

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 sollte 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 verkennt 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 NRW³⁴¹.

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 Jahreis/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. Verfassungsgebote werden 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, DVBI 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, DVBI 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 VerfGH 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 leisten können. Welche Aufgaben ein Land mindestens leisten muss, ist indessen 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-

³⁶¹ So bereits Lange, DVBl 2015, 457 (463).

gleichsmasse 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.

