

*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 Gemeindeeinwohnern 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 Ebene 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 Benehmenserfordernisse 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.