gemeinden und Kreise sein sollen).

¹¹³ *VerfGH NRW*, NVwZ-RR 1989, 493 (494). Auch Christian Dästner, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 2002, Art. 79 Rn. 10, stellt uneingeschränkt fest, dass nach der Rechtsprechung des *VerfGH NRW* die zum Kernbereich des Selbstverwaltungsrechts gehörende Finanzhoheit der Gemeinden einen Anspruch auf eine finanzielle Mindestausstattung zur Erfüllung der Selbstverwaltungsaufgaben einräume. (Erst) wenn diese gewährleistet sei, habe der Gesetzgeber bei der Regelung der finanziellen Rahmenbedingungen der Kommunen und der Ausgestaltung des kommunalen Finanzausgleichs einen weiten Gestaltungsspielraum.

¹¹⁴ Ein solches Verständnis stellt jedenfalls keine höheren Anforderungen als die – zutreffende – Auffassung des *VerfGH NRW*, dass der vom Land zu gewährleistende Finanzausgleich trotz des auf die Gemeinden beschränkten Wortlauts des Art. 79 Satz 2 Halbs. 2 LVerf NRW wegen Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW die Kreise einzubeziehen hat. Vgl. *VerfGH NRW*, NVwZ 1994, 68 (69).

¹¹⁵ *VerfGH NRW*, NVwZ 1994, 68 (68).

das Land gerichteten Anspruch auf eine angemessene Finanzausstattung umfasse; denn eigenverantwortliches Handeln setze eine entsprechende finanzielle Leistungsfähigkeit der Selbstverwaltungskörperschaften voraus. Verletzt sei die Finanzausstattungsgarantie, wenn das Selbstverwaltungsrecht ausgehöhlt und einer sinnvollen Betätigung der Selbstverwaltung die finanzielle Grundlage entzogen werde. Den Finanzausstattungsanspruch absichernd und konkretisierend verpflichte Art. 79 Satz 2 LVerf NRW das Land, im Rahmen seiner finanziellen Leistungsfähigkeit einen übergemeindlichen Finanzausgleich zu gewährleisten.

Dass Art. 79 Satz 2 LVerf NRW als Absicherung und Konkretisierung des Finanzausstattungsanspruchs bezeichnet wurde¹¹⁶, bedeutet nicht etwa, dass der Finanzausstattungsanspruch, der bereits Bestandteil der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 78 LVerf NRW ist, in der Regelung des Art. 79 Satz 2 aufginge und deshalb nur im Rahmen der finanziellen Leistungsfähigkeit des Landes bestünde. Dem steht schon entgegen, dass der übergemeindliche Finanzausgleich nur ein Weg ist, auf dem eine angemessene Finanzausstattung einschließlich der Mindestfinanzausstattung der Kommunen zu erreichen ist, aber keineswegs der einzige. Die Finanzausstattung kann prinzipiell sowohl durch landesrechtliche Ermächtigungen zur Selbstfinanzierung wie der Erhebung selbstbestimmter Abgaben erfüllt werden, soweit den Ländern eine Gesetzgebungskompetenz dafür zukommt, als auch durch die Zuordnung bundesgesetzlich geregelter Steuereinnahmen und die Gewährung von Finanzhilfen durch die Länder¹¹⁷ oder durch die Reduzierung von Pflichtaufgaben oder bei der Aufgabenerfüllung zu beachtenden Standards¹¹⁸. Art. 79 Satz 2 LVerf NRW ist also nicht mehr als eine Teilkonkretisierung des aus dem Selbstverwaltungsrecht folgenden Finanzausstattungsanspruchs. Auch die Bezeichnung des Art. 79 Satz 2 LVerf NRW als Absicherung des Finanzausstattungsanspruchs aus Art. 78 LVerf NRW macht deutlich, dass Art. 79 Satz 2 LVerf NRW nicht identisch sein kann mit dem Finanzausstattungsanspruch aus Art. 78 LVerf NRW. Ein Anspruch kann nicht mit seiner Absicherung identisch sein.

Besonders deutlich wird der Umstand, dass der Mindestfinanzausstattungsanspruch aus Art. 78 LVerf NRW von dem Leistungsfähigkeitsvorbehalt des Art. 79 Satz 2 LVerf NRW nicht erfasst sein kann, an einer anderen Stelle dieses Urteils¹¹⁹. Auf die Kreise findet Art. 79 Satz 2 LVerf NRW, der nur die Gemeinden betrifft¹²⁰, hiernach nämlich keine Anwendung. Was für sie bleibt, ist der Finanzausstattungsanspruch nach Art. 78 LVerf NRW, wo von einem Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Landes keine Rede ist. Wieso die verfassungsmäßige Mindestausstattung der Gemeinden anders als die der Kreise einem solchen Vorbehalt unterliegen sollte, ist nicht erfindlich.

In seinem Urteil vom 9.7.1998¹²¹ führte der *VerfGH NRW* aus, dass die aus dem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden und Gemeindeverbände (Art. 78 LVerf NRW) abzuleitende Finanzausstattungsgarantie verletzt ist, wenn einer sinnvollen Betätigung der Selbstverwaltung die finanzielle Grundlage entzogen und dadurch das Selbstverwaltungsrecht ausgehöhlt wird¹²². Davon, dass das hiernach verfassungsrechtlich geforderte Minimum an kommunaler Finanzausstattung unter dem Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Landes stehe, also unter

¹¹⁶ S. oben Fn. 109.

¹¹⁷ *Henneke* (oben Fn. 3), Art. 28 Rn. 130.

¹¹⁸ Dazu bereits *Papier*, BayVBl. 1994, 737 (742); *Schoch* (oben Fn. 3), S. 147.

¹¹⁹ *VerfGH NRW*, NVwZ 1994, 68 (69).

¹²⁰ S. oben bei Fn. 111.

¹²¹ *VerfGH NRW*, Urteil v. 9.7.1998 – 16/96, 7/97 –, juris, Rn. 57 f.

¹²² In diesem Sinne bereits *VerfGH NRW*, NVwZ-RR 1989, 493 (494), mit dem Hinweis darauf, dass die Selbstverwaltung ohne eine finanzielle Mindestausstattung nicht sinnvoll wahrgenommen werden kann und unter Bezugnahme auf *VerfGH NRW*, OVGE 38, 312 (315); *StGH BW*, ESVGH 22, 202 (206). Ebenso *VerfGH NRW*, NVwZ 1994, 68 (68); NVwZ-RR 2003, 612 (612); Beschluss v. 13.1.2004 – 16/02 –, juris, Rn. 72.

Aushöhlung der Selbstverwaltung unterschritten werden dürfte, war nicht die Rede¹²³. Die weiteren Ausführungen zu der wesentlichen Bedeutung, die der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Landes wegen der Einbindung der Gemeinden in das gesamtwirtschaftliche Gefüge der öffentlichen Haushalte zukomme, und dazu, dass die Finanzausstattung der Gemeinden nicht losgelöst von der finanziellen Lage des Landes festgesetzt werden könne¹²⁴, sind völlig richtig im Hinblick auf die über die Mindestausstattung hinausgehende angemessene Finanzausstattung der Kommunen und damit letztlich die Höhe der kommunalen Finanzausstattung überhaupt. Sie stehen aber einem Verständnis nicht entgegen, nach dem die kommunale Finanzausstattung mindestens die Höhe erreichen muss, die erforderlich ist, um eine sinnvolle Betätigung der Selbstverwaltung überhaupt zu ermöglichen und das Selbstverwaltungsrecht nicht auszuhöhlen.

Außerdem brachte der *VerfGH NRW* in diesem Urteil zum Ausdruck, dass sich der den Gemeinden verbleibende Spielraum für die freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben bei sehr knappen finanziellen Möglichkeiten des Landes auf ein Minimum reduzieren könne¹²⁵. Das trifft zu, aber damit ist auch anerkannt, dass den Gemeinden ein Minimum an finanziellem Spielraum für freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben bleiben muss.

In seinen Urteilen zur Berücksichtigung der Stationierungsstreitkräfte als Einwohner und zur Finanzierungsbeteiligung der nordrhein-westfälischen Kommunen an den Lasten der Deutschen Einheit bejahte der *VerfGH* uneingeschränkt die Notwendigkeit einer finanziellen Mindestausstattung. Es heißt dort im Hinblick auf die Grenze, welche die Finanzausstattungsgarantie des Art. 78 LVf NRW dem Finanzausgleichssetzgeber setze:

„Aus der Funktion des Finanzausgleichs, die finanzielle Grundlage der gemeindlichen Selbstverwaltung zu sichern, folgt, dass die für eine eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung durch die Kommunen erforderliche finanzielle Mindestausstattung gewährleistet sein muss. Dementsprechend ist die Finanzausstattungsgarantie verletzt, wenn einer sinnvollen Betätigung der Selbstverwaltung die finanzielle Grundlage entzogen und dadurch das Selbstverwaltungsrecht ausgehöhlt wird [Es folgen Zitate]. Im Übrigen legen Art. 78 und 79 LV den Umfang der Mittel nicht fest, die den Gemeinden auf Grund des Finanzausgleichs zur freien Disposition gestellt werden müssen; weder sind zahlenmäßig festgelegte Beträge noch bestimmte Quoten vorgeschrieben [Es folgen Zitate]“¹²⁶.

Dass die finanzielle Mindestausstattung aus welchen Gründen auch immer unterschritten werden dürfte, ist diesen Formulierungen nicht zu entnehmen¹²⁷. Es ist auch nicht sinnvoll vorstellbar. Denn damit würde nach den eigenen Worten des *VerfGH NRW* einer sinnvollen Betätigung der Selbstverwaltung die finanzielle Grundlage entzogen und dadurch das Selbstverwaltungsrecht ausgehöhlt. Woraus ein Recht des Landes zu entnehmen sein sollte, einer sinnvollen Betätigung der Selbstverwaltung die finanzielle Grundlage zu entziehen und

¹²³ Das gilt etwa auch für *VerfGH NRW*, NVwZ-RR 1989, 493; NVwZ 1994, 68 (68); NVwZ-RR 2003, 612 (612); Beschluss v. 13.1.2004 – 16/02 –, juris, Rn. 72 (der freilich am ehesten dahingehend missverstanden werden kann, dass selbst die Mindestausstattung unter dem Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Landes steht; so denn auch Löwer, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 28 Rn. 102).

¹²⁴ In diesem Sinne auch *VerfGH NRW*, NVwZ-RR 1989, 493 (494); Urteil v. 1.12.1998 – 5/97 –, juris, Rn. 33; Beschluss v. 13.1.2004 – 16/02 –, juris, Rn. 72.

¹²⁵ *VerfGH NRW*, Urteil v. 9.7.1998 – 16/96, 7/97 –, juris, Rn. 74 unter Bezugnahme auf *BayVerfGH*, BayVBl. 1997, 303 (304 f.) und *NdsStGH*, DVBl 1995, 1175 (1177). Ebenso *VerfGH NRW*, Urteil v. 1.12.1998 – 5/97 –, juris, Rn. 49.

¹²⁶ *VerfGH NRW*, NVwZ-RR 2003, 612 (612); Urteil v. 11.12.2007 – 10/06 –, juris, Rn. 48.

¹²⁷ Sehr viel kritischer als hier Henneke, Die Kommunen (oben Fn. 52), S. 357 ff. Anders auch Schönenbroicher, in: Heusch/ Schönenbroicher (oben Fn. 35), Art. 78 Fn. 110, der offenbar schon aufgrund der damaligen Rechtsprechung des *VerfGH NRW* davon ausgeht, dass die Gewährleistung der finanziellen Mindestausstattung nach der Rechtsprechung des *VerfGH NRW* im Gegensatz zu der des *ThürVerfGH* unter dem Vorbehalt der Leistungskraft des Landes stehe. Grawert (oben Fn. 112), Art. 78 Erl. 9, Art. 79 Erl. 3, legt anscheinend ebenfalls bereits aufgrund dieser Rechtsprechung pauschal einen Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Landes zugrunde.

damit das Selbstverwaltungsrecht auszuhöhlen, ist nicht erkennbar. Eine verfassungsrechtliche Ermächtigung hierzu ist weder der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen noch erst recht dem Grundgesetz zu entnehmen.

Bemerkenswerterweise heißt es in der zitierten Passage des Urteils des *VerfGH NRW* auch, dass Art. 78 und 79 LVerf NRW „im Übrigen“ den Umfang der Mittel nicht festlegten, die den Gemeinden auf Grund des Finanzausgleichs zur freien Disposition gestellt werden müssen. „Im Übrigen“ bedeutet offenbar: „über die zuvor erörterte Mindestausstattung hinaus“. Zugleich geht dieser Satz davon aus, dass den Gemeinden über die finanzielle Mindestausstattung hinaus Mittel zur freien Disposition zur Verfügung gestellt werden müssen. Das entspricht der Linie des *BVerfG*, das zwischen der Mindestausstattung und der angemessenen Ausstattung der Kommunen unterscheidet. Auf die angemessene Finanzausstattung trifft denn auch zu, dass Art. 78 und 79 LVerf NRW weder in zahlenmäßig festgelegten Beträgen noch bestimmten Quoten den Umfang der den Kommunen zur freien Disposition zu stellenden Mittel festlegen. Das schließt freilich nicht aus, dass auch für die angemessene Ausstattung der Kommunen bestimmte verfassungsrechtliche Vorgaben gelten¹²⁸.

Auffällig ist es allerdings, dass der *VerfGH NRW* gelegentlich nur die Mindestausstattung der Kommunen als rechtlich verbindlich anzusehen schien, nicht aber die an der Leistungsfähigkeit des Landes orientierte darüber hinausgehende angemessene Finanzausstattung. So heißt es in seinem Urteil vom 1.12.1998:

„Das Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände auf Selbstverwaltung (Art. 78 LV) umfaßt einen gegen das Land gerichteten Anspruch auf angemessene Finanzausstattung; denn eigenverantwortliches Handeln setzt eine entsprechende finanzielle Leistungsfähigkeit der Selbstverwaltungskörperschaften voraus. Verletzt ist die Finanzausstattungsgarantie, wenn einer sinnvollen Betätigung der Selbstverwaltung die finanzielle Grundlage entzogen und dadurch das Selbstverwaltungsrecht ausgehöhlt wird“.¹²⁹

Der hierdurch erweckte Eindruck, dass die Finanzausstattungsgarantie nur durch eine Verletzung der Pflicht des Landes zur Mindestausstattung der Kommunen verletzt werden kann – und nicht auch durch eine Verletzung der Pflicht zu einer darüber hinausgehenden leistungsfähigkeitsabhängigen angemessenen Finanzausstattung der Kommunen –, ist nicht damit vereinbar, dass der *VerfGH NRW* eine Pflicht des Landes zu einer leistungsfähigkeitsabhängigen angemessenen Finanzausstattung der Kommunen annahm und annimmt.

4.1.2 Die Urteile des *VerfGH NRW* vom 19.7.2011 und 6.5.2014

Mit seinen Urteilen vom 19.7.2011 und 6.5.2014¹³⁰ hat der *VerfGH NRW* seine bisherige Rechtsprechung verlassen. Manche den Eindruck von Kontinuität erweckende Passagen in den Gründen ändern nichts daran, dass es sich, ob beabsichtigt oder nicht, um einen gravierenden Bruch mit der bisherigen Urteilspraxis des *VerfGH* handelt.

Zunächst knüpft der *VerfGH* in seinen Formulierungen durchaus an die Linie seiner jahrzehntelangen früheren Rechtsprechung an: Das Recht der Gemeinden und Gemeinde-

¹²⁸ Das wird schon an *VerfGH NRW*, Urteil v. 11.12.2007 – 10/06 –, juris, Rn. 50 ff., deutlich. Dazu, auf die Leistungsfähigkeit des Landes einzugehen, hatte der *VerfGH* in Anbetracht des Streitgegenstandes, der diesem Urteil zugrunde lag, keine Veranlassung. Vgl. dazu, dass der Gesetzgeber bei der kommunalen Finanzausstattung bestimmte Vorgaben beachten muss, auch wenn sich aus der maßgeblichen Verfassungsbestimmung keine Ansprüche in einer bestimmten Höhe ergeben, *NdsStGH*, NVwZ-RR 1998, 529 (532).

¹²⁹ *VerfGH NRW*, Urteil v. 1.12.1998 – 5/97 –, juris, Rn. 32 ff. Ähnlich *VerfGH NRW*, Urteil v. 19.7.2011 – 32/08 –, juris, Rn. 55 ff.

¹³⁰ *VerfGH NRW*, Urteil v. 19.7.2011 – 32/08 –, juris; Urteil v. 6.5.2014 – 9/12 –, juris.

verbände auf Selbstverwaltung (Art. 78 LVerf NRW) umfasse auch einen gegen das Land gerichteten Anspruch auf angemessene Finanzausstattung. Die für eine eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung erforderliche Mindestausstattung müsse gewährleistet sein. Verletzt sei die Finanzausstattungsgarantie im Ergebnis, wenn einer sinnvollen Betätigung der Selbstverwaltung die finanzielle Grundlage entzogen und dadurch das Selbstverwaltungsrecht ausgehöhlt werde¹³¹.

Dann wendet der *VerfGH* aber unvermittelt den Leistungsfähigkeitsvorbehalt des Art. 79 Satz 2 LVerf NRW, wonach das Land zur Gewährleistung eines übergemeindlichen Finanzausgleichs (der *VerfGH* ergänzt: nur) im Rahmen seiner finanziellen Leistungsfähigkeit verpflichtet ist, auch auf die Mindestausstattung der Kommunen an¹³². Dementsprechend, führt er aus, sei auch eine Mindestfinanzausstattung der Kommunen im Sinne einer „absoluten“ Untergrenze, die selbst bei einer extremen finanziellen Notlage des Landes nicht unterschritten werden dürfte, verfassungsrechtlich nicht verankert. So könne sich, ergänzt der *VerfGH NRW* in seinem Urteil vom 6.5.2014¹³³, der den Gemeinden verbleibende Spielraum für die freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben bei sehr knappen finanziellen Möglichkeiten des Landes auf ein Minimum reduzieren – womit entgegen früheren Entscheidungen, die diese Formulierung benutzten, allerdings gerade kein Minimum, nämlich eben kein Mindestspielraum für freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben, gemeint ist, sondern, wie die folgenden Ausführungen zeigen, der völlige Verlust der Möglichkeit, freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen und selbst die Unterfinanzierung von Pflichtaufgaben.

Zur Untermauerung der gerade getroffenen Feststellung wird im selben Absatz des Urteils des *VerfGH NRW* vom 6.5.2014 hinzugefügt, dass weder die Höhe einer insgesamt angemessenen Finanzausgleichsmasse noch die der verfassungsrechtlich gesicherten Mindestfinanzausstattung nachrechenbar bestimmbar sei – was allerdings wohl auch noch niemand behauptet hat. Die nahezu einhellige Rechtsprechung der Verfassungsgerichte der Länder gehe gleichfalls davon aus, dass – außerhalb konnexitätsrelevanter Bereiche – kommunale Finanzausweisungen von der Leistungsfähigkeit des Landes abhingen und die grundsätzlich anerkannte Mindestfinanzausstattung der Kommunen nicht absolut bestimmbar sei. Aber was soll dieses Argument bringen? Dass die Finanzausweisungen des Landes grundsätzlich, nämlich, soweit es nicht um die Mindestausstattung der Kommunen geht, von der Leistungsfähigkeit des Landes abhängen, ist ebenso selbstverständlich wie – im Hinblick auf unterschiedliche vertretbare Berechnungsmöglichkeiten und die daraus resultierende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers – die Feststellung, dass die Mindestausstattung der Kommunen – verfassungsgerichtlich – nicht absolut oder, wie es später heißt, betragsmäßig bestimmbar ist. Anhand der zur Bemessung der Mindestausstattung verwendeten Kriterien lässt sich gleichwohl feststellen, ob die verfassungsmäßige Mindestausstattung gewährleistet ist oder nicht. Zur Begründung der Ansicht, dass die Mindestfinanzausstattung der Kommunen keine Mindestfinanzausstattung sei, sondern unterschritten werden dürfe, tragen diese Darlegungen nichts bei. Falls der *VerfGH* mit der mangelnden absoluten Bestimmbarkeit der Mindestfinanzausstattung indessen, wie im folgenden Absatz seiner Gründe, gemeint haben sollte, dass die verfassungsrechtlich verbürgte Mindestfinanzausstattung der Kommunen unter dem Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Landes stehe, ist nicht ersichtlich, wie sich diese Auffassung vertretbar sollte begründen lassen.

¹³¹ *VerfGH NRW*, Urteil v. 19.7.2011 – 32/08 –, juris, Rn. 55; Urteil v. 6.5.2014 – 9/12 –, juris, Rn. 33.

¹³² *VerfGH NRW*, Urteil v. 19.7.2011 – 32/08 –, juris, Rn. 56 f.; Urteil v. 6.5.2014 – 9/12 –, juris, Rn. 54. Ebenso oder ähnlich *Schönenbroicher*, in: Heusch/ Schönenbroicher (oben Fn. 35), Art. 78 Rn. 22, und *Söbbeke*, ebd., Art. 79 Rn. 1, 28, jeweils ohne Beachtung des Widerspruchs, der in der Anerkennung einer absoluten Untergrenze der kommunalen Finanzausstattung und ihrer Relativierung durch die Leistungsfähigkeit des Landes liegt; *Brems* (oben Fn. 21), S. 96 f., 226 m. w. Nachw., aber Argumenten, die nicht auf die finanzielle Mindestausstattung, sondern nur auf die angemessene Finanzausstattung Anwendung finden können.

¹³³ *VerfGH NRW*, Urteil v. 6.5.2014 – 9/12 –, juris, Rn. 54.

Nach Art. 79 Satz 2 LVerf NRW ist das Land verpflichtet, im Rahmen seiner finanziellen Leistungsfähigkeit einen übergemeindlichen Finanzausgleich zu gewährleisten. Diese Regelung bezieht sich nur auf den Finanzausgleich. Eine Einschränkung des aus Art. 78 folgenden Finanzausstattungsanspruchs kann sie deshalb überhaupt nicht darstellen. Das hindert den *VerfGH NRW* aber nicht, an die Wiedergabe des Art. 79 Satz 2 Halbs. 2 LVerf NRW den Satz anzuschließen: „Dementsprechend ist auch eine Mindestfinanzausstattung der Kommunen im Sinne einer ‚absoluten‘ Untergrenze [...] verfassungsrechtlich nicht verankert“¹³⁴. Wieso der in Art. 79 LVerf NRW ausdrücklich auf den Finanzausgleich bezogene Leistungsfähigkeitsvorbehalt auch für die aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW abgeleitete Mindestausstattungsgarantie gelten soll, bleibt – außer durch das Wort „dementsprechend“, das allenfalls darauf hindeutet, dass die Voraussetzungen einer entsprechenden Anwendung gegeben seien – unbegründet. Es lässt sich auch nicht begründen. Sowohl eine direkte als auch eine entsprechende Anwendung des Leistungsfähigkeitsvorbehalts auf die Garantie einer Mindestausstattung der Kommunen ist ausgeschlossen. Diese Mindestausstattungsgarantie kann, wie dargelegt¹³⁵, nicht nur durch den Finanzausgleich, sondern auch durch vielfältige andere Maßnahmen erfüllt werden, für welche es auf die Leistungsfähigkeit des Landes überhaupt nicht ankommen kann. Entscheidet sich das Land beispielsweise für eine Entlastung der Kommunen durch die Streichung von Pflichtaufgaben oder die Reduzierung von Standards der Aufgabenerfüllung, dann muss das keinerlei finanzielle Belastung für das Land zur Folge zu haben. Wenn es aber solche Maßnahmen zur Herstellung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen gibt, die den Landeshaushalt nicht belasten, ist es ausgeschlossen, sie oder die verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Sicherung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen von der finanziellen Leistungsfähigkeit des Landes abhängig zu machen.

Der Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Landes kann sich danach nur auf die Verpflichtung des Landes zum Finanzausgleich nach Art. 79 Satz 2 LVerf NRW beziehen. Weist das Land, hierauf gestützt, Finanzausgleichsforderungen der Kommunen zurück, so muss es sich im Klaren darüber sein, dass es damit nicht seiner Verpflichtung zur Sicherung der Mindestfinanzausstattung der Kommunen ledig ist. Erfüllt es diese Verpflichtung nicht mit Finanzausgleichsleistungen, so muss es sie auf andere Weise erfüllen.

Allerdings werden Finanzausgleichsleistungen zumeist das am besten geeignete Mittel zur Herstellung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen sein. In einer Situation, in der den Kommunen nicht einmal ihre existentielle finanzielle Mindestausstattung zur Verfügung steht, ist schnelle Abhilfe geboten. Sie ist umso wichtiger, als rückwirkende Veränderungen der Finanzausstattung eine geordnete Finanz- und Haushaltswirtschaft vor erhebliche Probleme stellen können¹³⁶. Zur schnellen Verbesserung der Finanzsituation der Kommunen ist am ehesten der kommunale Finanzausgleich geeignet, über den ohnehin jährlich neu zu entscheiden ist¹³⁷. Die Entscheidung für andere Wege zur Herbeiführung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen – neue Ertragsmöglichkeiten, Entlastung von Aufgaben und Lockerung von Standards – verlangt wegen deren oft komplexeren Folgewirkungen und umfangreicheren Abstimmungsbedarfs (unter Umständen mit dem Bund) sowie ggf. erforderlicher Übergangsfristen bei ihrer Realisierung zumeist einen größeren Zeitaufwand. Solche anderen Mittel zur Herbeiführung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen sind ihrem Sinne nach auch eher auf Dauer angelegt und deshalb zur Behebung temporär wechselnder kommunaler Finanzprobleme weniger geeignet als die flexibleren Finanzausgleichsleistungen. Ein häufiger Wechsel kommunaler Pflichtaufgaben und der dabei

¹³⁴ *VerfGH NRW*, Urteil v. 6.5.2014 – 9/12 –, juris, Rn. 54.

¹³⁵ S. oben bei Fn. 117.

¹³⁶ Vgl. *VerfGH RhPf*, NVwZ 2012, 1034 (1042); *HessStGH*, NVwZ 2013, 1151 (1156).

¹³⁷ Nach *Rennert*, in: Umbach/Clemens (oben Fn. 52), Art. 28 Rn. 181 m. w. Nachw., ist der kommunale Finanzausgleich der Länder erstes und prinzipiell zureichendes Instrument zur Herstellung der verfassungsgebotenen insgesamt angemessenen Finanzausstattung.

etwa zu befolgenden Standards widerspricht dem Charakter dieser Aufgaben und stellt sowohl die damit befassten Kommunen wie deren Einwohner vor Probleme.

Art. 79 Satz 2 Halbs. 2 LVerf NRW trägt diesen Umständen Rechnung, indem er lediglich die *Verpflichtung* des Landes zur Gewährung eines übergemeindlichen Finanzausgleichs auf den „Rahmen seiner finanziellen Leistungsfähigkeit“ begrenzt. Das Recht, Finanzausgleichsleistungen auch jenseits dieses Rahmens zu erbringen, was, wie dargelegt, zur Sicherung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen durchaus sinnvoll sein kann, wird dem Land dadurch nicht genommen.

Eine Verpflichtung des Landes und ein entsprechender Anspruch der Kommunen darauf, die finanzielle Mindestausstattung gerade durch Finanzausgleichsleistungen herzustellen, ist hingegen auch dem aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW folgenden Anspruch auf finanzielle Mindestausstattung, der auf unterschiedlichen Wegen erfüllt werden kann, grundsätzlich nicht zu entnehmen. Wegen der genannten Nachteile dieser anderen Wege gegenüber Finanzausgleichsleistungen kann es im Einzelfall allerdings leicht dazu kommen, dass nur Finanzausgleichsleistungen als zur Erfüllung der Mindestausstattungspflicht des Landes geeignet qualifiziert werden können. Dann verengt sich der Mindestausstattungsanspruch der Kommunen auf einen Anspruch auf entsprechende Finanzausgleichsleistungen. Dass Art. 79 Satz 2 Halbs. 2 LVerf NRW eine Verpflichtung des Landes zu Finanzausgleichsleistungen nur im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Landes vorsieht, steht dem nicht entgegen. Denn der im Einzelfall bestehende Anspruch auf Finanzausgleichsleistungen, um den es hier geht, wird nicht auf Art. 79 Satz 2 Halbs. 2 LVerf NRW gestützt, sondern folgt aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW. Darauf, dass Art. 79 Satz 2 Halbs. 2 LVerf leistungsfähigkeitsunabhängige Finanzausgleichsleistungen nicht generell verbietet, ist bereits hingewiesen worden. Dafür, dass er einer aus einer anderen Norm folgenden Verpflichtung hierzu entgegenstünde, gibt es keine Anhaltspunkte. Eine solche Annahme wäre auch mit einer systematischen Interpretation unvereinbar. Art. 79 LVerf NRW als Ausprägung und Konkretisierung der in Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW verankerten Garantie einer angemessenen kommunalen Finanzausstattung muss im Lichte der Grundsatznorm des Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW interpretiert werden, also dahingehend, dass er der Grundentscheidung des Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW nicht zuwiderläuft. Eine solche Interpretation des Art. 79 Satz Halbs. 2 LVerf NRW ist auch abgesehen davon, dass er Normen, die unter besonderen Umständen (Unterschreiten der finanziellen Mindestausstattung) zu leistungsunabhängigen Finanzausgleichsleistungen verpflichten, von vornherein nicht entgegensteht, unschwer möglich. Mit der Bezugnahme auf die finanzielle Leistungsfähigkeit des Landes stellt er auf den Normalfall einer angemessenen Finanzausstattung der Kommunen ab, für den die Leistungsfähigkeit des Landes ein wichtiger Maßstab ist. Es ist nicht ersichtlich, dass er auch den Sonderfall, der ein absoluter Ausnahmefall sein sollte, regelt, in dem Kommunen nicht einmal über die verfassungsrechtlich gebotene Mindestausstattung verfügen. Zumindest lässt er Raum für eine Sonderregelung, die das Land in diesem Fall unabhängig von seiner finanziellen Leistungsfähigkeit zu Finanzausgleichsleistungen verpflichtet.

In solchen Fällen, in denen staatliche Finanzausgleichsleistungen das einzige geeignete Mittel zur Herstellung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen sind, bleibt dem Verfassungsgericht damit auch eine sonst nur schwer lösbare, aber durch die Formulierung des Art. 79 Satz 2 Halbs. 2 LVerf NRW gestellte Aufgabe erspart. Würde es einen Anspruch der Kommunen auf zusätzliche Finanzausgleichsleistungen, auch dann, wenn es um deren Mindestausstattung geht, nur bei Leistungsfähigkeit des Landes anerkennen, müsste es jeweils den Punkt ermitteln, an dem die Leistungsfähigkeit des Landes beginnt bzw. aufhört. Denn nur oberhalb dieser Schwelle könnten die Kommunen einen Anspruch auf zusätzliche Finanzausgleichsleistungen haben, unterhalb bliebe ihnen nur, aber immerhin der Anspruch auf Sicherung ihrer Mindestausstattung, bei dem das Land aber über die Art und Weise seiner Erfüllung entschiede. Besteht im Einzelfall jedenfalls ein Anspruch der Kommunen auf

zusätzliche Finanzausgleichsleistungen, kommt es auf die Leistungsfähigkeit des Landes nicht mehr an.

Dass die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 78 LVerf NRW eine kommunale Mindestfinanzausstattungsgarantie enthält, verschwindet in der Rechtsprechung des *VerfGH NRW* inzwischen hinter der zentralen Stellung, die der *VerfGH* jetzt dem Leistungsfähigkeitsvorbehalt des Art. 79 LVerf zuweist. Die Rechtsprechung des *VerfGH NRW*, nach der die Finanzierungsvorschriften der Landesverfassung Konkretisierungen des Selbstverwaltungsrechts darstellen und deshalb aus dem Inhalt und den Grenzen des Selbstverwaltungsrechts heraus zu interpretieren sind¹³⁸, scheint in der neueren Rechtsprechung des *VerfGH NRW* vergessen. Ihre naheliegende Konsequenz, dass Art. 79 LVerf NRW im Lichte der eine ungekürzte finanzielle Mindestausstattung fordernden kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW auszulegen ist, findet keine Erwähnung.

Das ähnelt der vergleichbar defizitären Argumentation des *NdsStGH*, der darauf abstellt, dass nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 58 NdsVerf über den übergemeindlichen Finanzausgleich im Rahmen der finanziellen Leistungsfähigkeit des Landes der Anspruch der Kommunen auf Gewährung der für die Aufgabenwahrnehmung erforderlichen finanziellen Mittel durch das Land unter dem Vorbehalt von dessen Leistungsfähigkeit steht¹³⁹. Die kurz zuvor¹⁴⁰ noch für angezeigt gehaltene systematische Auslegung des Art. 58 NdsVerf im Zusammenhang mit der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 57 Abs. 1, 3 NdsVerf bleibt hier auf Kosten der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ausgeblendet.

Als die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 78 LVerf NRW vom *VerfGH NRW* in seinen neueren Entscheidungen denn doch noch einmal erwähnt wird, geschieht das nur in einem unauflösbaren Widerspruch: Auch wenn die Gewährleistung einer landesverfassungsrechtlich anerkannten finanziellen Mindestausstattung zum unantastbaren Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung gehöre, führe die Anerkennung einer absoluten, ausschließlich nach den Erfordernissen der kommunalen Selbstverwaltung bemessenen Mindestfinanzausstattung bei knapper Haushaltslage zu einer verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten einseitigen Begünstigung kommunaler Belange gegenüber anderen, gleichwertigen Gütern wie etwa der inneren Sicherheit, dem Bildungswesen oder der Justizgewährung¹⁴¹. Wieso nicht gerade Art. 78 LVerf NRW die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dafür bietet, dass bei knapper Haushaltslage die Funktionsfähigkeit der Gemeinden und Gemeindeverbände aufrechterhalten werden muss – auch wenn das zu Abstrichen bei der Finanzierung der inneren Sicherheit, des Bildungswesens oder der Justizgewährung führen sollte –, bleibt ungeprüft und unbeantwortet. Dass auf der anderen Seite die innere Sicherheit, das Bildungswesen oder die Justizgewährung unabhängig von ihrem möglicherweise bereits hohen Niveau verfassungsrechtlich gleichwertig sein sollen mit der Vermeidung der Funktionsunfähigkeit der kommunalen Selbstverwaltung, bleibt bloße Behauptung.

Unklar und widersprüchlich bleibt schließlich, unter welchen Voraussetzungen die Mindestfinanzausstattung der Kommunen nach Auffassung des *VerfGH NRW* soll unterschritten werden dürfen, was der *VerfGH NRW* also unter dem Leistungsfähigkeitsvorbehalt in diesem Zusammenhang versteht. Zunächst erklärt der *VerfGH*, dass eine Mindestfinanzausstattung der Kommunen im Sinne einer „absoluten“ Untergrenze, die selbst bei einer extremen finanziellen Notlage des Landes nicht unterschritten werden dürfte, verfassungsrechtlich nicht

¹³⁸ *VerfGH NRW*, Urteil v. 15.2.1985 – 17/83 –, juris, Rn. 2 ff.; Urteil v. 15.2.1985 – 18/83 –, juris, Rn. 25 ff.; Urteil v. 15.2.1985 – 19/83 –, juris, Orientierungssatz 3. Dazu *Brems* (oben Fn. 21), S. 222. S. auch oben Fn. 109.

¹³⁹ *NdsStGH*, Urteil v. 7.3.2008 – 2/05 –, juris, Rn. 59.

¹⁴⁰ Rn. 57.

¹⁴¹ *VerfGH NRW*, Urteil v. 6.5.2014 – 9/12 –, juris, Rn. 55. S. aber auch schon Urteil v. 19.7.2011 – 32/08 –, juris, Rn. 56 f.

verankert sei¹⁴². Wenig später hält er aber in seinem Urteil vom 6.5.2014 die Anerkennung einer absoluten, ausschließlich nach den Erfordernissen der kommunalen Selbstverwaltung bemessenen Mindestfinanzausstattung schon bei knapper Haushaltslage für verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt¹⁴³. Zwischen einer knappen Haushaltslage und einer extremen finanziellen Notlage des Landes liegen indessen Welten. Dementsprechend hat das *BVerwG* es für ausgeschlossen erklärt, eine strukturelle Unterfinanzierung der Gemeinden mit Hinweis darauf zu rechtfertigen, dass auch die Haushaltslage des Landes notleidend ist. Andererseits hat das *BVerwG* offengelassen, ob anderes gelten könne, wenn das Land selbst unter Ausschöpfung aller eigenen Steuerquellen und unter möglicher Verminderung ausgabenenträchtiger öffentlicher Aufgaben des Landes und der Kommunen zur Erfüllung dieser verfassungsrechtlichen Mindestpflicht außerstande wäre; eine solche Lage sei nicht erkennbar.¹⁴⁴

Die Äußerung des *VerfGH NRW*, dass Art. 28 Abs. 2 GG keine von der Leistungsfähigkeit des Landes unabhängige Mindestfinanzausstattung der Kommunen verlange, geht fehl. Sie ist argumentativ nicht haltbar¹⁴⁵ und widerspricht der Rechtsprechung des *BVerwG*¹⁴⁶. Die Berufung darauf, dass nahezu sämtliche Bundesländer in ihrem Verfassungsrecht die kommunalen Finanzausstattungen unter einen Finanzierungsvorbehalt stellten, der verhindere, dass in Zeiten knapper Finanzen anstelle einer gleichmäßigen Verteilung des Defizits einseitig das Land betroffen werde, wird – abgesehen davon, dass sie nicht stimmt¹⁴⁷ – durch die unzulässige Übertragung einer Einschränkung von Finanzausgleichsleistungen auf die aus der Selbstverwaltungsgarantie folgende Mindestfinanzausstattungsgarantie und dadurch entwertet, dass der Finanzierungsvorbehalt zwar grundsätzlich für die angemessene Finanzausstattung der Kommunen, nicht aber für deren Mindestfinanzausstattung relevant ist.

Unter demselben Mangel leidet die Stellungnahme des *VerfGH* zu dem Urteil des *BVerwG*, nach dem den Gemeinden eine verfassungsfeste und einer weiteren Relativierung nicht zugängliche finanzielle Mindestausstattung zusteht¹⁴⁸. Der *VerfGH* hält dem entgegen, nach der Verfassungsrechtslage in Nordrhein-Westfalen sei diese Judikatur in Ansehung des Wortlauts von Art. 79 Satz 2 LVerf NRW jedenfalls nicht zutreffend. Die Befugnis des Landesgesetzgebers, in Art. 79 Satz 2 LVerf NRW die Pflicht des Landes zur Gewährleistung einer Mindestfinanzausstattung der Kommunen von der Leistungsfähigkeit des Landes abhängig zu machen – wobei der *VerfGH* die Finanzausstattung mit dem in Art. 97 Satz 2 LVerf NRW allein geregelten Finanzausgleich verwechselt –, sei mit Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar. Als Begründung dafür wird nicht mehr angeführt, als dass Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG lediglich besage, dass den Gemeinden in den Ländern das Recht gewährleistet werde, ihre Selbstverwaltungsangelegenheiten im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Dass aus dem knappen Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG eine Fülle verfassungsrechtlicher Folgerungen entnommen wird, die auch die Finanzausstattung der Kommunen betreffen, wird ausgeblendet. Über Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW, dem der *VerfGH NRW* bislang den Anspruch der Kommunen auf eine finanzielle Mindestausstattung entnommen hat, wird kein Wort mehr verloren. Stattdessen beruft sich der *VerfGH NRW* darauf, dass außer ihm auch zahlreiche andere Landesverfassungsgerichte klargestellt hätten, dass sich Inhalt und Umfang einer angemessenen Finanzausstattung nicht ausschließlich nach den Erfordernis-

¹⁴² *VerfGH NRW*, Urteil v. 19.7.2011 – 32/08 –, juris, Rn. 57; Urteil v. 6.5.2014 – 9/12 –, juris, Rn. 54. Auf den Fall einer extremen finanziellen Notlage des Landes stellt auch *NdsStGH*, Urteil v. 7.3.2008 – 2/05 –, juris, Rn. 61, ab.

¹⁴³ *VerfGH NRW*, Urteil v. 6.5.2014 – 9/12 –, juris, Rn. 55. *Groh*, LKV 2010, 1 (8), befürchtet, dass nach Umsetzung der Schuldenbremse des Art. 109 Abs. 3 GG in den Ländern die Grenze der Leistungsfähigkeit der Länder schnell als erreicht angesehen werde mit der Folge, dass die Kommunen, vor allem die finanzschwächeren unter ihnen, die Auswirkungen der Schuldenbremse zu tragen hätten.

¹⁴⁴ *BVerwGE* 145, 378 (385 f., Rn. 22).

¹⁴⁵ S. oben 3.4.

¹⁴⁶ *BVerwGE* 145, 378 (385, Rn. 22).

¹⁴⁷ Dazu unten Fn. 155 ff.

¹⁴⁸ *BVerwGE* 145, 378 (385, Rn. 22).

sen der kommunalen Selbstverwaltung richteten, sondern nur unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Belange des im Finanzverbund mit den Kommunen stehenden Landes bestimmt werden könnten.¹⁴⁹ Auch hier verkennt der *VerfGH* jedoch, dass es sich bei der Mindestfinanzausstattung nicht um den Normalfall, sondern um einen Sonderfall der angemessenen Ausstattung handelt. Auf eben diesen Sonderfall hätte er eingehen müssen, wenn er dem Urteil des *BVerwG*, in dem es um diesen Sonderfall der Mindestausstattung ging, etwas Schlüssiges hätte entgegensetzen wollen.

Erst recht nicht verständlich ist es, dass der *VerfGH NRW* es in seinem Urteil vom 6.5.2014 offenbar für völlig unerheblich hält, dass sich seine Interpretation der nordrhein-westfälischen kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in einem wichtigen Punkt, nämlich dem der finanziellen Mindestausstattung der Gemeinden und Gemeindeverbände, von Art 28 Abs. 2 GG, wie ihn das *BVerwG* versteht, unterscheidet¹⁵⁰.

Das gilt umso mehr, als der *VerfGH NRW* davon ausgeht, dass „das Recht auf Selbstverwaltung aus Art. 78, 79 Satz 2“ LVerf NRW verletzt ist, wenn der Landesgesetzgeber bei der Ausgestaltung des kommunalen Finanzausgleichs Maßgaben des Bundesrechts nicht beachtet, die für die kommunale Finanzmittelausstattung bindend sind¹⁵¹. Dies wird aus der Verbindung der kommunalen Finanzausstattungsgarantie mit dem auch kraft Landesverfassungsrechts geltenden Rechtsstaatsprinzip abgeleitet¹⁵². Um eine Kollision mit der bundesstaatlichen Kompetenzordnung (Art. 30, 70 ff. GG) zu vermeiden und mit Rücksicht auf die Bindungswirkung höherrangigen Rechts obliege es dem Landesgesetzgeber, bundesrechtlichen Vorgaben bei seiner Gesetzgebungstätigkeit Rechnung zu tragen¹⁵³.

Zu den elementaren bindenden bundesrechtlichen Maßgaben für die Finanzausstattung der Kommunen gehören die des Grundgesetzes und damit gerade auch die des Art. 28 Abs. 2 GG über die finanzielle Mindestausstattung und die angemessene Finanzausstattung der Gemeinden und Gemeindeverbände. Deren Verletzung verletzt auf der Basis der Rechtsprechung des *VerfGH NRW* zugleich das landesverfassungsrechtliche „Recht auf Selbstverwaltung aus Art. 78, 79 Satz 2“ LVerf NRW. Gegen sie kann demnach selbst dann, wenn die grundgesetzlichen Anforderungen nicht schon unabhängig davon Bestandteil der Art. 78, 79 Satz 2 LVerf NRW sein sollten, nach § 52 Abs. 1 VerfGHG NRW Verfassungsbeschwerde bei dem *VerfGH NRW* erhoben werden.

4.1.3 Die Berufung des *VerfGH NRW* auf andere Landesverfassungsgerichte

Schließlich begegnen die Ausführungen des *VerfGH NRW* auch insoweit erheblichen Bedenken, als der *VerfGH* sich für seine Auffassung, dass die finanzielle Mindestausstattung der Kommunen unter dem Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Landes stehe, auf die „nahezu einhellige“ Rechtsprechung der anderen Landesverfassungsgerichte beruft¹⁵⁴.

Von einer nahezu einhelligen Rechtsprechung der anderen Landesverfassungsgerichte kann schon von vornherein nicht die Rede sein. Nicht nur der vom *VerfGH NRW* allein für eine andere Auffassung zitierte *Thüringer Verfassungsgerichtshof*¹⁵⁵, sondern auch das *Verfas-*

¹⁴⁹ *VerfGH NRW*, Urteil v. 6.5.2014 – 9/12 –, juris, Rn. 58.

¹⁵⁰ *VerfGH NRW*, Urteil v. 6.5.2014 – 9/12 –, juris, Rn. 58.

¹⁵¹ *VerfGH NRW*, Urteil v. 11.12.2007 – 10/06 –, juris, Leitsatz 1; Urteil v. 8.5.2012 – 2/11 –, juris, Rn. 48.

¹⁵² *VerfGH NRW*, Urteil v. 11.12.2007 – 10/06 –, juris, Rn. 50 m. w. Nachw.; Urteil v. 8.5.2012 – 2/11 –, juris, Rn. 48.

¹⁵³ *VerfGH NRW*, Urteil v. 11.12.2007 – 10/06 –, juris, Rn. 51; Urteil v. 8.5.2012 – 2/11 –, juris, Rn. 48.

¹⁵⁴ *VerfGH NRW*, Urteil v. 6.5.2014 – 9/12 –, juris, Rn. 54.

¹⁵⁵ *VerfGH NRW*, Urteil v. 6.5.2014 – 9/12 –, juris, Rn. 54 unter Bezugnahme auf *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (668): „Selbst der Thüringer Verfassungsgerichtshof, der abweichend davon (gemeint ist die nahezu einhellige Rechtsprechung der Verfassungsgerichte der Länder, K.L.) für den Geltungsbereich der Thüringer Landesverfassung eine leistungskraftunabhängige, nicht ‚verhandelbare‘ absolute Untergrenze kommunaler Mindestfinanzausstattung anerkannt hat [...]“.

*sungsgericht Brandenburg*¹⁵⁶ und der *Hessische Staatsgerichtshof*¹⁵⁷ sowie der *Verfassungsgerichtshof Sachsen* in seiner vom *VerfGH NRW* zitierten Entscheidung¹⁵⁸ sind anderer Auffassung¹⁵⁹.

Sodann dürfte es nicht auf ein bloßes Abzählen von Landesverfassungsgerichtsentscheidungen ankommen, sondern auf die Argumente, auf die deren Ergebnisse gestützt sind. Sichtet man diese Argumente, so ergibt sich folgendes Bild:

Die Landesverfassungsgerichte, auf welche der *VerfGH NRW* sich berufen kann, begründen die Abhängigkeit der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen von der Leistungsfähigkeit des Landes vor allem damit, dass die öffentlichen Aufgaben der Kommunen und des Staates prinzipiell gleichwertig seien, so dass sich auch und gerade in Notzeiten kein finanzieller Vorrang der freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben begründen lasse¹⁶⁰. Die prinzipielle Gleichwertigkeit der staatlichen und kommunalen Aufgaben ist zwar ein vernünftiger Gesichtspunkt. Im Grundgesetz und den Landesverfassungen ist er jedoch nicht explizit zum Ausdruck gebracht, so dass für seine normative Herleitung regelmäßig § 24 Abs. 1 Stabilitätsgesetz zitiert wird, der allerdings nur besagt: „Bei Maßnahmen nach den §§ 20 bis 23 ist der Grundsatz der Gleichrangigkeit der Aufgaben von Bund, Ländern und Gemeinden zu beachten“. Das verfassungsrechtliche Gewicht dieses Grundsatzes wird danach nicht so hoch veranschlagt werden können, dass er zur Abänderung ausdrücklicher zwingender Normen des Grundgesetzes wie der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie geeignet ist. Schon gar nicht ist er geeignet, bei einer schwachen Haushaltslage des Landes, die von einer „Notzeit“ weit entfernt ist, die Vorenthaltung der für die verfassungsrechtlich garantierte kommunale Selbstverwaltung unverzichtbaren Mindestausstattung zu rechtfertigen.

Gleiches gilt für den Hinweis darauf, dass es neben dem gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht noch zahlreiche andere, gleichwertige Güter wie z.B. die innere Sicherheit, das Bildungswesen oder die Justizgewährung zu schützen und zu erhalten gelte¹⁶¹. Die zwingende Verfassungsnorm, die durch diese Hinweise in ihrer Reichweite eingeschränkt werden soll, ist wiederum die kommunale Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. 2 GG. Dass sie nicht nur irgendwie, sondern in ihrem Kernbestand, nämlich der für ein Mindestmaß kommunaler Selbstverwaltung unerlässlichen Finanzausstattung geschmälert werden soll, wird durch Formulierungen wie „Der Anspruch der Kommunen auf Sicherstellung einer angemessenen Finanzausstattung ist abhängig von der finanziellen Leistungsfähigkeit des Staates“ und „Die öffentlichen Aufgaben der Kommunen und des Staates sind prinzipiell

¹⁵⁶ *VerfG Bbg*, DVBl 2013, 1180 (1183). Vgl. auch *VerfG Bbg*, NVwZ-RR 2000, 129 (130); Urteil v. 22.11.2007 – 75/05 –, juris, Rn. 116.

¹⁵⁷ *HessStGH*, NVwZ 2013, 1151 (1152).

¹⁵⁸ *SächsVerfGH*, Urteil v. 23.11.2000 – Vf. 53-II-97 –, juris, Rn. 83. *SächsVerfGH*, Beschluss v. 26.8.2010 – Vf. 129-VIII-09, juris, Rn. 128 ff; Beschluss v. 14.8.2012 – Vf. 97-VIII-11 –, juris, Rn. 79, nehmen auf die Leistungsunabhängigkeit der Mindestfinanzausstattung allerdings nicht mehr Bezug, so dass unklar ist, ob die im Urteil v. 23.11.2000, a.a.O., vertretene Begrenzung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers durch den Anspruch der kommunalen Selbstverwaltungsträger auf eine finanzielle Grundausrüstung damit aufgegeben werden sollte.

¹⁵⁹ Dazu oben bei Fn. 87 ff. Die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte von Brandenburg und Sachsen dürfte der *VerfGH NRW* danach zu Unrecht für seine Auffassung in Anspruch genommen haben. Selbst *BayVerfGH*, NVwZ-RR 1998, 601, wird von *Schmitt Glaeser/Horn*, BayVBl. 1999, 353 (356), so interpretiert, dass die neuere Rechtsprechung des *VerfGH NRW* sich nicht auf diese Entscheidung berufen kann, nämlich dahingehend, dass die Mindestausstattung der Kommunen nicht von der staatlichen Leistungsfähigkeit abhängt. *BayVerfGH*, Entscheidung v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05 –, juris, die der *VerfGH NRW* für seine Auffassung reklamiert, distanziert sich nicht von dieser Entscheidung, sondern nimmt sogar mehrfach auf sie Bezug. Gleichwohl wird der Annahme, dass die Mindestausstattung nicht unter dem Vorbehalt der Leistungskraft des Landes stehe, hier unter Rn. 206 eine klare Absage erteilt.

¹⁶⁰ *StGH BW*, Urteil v. 10.5.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 87; *BayVerfGH*, Entscheidung v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05 –, juris, Rn. 204 ff.; *VerfGH RhPf*, NVwZ 2012, 1034 (1035). Vgl. auch *NdsStGH*, Urteil v. 7.3.2008 – 2/05 –, juris, Rn. 61.

¹⁶¹ *BayVerfGH*, Entscheidung v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05 –, juris, Rn. 204; *VerfGH RhPf*, NVwZ 2012, 1034 (1035).

gleichwertig [...], sodass sich auch und gerade in finanziellen Notzeiten kein Vorrang der freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben begründen lässt“¹⁶² heruntergespielt. In Wirklichkeit geht es nämlich nicht nur um die unzweifelhafte und unbestrittene Abhängigkeit des Anspruchs der Kommunen auf Sicherstellung einer angemessenen Finanzausstattung von der Leistungsfähigkeit des Staates, sondern um die Relativierung des Mindestbestands einer angemessenen Finanzausstattung. Und ebenso wenig geht es darum, dass einem – von niemandem vertretenen – allgemeinen Vorrang der freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben eine Absage erteilt werden soll, sondern darum, dass jenes Minimum freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben soll unterbunden werden können, dessen es bedarf, um überhaupt von kommunaler Selbstverwaltung sprechen zu können.

Ein solcher Einbruch in die Verfassung lässt sich auch nicht mit der Äußerung des *StGH BW* und ähnlich des *NdsStGH* rechtfertigen, dass Gemeinden und Gemeindeverbände in das gesamtwirtschaftliche Gefüge der öffentlichen Haushalte eingebunden, in einem allgemeinen Finanzverbund mit Land und Bund zusammengeschlossen seien, weshalb die verfassungsrechtliche Mindestausstattung der Gemeinden und Gemeindeverbände von dem finanziellen Bedarf und der Haushaltslage des Landes sowie von der Aufgaben- und Einnahmenverteilung zwischen Land und Kommunen in dem Sinne abhängt, dass diese im Kollisionsfalle zum Ausgleich gebracht werden müssten¹⁶³. Wieso die Einbindung in das gesamtwirtschaftliche Gefüge der öffentlichen Haushalte und die Einbettung in einen Finanzverbund mit Land und Bund es ausschließen sollen, den Kommunen die Mindestausstattung zu gewährleisten, deren sie zur Wahrnehmung eines Minimums ihrer verfassungsrechtlich vorgegebenen Aufgaben bedürfen, ist unerfindlich. Das gilt umso mehr, als die Mindestausstattung der Kommunen nicht nur durch Finanzzuweisungen gesichert werden kann, sondern etwa auch durch die Reduzierung von Aufgaben oder Standards der Aufgabenerfüllung.

Etwas anders argumentiert das *Verfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern*¹⁶⁴. Es stützt sich zunächst auf die Aussage, dass das finanziell Mögliche eine Grenze für Leistungen des Staates sei, die auch zugunsten der Kommunen nicht überschritten werden könne¹⁶⁵. Dass der Staat die Erfüllung eines gegen ihn bestehenden Anspruchs mit der Begründung verweigern könne, ihm sei das finanziell nicht möglich, ist allerdings eine überraschende Erkenntnis. Im Allgemeinen reicht finanzielles Unvermögen des Schuldners nicht aus, um ihn von einem Anspruch zu befreien. Beim Staat kommt hinzu, dass die Grenze des ihm finanziell Möglichen ziemlich schwer zu erreichen ist. Er müsste sich beispielsweise von anderen kostenverursachenden Maßnahmen nicht trennen können, Steuererhöhungen müssten ausgeschlossen sein. Bestünde der Mindestausstattungsanspruch der Kommunen nur dann nicht, wenn dem Staat seine Erfüllung finanziell nicht möglich ist, so würde er nur in einem kaum vorstellbaren Katastrophenfall entfallen.

Das *VerfG MV* stützt sich aber noch auf eine andere Überlegung. Zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung, der unantastbar gewahrt werden müsse, gehöre das Recht zu eigenverantwortlicher Betätigung in freiwilligen Selbstverwaltungsangelegenheiten. Die tatsächliche Möglichkeit hierzu sei zwar unantastbar, sie müsse eröffnet sein. Der Umfang der die Wahrnehmung von Aufgaben im Kernbereich ermöglichenden Finanzausstattung sei aber – je nach den finanziellen Gegebenheiten – veränderlich¹⁶⁶. Welche Überlegung zu diesem letzten Satz geführt haben kann, erschließt sich indessen nicht. Wenn es verfassungsrechtlich „unantastbar“ geboten ist, dass die Kommunen neben ihren Pflichtaufgaben tatsächlich auch freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben müssen wahrnehmen können, und wenn sie das ohne die Mindestausstattung, zu deren Gewährleistung der Staat verpflichtet

¹⁶² *BayVerfGH*, Entscheidung v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05 –, juris, Rn. 204, 206.

¹⁶³ *StGH BW*, Urteil v. 10.5.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 89; *NdsStGH*, Urteil v. 7.3.2008 – 2/05 –, juris, Rn. 67.

¹⁶⁴ *VerfG MV*, Urteil v. 11.5.2006 – 1/05, 5/05, 9/05 –, juris.

¹⁶⁵ *VerfG MV*, Urteil v. 11.5.2006 – 1/05, 5/05, 9/05 –, juris, Rn. 108.

¹⁶⁶ *VerfG MV*, Urteil v. 11.5.2006 – 1/05, 5/05, 9/05 –, juris, Rn. 109.

ist, nicht können, dann ist unerfindlich, wieso die Mindestausstattung hinter dem danach benötigten Umfang sollte zurückbleiben dürfen.

Der *Niedersächsische Staatsgerichtshof* beruft sich auch auf die Entstehungsgeschichte des Art. 58 NdsVerf¹⁶⁷. Ihr lässt sich aber nur entnehmen, dass der kommunale Finanzausgleich im Allgemeinen, also hinsichtlich der angemessenen Finanzausstattung, an die Leistungsfähigkeit des Landes gebunden sein soll¹⁶⁸. Denn bei der kontrovers beratenen Formulierung des Art. 58 NdsVerf ging es um die Zuweisung der „zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Mittel“ an die Gemeinden und Landkreise und nicht speziell um die Mittel, deren es bedarf, damit Gemeinden und Landkreise das ihnen verfassungsrechtlich garantierte *Mindestmaß* an Aufgaben wahrnehmen können. Dass auch die Mindestausstattung der Kommunen, deren Erforderlichkeit sich bereits aus Art. 57 Abs. 1 NdsVerf ergibt, unter diesem Vorbehalt stehen soll, geht aus den Gesetzesmaterialien nicht hervor.

Außerdem stützt der *NdsStGH* seine Auffassung darauf, dass die Gemeinden nach Art. 57 Abs. 3 NdsVerf nicht nur für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG), sondern in ihrem Gebiet für die gesamten öffentlichen Aufgaben zuständig sind, soweit die Gesetze nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen. Wenn die vom Land bei der Bemessung der Finanzmittel zu bewertenden Aufgaben der Kommunen derart über den von Art. 28 Abs. 2 erfassten Bestand hinausgingen, hätte es eines ausdrücklichen Hinweises in Art. 58 NdsVerf bedurft, dass ein Teilbereich von Aufgaben ohne den Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Landes bei der Finanzausstattung der Kommunen hätte berücksichtigt werden sollen.¹⁶⁹ Dass es einer Mindestausstattung bedarf, die es den Kommunen ermöglicht, ihre Pflichtaufgaben und darüber hinaus ein Minimum an Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen, ergibt sich jedoch bereits aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 57 Abs. 1 Satz 1 NdsVerf. Es gilt völlig unabhängig davon, ob sich die Gemeinden aufgrund ihres Selbstverwaltungsrechts nur der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft oder aller öffentlichen Aufgaben in ihrem Gebiet annehmen dürfen.

Der *BayVerfGH* begründet seine Auffassung, dass die finanzielle Mindestausstattung der Kommunen nur in Abhängigkeit von der Leistungsfähigkeit des Landes gewährleistet sei, schließlich damit, dass die Kommunen auf ein zurückgehendes Steueraufkommen über die Hebesätze innerhalb eines gewissen Bereichs flexibler reagieren können als der Staat¹⁷⁰. Dieser Hinweis auf bessere Finanzierungsmöglichkeiten der Kommunen ist ungewöhnlich, weil im Allgemeinen gerade die besseren Finanzierungsmöglichkeiten der Bundesländer durch größere Möglichkeiten der Schuldenaufnahme hervorgehoben worden sind¹⁷¹. Wieso im Übrigen die Möglichkeit der Hebesatzerhöhung soll ausreichen können, um die Verpflichtung des Landes zur Gewährleistung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen unter den Vorbehalt seiner Leistungsfähigkeit zu stellen, ist unklar. Es geht ja auch nicht nur um eine flexible, sondern gerade um eine nachhaltige Herstellung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen. Überdies stößt selbst die Erhöhung von Hebesätzen an – zwar weit gezogene, aber doch existente – Grenzen¹⁷², ganz abgesehen davon, dass es nicht Sinn der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ist, dass eine funktionsfähige Selbstverwaltung mit extrem hohen Hebesätzen erkaufte werden muss.

¹⁶⁷ *NdsStGH*, Urteil v. 7.3.2008 – 2/05 –, juris, Rn. 59.

¹⁶⁸ Niedersächsischer Landtag, Drucks. 12/5840, S. 37.

¹⁶⁹ *NdsStGH*, Urteil v. 7.3.2008 – 2/05 –, juris, Rn. 60.

¹⁷⁰ *BayVerfGH*, Entscheidung v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05 –, juris, Rn. 206.

¹⁷¹ Vgl. *VerfGH RhPf*, NVwZ 2012, 1034 (1036), unter Nennung weiterer struktureller Vorteile des Landes. Zu den eingeschränkten Kreditaufnahmemöglichkeiten der Kommunen auch *Maas* (oben Fn. 13), S. 86 ff. unter Hinweis darauf, dass eine zusätzliche Verschuldung wirtschaftlich zweckmäßiger sein kann als eine Erhöhung der Hebesätze für die Realsteuern.

¹⁷² Vgl. *Lange*, NVwZ 2015, 695 (699 f.).

Fragt man sich, welches Motiv hinter solchen, etwas angestrengt wirkenden Begründungen stecken mag, so darf es jedenfalls nicht die Sorge sein, dass die Verfassungsgerichte überfordert sein könnten, wenn sie eine kommunale Finanzausstattung, insbesondere ein für sie maßgebliches Gemeindefinanzierungsgesetz, für verfassungswidrig erklären. Gewiss müssen sie dann dartun, wie sie zu diesem Urteil gekommen sind. Doch brauchen sie dabei nicht etwa unter Inanspruchnahme von Kompetenzen des Gesetzgebers staatliche Finanzausstattungspflichten im Einzelnen zu berechnen, sie dürften es im Hinblick auf die gesetzgeberischen Gestaltungsspielräume, abgesehen von eklatanten Fehlern, schon gar nicht. Nach *Groh* flüchten sich die Landesverfassungsgerichte in Fällen, in denen sie über die Höhe der finanziellen Mindestgarantie zu entscheiden hätten, in den *judicial self restraint*, um nicht durch Quotierungen in die Budgethoheit, die Selbstverwaltungsgarantie und die politischen Gestaltungsspielräume von Ländern und Kommunen einzugreifen¹⁷³. Tatsächlich bedarf es solcher Eingriffe nicht, um die verfassungsrechtlichen Vorgaben durchzusetzen, deren Missachtung die Landesverfassungsgerichte nicht minder scheuen sollten. Entscheidungen an der nicht selten schwer zu ermittelnden Grenze zwischen Verfassungsrecht und Politik sind schließlich gerade die Aufgabe und dauerhafter Gegenstand der Tätigkeit von Verfassungsgerichten. Bei der Prüfung der Finanzausstattung der Kommunen geht es für die Landesverfassungsgerichte wesentlich um die Kontrolle der verfassungsrechtlichen Ansprüche genügenden Eignung der zur Bemessung der verfassungsmäßigen Finanzausstattung verwendeten Maßstäbe, ihrer konsequenten Anwendung und der Erfüllung einschlägiger Darlegungspflichten des Landesgesetzgebers. Hierzu sind die Landesverfassungsgerichte ohne Zweifel berufen und – wenn nötig, mit Hilfe von Gutachtern – in der Lage. Auch für die verfassungsgerichtliche Kontrolle ist freilich das Abstellen auf möglichst einfache und transparente, möglichst zwischen Land und Kommunen bereits abgestimmte Bemessungsfaktoren selbstverständlich hilfreich.

Motiv für den von keinen tragfähigen Argumenten gestützten Rückzug eines Teils der Landesverfassungsgerichte aus der Kontrolle der Schaffung der verfassungsmäßigen kommunalen Finanzausstattung durch die Länder scheint denn auch vielmehr die Sorge zu sein, dass die Handlungsfähigkeit des Staates durch den Mindestausstattungsanspruch der Kommunen übermäßig eingeschränkt werden könnte¹⁷⁴. Dazu besteht allein bei einer knappen Haushaltslage des Landes kein Anlass. Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung hat zu viel Gewicht, als dass sie in ihrem Kern angetastet werden dürfte, nur um dem Land die Bewältigung einer knappen Haushaltslage zu erleichtern. Bei einer extremen Notlage mag das anders sein. Aber auch da ist die Entscheidung des Verfassungsgebers in Art. 115c Abs. 3 GG zu beachten, dass selbst im Verteidigungsfall die Lebensfähigkeit nicht nur der Länder, sondern auch der Gemeinden und Gemeindeverbände, insbesondere auch in finanzieller Hinsicht, zu wahren ist. Von einer Lebensfähigkeit der Gemeinden und Gemeindeverbände kann nicht mehr die Rede sein, wenn sie die für sie wesensbestimmende Selbstverwaltung nicht mehr ausüben können. Was den Kommunen nicht einmal im Verteidigungsfall entzogen werden darf, darf ihnen in einer weniger extremen Lage erst recht nicht vorenthalten werden. Diffuse Besorgnisse hinsichtlich der praktischen Auswirkungen der Befolgung der Verfassung (hier hinsichtlich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie) rechtfertigen es nicht, eindeutige Vorgaben der Verfassung zu unterlaufen oder sie auch nur einer scheibchenweisen Schmälerung durch die Zulassung abwägungsorientierter Ausdünnung auszusetzen.

Ein Kernproblem der neueren Rechtsprechung des *VerfGH NRW* wiederholt sich in Entscheidungen anderer Landesverfassungsgerichte, auf die er sich stützt. Die aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie folgende Finanzausstattungsgarantie, der nicht nur durch Finanzausgleichsleistungen Rechnung getragen werden kann, wird vom *StGH BW*

¹⁷³ *Groh*, LKV 2010, 1 (6).

¹⁷⁴ Vgl. Niedersächsischer Landtag, Drucks. 12/5840, S. 37: „Die Vertreter der Koalitionsfraktionen lehnten die Streichung des Vorbehalts ab, da auch die Erfüllung der Landesaufgaben gesichert bleiben müsse“.

zumindest nicht deutlich genug von den Normen über den Finanzausgleich unterschieden mit der Folge, dass der auf die Finanzausgleichsleistungen bezogene Vorbehalt zugunsten der Aufgaben des Landes kurzerhand auf die Finanzausstattungsgarantie angewandt wird¹⁷⁵. Wenn der *NdsStGH*¹⁷⁶ und im Anschluss daran der *BayVerfGH*¹⁷⁷ meinen, dass der Vorbehalt der finanziellen Leistungsfähigkeit des Landes deshalb nicht nur auf die vom Land zu erbringenden Ausgleichsleistungen, sondern auch auf das vom Land im Ergebnis zu gewährleistende Niveau der Finanzbedarfsbefriedigung zu beziehen sei, weil der Vorbehalt seinen Sinn verlöre, wenn das Land bei mangelnder Leistungsfähigkeit den Kommunen zusätzliche Steuerquellen zu erschließen hätte, so verkennen sie ebenso wie der *StGH BW*, dass die Finanzausstattungsgarantie auch durch einen Abbau von Pflichtaufgaben und Standards erfüllt werden kann.

Eine Abgleichung mit den Vorgaben des Art. 28 Abs. 2 GG ist den landesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen, die die finanzielle Mindestausstattung der Kommunen von der Leistungsfähigkeit des Landes abhängig machen, zumeist gar nicht oder aber nur unzureichend¹⁷⁸ zu entnehmen. Dabei hängt die Wirksamkeit ihres Maßstabs, nämlich der jeweiligen landesverfassungsrechtlichen Normen, aus denen sich die Finanzausstattungsverpflichtung des Landes ergibt, von der Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 2 GG ab. Zu Zweifeln an dieser Vereinbarkeit bei der Auslegung, nach welcher die Mindestfinanzausstattung nur im Rahmen der Leistungsfähigkeit des jeweiligen Bundeslands garantiert ist, besteht jedenfalls nach dem Urteil des *BVerwG*, wonach Art. 28 Abs. 2 GG die Gewährleistung der finanziellen Mindestausstattung unabhängig von der Leistungsfähigkeit des Landes gebietet,¹⁷⁹ aller Anlass.

Wann der *BayVerfGH* eine Unterschreitung der Mindestausstattung nach Maßgabe der Leistungsfähigkeit des Landes zulassen will, wird nicht ganz klar. Im Anschluss an die Feststellung der prinzipiellen Gleichwertigkeit der öffentlichen Aufgaben der Kommunen und des Staates heißt es in den Entscheidungsgründen: „Hieraus folgt auch, dass in besonderen Ausnahmesituationen, etwa bei einer zeitweiligen, konjunkturell bedingten finanziellen Notlage, die finanzielle Mindestausstattung im oben dargestellten Sinn, die der Staat regelmäßig zu gewährleisten hat, vorübergehend unterschritten werden kann“¹⁸⁰. Diese Formulierung wird so verstanden werden müssen, dass die Mindestausstattung nur in besonderen Ausnahmesituationen vorübergehend unterschritten werden darf. Das ist, sowohl was die besondere Ausnahmesituation als auch das nur vorübergehend zulässige Unterschreiten der Mindestausstattung anbelangt, erheblich enger als die vom *VerfGH NRW* lediglich vorausgesetzte knappe Haushaltslage. Auch daran scheitert eine Berufung des *VerfGH NRW* auf den *BayVerfGH*.

Nicht zu überzeugen vermag die Berufung des *VerfGH NRW* auf andere Landesverfassungsgerichte schließlich insoweit, als mindestens der *StGH BW* und der *BayVerfGH* die Komplexität und daraus folgende größere gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit, die sich aus der Bindung der gesamten kommunalen Finanzausstattung – unter Verzicht auf eine leistungsfähigkeitsunabhängige Mindestausstattung – an die Leistungsfähigkeit des Landes ergibt, im Hinblick auf die kommunale Selbstverwaltungsgarantie für kompensationsbedürftig durch Beteiligungsverfahren halten. Eine vergleichbare Betonung verfassungsrechtlich gebotener Verfahren ist der neueren Rechtsprechung des *VerfGH NRW* nicht zu entnehmen, so

¹⁷⁵ So *StGH BW*, Urteil v. 10.5.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 87.

¹⁷⁶ *NdsStGH*, NVwZ 1996, 585 (588).

¹⁷⁷ *BayVerfGH*, Entscheidung v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05 – juris, Rn. 204.

¹⁷⁸ *NdsStGH*, Urteil v. 7.3.2008 – 2/05 –, juris, Rn. 52, behauptet lediglich die Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 2 GG. Die Entscheidungen, auf welche diese Aussage gestützt wird, setzen sich mit der gerade relevanten Frage, ob Art. 28 Abs. 2 GG eine Mindestausstattung der Kommunen verlangt, die nicht von der Leistungsfähigkeit des Staates abhängt, aber nicht auseinander.

¹⁷⁹ *BVerwGE* 145, 378 (385 f., Rn. 22).

¹⁸⁰ *BayVerfGH*, Entscheidung v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05 – juris, Rn. 207.

dass sich seine Rechtsprechung auch insofern nicht auf die von ihm als Beleg für die Richtigkeit seiner Auffassung herangezogenen Entscheidungen anderer Landesverfassungsgerichte stützen kann.

4.2 Einwirkung des Art. 28 Abs. 2 GG auf Art. 78, 79 LVerf NRW

Wenn die Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung in der nordrhein-westfälischen Verfassung hinter Art. 28 Abs. 2 GG zurückbleibt, so ist sie mit dem Grundgesetz unvereinbar¹⁸¹. Während Art. 78, 79 LVerf NRW nach der früheren Rechtsprechung des *VerfGH NRW* noch im Sinne des Grundgesetzes verstanden werden konnten, genügen sie nach ihrer Interpretation durch den *VerfGH NRW* in dessen Urteilen vom 19.7.2011 und 6.5.2014 den Vorgaben des Grundgesetzes nicht mehr. Denn danach gewährleisteten sie eine finanzielle Mindestausstattung der Gemeinden und Gemeindeverbände nur in Abhängigkeit von der Leistungsfähigkeit des Landes, während Art. 28 Abs. 2 GG in seiner zuletzt vom *BVerwG* dargelegten Bedeutung eine solche Einschränkung der mit dem Selbstverwaltungsrecht garantierten finanziellen Mindestausstattung nicht kennt.

Soweit eine landesverfassungsrechtliche kommunale Selbstverwaltungsgarantie mit Art. 28 Abs. 2 GG unvereinbar ist, ist sie grundsätzlich nichtig¹⁸². Jedenfalls kann sie nach dem Grundsatz des Art. 31 GG, dass Bundesrecht Landesrecht bricht, prinzipiell keine Gültigkeit beanspruchen. Zumindest wäre sie unanwendbar.¹⁸³ Dies alles gilt aber nicht, soweit die Unvereinbarkeit der landesverfassungsrechtlichen kommunalen Selbstverwaltungsgarantie mit Art. 28 Abs. 2 GG im Wege einer verfassungskonformen Auslegung behoben werden kann. Die Achtung vor der Verfassung, und das gilt selbstverständlich auch für Landesverfassungen, gebietet, ihre Gültigkeit nur insoweit in Frage zu stellen, wie das ganz unvermeidlich ist. Sie fordert mithin eine verfassungskonforme Auslegung der einschlägigen Normen, sofern diese durch deren Wortlaut gedeckt ist und die prinzipielle Zielsetzung des Normgebers wahr¹⁸⁴. Soweit sich Normen der Landesverfassungen in einer Weise interpretieren lassen, die mit höherrangigen Normen vereinbar ist, hat diese verfassungskonforme Interpretation daher Vorrang vor dem Ausspruch ihrer Nichtigkeit oder Unanwendbarkeit.

Wenn sich nicht von vornherein schon eine Interpretation der Art. 78, 79 LVerf NRW anbieten würde, nach der das Land für eine angemessene finanzielle Ausstattung der Kommunen sorgen muss, die grundsätzlich von der Leistungskraft des Landes abhängig ist, deren Untergrenze aber eine von der Leistungsfähigkeit des Landes unabhängige Mindestausstattung darstellt, lassen die Art. 78, 79 LVerf NRW eine solche Auslegung doch jedenfalls zu. Sie folgt aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW. Der Hinweis auf den Rahmen der finanziellen Leistungsfähigkeit des Landes in Art. 79 Satz 2 LVerf NRW ist schon deshalb nicht geeignet, diesen Grundsatz einzuschränken, weil er sich nur auf den übergemeindlichen Finanzausgleich bezieht, der lediglich eines von mehreren Mitteln zur Herstellung einer verfassungsmäßigen kommunalen Finanzausstattung ist. Außerdem schließt Art. 79 Satz 2 LVerf NRW bei der gebotenen systematischen Auslegung im Zusammenhang mit Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW nicht aus, dass in dem Sonderfall, in dem Kommunen nicht einmal ihre verfassungsmäßige Mindestausstattung erhalten, Finanzausgleichsleistungen unabhängig von der Leistungsfähigkeit des Landes erbracht werden. Diese dem Art. 28 Abs. 2 GG entsprechende Auslegung der Art. 78, 79 LVerf NRW drängt sich

¹⁸¹ Dazu, dass die Bundesländer den Kommunen zwar ein Mehr an Selbstverwaltung einräumen können, als Art. 28 Abs. 2 GG verlangt, hinter den Anforderungen des Art. 28 Abs. 2 GG aber nicht zurückbleiben dürfen, *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 1 Rn. 5, 154 ff. m. w. Nachw.

¹⁸² Vgl. zum Verhältnis des Art. 28 Abs. 1 zu Art. 31 GG *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 31 Rn. 30.

¹⁸³ Vgl. *Sannwald*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* (oben Fn. 3), Art. 31 Rn. 21. Die Rechtsfolgen aus Art. 31 GG sind hier dieselben, gleich, ob man der Norm einen Geltungs- oder einen Anwendungsvorrang des Bundesrechts entnimmt; dazu *Korioth*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand: Mai 2015, Art. 31 Rn. 20.

¹⁸⁴ Vgl. *BVerfGE* 86, 288 (320).

umso mehr auf, als Art. 28 Abs. 2 GG jedenfalls in seiner Ausformung als Garantie der kommunalen Finanzausstattung zu den Rechtsnormen gehört, die die kommunale Selbstverwaltungsgarantie prägen und nach der Rechtsprechung des *VerfGH NRW* deshalb schon kraft nordrhein-westfälischen Landesverfassungsrechts Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW sind¹⁸⁵.

Das Land Nordrhein-Westfalen ist zu einer angemessenen Finanzausstattung seiner Kommunen einschließlich einer von der Leistungsfähigkeit des Landes unabhängigen finanziellen Mindestausstattung also nicht nur durch Art. 28 Abs. 2 GG, sondern auch landesverfassungsrechtlich durch Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW in seiner auch durch Art. 28 Abs. 2 GG geprägten Auslegung verpflichtet. Insofern lässt sich mit *Henneke* zutreffend formulieren, dass die landesverfassungsrechtliche Garantie, die weniger gewährt als Art. 28 Abs. 2 GG, durch Art. 28 Abs. 2 GG aufgefüllt wird¹⁸⁶. Prozessual führt diese Rechtslage dazu, dass Gemeindefinanzierungsgesetze, die gegen sie verstoßen, nicht nur dem *BVerfG*, sondern auch dem *VerfGH NRW* zur Überprüfung vorgelegt werden können¹⁸⁷.

Diese gravierenden Folgen einer Unvereinbarkeit landesrechtlicher kommunaler Finanzierungsregelungen oder doch zumindest ihrer landesverfassungsgerichtlichen Interpretation mit Art. 28 Abs. 2 GG werden unterschätzt, wenn ausgeführt wird: „Soweit demgegenüber die Länder als Adressaten des Anspruchs in Frage kämen, wird Art. 28 Abs. 2 GG in seiner Bedeutung überlagert durch die Selbstverwaltungsgarantien der Landesverfassungen, die regelmäßig speziellere und konkretere Vorgaben für die Finanzausstattung der Kommunen enthalten. Art. 28 Abs. 2 GG kommt insofern allenfalls in seiner Funktion als Mindestgarantie zur Anwendung“.¹⁸⁸

Von einer Überlagerung des Art. 28 Abs. 2 GG durch „regelmäßig speziellere und konkretere Vorgaben“ in den Landesverfassungen kann keine Rede sein, soweit die Landesverfassungen hinter Art. 28 Abs. 2 GG zurückbleiben. Insoweit haben sich die Landesverfassungen dem Grundgesetz zu fügen. Und das gilt nicht nur, soweit Art. 28 Abs. 2 GG eine finanzielle Mindestausstattung der Kommunen verlangt, sondern auch, soweit er darüber hinaus deren angemessene Finanzausstattung fordert.

Dem steht auch das Urteil des *Landesverfassungsgerichts Sachsen-Anhalt* vom 20.10.2015 nicht entgegen, nach dem die Landesverfassung eine hinter der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zurückbleibende Regelung enthalten darf, wenn nur auf einfachgesetzlicher Ebene Übereinstimmung mit Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG hergestellt wird. Denn das Gebot, die Vorgaben des Bundesrechts einzuhalten, richte sich nur an das Landesrecht insgesamt.¹⁸⁹ Diese Rechtsauffassung ändert an der dargelegten Einwirkung des Art. 28 Abs. 2 GG auf die Art. 78, 79 LVerf NRW schon deshalb nichts, weil sich nirgendwo anders im nordrhein-westfälischen Landesrecht, also auch nicht auf einfachgesetzlicher Ebene, eine Regelung findet, die hinsichtlich der Finanzierung der Kommunen eine dem Art. 28 Abs. 2 GG entsprechende Rechtslage schafft. Das wäre allerdings – entgegen der grundsätzlichen Rechtsauffassung des *LVerfG SachsAnh* – auch kaum möglich. Denn einfachgesetzliche Regelungen können nicht die gleichen Funktionen erfüllen wie verfassungsrechtliche Vorgaben. Bezogen auf das Urteil des *LVerfG SachsAnh* zeigt sich das bereits daran, dass die dort der Landesverfassung entnommene, mit Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG unvereinbare Sicht, wonach eine Verlagerung von Aufgaben von der Gemeinde- auf die Kreisebene kein Eingriff (in das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht) sei, durch keine einfachgesetzlichen Regelungen ausgeglichen und mit Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG vereinbar gemacht werden kann. Für die kommunale Finanzverfassung in Nordrhein-Westfalen ließe

¹⁸⁵ Dazu oben bei Fn. 151 f.

¹⁸⁶ *Henneke*, Öffentliches Finanzwesen (oben Fn. 52), Rn. 855.

¹⁸⁷ Dazu unten 7.

¹⁸⁸ *Volkman*, DÖV 2001, 497 (498).

¹⁸⁹ *LVerfG SachsAnh*, Urteil v. 20.10.2015 – LVG 2/14 –, Urteilsumdruck, S. 34 f., Rn. 227 f.

sich eine auf verfassungsrechtlicher Ebene unterbliebene Bindung des Gesetzgebers an die Vorgaben des Art. 28 Abs. 2 GG für die kommunale Finanzausstattung durch einfaches Gesetz schon deshalb nicht verlässlich herstellen, weil eine Bindung des Gesetzgebers an von ihm selbst erlassene einfache Gesetze erheblichen Zweifeln begegnet¹⁹⁰.

5. Rechtliche Anforderungen an die Bestimmung des Finanzbedarfs

5.1 Die Rechtsprechung des VerfGH NRW zur finanziellen Mindestausstattung der Kommunen

Selten hat der *VerfGH NRW* näher dazu Stellung genommen, wie der Mindestfinanzbedarf zu bemessen ist. Immerhin führte er in seinem Urteil vom 16.12.1988 aus, warum nicht ersichtlich sei, dass den beschwerdeführenden Gemeinden die „nach Art. 79“ LVerf NRW zu gewährleistende Mindestausstattung an Finanzmasse für die gemeindliche Selbstverwaltung nicht zur Verfügung gestanden habe. Die Höhe der Schlüsselzuweisungen sei gegenüber 1985 unverändert geblieben. Auch lägen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, dass die angegriffene Absenkung der Verbundquote zu einer entscheidenden Schwächung der Finanzkraft bis zur Grenze einer Aushöhlung der Selbstverwaltungsgarantie geführt und einer sinnvollen Betätigung der Selbstverwaltung die finanzielle Grundlage entzogen hätte.¹⁹¹

Zumeist befasste sich der *VerfGH NRW* nur mit den Bestimmungsfaktoren einer angemessenen Finanzausstattung der Kommunen insgesamt, ohne sich dabei ausdrücklich der Frage der Mindestausstattung der Kommunen zuzuwenden. Dabei betonte er, dass sich der Verfassungsgerichtshof nicht an die Stelle des Gesetzgebers setzen dürfe und dass er nicht an dessen Stelle politische Entscheidungen treffen könne¹⁹². So führte er zur Festlegung der Schlüsselzuweisungen, die den durch eigene Einnahmen und sonstige Finanzmittel nicht gedeckten Finanzbedarf der Gemeinden ausgleichen sollen, aus:

„Das Volumen der Schlüsselzuweisungen ist aufgrund einer umfassenden Bewertung der gesetzlich ermöglichten eigenen Einnahmen und der aufgabenbedingten Ausgaben im Rahmen der finanziellen Leistungsfähigkeit des Landes festzulegen. Wegen der Komplexität dieser Einschätzung und des Fehlens allgemeingültiger Maßstäbe ist es ausgeschlossen, die Höhe der einer Vielzahl von Gemeinden zur Verfügung zu stellenden Schlüsselzuweisungen nach objektiven Gesichtspunkten nachrechenbar exakt zu ermitteln (vgl. auch BVerfGE 86, 148, 233; BayVerfGH, BayVBl. 1997, 303, 306; BayVerfGH, BayVBl. 1998, 207, 209). Die normative Bewertung obliegt dem Gesetzgeber; dem Verfassungsgerichtshof ist es verwehrt, die dem Gesetzgeber überantwortete Bestimmung durch eine eigene Einschätzung zu ersetzen (vgl. VerfGH NW, OVGE 43, 252, 256).“¹⁹³

Hiervon ausgehend wies der *VerfGH NRW* darauf hin, dass die Zuwächse der Schlüsselzuweisungen seit dem Jahr 1991, für das er die verfassungsrechtlich gebotene Finanzausstattung der Gemeinden als gesichert angesehen habe (*VerfGH NRW*, OVGE 43, 252, 255 ff.), nicht wesentlich von der Steigerungsrate der (nicht bereinigten) Gesamteinnahmen und der (nicht bereinigten) Gesamtausgaben der Gemeinden in Nordrhein-Westfalen abgewichen sei. Auch habe sich der relative Anteil der Schlüsselzuweisungen an den (nicht bereinigten) Einnahmen der Gemeinden in Nordrhein-Westfalen nur unwesentlich verändert. Vor diesem

¹⁹⁰ Dazu unten bei Fn. 359.

¹⁹¹ *VerfGH NRW*, NVwZ-RR 1989, 493 (494 f.).

¹⁹² *VerfGH NRW*, Urteil v. 9.7.1998 – 16/96, 7/97 –, juris, Rn. 73.

¹⁹³ *VerfGH NRW*, Urteil v. 9.7.1998 – 16/96, 7/97 –, juris, Rn. 70.

Hintergrund könne nicht festgestellt werden, dass die Finanzausstattung, die den Gemeinden insgesamt zur Verfügung stehe, offensichtlich nicht ausreiche.¹⁹⁴

Diese Form der Ermittlung der gebotenen Finanzausstattung der Kommunen dürfte freilich den eigenen Vorgaben nicht genügt haben, die der *VerfGH NRW* sich gesetzt hatte.

Der Hinweis in seinem Urteil vom 16.12.1988, dass die Schlüsselzuweisungen seit dem Jahr 1985 unverändert geblieben seien,¹⁹⁵ ist nicht geeignet zu belegen, dass den Gemeinden die zu gewährleistende finanzielle Mindestausstattung zugekommen sei. Denn er schließt schon nicht aus, dass die Schlüsselzuweisungen bereits im Jahr 1985 nicht den Anforderungen einer Mindestausstattung genügten. Außerdem lässt sich ihm nicht entnehmen, inwieweit freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben aus diesen Mitteln finanziert werden konnten¹⁹⁶.

Letzteres gilt auch für die Begründung der hinreichenden Finanzausstattung in dem Urteil des *VerfGH NRW* vom 9.7.1998. Sie erfasst nämlich nur Einnahmen, Ausgaben und Schlüsselzuweisungen in ihrer Gesamtheit, ohne Aufschluss darüber zu geben, inwieweit Mittel für die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben zur Verfügung standen. Das steht mit der Auffassung des *VerfGH NRW* nicht im Einklang, dass jedenfalls die finanziellen Mittel zur Wahrnehmung eines Minimums freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben, also eine Mindestausstattung, gewährleistet sein müssten.

In seinem Urteil vom 1.12.1998 schien der *VerfGH NRW* die Waffen endgültig zu strecken und die Bemessung einer Mindestausstattung für unmöglich zu halten. Aber mit welchen Argumenten¹⁹⁷? Ob die Finanzausstattung angemessen sei, so heißt es, könne nicht allein aus der Existenz einer freien Spitze und auch nicht allein aus der konkreten Finanzsituation einer Gemeinde geschlossen werden. Für die finanzielle Mindestausstattung, ohne deren Bestehen eine kommunale Finanzausstattung auch nicht angemessen sein kann, hat das Fehlen einer freien Spitze, welche die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben ermöglicht, bei einer sparsam wirtschaftenden Gemeinde aber durchaus eine Aussagekraft und diese Aussagekraft verstärkt sich erheblich, wenn die Situation bei einer Vielzahl von Gemeinden nicht anders ist. Dass die Haushaltslage der Kommunen nicht allein durch den kommunalen Finanzausgleich, sondern wesentlich auch durch eigene Einnahmen und das Ausgabeverhalten bestimmt wird, ist entgegen der Annahme des *VerfGH* kein schlüssiges Gegenargument gegen die plausible Ermittlung einer Mindestausstattung. Wie bei Respektierung der kommunalen Selbstverwaltung eine vernünftige Nutzung der bestehenden Einnahmemöglichkeiten und ein wirtschaftliches Ausgabeverhalten aussehen, entzieht sich – bei Ermittlung des empirischen kommunalen Verhaltens und seiner kritischen Überprüfung – nicht der Beurteilung, wie denn auch die Feststellung, ob die Gemeinden sachgerecht und wirtschaftlich verwaltet werden, – auch auf vergleichender Grundlage – bereits Teil der in § 105 Abs. 3 Nr. 3 GO NRW, § 53 Abs. 1 KrO NRW vorgesehenen überörtlichen Prüfung ist¹⁹⁸. Nach solchen wenig tragfähigen Äußerungen die Argumentation umzulenken darauf, dass eine angemessene Finanzausstattung die Berücksichtigung vielfältiger Faktoren verlange, wirkt eher wie ein Versuch, sich der deutlich einfacher zu beantwortenden Frage nach der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen nicht zu stellen.

Die – unabhängig von der Frage eines Vorbehalts der Leistungsfähigkeit des Landes – vom *VerfGH NRW* geteilte Auffassung, dass eine finanzielle Mindestausstattung der Kommunen verfassungsrechtlich geboten sei, verlangt als zwingende Konsequenz, dass der *VerfGH*

¹⁹⁴ *VerfGH NRW*, Urteil v. 9.7.1998 – 16/96, 7/97 –, juris, Rn. 72 f.

¹⁹⁵ *VerfGH NRW*, NVwZ-RR 1989, 493 (494 f.).

¹⁹⁶ Vgl. die Kritik von Maas (oben Fn. 13), S. 145 ff. an der Rechtsprechung des *NdsStGH*, nach der aus dem Anstieg der Schlüsselzuweisungen ohne Berücksichtigung der Aufgabenentwicklung schon auf die Gewährleistung der finanziellen Mindestausstattung sollte geschlossen werden können.

¹⁹⁷ *VerfGH NRW*, Urteil v. 1.12.1998 – 5/97 –, juris, Rn. 48 ff.

¹⁹⁸ Zu Letzterem kritisch Lange (oben Fn. 28), Kap. 16 Rn. 130.

NRW vertretbare Kriterien dafür entwickelt und anwendet, was mit einer solchen Mindestausstattung verlangt wird. Sieht er davon ab und verneint er eine Verletzung der Mindestausstattungsgarantie mit dafür nicht geeigneten Argumenten, so verletzt er die kommunale Selbstverwaltungsgarantie in dem von ihm selbst vertretenen Verständnis, dass sie eine finanzielle Mindestausstattung der Kommunen gewährleiste. Die Schwierigkeiten ihrer Konkretisierung rechtfertigen es nicht, die verfassungsrechtliche Garantie einer finanziellen Mindestausstattung der Kommunen in einer Weise zu unterlaufen, die vermittels ungeeigneter Argumente auf ihre Nichtanwendung hinausläuft¹⁹⁹. Der wiederholte Hinweis des *VerfGH NRW* darauf, dass Art. 78, 79 LVerf NRW weder zahlenmäßig festgelegte Beträge noch bestimmte Quoten für die Mittel vorschreiben, die den Gemeinden aufgrund des Finanzausgleichs zur freien Disposition gestellt werden müssten²⁰⁰, entbindet die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht von der Pflicht zur Konkretisierung der einschlägigen Verfassungsnormen – die ihre Abstraktheit mit vielen anderen Verfassungsnormen teilen –, erst recht, wenn nur so vermieden werden kann, dass sie weitgehend leerlaufen²⁰¹.

5.2 Bestimmungsfaktoren der Mindestausstattung

Die Mindestausstattung muss ausreichen, um den Kommunen die Erfüllung aller Pflichtaufgaben und darüber hinaus die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben zu ermöglichen²⁰². Zwar ist Grundlage des Anspruchs der Kommunen auf eine finanzielle Mindestausstattung die kommunale Selbstverwaltungsgarantie, so dass man meinen könnte, es reiche, wenn den Kommunen Mittel allein für die Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben zur Verfügung gestellt würden. Jedoch würde damit übersehen, dass die Kommunen jedenfalls zur Erfüllung ihrer Pflichtaufgaben verpflichtet sind und Raum für Selbstverwaltungsaufgaben nur besteht, soweit sie dieser Verpflichtung nachkommen. Andererseits genügt die Sicherung der Finanzierung allein von Pflichtaufgaben nicht, da dann die finanzielle Basis für die verfassungsrechtlich abgesicherte freiwillige Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben fehlen würde²⁰³.

Um die erforderliche Finanzausstattung feststellen zu können, bedarf es danach der Ermittlung der Aufgaben- und Ausgabenlasten der Kommunen sowie ihrer Einnahmensituation. Bei allen damit verbundenen Schwierigkeiten besteht hierüber weitgehend Einigkeit²⁰⁴.

Schwierigkeiten bereitet schon die Abgrenzung der von den Kommunen wahrzunehmenden Pflichtaufgaben.

Ein besonderes Problem werfen in diesem Zusammenhang die kommunalen öffentlichen Einrichtungen auf, sofern sie nicht ohnehin zu Pflichtaufgaben der Kommunen erklärt worden sind. Nach den Gemeindeordnungen schaffen die Gemeinden in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohner

¹⁹⁹ In diesem Sinne auch *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Mai 2015, Art. 28 Abs. 2 Rn. 84.

²⁰⁰ *VerfGH NRW*, NVwZ-RR 1989, 493 (494); NVwZ 1994, 68 (69); Urteil v. 1.12.1998 – 5/97 –, juris, Rn. 34.

²⁰¹ Kritisch auch *Geis* (oben Fn. 52), S. 86 ff., wonach insbesondere der *VerfGH NRW* die Einschätzung des zu deckenden Finanzbedarfs (im konkreten Fall: der Kreise) alsbald dem Gesetzgeber überlassen hat.

²⁰² *BVerwGE* 106, 280 (287); 140, 34 (39, Rn. 22); 145, 378 (383 f., Rn. 19 f.); *NdsStGH*, NVwZ-RR 1998, 529 (531); *StGH BW*, Urteil v. 10.5.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 86; *MVLVerfG*, LKV 2004, 175 (176); Urt. v. 30.6.2011 – 10/10 –, juris, Rn. 50; *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (667); *BayVerfGH*, Entscheidung v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05 –, juris, Rn. 203; *RhPfVerfGH*, Urt. v. 14.2.2012 – VGH N 3/11 –, juris, Rn. 23. Vgl. auch *NWVerfGH*, Urt. v. 19.7.2011 – 32/08 –, juris, Rn. 55. Eine zustimmende Zusammenfassung der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte findet sich in *BVerwGE* 145, 378 (383 f., Rn. 19 f.).

²⁰³ So bereits *Grawert*, Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart, in: *VVDStRL* 36 (1978), S. 277 (300); *Papier*, BayVBl. 1994, 737 (742). Ebenso etwa *Maas* (oben Fn. 13), S. 143 f.

²⁰⁴ Vgl. etwa *ThürVerfGH*, Urteil v. 2.11.2011 – 13/10 –, juris, Rn. 82 ff.; *HessStGH*, NVwZ 2013, 1151 (1152 ff.); *OVG RhPf*, NVwZ 2012, 1034 (1036).

erforderlichen öffentlichen Einrichtungen²⁰⁵. Für die Kreise gilt im Rahmen ihres Kompetenzbereichs im Wesentlichen das Gleiche.²⁰⁶

Es besteht kein Zweifel daran, dass den Kommunen, soweit nicht besondere Vorschriften etwas anderes besagen, bei der Entscheidung, ob und welche öffentlichen Einrichtungen sie bereitstellen, ein weiter Ermessensspielraum zukommt. Das bedeutet aber nicht, dass es sich hierbei um freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben handelt. Wenn die angeführten Normen keine Verpflichtung zur Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen begründeten, hätte es ihrer nicht bedurft. Denn die Kompetenz zur freiwilligen Schaffung kommunaler öffentlicher Einrichtungen ergäbe sich schon aus dem Selbstverwaltungsrecht der Kommunen. Eine gesetzliche Ermächtigung wird für solche Maßnahmen der Leistungsverwaltung nicht benötigt. Auch weist die indikativische Formulierung nach juristischem Sprachgebrauch auf eine Verpflichtung hin. Die Schaffung und Unterhaltung öffentlicher Einrichtungen ist also eine kommunale Pflichtaufgabe, bei deren Erfüllung den Kommunen lediglich ein großer Ermessensspielraum zukommt.

Dass die Verpflichtung der Kommunen, im Rahmen zulässiger Ermessensausübung öffentliche Einrichtungen zu schaffen, nur in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit besteht, ändert hieran nichts. Der Vorbehalt der Leistungsfähigkeit bedeutet in diesem Zusammenhang nur, dass die Kommune sich bei der Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen nicht übernehmen soll und konkretisiert damit die Grundsätze sparsamer und wirtschaftlicher Haushaltsführung. Dies entspricht dem Verständnis desselben Begriffs, wie er in der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung als Zulässigkeitsvoraussetzung gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit verwendet wird, wenn es dort heißt, dass eine Gemeinde sich nur dann wirtschaftlich betätigen darf, wenn die Betätigung in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht.²⁰⁷ Dass ein Begriff, der in ein und demselben Gesetz mehrfach verwendet wird, die gleiche Bedeutung hat, liegt so nahe, dass die gegenteilige Annahme erst der Begründung bedürfte. Aus dem Leistungsfähigkeitsvorbehalt den extremen Schluss zu ziehen, dass das jeweilige Bundesland durch Verweigerung der notwendigen Mittel die Verpflichtung der Kommunen zur Schaffung öffentlicher Einrichtungen obsolet werden lassen dürfte, wäre nicht nur zynisch, sondern würde die Bedeutung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen ignorieren. Dafür, dass Kommunen am „goldenen Zügel“ finanzieller Leistungen des Landes zur Schaffung öffentlicher Einrichtungen veranlasst und durch Versagung solcher Leistungen von ihr abgehalten werden können, braucht man keine solchen Normen. Ihr Verständnis in dem Sinne, dass die Länder durch Verweigerung der dafür benötigten Mittel die Kommunen etwa gänzlich von der Verpflichtung zur Schaffung öffentlicher Einrichtungen entbinden, ihnen damit aber zugleich die Möglichkeit zu deren Schaffung nehmen könnten, wäre mit den verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantien unvereinbar.

Ändert der Vorbehalt ihrer Leistungsfähigkeit demnach zwar nichts an der Pflicht der Kommunen zur Vorhaltung öffentlicher Einrichtungen mit der Folge, dass diese unter die Pflichtaufgaben fällt, deren Finanzierung die Länder sicherzustellen haben, so könnte er doch Probleme hinsichtlich des Umfangs der Pflicht zur Vorhaltung öffentlicher Einrichtungen und damit ihrer Einbeziehung in die Pflicht der Länder zur finanziellen Mindestausstattung der Kommunen aufwerfen. Wenn das Land es nämlich über den Leistungsfähigkeitsvorbehalt in der Hand hätte, den Umfang der kommunalen Unterhaltung öffentlicher Einrichtungen zu steuern, so ließen sich aus der Verpflichtung der Kommunen zur Schaffung öffentlicher Einrichtungen nicht gut Folgerungen für die Finanzierungsverantwortung der Länder ziehen. Doch wäre es mit den verfassungsrechtlichen Garantien kommunaler Selbstverwaltung auch unvereinbar, wenn das Land über seine finanziellen Leistungen an die Kommunen nach seinem Dafürhalten einseitig das Ausmaß der Schaffung kommunaler Einrichtungen bestimmen

²⁰⁵ § 8 Abs. 1 GemO NRW.

²⁰⁶ § 6 Abs. 1 KrO NRW.

²⁰⁷ § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 107a Abs. 1 NWGO. Dazu *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 14 Rn. 106.

könnte. Nicht primär die finanziellen Zuweisungen durch das Land bestimmen den Inhalt der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, sondern die in den Verfassungen des Bundes und der Länder verankerte kommunale Selbstverwaltungsgarantie bestimmt, welche finanziellen Leistungen des Landes als Mindestausstattung der Kommunen geboten sind. Mit dem Leistungsfähigkeitsvorbehalt ist das schon deshalb ohne Weiteres vereinbar, weil mit ihm eben nur gemeint sein dürfte, dass die Kommunen sich bei der Schaffung öffentlicher Einrichtungen nicht übernehmen sollen.

Allerdings könnte eine Bestimmung der finanzierungsbedürftigen Kosten der kommunalen Pflichtaufgabe Schaffung öffentlicher Einrichtungen daran scheitern, dass die Konkretisierung dieser Pflichtaufgabe im Ermessen der jeweiligen Gemeinde liegt²⁰⁸ und aus diesem Grunde eine objektive Bestimmung der öffentlichen Einrichtungen, zu deren Schaffung eine Kommune verpflichtet ist, nicht möglich wäre. Indessen ist das Ermessen einer Gemeinde hier wie auch sonst nicht grenzenlos. Nach § 40 VwVfG NRW hat eine Behörde, die ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben. Das den Kommunen bei der Entscheidung über die Schaffung der für ihre Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen eingeräumte Ermessen, soll, wie die explizite oder implizite Bezugnahme auf ihre Einwohner deutlich macht, offenbar dem Zweck dienen, den kommunalen Organen die Setzung von Prioritäten zu ermöglichen, die sich an den Präferenzen der Einwohner orientieren. Soweit die Schaffung bestimmter Einrichtungen mit einem bestimmten Mindeststandard von den Gemeindegewohnen allgemein für unerlässlich gehalten wird und keine Ausnahmesituation besteht, die Abstriche rechtfertigt, wird man das Ermessen der kommunalen Organe als insoweit beschränkt ansehen müssen.²⁰⁹ Soweit im Durchschnitt der kommunalen Gebietskörperschaften die Bereithaltung bestimmter öffentlicher Einrichtungen mit einer bestimmten Mindestausstattung als selbstverständlich angesehen wird, fällt deren Vorhaltung deshalb in der Regel unter die kommunalen Pflichtaufgaben.²¹⁰

Zu der Ermittlung der kommunalen Pflichtaufgaben gehört auch die Feststellung des Qualitätsniveaus, auf dem sie jeweils wahrzunehmen sind. Das kann sehr unterschiedlich sein. Maßgeblich muss der Standard sein, der durchschnittlich zu einer korrekten Erfüllung der jeweiligen Pflichtaufgabe gehört. Ein darüber hinausgehendes Niveau muss schon dem Bereich freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben zugerechnet werden. Oft sind pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben allerdings so bis ins Einzelne durchnormiert, dass unter dem Aspekt der finanziellen Ermöglichung der Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben keine Veranlassung zu ihrer auch nur partiellen Zuordnung zu den Selbstverwaltungsaufgaben besteht²¹¹. Sowohl hinsichtlich Art und Umfang der von den Kommunen wahrzunehmenden Aufgaben als auch hinsichtlich der Standards, welche die Kommunen dabei einzuhalten verpflichtet sind, ist zu berücksichtigen, ob sie sich bis zu dem Zeitraum, für den über die Finanzausstattung der Kommunen zu entscheiden ist, gegenüber der Vergangenheit geändert haben werden²¹².

Nach der Ermittlung der kommunalen Pflichtaufgaben stellt sich die Frage, welche freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben die Kommunen müssen wahrnehmen können. Da das, dem Sinn der Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben entsprechend, von Kommune zu Kommune unterschiedlich sein kann, ist deren Beantwortung noch wesentlich schwieriger.

²⁰⁸ Zur Kombination von Beurteilungsspielräumen und Ermessen, welche die einschlägigen Normen insgesamt zu Ermessensnormen macht, *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 13 Fn. 82.

²⁰⁹ Vgl. *Pappermann*, VR 1981, 84, nach dessen Auffassung sich die Schaffung bestimmter kultureller Einrichtungen insoweit zur Pflichtaufgabe entwickelt hat, als dies der communis opinio der Gemeindegewohnen entspricht.

²¹⁰ Vgl. zu Vorstehendem bereits *Lange*, DVBl 2015, 457 (458 f.).

²¹¹ Vgl. *Schoch/Wieland* (oben Fn. 93), S. 101 f.

²¹² *ThürVerfGH*, Urteil v. 2.11.2011 – 13/10 –, juris, Rn. 90.

In der Literatur wird zum Teil angenommen, dass die Kommunen mindestens fünf bis zehn Prozent der ihnen insgesamt zur Verfügung stehenden Finanzmittel für freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben müssten aufwenden können.²¹³ Richtiger erscheint es allerdings, auf einen Prozentsatz der Mittel abzustellen, die den Kommunen auf der Basis ihrer durchschnittlichen Ausgaben für Pflichtaufgaben zur Verfügung stehen müssen²¹⁴. Anderenfalls würden Gemeinden mit einer besonders günstigen Finanzlage noch zusätzlich begünstigt und ärmere Gemeinden vergleichsweise benachteiligt. Bezogen auf die für Pflichtaufgaben benötigten Mittel hätte eine solche Bestimmung der Mittel, die den Kommunen für freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben zur Verfügung stehen müssen, eine gewisse Plausibilität, weil danach wenigstens ein nicht unwesentlicher Teil kommunaler Finanzen für Selbstverwaltungsaufgaben zur Verfügung stünde.

Grundsätzlich wäre es freilich vorzuziehen, Kriterien für die kommunale Mindestausstattung zu finden, die weniger abstrakt und mehr an den Inhalten freiwilliger kommunaler Selbstverwaltung orientiert sind. So wäre daran zu denken, die freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben zugrunde zu legen, die von den Kommunen tatsächlich wahrgenommen werden, und deren Kreis zu erweitern oder zu verringern, je nachdem, wie hoch die verfassungsrechtlich geforderten Möglichkeiten freiwilliger Selbstverwaltung eingeschätzt werden. Gerade eine solche Festlegung des als maßgeblich angesehenen Kreises freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben liefe freilich nach einigen Autoren Gefahr, mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie zu kollidieren, die es in die Entscheidung der Kommunen und von niemand anderem stellt, welche freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben sie in welchem Umfang wahrnehmen²¹⁵. Gegen eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts spräche indessen, dass eine solche Vorgehensweise gerade an die von den Kommunen selbst gewählten freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben anknüpfen würde und die Beurteilung, in welchem Ausmaß die Kommunen die Möglichkeit haben müssen, sich für diese Aufgaben zu engagieren, nur die Ermittlung der ihnen zustehenden Finanzausstattung betreffe, sie aber nicht hinderte, zumindest durch eine Umschichtung ihrer Ausgaben von der die Finanzausstattung betreffenden Beurteilung abzuweichen. Allerdings ist einzuräumen, dass auch eine derartige Einschätzung verfassungsrechtlich gewährleisteter Möglichkeiten freiwilliger Selbstverwaltung sich nur begrenzt zwingend begründen ließe.

Wenn eine konkrete Einschätzung der freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben, die eine Kommune von Verfassungs wegen wahrnehmen können, sich danach nicht als in plausibler Weise möglich erweist, wird davon ausgegangen werden können, dass für freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben der Kommunen jedenfalls ein bestimmter Prozentsatz der Mittel, die ihnen für Pflichtaufgaben zustehen, zur Verfügung stehen muss. Bevor ein unabweisbar bestehender Anspruch der Kommunen auf Finanzausstattung mangels Konkretisierung leerläuft, ist es allemal besser, ihn mit Annäherungs- und Schätzwerten zu konkreti-

²¹³ *Schoch/Wieland* (oben Fn. 93), S. 189 f. (allerdings mit der eher inkonsequent erscheinenden Folgerung auf S. 205, dass der Kommune eine freie Spitze von mehr als 5 bis 10 % für die Erfüllung ihrer Selbstverwaltungsaufgaben verbleiben müsse); *Schoch* (oben Fn. 3), S. 153 f., 188 (5 %); *Henneke*, Öffentliches Finanzwesen (oben Fn. 52), Rn. 842 (5 bis 10 %); *Wendt*, in: Joachim Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, 1997, S. 603 (625); *Hufen*, DÖV 1998, 276 (280): 5 %; *Geis* (oben Fn. 52), S. 85 (jedenfalls tendenziell 5 %); *Dreier*, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rn. 156. Kritisch Volkmann, DÖV 2001, 497 (501).

²¹⁴ In diesem Sinne *HessStGH*, NVwZ 2013, 1151 (1153). Dazu, dass der Anteil – im konkreten Fall wurden fünf Prozent gefordert – der Aufwendungen für freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben an den bereinigten Ausgaben des Verwaltungshaushalts sich nicht als Maßstab für die Mindestfinanzierung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben eignete, weil Einsparungen im Verwaltungshaushalt zu Kürzungen der für freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben zur Verfügung gestellten Mittel geführt hätten, *BVerfG* (3. Kammer des 2. Senats), Beschluss v. 9.3.2007 – 2 BvR 2215/01 –, juris, Rn. 27. Vgl. auch *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Mai 2015, Art. 28 Abs. 2 Rn. 82.

²¹⁵ *Volkmann*, DÖV 2001, 497 (500); *Maas* (oben Fn. 13), S. 215, 250 f.

sieren²¹⁶. Der Rückgriff auf Pauschalierungen und Schätzwerte ist der Rechtsordnung auch sonst nicht fremd, wie etwa Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe und Pauschalierungen im Gebührenrecht²¹⁷, Bagatellgrenzen bei der Beurteilung von Fehlerfolgen²¹⁸, die Bemessung von Schmerzensgeld²¹⁹ und die Schadensermittlung bei unvollständiger Sachverhaltsaufklärung²²⁰ zeigen. Sofern die Vorhaltung öffentlicher Einrichtungen, deren Bereithaltung im Durchschnitt der kommunalen Gebietskörperschaften als selbstverständlich angesehen wird, nicht den freiwilligen kommunalen Selbstverwaltungsaufgaben, sondern den Pflichtaufgaben der Kommunen zugerechnet wird²²¹, sollte es ausreichen, die für freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben mindestens benötigten Mittel mit 5 Prozent der für Pflichtaufgaben zur Verfügung stehenden Mittel zu veranschlagen. Allerdings kann auch ein solcher Prozentsatz immer nur ein unvollkommener Behelf sein, dessen Relevanz stets überprüfungsbedürftig bleibt. Das zeigt sich schon an der Kontrollüberlegung, zu welchen Folgen die Zugrundelegung eines solchen Prozentsatzes führen würde, falls das Land die Kommunen von sämtlichen Pflichtaufgaben entlasten würde und den Kommunen keine Mittel für Pflichtaufgaben mehr zur Verfügung stünden. Bei Zugrundelegung eines Prozentsatzes der genannten Art brauchten dem Land dann gar keine Mittel für freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben zur Verfügung stehen. Mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie wäre ein solches Ergebnis sicher nicht vereinbar.

Die Überprüfung der Plausibilität eines prozentual berechneten Minimums an Selbstverwaltungsaufgaben könnte sich etwa daran orientieren, ob die Betätigungsfelder der Gemeinden im Land einer in der Realität generell vorhandenen Typik noch entsprechen, z.B. ob die Gemeinden in den Bereichen Kultur und Förderung von Sport und örtlichem Vereinswesen aktiv sind; fehlt es daran, ist eine Verletzung des Kernbereichs indiziert. Auch kann ein Vergleich der Finanzausstattung der Kommunen in Nordrhein-Westfalen mit derjenigen in anderen Bundesländern unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten zu relevanten Kriterien führen.²²²

Der Teil der Finanzausstattung, der zur Finanzierung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben dient, darf keine zweckgebundenen Finanzzuweisungen enthalten. Denn damit würde die Freiheit der Kommunen, selbst darüber zu entscheiden, für welche Aufgaben diese Mittel eingesetzt werden, gerade eingeschränkt statt ermöglicht.

Hat man die Aufgaben identifiziert, deren Wahrnehmung den Kommunen möglich sein soll, so geht es um die dafür anfallenden Ausgaben, deren Finanzierung den Kommunen verfassungsrechtlich gesichert ist²²³.

Bei der Bestimmung der finanziellen Mindestausstattung der Gemeinden und Kreise müssen zunächst die tatsächlichen Ausgaben der Kommunen ermittelt werden. Das Argument, das dies gar nicht möglich sei, kann nicht überzeugen. Schließlich setzt auch die Feststellung der nach dem Konnexitätsprinzip²²⁴ auszugleichenden kommunalen Ausgaben für vom Land auferlegte Pflichtaufgaben – zwar vielleicht nicht gerade bei der vom *VerfGH NRW* zugelas-

²¹⁶ Vgl. *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rn. 156, mit der Äußerung, dass dieser Richtsatz effektiveren Schutz verspreche als die Formel der Judikatur, wonach erst bei einer „Aushöhlung“ des Selbstverwaltungsrechts eine Verletzung des Anspruchs auf angemessene Finanzausstattung vorliege. Zu Problemen mit dem Konzept der „freien Spitze“ allerdings *Maas* (oben Fn. 13), S. 146 ff.

²¹⁷ Vgl. *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 15 Rn. 123 f.

²¹⁸ Vgl. *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 18 Rn. 114.

²¹⁹ § 253 Abs. 2 BGB.

²²⁰ § 287 ZPO.

²²¹ Dazu oben bei Fn. 205 ff.

²²² Vgl. *VerfG MV*, Urteil v. 11.5.2006 – 1/05, 5/05, 9/05 – juris, Rn. 107.

²²³ Zu den Problemen, die sich beispielsweise aus einer unterschiedlichen Siedlungsstruktur und allgemein aus der Einschätzung der finanziellen Erforderlichkeiten für eine Aufgabenwahrnehmung ergeben, *Maas* (oben Fn. 13), S. 141 f.

²²⁴ Vgl. Art. 78 Abs. 3 LVerf NRW.

senen pauschalen Abgeltung in Nordrhein-Westfalen²²⁵, aber doch in anderen Bundesländern²²⁶ – die Ermittlung dieser Ausgaben voraus²²⁷.

Indessen können für die Feststellung des kommunalen Mindestfinanzbedarfs nicht einfach die tatsächlichen Ausgaben der Kommunen übernommen werden²²⁸. In Anbetracht dessen, dass sich die Kommunen im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts durchaus unterschiedlich anspruchsvolle und kostspielige Ziele setzen können, würde hiermit Unvergleichbares in einen Topf geworfen. Eine Feststellung der verfassungsrechtlich gebotenen Finanzausstattung anhand der selbst gesetzten Ziele jeder einzelnen Kommune ist damit auch praktisch unmöglich. Zudem würde auf diese Weise eine unwirtschaftliche Aufgabenwahrnehmung durch Finanzzuweisungen „belohnt“.²²⁹

Maßgeblich können nur die Ausgaben sein, die eine Kommune für ihre Pflichtaufgaben und ein Mindestmaß an freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben vernünftigerweise muss tätigen können. Diese Ausgaben dürften sich am ehesten aus einer Orientierung an den durchschnittlichen Ausgaben der betroffenen Kommunen ergeben²³⁰. Extrem hohe und extrem niedrige Ausgaben sollten unberücksichtigt bleiben²³¹. Wenn es gute Gründe dafür gibt, dass eine Aufgabe günstiger wahrgenommen werden könnte als in den meisten Kommunen, dann kann das auch in die Bemessung der notwendigen Ausgaben einfließen. Auch hier sind die Grundsätze sparsamer und wirtschaftlicher Haushaltsführung (§ 75 Abs. 1 Satz 2 GemO NRW) zu beachten²³². Dass die Kommunen durch eine solche Form der Kostenermittlung indirekt unter einen Druck gesetzt würden, der mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie unvereinbar wäre²³³, ist nicht anzunehmen. Abgesehen davon, dass es sich hierbei nur um einen Rechnungsposten zur Ermittlung staatlicher Finanzleistungen an die Kommunen handelt, gibt es hinreichend viele Gründe, die Abweichungen einer Kommune von Durchschnittskosten rechtfertigen können.

Die durch Finanzausgleichsleistungen abzudeckende finanzielle Mindestausstattung der Kommunen kann nicht ermittelt werden, ohne dem Bedarf an finanziellen Mitteln die schon ohne Finanzausgleichsleistungen bestehende Finanzkraft der Kommunen gegenüberzustellen. Sie wird außer durch die Einnahmen aus Steuern, nichtsteuerlichen Abgaben und Entgelten wesentlich auch geprägt durch die Mittel, die den Kommunen nach dem Konnexitätsprinzip gemäß Art. 78 Abs. 3 LVerf NRW als Aufwendungsersatz bzw. nach § 1 Abs. 1 Konnexitätsausführungsgesetz NRW als Ausgleich für die Belastung durch vom Land übertragene Aufgaben zufließen. Ein Problem in diesem Zusammenhang besteht in der Veranschlagung der Einnahmen aus Grund- und Gewerbesteuer. Denn deren Höhe hängt von den Hebesätzen ab. Die eigenverantwortliche Festsetzung der Hebesätze gehört aber zum Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden. Auch bei der Beurteilung der Finanzkraft der Kom-

²²⁵ Vgl. *VerfGH NRW*, Urteil v. 9.7.1998 – 16/96, 7/97 –, juris, Rn. 80.

²²⁶ Dazu *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 15 Rn. 248 ff.

²²⁷ Vgl. *Maas* (oben Fn. 13), S. 188 f. Dass die Feststellung eines „objektiven Finanzbedarfs“ möglich ist, hebt *BayVerfGH*, Entscheidung v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05 –, juris, Rn. 219, hervor.

²²⁸ So auch *Henneke*, Jura 1987, 393 (399); *Thorsten Ingo Schmidt*, DÖV 2012, 8 (10); *Reus/Mühlhausen* (oben Fn. 79), S. 217.

²²⁹ Zu alledem *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 15 Rn. 190 m. w. Nachw.

²³⁰ *ThürVerfGH*, Urteil v. 2.11.2011 – 13/10 –, juris, Rn. 82. Dazu, dass bei allen verbleibenden Problemen der Objektivierbarkeit der Kosten auf die, etwa durch Durchschnittswertbetrachtungen und Quervergleiche modifizierten, tatsächlichen Kosten abgestellt werden sollte, *Maas* (oben Fn. 13), S. 249 ff. Zu unterschiedlichen Modellen der aufgabenorientierten Finanzbedarfsbestimmung *Christine Falken-Grosser*, Aufgabenorientierung in der Finanzbedarfsbestimmung im kommunalen Finanzausgleich, 2010, S. 140 ff.

²³¹ *ThürVerfGH*, Urteil v. 2.11.2011 – 13/10 –, juris, Rn. 107 ff.; *HessStGH*, NVwZ 2013, 1151 (1154 f.). Vgl. auch den Hinweis von *Maas* (oben Fn. 13), S. 190, auf das Verfahren der sog. gestützten Reihe, in dem die originären Pro-Kopf-Beträge der Kommunen, die um mehr als 50 % über bzw. unter den zuvor ermittelten gewogenen Durchschnittswerten lagen, auf den jeweiligen „Grenzbetrag“ herauf- bzw. heruntergesetzt wurden.

²³² *ThürVerfGH*, Urteil v. 2.11.2011 – 13/10 –, juris, Rn. 92, 105; *HessStGH*, NVwZ 2013, 1151 (1155).

²³³ Diese Gefahr sieht *Maas* (oben Fn. 13), S. 250 f.

munen muss also darauf geachtet werden, dass die Selbstverwaltungsgarantie nicht verletzt wird. Mit der Zugrundelegung überhöhter Hebesätze bei der Berechnung der ihnen zustehenden Mindestausstattung könnten die Gemeinden faktisch gezwungen werden, selbst überhöhte Hebesätze festzusetzen, zu deren Festsetzung sie sonst nicht bereit wären. Die Veranschlagung sehr niedriger Hebesätze bei der Beurteilung der gemeindlichen Finanzkraft könnte hingegen das Ziel verfehlen, die vom Land noch abzudeckende finanzielle Mindestausstattung der Kommunen einigermaßen treffend zu ermitteln. Würden der Beurteilung der gemeindlichen Finanzkraft andererseits die Hebesätze zugrunde gelegt, für welche die Gemeinde sich von sich aus entschieden hat, so drohten andere Fehleffekte: Hohe Hebesätze würden den Eindruck starker Finanzkraft vermitteln, obwohl die Gemeinde sich nur in Anbetracht ihrer schlechten finanziellen Lage für sie entschieden hat. Niedrige Hebesätze wiesen auf eine schwache Finanzkraft hin, obwohl sie nur Ausdruck dessen sein könnten, dass eine Gemeinde sie sich wegen ihrer guten Finanzlage leisten kann. Unter diesen Umständen spricht viel dafür, mit dem *VerfGH NRW*²³⁴ fiktive Hebesätze als sachgerechten Maßstab zur Beurteilung der Realsteuerkraft von Gemeinden anzusehen.

Besonderheiten gelten für die Finanzierung der Kreise durch die Kreisumlage. Bei deren Bemessung haben die Kreise die grundsätzlich gleichrangigen Interessen der kreisangehörigen Gemeinden in Rechnung zu stellen. Sie dürfen ihre eigenen Interessen nicht einseitig und rücksichtslos gegenüber den Aufgaben und Interessen der kreisangehörigen Gemeinden durchsetzen, sondern haben hinreichend Rücksicht auf deren Finanzbedarf zu nehmen.²³⁵ Insbesondere haben sie darauf zu achten, dass den Gemeinden eine angemessene Finanzausstattung belassen wird und ihnen ein substantieller Finanzspielraum zur eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung verbleibt²³⁶. Wie für die Gemeinden fiktive Hebesätze empfehlen sich für die Kreise fiktive Umlagesätze.

Der Gesetzgeber ist schließlich verpflichtet, die seiner Entscheidung über eine finanzielle Mindestausstattung der Kommunen zugrunde liegenden Fakten fortlaufend zu beobachten, um bei Veränderungen der Aufgabenbelastung oder der finanziellen Situation Anpassungen vorzunehmen²³⁷.

Dass der Gesetzgeber bei der Bemessung seiner Finanzausgleichsleistungen an die Kommunen als dem jeweils aktuellsten Akt seiner Finanzausstattungsmaßnahmen den genannten Anforderungen gerecht geworden ist, muss in einer Weise, die auch die verfassungsgerichtliche Überprüfung gestattet, objektiv erkennbar sein²³⁸. Es spricht vieles dafür, ein Gemeindefinanzierungsgesetz, hinsichtlich dessen das nicht der Fall ist, im Hinblick auf die Bedeutung dieser Angaben für die Nachvollziehbarkeit seines Zustandekommens als verfassungswidrig anzusehen²³⁹.

Sowohl für den administrativen Aufwand bei der Bemessung der kommunalen Finanzausstattung als auch für die Nachvollziehbarkeit dieser Bemessung durch die Öffentlichkeit und durch die Verfassungsgerichtsbarkeit ist es wichtig, ihre Kompliziertheit in Grenzen zu halten

²³⁴ Vgl. nur *VerfGH NRW*, NVwZ 1994, 68 (70); Urteil v. 9.7.1998 – 16/96, 7/97 –, juris, Rn. 109 ff; *Michael Inhester*, Kommunalen Finanzausgleich im Rahmen der Staatsverfassung, 1998, S. 172 ff.; *Maas* (oben Fn. 13), S. 263 f.

²³⁵ Vgl. *BVerwGE* 145, 378 (381, Rn. 14); *BVerwG*, Urteil v. 16.6.2015 – 10 C 13.14 –, Rn. 39; *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 18 Rn. 106.

²³⁶ *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 18 Rn. 106 m. w. Nachw.

²³⁷ *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (672); Urteil v. 2.11.2011 – 13/10 –, juris, Rn. 83 ff.; *NdsStGH*, Urteil v. 7.3.2008 – 2/05 –, juris, Rn. 68; *HessStGH*, NVwZ 2013, 1151 (1152 f.).

²³⁸ *OVG RhPf*, NVwZ 2012, 1034 (1036): „Die wesentlichen Ergebnisse seiner Ermittlungen und seine hierauf fußenden Erwägungen hat der Gesetzgeber durch Aufnahme in die Gesetzesmaterialien transparent zu machen“.

²³⁹ Vgl. *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (676). Dagegen *VerfGH NRW*, Urteil v. 9.7.1998 – 16/96, 7/97 –, juris, Rn. 64, wonach der Gesetzgeber nicht gehalten ist, die Gründe für die Festlegung konkreter Beträge oder Verteilungskriterien im Einzelnen darzulegen.

und sie auf möglichst einfache und transparente Faktoren zu stützen²⁴⁰. Das spricht grundsätzlich für eine Bezugnahme auf exemplarische Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die Verwendung auch indirekter Maßstäbe wie einer prozentualen Bemessung der für Selbstverwaltungsaufgaben mindestens erforderlichen Mittel²⁴¹ oder der Orientierung an dem Maß der tatsächlichen Wahrnehmung typischer Selbstverwaltungsaufgaben oder dem Vergleich der kommunalen Finanzausstattung über die Jahre und über die Landesgrenzen hinaus²⁴². Bestehen Zweifel an deren Aussagekraft, so müsste derjenige, der sich darauf beruft, sie auch belegen.

Nach alledem sind schon bei der Ermittlung des kommunalen Mindestfinanzbedarfs Typisierungen unvermeidlich, die dem Gesetzgeber Gestaltungsspielräume in einer Frage zufallen lassen, die eigentlich nach objektiven Kriterien beurteilt werden sollte. Um diesen Vorteil des Landesgesetzgebers wenigstens ein wenig aufzufangen und zugleich späteren Streitigkeiten vorzubeugen, sollten schon für die Ermittlung des finanziellen Mindestbedarfs der kommunalen Beteiligungsformen institutionalisiert werden, in denen die Kommunen angehört werden und eine nach Möglichkeit einvernehmliche Problemlösung angestrebt wird²⁴³. Das gilt besonders auch für die Abstimmung der Methoden, die zur Ermittlung der verfassungsmäßigen Mindestfinanzausstattung verwendet werden. Mit guten Gründen werden solche Beteiligungsformen sogar als durch die Selbstverwaltungsgarantie verfassungsrechtlich geboten angesehen²⁴⁴. Dafür lässt sich einmal eine gewisse Grundrechtsähnlichkeit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie anführen, die es nahelegt, den im Bereich der Grundrechte anerkannten Schutz der inhaltlichen Gewährleistungen durch Verfahrensrechte auf die kommunale Selbstverwaltungsgarantie zu übertragen. Ein solcher Schutz durch Verfahren wird vor allem in zwei Konstellationen für verfassungsrechtlich geboten erachtet: Einmal dort, wo eine gerichtliche Kontrolle erst zu einem Zeitpunkt erfolgen kann, in dem etwaige Grundrechtsverletzungen nicht mehr zu korrigieren sind. Eine solche Situation liegt gerade bei Konflikten über die staatliche Finanzausstattung der Kommunen vor. Denn auch bei einer Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Finanzausgleichsnormen bereitet die Berichtigung von Zahlungen aus bereits abgeschlossenen Haushaltsperioden, soweit sie überhaupt möglich ist, erhebliche Schwierigkeiten. Außerdem wird ein Verfahrensschutz im Grundrechtsbereich gerade dann für erforderlich gehalten, wenn ein eindeutiger materieller Maßstab für die Beurteilung eines Grundrechtsverstosses fehlt. Eine vergleichbare Situation liegt wegen der Unvermeidbarkeit staatlicher Gestaltungsspielräume bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der kommunalen Finanzausstattung vor.

5.3 Das doppelte Haushalts- und Rechnungswesen

Zu den Hauptvorteilen des doppelten Haushalts- und Rechnungswesens im Vergleich mit der Kameralistik wird es gerechnet, dass die den Ergebnishaushalt prägenden Begriffe der Erträge und Aufwendungen periodengerecht zugeordnet werden, also – wie beispielsweise Abschreibungen und Rückstellungen für Versorgungsbezüge – dem Haushaltsjahr zugeordnet werden, auf das sie sich beziehen, ohne dass dem gleichzeitige Zahlungsvorgänge entsprechen müssten. Davon, dass auch der nicht zahlungswirksame Ressourcenverbrauch

²⁴⁰ Zur Kompliziertheit des Finanzausgleichs *Falken-Grosser* (oben Fn. 230), S. 242 f.

²⁴¹ Dazu oben bei Fn. 216 ff.

²⁴² Vgl. oben bei Fn. 222.

²⁴³ Entscheidend abstellend auf die Einbeziehung der Kommunen in das Gesetzgebungsverfahren zu der jeweils anstehenden Änderung des Finanzausgleichs *StGH BW*, Urteil v. 10.5.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 96. Vgl. auch *BayVG*, Entscheidung v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05 –, juris, Rn. 213 ff. Skeptisch hingegen *Dietrich Roßmüller*, Schutz der kommunalen Finanzausstattung durch Verfahren, 2009, S. 103 ff.

²⁴⁴ Hierzu und zum Folgenden *Maas* (oben Fn. 13), S. 272 ff.; *Dombert*, DVBl 2006, 1136 (1140 ff.)

abgebildet wird²⁴⁵, wird ein wesentlich realistischeres Bild der Vermögenslage der Kommune erwartet.²⁴⁶

Allerdings fragt sich, ob die Doppik nicht eben deshalb wenig geeignete Kriterien für die gebotene Finanzausstattung der Kommunen bietet, weil es bei der Finanzausstattung gerade um Zahlungsvorgänge geht. Schließlich benötigt die Kommune finanzielle Mittel dann, wenn sie ein Investitionsvorhaben oder Versorgungsbezüge bezahlen muss, und nicht in den Haushaltsjahren, denen sie nicht zahlungswirksame Abschreibungen oder Rückstellungen zurechnet.

Gleichwohl erscheint es sinnvoll, dass das Land den Kommunen finanzielle Mittel nach dem Maß ihrer Aufwendungen und Erträge zukommen lässt. Denn damit entspricht die Finanzausstattung der Kommunen dem Maß ihrer tatsächlichen Aufgabenwahrnehmung – und gerade dazu soll sie durch die verfassungsrechtlich gebotene Finanzausstattung instand gesetzt werden. So bezieht sich denn auch die durch § 75 Abs. 2 GemO NRW vorgeschriebene Pflicht zum Haushaltsausgleich, die mit der ausreichenden Finanzausstattung in engem Zusammenhang steht, im Sinne der Doppik auf das Verhältnis der Aufwendungen zu den Erträgen, also die Ergebnisrechnung, und nicht auf die Liquiditätssicherung, also die Finanzrechnung, für die § 75 Abs. 6 GemO NRW gilt²⁴⁷. Unter dem Blickwinkel der Doppik wird klar, dass in einem Haushaltsjahr durchgeführte Reinvestitionen oder ausgezahlte Versorgungsbezüge nicht nur diesem Haushaltsjahr zugerechnet werden können und dass sie bei der Bildung von Durchschnittsausgaben nicht etwa als extrem hohe Ausgaben („Ausreißer“) außer Betracht gelassen werden dürfen. Gewiss wird auf dieser Basis der Finanzbedarf einer Kommune für eine völlige Neuinvestition im Jahr ihrer Vornahme bei der Berechnung des Finanzbedarfs jedenfalls nicht im vollen Umfang berücksichtigt. Dafür werden aber etwa Abschreibungen in die Berechnung einbezogen, womit zur zeitgerechten Verfügbarkeit der Mittel für eine Reinvestition beigetragen wird. Ähnlich wird auf diese Weise der Notwendigkeit künftiger Zahlung von Versorgungsbezügen rechtzeitig Rechnung getragen. Damit trägt die Orientierung an den Aufwendungen und Erträgen zugleich dem Umstand Rechnung, dass die Finanzausstattung der Kommunen tendenziell eher auf eine gewisse Gleichmäßigkeit und weniger auf ständige Sprünge angelegt ist.

Auch darüber hinaus lassen sich vermittels der Doppik wichtige Anknüpfungspunkte für die Bemessung der Finanzausstattung der Kommunen gewinnen. Zu den wesentlichen Charakteristika des doppelischen Haushalts- und Rechnungswesens gehört der Wechsel von der für die Kameralistik prägenden Input-Orientierung, also der Bereitstellung von Ressourcen, zu einer auf Ergebnisse, auf Leistungen ausgerichteten Output-Orientierung²⁴⁸. Das kann der Ermittlung des Aufwandes für die kommunale Aufgabenerfüllung deutlich zugutekommen²⁴⁹.

Dies gilt insbesondere für die Produktorientierung der Doppik. Durch die Ausweisung von Produkten und deren Zusammenfassung in Produktgruppen und Produktbereichen²⁵⁰ wird es

²⁴⁵ Zum Defizit des kameralen Haushalts- und Rechnungswesens, das kein klares Bild über den Gesamtressourcenverbrauch der Verwaltung liefert, *Claus Hamacher*, in: Stephan Articus/Bernd Jürgen Schneider (Hrsg.), *Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen*, 3. Aufl. 2009, § 75 GO Erl. 1.

²⁴⁶ Vgl. *Reus/Mühlhausen* (oben Fn. 79), S. 317 ff.

²⁴⁷ Dazu *Klieve*, in: Friedrich Wilhelm Held u.a., *Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen*, Stand: Juli 2015, § 75 Erl. 2.2. Vgl. auch *Faber*, in: Hans-Günter Henneke/Hermann Pünder/Christian Waldhoff (Hrsg.), *Recht der Kommunalfinanzien*, 2006, § 34 Rn. 70.

²⁴⁸ Vgl. *Mehde*, in: Hans-Günter Henneke/Heinz Strobl/Dörte Diemert (Hrsg.), *Recht der kommunalen Haushaltswirtschaft*, 2008, § 5 Rn. 21.

²⁴⁹ Vgl. die positive Bewertung der Doppik hinsichtlich der Qualität von Finanzinformationen, der Transparenz und von Leistungsvergleichen jedenfalls innerhalb ein und desselben Bundeslands in den Befragungen der Universität Hamburg www.doppik-studie.de.

²⁵⁰ Dazu *Jörg Henkes*, *Der Jahresabschluss kommunaler Gebietskörperschaften*, 2008, S. 91 ff.; *Reus/Mühlhausen* (oben Fn. 79), S. 324 ff. Hieran anknüpfend auch Hessischer Städte- und Gemeindebund, *Finanzbedarf der Gemeinden und Gemeindeverbände und aufgabengerechter kommunaler*

wesentlich erleichtert, in einer repräsentativen Weise zu ermitteln, welche kommunalen Aufgaben mit welchen Kosten verbunden sind. Eine systematische Ordnung und Darstellung der gemeindlichen Leistungen (Produkte) erleichtert die haushaltswirtschaftliche Zuordnung von Erträgen und Aufwendungen, um der Ressourcenorientierung ausreichend Rechnung tragen zu können und die Aufgabenerfüllung verstehbar zu machen. Der vom nordrhein-westfälischen Innenministerium gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 GemHVO NRW bekanntgegebene Produktrahmen und weitere Vorschriften über die gemeindliche Produktorientierung sorgen für eine landesweit einheitliche Handhabung und verbessern u.a. durch die Vorgabe von Produktbereichen die Informationskapazität und die Vergleichbarkeit der gemeindlichen Haushalte²⁵¹, wenn auch die Ausgestaltung in Produktgruppen und Produkten von den Gemeinden nach ihren eigenen Bedürfnissen vorzunehmen ist²⁵². Hierzu trägt auch die Vorgabe eines einheitlichen Kontenrahmens und eines einheitlichen Kontierungsplans bei²⁵³. Darüber hinaus leistet die durch § 50 GemHVO NRW vorgeschriebene Konsolidierung selbstständiger kommunaler Aufgabenbereiche einen Beitrag zu Transparenz und Vergleichbarkeit²⁵⁴. Außerdem vermitteln Controlling und Berichtspflichten Informationen über die nicht nur geplanten, sondern tatsächlich erbrachten kommunalen Leistungen²⁵⁵.

Dem Urteil des *VerfGH NRW* vom 18.5.2015 – 24/12 – ist zu entnehmen, dass die in den Jahren 2004 bis 2008 auf kommunaler Ebene erfolgte Umstellung von der Kameralistik auf die Doppik sich massiv auf die Qualität der Daten in der Jahresrechnungsstatistik ausgewirkt hatte. Dementsprechend waren zahlreiche Korrekturen statistischer Daten erforderlich. Bei einer Neuberechnung auf korrigierter Datenbasis ergaben sich weitreichende Veränderungen bei der jeweiligen Höhe der Hilfsmittel gegenüber der Anlage zum Stärkungspaktgesetz. Bei 25 von 34 pflichtig teilnehmenden Gemeinden bedurfte es nach Neuberechnung der strukturellen Lücke einer Korrektur der Konsolidierungshilfe um mehr als 10 %. Im Durchschnitt aller pflichtig teilnehmenden Gemeinden kam es zu einem Korrekturbedarf um etwa 25 %.²⁵⁶

Der Jahresabschluss²⁵⁷ dürfte allerdings zu undifferenziert sein, um daraus die für die Finanzausstattung der Kommunen erforderlichen Informationen gewinnen zu können. Auch ist die Nützlichkeit der Doppik – wie freilich schon die der Kameralistik – für die Ermittlung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen dadurch eingeschränkt, dass sie nicht zwingend eine Aufschlüsselung nach Pflichtaufgaben und freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben bietet²⁵⁸. Ihrer bedarf es zur Ermittlung der Mindestausstattung aber – gleich, ob der für die freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben zu veranschlagende Betrag von den tatsächlich wahrgenommenen freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben abgeleitet oder nach einem Prozentsatz der für Pflichtaufgaben zur Verfügung stehenden Mittel berechnet wird. Eine solche Aufschlüsselung muss also noch zusätzlich geleistet werden, wofür möglicherweise exemplarische Untersuchungen ausreichen.

Finanzausgleich in Hessen. Kurzgutachten der Geschäftsstelle, Februar 2014, <http://www.hsgb.de/medias/fachinformationen/finanzen-oeffentlicher-bereich/finanzen-oeffentlicher-bereich-2014/kfa/hsgb03-2014-gutachten-endfassung.pdf>, abgerufen am 23.10.2015, S. 7 ff.

²⁵¹ Vgl. die Handreichung des nordrhein-westfälischen Ministers für Inneres und Kommunales zum Neuen Kommunalen Finanzmanagement

http://www.mik.nrw.de/fileadmin/user_upload/Redakteure/Dokumente/Themen_und_Aufgaben/Kommunales/18_NKF-Handreichung_Teil_3.pdf, abgerufen am 23.10.2015, S. 826.

²⁵² Handreichung des MIK zum Neuen Kommunalen Finanzmanagement (oben Fn. 251), S. 906, 910.

²⁵³ Handreichung des MIK zum Neuen Kommunalen Finanzmanagement (oben Fn. 251), S. 847, 871.

²⁵⁴ Vgl. Henkes (oben Fn. 250), S. 498 ff.

²⁵⁵ Mehde, in: Henneke/ Strobl/ Diemert (oben Fn. 248), § 6 Rn. 37 ff.; von Massow, ebd., § 19.

²⁵⁶ *VerfGH NRW*, Urteil v. 18.5.2015 – 24/12 –, juris, Rn. 19.

²⁵⁷ Dazu Freese, in: Henneke/ Strobl/ Diemert (oben Fn. 248), § 22 Rn. 2 ff.

²⁵⁸ Vgl. Handreichung des MIK zum Neuen Kommunalen Finanzmanagement (oben Fn. 251), S. 910 ff.

5.4 Bestimmungsfaktoren der angemessenen Finanzausstattung

Da es bei der angemessenen Finanzausstattung darum geht, die Kommunen über die Finanzierung der Aufgaben, die sie mindestens müssen wahrnehmen können, hinaus an der Leistungsfähigkeit des Landes angemessen partizipieren zu lassen, liegt es nahe, eine solche zusätzliche Finanzierung der Kommunen davon abhängig zu machen, inwieweit das Land über Mittel verfügt, die es zur Wahrnehmung von Aufgaben, die es mindestens muss wahrnehmen können, nicht benötigt. Die Finanzausstattung der Kommunen sollte deshalb grundsätzlich nur dann als angemessen angesehen werden können, wenn sie deren finanzielle Mindestausstattung in dem Maße übersteigt, in dem die Finanzlage des Landes diesem mehr als die Ausgaben erlaubt, die es mindestens muss leisten können. Zu starr dürfte demgegenüber der von *Schoch* vorgeschlagene Maßstab sein, nach dem die Finanzausstattung in – ohnehin schwer definierbaren – „Normallagen“ angemessen sein soll, wenn die Kommunen mindestens etwa ein knappes Zehntel (ca. 8% bis 10%) ihrer Finanzausstattung auf die Wahrnehmung freiwilliger Aufgaben zu verwenden haben²⁵⁹.

Das Problem ist indessen, dass die Ausgaben und damit die Aufgaben, die ein Land mindestens muss wahrnehmen können, nirgends abschließend rechtsverbindlich festgelegt sind. Gewiss muss ein Land die Aufgaben durchführen können, zu deren Erledigung es durch Bundesgesetze verpflichtet ist. Aber schon bei landesgesetzlichen Verpflichtungen fragt es sich, inwieweit sie wirklich zu den notwendigen Aufgaben eines Landes gehören – liegt es doch meistens in der Hand des Landes selbst, ob es sich solche Gesetze gibt. Umso mehr gilt das für Aufgaben, die in gesetzesfreier Verwaltung wahrgenommen werden. Welche Aufgaben ein Land mindestens muss wahrnehmen können, ist ganz wesentlich eine Frage politischer Bewertung, die sich einer rechtlichen Entscheidung weitgehend entzieht.

Deshalb wird ein Zurückbleiben hinter dem verfassungsrechtlich gebotenen angemessenen Finanzausgleich nur bei einer offenkundigen Diskrepanz zwischen der Leistungsfähigkeit eines Landes und der Finanzausstattung seiner Kommunen festgestellt werden können.²⁶⁰ Immerhin lassen sich Kriterien dafür benennen, wann eine solche Diskrepanz vorliegt und wann nicht.

Prinzipiell unsachgerecht ist es, die Angemessenheit der kommunalen Finanzausstattung allein nach der Entwicklung der Einnahmen des Landes und der Kommunen zu beurteilen. Das spricht im Grundsatz gegen das sächsische Modell des „Gleichmäßigkeitsgrundsatzes“. Danach sollen sich die Gesamteinnahmen der Kommunen aus Steuern sowie den Zuweisungen aus dem kommunalen Finanzausgleich gleichmäßig zur Entwicklung der dem Land verbleibenden Finanzmasse aus Steuern sowie dem Länderfinanzausgleich einschließlich Bundesergänzungszuweisungen, abzüglich der den Kommunen zufließenden Finanzmasse im kommunalen Finanzausgleich, also zu seinen Gesamteinnahmen netto gestalten²⁶¹. Eine solche Ausblendung der Aufgaben- und der daraus resultierenden Ausgabenentwicklung ist mit dem Sinn einer angemessenen kommunalen Finanzausstattung nur vereinbar, wenn sich das Verhältnis der Aufgabenbelastung beider Seiten – der Kommunen einerseits und des Landes andererseits – nicht verändert. Das kann aber nicht ohne Weiteres unterstellt werden.²⁶² Bleibt das Verhältnis der Aufgabenbelastung allerdings unverändert, was regel-

²⁵⁹ *Schoch* (oben Fn. 3), S. 154.

²⁶⁰ So bereits *Lange*, DVBl 2015, 457 (461 f.). *Schoch* (oben Fn. 29), S. 127, hält Abwägungsspielräume und Gestaltungskompetenzen des Landesgesetzgebers in diesem sog. Randbereich der kommunalen Finanzausstattungsgarantie für selbstverständlich und zieht eine Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle in Betracht.

²⁶¹ § 2 Abs. 1 Sächsisches Finanzausgleichsgesetz i.d.F.v. 21.01.2013 (SächsGVBl. S. 95), zuletzt geändert durch Gesetz v. 29.04.2015 (SächsGVBl. S. 364).

²⁶² Ablehnend zu dem in Sachsen praktizierten „Milbradtschen Gleichmäßigkeitsgrundsatz“ *Hubert Meyer*, LKV 1997, 390 (392) m. w. Nachw.; *Schoch* (oben Fn. 29), S. 121.

mäßiger Überprüfung bedürfte, kann der Gleichmäßigkeitsgrundsatz ein sinnvolles Kriterium für eine angemessene Finanzausstattung der Kommunen sein²⁶³.

Für das Verständnis des Art. 79 LVerf NRW als Ausprägung eines über die Mindestausstattung hinausgehenden Anspruchs auf eine angemessene kommunale Finanzausstattung ist die Rechtsprechung des *Niedersächsischen Staatsgerichtshofs* von besonderem Interesse, weil Art. 58 NdsVerf das Land fast gleichlautend mit Art. 79 Satz 2 LVerf NRW verpflichtet, den Gemeinden und Landkreisen die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Mittel "im Rahmen seiner finanziellen Leistungsfähigkeit durch übergemeindlichen Finanzausgleich zur Verfügung zu stellen".

Orientierungsmaßstab der angemessenen Finanzausstattung der Kommunen ist dem *Nds-StGH* zufolge die Verteilungssymmetrie²⁶⁴ mit dem Ziel, dem Land und den Kommunen die jeweils verfügbaren Finanzmittel gleichermaßen aufgabengerecht zukommen zu lassen. Es gelte das Gebot einer gerechten und gleichmäßigen Verteilung bestehender Lasten. Der Gesetzgeber müsse verhindern, dass die Kommunen anteilmäßig zu größeren Einsparungen gezwungen seien als das Land.²⁶⁵ Sind diese Kriterien noch recht abstrakt, so hat der *Nds-StGH* doch deutlich gemacht, wann er einen Verstoß gegen die Verteilungssymmetrie und daraus resultierend gegen das Gebot der angemessenen Finanzausstattung der Kommunen annimmt.

So stellt die Gegenüberstellung der Finanzierungssalden von Land und Kommunen nach Auffassung des *NdsStGH* einen geeigneten Parameter zur Beurteilung der Frage dar, ob das Land dem Gebot einer aufgabengerechten Verteilung der finanziellen Mittel nachgekommen ist²⁶⁶.

Steigen die Steuereinnahmen des Landes über die Jahre kontinuierlich, während die kommunalen Steuereinnahmen im selben Zeitraum zurückgehen und wachsen die Ausgaben der Kommunen währenddessen erheblich, ohne dass dem Land ähnliche Belastungszuwächse entstehen, so liegt dem *NdsStGH* zufolge keine angemessene Finanzausstattung der Kommunen vor²⁶⁷.

Nach der Rechtsprechung des *NdsStGH* ist es dem Gesetzgeber wegen der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der von Kommunen und Land wahrzunehmenden und wahrgenommenen Aufgaben z. B. verwehrt, durch eine Rückführung der Schlüsselmasse die Kommunen im Vergleich zum Land in stärkerem Maße zu einer Aufgabenreduzierung oder anderen Einsparungen zu zwingen²⁶⁸. Umgekehrt können die Kommunen nicht auf den Fortbestand der einmal gewährten Finanzzuweisungen vertrauen, denn auch das Land darf nicht finanziell überfordert werden und muss in der Lage bleiben, andere gleichwertige Güter sicherzustellen. In finanziellen Notzeiten fordern die Prinzipien der Verteilungssymmetrie und der Aufgabenparität eine gerechte und gleichmäßige Verteilung, d. h. eine ausgewogene Aufteilung des Defizits auf Land und Kommunen durch eine beiderseitige Reduzierung der zur Erfüllung der jeweiligen Aufgaben zur Verfügung stehenden Mittel. Der Gesetzgeber ist ferner verpflichtet, seine einmal getroffene Entscheidung über die Gewichtung des Finanzbedarfs der Kommunen und der Finanzkraft/Leistungsfähigkeit von Kommunen und Land fortlaufend zu beobachten, um auch bei einseitigen Veränderungen der Aufgabenbelastung

²⁶³ So auch *VerfG Bbg*, NVwZ-RR 2000, 129 (131); *VerfG MV*, Urteil v. 11.5.2006 – 1/05, 5/05, 9/05 –, juris, Rn. 99 ff.; *Brems* (oben Fn. 21), S. 201 ff.

²⁶⁴ Zur Offenheit dieses Kriteriums und kritisch gegenüber dem Grundsatz der Verteilungssymmetrie überhaupt *Brems* (oben Fn. 21), S. 196 ff. Seine Offenheit erleichtert aber seine Heranziehung im Zusammenhang mit der dargelegten Konzeption einer angemessenen Finanzausstattung.

²⁶⁵ *NdsStGH*, NVwZ-RR 1998, 529 (531 f.). Statt von einer angemessenen spricht der *NdsStGH* hier zumeist von einer aufgabengerechten Finanzausstattung.

²⁶⁶ *NdsStGH*, Urteil v. 7.3.2008 – 2/05 –, juris, Rn. 74.

²⁶⁷ *NdsStGH*, NVwZ-RR 1998, 529 (532).

²⁶⁸ *NdsStGH*, Urteil v. 7.3.2008 – 2/05 –, juris, Rn. 68. So auch *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (668).

Anpassungen vorzunehmen²⁶⁹. Die gleiche Verpflichtung trifft den Gesetzgeber bei einer nachhaltigen Verbesserung der finanziellen Situation des Landes.²⁷⁰

Nach Auffassung des *VerfGH RhPf* lassen sich Anhaltspunkte für die Beurteilung der Verteilungssymmetrie beispielsweise aus einer Gegenüberstellung der Kommunalisierungsgrade von Einnahmen und Ausgaben, einem Vergleich der Deckungsquoten auf Landes- und Kommunalebene oder auch aus einer vergleichenden Betrachtung der Finanzierungssalden und der jeweiligen Verschuldungssituation gewinnen²⁷¹. Überzeugend hat der *VerfGH RhPf* aber gleichzeitig darauf hingewiesen, dass der Grundsatz der Verteilungssymmetrie sich nicht auf eine bloße Rechengröße reduzieren lasse, sondern im Einzelfall aus Gründen der Verteilungsgerechtigkeit durch verfassungsrechtlich gebotene Wertungen ergänzt werden müsse. So könne sich das Land beispielsweise gegenüber einer Forderung der Kommunen auf Gewährung zusätzlicher Finanzmittel nicht auf das Bestehen rechnerischer Verteilungssymmetrie berufen, wenn es trotz finanzieller Notlage einen angemessenen Sparwillen vermissen lasse. Andernfalls könnte das Land sein Ausgabenniveau anheben und so berechnete Ansprüche der Kommunen mindern. Es entstünde der Anreiz für einen wirtschaftlich unvernünftigen „Ausgabenwettbewerb“ zwischen Land und Kommunen. Vor allem sei dem Land die Berufung auf eine rechnerisch bestehende Verteilungssymmetrie dann abgeschnitten, wenn die Kommunen unter finanziellen Schwierigkeiten litten, die maßgeblich auf eine signifikant hohe und von ihnen selbst nur begrenzt beeinflussbare Kostenbelastung aus staatlich zugewiesenen Aufgaben zurückzuführen sei.²⁷²

Als gerade in ihrem Zusammenspiel grundsätzlich sinnvolle Kriterien der Verteilungssymmetrie sind weiterhin vorgeschlagen worden²⁷³:

- die Entwicklung des sog. Teilhabeverhältnisses, d.h. des Anteils des Landes einerseits und der Kommunen andererseits an den Steuereinnahmen und Ausgleichsleistungen aus dem Länderfinanzausgleich sowie Bundesergänzungszuweisungen²⁷⁴;
- die Entwicklung der Aufgabenbelastung von Land und Kommunen und der daraus resultierenden Zuschussbedarfe;
- die Entwicklung der Finanzierungsdefizite einschließlich Folgewirkungen mit den Eckpunkten Finanzierungssalden, Verschuldung (einschließlich Kassenkredite, Zinsbelastung). Da die Finanzierungssalden die Lücken zwischen den tatsächlich auf ein Haushaltsjahr entfallenden Ausgaben und den zur Verfügung stehenden Einnahmen ohne Kreditaufnahme aufzeigen, werden sie als Indikator zur Beurteilung der finanziellen Lage von Land und Kommunen angesehen. Die Entwicklung der Verschuldung sollte in Anbetracht der unterschiedlichen Verschuldungsmöglichkeiten von Land und Kommunen einbezogen werden;
- die Entwicklung der Sachinvestitionen, deren Rückgang bei den Kommunen auf eine Verschlechterung der kommunalen Finanzsituation hinweist;
- die Entwicklung des Umfangs der Wahrnehmung freiwilliger Aufgaben.

Diese Beispiele und Kriterien der Bemessung einer angemessenen Finanzausstattung leiden allerdings allesamt unter der Schwäche, dass sie unterstellen, dass am Beginn des ins Auge gefassten Zeitraums die Finanzausstattung angemessen gewesen sei und es nur darum gehe festzustellen, ob sie das in Anbetracht inzwischen eingetretener Veränderungen immer noch sei. Doch scheint es angesichts der Schwierigkeiten, die Angemessenheit der kommunalen Finanzausstattung festzustellen, in der Tat sinnvoll, eine Finanzausstattung, die zu einem bestimmten Zeitpunkt von allen Seiten akzeptiert worden ist, als angemessen zu be-

²⁶⁹ *NdsStGH*, Urteil v. 7.3.2008 – 2/05 –, juris, Rn. 68. Ebenso *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (672).

²⁷⁰ *NdsStGH*, Urteil v. 7.3.2008 – 2/05 –, juris, Rn. 68 m. w. Nachw.

²⁷¹ *VerfGH RhPf*, NVwZ 2012, 1034 (1036).

²⁷² *VerfGH RhPf*, NVwZ 2012, 1034 (1036).

²⁷³ *Maas* (oben Fn. 13), S. 173, 225 ff.

²⁷⁴ Zu notwendigen Modifikationen *Maas* (oben Fn. 13), S. 228 f.

trachten, solange diese Sicht nicht durch gegen sie sprechende Tatsachen widerlegt ist. Die Vermutung der Angemessenheit einer in der Vergangenheit von allen Seiten akzeptierten kommunalen Finanzausstattung muss also durch die Darlegung und Belegung dagegen sprechender Tatsachen erschüttert werden dürfen. Gelingt das nicht, ist weiterhin von der Vermutung auszugehen.

Zu einer über die Mindestausstattung hinausgehenden angemessenen Finanzausstattung dürfen nach Auffassung des *ThürVerfGH* auch Zweckzuweisungen gehören. Ihr Anteil soll aber den Anteil der der Selbstverwaltungsgarantie entsprechend zur freien Verfügung der Kommunen stehenden allgemeinen Finanzausweisungen nicht übermäßig zurückdrängen dürfen.²⁷⁵ Da es bei der angemessenen Finanzausstattung der Kommunen gerade um Mittel geht, die – über die ohnehin gebotene finanzielle Ermöglichung der Erfüllung der Pflichtaufgaben hinaus – die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben ermöglichen sollen, erscheint allerdings der Standpunkt konsequenter, nach dem der aufgabenangemessene kommunale Finanzausgleich durch nicht zweckgebundene Schlüsselzuweisungen sicherzustellen ist. Erst wenn mit diesen die aufgabengerechte Finanzausstattung insgesamt vom Volumen her bewirkt wurde, kann danach eine Zweckbindung des darüber hinausgehenden Teils der Schlüsselzuweisungen für Investitionen in Betracht gezogen werden.²⁷⁶

Der Gesetzgeber ist ferner verpflichtet, auch die Fakten fortlaufend zu beobachten, die seiner Entscheidung über eine die Mindestausstattung überschreitende angemessene Finanzausstattung der Kommunen zugrunde liegen, um bei einseitigen oder unterschiedlichen Veränderungen der Aufgabenbelastung oder der finanziellen Situation Anpassungen vorzunehmen²⁷⁷. Sind Prognosen in einem fehlerfreien Verfahren erstellt worden, bewahrheiten sie sich aber später nicht, so bewirkt dies grundsätzlich nicht die Verfassungswidrigkeit der getroffenen Regelungen, führt aber zu einer Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers spätestens bei der im Zusammenhang mit der Beratung des nächsten Haushalts anstehenden Revision dieser Vorschriften²⁷⁸.

Schließlich werden die Schwierigkeiten, die einer verfassungsgerichtlichen Bestimmung der angemessenen Finanzausstattung Grenzen ziehen, durch Ermittlungs- und Darlegungspflichten der Länder und durch Verfahren kompensiert werden müssen, die auf eine Verständigung von Land und Kommunen zielen²⁷⁹. Die Ermittlung des Finanzbedarfs ist eine verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers²⁸⁰, der sich der Grundlagen des von ihm jeweils zu erlassenden Gemeindefinanzierungsgesetzes zu vergewissern hat. Die Erfüllung von Darlegungspflichten erleichtert die Rationalisierung von Entscheidungen, ihre Nachprüfbarkeit und durch die Herausarbeitung von Problempunkten einerseits und konsensfähigen Aspekten andererseits möglicherweise sogar Einigungsprozesse. Die naheliegende Einsetzung einer Gemeindefinanzkommission aus Vertretern des Landes und der Kommunen hat sich offenbar nicht immer als geeignetes Instrument erwiesen, um gegensätzliche Auffassungen über die kommunale Finanzausstattung zu überwinden und zu Kompromissen zu

²⁷⁵ *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (678).

²⁷⁶ So *Henneke*, DÖV 1998, 330 (335).

²⁷⁷ *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (672); Urteil v. 2.11.2011 – 13/10 –, juris, Rn. 83 f.; *NdsStGH*, Urteil v. 7.3.2008 – 2/05 –, juris, Rn. 68; *HessStGH*, NVwZ 2013, 1151 (1153).

²⁷⁸ *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (672 m. w. Nachw.).

²⁷⁹ Vgl. *StGH BW*, Urteil v. 10.5.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 97 ff.; *BayVerfGH*, Entscheidung v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05 –, juris, Rn. 213 ff. *Lange*, DVBl 2015, 457 (462). Einen Überblick über derartige Verfahren gibt *Henneke*, Die Kommunen (oben Fn. 52), S. 484 ff. Zur Verpflichtung des Gesetzgebers, der Beurteilung der Finanzentwicklung des Landes und der Kommunen nachvollziehbare Vergleichsmaßstäbe und Referenzzeiträume zugrunde zu legen und damit im Gesetzgebungsverfahren ggf. auch darzulegen, dass dem Land – anteilig gesehen – ähnliche Belastungszuwächse wie den Kommunen entstanden sind, *NdsStGH*, Urteil v. 25.11.1997 – 14/95 –, juris, Rn. 112. Zu den Darlegungspflichten auch *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (676).

²⁸⁰ *HessStGH*, NVwZ 2013, 1151 (1155).

gelangen; die stärkere Einbeziehung neutralen Sachverständs, Berichtspflichten und die Zulassung von Minderheitsvoten könnten hier möglicherweise Verbesserungen bewirken²⁸¹.

6. Maßgeblichkeit der einzelnen Kommune oder der Gesamtheit der Kommunen

Überzeugend vertritt der *VerfGH NRW* den Standpunkt, dass eine Verletzung der Finanzausstattungspflicht des Landes gegenüber einer einzelnen Gemeinde grundsätzlich nicht in Betracht kommt, wenn den Gemeinden insgesamt ein ausreichendes Gesamtfinanzvolumen zur Verfügung gestellt wird und diese Finanzmittel in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise auf die Gemeinden verteilt werden²⁸². Das kann – und für die Gemeindeverbände kann nichts anderes gelten – schon deshalb nicht anders sein, weil bei der Ermittlung der für eine adäquate Aufgabenerfüllung erforderlichen Finanzmittel grundsätzlich nicht die in der jeweiligen Kommune tatsächlich anfallenden Kosten veranschlagt werden dürfen. Da sich die Gemeinden und Gemeindeverbände im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts ganz unterschiedlich anspruchsvolle und kostspielige Ziele setzen können, würde hiermit Unvergleichbares in einen Topf geworfen. Außerdem würde auf diese Weise eine unwirtschaftliche Aufgabenwahrnehmung durch Finanzzuweisungen „belohnt“. Damit bleibt als einzige realistische Möglichkeit der Ermittlung der zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Finanzmittel eine Orientierung an Durchschnittswerten.²⁸³ Schließlich lässt sich die Angemessenheit der Finanzausstattung der Kommunen nur dadurch feststellen, dass die finanzielle Lage der Kommunen in ihrer Gesamtheit zu der des Landes in Beziehung gesetzt wird.

Die durch die Selbstverwaltungsgarantien des Grundgesetzes wie der nordrhein-westfälischen Verfassung geforderte – die Mindestfinanzausstattung beinhaltende – angemessene Finanzausstattung der Kommunen ist allerdings nicht nur Bestandteil der institutionellen Selbstverwaltungsgarantie. Die verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantien vermitteln den Kommunen auch ein subjektives Recht auf ihre Einhaltung, soweit sie die jeweilige Gemeinde betreffen²⁸⁴. Jede Kommune kann die Finanzausstattung verlangen, die sich aus der den verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantien entsprechenden Berechnung ergibt. Darauf, dass den Kommunen insgesamt ein ausreichendes Gesamtfinanzvolumen zur Verfügung gestellt wird und diese Finanzmittel in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise auf die Kommunen verteilt werden, hat danach jede Kommune, soweit es sie selbst betrifft, einen Anspruch gegen das Land²⁸⁵.

Demgegenüber wird nicht selten der Standpunkt vertreten, dass eine Kommune nur dann erfolgreich auf eine verbesserte Finanzausstattung klagen könne, wenn sie darlegen könne,

²⁸¹ *Maas* (oben Fn. 13), S. 278 ff.

²⁸² *VerfGH NRW*, Urteil v. 1.12.1998 – 5/97 –, juris, Rn. 46; Urteil v. 6.5.2014 – 14/11 –, juris, Rn. 38. Es dürfte überzogen sein, wenn *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 28 Rn. 89, diese Rechtsprechung des *VerfGH NRW* als „Negierung der auch den kommunalen Finanzgewährleistungen immanenten beschränkten Rechtssubjektsqualität der Kommunen“ beurteilt. Die Relativierung der Aussage des *VerfGH NRW* durch das Wort „grundsätzlich“ und der Umstand, dass das Fehlen selbst der Mindestausstattung jedenfalls normativ der Ausnahmefall sein sollte, lassen unter bestimmten Voraussetzungen Raum für einen Anspruch einzelner Gemeinden auf eine individuell bemessene Mindestausstattung, wenn ihnen nicht einmal ein Mindestmaß an freiwilliger Selbstverwaltung möglich ist.

²⁸³ *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 15 Rn. 190.

²⁸⁴ Vgl. *VerfG MV*, Urteil v. 11.5.2006 – 1/05, 5/05, 9/05 –, juris, Rn. 110; *VerfG Bbg*, Urteil v. 22.11.2007 – 75/05 –, juris, Rn. 116 f. Dazu auch *Nierhaus*, LKV 2005, 1 (2 f.); *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 1 Rn. 127 ff.

²⁸⁵ Vgl. etwa *VerfGH NRW*, Urteil v. 11.12.2007 – 10/06 –, juris, Rn. 45 ff.; Urteil v. 19.7.2011 – 32/08 –, juris, Rn. 55 ff. S. auch *NdsStGH*, Urteil v. 7.3.2008 – 2/05 –, juris, Rn. 45, wo es als ausreichend betrachtet wird, dass die Beschwerdeführerinnen Sachverhalts- und Abwägungsmängel im Gesetzgebungsverfahren gerügt hatten, die wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verteilungssymmetrie eine Verletzung des Anspruchs auf angemessene Finanzausstattung nach Art. 58 NdsVerf als möglich erscheinen ließen.

dass sie selbst nicht über die finanzielle Mindestausstattung verfüge bzw. infolge unzureichender Finanzausstattung die ihr obliegenden Aufgaben nicht erfüllen könne²⁸⁶. Damit wird jedoch verkannt, dass es gerade der Sinn der übergreifenden landesweiten Ermittlung der verfassungsmäßigen Finanzausstattung der Kommunen ist, an die Stelle der individuellen Berechnung der verfassungsmäßigen Finanzausstattung jeder einzelnen Kommune zu treten, die weniger sachgerecht und darüber hinaus mit einem ganz unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre. Dann ist es aber nur konsequent, dass der einzelnen Kommune anstelle eines für sie individuell berechneten Finanzausstattungsanspruchs ein Anspruch auf eine verfassungsmäßige Beteiligung an dem für die Gesamtheit der Kommunen des Landes verfassungsgemäß berechneten Finanzausstattungsvolumen zukommt. Dass die einzelne Kommune geltend macht, mit ihrer Finanzausstattung ihre verfassungsmäßigen Aufgaben einschließlich eines Mindestmaßes an freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben nicht wahrnehmen zu können, ist unter diesen Umständen nicht erforderlich.²⁸⁷ Erst recht verkennt die Auffassung, dass die Kommune nur dann erfolgreich auf eine verbesserte Finanzausstattung klagen könne, wenn sie darlegen könne, dass sie nicht über eine für sie individuell berechnete finanzielle Mindestausstattung verfüge, dass der Kommune auf diese Weise das Recht vorenthalten würde, den in ihrem Selbstverwaltungsrecht enthaltenen Anspruch auf eine angemessene Finanzausstattung einzuklagen, wenn diese aufgrund einer entsprechenden Leistungsfähigkeit des Landes über die finanzielle Mindestausstattung hinausgeht. Denn die Angemessenheit der Finanzausstattung der Kommunen kann – auch schon, weil sie auf deren Mindestausstattung aufbaut – nicht durch einen Vergleich der Lage jeder einzelnen Kommune, sondern nur durch den Vergleich der Lage der Gesamtheit der Kommunen mit der Leistungsfähigkeit des Landes ermittelt werden.

Wenn die einzelne Kommune auf diese Weise eine höhere Mindestfinanzausstattung erhält, als ihrer individuellen Lage entspricht – etwa, weil sie ihre Aufgaben ganz besonders wirtschaftlich wahrgenommen hat –, wird das als Folge der pauschalierenden Berechnung der verfassungsrechtlich geforderten Mindestausstattung hinzunehmen sein. Damit ist allerdings die Frage nicht geklärt, ob der Anspruch auf eine ordnungsgemäß pauschal berechnete Mindestausstattung es ausschließt, dass die einzelne Kommune, für deren Mindestausstattung infolge besonderer Umstände die pauschal berechnete Mindestfinanzausstattung nicht ausreicht, Anspruch auf eine ihrer individuellen Situation entsprechende Mindestausstattung hat.

Ob und inwieweit bei einem grundsätzlich verfassungskonformen Verteilungssystem ein Anspruch einer einzelnen Gemeinde auf ergänzende Finanzausstattung aufgrund ihrer besonderen Situation gegeben sein kann, hat der *VerfGH NRW* bislang noch nicht definitiv entschieden²⁸⁸. Indessen ist es ausgeschlossen, dass auch nur in einer einzigen Gemeinde aus finanziellen Gründen, sparsamste Wirtschaftsführung und Ausschöpfung aller Einnahmemöglichkeiten vorausgesetzt, nicht einmal ein Mindestmaß an freiwilliger Selbstverwaltung mehr möglich ist, und damit in dieser Gemeinde keinerlei freiwillige Selbstverwaltung mehr stattfinden kann. Eine solche Situation würde den Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung verletzen. Jede einzelne Gemeinde kann vielmehr die für sie erforderliche finanzielle Mindestausstattung beanspruchen²⁸⁹. Notfalls muss das Land einen Auffangfonds einrichten,

²⁸⁶ Vgl. *BVerfGE* 71, 25 (37); *BVerfG* (1. Kammer des Zweiten Senats), NVwZ 1987, 123 (123); (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss v. 9.3.2007 – 2 BvR 2215/01 –, juris, Rn. 21 ff.; *VerfG Bbg*, Beschluss v. 18.10.2013 – 68/11 –, juris, Rn. 44. S. auch *ThürVerfGH*, Urteil v. 18.3.2010 – 52/08 –, juris, Rn. 39 ff. Anders zu Recht *VerfGH NRW*, Urteil v. 6.5.2014 – 14/11 –, juris, Rn. 38.

²⁸⁷ In diesem Sinne etwa *VerfGH NRW*, Urteil v. 6.5.2014 – 14/11 –, juris, Rn. 38; *Schoch/Wieland* (oben Fn. 93), S. 184 f.; *Henneke*, Öffentliches Finanzwesen (oben Fn. 52), Rn. 840 ff. S. auch unten bei Fn. 291.

²⁸⁸ *VerfGH NRW*, Urteil v. 1.12.1998 – 5/97 –, juris, Rn. 46; Urteil v. 19.7.2011 – 32/08 –, juris, Rn. 68 f.

²⁸⁹ *VerfG Bbg*, NVwZ-RR 2000, 129 (134); Urteil v. 22.11.2007 – 75/05 –, juris, Rn. 116 f.; *NdsStGH*, NVwZ-RR 2001, 553 (558); *VerfG MV*, Urteil v. 11.5.2006 – 1/05, 5/05, 9/05 –, juris, Rn. 110; *Tettinger/Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 28 Abs. 2 Rn. 246. Vgl. auch *Dombert*, DVBl 2006, 1136 (1139); *BVerwG*, Urteil v. 16.6.2015 – 10 C 13.14 –, Rn. 39, zur Maßgeblichkeit der Verhältnisse der konkreten kreisangehörigen und umlagepflichtigen Gemeinden für die Frage, ob eine Kreisumlage-Kreisumlageerhöhung hinreichend Rücksicht auf den Finanzbedarf der Gemeinden nimmt.

aus dem solchen Gemeinden die für ein Mindestmaß kommunaler Selbstverwaltung benötigten Mittel zur Verfügung gestellt werden.²⁹⁰

Allerdings kann einer Kommune die finanzielle Mindestausstattung grundsätzlich gar nicht fehlen, wenn die Finanzausgleichsmasse aufgrund einer korrekten Bemessung des Mindestfinanzbedarfs festgelegt und korrekt verteilt worden ist. Würde daneben generell ein Anspruch der Kommunen auf eine individuell berechnete Mindestausstattung anerkannt, würde das Ziel verfehlt, die Finanzausgleichsmasse aufgrund pauschalierender Berechnungen des Mindestfinanzbedarfs festzulegen, und doch gleichheitswidrig nur für einzelne Kommunen der Versuch unternommen, von deren individuellem Finanzbedarf auszugehen. Damit würde die unverzichtbare Bemessung der unter den Kommunen zu verteilenden Schlüsselmasse nach Faktoren, die nicht auf die einzelne Kommune, sondern auf die Gesamtheit der Kommunen bezogen sind, unterlaufen und ihres Sinnes beraubt, was zugleich bestätigt, dass der Finanzausstattungsanspruch der einzelnen Kommune grundsätzlich nicht von der individuellen Finanzsituation der einzelnen Kommune abhängig gemacht werden kann²⁹¹. Möglich sein muss neben dem Anspruch auf angemessene Beteiligung an der pauschal berechneten Finanzausgleichsmasse ein individueller Anspruch von Kommunen auf finanzielle Mindestausstattung aber dann, wenn besondere Umstände vorliegen, die bei der pauschalen Beurteilung der erforderlichen Finanzausstattung gar nicht berücksichtigt wurden und auch nicht wegen geringer Bedeutung außer Betracht gelassen werden durften²⁹².

Entsprechendes muss für den kommunalen Anspruch auf eine über die Mindestausstattung hinausgehende, nach der Leistungsfähigkeit des Landes angemessene Finanzausstattung gelten. Diese angemessene Ausstattung ergibt sich daraus, dass die Mindestausstattung um einen der Leistungsfähigkeit des Landes entsprechenden Anteil erhöht wird. Demgemäß kann einer Kommune als angemessene Finanzausstattung im Allgemeinen nur eine sachgerechte Beteiligung an der für die Gesamtheit der Kommunen als Mindestausstattung ermittelten Finanzausgleichsmasse zuzüglich eines der Leistungskraft des Landes entsprechenden Anteils zustehen. Eine individuelle Bemessung der angemessenen Finanzausstattung kann allein dort verlangt werden, wo schon die Mindestfinanzausstattung als Basis der angemessenen Finanzausstattung auf Grund besonderer Umstände individuell zu bemessen ist.

Jeglichem Anspruch einzelner Gemeinden auf eine finanzielle Mindestausstattung ist indessen entgegengehalten worden, dass der Vorbehalt der finanziellen Leistungsfähigkeit des Landes, der den Anspruch auf finanzielle Mindestausstattung begrenze, sinnvollerweise nur gegenüber den Kommunen in ihrer Gesamtheit, nicht aber gegenüber einer einzelnen Kommune in Ansatz gebracht werden könne²⁹³. Dieser Einwand geht jedoch schon deshalb ins Leere, weil die Mindestfinanzausstattung der Kommunen gerade nicht unter dem Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Landes steht²⁹⁴.

Ebenso wenig lässt sich einwenden, dass es widersprüchlich sei, die Finanzausstattung der Kommunen des Landes in ihrer Gesamtheit als verfassungsmäßig zu beurteilen und es zugleich für möglich zu halten, dass einzelne Gemeinden gleichwohl nicht die von ihnen zu

²⁹⁰ In diesem Sinne *VerfG Bbg*, NVwZ-RR 2000, 129 (134); *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 15 Rn. 191. Vgl. auch *NdsStGH*, NVwZ-RR 2001, 553 (558). Kritisch gegenüber dem Einsatz von Bedarfszuweisungen zu diesem Zweck *Maas* (oben Fn. 13), S. 177 ff.

²⁹¹ Dazu oben bei Fn. 286 f.

²⁹² Vgl. *VerfGH NRW*, Urteil v. 19.7.2011 – 32/08 –, juris, Rn. 69: „Verfassungsrechtlich geboten sind sie (gemeint sind vorübergehende ergänzende Sonderzuweisungen, K.L.) im Rahmen des Finanzausgleichs allenfalls dann, wenn bestimmte Sonderbedarfe anzuerkennen sind, die nicht in ähnlicher Höhe andernorts gegeben sind, sondern nur einzelne Kommunen betreffen und nicht schon durch die Ausgestaltung des Finanzausgleichs durch abstrakte Bedarfsindikatoren abgedeckt sind“.

²⁹³ *Volkman*, DÖV 2001, 497 (504).

²⁹⁴ S. oben 3.4.

beanspruchende finanzielle Ausstattung erhalten²⁹⁵. Da die Finanzausstattung der Kommunen des Landes nach Durchschnittswerten berechnet werden muss, ist es so gut wie unvermeidlich, dass der Finanzbedarf einzelner Gemeinden oder Gemeindeverbände damit nicht befriedigt wird. Das macht die Berechnung der Finanzausstattung, die den Kommunen eines Landes in ihrer Gesamtheit zukommen muss, nicht fehlerhaft und verbietet es nicht, im Allgemeinen allein sie den Finanzausstattungsansprüchen der einzelnen Kommunen zugrunde zu legen. Es kann aber nicht ausschließen, der mangelnden individuellen Mindestausstattung einzelner Kommunen dann Rechnung zu tragen, wenn sie auf relevanten besonderen Gründen beruht, die bei der landesweiten Bemessung der Mindestausstattung der Kommunen nicht berücksichtigt wurden.

Der Anspruch jeder einzelnen Kommune auf eine verfassungsmäßige Finanzausstattung ist auch nicht etwas deshalb ausgeschlossen, weil diese Finanzausstattung Teil der objektiv-institutionellen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG ist, die als solche der Gesamtheit der Kommunen gegenüber verbürgt sei²⁹⁶. Der Umfang dieser institutionellen Garantie und der der subjektiven Rechtsstellungsgarantie der einzelnen Gemeinde, die in Art. 28 Abs. 2 GG ebenfalls verankert ist, sind grundsätzlich gleich mit dem einzigen Unterschied, dass die einzelne Kommune nur durch solche Verletzungen in ihrem Selbstverwaltungsrecht betroffen ist, die sie selbst erleidet²⁹⁷. Wäre es anders, so könnten betroffene Gemeinden sich beispielsweise nicht gegen Verletzungen der ebenfalls institutionell garantierten gemeindlichen Planungshoheit zur Wehr setzen. Mit der seit langem anerkannten Rechtspraxis wäre das unvereinbar²⁹⁸.

Schließlich steht dem Finanzausstattungsanspruch jeder einzelnen Gemeinde auch nicht entgegen, dass die einzelne Gemeinde keinen Bestandsschutz genießt, sondern vom Gesetzgeber aufgelöst werden kann. Der Schluss, dass es dann auch Gemeinden müsse geben können, die aus finanziellen Gründen ihr verfassungsrechtliches Recht auf Selbstverwaltung nicht ausüben können, ginge fehl. Die Auflösung einer Gemeinde ist nur zulässig, wenn sie im öffentlichen Interesse liegt²⁹⁹. Das ist nur dann der Fall, wenn an die Stelle der aufgelösten Gemeinde eine neue, der Rechtsordnung entsprechende Organisation tritt. Damit ist die Auflösung einer Kommune etwas grundlegend anderes als die Aushungerung einer Kommune, die eine dauerhafte Verletzung der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie darstellt.

7. Prozessuale Möglichkeiten der Kommunen

7.1 Klagemöglichkeiten vor den Verwaltungsgerichten

Die Klage einer Kommune vor dem Verwaltungsgericht auf eine Ausgestaltung des Gemeindefinanzierungsgesetzes, die der Kommune zu einer verfassungsmäßigen finanziellen Mindestausstattung oder darüber hinaus zu einer angemessenen Finanzausstattung verhilft, müsste daran scheitern, dass sie eine verfassungsrechtliche Streitigkeit beträfe und deshalb nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO unzulässig wäre. Die Frage, ob ein Bundesland für die verfassungsrechtlich gebotene Finanzausstattung seiner Kommunen hinreichend Sorge trägt, ist eine rein verfassungsrechtliche Frage, die sich für Nordrhein-Westfalen nach Art. 78, 79 LVerf NRW und Art. 28 Abs. 2 GG beantwortet.³⁰⁰

²⁹⁵ S. aber *Volkman*, DÖV 2001, 497 (504).

²⁹⁶ So *Brems* (oben Fn. 21), S. 204 f.

²⁹⁷ *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 1 Rn. 132 f.

²⁹⁸ *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 1 Rn. 67 ff.

²⁹⁹ Vgl. *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 1 Rn. 11 ff.

³⁰⁰ Vgl. zur parallelen Problematik der Einklagbarkeit des Konnexitätsprinzips *Lange*, DÖV 2014, 793 (797).

Bleiben die einer Kommune nach Inkrafttreten des einschlägigen Gemeindefinanzierungsgesetzes bewilligten Finanzausgleichsleistungen hinter der angemessenen Finanzausstattung oder doch jedenfalls der finanziellen Mindestausstattung zurück, könnte die Kommune aber, sobald sie den – legt man § 28 Abs. 6 Satz 1 des nordrhein-westfälischen Gemeindefinanzierungsgesetzes 2015 zugrunde – durch Bescheid der Bezirksregierung erlassenen unzureichenden Leistungsbescheid erhalten hat, vor dem Verwaltungsgericht Klage erheben.

Probleme wirft die Klageart auf. Hier bietet sich ein Rückgriff auf die Rechtsprechung des *BVerwG* zu Streitigkeiten an, in denen ein Beamter die Amtsangemessenheit und damit die Verfassungsmäßigkeit seiner Alimentation in Frage stellt. Die Verpflichtungsklage auf höhere Alimentation müsste mangels der dafür erforderlichen gesetzlichen Anspruchsgrundlage erfolglos bleiben, solange das bisherige, für verfassungswidrig erachtete Gesetz noch nicht durch ein neues ersetzt worden ist, das eine höhere Alimentation vorsieht³⁰¹. Das *BVerwG* hält deshalb in solchen Fällen allein eine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO für sachgerecht, die auf die gerichtliche Feststellung gerichtet ist, dass die Besoldung des Klägers den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt³⁰².

Die Rechtsprechung des *BVerwG* zu solchen beamtenrechtlichen Alimentationsstreitigkeiten ist deshalb übertragbar auf Streitigkeiten zwischen einer Kommune und dem Land über für unzureichend erachtete Finanzausgleichsleistungen³⁰³, weil auch Letztere grundsätzlich nur aufgrund eines Finanzausgleichsgesetzes – in Nordrhein-Westfalen eines Gemeindefinanzierungsgesetzes – erbracht werden können. Denn sowohl die Bemessung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen als auch besonders ihre darüber hinausgehende angemessene Finanzausstattung bedürfen grundsätzlicher Entscheidungen für das ganze Land mit einem hohen Anteil politischer Gestaltung und unterliegen deshalb nach der sog. Wesentlichkeitstheorie³⁰⁴ dem Vorbehalt des Gesetzes³⁰⁵. Solange es nur ein Gemeindefinanzierungsgesetz gibt, das verfassungswidrig zu niedrige Finanzausgleichsleistungen an die Kommunen vorsieht, besteht also für die Kommunen keine Möglichkeit, erfolgreich auf die Gewährung höherer Finanzausgleichsleistungen zu klagen. Wohl aber kann gerichtlich die Verfassungswidrigkeit der zunächst zugesprochenen Finanzausgleichsleistung festgestellt werden. Das kann das Verwaltungsgericht allerdings nicht allein tun, worauf sogleich zurückzukommen sein wird.

Das Feststellungsinteresse nach § 43 Abs. 1 VwGO und die von der Rechtsprechung³⁰⁶ auch für die Zulässigkeit der Feststellungsklage geforderte Klagebefugnis i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO sind gegeben, wenn die klagende Kommune vorträgt und begründet, in ihrem Selbstverwaltungsrecht dadurch verletzt zu sein, dass die in dem einschlägigen Gemeindefinanzierungsgesetz festgelegten Finanzausgleichsleistungen hinter den Anforderungen des Grundgesetzes und der nordrhein-westfälischen Verfassung zurückblieben und nicht auszuschießen sei, dass der klagenden Kommune bei einer verfassungsmäßigen Gestaltung des Finanzausgleichs höhere Leistungen zufließen. Das muss für die Substantiierung des gel-

³⁰¹ *BVerwG*, Urteil v. 28.4.2005 – 2 C 1/04 –, juris, Rn. 19. S. auch *SaarlOVG*, Beschluss v. 27.11.2012 – 3 A 113/12 –, juris, Rn. 39 ff.

³⁰² *BVerwG*, Vorlagebeschluss v. 14.11.1985 – 2 C 14/83 –, juris, Rn. 11 f.; Urteil v. 20.6.1996 – 2 C 7/95 –, juris, Rn. 21; Urteil v. 20.3.2008 – 2 C 49/07 –, juris, Rn. 29; Urteil v. 28.4.2011 – 2 C 51/08 –, juris, Leitsatz 2.

³⁰³ Ebenso *SaarlOVG*, Beschluss v. 27.11.2012 – 3 A 113/12 –, juris, Rn. 39 ff., hinsichtlich der Klage einer Kommune auf staatliche Leistungen, die – nach Auffassung der klagenden Kommune im Widerspruch zur Landesverfassung – in dem einschlägigen Kommunalfinanzausgleichsgesetz nicht vorgesehen waren.

³⁰⁴ Vgl. nur *BVerfGE* 47, 46 (78 f.); 49, 89 (126).

³⁰⁵ Dazu, dass der kommunale Finanzausgleich wegen seiner grundlegenden Bedeutung für eine angemessene Finanzausstattung der Gemeinden eine wesentliche Entscheidung für die Ausgestaltung der kommunalen Selbstverwaltung ist und daher dem Vorbehalt eines Parlamentsgesetzes unterliegt, *VerfGH NRW*, Urteil v. 9.7.1998 – 16/96, 7/97 –, juris, Leitsatz 8.

³⁰⁶ Vgl. *BVerwGE* 99, 64 (66).

tend gemachten Anspruchs ausreichen. Für die Auffassung, dass zusätzlich geltend gemacht werden muss, dass die klagende Kommune mit ihrer Finanzausstattung nicht einmal ein Minimum an Selbstverwaltungsaufgaben wahrnehmen kann, gibt es keinen Anhaltspunkt. Sie erkennt, dass die Festsetzung der Finanzausgleichsmasse anhand einer landesweiten pauschalierten Ermittlung des kommunalen Mindestfinanzbedarfs dem Interesse der einzelnen Gemeinden an einer selbstverwaltungsgerechten Mindestfinanzausstattung dient und die Finanzausstattungsansprüche der Kommunen sich grundsätzlich allein hieran orientieren können und müssen. Darüber hinaus enthält sie den Kommunen das Recht vor, ihren Anspruch auf eine über die Mindestausstattung hinausgehende angemessene Finanzfinanzausstattung gerichtlich durchzusetzen.³⁰⁷ Gleichwohl empfiehlt es sich im Hinblick auf gegenteilige Rechtsauffassungen, dass die klagende Kommune zusätzlich geltend macht, mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln nicht einmal ein Minimum an Selbstverwaltungsaufgaben finanzieren zu können.

Die Erhebung einer solchen Klage ist nicht etwa deshalb von vornherein ohne Erfolgsaussicht, weil einer unzureichenden Finanzausstattung der Kommunen nicht nur durch Finanzausgleichsleistungen des Landes, sondern auch auf andere Art und Weise abgeholfen werden kann. Der *VerfGH NRW* hat dem Anspruch auf höhere Finanzausgleichsleistungen zwar entgegengehalten, dass neben dem kommunalen Finanzausgleich auch andere und ergiebigere Wege der Finanzausstattung bestünden und der kommunale Finanzausgleich nur deren Ergänzung diene³⁰⁸. Doch fallen diese anderen Wege weitgehend in die Kompetenz des Bundesgesetzgebers. Weder das Land noch die Kommunen können insofern Änderungen vornehmen. Dem Land steht es zwar frei, den Kommunen zusätzliche Steuerquellen zu eröffnen, soweit es dies nicht schon erschöpfend getan hat wie mit Ausnahme der Jagd- und der Gaststättenerlaubnissteuer in § 3 Abs. 1 KAG NRW, der die Gemeinden ansonsten uneingeschränkt zur Erhebung von Steuern ermächtigt. Aber es ist ganz ungewiss, ob die Eröffnung einer neuen Steuerquelle geeignet ist, gerade das Defizit der kommunalen Finanzausstattung zu beheben. Hinzu kommt, dass die Erschließung neuer Steuerquellen eher auf Dauer gestellt und nicht geeignet ist, auf einen möglicherweise jährlich wechselnden kommunalen Finanzbedarf zu reagieren. Jedenfalls ergeht das in Nordrhein-Westfalen jährlich erlassene Gemeindefinanzierungsgesetz vor dem Hintergrund der gesetzlich festgelegten kommunalen Steuerquellen. Die im Gemeindefinanzierungsgesetz vorgesehenen Finanzausgleichsleistungen sind der letzte Baustein, mit dem das Land darüber entscheidet, ob es den Kommunen insgesamt die verfassungsmäßige Finanzausstattung zukommen lässt. Wenn die den Kommunen ermöglichten originären Erträge aus ihnen zugewiesenen Finanzquellen, insbesondere Steuern, und die Kostenerstattungen bei Aufgabenübertragungen durch das Land nicht ausreichen, um den Kommunen zu einer ausreichenden Finanzausstattung zu verhelfen, so sind sie nicht verfassungswidrig, weil das Land immer noch die Möglichkeit hat, durch Finanzausgleichsleistungen die verfassungsmäßige kommunale Finanzausstattung herbeizuführen. Wird die ungeschmälerste verfassungsmäßige Finanzausstattung der Kommunen aber – unter Einschluss von Bedarfszuweisungen, wie sie etwa in § 19 Abs. 2 Nr. 5 Gemeindefinanzierungsgesetz NRW 2015 vorgesehen sind – auch damit nicht erreicht, so genügt die Regelung der Finanzausgleichsleistungen des Landes im Gemeindefinanzierungsgesetz nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Das Gemeindefinanzierungsgesetz ist insoweit verfassungswidrig. Dass dessen Verfassungswidrigkeit möglicherweise dadurch behoben werden könnte, dass den Kommunen zusätzliche Steuerquellen eröffnet werden, ändert hieran nichts. Es bedeutet nur, dass dem Land andere Möglichkeiten als eine Erhöhung der Finanzausgleichsleistungen zur Behebung des Finanzausstattungsdefizits der Kommunen zur Verfügung stehen. Solange das Land davon keinen Gebrauch gemacht hat, bleibt es bei der Verfassungswidrigkeit der unzureichenden Finanzausgleichsleistungen³⁰⁹.

³⁰⁷ S. oben bei Fn. 284 f.

³⁰⁸ *VerfGH NRW*, Urteil v. 19.7.2011 – 32/08 –, juris, Rn. 58.

³⁰⁹ Vgl. *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (668).

Ist das mit der Feststellungsklage befasste Gericht der Meinung, dass seine Entscheidung von der Gültigkeit des einschlägigen Gemeindefinanzierungsgesetzes abhängt, und meint es weiterhin, dass das Gesetz gegen die *nordrhein-westfälische Verfassung* verstößt, so hat es nach Art. 75 Nr. 4 LVerf NRW i.V.m. § 50 Abs. 1 des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen (im Folgenden: *VerfGHG NRW*) das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des *VerfGH NRW* einzuholen. Hielte der *VerfGH NRW* das ihm vorgelegte Gesetz für mit der nordrhein-westfälischen Verfassung vereinbar, was gerade im Hinblick auf seine neueste Rechtsprechung nicht unwahrscheinlich ist, so wäre diese Entscheidung hinzunehmen. Eine Möglichkeit, das *BVerfG* hiergegen anzurufen, ist nicht vorgesehen, zumal selbst Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG die kommunale Verfassungsbeschwerde nur im Falle der Verletzung des Selbstverwaltungsrechts *durch ein Gesetz*, aber nicht durch eine Gerichtsentscheidung eröffnet.

Hält das mit der Klage befasste Gericht das einschlägige Gemeindefinanzierungsgesetz für unvereinbar mit dem *Grundgesetz* und die Entscheidung über seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz für vorgreiflich für seine Entscheidung, so hat es nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG sein Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des *BVerfG* einzuholen. Das gäbe dem *BVerfG* Gelegenheit, seine Auffassung zur grundgesetzlich gebotenen Finanzausstattung der Kommunen zu präzisieren und zu verdeutlichen.

Gegen diesen Weg spricht zwar, dass er zu einer Entscheidung des *BVerfG*, an der vor allem Interesse bestehen dürfte, nur führen kann, wenn das zuständige Verwaltungsgericht, was offen ist, sich zu einer Vorlage an das *BVerfG* entschließt. Eine solche – immer aufwändige und fehleranfällige – Vorlage könnte nicht nur deshalb unterbleiben, weil das Verwaltungsgericht das einschlägige Gemeindefinanzierungsgesetz für verfassungsmäßig hält oder im Hinblick auf verhaltene frühere Äußerungen des *BVerfG* zu der durch das Grundgesetz gebotenen Finanzierung der Kommunen nicht mit einer der Vorlage entsprechenden Entscheidung des *BVerfG* rechnet, sondern auch deshalb, weil es meint, der klagenden Kommune könne bereits über die Gewährung von Bedarfszuweisungen im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 5 Gemeindefinanzierungsgesetz NRW 2015 geholfen werden. Andererseits hat das Vorgehen über eine verwaltungsgerichtliche Klage, wenn es denn zu einer Vorlage an das *BVerfG* kommt, den großen Vorteil, dass sich das *BVerfG* der Befassung mit der Bedeutung des Art. 28 Abs. 2 GG nicht wie bei der kommunalen Verfassungsbeschwerde unter Hinweis auf die Zuständigkeit des Landesverfassungsgerichts nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG entziehen könnte.

Hält das mit der Sache befasste Verwaltungsgericht das einschlägige Gemeindefinanzierungsgesetz wegen unzureichender kommunaler Finanzausstattung sowohl mit der nordrhein-westfälischen Verfassung als auch mit dem Grundgesetz für unvereinbar, steht es in seinem Ermessen, ob es die Frage der Verfassungswidrigkeit zunächst dem *Bundesverfassungsgericht* oder zunächst dem *nordrhein-westfälischen Verfassungsgerichtshof* vorlegt³¹⁰. Es kann sie auch beiden Gerichten zugleich vorlegen. Folgt man der Auffassung, dass zunächst dem Gericht vorgelegt werden sollte, dessen Entscheidung möglichst schnell eine Entscheidung des vor dem Fachgericht anhängigen Rechtsstreits ermöglicht³¹¹, so sollte jedenfalls nicht zunächst eine Vorlage allein an den *VerfGH NRW* erfolgen. Denn wenn dieser im Einklang mit seiner neuesten Rechtsprechung das Gemeindefinanzierungsgesetz für mit der nordrhein-westfälischen Verfassung für vereinbar erklärt, bleibt immer noch dessen Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu klären, zu der die Entscheidung des *VerfGH NRW* nichts Verbindliches beitragen könnte.

³¹⁰ Dederer, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Mai 2015, Art. 100 Rn. 51, mit Nachw. der unterschiedlichen Rechtsauffassungen. Vgl. zur Parallelität der beiden Normenkontrollverfahren *BVerfGE* 17, 172 (179 f.).

³¹¹ So Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 852.

Erklärte der *VerfGH NRW* oder das *BVerfG* oder erklärten sogar beide das einschlägige Gemeindefinanzierungsgesetz für verfassungswidrig, so hätte der Landesgesetzgeber ein neues, verfassungsmäßiges Gemeindefinanzierungsgesetz zu erlassen. Auf dessen Grundlage könnte die Kommune die ihr zustehenden verfassungsmäßigen Finanzausgleichsleistungen mit der Verpflichtungsklage einklagen. Eines Vorverfahrens bedarf es nach § 110 JustizG NRW nicht.

Bedenken könnten allenfalls insoweit bestehen, als mangels Erhebung einer Anfechtungsklage oder einer die Anfechtungsklage beinhaltenden³¹² Verpflichtungsklage der ursprünglich ergangene Bescheid über Finanzausgleichsleistungen in Bestandskraft erwachsen und damit Ansprüchen auf Finanzausgleichsleistungen gemäß dem neu erlassenen verfassungsmäßigen Gemeindefinanzierungsgesetz für die Vergangenheit entgegenstehen könnte. Diese Bedenken sind jedoch unbegründet. Soweit ein neu zu erlassendes verfassungsmäßiges Gemeindefinanzierungsgesetz überhaupt rückwirkend Leistungen vorsieht, die die verfassungswidrige Vorenthaltung von Finanzausgleichsleistungen in der Vergangenheit ausgleichen, stellt es eine nachträgliche Änderung der Rechtslage dar, die nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG NRW auf Antrag der Kommune zum Wiederaufgreifen des Verfahrens und damit zur Durchbrechung der Bestandskraft ergangener Bescheide führt. Ist ein Wiederaufgreifen des Verfahrens zulässig und begründet, so muss die Behörde erneut in der Sache entscheiden, die Gegenstand des Verwaltungsakts war. Für die Frage, welche Entscheidung in der Sache, d.h. hinsichtlich des Schicksals des Verwaltungsakts, zu treffen ist, kommt es nach der überzeugenden h.M. in Rechtsprechung und Literatur ausschließlich auf das in der Sache anzuwendende aktuelle materielle Recht im Zeitpunkt der nunmehr zu treffenden Entscheidung an. Die Voraussetzungen eines Widerrufs oder einer Rücknahme des Verwaltungsakts brauchen danach nicht erfüllt zu sein.³¹³ Eines zusätzlichen Klageantrags in Form einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage zur Verhinderung des Eintritts der Bestandskraft des ursprünglichen verfassungswidrigen Bescheids über Finanzausgleichsleistungen bedarf es also nicht.

Nach richtiger, wenngleich ebenfalls umstrittener Auffassung kann eine Kommune aufgrund ihres Selbstverwaltungsrechts aber auch geltend machen, dass sie, unabhängig davon, ob die gesetzliche Regelung des Finanzausgleichs verfassungsmäßig ist oder nicht, dadurch in ihrem Selbstverwaltungsrecht verletzt ist, dass sie aufgrund besonderer Umstände, die bei der Ermittlung der Finanzausgleichsmasse nicht berücksichtigt wurden, bei den ihr zugebilligten Finanzausgleichsleistungen nicht einmal ein Mindestmaß an freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben wahrnehmen kann, obwohl sie sich sparsamster Wirtschaftsführung befleißigt und alle Einnahmemöglichkeiten ausschöpft³¹⁴. Damit lassen sich jedoch möglicherweise nur zusätzliche Leistungen aus einem vom Land eingerichteten Auffangfonds erreichen, ohne dass es zu einer Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des Gemeindefinanzierungsgesetzes kommt³¹⁵. Statthafte Klageart für ein solches Begehren wäre die vor dem Verwaltungsgericht zu erhebende Verpflichtungsklage. Eines Vorverfahrens bedarf es nach § 110 JustizG NRW auch hier nicht.

³¹² Vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, 21. Aufl. 2015, § 42 Rn. 28 f.; *Pietzcker*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: März 2015, § 42 Abs. 1 Rn. 119.

³¹³ Vgl. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 51 Rn. 30 ff., *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 15. Aufl. 2014, § 51 Rn. 18, 20.

³¹⁴ S. oben bei Fn. 289.

³¹⁵ S. oben bei Fn. 290. Vgl. auch *VerfG Bbg*, Beschluss v. 18.10.2013 – 68/11 –, juris, Rn. 46, wo eine kommunale Verfassungsbeschwerde unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes als unzulässig beurteilt wurde, weil die klagende Kommune nicht zunächst Zahlungen aus dem Ausgleichsfonds beantragt hatte.

7.2 Klagemöglichkeit vor dem Landesverfassungsgericht

Eine Kommune, deren Selbstverwaltungsrecht nach Art. 78, 79 LVerf NRW durch Landesrecht verletzt wird, kann nach Art. 75 Nr. 4 LVerf NRW i.V.m. § 52 Abs. 1 VerfGHG NRW deshalb den *nordrhein-westfälischen Verfassungsgerichtshof* mit der Verfassungsbeschwerde anrufen. Das Recht auf eine angemessene Finanzausstattung und jedenfalls die finanzielle Mindestausstattung – neuerdings allerdings nur unter dem Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Landes – wird nach der Rechtsprechung des *VerfGH NRW* von dem durch die nordrhein-westfälische Verfassung gewährleisteten Selbstverwaltungsrecht umfasst. Seine Verletzung durch Landesrecht kann in Nordrhein-Westfalen deshalb mit der Verfassungsbeschwerde vor dem Landesverfassungsgericht geltend gemacht werden. Genügt das Gemeindefinanzierungsgesetz des Landes nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Finanzausstattung der Kommunen, so können Kommunen, die geltend machen können, dass ihnen dadurch möglicherweise Zuweisungen entgehen, mithin dagegen den Verfassungsgerichtshof anrufen. Vorsorglich empfiehlt es sich allerdings auch hier, dass die klagende Kommune zusätzlich geltend machen kann, mit den ihr zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln nicht einmal ein Minimum an Selbstverwaltungsaufgaben finanzieren zu können. Nach § 52 Abs. 2 VerfGHG NRW kann die kommunale Verfassungsbeschwerde nur binnen eines Jahres nach Inkrafttreten des Gesetzes erhoben werden. Die verfassungsgerichtliche Geltendmachung einer unzureichenden kommunalen Finanzausstattung wird noch dadurch von Einschränkungen befreit, dass nach der neuesten Rechtsprechung des *VerfGH NRW* die Verfassungsbeschwerde bei ihm auch gegen bloßes gesetzgeberisches Unterlassen, hier also die Unterlassung einer verfassungsgemäßen Regelung der kommunalen Finanzausstattung, erhoben werden kann³¹⁶. Die dem § 52 Abs. 2 VerfGHG NRW entsprechende Antragsfrist kann dann nur mit der Entstehung der Handlungspflicht des Gesetzgebers zu laufen beginnen³¹⁷.

Für den Fall, dass der *VerfGH NRW* Finanzausgleichsleistungen, die zur Schaffung der verfassungsrechtlich gebotenen kommunalen Finanzausstattung nicht ausreichen, nicht als verfassungswidrig beurteilen sollte, weil es noch andere Möglichkeiten gibt, für eine verfassungsmäßige Finanzausstattung zu sorgen³¹⁸, wird es durch seine neuere Rechtsprechung zur Kommunalverfassungsbeschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen zumindest erleichtert, mit der Verfassungsbeschwerde nicht nur die Verfassungswidrigkeit der Finanzausgleichsregelungen im Gemeindefinanzierungsgesetz, sondern die zweifellos verfassungswidrige Unterlassung der Bereitstellung der verfassungsmäßigen Finanzausstattung der Kommunen überhaupt einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung zuzuführen. Denn auch alle Alternativen zu Finanzausgleichsleistungen, mit denen die verfassungsmäßige Finanzausstattung der Kommune geschaffen werden kann, bedürfen gesetzgeberischer Aktion³¹⁹.

Eine solche kommunale Verfassungsbeschwerde wegen gesetzgeberischen Unterlassens der Schaffung der verfassungsmäßigen kommunalen Finanzausstattung mag schon früher zulässig gewesen sein, als der *VerfGH NRW* kommunale Verfassungsbeschwerden immerhin in Fällen „unechten“ Unterlassens des Gesetzgebers zuließ³²⁰. Ein derartiges „unechtes“ Unterlassen wurde angenommen, wenn der Gesetzgeber zwar aktiv durch ein Gesetz tätig geworden war, dieses aber die kommunale Selbstverwaltungsgarantie unzureichend berücksichtigte. Ein Gemeindefinanzierungsgesetz, dessen Leistungen die verfassungsmäßige Finanzausstattung nicht erreichen, dürfte diese Voraussetzung erfüllen. Denn es berücksichtigt nicht nur das gebotene Maß an Finanzausgleichsleistungen, sondern die gebotene

³¹⁶ *VerfGH NRW*, NVwZ 2015, 368 (368 f.).

³¹⁷ Vgl. *VerfGH NRW*, Urteil v. 9.12.2014 – 11/13 –, juris, Rn. 67 (insoweit nicht abgedruckt in NVwZ 2015, 368).

³¹⁸ Dazu oben bei Fn. 93.

³¹⁹ Dazu oben bei Fn. 305.

³²⁰ Vgl. *VerfGH NRW*, Urteil v. 23.3.2010 – 21/08 –, juris, Rn. 49 f.; NVwZ-RR 2011, 41 (41 f.).

kommunale Finanzausstattung als solche und damit die kommunale Selbstverwaltungsgarantie unzureichend.

Doch bedarf es solcher Überlegungen nicht mehr, nachdem der *VerfGH NRW* kommunale Verfassungsbeschwerden gegen gesetzgeberisches Unterlassen inzwischen ohne die Beschränkung auf „unechtes Unterlassen“ als zulässig betrachtet³²¹. Jedenfalls unter diesen Umständen dürfte es sich sogar empfehlen, mit der kommunalen Verfassungsbeschwerde gegen die Ausweisung unzureichender Finanzausgleichsleistungen im Gemeindefinanzierungsgesetz hilfsweise den Antrag auf Feststellung zu verbinden, dass die Normen über die Finanzausstattung der Kommunen, weil sie unter Berücksichtigung aller zur Schaffung einer verfassungsmäßigen Finanzausstattung in Betracht kommenden Mittel unzureichend sind, gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie verstoßen. Die für den Beginn der Antragsfrist entsprechend § 52 Abs. 2 VerfGHG NRW maßgebliche Entstehung der Pflicht des Gesetzgebers, die verfassungsmäßige Finanzausstattung zu schaffen, beginnt mit dem Inkrafttreten des Gemeindefinanzierungsgesetzes, mit dem feststeht, dass die unzureichenden darin vorgesehenen Finanzausgleichsleistungen durch andere Regelungen kompensiert werden müssen.

Nachdem der *VerfGH NRW* mit seinen Urteilen vom 19.7.2011 und 6.5.2014³²² das Recht der Kommunen auf finanzielle Ausstattung deutlich zurückgefahren hat, dürften die Erfolgsaussichten einer kommunalen Verfassungsbeschwerde, mit welcher der kommunale Anspruch auf eine von der Leistungsfähigkeit des Landes unabhängige finanzielle Mindestausstattung oder eine darauf aufbauende und darüber hinausgehende angemessene Finanzausstattung geltend gemacht wird, aber sehr begrenzt sein. Der Umstand, dass der *VerfGH NRW* das Recht auf Selbstverwaltung aus Art. 78, 79 LVerf NRW bislang auch dann als verletzt angesehen hat, wenn der Landesgesetzgeber bei der Ausgestaltung des kommunalen Finanzausgleichs Maßgaben des Bundesrechts nicht beachtet, die für die kommunale Finanzmittelausstattung bindend sind³²³, ändert hieran offenbar nichts. Jedenfalls hat das Urteil des *BVerwG*, nach dem Art. 28 Abs. 2 GG einen von der Leistungsfähigkeit des Landes unabhängigen Anspruch der Kommunen auf eine finanzielle Mindestausstattung begründet, dem *VerfGH NRW* nicht einmal Anlass zu einer inhaltlichen Auseinandersetzung hiermit gegeben³²⁴. Eine Anrufung des *BVerfG* gegen eine zurückweisende Entscheidung des *VerfGH NRW* ist auch insoweit nicht vorgesehen.

7.3 Klagemöglichkeiten vor dem BVerfG

Wenn eine Kommune durch ein Gesetz in ihrem durch Art. 28 Abs. 2 GG garantierten Selbstverwaltungsrecht verletzt wird – und das kann ein Finanzausgleichsgesetz bzw. Gemeindefinanzierungsgesetz des Landes sein, welches die Anforderungen des Art. 28 Abs. 2 GG an die finanzielle Mindestausstattung oder die im Übrigen angemessene Finanzausstattung der Kommunen nicht erfüllt –, kann sie grundsätzlich nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG Verfassungsbeschwerde beim *BVerfG* erheben. Indessen ist die Kommunalverfassungsbeschwerde zum *BVerfG* nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b Halbs. 2 GG bei Landesgesetzen nur zulässig, soweit nicht Beschwerde beim Landesverfassungsgericht erhoben werden kann. Eine Kommunalverfassungsbeschwerde zum *VerfGH NRW* kann nach Art. 75 Nr. 4 LVerf NRW i.V.m. § 52 Abs. 1 VerfGHG NRW erhoben werden. Inwieweit die Subsidiarität der Kommunalverfassungsbeschwerde zum *BVerfG* allerdings nur gelten soll, wenn das Landesverfassungsgericht bei seiner Entscheidung dem Art. 28 Abs. 2 GG vollständig Rechnung trägt, ist bislang nicht eindeutig geklärt.

³²¹ S. oben Fn. 316.

³²² Dazu oben 4.1.2.

³²³ *VerfGH NRW*, Urteil v. 11.12.2007 – 10/06 –, juris, Leitsatz 1. Dazu des Näheren oben bei Fn. 151 ff.

³²⁴ Dazu oben bei Fn. 148 ff.

Nach einer Kammerentscheidung des *BVerfG* aus dem Jahr 1993 braucht der Prüfungsmaßstab des Landesverfassungsgerichts nicht dem des Art. 28 Abs. 2 GG zu entsprechen. Die Gemeinden sind danach auf die Auslegung des in der jeweiligen Landesverfassung garantierten Selbstverwaltungsrechts und die sich aus der Landesverfassung ergebenden Prüfungsmaßstäbe verwiesen.³²⁵

Hiernach können nordrhein-westfälische Kommunen, die der Ansicht sind, dass das für ihre Finanzausstattung maßgebliche nordrhein-westfälische Gemeindefinanzierungsgesetz nicht den Vorgaben des Art. 28 Abs. 2 GG entspricht, das *BVerfG* deshalb nicht anrufen, weil sie eine kommunale Verfassungsbeschwerde auch zum *VerfGH NRW* erheben können, und zwar auch dann, wenn dieser der nordrhein-westfälischen Verfassung nur die Gewährleistung einer geringeren Finanzausstattung entnimmt.

In weiteren Kammerentscheidungen ist diese Auffassung jedoch aufgelockert worden. Nach einer Kammerentscheidung aus dem Jahr 2007 schließt das Subsidiaritätsprinzip des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG eine sachliche Prüfung durch das *BVerfG* nicht aus, wenn „die landesverfassungsgerichtliche Kontrolle nur dem Namen nach [besteht] und keinen adäquaten Rechtsschutz im Hinblick auf die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG [gewährt]“³²⁶. Unter Bezugnahme hierauf heißt es in einer Kammerentscheidung aus dem Jahr 2013, dass Ausnahmen von dem Subsidiaritätsgrundsatz des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG (nur) dann in Betracht kämen, wenn die landesverfassungsgerichtliche Kontrolle keinen adäquaten Rechtsschutz im Hinblick auf die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG gewähre³²⁷.

Wie genau das *BVerfG* prüft, ob Entscheidungen von Landesverfassungsgerichten in Selbstverwaltungsfragen einen solchen adäquaten Rechtsschutz im Hinblick auf Art. 28 Abs. 2 GG gewähren, ist allerdings unklar. In dem Nichtannahmebeschluss vom 14.10.2013 jedenfalls begnügte sich die Kammer mit der Erklärung, das Landesverfassungsgericht habe sich umfassend mit den Auswirkungen des angegriffenen Gesetzes für das kommunale Selbstverwaltungsrecht der Beschwerdeführerinnen auseinandergesetzt. Seine Urteile ließen nicht den Schluss zu, eine der Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie angemessene Prüfung habe nicht stattgefunden. Die dem Art. 28 Abs. 2 GG zu entnehmenden einschlägigen Maßstäbe werden nicht erwähnt.³²⁸

Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass das *BVerfG* im Rahmen des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b Halbs. 2 GG seine Zuständigkeit schon dann verneinen dürfen oder gar müssen, wenn ein Landesverfassungsgericht die Einhaltung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie an einem Maßstab prüft, welcher dem Art. 28 Abs. 2 GG nicht vollständig genügt. Ein solches Verständnis entspricht schon dem Wortlaut der Norm nicht, der den Weg zum *BVerfG* nur verschließt, *soweit*, und nicht, wie das *BVerfG* in seinem Nichtannahmebeschluss aus dem Jahr 1993 ungenau formuliert, *wenn* Beschwerde beim Landesverfassungsgericht erhoben werden kann³²⁹.

Es dürfte auch dem Sinn des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG nicht entsprechen, den grundgesetzlichen Schutz der kommunalen Selbstverwaltung dann zu verkürzen, wenn die Länder ein geringeres Schutzniveau zur Verfügung stellen, und damit den Ländern zugleich die Mög-

³²⁵ *BVerfG* (1. Kammer des Zweiten Senats), NVwZ 1994, 58 (59).

³²⁶ *BVerfG* (1. Kammer des Zweiten Senats), Nichtannahmebeschluss v. 25.6.2007 – 2 BvR 635/07 –, juris, Rn. 3.

³²⁷ *BVerfG* (1. Kammer des Zweiten Senats), Nichtannahmebeschluss v. 14.10.2013 – 2 BvR 1961/13, 2 BvR 1962/13, 2 BvR 1976/13 –, juris, Rn. 4.

³²⁸ *BVerfG* (1. Kammer des Zweiten Senats), Nichtannahmebeschluss v. 14.10.2013 – 2 BvR 1961/13, 2 BvR 1962/13, 2 BvR 1976/13 –, juris, Rn. 5.

³²⁹ *BVerfG* (1. Kammer des Zweiten Senats), NVwZ 1994, 58 (59).

lichkeit zu geben, den durch das Grundgesetz gewährleisteten Schutz auszuhebeln.³³⁰ Das *BVerfG* hat dies ausdrücklich anerkannt, als es eine bei ihm erhobene Kommunalverfassungsbeschwerde gegen eine Rechtsverordnung für zulässig erklärte, die vor dem *Landesverfassungsgericht Sachsen-Anhalt* nicht erhoben werden konnte, weil dieses sich im Kommunalverfassungsbeschwerdeverfahren nur für eine Prüfung gesetzlicher, nicht aber untergesetzlicher Rechtsnormen als zuständig ansah³³¹. Es gibt keinen überzeugenden Grund dafür, eine Kommunalverfassungsbeschwerde zum *BVerfG* trotz Bestehens einer landesrechtlichen Kommunalverfassungsbeschwerde dann zuzulassen, wenn der Beschwerdegegenstand der bundesrechtlichen und der der landesrechtlichen Kommunalverfassungsbeschwerde voneinander abweichen, sie aber dann für unzulässig zu erachten, wenn der Prüfungsmaßstab beider Verfahren unterschiedlich ist, nämlich das Landesverfassungsgericht die landesverfassungsrechtliche kommunale Selbstverwaltungsgarantie enger versteht als das *BVerfG* die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Grundgesetzes. Für eine Zurücknahme des bundesverfassungsgerichtlichen Schutzes der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG im letzteren Fall besteht weder Anlass noch Rechtfertigung. Mit der Feststellung des *BVerfG*, dass durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG eine möglichst umfassende verfassungsgerichtliche Kontrolle von gesetzlichen Gestaltungen des kommunalen Selbstverwaltungsrechts gewährleistet werden soll³³², ist eine solche Schutzlücke unvereinbar.

Der durch die Subsidiaritätsklausel in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG vor bundesverfassungsgerichtlicher Einflussnahme geschützte Freiraum des Landes und die insoweit anerkannte Unantastbarkeit der Landesverfassungsgerichtsbarkeit³³³ verlangen nicht, dass das *BVerfG* von einer Kontrolle der Vereinbarkeit von Landesrecht mit Bundesverfassungsrecht Abstand nimmt. Davon ist auch sonst nicht die Rede, wie nicht zuletzt die Zuständigkeit des *BVerfG* für die Kontrolle von Landesrecht auf die Vereinbarkeit mit den Grundrechten des Grundgesetzes im Verfassungsbeschwerdeverfahren und für Normenkontrollverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 und Art. 100 Abs. 1 GG zeigt. Die Verfassungsautonomie der Länder und ihrer Verfassungsgerichtsbarkeit³³⁴ wird nicht beeinträchtigt, wenn das *BVerfG* Landesrecht auf seine Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 2 GG prüft, was die Landesverfassungsgerichte nur im Wege einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG veranlassen, aber mangels Kompetenz hierfür nicht selbst entscheiden dürften.

Zu Recht ist darauf hingewiesen worden, dass aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG die Notwendigkeit folgt, die bestehenden Rechte der Kommunen auch durch entsprechende Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung vor Gericht zu flankieren³³⁵. Für das *BVerfG* als Verfassungsorgan des Bundes gilt das umso mehr, als der Bund nach Art. 28 Abs. 3 GG gewährleistet, dass die verfassungsmäßige Ordnung der Länder den Bestimmungen des Art. 28 Abs. 2 GG entspricht. Diese verfassungsrechtliche Vorgabe darf bei der Interpretation des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG nicht außer Acht gelassen werden.

In Anbetracht der neueren Rechtsprechung des *VerfGH NRW* zur – seines Erachtens von der Leistungsfähigkeit des Landes abhängigen – Garantie der kommunalen Mindestfinanzausstattung, sollte hiernach zu erwarten sein, dass das *BVerfG* die Kommunalverfassungsbeschwerde einer nordrhein-westfälischen Kommune gegen ein nordrhein-westfälisches Gemeindefinanzierungsgesetz nicht im Hinblick auf die Subsidiaritätsklausel des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b Halbs. 2 GG zurückweist. Denn es fehlt selbst in dem Urteil des *VerfGH NRW* vom 6.5.2014 schon an einer auf die Problematik eingehenden Auseinandersetzung mit Art. 28 Abs. 2 GG, deren es besonders in Anbetracht des Urteils des *BVerwG* bedurft hätte³³⁶. Erst

³³⁰ *Lange* (oben Fn. 28), Kap. 1 Rn. 147.

³³¹ *BVerfGE* 107, 1 (9 ff.).

³³² *BVerfGE* 107, 1 (9).

³³³ *BVerfG* (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss v. 25.3.2004 – 2 BvR 596/01 –, juris, Rn. 6.

³³⁴ *BVerfGE* 107, 1 (10).

³³⁵ *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Mai 2015, Art. 28 Abs. 2 Rn. 45.

³³⁶ S. oben bei Fn. 146 ff.

recht erkennt der *VerfGH NRW* die der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG innewohnende von der Leistungsfähigkeit des jeweiligen Landes unabhängige Garantie einer finanziellen Mindestausstattung der Kommunen, die das *BVerwG* mit besonderer Deutlichkeit herausgearbeitet hat³³⁷.

Deshalb empfiehlt es sich, eine Verfassungsbeschwerde wegen einer möglichst besonders deutlichen Verletzung der Mindestausstattungsgarantie durch das Gemeindefinanzierungsgesetz beim *BVerfG* zu erheben, um ihm Gelegenheit zu einer klaren Aussage über den Inhalt der durch Art. 28 Abs. 2 GG garantierten kommunalen Finanzausstattung zu geben. In Anbetracht der ganz unterschiedlichen Auffassungen hierzu und der dadurch entstandenen Rechtsunsicherheit ist eine solche Klärung dringend geboten.

Die klagende Kommune sollte nach Möglichkeit wiederum geltend machen können, dass sie bei ihrer Finanzausstattung selbst nicht über die Mittel verfügt, deren es bedarf, um ihre verfassungsmäßigen Aufgaben wahrnehmen zu können. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das zwar nicht erforderlich, sondern es reicht für ihre Beschwerdebefugnis der Vortrag, dass die in dem einschlägigen Gemeindefinanzierungsgesetz vorgesehenen Finanzausgleichsleistungen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügten und nicht auszuschließen sei, dass die klagende Kommune bei einer verfassungsmäßigen Bemessung der Finanzausgleichsleistungen höhere Leistungen erhalte. Das *BVerfG* hat aber wiederholt die Beschwerdebefugnis klagender Kommunen davon abhängig gemacht, dass sie geltend machen, sie könnten bei der gegebenen Finanzausstattung ihre Aufgaben nicht wahrnehmen³³⁸. Es ist zwar zu hoffen, dass das *BVerfG* an dieser mit der überindividuellen, an landesweiten Daten orientierten Bemessung der Finanzausgleichsmasse nicht zu vereinbarenden Zulässigkeitsvoraussetzung nicht festhält. Doch sollten im Interesse der Erfolgsaussichten einer Kommunalverfassungsbeschwerde die bislang vom *BVerfG* vertretenen Zulässigkeitskriterien möglichst erfüllt sein. Auch auf dieser Grundlage wären über den Einzelfall hinausreichende Aussagen des *BVerfG* zu erwarten. Außerdem ist schon deshalb, weil sich das Land gegenüber einer solchen Verfassungsbeschwerde voraussichtlich darauf berufen würde, dass eine angemessene Finanzausstattung im Lande gewährleistet sei, nicht auszuschließen, dass die Verfassungsmäßigkeit dessen, was das Land als angemessene Finanzausstattung betrachtet, auch dann in dem Verfahren thematisiert wird.

Wie bei der Kommunalverfassungsbeschwerde zum *VerfGH NRW* und aus den gleichen Gründen³³⁹ empfiehlt es sich bei der an das *BVerfG* zu richtenden kommunalen Verfassungsbeschwerde, die Feststellung zu beantragen, dass die in dem einschlägigen nordrhein-westfälischen Gemeindefinanzierungsgesetz vorgesehenen unzureichenden Finanzausgleichsleistungen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG verletzen, und dies mit dem Hilfsantrag auf Feststellung zu verbinden, dass die unzureichende kommunale Finanzausstattung im Land Nordrhein-Westfalen gegen Art. 28 Abs. 2 GG verstößt. Die für den Hilfsantrag, soweit nicht schon ein „unechtes“ Unterlassen angenommen wird³⁴⁰, erforderliche Zulässigkeit einer kommunalen Verfassungsbeschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen ist für das *BVerfG* aus den gleichen Gründen zu bejahen wie für den *VerfGH NRW*³⁴¹.

Nach § 91 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 3 BVerfGG ist auch die Kommunalverfassungsbeschwerde zum *BVerfG* innerhalb eines Jahres zu erheben.

Der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde stünde nicht entgegen, dass die beschwerdeführende Kommune nach dem Grundsatz, dass eine Verfassungsbeschwerde nur bei

³³⁷ *BVerwGE* 145, 378 (385, Rn. 22), bestätigt durch *BVerwG*, Urteil v. 16.6.2015 – 10 C 13.14, Rn. 28.

³³⁸ S. oben Fn. 286.

³³⁹ S. oben bei Fn. 316 ff.

³⁴⁰ Dazu oben bei Fn. 320.

³⁴¹ Dazu *Lange*, DÖV 2014, 793 (797 ff.).

unmittelbarer Betroffenheit des Beschwerdeführers zulässig ist, zunächst die Festsetzung der ihr zufließenden Finanzausgleichsmittel abwarten und diese angreifen müsste. Da die Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG i.V.m. § 91 Satz 1 BVerfGG nur gegen Rechtsnormen – sowie nach überzeugender Auffassung deren Unterlassung – zulässig ist und nicht gegen fachgerichtliche Entscheidungen über einzelne Vollzugsakte, die der Beschwerdeführer deshalb ohne Möglichkeit der Anrufung des Verfassungsgerichts gegen sich gelten lassen müsste, muss ein Beschwerdeführer nur solche Vollzugsakte abwarten, die in der Form von Rechtsnormen ergehen³⁴². Auch unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde braucht der Beschwerdeführer deshalb nicht zunächst gegen Einzelvollzugsakte fachgerichtlich vorzugehen³⁴³.

Auch hier gilt, dass der Landesgesetzgeber dann, wenn das *BVerfG* das angegriffene Gemeindefinanzierungsgesetz für verfassungswidrig erklärt, ein neues verfassungsmäßiges Gemeindefinanzierungsgesetz zu erlassen hat, auf dessen Grundlage die Kommune die ihr zustehenden verfassungsmäßigen Ausgleichsleistungen einklagen kann. Wird die Finanzausstattung der Kommunen insgesamt für verfassungswidrig erklärt, hat der Landesgesetzgeber ebenfalls ein neues Gemeindefinanzierungsgesetz zu schaffen oder andere Normen zu erlassen, die der Finanzausstattung der klagenden Kommune entweder unmittelbar zugutekommen oder ihr notfalls eine erfolgreiche Klage auf eine bessere Finanzausstattung ermöglichen.

7.4 Grenzen der Justitiabilität

Nach Auffassung des *VerfGH NRW* ist der Gesetzgeber nicht gehalten, die Gründe für die Festlegung konkreter Beträge oder Verteilungskriterien im Einzelnen darzulegen. Das *VerfGH NRW* überprüfe nur das Ergebnis eines Gesetzgebungsprozesses und nicht, auf welchem Weg der Gesetzgeber zu diesem Ergebnis gelangt sei. Er könne Einschätzungen des Gesetzgebers über die sachliche Eignung und die Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung nur dann beanstanden, wenn sie im Ansatz oder in der Methode offensichtlich fehlerhaft oder eindeutig widerlegbar seien.³⁴⁴

Konsequent durchhalten lassen dürfte sich diese Konzeption allerdings nicht. Wie sollte der *VerfGH NRW* erkennen können, ob eine gesetzliche Regelung über die Finanzausstattung der Kommunen im Ansatz oder in der Methode offensichtlich fehlerhaft oder eindeutig widerlegbar ist, wenn er ein Gemeindefinanzierungsgesetz nur als Ergebnis eines Gesetzgebungsprozesses überprüft und nicht, auf welchem Weg der Gesetzgeber zu diesem Ergebnis gelangt ist? Nicht selten dürfte das Ergebnis eines Gesetzgebungsprozesses nur anhand des Weges, auf dem es gewonnen wurde, auf seine Richtigkeit hin überprüft werden können. Das gilt gerade auch für die Ermittlung der Finanzausstattung, deren es bedarf, um – in den Worten des *VerfGH NRW* – nicht einer sinnvollen Betätigung der Selbstverwaltung die finanzielle Grundlage zu entziehen und dadurch das Selbstverwaltungsrecht auszuhöhlen, kurz: der Mindestausstattung. Ein hierfür vom Gesetzgeber vorgesehener Geldbetrag sagt für sich allein über seine Verfassungsmäßigkeit überhaupt nichts aus. Entscheidend ist vielmehr der Weg, auf dem der Gesetzgeber hierzu gekommen ist, wie er also insbesondere den Mindestaufgabenbestand und dessen Kosten ermittelt hat, deren durch sonstige Mittel der Kommune nicht gedeckte Finanzierung das Land nach der Verfassung den Kommunen zu

³⁴² Vgl. *BVerfGE* 71, 25 (35 f.); 76, 107 (112 f.).

³⁴³ Vgl. *BVerfGE* 71, 25 (35 f.).

³⁴⁴ *VerfGH NRW*, Urteil v. 9.7.1998 – 16/96, 7/97 –, juris, Rn. 64, zu Letzterem unter Bezugnahme auf *BayVGH*, BayVBl. 1998, 207 (209 m. w. Nachw.). Ähnlich *Tappe/Wernsmann* (oben Fn. 79), Rn. 1042 f., wonach es nur auf das Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens, also die konkrete Norm, ankommen soll. Allgemeiner, aber ebenfalls unter Betonung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers *VerfGH NRW*, Urteil v. 1.12.1998 – 5/97 –, juris, Rn. 38: „Die Einschätzungen des Gesetzgebers sind vom Verfassungsgerichtshof nur daraufhin zu überprüfen, ob sie unter dem Gesichtspunkt der Sachgerechtigkeit vertretbar sind“.

gewährleisten hat. Hierbei sowie bei der Ermittlung der über die Mindestausstattung hinausgehenden angemessenen Ausstattung der Kommunen zu beachtende Kriterien sind oben³⁴⁵ dargelegt worden.

Danach sind die Gestaltungsmöglichkeiten des Landesgesetzgebers besonders insoweit begrenzt, als es um die finanzielle Mindestausstattung der Kommunen geht³⁴⁶. Soweit solche Gestaltungsmöglichkeiten bestehen, beziehen sie sich im Wesentlichen auf die Einschätzung des verfassungsrechtlich gebotenen Minimums freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben (sofern nicht von einem Prozentsatz der für Pflichtaufgaben erforderlichen Mittel ausgegangen wird), von Kosten kommunaler Aufgabenwahrnehmung und der kommunalen Finanzkraft. Es handelt sich also eher um Beurteilungsspielräume bei der Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Vorgaben als um Gestaltungsmöglichkeiten. Ob die dabei angewandten Methoden sachgerecht sind und konsequent angewandt werden, unterliegt gerichtlicher und insbesondere verfassungsgerichtlicher Kontrolle³⁴⁷.

Der *StGH BW* hat hiergegen eingewandt, dass eine von außen – zum Beispiel durch den Staatsgerichtshof – bestimmte Festlegung der in einer konkreten Situation für die verfassungsrechtliche Mindestausstattung der Gemeinden und Gemeindeverbände erforderlichen Mittel unzulässig in das autonome Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden und Gemeindeverbände und in den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers eingreifen würde. Gleichgültig in welcher Art und Weise sowie Höhe die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gemeinden und Gemeindeverbände bestimmt würde, würden die Ausübung der kommunalen Selbstverwaltung und die Gesetzgebung extern definiert, was weder mit der Garantie des kommunalen Selbstverwaltungsrechts noch mit dem Demokratieprinzip vereinbar wäre. Selbstverwaltung und Gesetzgebung würden sich nicht mehr in autonomer Selbstgestaltung, sondern in Ausübung des extern durch den Staatsgerichtshof vorgegebenen Rahmens vollziehen.³⁴⁸ Wieder scheint hier eine Vermischung von Mindestausstattung und angemessener Ausstattung der Kommunen Pate gestanden zu haben. Wieso es mit dem Demokratieprinzip unvereinbar sein soll, wenn dem Gesetzgeber aufgegeben wird, die Verfassung zu befolgen, indem er für die verfassungsrechtlich vorgeschriebene Mindestausstattung der Kommunen sorgt, ist unerfindlich. Anders verhält es sich erst bei der angemessenen Finanzausstattung der Kommunen, bei deren Bemessung in der Tat in einem weiter gesteckten rechtlichen Rahmen die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zu respektieren ist³⁴⁹. Nicht weniger unerfindlich ist es, wie das kommunale Selbstverwaltungsrecht durch eine methodisch überzeugende Ermittlung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen sollte beeinträchtigt werden können, obwohl den Kommunen in keiner Weise vorgeschrieben wird, wie sie mit den ihnen danach zufließenden Mitteln zu verfahren haben, sondern ihnen völlig freie Hand bei der Entscheidung über deren Verwendung bleibt.³⁵⁰

Andere Begründungsansätze für eine sehr eingeschränkte Justitiabilität stellen in einer funktionell-rechtlichen Betrachtungsweise darauf ab, dass das Gesetzgebungsverfahren mit seinen politischen Kompromissen am besten zur Entscheidung über den Finanzausgleich

³⁴⁵ Oben 5.2-5.4.

³⁴⁶ Vgl. *Schoch* (oben Fn. 3), S. 148, 187, 245 ff.; *ders.* (oben Fn. 29), S.127. Größere Freiheit hat der Gesetzgeber bei der Bestimmung der über die Mindestausstattung hinausgehenden angemessenen Finanzausstattung. Vgl. zur Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers hinsichtlich der insgesamt angemessenen Finanzausstattung der Kommunen *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2005, 665 (671); *HessStGH*, NVwZ 2013, 1151 (1152). Bezeichnenderweise räumen auch *StGH BW*, Urteil v. 10.5.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 91 ff.; *BayVGh*, Entscheidung v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05 –, juris, Rn. 209 ff.; *VerfGH RhPf.*, NVwZ 2012, 1034 (1037), die die Mindestausstattung ebenso wie die übrige angemessene Finanzausstattung von der Leistungsfähigkeit des Staates abhängig machen, dem Gesetzgeber einen weiten, die Justitiabilität zurückdrängenden Gestaltungsspielraum ein.

³⁴⁷ Vgl. *Schoch* (oben Fn. 3), S. 142 ff.

³⁴⁸ *StGH BW*, Urteil v. 10.5.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 91.

³⁴⁹ Dazu oben 5.4 und Fn. 346.

³⁵⁰ In diesem Sinne auch *Maas* (oben Fn. 13), S. 130 f.

geeignet sei,³⁵¹ oder darauf, dass die Aufteilung der Finanzmassen zwischen Staat und Kommunen seit jeher in Form der Etathoheit zum Kernbereich demokratischer politischer Ordnung und der Kompetenzen der Legislative gehöre³⁵². Dabei wird aber unzureichend berücksichtigt, dass – anders als beim Länderfinanzausgleich, wo die Länder ihre Machtposition im Bundesrat einbringen können, und anders als im historischen Vergleich, in welchem dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber die monarchische Exekutive gegenüberstand – die Kommunen dem Landesgesetzgeber bei der Entscheidung über die kommunale Finanzausstattung nicht mit einer vergleichbaren Machtposition gegenüberreten können und der Landesgesetzgeber die Interessen des Landes hierbei vergleichsweise ungehindert durchsetzen könnte³⁵³. Deshalb bedürfen die Kommunen hinsichtlich der Umsetzung der ihnen verfassungsrechtlich verbürgten Finanzausstattung – bei der Mindestausstattung mehr als bei der darüber hinausgehenden angemessenen Ausstattung³⁵⁴ – der Unterstützung durch die Verfassungsgerichte³⁵⁵.

8. Änderung der Landesverfassung oder weiterer Gesetze

Eine Änderung der Landesverfassung käme in der Weise in Betracht, dass Art. 79 LVerf NRW etwa die folgende Fassung erhielte:

*„(1) Das Land ist verpflichtet, den Gemeinden und Gemeindeverbänden die zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderliche finanzielle Mindestausstattung sowie darüber hinaus eine nach der Leistungsfähigkeit des Landes angemessene Finanzausstattung zu gewährleisten. Das Land hat einen dem entsprechenden kommunalen Finanzausgleich einzurichten.
(2) Die Gemeinden haben zur Erfüllung ihrer Aufgaben das Recht auf Erschließung eigener Steuerquellen. Das Land ist verpflichtet, diesem Anspruch bei der Gesetzgebung Rechnung zu tragen“.*

Eine solche Verfassungsänderung hätte den Vorzug, die aus Art. 78 LVerf NRW folgenden Konsequenzen für die Finanzausstattung der Kommunen deutlich zu machen und ihre Bedeutung sowohl der Öffentlichkeit als auch den Institutionen des Landes, insbesondere dem *VerfGH NRW*, vor Augen zu führen. Indem in Abs. 1 Satz 1 nur die angemessene Finanzausstattung an die Leistungsfähigkeit des Landes geknüpft ist, wird deutlich, dass die finanzielle Mindestausstattung der Kommunen unabhängig von der Leistungsfähigkeit des Landes gewährleistet sein muss. Der Fehlentwicklung, die mit den Urteilen des *VerfGH NRW* vom 19.7.2011 und 6.5.2014 eingesetzt hat, würde damit Einhalt geboten. Ein positiver Nebeneffekt bestünde darin, dass die verfehlte Formulierung des bisherigen Art. 79 LVerf, die den Eindruck erweckt, als beträfe der Finanzausgleich allein die Gemeinden, durch die erweiternde Bezugnahme auf die Gemeinden und Gemeindeverbände in Abs. 1 Satz 1 und 2 korrigiert würde.

Während der *VerfGH NRW* vor seinen Urteilen vom 19.7.2011 und 6.5.2014 die verfassungsrechtliche Gewährleistung einer nicht von der Leistungsfähigkeit des Landes abhängigen finanziellen Mindestausstattung der Kommunen und darüber hinaus einer im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Landes zu bemessenden angemessenen Finanzausstat-

³⁵¹ Ossenbühl, in: Bodo Börner/Hermann Jahrreiß/Klaus Stern (Hrsg.), Einigkeit und Recht und Freiheit. Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag, Bd. 2, 1984, S. 743 (753).

³⁵² Würtenberger, in: Josef Isensee/Helmut Lecheler (Hrsg.), Freiheit und Eigentum. Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, 1999, S. 973 (975 f.).

³⁵³ Maas (oben Fn. 13), S. 128 ff.

³⁵⁴ Schoch (oben Fn. 29), S. 93 (127) m. w. Nachw. und Kritik an der Undifferenziertheit einer generellen bloßen Willkür- bzw. Vertretbarkeitskontrolle durch den *VerfGH NRW*.

³⁵⁵ Zur Notwendigkeit einer Struktursicherung durch Recht Schoch (oben Fn. 29), S. 93 (93 ff.); Henneke, Die Kommunen (oben Fn. 52), S. 335.

tung grundsätzlich anerkannte, litt seine Rechtsprechung unter einem anderen Problem. Ihr Kernproblem lag darin, dass der *VerfGH NRW* sich weitgehend scheute, die notwendigen Konsequenzen aus der Anerkennung dieser Rechtspositionen zu ziehen und sie damit im Namen der Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers in großem Umfang leerlaufen ließ. Verfassungsgeboten wird aber nicht dadurch Rechnung getragen, dass man es dem durch sie Verpflichteten überlässt, sie zu befolgen oder nicht.

Diesem Problem dürfte sich jedoch nicht durch Änderungen der Landesverfassung beikommen lassen. Die einzelnen Kriterien für die verfassungsrechtlich gebotene kommunale Finanzausstattung sind zu detailliert, um in eine Verfassung aufgenommen werden zu können. Ein Satz wie „Das Land hat die Kriterien offenzulegen, an denen es sich bei der Festsetzung des Finanzausgleichs orientiert“ enthält einen tendenziell nützlichen Hinweis auf die Problematik, dürfte aber zu offen sein, um die Umsetzung einer verfassungsmäßigen kommunalen Finanzausstattung wirklich zu fördern.

Detailliertere Vorgaben für die Berechnung der verfassungsrechtlich gebotenen Finanzausstattung der Kommunen ließen sich eher als in der Verfassung in einem Gesetz nach dem Muster des für den Finanzausgleich unter den Ländern erlassenen Maßstäbengesetzes³⁵⁶ des Bundes festlegen³⁵⁷. Es könnte einige der oben unter 5.2-5.4 aufgeführten Kriterien enthalten. Außerdem könnte es verdeutlichen, dass eine Kommune auch dann Anspruch auf die zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderliche Mindestausstattung hat, wenn die Mittel, die sie aufgrund einer verfassungsmäßigen Ausgestaltung des Finanzausgleichs für die Kommunen des Landes in ihrer Gesamtheit erhält, aufgrund besonderer Umstände dahinter zurückbleiben. Dass der *VerfGH NRW* der *LVerf NRW* nur wenige Vorgaben entnommen hat und gerade die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers betont, steht nicht entgegen. Dem Gesetzgeber steht es frei, seine Gestaltungsfreiheit durch die Vorgabe allgemeiner Kriterien einzuschränken. Dabei braucht es sich nicht um Kriterien zu handeln, die das Landesverfassungsgericht der Landesverfassung entnommen hat. Der Gesetzgeber ist vielmehr im Hinblick auf die Grundsätze, die er seiner Gesetzgebung zugrunde legt, souverän, solange er sich im Einklang mit der Verfassung befindet. Gerade seine vom *VerfGH NRW* betonte Gestaltungsfreiheit kommt ihm insoweit zugute. Sie hätte der *VerfGH NRW* zu respektieren.

Zweifelhaft ist eher, inwieweit der Landesgesetzgeber selbst ein solches Maßstäbengesetz bei seiner jährlichen Entscheidung über das Gemeindefinanzierungsgesetz respektieren muss. Das *BVerfG* ging in seinem Urteil vom 11.11.1999 zum Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern davon aus, dass ein derartiges Maßstäbengesetz den Gesetzgeber selbst binde³⁵⁸. Diese Auffassung hat im rechtswissenschaftlichen Schrifttum starke Kritik erfahren³⁵⁹. Deshalb müsste damit gerechnet werden, dass der Landesgesetzgeber sich bei einer entsprechenden politischen Konstellation über ein solches Maßstäbengesetz hinwegsetzen könnte, ohne dass der *VerfGH NRW*, wenn er dagegen angerufen würde, hierin einen Verfassungsverstoß erblicken würde. Immerhin hätte ein Maßstäbengesetz, abgesehen von jedenfalls der Möglichkeit, dass es mit dem *BVerfG* als auch für den Gesetzgeber bindend

³⁵⁶ Gesetz über verfassungskonkretisierende allgemeine Maßstäbe für die Verteilung des Umsatzsteueraufkommens, für den Finanzausgleich unter den Ländern sowie für die Gewährung von Bundesergänzungszuweisungen v. 9.9.2001 (BGBl. I S. 2302), zuletzt geändert durch Gesetz v. 29.5.2009 (BGBl. I S. 1170). Kritisch zur Umsetzung der Vorgaben von *BVerfGE* 101, 158 in diesem Gesetz *Waldhoff*, Die Verwaltung 39 (2006), 155 (163 f.); *Adrian Jung*, Maßstäbegerechtigkeit im Länderfinanzausgleich, 2008, S. 191 ff.; *Hanno Kube*, Der bundesstaatliche Finanzausgleich, 2011, S. 39 ff., zusammenfassend S. 77; *Jürgen W. Hidién*, Maßstäbengesetz, 2012, Einleitung Rn. 7. Vgl. zur Kritik am Maßstäbengesetz auch *Waechter*, AöR 135 (2010), 327 (336).

³⁵⁷ Dafür *Dombert*, DVBl 2006, 1136 (1142). Dagegen *Brems* (oben Fn. 21), S. 343 ff. wegen angeblich fehlender objektivierbarer Maßstäbe.

³⁵⁸ *BVerfGE* 101, 158 (217).

³⁵⁹ So ist die selbstbindende Wirkung eines Maßstäbengesetzes abgelehnt worden von *Bull/Mehde*, DÖV 2000, 305 (309); *Linck*, DÖV 2000, 325 (327 f.); *Pieroth*, NJW 2000, 1086 (1087); *Schneider/Berlit*, NVwZ 2000, 841 (843 f.); *Wieland*, DVBl 2000, 1310 (1313 f.); *Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 106 Rn. 30 f.; *Maas* (oben Fn. 13), S. 266; *Roßmüller* (oben Fn. 243), S. 98 f.

qualifiziert würde, den Vorteil, dass es eine politische Festlegung des Gesetzgebers wäre, von der sich zu lösen zumindest politisch einige Anstrengung verlangen würde.

Dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Finanzausstattung der Kommunen sich in den jährlichen Gemeindefinanzierungsgesetzen niederschlagen müssen, versteht sich von selbst. Sie sind der zentrale Ort, an dem diese Anforderungen umzusetzen sind.

Einer Änderung etwa des Verfassungsgerichtshofgesetzes des Landes bedarf es m.E. nicht. Ungerechtfertigte prozessuale Hindernisse, die der Durchsetzung des Anspruchs der Gemeinden und Gemeindeverbände auf eine verfassungsmäßige Finanzausstattung entgegenstehen, dürfte es nicht mehr geben, seitdem der *VerfGHG NRW* die Kommunalverfassungsbeschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen für zulässig erklärt hat³⁶⁰.

9. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1. Die Kommunen haben aufgrund Art. 28 Abs. 2 GG einen Anspruch gegen das Bundesland, zu dem sie gehören, auf eine finanzielle Mindestausstattung. Dies entspricht der Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts*, der Landesverfassungsgerichte und der allgemeinen Meinung in der rechtswissenschaftlichen Literatur. Auch das in dieser Frage traditionell zurückhaltende *Bundesverfassungsgericht* kann inzwischen kaum anders zu verstehen sein. Diese Mindestausstattung muss es den Kommunen erlauben, nicht nur ihre Pflichtaufgaben, sondern darüber hinaus freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen. Das gilt in Nordrhein-Westfalen zwar nicht nach der Rechtsprechung des *BVerfG* zu Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG, wohl aber nach Art. 78 LVerf NRW auch für die Gemeindeverbände.
2. Stark umstritten ist die Frage, ob diese Mindestausstattung nur im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Landes garantiert ist. Aus einer ganzen Reihe von Gründen ist sie im Einklang mit der aktuellen Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts* zu verneinen und dahingehend zu beantworten, dass die durch Art. 28 Abs. 2 GG gebotene finanzielle Mindestausstattung der Kommunen einer Relativierung – etwa durch den Hinweis darauf, dass auch die Haushaltslage des Landes notleidend sei – nicht zugänglich ist.
3. Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistet nicht nur ein Minimalprogramm kommunaler Selbstverwaltung. Deshalb umfasst die den Kommunen aufgrund Art. 28 Abs. 2 GG zustehende angemessene Finanzausstattung über die Mindestausstattung hinaus eine Finanzausstattung, die von der Leistungsfähigkeit des Landes abhängt. Der Normalfall der verfassungsmäßigen Finanzausstattung der Kommunen kann nicht die Mindestausstattung, sondern muss eine auf ihr aufbauende und über sie hinausgehende angemessene Finanzausstattung sein.
4. Art. 78, 79 LVerf NRW waren in ihrer jahrzehntelangen Interpretation durch den *VerfGH NRW* bis zu dessen Urteilen vom 19.7.2011 und 6.5.2014 mit diesen Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar. Art. 79 Satz 2 Halbs. 2 LVerf NRW trifft mit der Formulierung, dass das Land im Rahmen seiner finanziellen Leistungsfähigkeit einen übergemeindlichen Finanzausgleich zu gewährleisten hat, das wesentliche Kriterium eines angemessenen Finanzausgleichs. Das schließt aber nicht aus, dass das Minimum einer angemessenen Finanzausstattung eine finanzielle Mindestausstattung ist, die nicht mehr relativiert werden kann. Ihre landesverfassungsrechtliche Verankerung findet sich entsprechend der Rechtslage auf Bundesebene unmittelbar in der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW. Aus der früheren

³⁶⁰

Dazu oben bei Fn. 316.

Rechtsprechung des *VerfGH NRW* war nicht zu entnehmen, dass er die Gewährleistung einer solchen Mindestausstattung durch die nordrhein-westfälische Verfassung in Zweifel zog. Sie ergäbe sich aus ihr auch mindestens im Wege einer grundgesetzkonformen Auslegung.

5. In seiner neueren Rechtsprechung vertritt der *VerfGH NRW* die Auffassung, dass die finanzielle Mindestausstattung der Kommunen nur im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Landes garantiert sei. Soweit hierfür überhaupt eine Begründung gegeben wird, ist sie nicht tragfähig. Der Leistungsfähigkeitsvorbehalt der Verpflichtung zu Finanzausgleichsleistungen in Art. 79 Abs. 2 Satz 2 LVerf NRW wird ohne argumentative Rechtfertigung und ohne die Möglichkeit einer solchen auf die Garantie einer finanziellen Mindestausstattung der Kommunen übertragen, die sich aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW ergibt. Die Entscheidungen anderer Landesverfassungsgerichte, auf welche der *VerfGH NRW* sich beruft, können wegen eigener Begründungsdefizite das Begründungsdefizit des *VerfGH NRW* nicht ausgleichen. Dass das Land Nordrhein-Westfalen schon wegen seiner Bindung an Art. 28 Abs. 2 GG zur Bereitstellung einer von der Leistungsfähigkeit des Landes unabhängigen Mindestausstattung der Kommunen verpflichtet ist, wird verkannt. Zumindest diese Bindung führt dazu, dass das Land Nordrhein-Westfalen zu einer angemessenen Finanzausstattung seiner Kommunen einschließlich einer von der Leistungsfähigkeit des Landes unabhängigen finanziellen Mindestausstattung sowohl nach dem Grundgesetz als auch landesverfassungsrechtlich durch Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW in seiner durch Art. 28 Abs. 2 GG geprägten Auslegung verpflichtet ist.
6. Die Anerkennung der Verpflichtung des Landes zur Gewährleistung einer finanziellen Mindestausstattung seiner Kommunen verlangt als zwingende Konsequenz, dass vertretbare Kriterien dafür entwickelt und angewandt werden, was mit einer solchen Mindestausstattung verlangt wird. Dieser Konsequenz ist der *VerfGH NRW* auch in seiner früheren Rechtsprechung mit nicht überzeugenden Argumenten ausgewichen.
7. Bei der Bemessung der Mindestausstattung ist grundsätzlich von den durchschnittlichen Kosten der kommunalen Aufgabenerfüllung auszugehen. Hierfür kann das doppische Haushalts- und Rechnungswesen wertvolle Anhaltspunkte liefern. Zur Ermittlung des Maßes der zu ermöglichenden freiwilligen Selbstverwaltung könnten die freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben zugrunde gelegt werden, die von den Kommunen tatsächlich wahrgenommen werden. Ihr Kreis könnte dann eingeschränkt oder sogar erweitert werden, je nachdem, wie hoch die verfassungsrechtlich geforderten Möglichkeiten freiwilliger Selbstverwaltung eingeschätzt werden. Wenn eine solche Einschätzung sich nicht als in plausibler Weise möglich erweist, wird unter der Voraussetzung, dass die von den Einwohnern als selbstverständlich angesehenen kommunalen öffentlichen Einrichtungen zu den kommunalen Pflichtaufgaben gerechnet werden, davon ausgegangen werden können, dass für freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben der Kommunen jedenfalls 5 Prozent der Mittel, die ihnen für Pflichtaufgaben zustehen, zur Verfügung stehen müssen. Da schon bei der Ermittlung der finanziellen Mindestausstattung Typisierungen unvermeidlich sind, die dem Gesetzgeber Gestaltungsspielräume und damit einseitige Entscheidungsvorteile eröffnen, sollten hier bereits kommunale Beteiligungsmöglichkeiten eingerichtet werden, die über Anhörungen hinaus auf eine einvernehmliche Problemlösung abzielen.
8. Angemessen ist die Finanzausstattung der Kommunen grundsätzlich nur dann, wenn sie deren finanzielle Mindestausstattung in dem Maße übersteigt, in dem die Finanzlage des Landes diesem mehr als die Ausgaben erlaubt, die es mindestens muss leisten können. Welche Aufgaben ein Land mindestens muss wahrnehmen können, ist indes ganz wesentlich eine Frage politischer Bewertung, die sich einer rechtlichen Entscheidung weitgehend entzieht. Deshalb wird ein Zurückbleiben hinter der verfassungsrechtlich gebotenen angemessenen Finanzausstattung nur bei einer offen-

kundigen Diskrepanz zwischen der Leistungsfähigkeit des Landes und der Finanzausstattung seiner Kommunen festgestellt werden können. Wer die Verfassungswidrigkeit der Beibehaltung oder Änderung des Status quo geltend macht, wird sie dartun und belegen müssen. Schließlich werden gerade auch die Schwierigkeiten, die einer verfassungsgerichtlichen Bestimmung der angemessenen Finanzausstattung Grenzen ziehen, durch Darlegungspflichten der Länder und durch Verfahren kompensiert werden müssen, die auf eine Verständigung von Land und Kommunen zielen.³⁶¹

9. Überzeugend vertritt der *VerfGH NRW* den Standpunkt, dass eine Verletzung der Finanzausstattungspflicht des Landes gegenüber einer einzelnen Gemeinde – für die Gemeindeverbände kann nichts anderes gelten – grundsätzlich nicht in Betracht kommt, wenn den Gemeinden insgesamt ein ausreichendes Gesamtfinanzvolumen zur Verfügung gestellt wird und diese Finanzmittel in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise auf die Gemeinden verteilt werden. Darauf, dass dies geschieht, hat aber jede Kommune, soweit ihre eigene Finanzausstattung davon betroffen ist, einen Anspruch gegen das Land. Neben diesem Anspruch auf sachgerechte Einbeziehung in die landesweit ermittelte Mindestfinanzausstattung und die darüber hinausgehende angemessene Finanzausstattung muss jede Kommune einen Anspruch auf eine spezifisch auf sie bezogene Finanzausstattung geltend machen können, wenn besondere Umstände vorliegen, die bei der pauschalen Beurteilung der erforderlichen Finanzausstattung nicht berücksichtigt wurden und auch nicht wegen geringer Bedeutung außer Betracht gelassen werden durften.
10. Die unterschiedlichen Rechtsauffassungen und die daraus resultierende Rechtsunsicherheit machen eine verbindliche Klarstellung von zwei Punkten erforderlich, die eigentlich selbstverständlich sind: Zum einen muss klargestellt werden, dass die den Kommunen verfassungsrechtlich gewährleistete finanzielle Mindestausstattung wirklich eine Mindestausstattung ist und nicht etwas, was je nach Haushaltslage des Landes eingeschränkt werden kann. Von der Leistungskraft des Landes abhängig ist erst die auf der Mindestausstattung aufbauende und über sie hinausgehende angemessene Finanzausstattung der Kommunen, die das Land ihnen schuldet, wenn es über mehr Mittel verfügt, als es selbst zur Wahrnehmung eines Minimums von Aufgaben benötigt. Zum anderen muss klargestellt werden, dass die verfassungsrechtlich geforderte Mindestausstattung der Kommunen ebenso wie deren darüber hinausgehende angemessene Finanzausstattung keine leere Floskel ist, die dem Gesetzgeber keine wirkliche Bindung auferlegt, sondern dass sie der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers einen Rahmen setzt, dessen Einhaltung auch von den Verfassungsgerichten überprüft werden kann.
11. Zur Herbeiführung einer solchen Klarstellung liegt es nahe, eine Entscheidung des *BVerfG* über die – auch für den *VerfGH NRW* verbindlichen – grundgesetzlichen Vorgaben für die Finanzausstattung der Kommunen herbeizuführen. Dies kann eine unterfinanzierte Kommune durch eine Klage beim Verwaltungsgericht erreichen, wenn das Verwaltungsgericht sich entschließt, die Frage der Vereinbarkeit des einschlägigen Gemeindefinanzierungsgesetzes mit dem Grundgesetz nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG dem *BVerfG* vorzulegen. Anstelle dieses ziemlich voraussetzungsvollen und deshalb trotz gewisser Vorzüge wohl erst in zweiter Linie zu empfehlenden Weges kann eine solche Kommune aber auch Kommunalverfassungsbeschwerde unmittelbar gegen das sie betreffende Gemeindefinanzierungsgesetz beim *BVerfG* erheben. Die Hürde des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b Halbs. 2 GG, wonach eine Kommunalverfassungsbeschwerde zum *BVerfG* nur zulässig ist, soweit nicht Beschwerde zum Landesverfassungsgericht erhoben werden kann, sollte überwunden werden können. Für die Substantiierung des Anspruchs sollte es ausreichen darzulegen, dass die Finanzaus-

gleichsam unter Verletzung einer der dargestellten grundgesetzlichen Vorgaben festgelegt worden ist und es nicht auszuschließen ist, dass der klagenden Kommune bei einer dem Art. 28 Abs. 2 GG genügenden Bemessung der Finanzausgleichsmasse mehr Mittel zur Verfügung stünden. In Anbetracht der unterschiedlichen einschlägigen Rechtauffassungen empfiehlt es sich allerdings, dass die klagende Kommune darüber hinaus darlegen kann, dass ihre Finanzausstattung es ihr unmöglich macht, auch nur ein Minimum an Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen.

12. Durch eine Änderung der nordrhein-westfälischen Landesverfassung könnte verdeutlicht werden, dass das Land verpflichtet ist, den Gemeinden und Gemeindeverbänden die zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderliche finanzielle Mindestausstattung sowie darüber hinaus eine nach der Leistungsfähigkeit des Landes angemessene Finanzausstattung zu gewährleisten. Zu diesem Zweck käme etwa die folgende Neufassung des Art. 79 LVerf NRW in Betracht:

- „(1) Das Land ist verpflichtet, den Gemeinden und Gemeindeverbänden die zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderliche finanzielle Mindestausstattung sowie darüber hinaus eine nach der Leistungsfähigkeit des Landes angemessene Finanzausstattung zu gewährleisten. Das Land hat einen dem entsprechenden kommunalen Finanzausgleich einzurichten.
- (2) Die Gemeinden haben zur Erfüllung ihrer Aufgaben das Recht auf Erschließung eigener Steuerquellen. Das Land ist verpflichtet, diesem Anspruch bei der Gesetzgebung Rechnung zu tragen.“

Es empfiehlt sich, eine solche Verfassungsänderung anzustreben, sofern nicht der *VerfGH NRW* seine Rechtsprechung korrigiert oder das *BVerfG* die durch Art. 28 Abs. 2 GG geprägte Rechtslage unmissverständlich klarstellt.

Detailliertere Vorgaben zur Bemessung der Finanzausstattung der Kommunen könnten Inhalt eines Maßstäbengesetzes nach dem Muster des für den Finanzausgleich unter den Ländern geltenden Maßstäbengesetzes des Bundes werden. Ein solches Maßstäbengesetz würde zumindest eine politische Festlegung auf die darin enthaltenen Kriterien bedeuten, von der abzurücken nicht ganz einfach wäre.

Dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Finanzausstattung der Kommunen sich in den jährlichen Gemeindefinanzierungsgesetzen niederschlagen müssen, versteht sich von selbst. Sie sind der zentrale Ort, an dem diese Anforderungen umzusetzen sind.

Einer Änderung des Verfassungsgerichtshofgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen bedarf es in diesem Zusammenhang nicht.

Zum Autor

Prof. Dipl.-Volkswirt Dr. jur. Klaus Lange ist emeritierter Professor für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen. Er war von 1984 bis 2014 Mitglied, von 1996 bis 2003 und 2008 bis 2009 Präsident des Staatsgerichtshofes des Landes Hessen. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, insbesondere Kommunalrecht und Umweltrecht.