

sungsgericht Brandenburg¹⁵⁶ und der Hessische Staatsgerichtshof¹⁵⁷ 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 lässt¹⁶² 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 Finanzausweisungen gesichert werden kann, sondern etwa auch durch die Reduzierung von Aufgaben oder Standards der Aufgabenerfüllung.

Etwas anders argumentiert das Verfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern¹⁶⁴. 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 NdsStGH¹⁷⁶ und im Anschluss daran der BayVerfGH¹⁷⁷ 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 gewährleisten 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 Koriath, 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 Volkmann, DÖV 2001, 497 (498).

¹⁸⁹ LVerfG SachsAnh, Urteil v. 20.10.2015 – LVG 2/14 –, Urteilsdruck, 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, OVG 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, OVG 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 LVf 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); Ur. 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, Ur. v. 14.2.2012 – VG N 3/11 –, juris, Rn. 23. Vgl. auch NWVerfGH, Ur. 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 beträfe, 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 muss 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 bräuchten 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. gestutzten 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 NRW²³⁴ 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 Kommunen 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 BayVGH, 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 Kommunalfinanzen, 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 dem gegenüber 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 Kontrollrechte 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 „Milbradtischen 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 „Ausgabenwettlauf“ 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. Lange (oben Fn. 28), Kap. 15 Rn. 190.

²⁸³ 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 indes 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 andersorts gegeben sind, sondern nur einzelne Kommunen betreffen und nicht schon durch die Ausgestaltung des Finanzausgleichs durch abstrakte Bedarfsindikatoren abgedeckt sind“.

²⁹³ Volkmann, 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 Aushungierung 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 Volkmann, 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 auszuschließen 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 SaarOVG, 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 SaarOVG, 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 Finanzausstattung 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 ungeschmälerete 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 vorgefälscht 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.