

*Klaus Lange\**

## **Von der Steuerungskraft des Art. 28 Abs. 2 GG**

*Zum Kinderbetreuungsurteil des BVerfG vom 21.11.2017*

*Das Urteil des BVerfG vom 21.11.2017 – 2 BvR 2177/16 – zum Kinderförderungsgesetz Sachsen-Anhalt ist nicht zuletzt aus zwei Gründen von besonderer Bedeutung. Einmal regt es zu kritischen Fragen an die Handlungsmaßstäbe an, die der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG – insbesondere, jedoch nicht nur, zur Verlagerung gemeindlicher Aufgaben auf die Kreisebene – entnommen werden. Vor allem aber ermöglicht es dem BVerfG die Durchsetzung des Art. 28 Abs. 2 GG in Fällen, in denen sie bislang durch eine inakzeptable Interpretation des Subsidiaritätsprinzips in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 Satz 2 BVerfGG verhindert wurde. Das ist auch für ganz andere Konstellationen wie etwa die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die finanzielle Mindestausstattung der Kommunen von Bedeutung.*

### **I. Worum es ging**

Gemeinden aus Sachsen-Anhalt wehrten sich gegen ein Landesgesetz, durch welches Aufgaben der Kinderbetreuung ihnen entzogen und auf die Landkreise übertragen wurden. Die kommunale Verfassungsbeschwerde<sup>1</sup>, die sie unter Berufung auf die durch die Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt gewährleistete Garantie der kommunalen Selbstverwaltung gegen das Gesetz beim Landesverfassungsgericht erhoben, wurde im Wesentlichen zurückgewiesen.<sup>2</sup> Zur Begründung bezog sich das LVerfG vor allem auf die Formulierung des Art. 87 Abs. 1 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt, wo Gemeinden und Landkreise als Kommunen zu einer gemeinsamen Gruppe von Selbstverwaltungsträgern zusammengefasst sind. Sie hätten gemeinsam Vorrang gegenüber der staatlichen Ebene. Ein Vorrangverhältnis der Gemeinden und Landkreise untereinander existiere in der sachsen-anhaltischen Landesverfassung grundsätzlich nicht. Daher stelle eine Aufgabenverlagerung von den Gemeinden auf die Landkreise hier auch grundsätzlich keinen Eingriff dar. Darauf, ob die bundesrechtlichen Vorgaben gerade auf der Ebene der Landesverfassung in das Landesrecht übertragen würden, komme es

---

\* Der Verfasser, Dr. *Klaus Lange*, ist emeritierter Professor für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen. Von 1984 bis 2014 war er Mitglied, von 1996 bis 2003 und 2008 bis 2009 Präsident des Staatsgerichtshofes des Landes Hessen.

1 Die Formulierung »kommunale Verfassungsbeschwerde« wird hier verwendet, weil der vom BVerfG benutzte Begriff »Kommunalverfassungsbeschwerde« wegen der eigenständigen Bedeutung des Wortes »Kommunalverfassung« eher irreführend ist und auch in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG nur von »Verfassungsbeschwerden von Gemeinden und Gemeindeverbänden« die Rede ist.

2 LVerfG Sachsen-Anhalt, Urteil v. 20.10.2015 – LVG 2/14 –, juris.

nicht an. Es reiche, dass sie durch das Landesrecht insgesamt umgesetzt würden. Maßstab für die Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde zum Landesverfassungsgericht sei aber allein das Landesverfassungsrecht und nicht Art. 28 Abs. 2 GG. Im Übrigen erscheine der mit der angefochtenen Regelung verbundene Eingriff in das grundgesetzliche Aufgabenverteilungsprinzip, welches die Gemeinden vor einer Verlagerung von Zuständigkeiten auf die Kreise schütze, auch im Lichte des – landesverfassungsrechtlich nicht maßgeblichen – Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gerechtfertigt.<sup>3</sup>

Nach Ergehen dieser Entscheidung wandten sich die Beschwerdeführer mit der kommunalen Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz an das BVerfG. Dieses wies die Verfassungsbeschwerde als unbegründet zurück.<sup>4</sup> Die Übertragung der Verpflichtung zur Erfüllung des Anspruchs auf Kinderbetreuung auf die Landkreise und die Entziehung der damit verbundenen Aufgaben verletzen die Beschwerdeführerinnen nicht in ihren Rechten aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG.

## II. Die materielle Begründung des Urteils

### 1. Die grundsätzliche Struktur der Begründung

Bei der Begründung der Verfassungsmäßigkeit des angegriffenen Gesetzes folgt das BVerfG weitgehend seiner bisherigen Rechtsprechung zur Verlagerung gemeindlicher Aufgaben auf die Kreisebene. Zunächst stellt es fest, dass es sich bei den verlagerten Aufgaben um Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Sinne des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und damit grundsätzlich um gemeindliche Selbstverwaltungsaufgaben handelt. Danach wendet es sich der Verfassungsmäßigkeit der Aufgabenverlagerung zu. Dabei orientiert es sich am Aufgabenverteilungsprinzip des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

### 2. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft

Probleme im Hinblick auf die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie kann es bei der gesetzlichen Verlagerung gemeindlicher Aufgaben auf die Kreisebene im Allgemeinen nur geben, wenn diese Aufgaben zu den nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG unter die gemeindliche Selbstverwaltung fallenden Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gehören. Diese werden inzwischen in leichter Abänderung der Rastede-Entscheidung<sup>5</sup> definiert als »Aufgaben, die das Zusammenleben und -wohnen der Menschen vor Ort betreffen oder einen spezifischen Bezug darauf ha-

<sup>3</sup> LVerfG Sachsen-Anhalt (Fn. 2), Rn. 129, 131.

<sup>4</sup> BVerfG, Urteil v. 21.11.2017 – 2 BvR 2177/16 –.

<sup>5</sup> BVerfGE 79, 127 (151 f.): »Hiernach sind Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben [...], die also den Gemeindegewohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen«.

ben«. <sup>6</sup> Die Ersetzung der Wörter »Bedürfnisse und Interessen« durch den Begriff »Aufgaben« ist zu begrüßen, da sie dem Eindruck entgegenwirkt, zur gemeindlichen Selbstverwaltung gehörten nur Aktivitäten, die dem Eigennutzen der Gemeindeglieder dienen. <sup>7</sup> Der frühere Hinweis, dass es sich bei den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft um Bedürfnisse und Interessen handeln müsse, die »in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben«, war, was die Wurzelung anbelangt, vielleicht auch etwas zu poetisch, als dass man sein Verschwinden bedauern müsste.

Problematischer ist der Umstand, dass auch die nüchternere verbliebene Formulierung Subsumtionen allenfalls mit Schwierigkeiten erlaubt. Schon bei Kindergärten und Schulen ist nicht ganz klar, wieso sie gerade das Zusammenleben und -wohnen der Menschen vor Ort betreffen oder einen spezifischen Bezug darauf haben. Es geht dabei nicht primär darum, wie man gerade in der Gemeinde zusammenlebt, sondern um individuelle Erziehung einerseits und Übung im Zusammensein in einer Gruppe, die aber keineswegs mit der Gemeinde identisch sein muss. Der örtliche Bezug ergibt sich vor allem daraus, dass nach den in Betracht kommenden Größen der Einrichtungen und den akzeptablen Entfernungen zu ihren Benutzern ein größerer Bezugsraum als eine Gemeinde vielfach unsachgerecht ist. Deutlicher wird die Problematik bei der Versorgung mit Strom und Wasser. Sie wird als gemeindliche Selbstverwaltungsaufgabe angesehen, obwohl es den Benutzern meistens egal sein wird, von wem sie Strom und Wasser bekommen, und die einzelne Gemeinde vielfach nicht allein, sondern nur in Zusammenarbeit mit anderen in Form von Zweckverbänden oder privatrechtlichen Gesellschaften zur Erfüllung der Versorgungsaufgabe imstande ist. Die Verteilung des Stroms bzw. Wassers erfolgt freilich innerhalb von Gemeinden.

Wie wenig die Steuerungskraft der verfassungsrechtlichen Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung in der Rechtswirklichkeit von dem Bezug einer Aufgabe zum »Zusammenleben und -wohnen der Menschen vor Ort« und erst recht von einer damit verbundenen Gemeinschaftsbildung abhängt, wird nicht nur an den genannten Beispielen deutlich. Es folgt auch aus dem Hinweis, dass die örtlichen Bezüge einer Aufgabe und deren Gewicht für die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung sich nicht an scharf konturierten Merkmalen messen ließen. Vielmehr müsse bei ihrer Bestimmung der geschichtlichen Entwicklung und den historischen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung Rechnung getragen werden. Es komme darauf an, ob eine Aufgabe für das Bild der typischen Gemeinde charakteristisch sei. <sup>8</sup> Dass auf das überkommene typische Bild der Gemeinde nur abgestellt werden soll, soweit Aufgaben das Zusammenleben und -wohnen der Menschen vor Ort betreffen oder einen spezifischen Bezug darauf haben, wird jedenfalls nicht ausdrücklich verlangt, obwohl es folgerichtig wäre. Außerdem wird die Maßgeblichkeit des überkommenen gemeindlichen Aufgabenbestands dadurch wieder er-

<sup>6</sup> BVerfGE 138, 1 (16, Rn. 45); BVerfG (Fn. 4), Rn. 70.

<sup>7</sup> Vgl. Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 1 Rn. 20.

<sup>8</sup> BVerfG (Fn. 4), Rn. 71 m.w.Nachw.

heblich gelockert, dass der gemeindliche Aufgabenkreis nicht ein für alle Mal feststehe, weil sich die örtlichen Bezüge einer Angelegenheit mit ihren sozialen, wirtschaftlichen und technischen Rahmenbedingungen wandelten.<sup>9</sup> Zwischen dem überkommenen typischen Bild der Gemeinde und Folgerungen aus dem Wandel der sozialen, wirtschaftlichen und technischen Rahmenbedingungen besteht aber ein weiter Spielraum, der die Steuerungskraft der verfassungsrechtlichen Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung erheblich mindert. Bei der Einschätzung der örtlichen Bezüge einer Aufgabe und ihres Gewichts wird dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative eingeräumt.<sup>10</sup>

Nach alledem besteht der Bezug von Angelegenheiten zur örtlichen Gemeinschaft im Sinne des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG wohl vor allem daraus, dass sie hauptsächlich Einwohner der Gemeinde und nicht größerer Gebietseinheiten betreffen. Und das liegt im Wesentlichen daran, dass es sich um Aufgaben handelt, die auf der Gemeindeebene typischerweise mindestens ebenso gut wahrgenommen werden können wie auf höheren Verwaltungsebenen. Solche Aufgaben aber sollen außer wegen der Vorteile der Nähe für eine gute Kenntnis der Verhältnisse und daraus resultierende gute Entscheidungen insbesondere auch aus Gründen von Freiheit und Demokratie der gemeindlichen Ebene überlassen bleiben. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind danach Aufgaben, die typischerweise sachgerecht auf der gemeindlichen Eben wahrgenommen werden können,<sup>11</sup> wobei vielfach nach der Größenordnung der Gemeinden zu differenzieren ist. Nichts mehr dürfte Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG von den Gegenständen gemeindlicher Selbstverwaltung verlangen. Dass die Kinderbetreuung schon wegen der räumlichen Nähe zu den Leistungsempfängern grundsätzlich hierzu gehört, unterliegt keinem Zweifel.

### 3. Aufgabenverteilungsprinzip

Das insbesondere in der Rastede-Entscheidung des BVerfG entwickelte Aufgabenverteilungsprinzip besagt diesem Beschluss zufolge, dass der Gesetzgeber eine Aufgabe mit relevantem örtlichen Charakter den Gemeinden nur aus Gründen des Gemeininteresses, vor allem also dann entziehen darf, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre. Demgegenüber schieden das bloße Ziel der Verwaltungsvereinfachung oder der Zuständigkeitskonzentration – etwa im Interesse der Übersichtlichkeit der öffentlichen Verwaltung – als Rechtfertigung eines Aufgabenentzugs aus; denn dies zielte ausschließlich auf die Beseitigung eines Umstands, der gerade durch die vom Grundgesetz gewollte dezentrale Aufgabenansiedlung bedingt wird. Auch Gründe der Wirtschaftlichkeit

<sup>9</sup> BVerfGE 138, 1 (17, Rn. 47); BVerfG (Fn. 4), Rn. 72.

<sup>10</sup> BVerfGE 79, 127 (153).

<sup>11</sup> BVerfG (Fn. 4), Rn. 78: »Entscheidend ist, ob eine Aufgabe in gemeindlicher Trägerschaft bei typisierender Betrachtung eine sachangemessene, für die spezifischen Interessen der Einwohner und die Wahrnehmung anderer Gemeindeaufgaben förderliche Erledigung finden kann«. Ähnlich BVerfGE 138, 1 (19, Rn. 53).

und Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung insgesamt rechtfertigten eine »Hochzonung« nicht schon aus sich heraus, sondern erst dann, wenn ein Belassen der Aufgabe bei den Gemeinden zu einem unverhältnismäßigen Kostenanstieg führen würde. Dieses Aufgabenverteilungsprinzip gilt auch gegenüber den Kreisen.<sup>12</sup>

Vergleicht man die Gründe, die nach dem Urteil des BVerfG vom 21.11.2017 die Aufgabenverlagerung von den Gemeinden auf die Kreisebene vor dem Aufgabenverteilungsprinzip des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG rechtfertigen sollen<sup>13</sup>, so erscheinen sie bemerkenswert schwach. Keinem ist zu entnehmen, dass ohne die Aufgabenverlagerung die ordnungsmäßige Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre. Zwei der drei aufgeführten Gründe, nämlich einmal die Stärkung der Jugendämter und sodann und insbesondere die Zusammenführung der haftungsbewehrten Gewährleistungspflicht zur Bereitstellung eines Kinderbetreuungsplatzes mit der landesrechtlichen Verpflichtung zur Erfüllung des Anspruchs auf Kinderbetreuung sehen der in der Rastede-Entscheidung als Rechtfertigungsgrund ausgeschlossenen Zuständigkeitskonzentration bedenklich ähnlich. Ob das dritte Ziel, nämlich eine kontinuierliche Qualitätsentwicklung, nicht auch ohne die Aufgabenverlagerung erreichbar gewesen wäre, bleibt zweifelhaft. Insbesondere bleibt offen, ob eine Aufgabenverlagerung zur Vermeidung von Vergabemissbräuchen dringend geboten war, zumal Missbräuche im Fall von kreisfreien Städten ebenfalls nicht ausgeschlossen werden können. Die wiederholte Aussage, dass es sich bei diesen Gründen um legitime Zwecke handle, macht nicht hinreichend deutlich, dass sie den Anforderungen des Aufgabenverteilungsprinzips genügen.

Während die Gründe für die Vereinbarkeit der angegriffenen Regelung mit dem Aufgabenverteilungsprinzip des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG sich etwas mager ausnehmen, fällt auf der anderen Seite auf, dass bei den Voraussetzungen für eine Vereinbarkeit mit dem Aufgabenverteilungsprinzip die Hochzonung auf die Kreisebene nicht anders beurteilt wird als eine solche auf die staatliche Ebene. Das war zwar schon in der Rastede-Entscheidung so. Gleichwohl liegt es nahe, eine Aufgabenverlagerung auf die Kreisebene weniger strengen Anforderungen zu unterwerfen, weil sie doch innerhalb des kommunalen Bereichs mit seiner besonderen Bürgernähe verbleibt.<sup>14</sup> Hierauf einzugehen hätte sich gerade in Anbetracht der eher schwachen Verlagerungsgründe angeboten. Daran fehlt es indessen auch im Zusammenhang mit den Äußerungen zur kommunalen Zusammenarbeit (Rn. 86), deren Relevanz in diesem Urteil allerdings ohnehin nicht deutlich wird. Dort wird aus dem Recht der Gemeinden, Aufgaben in kommunaler Zusammenarbeit zu erfüllen, bevor der Staat sie an sich ziehe, die Folgerung gezogen, dass (»daher«) grundsätzlich ein Vorrang der interkommunalen Zusammenarbeit vor der Hochzonung gemeindlicher Aufgaben auf die Landkreisebene bestehe. Die Gleichsetzung der Landkreisebene mit dem Staat, die dieser Schlussfolgerung wie selbstverständlich

12 BVerfGE 79, 127 (150 ff.)

13 Rn. 127-134 des Urteils. Nach dem Aufbau der Urteilsgründe mit den anschließenden Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit können die hier aufgeführten Argumente keinem anderen Zweck dienen.

14 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, DVBl 2016, 1001 (1007); *Ritgen*, ZG 2016, 263 (280 ff.).

zugrunde gelegt wird, dürfte sich so nicht halten lassen. Besonders problematisch erscheint in diesem Zusammenhang der Leitsatz 3 des Urteils, wonach zu den grundlegenden Strukturelementen von Art. 28 Abs. 2 GG die Eigenständigkeit der Gemeinden auch »und gerade« gegenüber den Landkreisen gehöre. Der dadurch erzeugte Eindruck, dass die Eigenständigkeit der Gemeinden gegenüber den Landkreisen eher noch stärker als gegenüber dem Staat zu schützen sei, wird der Rechtslage nicht gerecht.

#### 4. *Verhältnismäßigkeit*

In der anschließenden Verhältnismäßigkeitsprüfung, deren Verhältnis zur Prüfung der Vereinbarkeit der Aufgabenverlagerung mit dem Aufgabenverteilungsprinzip trotz mancher naheliegender Überlappungen nicht angesprochen wird, wird die angegriffene Regelung als geeignet, erforderlich und zumutbar beurteilt. Erstaunlicherweise wird auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit aber kaum eingegangen, obwohl gerade sie in den vorangegangenen Ausführungen nicht sonderlich deutlich geworden waren. Wo man Darlegungen zur Eignung der Regelung erwarten würde (Rn. 136 ff.), wird nur beschrieben, welche Handlungsbefugnisse den Gemeinden auch nach der angegriffenen Regelung noch verbleiben bzw. sogar dazugekommen sind. Mit der Eignung der Neuregelung hat das aber nichts zu tun.

Die Neuregelung sei auch nicht unangemessen, heißt es dann in einer relativ kurzen Passage (Rn. 143 ff.), womit aber wohl nicht wie üblicherweise mit der fehlenden Angemessenheit eine fehlende Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn gemeint ist, sondern der Umstand, dass die Regelung erforderlich sei, es also kein milderes Mittel zur Zielverwirklichung gebe. Warum das so sein soll, wird nicht näher begründet als mit dem schon bei der Erörterung des Aufgabenverteilungsprinzips gegebenen Hinweis, dass so die bundesrechtliche Verpflichtung zur Gewährleistung einer kontinuierlichen Qualitätsentwicklung besser verwirklicht werden könne (Rn. 130 ff.). Zur Begründung wird nur auf die nicht zu widerlegende Einschätzung des Gesetzgebers hingewiesen (Rn. 145). Da war die Begründung desselben Punktes im Rahmen der Erörterung des Aufgabenverteilungsprinzips schon ausführlicher (Rn. 130 ff.). Sie bezog die Qualitätsentwicklung im Wesentlichen auf die Sicherstellung rechtmäßiger Vergabeentscheidungen, obwohl die Verlagerung auf die Kreisebene diese Sicherstellung hinsichtlich kreisfreier Städte auch nicht bewirken könne. Diese Begründung wird nun allerdings im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung wieder zunichte gemacht. Denn mit der Sicherstellung der Beachtung der gesetzlichen Anforderungen durch die Gemeinden sei, so heißt es hier, eine Verlagerung kommunaler (gemeint ist: gemeindlicher) Aufgaben auf die Kreisebene grundsätzlich nicht zu rechtfertigen, da hierfür die Rechtsaufsicht ausreiche (Rn. 144). Damit reduziert sich die Begründung der Erforderlichkeit der Neuregelung darauf, dass der Senat sich auf die nicht zu widerlegende Einschätzung des Gesetzgebers bezieht, dessen Kontrolle ihm gerade anvertraut ist.

Die abschließende Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn wird zunächst, ohne dass dies klar dargelegt und strukturiert würde, mit der Frage nach der

Vereinbarkeit der angegriffenen Regelung mit dem Aufgabenverteilungsprinzip des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG vermengt (Rn. 147). Sie beschränkt sich sodann im Wesentlichen auf den Hinweis auf Zuständigkeiten, die den Gemeinden im Bereich der Kinderbetreuung verbleiben. Die Verhältnismäßigkeit eines Aufgabenentzugs lässt sich aber allenfalls sehr begrenzt mit dem Hinweis auf das begründen, was nicht entzogen wird. Dass die Wahrnehmung bestimmter hochgezonter Aufgaben durch die Kreise an das Einvernehmen der Gemeinden gebunden ist, stellt auch lediglich eine Begrenzung des Aufgabenentzugs dar. Dass ein Aufgabenentzug noch tiefgreifender hätte sein können, macht ihn noch nicht verhältnismäßig. Eine über die Darstellung der angegriffenen Regelung hinausgehende Gegenüberstellung der damit verbundenen Vor- und Nachteile fehlt. Der Hinweis auf bestimmte Benehmenfordernisse schwächt sich selbst durch die Erläuterung ab, dass sie nicht den Interessen der Gemeinde, sondern lediglich einer besseren Entscheidungsfindung zu dienen bestimmt seien.

Wenn die Begründung einer Entscheidung Zweifel hinterlässt, bedeutet das freilich noch nicht, dass die Entscheidung falsch ist. Irritationen können etwa auch an den der Entscheidung zugrunde gelegten Maßstäben liegen, die der Wirklichkeit nicht (mehr) entsprechen oder das Gewollte ungenau wiedergeben und im Rahmen der Subsumtion dann modifiziert werden. Das mag für das Verständnis der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Sinne des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als »Aufgaben, die das Zusammenleben und -wohnen der Menschen vor Ort betreffen oder einen spezifischen Bezug darauf haben« gelten, aber vielleicht auch für das dem Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG entnommene Aufgabenverteilungsprinzip, das die Verlagerung einer gemeindlichen Aufgabe mit relevantem örtlichen Charakter auf eine höhere Ebene vor allem erst dann erlauben soll, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre, also eine Aufgabenverlagerung an sehr strenge Voraussetzungen knüpft. Es wäre nicht schlecht, wenn dies Anlass gäbe, einmal darüber nachzudenken, ob das Verständnis der Grundbegriffe der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nicht vielleicht eine gewisse Verdeutlichung oder Revision verdiente.

Trotz der angesprochenen Auffälligkeiten entspricht die materielle Begründung des Urteils im Kern der traditionellen Rechtsprechung des BVerfG. Das Neue, Besondere und höchst Begrüßenswerte der Entscheidung liegt im Prozessualen, nämlich in der Interpretation der Subsidiarität der kommunalen Verfassungsbeschwerde.

### **III. Die prozessuale Begründung des Urteils**

#### *1. Die Subsidiarität der kommunalen Verfassungsbeschwerde zum BVerfG*

##### *a) Geändertes Verständnis des Subsidiaritätsgrundsatzes*

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG entscheidet das BVerfG über Verfassungsbeschwerden von Gemeinden und Gemeindeverbänden wegen Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nach Art. 28 GG durch ein Gesetz, bei Landesgesetzen je-

doch nur, soweit nicht Beschwerde beim Landesverfassungsgericht erhoben werden kann. § 91 Satz 2 BVerfGG übernimmt diese Subsidiaritätsregelung mit der Bestimmung, dass die Verfassungsbeschwerde von Gemeinden und Gemeindeverbänden zum BVerfG ausgeschlossen ist, soweit eine Beschwerde wegen Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nach dem Recht des Landes beim Landesverfassungsgericht erhoben werden kann. Im vorliegenden Fall stellte sich die Frage, ob die Verfassungsbeschwerde zum BVerfG nicht schon dieser Subsidiarität wegen unzulässig war. Denn nach Art. 75 Nr. 7 Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt entscheidet das Landesverfassungsgericht über Verfassungsbeschwerden von Kommunen und Gemeindeverbänden wegen Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nach Art. 2 Abs. 3 und Art. 87 durch ein Landesgesetz und tatsächlich hat das Landesverfassungsgericht Sachsen-Anhalt ja auch über die kommunale Verfassungsbeschwerde entschieden, die bei ihm gegen das in Rede stehende Gesetz erhoben worden war. Was also veranlasste das BVerfG, die bei ihm erhobene Verfassungsbeschwerde nicht bereits wegen des Subsidiaritätsgrundsatzes des § 91 Satz 2 BVerfGG zu verwerfen?

Art. 28 Abs. 2 GG bindet gerade auch die Länder. Das bedeutet nicht, dass er in vollem Umfang oder überhaupt in die Landesverfassungen übernommen werden muss, wenn nur das unterverfassungsrechtliche Landesrecht ihm genügt. Bleibt die landesverfassungsrechtliche Gewährleistung hinter der Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG zurück, so kann das Landesverfassungsgericht aber den Schutz der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie durch das BVerfG nicht ersetzen. Es gibt keinen sinnvollen Grund, die Durchsetzbarkeit der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG durch die kommunale Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht in Bereichen ausfallen zu lassen, in denen die Landesverfassungsgerichte zwar eine kommunale Verfassungsbeschwerde zulassen, aber keinen dem Art. 28 Abs. 2 GG in der maßgeblichen Rechtsprechung des BVerfG genügenden Schutz der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie sicherstellen. Dies veranlasst das BVerfG, in seinem Urteil vom 21.11.2017, den Grundsatz der Subsidiarität der kommunalen Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG nur für anwendbar zu erachten, wenn die landesverfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nicht hinter dem Gewährleistungsniveau des Art. 28 Abs. 2 GG zurückbleibt.<sup>15</sup> Ein solches Defizit der landesverfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie bestand insoweit, als der Landesverfassung nach der insofern bindenden Auffassung des LVerfG Sachsen-Anhalt nicht wie dem Grundgesetz ein Aufgabenverteilungsprinzip zugunsten der Gemeinden entnommen werden konnte, das die Gemeinden gegen eine gesetzliche Aufgabenverlagerung auf die Kreise einklagen konnten.

Das von dem Senat zum Ausdruck gebrachte Verständnis der Subsidiaritätsklausel drängt sich freilich so auf, dass es nicht gerade sensationell ist.<sup>16</sup> Auffällig ist

<sup>15</sup> BVerfG (Fn. 4), Rn. 50.

<sup>16</sup> Vgl. bereits *Lange* (Fn. 7), Kap. 1 Rn. 147; *ders.*, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Finanzierung der Kommunen in Nordrhein-Westfalen, 2015, S. 66 ff.



aber, dass die Subsidiaritätshürde, die überwunden werden muss, damit eine kommunale Verfassungsbeschwerde beim BVerfG erhoben werden kann, mit dieser Entscheidung deutlich niedriger gestellt wird als in früheren Entscheidungen des BVerfG.

Nach einer Kammerentscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1993<sup>17</sup> braucht der Prüfungsmaßstab der Landesverfassungsgerichte nicht dem des Art. 28 Abs. 2 GG zu entsprechen, um die kommunale Verfassungsbeschwerde zum BVerfG nach dem Subsidiaritätsgrundsatz unzulässig zu machen. Ob die Landesverfassung in der Interpretation des Landesverfassungsgerichts wesentliche Aspekte nicht zum Inhalt hatte, welche nach der Rechtsprechung des BVerfG zum Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 GG gehörten, spielte danach keine Rolle. Hauptsache, es gab eine kommunale Verfassungsbeschwerde zum Landesverfassungsgericht. Aspekte der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, die landesverfassungsrechtlich nicht geschützt wurden, konnten verfassungsgerichtlich nicht mehr eingeklagt werden, auch wenn sie zur kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Grundgesetzes gehörten. Ihrer Geltendmachung vor dem Landesverfassungsgericht stand entgegen, dass sie nach der insoweit maßgeblichen Auffassung des Landesverfassungsgerichts von der Landesverfassung nicht gewährleistet waren und die Landesverfassungsgerichte nur die Vereinbarkeit mit der jeweiligen Landesverfassung zu prüfen befugt waren. Ihrer Geltendmachung vor dem BVerfG stand der Subsidiaritätsgrundsatz von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG, so wie das BVerfG ihn verstand, entgegen.

In späteren Kammerentscheidungen ist die Subsidiaritätshürde nicht mehr so absolut und zunehmend weniger streng verstanden worden. Nach einer Kammerentscheidung aus dem Jahr 2007 schließt das Subsidiaritätsprinzip des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG eine sachliche Prüfung durch das BVerfG nicht aus, wenn »die landesverfassungsgerichtliche Kontrolle nur dem Namen nach [besteht] und keinen adäquaten Rechtsschutz im Hinblick auf die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG [gewährt]«. <sup>18</sup> Unter Bezugnahme hierauf heißt es in einer Kammerentscheidung aus dem Jahr 2013, dass Ausnahmen von dem Subsidiaritätsgrundsatz des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG (nur) dann in Betracht kämen, wenn die landesverfassungsgerichtliche Kontrolle keinen adäquaten Rechtsschutz im Hinblick auf die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG gewähre. <sup>19</sup>

Wie genau das BVerfG prüfte, ob Entscheidungen von Landesverfassungsgerichten in Selbstverwaltungsfragen einen solchen adäquaten Rechtsschutz im Hinblick auf Art. 28 Abs. 2 GG gewährten, war allerdings unklar. In dem Nichtannahmebeschluss v. 14.10.2013 jedenfalls begnügte sich die Kammer mit der Erklärung, das Landesverfassungsgericht habe sich umfassend mit den Auswir-

<sup>17</sup> BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), NVwZ 1994, 58 (59).

<sup>18</sup> BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), Nichtannahmebeschluss v. 25.6.2007 – 2 BvR 635/07 –, juris, Rn. 3.

<sup>19</sup> BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), Nichtannahmebeschluss v. 14.10.2013 – 2 BvR 1961/13, 2 BvR 1962/13, 2 BvR 1976/13 –, juris, Rn. 4.

kungen des angegriffenen Gesetzes für das kommunale Selbstverwaltungsrecht der Beschwerdeführerinnen auseinandergesetzt. Seine Urteile ließen nicht den Schluss zu, eine der Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie angemessene Prüfung habe nicht stattgefunden. Eine Würdigung des Ergebnisses der landesverfassungsgerichtlichen Kontrolle sei dem BVerfG verwehrt. Die dem Art. 28 Abs. 2 GG zu entnehmenden einschlägigen Maßstäbe wurden nicht erwähnt.<sup>20</sup>

Das Urteil des BVerfG vom 21.11.2017 senkt die Subsidiaritätshürde weiter ab, indem es die kommunale Verfassungsbeschwerde zum BVerfG trotz des Subsidiaritätsgrundsatzes jedenfalls dann ermöglicht, wenn die Landesverfassung wesentliche Gewährleistungen von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG nicht enthält, und indem es überdies solche wesentlichen Gewährleistungen konkret benennt.<sup>21</sup> Als wesentliche Gewährleistung in diesem Sinne wird hier das Aufgabenverteilungsprinzip qualifiziert, wonach der Gesetzgeber den Gemeinden örtliche Aufgaben nur aus Gründen des Gemeinwohls entziehen und sie damit auch von kreisangehörigen Gemeinden nur aus Gründen des Gemeinwohls auf Kreise übertragen darf.

Damit bleibt immer noch offen, inwieweit nicht noch andere Unterschiede zwischen den auf Bundes- und Landesebene bestehenden Möglichkeiten, Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Selbstverwaltungsrechts zu erheben, die Subsidiaritätshürde überwinden. Es ist zwar Sache der Länder, ob und wie sie eine Verfassungsgerichtsbarkeit einrichten, und diese Freiheit sollte auch im Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsgrundsatz in der Weise respektiert werden müssen, dass unterschiedliche Ausgestaltungen gleichwertiger Beschwerdeverfahren in Bund und Ländern nicht schon ausreichen, um das BVerfG unter Überwindung der Subsidiaritätshürde anrufen zu können. Aber wieso in einem Bundesland eine auch nur im Kleinen unzureichende Umsetzung der in vollem Umfang gerade in den Ländern geltenden kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG hingenommen werden sollte, wenn ein Land landesrechtlich eine dahinter zurückbleibende kommunale Selbstverwaltungsgarantie geschaffen hat oder eine mit dem Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 GG übereinstimmende landesrechtliche kommunale Selbstverwaltungsgarantie vom Landesverfassungsgericht restriktiver interpretiert wird als Art. 28 Abs. 2 GG vom Bundesverfassungsgericht, ist nicht ersichtlich. Hier ist das BVerfG mit seinem Urteil vom 21. November 2017 zwar auf einem guten Wege, dürfte dessen Ende aber noch nicht erreicht haben.

#### *b) Folgen für die finanzielle Mindestausstattung der Kommunen*

Die Folgen der Interpretation des Subsidiaritätsgrundsatzes durch dieses Urteil sind gleichwohl gravierend, und zwar gerade auf dem für die Kommunen existentiellen Gebiet ihrer Finanzierung.

<sup>20</sup> BVerfG (Fn. 19), Rn. 5.

<sup>21</sup> BVerfG (Fn. 4), Rn. 53 ff.

In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Landesverfassungsgerichte sowie in der Literatur besteht weitreichende Einigkeit darüber, dass die Bundesländer verpflichtet sind, ihren Gemeinden eine finanzielle Mindestausstattung zu sichern.<sup>22</sup> Auch darüber besteht weitgehend Einigkeit, dass diese Mindestausstattung den Gemeinden die Möglichkeit geben muss, außer ihren Pflichtaufgaben ein Minimum an freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen.<sup>23</sup> Das ist die ziemlich selbstverständliche Folgerung aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1, 3 GG, wonach den Gemeinden das Recht gewährleistet sein muss, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln, und die Gewährleistung der Selbstverwaltung auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung umfasst. Andernfalls liefe die kommunale Selbstverwaltungsgarantie leer. Aus eigener Kraft, ohne die für ihre Finanzausstattung notwendigen gesetzlichen Vorkehrungen, die – von den partiellen Finanzgarantien des Grundgesetzes abgesehen – in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallen, können die Gemeinden die Wahrnehmung ihrer verfassungsmäßigen Aufgaben nicht finanzieren. Entsprechendes muss für die Kreise gelten. Jedenfalls die ihnen übertragenen Pflichtaufgaben müssen finanziert werden. Die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben ist ihnen nach Auffassung des BVerfG zwar nicht garantiert.<sup>24</sup> Das ist allerdings schon deshalb sehr wenig überzeugend, weil Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG offenbar an den Selbstverwaltungsbegriff des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG anknüpft und daher die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben impliziert. Auch ist es mit dem Gewicht, das Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG jedenfalls den Kreisen als den wich-

---

22 So *Schoch*, Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie, 1997, S. 140 f. mit umfangreichen Nachw.; *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 28 Rn. 146 m. Nachw., wonach es allgemeiner Meinung entspricht, dass den Gemeinden als Grundlage ihrer Handlungsfähigkeit eine gewisse Finanzmasse zur Verfügung stehen muss, so dass sie sowohl ihre verschiedenen Pflichtaufgaben erfüllen als auch freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben wahrnehmen können; *Tettinger/Schwarz*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 28 Abs. 2 Rn. 244 m. Nachw., wonach die zum kommunalen Selbstverwaltungsrecht gehörende Finanzhoheit nach allgemeiner Ansicht unstreitig einen Anspruch auf eine angemessene Finanzausstattung umfasst.

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

24 BVerfGE 119, 331 (355).

tigsten Gemeindeverbänden mit der Forderung nach unmittelbar gewählten Volksvertretungen gibt, unvereinbar, sie auf die Wahrnehmung von Pflichtaufgaben zu reduzieren.

Die Verpflichtung der Bundesländer, ihren Gemeinden eine finanzielle Mindestausstattung zu gewährleisten, wird aber von einem großen Teil der Landesverfassungsgerichte und der rechtswissenschaftlichen Literatur erheblich relativiert. Danach besteht sie nämlich nur im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Landes.<sup>25</sup> Das kann indessen schon deshalb nicht überzeugen, weil die Frage, wie die Gemeinden denn dann das Minimum der von ihnen wahrzunehmenden Aufgaben finanzieren sollen, unbeantwortet bleibt. Der Leistungsfähigkeitsvorbehalt lässt sich, außer vielleicht in besonderen Extremsituationen, auch nicht damit rechtfertigen, dass ein Land nicht zu Leistungen verpflichtet sein könne, die zu erbringen es nicht fähig sei. Denn wenn ein Land nicht über die Mittel verfügt, die es den Kommunen als Mindestausstattung zukommen lassen müsste, bleibt ihm immer noch die Möglichkeit, die finanzielle Mindestausstattung der Kommunen durch deren Entlastung von Pflichtaufgaben oder verpflichtenden hohen Standards der Aufgabenerfüllung herbeizuführen.

Das BVerwG hat dem Leistungsfähigkeitsvorbehalt eine Absage erteilt und die Verpflichtung der Länder, den Kommunen die Mindestausstattung uneingeschränkt zukommen zu lassen, mit den Worten bejaht: »Klargestellt werden muss, dass dieser ›Kerngehalt‹ die äußerste Grenze des verfassungsrechtlich Hinnehmbaren – das verfassungsrechtliche Minimum – bezeichnet, das einer weiteren Relativierung nicht zugänglich ist. Der Landesgesetzgeber könnte also eine strukturelle Unterfinanzierung der Gemeinden in diesem Sinne nicht mit dem Hinweis darauf rechtfertigen, dass auch die Haushaltslage des Landes notleidend ist. Der Mindestbedarf der Kommunen stellt vielmehr einen abwägungsfesten Mindestposten im öffentlichen Finanzwesen des jeweiligen Landes dar [...]«. <sup>26 27</sup>

25 Vgl. nur NWVerfGH, Urteil v. 19.7.2011 – 32/08 –, juris, Rn. 57; Urteil v. 6.5.2014 – 9/12 – juris, Rn. 55; NdsStGH, Urteil v. 15.8.1995 – 2/93 –, juris, Rn. 103 ff.; StGH BW, Urteil v. 10.5.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 86 ff.; LVerfG Sachsen-Anhalt, NVwZ-RR 2000, 1 (5 f.); *Volkmann*, DÖV 2001, 497 (502); *Brems*, Die Aufgabenverlagerung des Landes Nordrhein-Westfalen auf die Kommunen und die Frage der Finanzierungsfolgen, 2006, S. 96 f.; *Mehde*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand: September 2017, Art. 28 Abs. 2 Rn. 85; *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht in Bund und Ländern, 2014, S. 206; *Tappe/Wernsmann*, Öffentliches Finanzrecht, 2015, Rn. 1004.

26 BVerwGE 145, 378 (385, Rn. 22) unter Berufung auf *Tettinger/Schwarz* (Fn. 22), Art. 28 Abs. 2 Rn. 248 ff., bestätigt durch BVerwG, Urteil v. 16.6.2015 – 10 C 13.14 –, juris, Rn. 28. S. auch *Diemer*, Gemeindehaushalt 2013, 171. Diese Diskrepanz zwischen dem etwa vom BVerwG vertretenen leistungsfähigkeitsunabhängigen Verständnis der Mindestausstattungspflicht nach Art. 28 Abs. 2 GG und dem von einer Reihe von Landesverfassungsgerichten vertretenen leistungsfähigkeitsabhängigen Verständnis der landesverfassungsrechtlichen Mindestausstattung hat das Urteil des BVerfG vom 21.11.2017 wohl nicht im Auge, wenn es dort unter Rn. 66 heißt, bis zum Urteil des LVerfG Sachsen-Anhalt vom 20.10.2015 – LVG 2/14 – sei die Rechtslage bundesweit ausnahmslos dadurch gekennzeichnet gewesen, dass die Landesverfassungsgerichte die kommunalen Selbstverwaltungsgarantien im Gleichlauf mit Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ausgelegt hätten oder darüber hinausgegangen seien. Die Verfassungsrechtslage in den Ländern sei insoweit allgemein dahingehend bewertet worden, dass keine der 16 Landesverfassungen hinter den Vorgaben des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zurückbleibe.

27 Hierzu bereits *Lange*, Verfassungsrechtliche Grundlagen (Fn. 16), S. 67 f.

Das BVerfG hat die Frage, ob die Länder unabhängig von ihrer Leistungsfähigkeit zu einer Mindestausstattung ihrer Gemeinden verpflichtet sind, bislang nicht ausdrücklich beantwortet. Es gibt in seiner Rechtsprechung Anhaltspunkte dafür, dass es sie bejaht.<sup>28</sup> Insbesondere hat es in seinem Beschluss zur sächsischen Schulnetzplanung im Zusammenhang mit der Feststellung, dass die Finanzkraft einzelner Gemeinden auf die Bestimmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft grundsätzlich keinen Einfluss habe, ausgeführt: »vielmehr muss der Staat gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG den Gemeinden gegebenenfalls die Mittel zur Verfügung stellen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen.«<sup>29</sup> Diese Aussage wird in dem Urteil vom 21. November 2017 wiederholt.<sup>30</sup> Ob die damit angesprochene Verpflichtung des Staates unabhängig von dessen Leistungsfähigkeit sein soll, geht aus der Formulierung aber nicht zweifelsfrei hervor. Dafür spricht zwar, dass das BVerfG in seiner Entscheidung zur Schulnetzplanung ausdrücklich und allein auf ein Urteil des Thüringer Verfassungsgerichtshofs verweist, wonach die Finanzausstattung der Gemeinden und Gemeindeverbände so zu bemessen ist, dass sie die Personal- und Sachausgaben für die Pflichtaufgaben im eigenen und übertragenen Wirkungskreis bestreiten können und ihnen darüber hinaus ein gewisser finanzieller Spielraum für Maßnahmen im Bereich der freiwilligen Selbstverwaltungsangelegenheiten verbleibt<sup>31</sup>. Neben dieser klaren Beschreibung der Mindestausstattung der Kommunen dürfte kein Raum für die Annahme einer impliziten Abhängigkeit von der Leistungsfähigkeit des Staates sein. Eine ausdrückliche Antwort auf die Frage nach der Leistungsfähigkeitsabhängigkeit der Mindestausstattung hat das BVerfG aber auch damit nicht gegeben.

Nach seinem Urteil vom 21. November 2017 sollte es jedoch möglich sein, eine eindeutige Äußerung des BVerfG zu dieser Frage zu erreichen. Eine beim BVerfG erhobene kommunale Verfassungsbeschwerde etwa unterfinanzierter nordrhein-westfälischer Kommunen, mit der geltend gemacht wird, dass ein Gemeindefinanzierungsgesetz nicht einmal die durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistete finanzielle Mindestausstattung vorsehe, das Landesverfassungsgericht das aber für unbedenklich halte, weil die landesverfassungsrechtliche Pflicht des Landes zur Gewährung der Mindestausstattung der Kommunen unter dem Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Landes stehe – eine solche kommunale Verfassungsbeschwerde müsste das BVerfG zur Entscheidung der Frage veranlassen, ob die in der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG enthaltene finanzielle Mindestausstattungsgarantie ebenfalls unter einem solchen Leistungsfähigkeitsvorbehalt steht. Nur wenn das nicht der Fall wäre, wäre die kommunale Verfassungsbeschwerde zum BVerfG nach dem Subsidiaritätsgrundsatz der Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG zulässig. Wenn die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Grundgesetzes ohne Rücksicht auf die Leistungsfähigkeit des jeweiligen Bundeslandes zu einer Min-

---

28 Vgl. *Lange*, NWVBl. 2016, 183 (185).

29 BVerfGE 138, 1 (19, Rn. 53).

30 BVerfG (Fn. 4), Rn. 78.

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

destfinanzausstattung der Kommunen verpflichtet, dann bleibt die Selbstverwaltungsgarantie eines Bundeslandes, die nur zu einer leistungsfähigkeitsabhängigen Mindestfinanzausstattung verpflichtet, in einem wesentlichen Gewährleistungsinhalt hinter Art. 28 Abs. 2 GG zurück und der Subsidiaritätsgrundsatz der Art 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG steht der Anrufung des Bundesverfassungsgerichts nach dem neuen Urteil des BVerfG nicht entgegen. Das begründet die Hoffnung, dass das BVerfG auf eine entsprechende kommunale Verfassungsbeschwerde hin die überfällige Entscheidung der umstrittenen Frage trifft, ob Art. 28 Abs. 2 GG die Bundesländer ohne Rücksicht auf ihre Leistungsfähigkeit zur Gewährleistung einer finanziellen Mindestausstattung der Kommunen verpflichtet. Überfällig ist eine solche Entscheidung, weil es um die Klärung eines jahrelangen Streits über eine für die Kommunen existentielle Frage geht, die die Interpretation des Grundgesetzes zum Gegenstand hat. Die Klärung durch das BVerfG ist umso dringender, als die Landesparlamente in dem Streit zwischen Land und Kommunen bei der Beschlussfassung über den Landeshaushalt, um den es hier geht, in eigener Sache, nämlich der des Landes, entscheiden, und dies vielfach entgegen der Rechtsauffassung des BVerwG, das sich zu der Rechtsfrage immerhin bereits vor fünf Jahren erklärt hat.

## 2. Frist

Auch für kommunale Verfassungsbeschwerden gilt die Einlegungsfrist des § 93 Abs. 1, 3 BVerfGG. Da die kommunale Verfassungsbeschwerde sich nur gegen ein Gesetz richten kann, kann sie gemäß § 93 Abs. 3 BVerfGG nur binnen eines Jahres seit dem Inkrafttreten des Gesetzes erhoben werden. Unsicherheiten über die Anwendbarkeit des Subsidiaritätsgrundsatzes, also darüber, ob nach einer Landesverfassung ein mit dem Grundgesetz gleichwertiger verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung besteht, führen auch hinsichtlich der Einlegungsfrist zu Problemen. Wendet sich eine Kommune mit der kommunalen Verfassungsbeschwerde in der vertretbaren, aber sich letztlich als unzutreffend erweisenden Annahme, dass im Land ein dem Art. 28 Abs. 2 GG gleichwertiger Schutz der kommunalen Selbstverwaltung gewährleistet sei, an das Landesverfassungsgericht, so ist nach einer diese Annahme widerlegenden Entscheidung des Landesverfassungsgerichts die Jahresfrist seit dem Inkrafttreten des angegriffenen Gesetzes normalerweise überschritten. Mit seinem jetzt ergangenen Urteil hat das BVerfG klargestellt, dass die Einlegungsfrist für eine danach beim BVerfG eingelegte Beschwerde erst mit Abschluss des landesverfassungsgerichtlichen Verfahrens beginnt. Das ist eine überzeugende Übertragung der Fristberechnung in den Fällen, in denen vor Einlegung einer Verfassungsbeschwerde gegen einen Hoheitsakt zur gebotenen Rechtswegerschöpfung erst noch ein anderes Verfahren durchlaufen werden muss,<sup>32</sup> auf die Unsicherheitssituation bei der Beurteilung des landesverfassungsrechtlichen Schutzes der kommunalen Selbstverwaltung. Sie überzeugt, weil diese Unsicherheit nicht zu Lasten der Beschwerdeführer gehen darf. Das BVerfG

<sup>32</sup> Vgl. BVerfGE 76, 107 (115 f.).

ist zu einer solchen Fristverlängerung aber nur bereit, wenn die kommunale Verfassungsbeschwerde zum Landesverfassungsgericht nicht von vornherein aussichtslos erscheint. Das zu beurteilen und entsprechend zu verfahren, ist für klagende Kommunen gerade wegen der unterschiedlichen vom BVerfG in der Vergangenheit angewandten Maßstäbe und auch im Hinblick auf die relativ eingehende Prüfung, die das BVerfG in seinem Urteil vom 21.11.2017 für erforderlich hielt, um die Anrufung des Landesverfassungsgerichts für unschädlich zu erachten, nicht ganz einfach. Die Anforderungen daran, dass Beschwerdeführer eine offensichtliche Ungleichwertigkeit des landesverfassungsrechtlichen Schutzes der kommunalen Selbstverwaltung erkennen, sollten also nicht zu hoch geschraubt werden. Und Kommunen, die verfassungsgerichtlich geltend machen wollen, dass Art. 28 Abs. 2 GG ihnen eine finanzielle Mindestausstattung garantiert, die nicht von der Leistungsfähigkeit des Landes abhängt, sollten, um die Beschwerdefrist einhalten zu können, nicht erst das Landesverfassungsgericht anrufen, wenn dieses bereits deutlich die gegenteilige Rechtsauffassung vertritt.