

**Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit einzelner geplanter  
Neuregelungen im Rahmen der Fortschreibung des kommunalen Finanz-  
ausgleichs des Landes Brandenburg für das Ausgleichsjahr 2019**

Prof. Dr. Stefan Koriath  
Ludwig-Maximilians-Universität München  
Juristische Fakultät  
Lehrstuhl für öffentliches Recht und Kirchenrecht

März 2018

Das Ministerium der Finanzen des Landes Brandenburg hat mich beauftragt, im Rahmen der Vorbereitung der gesetzlichen Regelung des kommunalen Finanzausgleichs für das Ausgleichsjahr 2019 einzelne der geplanten Änderungen verfassungsrechtlich zu begutachten. Hierbei sind die Ergebnisse der finanzwissenschaftlichen Überprüfung des Finanzausgleichs und in diesem Zusammenhang entwickelte Veränderungsüberlegungen seitens des Finanzwissenschaftlichen Forschungsinstituts der Universität Köln (FiFo) zu berücksichtigen.

Im Einzelnen handelt es sich um die folgenden unter I. bis IV. dargestellten Einzelregelungen und Elemente, mit denen das Gesetz über den allgemeinen Finanzausgleich mit den Gemeinden und Gemeindeverbänden im Land Brandenburg (Brandenburgisches Finanzausgleichsgesetz – Bbg FAG) vom 29. Juni 2004, zuletzt geändert durch Gesetz vom 16. März 2016 (GVBl. I/16), unter Verzicht auf grundsätzliche Systemwechsel fortentwickelt werden soll.

### **I. § 5 Abs. 1 Bbg FAG – Verfassungsmäßigkeit der Erhöhung der Theater- und Orchesterpauschale um 5 Mio. Euro auf 22 Mio. Euro jährlich ab 2019**

In der geltenden Fassung bestimmt § 5 Abs. 1 Bbg FAG, dass der Finanzausgleichsmasse (§ 1 Abs. 4 Bbg FAG) vorab eine Summe von 17 Mio. Euro pro Jahr für die Förderung von Theatern und Orchestern entnommen wird. Die Verteilung und Verwendung der Mittel regelt eine Rechtsverordnung des für Kultur zuständigen Mitglieds der Landesregierung im Einvernehmen mit dem für Finanzen zuständigen Mitglied der Landesregierung. Nach dem Beschluss des Landtags Brandenburg vom Juli 2016

LT-Drs. 6/4528 - B; vgl. auch LT-Drs. 6/4528, Anlage 1, S. 29f.

sollen die Mittel ab 2019 um 5 Mio. Euro auf 22 Mio. Euro jährlich erhöht werden.

#### **1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit besonderer Zuweisungen**

Rechtstechnisch handelt es sich um eine besondere Zuweisung, mit der das Land – wie insoweit auch im Fall des Soziallastenausgleichs (§§ 5 Abs. 2, 15 Bbg FAG) oder des Schullastenausgleichs (§ 14 Bbg FAG) – zweckgebunden besondere Belastungen von Kommunen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben ausgleicht. Ein solcher Ausgleich kann pflichtige oder, wie im Fall der

Theater- und Orchesterpauschale, freiwillige Aufgaben betreffen. Die weiteren Ziele können unterschiedlich sein. Bei freiwilligen Aufgaben kann das Land mit besonderen Zuweisungen bezwecken, Anreize für die kommunale Ebene zur Erfüllung dieser Aufgabe überhaupt oder in einem bestimmten Umfang zu setzen; es kann für das Land auch darum gehen, eigene struktur-, konjunktur- oder kulturpolitische Zielsetzungen zu unterstützen. Der generell dem Landesgesetzgeber bei der Gestaltung der vertikalen und horizontalen Elemente des Finanzausgleichs eröffnete Gestaltungsspielraum

VerfG Brandenburg, Urteil vom 16. September 1999 (28/98), juris Rn. 90; Urteil vom 22. November 2007 (75/05), juris Rn. 125.

findet hier eine besondere Ausprägung. Es steht in der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, durch Zweckzuweisungen möglichst sicherzustellen, dass einzelne kommunale Aufgaben mit besonderer sachlicher und/oder überregionaler Bedeutung in genügendem Umfang wahrgenommen werden. Der unmittelbare Aufgabenbezug der Zweckzuweisung stellt dabei sicher, dass die Gewährung der Zweckzuweisung sich auf den Zuschussbedarf bei den Schlüsselzuweisungen auswirkt. Ein solches lenkendes – oder, in der in den Finanzausgleichssystemen anderer deutscher Länder gebräuchlichen Terminologie „patriarchalisches“ – Ausgleichselement ergänzt die distributive Funktion des Finanzausgleichs, um gleichwertige Leistungs- und Ausstattungsstandards sowie besondere landespolitisch motivierte Anliegen zu fördern. Das ist, wenn bestimmte allgemeine Voraussetzungen eingehalten werden, verfassungsrechtlich unbedenklich.

Vgl. VerfG Brandenburg, Urteil vom 22. November 2007 (75/05), juris Rn. 152ff.; LVerfG Schleswig-Holstein, Urteil vom 27. Januar 2017 (4/15), juris Rn. 184ff., 208ff.

Ein generelles Verbot, kommunale Bedarfe mit Vorwegabzügen zu bedenken, ist Art. 99 S. 2 und 3 Verf BB nicht zu entnehmen und folgt auch nicht aus dem Gebot der Systemgerechtigkeit und der interkommunalen Gleichbehandlung. Die Grenzen des Zulässigen sind bei einer unverhältnismäßigen Schmälerung der allgemeinen Verbundmasse mit der Folge eines Ungleichgewichts von Zweck- und Schlüsselzuweisungen und bei Verstößen gegen das Gebot der gleichmäßigen Berücksichtigung besonderer Bedarfe erreicht.

## 2. Zum Verhältnis von Zweck- und Schlüsselzuweisungen

Das Verbot der unverhältnismäßigen Schmälerung des allgemeinen Steuerverbundes durch Vorwegabzüge für Zweckzuweisungen rechtfertigt sich vor allem daraus, dass die Verbundmasse im Interesse der kommunalen Selbstbestimmung und Selbstverwaltung weit überwiegend allgemeinen, nicht zweckgebundenen Schlüsselzuweisungen zugutekommen muss, um die Verwendungsfreiheit auf Seiten der Kommunen und der kommunalen Haushaltsautonomie zu gewährleisten.

Angesichts einer Verbundmasse (§ 3 Abs. 1 Bbg FAG) von (2018) 1,925 Mrd. Euro und einer Finanzausgleichsmasse von (2018) von 2,080 Mrd. Euro, wobei angesichts steigender Steuereinnahmen beide Massen vermutlich 2019 schon bei ansonsten unveränderter Rechtslage leicht ansteigen werden, ist eine Summe von 22 Mio. Euro für die Theaterpauschale für sich genommen und auch in Addition mit anderen Vorwegentnahmen (Ausgleichsfonds, 2018 40 Mio. Euro; Sonderlastenausgleich, bestehend aus Soziallasten-, Jugendhilfelasten- und Schullastenausgleich, 2018 197,84 Mio. Euro) auf der Grundlage der jetzigen Verbundquote, sollte sie 2019 fortgeschrieben werden, unbedenklich. Der Anteil der besonderen Zuweisungen macht dann zwischen 10 und 15 v. H. der Finanzausgleichsmasse aus und bewegt sich damit im zulässigen Bereich, der sich nicht exakt in Zahlen ausdrücken lässt, aber auch über 10 v. H. der Finanzausgleichsmasse betragen kann. Allgemein gilt: „Allerdings muss der Gesetzgeber bei der Normierung zweckgebundener Finanzausweisungen Zurückhaltung üben, da der Einsatz dieser potentiell selbstverwaltungsfeindlichen Verteilungsinstrumente die kommunale Autonomie beeinträchtigen kann, vor allem dann, wenn die Summe der Zweckzuweisungen an die Kommunen im Verhältnis zu den allgemeinen Zweckzuweisungen von erheblicher finanzieller Bedeutung ist. Ein solches, die Selbstverwaltung beeinträchtigendes Übermaß zweckgebundener Zuweisungen kann sich nicht nur aus einer unverhältnismäßigen Normierung von Zuweisungstatbeständen, sondern auch aus der jeweils festgesetzten Höhe der Zuweisungen ergeben, welche aus der Finanzausgleichsmasse gespeist werden und damit die für die allgemeinen, am kommunalen Bedarf orientierten Finanzausweisungen zur Verfügung stehende Schlüsselmasse vermindern.“

ThürVerfGH, LVerfGE 16, 593 (652f.); vgl. Nds StGH, DVBl. 1998, 185. Das LVerfG Schleswig-Holstein, Urteil vom 27. Januar 2017 (4/15), juris Rn. 211, hat Zweckzuweisungstatbestände in einer Größenordnung von 10 v.H. der Finanzausgleichsmasse ohne weitere Diskussion für zulässig gehalten.

Für ein solches im Lichte der Garantie kommunaler Selbstverwaltung bedenkliches Übermaß ist bei einer Erhöhung der Theaterpauschale nicht ersichtlich.

### **3. Zur Beurteilung im Lichte einer veränderten Verbundquote**

Zu untersuchen ist, ob das Gleiche gilt, wenn der Gesetzgeber entsprechend der vom finanzwissenschaftlichen Forschungsinstitut der Universität zu Köln (FiFo) vorgelegten Überprüfung der vertikalen Verteilungssymmetrie folgte und ab dem Jahr 2019 die Verbundquote zugunsten der kommunalen Ebene anpassen würde.

Hier sind verschiedene Schritte der Anpassung denkbar. Folgt der Gesetzgeber dem Vorschlag des FiFo, wäre die Verbundquote 2019 um 2,43 v. H. auf 22,43 v. H. zu erhöhen. Dann ergäbe sich – unter Berücksichtigung des Haushaltsplans auf der Grundlage der Steuerschätzung vom November 2017 – eine Verbundmasse von 2,123 Mrd. Euro und eine Finanzausgleichsmasse von 2,242 Mrd. Euro, woraus sich bei Erhöhung des Vorwegabzugs nach § 5 Abs. 1 Bbg FAG auf 22 Mio. Euro eine Schlüsselmasse von 1,979 Mrd. Euro errechnete.

Würde die Verbundquote auf 20,80 v. H. angehoben, betrüge die Verbundmasse 1,977 Mrd. Euro, die Finanzausgleichsmasse 2,096 Mrd. Euro und die Schlüsselmasse 1,834 Mrd. Euro.

Vgl. FiFo, Begutachtung des kommunalen Finanzausgleichs in Brandenburg. Vorläufiger Endbericht, 10. Januar 2018, S. 63f.

Da die Vorwegentnahme nach dem geltenden § 5 Abs. 1 Bbg FAG nicht quotaal, sondern summenmäßig festgeschrieben ist, kann sich bei einer Steigerung der Verbundquote (neben einer vermutlichen Steigerung der Steuereinnahmen des Landes) die Quote des Verhältnisses der Zweckzuweisungen zu den Schlüsselzuweisungen und der Anteil der Zweckzuweisungen für die spezielle Aufgabe des § 5 Abs. 1 Bbg FAG an der Verbund- und der Finanzausgleichsmasse nur vermindern.

Etwas anderes könnte nur in dem Fall gelten, dass die Methodik zur Ermittlung der Verteilungssymmetrie zwischen Land und Kommunen durch das FiFo-Gutachten mit den Vorgaben des Art. 99 S. 2 und 3 Verf BB nicht vereinbar wäre und andere methodische Ansätze zu einem Ergebnis kommen könnten, wonach die Verbundquote nicht zugunsten der Kommunen, sondern des Landes abzuändern wäre. Anlass zu dieser Überlegung gibt es (nur) deshalb, weil das

Landesverfassungsgericht Schleswig-Holstein in einem aktuellen und vielbeachteten Urteil, das allerdings grundlegende Verteilungsänderungen, nicht Fortschreibungen im kommunalen Finanzausgleich des Landes Schleswig-Holstein betraf, die Tauglichkeit der vom FiFo auch bei einer Bewertung des vertikalen Verbundes in Schleswig-Holstein verwendeten Methodik des Symmetriekoeffizienten bezweifelt hat. Diese Methode beruhe auf Einnahmen und Ausgaben des Landes und der kommunalen Ebene, lasse aber letztlich den Bedarf beider Seiten unberücksichtigt. Genau dieser müsse aber, wobei es einen methodischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gebe, ermittelt werden. Erforderlich sei, dass der Gesetzgeber sich mit der jeweils gewählten Methodik den „tatsächlichen Bedarfen der zu vergleichenden Ebenen substantiell annähert. Der Gesetzgeber ist damit in der Pflicht sicherzustellen, dass der anzustellende Ebenenvergleich auf einer bedarfsorientierten Erfassung der einzelnen aufgezeigten Vergleichselemente beruht.“

LVerfG Schleswig-Holstein, Urteil vom 27. Januar 2017 (4/15), juris Rn. 103ff., 141ff., unter Verweis auf StGH Hessen, Urteil vom 21. Mai 2013 (P. St. 2361), juris Rn. 116ff.

Zur Begründung will das Gericht auf eine entsprechende Praxis in Hessen verweisen und darauf, dass auch im Rahmen des Konnexitätsprinzips (in Brandenburg Art. 97 Abs. 3 Verf BB), „aufgabenbezogene Kostenanalysen [...] regelmäßig durchzuführen“ seien. Aus diesem Zusammenhang seien daher „praktisch erprobte Methoden der aufgabenbezogenen Kostenanalyse verfügbar“.

LVerfG Schleswig-Holstein, aaO, Rn. 112.

Diesem Begründungsversuch ist entgegenzuhalten, dass auch im neuen kommunalen Finanzausgleich Hessens kein Versuch einer umfassenden objektiven Bedarfsanalyse gemacht wird. Die Parallele zum Anwendungsbereich des Konnexitätsprinzips ist deshalb wenig weiterführend, weil es hier jeweils um eine einzelne Aufgabe geht, nicht um den methodisch in Form einer Bedarfsermittlung kaum zu bewerkstellenden Vergleich des gesamten Aufgabenspektrums der Ebenen. Der prinzipielle Einwand aber lautet: Eine umfassende, nachprüfbar belegte objektive Bedarfsfeststellung ist noch in keinem Finanzausgleichssystem gelungen und wird auch nicht gelingen. Deshalb kann dieser neue Rechtsprechungsansatz, der zu Recht bereits auf Kritik gestoßen ist,

*H.-G. Henneke*, Urteilsanmerkung, DVBl. 2017, S. 378ff.

die anders akzentuierte Rechtsprechung des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg und anderer Landesverfassungsgerichte nicht erschüttern.

Diese geht nicht nur – vertikal und horizontal – von einem weiten Ermessensspielraum bei der Ausgestaltung des gemeindlichen Finanzausgleichs aus, sondern auch bei der Bedarfsermittlung, die allerdings „möglichst realitätsgerecht“ auszufallen hat. Der Gesetzgeber ist „nicht verpflichtet, die unabweisbaren Aufgaben des Landes den Pflichtaufgaben der Gemeinden Punkt für Punkt gegenüberzustellen [...]. Der Gesetzgeber ist jedoch gehalten, bei der Bedarfsermittlung die Aufgaben der Gemeinden in den Blick zu nehmen und den Ausgleich unter Berücksichtigung dieser Aufgabenbelastung vorzunehmen. Sein Gestaltungsspielraum findet seine Grenze in dem Verbot der offensichtlichen Disproportionalität von wahrzunehmenden Aufgaben und Mittelzuweisung [...]“. Verwendet der Gesetzgeber – auf der Einnahmenseite – den Gleichmäßigkeitsgrundsatz, so müsse er dies um eine Bewertung der Aufgaben- und Ausgabenentwicklung ergänzen. „Von daher ist eine regelmäßige Überprüfung der Stimmigkeit des Finanzierungssystems erforderlich, die einbezieht, dass sich der Aufgabenzuschnitt auf Seiten der Gemeinden und die Aufgabenverteilung zwischen Land und Gemeinde und/oder die auf die Aufgabenwahrnehmung entfallenden Kosten verändert haben können [...]“.

VerfG Bbg, Urteil vom 16. September 1999 (28/98), juris Rn. 90ff. Vgl. auch VerfGH NRW, NWVBl. 2008, 223 (224f.); VerfGH NRW, Urteil vom 6. Mai 2014 (9/12), juris Rn. 36f.; Nds. StGH, NdsVBl. 2008, 152 (157).

Dem entspricht in vollem Umfang die Methodik des FiFo bei der Überprüfung des vertikalen Verteilungsverhältnisses. Das Gutachten erörtert verschiedene Ansätze zur Ermittlung der vertikalen Verteilungsgerechtigkeit. Es verwendet dann den Maßstab des Symmetriekoeffizienten. Das Verfahren beruht auf empirischen und statistisch vergleichsweise leicht zu nutzenden und damit transparenten Daten. Für das Land und die kommunale Ebene wird für jedes Jahr eine empirische Einnahmengröße („Deckungsmittelbestand“) und eine empirische Ausgabengröße („Deckungsmittelverbrauch“) erfasst. Diese Methode bildet über das tatsächliche Ausgabeverhalten beider Ebenen Bedarfsrelationen ab; über die verwendeten Zahlen fließen die Kommunalisierungsgrade ein. Der Symmetriekoeffizient besagt, dass vollständige Symmetrie bei der Größe 1 vorliegt, Abweichungen nach unten indizieren ein Übergewicht des Landes und umgekehrt. Wie bei jeder finanzwissenschaftlichen Methode hat die Aussagekraft dieser Vorgehensweise Grenzen. Sie entspricht aber mit Blick auf die vertikale Verteilungsentscheidung

zwischen dem Land und den Kommunen, den Vorgaben des Verfassungsgerichts für das Land Brandenburg und eröffnet neben der Nachprüfbarkeit auch die im kommunalen Finanzausgleich unerlässlichen politischen Einschätzungsräume. Im mehrjährigen Vergleich innerhalb eines Landes zeigen die Symmetriekoeffizienten immer Schwankungen. Eine Vermutung für notwendige Veränderungen der Verbundquote ergibt sich erst, wenn dauerhafte umfangreiche Abweichungen von der Symmetrie und über mehrere Jahre sich fortsetzende Veränderungen des Indikators in dieselbe Richtung vorliegen.

Jedenfalls ist das Ergebnis des FiFo-Gutachtens, wonach 2019 eine Veränderung der Verbundquote zugunsten der Gemeinden angezeigt sein kann, eine Bestätigung und nicht etwa eine Erschütterung der Aussage, dass die Quote der Zweckzuweisungen an der Verbund- und Finanzausgleichsmasse auch im Fall der geplanten Erhöhung der Theaterpauschale unbedenklich ist.

#### **4. Kein Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung**

Auch für eine Verletzung des Gebotes zur Gleichbehandlung der Kommunen ist angesichts der im Gesetz beschriebenen besonderen Verwendungszwecke und der damit ermittelbaren Empfänger von Einzelzuweisungen nichts ersichtlich. Sieht der Gesetzgeber Vorwegabzüge vor, liegt darin zwar eine Ungleichbehandlung der Gemeinden; sie rechtfertigt sich aber daraus, dass die unterstützten Kostenlasten nur bei den durch die Vorwegabzüge begünstigten Kommunen anfallen. Die Regelung des § 5 Abs. 1 Bbg FAG ist damit auch bei einer Erhöhung der Theater- und Orchesterpauschale um 5 Mio. Euro auf dann 22 Mio. Euro verfassungsgemäß.

## **II. Zur Verfassungsmäßigkeit einer weiteren Vorwegentnahme aus der Finanzausgleichsmasse zur Stärkung des Sozillastenausgleichs 2019 dem Grunde und der Höhe nach**

Nach § 11 Abs. 3a des Finanzausgleichsgesetzes des Bundes

Gesetze über den Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3955, 3956); zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. August 2017 (BGBl. I S. 3122, 3123).



gewährt der Bund den östlichen Flächenländern zum „Ausgleich von Sonderlasten durch die strukturelle Arbeitslosigkeit und der daraus entstehenden überproportionalen Lasten bei der Zusammenführung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe für Erwerbsfähige [...] Sonderbedarfs-Bundesergänzungszuweisung.“ Für Brandenburg beläuft sich diese sogenannte Hartz IV-Sonderbedarfs-Bundesergänzungszuweisung (SoBEZ) seit 2017 auf 95,760 Mio. Euro; in den Jahren zuvor waren es noch rund 147 Mio. Euro (§ 11 Abs. 3a FAG).

Diese Mittel fließen vollständig in die Finanzausgleichsmasse (§ 1 Abs. 4 Bbg FAG). Sie werden zum Ausgleich der besonderen Belastungen im Bereich der Grundsicherung für Arbeitsuchende den Landkreisen und kreisfreien Städten in voller Höhe zur Verfügung gestellt (§ 15 Abs. 1 Bbg FAG). Einen Nebenansatz für Soziallasten gibt es bei der Verteilung der allgemeinen Schlüsselzuweisungen im kommunalen Finanzausgleich Brandenburgs nicht.

Der Landtag Brandenburg hat in seiner Entschließung vom 13. Juli 2016 die Landesregierung aufgefordert, im Rahmen der finanzwissenschaftlichen Begutachtung zur Symmetrieüberprüfung und zur Fortschreibung des kommunalen Finanzausgleichs auch „Vorschläge zu entwickeln, [...] wie die Soziallasten im kommunalen Finanzausgleich stärker berücksichtigt werden können“.

LT-Drs. 6/46 21-B.

Für das Ausgleichsjahr 2019 lässt sich eine quantitative Stärkung des Soziallastenausgleichs durch Aufstockung der Mittel aus der Hartz VI-SoBEZ im Wege einer weiteren Vorwegentnahme aus der Finanzausgleichsmasse erwägen.

Soweit es um das Ob einer solchen Vorwegentnahme geht, ist auf das bereits zur Theaterpauerschale Ausgeführte zu verweisen. Aus Gründen der angemessenen Dotierung bestimmter Aufgaben und der Abgeltung von Ausgaben, die einzelne kommunale Gebietskörperschaften besonders belasten, darf der Gesetzgeber Zweckzuweisungen vorsehen, auch zu Lasten der Schlüsselmasse durch Vorwegentnahme aus der Finanzausgleichsmasse. Da die Bedeutung der Sozialausgaben trotz zahlreicher bundesrechtlich vorgesehener Entlastungen für die Kommunen steigt und dies für die Teilgruppen der kommunalen Gebietskörperschaften in unterschiedlichem Maße, darf der Gesetzgeber hier gegensteuern. Dem kann nicht entgegengehalten werden, eine stärkere Berücksichtigung von Soziallasten im kommunalen Finanzausgleich sei

schon deswegen nicht sachgerecht, weil damit den tatsächlichen Belastungen nicht hinreichend Rechnung getragen werde. „Bei dieser Betrachtungsweise bleibt der Umstand unberücksichtigt, dass der kommunale Finanzausgleich lediglich in einem vergleichsweise geringen Umfang ergänzend zu den sonstigen kommunalen Einnahmen hinzutritt und die Verfassung vor diesem Hintergrund auch zur Finanzierung kommunaler Pflichtaufgaben“ – außer in den Fällen des Art. 97 Abs. 3 Verf BB – keine vollständige Kompensation durch das Land verlangt. Vielmehr haben insbesondere die Gemeinden zur Erfüllung ihrer Aufgaben auch auf die ihnen gemäß Art. 99 S. 1 Verf BB zur Verfügung stehenden eigenen Steuerquellen zurückzugreifen.

So – im Zusammenhang des nordrhein-westfälischen Landesrechts – VerFGH NRW, DVBl. 2011, S. 1155, 1157f.

Was die zulässige Höhe einer Vorwegentnahme aus der Finanzausgleichsmasse angeht, so richtet sich diese zunächst nach dem im Lichte der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 97 Abs. 1 und 2 Verf BB zulässigen und möglichen Verhältnis von Zweckzuweisungen und Schlüsselzuweisungen. Die kritische Grenze ist erreicht, wenn Zweckzuweisungen in ihrem Gesamtvolumen mit allen Tatbeständen deutlich über 10 v. H. der Finanzausgleichsmasse erreichen. Zum zweiten darf das für Schlüsselzuweisungen zur Verfügung stehende Finanzvolumen durch Vorwegentnahmen nicht so absinken, dass eine unverhältnismäßige Ungleichgewichtung bei der Berücksichtigung von Sozialausgaben und anderen Ausgaben erreicht wird – etwa dadurch, dass in Folge der Vorwegentnahme Schlüsselzuweisungen für pflichtige und freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben nicht mehr in genügendem Umfang zur Verfügung stehen. Auch dafür gibt das Verhältnis von Finanzausgleichsmasse, aber auch der Schlüsselmasse und Vorwegentnahmen für Zweckzuweisungen keinen Hinweis.

Folgende Zahlen – wobei die Steuereinnahmen auf der Haushaltsplanung 2019 vom Stand Februar 2018 unter Berücksichtigung der Steuerschätzung vom November 2017 beruhen – sind in diesem Zusammenhang relevant:

Bei der vom Gesetzgeber für das Ausgleichsjahr 2019 erwogenen Verbundquote von 20,80 v. H. beträgt – ohne weitere Vorwegentnahme aus der Finanzausgleichsmasse zur Stärkung des Soziallastenausgleichs – die Finanzausgleichsmasse 2,103 Mrd. Euro, nach der Vorwegentnahme für Soziallasten in Höhe von 95,76 Mio. Euro ergibt sich eine Schlüsselmasse von 1,841 Mrd. Euro. Die Vorwegentnahme für Soziallasten liegt in diesem Szenario bei 4,6 v. H. der

Finanzausgleichsmasse. Die Summe der Vorwegentnahmen (§§ 5 Abs. 1, 14, 16 Abs. 1, 15 Abs. 1 und 2 Bbg FAG) betrage 12,5 v. H. der Finanzausgleichsmasse.

Falls der Gesetzgeber den Soziallastenausgleich über die berücksichtigten 95,76 Mio. Euro aus den Hartz-IV-SoBEZ um weitere 60 Mio. Euro erhöhen sollte (und damit die Kürzung der Hartz-IV-SoBEZ mehr als kompensiert), läge die Finanzausgleichsmasse bei unverändert 2,103 Mrd. Euro, die Schlüsselmasse würde 1,781 Mrd. Euro betragen. In diesem Fall läge der Anteil der Vorwegentnahmen an der Finanzausgleichsmasse etwas über 15 v. H. Das ist eine beträchtliche Höhe, die allerdings noch nicht eine unzulässige Quote der Zweckzuweisungen indizieren würde.

Bei beiden Berechnungen ist etwas Weiteres zu berücksichtigen. In die zugrunde gelegten Summen der jeweiligen Verbundmasse sind die 95,76 Mio. aus den Hartz-IV-SoBEZ einbezogen, obwohl diese in voller Höhe unmittelbar für den Soziallastenausgleich nach § 15 Abs. 1 Bbg FAG zur Verfügung stehen. Beim materiellen Verhältnis von Schlüsselmasse und Zweckzuweisungen müsste eine realistische Gegenüberstellung dazu führen, diese Summe von 95,76 Mio. Euro – rechnerisch – bei der Finanzausgleichsmasse unberücksichtigt zu lassen, sodass sich diese vermindert. Die weitere Konsequenz dieser rechnerischen Bereinigung ist, dass sich die Quote des Soziallastenausgleichs (und der weiterer Vorwegabzüge) an der Finanzausgleichsmasse vermindert. Das lässt sich damit rechtfertigen, dass die Mittel der Hartz IV-SoBEZ von vornherein nicht dazu in Betracht kommen, die für ungebundene Zuweisungen zur Verfügung stehende Schlüsselmasse zu stärken.

Insgesamt ist damit auch eine Erhöhung des Soziallastenausgleichs bis hin zu einer Höhe von zusätzlichen 60 Mio. Euro unbedenklich.

Ein Problem könnte sich nur ergeben, wenn, anders als durchgehend in den Jahren seit 2010 und vermutlich auch in den nächsten Jahren, die Steuereinnahmen des Landes fallen sollten und damit die Verbundgrundlagen, die Verbundmasse nach § 3 Abs. 1 Bbg FAG und die Finanzausgleichsmasse absinken würden. Dann könnte eine betragsmäßige Festschreibung der Vorwegentnahme im Gegensatz zur prozentualen Festlegung und Ermittlung der Finanzausgleichsmasse problematisch werden. Das Landesverfassungsgericht Schleswig-Holstein hat zu einer insoweit vergleichbaren hypothetischen Konstellation erwogen: „Im Einzelfall könnte hierdurch in dann verfassungsrechtlich relevanter Weise bewirkt werden, dass die nach Abzug der

Zweckzuweisungen verbleibende Finanzausgleichsmasse nicht mehr zur Erfüllung originär kommunaler Aufgaben hinreichen könnte.“ Das Gericht verweist jedoch darauf, dass ein solcher hypothetischer zukunftsbezogener Aspekt „nicht zur Verfassungswidrigkeit der fraglichen Regelung führen könne“. Relevant sind in diesem Zusammenhang die Beobachtungspflichten des Gesetzgebers, unterstützt durch den Beirat für den kommunalen Finanzausgleich (§ 21 Bbg FAG). „Mögliche Verschiebungen im Verhältnis der [...] Zuweisungen zueinander hat der Gesetzgeber hiernach laufend zu beobachten und gegebenenfalls zu korrigieren.“

LVerfG Schleswig-Holstein, Urteil vom 27. Januar 2017 (4/15), juris Rn. 212.

Generell entspricht es der gefestigten Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte, dass der Finanzausgleichsgesetzgeber wegen der Komplexität und Interdependenz der im kommunalen Finanzausgleich zu berücksichtigenden Faktoren im Bereich der Aufgaben, Ausgaben und Einnahmen sowie der gegenwärtig starken Veränderungen unterliegenden Ausgabenbelastungen der einzelnen Gruppen von kommunalen Gebietskörperschaften die Entwicklung laufend zu beobachten und gegebenenfalls die gesetzlichen Verteilungsgrundlagen weiter zu entwickeln und zu korrigieren hat.

Vgl. nur VerFGH NRW, Urteil vom 6. Mai 2014 (9/12), juris Rn. 37.

Mittelfristig dürfte es sich empfehlen, einen besonderen Soziallastenansatz in das Gesetz einzufügen. Das kann etwa dadurch geschehen, dass besondere Schlüsselzuweisungen für kreisfreie Städte und Kreise zum Ausgleich sozialer Lasten geschaffen werden. Bei der Ermittlung der sozialen Lasten bietet es sich an, an die Zahl der Bedarfsgemeinschaften nach dem SGB II oder die Zahl der in solchen Bedarfsgemeinschaften lebenden Personen anzuknüpfen. Der Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen hat die Heranziehung der Anzahl der Bedarfsgemeinschaften als Soziallastenindikator gebilligt und auf die Vorteile einer solchen Anknüpfung hingewiesen. Dieser Indikator beruht, nach der Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe im SGB II, auf einer „zuverlässigen und kontinuierlich geführten Datenbasis [...], die gemeindegrenzt abgegrenzt und nach objektiven Maßstäben aufgestellt wurde.“ Zudem ist die Strategiefähigkeit dieses Indikators denkbar gering.

Vgl. VerFGH NRW, Urteil vom 6. Mai 2014 (9/12), juris Rn. 44, 48.

Das Landesverfassungsgericht Schleswig-Holstein hat zu dem Indikator der in Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen festgestellt, dass es keinen Zweifel an dem „Zusammenhang zwischen der Quote der Personen in Bedarfsgemeinschaften“ und den kommunalen Soziallasten gebe.

Vgl. LVerfG Schleswig-Holstein, Urteil vom 27. Januar 2017 (4/15), juris Rn. 240 unter Hinweis auf VerfGH Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14. Februar 2012 (3/11), juris Rn. 79ff.; VerfGH NRW, Urteil vom 10. Mai 2016 (24/13), juris Rn. 66ff.

### **III. Verfassungsmäßigkeit des Ergebnisses des finanzwissenschaftlichen Gutachtens des FiFo zur Überprüfung und Gestaltung des Hauptansatzes der kreisfreien Städte im Jahr 2019**

Der gestaffelte Hauptansatz ist der einzige Ansatz zur Berücksichtigung des gemeindlichen Finanzbedarfs bei den Schlüsselzuweisungen. Er reicht bei den kreisangehörigen Gemeinden von einer Wertung der Einwohner zu 100 v. H. bis zu 130 v. H. Für die kreisfreien Städte Brandenburg an der Havel, Cottbus, Frankfurt (Oder) und Potsdam beträgt der Hauptansatz 150 v. H. (§ 8 Abs. 2 Bbg FAG). Aus dem Hauptansatz, multipliziert mit der Einwohnerzahl, ergibt sich der Bedarfsansatz (§ 8 Abs. 1 Bbg FAG).

2017 hat das FiFo die turnusmäßige Überprüfung der Hauptansatzstaffel (§ 8 Abs. 3 Bbg FAG) für das Jahr 2019 durchgeführt.

FiFo, Begutachtung des kommunalen Finanzausgleichs in Brandenburg. Vorläufiger Endbericht, 10. Januar 2018, S. 75ff.

Bei den kreisangehörigen Gemeinden kommt die Untersuchung zu dem Ergebnis, dass die theoretisch ermittelte und die gesetzliche Einwohnerwertung durchschnittlich um 2,3 v. H. abweichen, wobei nur bei den Gemeinden ab 55.000 Einwohnern der tatsächliche Hauptansatz über dem theoretischen liegt. Bei den kreisfreien Städten ist die Abweichung größer. Der tatsächliche Hauptansatz liegt hier 28 v. H. unter dem theoretischen. Dieser erhebliche Abstand werde aber reduziert, weil die kreisfreien Städte zusätzlich zu den Schlüsselzuweisungen für Gemeindeaufgaben Schlüsselzuweisungen für kreisliche Aufgaben erhalten, die ausschließlich nach der Einwohnerzahl verteilt werden. Schon deshalb sei es nicht erforderlich, den Finanzbedarf

der kreisfreien Städte vollständig im Hauptansatz abzubilden. Zum zweiten prägen die kreisfreien Städte mit ihren Hebesätzen die Berechnung der Steuerkraft bei den Schlüsselzuweisungen, wodurch sie selbst tendenziell begünstigt würden. Das Gutachten sieht im Ergebnis keinen „dringenden Anpassungsbedarf“ bei der Hauptansatzstaffel.

Eine verfassungsrechtliche Bewertung dieser Ergebnisse zu den kreisfreien Städten hat zwei Fragen zu beantworten. Zum einen geht es um die Berechtigung einer Einwohnerwertung dem Grunde nach (1.). Zum zweiten ist zu prüfen, ob der gegenwärtige Hauptansatz der kreisfreien Städte mit 150 v. H., den das Gutachten in jedem Fall gegenwärtig für vertretbar hält, den verfahrensbezogenen Ermittlungs- und Bewertungspflichten des Gesetzgebers genügt und den Anforderungen der kommunalen Gleichbehandlung – innerhalb der Gruppe der kreisfreien Städte, aber auch im Vergleich dieser Gruppe mit der der kreisangehörigen Gemeinden – standhält (2.).

### **1. Einwohnerwertung als angemessene Bedarfsberücksichtigung?**

Zehn von 13 Flächenländern in der Bundesrepublik verwenden in ihren kommunalen Finanzausgleichssystemen Einwohnerwertungen. Lediglich in Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern und Rheinland-Pfalz gibt es statt einer Hauptansatzstaffel ausschließlich aufgabenbezogene Bedarfsindikatoren.

Hauptansatzstaffeln gehen zurück auf Annahmen aus der Zeit der Weimarer Republik. Arnold Brecht formulierte aufgrund statistischer Vergleiche das „Gesetz von der progressiven Parallelität zwischen Ausgaben und Bevölkerungsmassierung“.

*A. Brecht, Internationaler Vergleich öffentlicher Ausgaben, 1932, S. 6ff.*

Den Kausalnexus begründete Brecht nur unpräzise. Er verwies auf die Steigerung öffentlicher Aufwendungen der Großstädte in verschiedenen Bereichen: Verkehrswege, öffentliche Fürsorge, Verwaltungsapparat, Erziehungswesen, Polizei, öffentliche Bauten. Johannes Popitz behauptete auf der Grundlage einer umfassenden Auswertung der Ausgaben und des Finanzbedarfs der Städte und Gemeinden im Jahr 1928, „dass durchschnittlich, je höher die Einwohnerzahl einer Gemeinde ist, desto höher der Bedarf ansteigt, und [...] dass, obgleich auch mit der

Einwohnerzahl die Einnahmen aus allgemeinen Deckungsmitteln (Betriebseinnahmen und eigenen Steuereinnahmen) ansteigen, trotzdem auch der Bedarf an Finanzzuweisungen zunimmt.“

*J. Popitz, Der künftige Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden, 1932, S. 266.*

Es besteht Einigkeit darüber, dass die damals gegebenen Begründungen zum Teil überholt sind.

Weitergehend LVerfG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 9. Oktober 2012 (23/10), DVBl. 2012, 1494 (1496): zur Gänze überholt.

Sie stellten auf die damaligen unterschiedlichen Ansprüche der Land- und Stadtbevölkerung im Bereich der Infrastruktur ab (Straßen, öffentliche Gebäude, Kanalisation und weiteres). Die heutigen Begründungen beziehen sich auf die Bedarfsrelevanz siedlungsstruktureller Besonderheiten, etwa von Ballungskosten, daneben aber auch auf die besondere Funktion der größeren Gemeinden für das Umland in den Bereichen Bildung, Kultur und allgemein städtischer Infrastruktur.

In Zweifel gezogen – mehr aber auch nicht – hat die Bedarfsrelevanz der Gemeindegrößen, für die Einwohnergewichtung im Zusammenhang des Länderfinanzausgleichs, das Bundesverfassungsgericht. „Wegen vorgegebener, gerade die Gemeinden kennzeichnender struktureller Faktoren kann sich die Unterstellung eines gleichen Finanzbedarfs je Einwohner für die Erledigung der (eigenen wie übertragenen) Aufgaben als unangemessen erweisen. [...] Der Gesetzgeber ist verpflichtet zu prüfen, ob Gemeindegröße und Siedlungsdichte unter heutigen Bedingungen noch zu einem erhöhten Bedarf führen und ob stattdessen oder zusätzlich andere Strukturmerkmale als Bedarfsindikatoren zu berücksichtigen sind. Die Geltung des vom Gesetzgeber zugrunde gelegten sog. Brecht/Popitzschen Gesetzes der überproportionalen Kostensteigerung der Aufgabenerledigung durch Agglomeration wird heute immer mehr in Zweifel gezogen. Ein überproportionaler Anstieg des Finanzbedarfs bei höherer Siedlungsdichte lasse sich empirisch nicht nachweisen; tatsächlich höhere Ausgaben könnten gerade das Ergebnis einer besseren Finanzausstattung sein. Auch setze eine solche Ausnahme Unterschiede im Bedarf zwischen Stadt und Land voraus. Das treffe zum einen nicht (mehr) zu und widerspreche zum anderen dem verfassungsrechtlichen Leitbild, dass alle Bürger Anspruch auf staatliche Leistungen hätten.“

BVerfGE 86, 148 (236ff.); vgl. auch BVerfGE 101, 158 (227ff.); anders noch für die Einwohnerwertung mit Blick auf die Stadtstaaten BVerfGE 72, 330 (415).

Der Gesetzgeber, der heute gestaffelte Einwohnerwertungen vorsehe, müsse dies prüfen und begründen, auch unter Abwägung mit anderen Bedarfsindikatoren. Die Prüfung habe „sich zum einen darauf zu erstrecken, wie weit die von ihm zugrunde gelegten Kriterien angesichts der heutigen Verhältnisse noch tragfähig sind oder einer Modifizierung oder Fortentwicklung bedürfen, zum anderen darauf, ob und inwieweit andere strukturelle Merkmale, wie etwa Deglomerationsnachteile, die Zahl der Arbeitslosen, der Anteil von älteren Menschen und Kindern sowie von Sozialhilfeempfängern geeignet sind, zu einem abstrakten Mehrbedarf bei der Erledigung der Aufgaben zu führen.“

BVerfGE 86, 148 (236).

Das haben die Landesverfassungsgerichte aufgegriffen, ohne dies mit einer grundsätzlichen Zurückweisung der Einwohnerwertung als ungeeignet und verfassungswidrig im Rahmen der horizontalen Finanzverteilung innerhalb des kommunalen Finanzausgleichs zu verbinden. Maßstab für die Überprüfung ist durchgehend die verfassungsrechtliche Zielsetzung des Finanzausgleichs. Bezogen auf das Land Brandenburg geht es um die Verpflichtung des Gesetzgebers, durch den kommunalen Finanzausgleich dafür Sorge zu tragen, dass Gemeinden und Gemeindeverbände ihre Aufgaben erfüllen können (Art. 99 S. 2 Verf BB).

Jeweils mit Betonung der Prüfungspflicht Bay VerFGH, BayVBl. 1997, 336f.; VerFGH NRW, DVBl. 1998, 1280 (1285); LVerfG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 9. Oktober 2012 (23/10), DVBl. 2012, 1494 (1496): Erforderlich sei ein „plausibler Nachweis“ des „überproportional höheren notwendigen Finanzbedarfs“.

Das Verfassungsgericht Brandenburg hat ebenfalls die Prüfungspflicht des Gesetzgebers betont, hält die „Einwohnerveredelung nach Staffelklassen“ aber für „eine überkommene Methode der Bedarfsermittlung, nach der in den Flächenländern verbreitet der Finanzbedarf der Kommunen bestimmt wird [...]“.

VerfG Brandenburg, Urteil vom 16. September 1999 (28/98), juris Rn. 99, Rn. 102: Notwendigkeit der „nachvollziehbaren und tragfähigen Begründung“.

Dem hat der Gesetzgeber mit der Normierung der Überprüfungspflichten in § 8 Abs. 3 Bbg FAG Rechnung getragen. Damit ist dem Grunde nach eine Hauptansatzstaffel zulässig. Das



räumt auch das Bundesverfassungsgericht mit seinem Hinweis ein, bislang sei es der Finanzwissenschaft nicht gelungen, empirisch und theoretisch abgesicherte Erkenntnisse zu gewinnen, welche Bedarfskriterien – neben dem grundsätzlich unangefochtenen Maßstab des einzelnen Einwohners als Bedarfseinheit – besser als die Einwohnerwertung geeignet wäre, den Finanzbedarf unterschiedlich großer Gemeinden abzubilden.

Vgl. BVerfGE 86, 148 (236).

Die Prüfungs-, Plausibilisierungs- und Begründungslast konzentriert sich auf die Ausgestaltung der Hauptansatzstaffel.

## **2. Die konkrete Ausgestaltung und Stufung der Hauptansatzstaffel mit Blick auf die kreisfreien Städte (§ 8 Abs. 2 S. 3 Bbg FAG)**

### **a) Allgemeine Darlegung der unterschiedlichen Pro-Kopf-Bedarfe**

Die Festlegung der Höhe der Einwohnerwertung, insbesondere bei einer Staffelung der Hauptansätze, setzt eine Analyse des Finanzbedarfs der kreisangehörigen und kreisfreien Gemeinden voraus. Die Staffelung soll den Pro-Kopf-Bedarf abbilden, der den Gemeinden nach Abzug der verschiedenen Ausgleichs von Sonderlasten verbleibt.

Hier verwendet das FiFo-Gutachten, das zur Vorbereitung der gesetzgeberischen Entscheidung über die Gestalt der Hauptansatzstaffel dient, eine vergleichsweise einfache Methodik. Anhand des Verbrauchs der Deckungsmittel in den Gemeinden, ermittelt nach den Daten der Jahre 2011 bis 2015, wird – so die nicht unproblematische Selbstklassifizierung – eine „idealtypische, empirisch basierte“ Staffel ermittelt, wobei die im geltenden Gesetz verwendeten Größenklassen zugrunde gelegt werden. Ausgangspunkt ist der durchschnittliche Deckungsmittelverbrauch in den Jahren 2011 bis 2015 in der kleinsten Größenklasse (bis 2.500 Einwohner) der Gemeinden pro Einwohner; diesen berechnet das Gutachten mit 886 Euro. Ausgehend davon wird für jede Staffelung ebenfalls der durchschnittliche Verbrauch pro Einwohner berechnet und ins Verhältnis gesetzt zum Verbrauch in der kleinsten Einwohnergrößenklasse. Daraus ergibt sich eine Relation zu dem mit 100 v. H. in der kleinsten Klasse angesetzten Pro-Kopf-Verbrauch von 106,41 v. H. bei 2.501 bis 7.500 Einwohnern, 115,55 v. H. bei 7.501 bis 15.000 Einwohnern, 123,29 v. H. bei 15.001 bis 35.000 Einwohnern, 124,54 v. H. bei 35.001 bis 55.000 Einwohnern

und über 55.000 Einwohnern – bei den kreisfreien Städten – von 177,82 v. H. Diese Zahlen werden mit dem tatsächlichen Ansatz nach dem geltenden Gesetz verglichen. Ein auffallender Befund innerhalb der Reihe des mit der Einwohnerzahl steigenden Pro-Kopf-Bedarfs ist, dass bei den kreisfreien Städten mit zunehmender Einwohnerzahl der Bedarf am oberen Ende wieder fällt. Während die Relationszahl bei Frankfurt (Oder) bei ca. 201 v. H. liegt, beträgt sie bei Potsdam 172 v. H. Das Gutachten lässt den Befund bei Frankfurt (Oder) im weiteren außen vor: „Frankfurt (Oder) nimmt eine Sonderposition mit vergleichsweise sehr hohen Deckungsmittelverbräuchen ein, während die drei verbleibenden Städte trotz großer Einwohnerunterschiede hinsichtlich ihres Deckungsmittelverbrauchs nahe beieinander liegen. Der Befund für Brandenburg an der Havel, Cottbus und Potsdam legt nahe, dass die gegenwärtige einheitliche Einwohnerwertung für die kreisfreien Städte angemessen ist. Eine weiter mit der Einwohnerzahl steigende Wertung widerspräche den empirischen Realitäten.“ Im Ergebnis sieht das finanzwissenschaftliche Gutachten für das Ausgleichsjahr 2019 keinen dringenden Anpassungsbedarf.

FiFo, Begutachtung des kommunalen Finanzausgleichs in Brandenburg. Vorläufiger Endbericht, 10. Januar 2018, S. 78, 83.

Diese Vorgehensweise, sollte sie der Gesetzgeber sich bei seiner Festlegung der Hauptansatzstaffel für das Jahr 2019 zu Eigen machen und gestützt hierauf diese Ansatzstaffel unverändert lassen, stößt auf Bedenken. Das Gutachten verwendet durchgehend Daten der Vergangenheit, mögliche Veränderungen des Finanzbedarfs in der Zukunft kommen nicht zur Sprache. Sodann geht es allein um die tatsächlichen – auf verschiedenen Wegen plausibel bereinigten – Ausgaben der Vergangenheit, die in die Zukunft projiziert werden. Damit gerät dieser Ansatz in die Gefahr, das tatsächliche Ausgabeverhalten der Vergangenheit zu verfestigen. Die Vorgehensweise ist also empirisch, nicht aber (weder nach dem wissenschaftstheoretischen noch dem alltäglichen Sprachgebrauch) idealtypisch. Die Gefahr eines Zirkelschlusses ist nicht ausgeschlossen, obwohl die neuere Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte gerade auf diese Problematik immer wieder verweist: Möglicherweise stiegen die Deckungsmittelverbräuche in der Vergangenheit deshalb, weil es den Hauptansatz in den betrachteten Jahren schon gab. Schließlich stellt sich ein weiteres Problem: Der gegenwärtige Finanzausgleich verwendet den Hauptansatz als einziges Bedarfskriterium im Rahmen der Schlüsselzuweisungen für die Gemeinden. Die neuere Rechtsprechung verlangt aber, zumindest im Wege einer Kontrollüberlegung und -ermittlung, den Blick auf mögliche andere Bedarfsfaktoren zu wenden. Insgesamt gibt es daher Zweifel, ob die gewählte Methode den Ansprüchen der in den letzten 25 Jahren deutlich stren-

ger gewordenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Landesverfassungsgerichte zur Einwohnerwertung genügt. Die als „idealtypisch“ bezeichnete Staffelung ist die Weiterführung der Tatsachen der Vergangenheit. Allein auf dieser Grundlage ginge der Gesetzgeber mit Blick auf die Rechtfertigung und Begründung der konkreten Ausgestaltung der Einwohnerwertung ein deutlich erkennbares Risiko ein. In einem – inzwischen allerdings fast 20 Jahre alten – Urteil hat allein der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen eine solche Vorgehensweise gebilligt, wobei es damals um eine Regressionsanalyse ging. Das Gericht führte aus: „Die angegriffene Hauptansatzstaffel findet ihre konkrete empirische Grundlage in der vom ifo-Institut durchgeführten regressionsanalytischen Untersuchung des Zuschussbedarfs. Die theoretische Fundierung der Einwohnergewichtung weist allerdings insoweit Schwächen auf, als für die Beurteilung künftiger Bedarfsgrößen auf kommunale Haushaltsdaten der Vergangenheit zurückgegriffen wird und damit die Gefahr einer bloßen Fortschreibung des tatsächlichen Zustands besteht.“ Dennoch billigte das Gericht diese Vorgehensweise: „Auf der Grundlage dieses Gutachtens [...] oblag es dem Gesetzgeber, im Rahmen seines Gestaltungsspielraums zu entscheiden, ob und inwieweit er den Vorschlägen des Gutachtens folgte oder andere Lösungen beziehungsweise methodische Ansätze bevorzugte. [...] Die Entscheidung des Gesetzgebers kann auch nicht deshalb als offensichtlich fehlerhaft und damit verfassungswidrig beanstandet werden, weil das der Entscheidung zugrunde liegende Gutachten des ifo-Instituts möglicherweise Schwächen bei der konkreten Anwendung der Regressionsanalyse zur Bedarfsbestimmung aufweist. [...] Der Verfassungsgerichtshof kann die Tatsachen und Erwägungen, von denen der Gesetzgeber ausgegangen ist, nur dann beanstanden, wenn sie offensichtlich falsch oder eindeutig widerlegbar sind.“

VerfGH NRW, DVBl. 1988, 1280 (1285).

Im Lichte dieses Kriteriums könnte sich der Landesgesetzgeber auf die Analyse des FiFo stützen. Aber: In diesem zitierten Urteil gibt es eine sehr stark zurückgenommene Kontrolldichte bei der horizontalen Finanzverteilung und Bedarfsentwicklung der Gemeinden, die für den Verfassungsgerichtshof des Landes Nordrhein-Westfalen nicht untypisch ist,

Vgl. etwa aus neuerer Zeit VerfGH NRW, Urteil vom 9. Mai 2014 (9/12), juris Rn. 36-38: „Der VerfGH kann Einschätzungen des Gesetzgebers über die sachliche Eignung und die Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung nur dann beanstanden, wenn die Parameter für die Verteilung unvertretbar ausgewählt sind. [...] Eine sachverständig gestützte Lösung ist nicht schon dann verfassungswidrig, wenn eine andere auch vertretbare sachverständige Auffassung zu abweichenden Ergebnissen kommt. Die gesetzliche

Lösung ist erst dann verfassungsrechtlich zu beanstanden, wenn sie sich als greifbar unrichtig erweist.“

keineswegs aber die heute vorherrschende Linie der Rechtsprechung repräsentiert. Insofern ist anzuraten, die Untersuchung des FiFo zu vertiefen (Projektionen in die Zukunft) als auch durch die (hypothetische) Berücksichtigung anderer Bedarfsfaktoren in ihrer Plausibilität zu stützen. Das Ergebnis des FiFo mag stimmig sein, die Begründung weist Schwächen auf.

## **b) Kriterien der interkommunalen Gleichbehandlung**

Keinen Bedenken begegnet dagegen die Vorgehensweise des FiFo mit Blick auf die Anforderung kommunaler Gleichbehandlung. Dieser Maßstab ist in der Rechtsprechung unbestritten. „Das interkommunale Gleichbehandlungsverbot verbietet, einzelne Gemeinden oder Gemeindeverbände aufgrund sachlich nicht vertretbarer Differenzierungen zu benachteiligen oder zu bevorzugen, und ist verletzt, wenn für eine unterschiedliche Behandlung kein sachlicher Grund besteht. [...] Gefordert ist nicht die bestmögliche und gerechteste Lösung; angesichts der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist auch nicht entscheidend, ob eine Regelung notwendig oder unabweisbar ist. Vielmehr kommt ihm insoweit ein weiter Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu, der gewahrt ist, wenn er sich auf eine nachvollziehbare und vertretbare Einschätzung stützt.“

BVerfG, Urteil vom 7. Oktober 2014 (2 BvR 1641/11), Absatz-Nr. 106-108; vgl. auch VerfGH NRW, Urteil vom 19. Mai 2015 (24/12), juris, Rn. 40; Sächs VerfGH, Urteil vom 26. August 2010 (Vf. 129-VIII-09): Der Finanzausgleichsgesetzgeber dürfe einzelne Gemeinden weder sachwidrig benachteiligen noch bevorzugen: „an den Finanzausgleichsmitteln müssen alle Gemeinden gleichberechtigt teilhaben“.

Unter diesem Aspekt begegnet die Hauptansatzstaffel in § 8 Abs. 2 Bbg FAG keinen Bedenken. Es ist kein Grund ersichtlich, warum innerhalb der Gruppe der kreisfreien Städte trotz ihrer unterschiedlichen Größe und des nach den Feststellungen des FiFo unterschiedlichen Bedarfsmittelverbrauchs differenziert werden müsste. Sachgerecht ist es eher, die Besonderheit der kreisfreien Städte, die in der Wahrnehmung der kreislichen neben den gemeindlichen Aufgaben besteht, durch eine Gleichbehandlung als Gruppe zum Ausdruck zu bringen.

Es erscheint auch als sachgerecht, für die kreisfreien Städte einen höheren Hauptansatz als für die kreisangehörigen Gemeinden festzusetzen.

#### **IV. Zur Einfügung des Optionsmodells der Amtsgemeinde nach der Ausgestaltung des Ministeriums für Inneres und Kommunales in das System des kommunalen Finanzausgleichs**

##### **1. Grundzüge des Organisationsmodells der Amtsgemeinde**

Im kommunalen Finanzausgleich des Landes Brandenburg sind gegenwärtig die Gemeinden einschließlich der kreisfreien Städte und die Landkreise als Gemeindeverbände Empfänger von Schlüsselzuweisungen. Nach § 5 Abs. 3 Bbg FAG wird die allgemeine Schlüsselmasse in entsprechende Teilschlüsselmassen aufgeteilt. Auch die investive Schlüsselmasse wird den Gemeinden und Landkreisen zugeteilt (§ 13 Abs. 2 S. 2 Bbg FAG). Die Ämter (§§ 133ff. Bbg KVerf) sind Bundkörperschaften, nicht dagegen Gebietskörperschaften und keine Empfänger von Schlüsselzuweisungen; eine Ausnahme gilt für den Schullastenausgleich, soweit ein Amt Schulträger ist (§ 14 Abs. 2 S. 3 Bbg FAG). Die Ämter finanzieren sich durch eine Amtsumlage (§ 139 Bbg KVerf).

Mit Beschluss vom 13. Juli 2016

LT-Drs. 6/4528-B.

hat der Landtag Brandenburg die Absicht bekundet, bei der kommunalorganisationsrechtlichen Ausgestaltung der gemeindlichen Ebene künftig neben Einheitsgemeinden und Ämtern auch die neue Organisationsform der Amtsgemeinde als Träger von hauptamtlichen Verwaltungen zu schaffen. Das Organisationsmodell der Amtsgemeinde soll sich an der Ausgestaltung der Verbandsgemeinden in Sachsen-Anhalt und Rheinland-Pfalz orientieren. Sollte der Landtag Brandenburg im Jahre 2018 die erforderlichen gesetzlichen Grundlagen schaffen, könnten bereits mit Wirkung ab dem Jahr 2019 oder dem Jahr 2020 auf freiwilliger Basis Amtsgemeinden geschaffen werden.

Die seitens des Ministeriums für Inneres und Kommunales gegenwärtig erwogene Konzeption des Amtsgemeindemodells stellt sich wie folgt dar. Die Amtsgemeinde soll einerseits keine Gemeinde sein. Sie ist andererseits und im Unterschied zur Bundkörperschaft Amt ein gebiets-

körperschaftlicher Gemeindeverband. Die Amtsgemeinde besteht aus mindestens zwei aneinandergrenzenden Gemeinden desselben Landkreises. Die amts-gemeindeangehörigen Gemeinden werden als Ortsgemeinden bezeichnet; ihre Organe sind eine ehrenamtliche Bürgermeisterin oder ein ehrenamtlicher Bürgermeister und eine von den Bürgerinnen und Bürgern der Ortsgemeinde in allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen gewählte Gemeindevertretung. Auch die Amtsgemeinde verfügt, anders als das Amt, über unmittelbar demokratisch legitimierte Organe, die Amtsgemeindebürgermeisterin/den Amtsgemeindebürgermeister und die Amtsgemeindevertretung. Die Amtsgemeindebürgermeisterin/der Amtsgemeindebürgermeister ist die Hauptverwaltungsbeamtin/der Hauptverwaltungsbeamte der Amtsgemeinde und nimmt diese Funktion im Wege der horizontalen Organleihe zugleich auch für die Ortsgemeinde wahr. Die Schaffung einer Amtsgemeinde bedeutet danach, dass die hauptamtliche Verwaltung auf einer übergemeindlichen Ebene konzentriert wird.

Für die Bildung von Amtsgemeinden sind auch einwohnerbezogene Kriterien vorgesehen. Sie unterscheiden sich danach, ob sich die Amtsgemeinde im Berliner Umland oder im weiteren Metropolitanraum befindet. Jede Amtsgemeinde in dem nach dem Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg als Berliner Umland ausgewiesenen Verdichtungsraum soll für mindestens 12.000 Einwohner zuständig sein, jede Amtsgemeinde in dem als weiteren Metropolitanraum ausgewiesenen ländlichen Raum für mindestens 8.000 Einwohner.

Die Amtsgemeinde ist eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft. Sie soll nach den Bestimmungen des Amtsgemeinde- und Mitverwaltungsgesetzes neben den Ortsgemeinden Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft erfüllen. Derzeit wird erwogen, den Amtsgemeinden an Stelle der Ortsgemeinden folgende gemeindliche Aufgaben gesetzlich zuzuweisen:

- die nach den Schulgesetzen den Gemeinden oder Gemeindeverbänden mit Ausnahme der Landkreise übertragenen Aufgaben,
- Bau und Unterhaltung von zentralen Sport-, Spiel- und Freizeitanlagen, die mehreren Ortsgemeinden dienen,
- Bau und Unterhaltung überörtlicher Sozialeinrichtungen, insbesondere von Sozialstationen und Einrichtungen der Altenpflege, soweit nicht freie Träger solche errichten,
- Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung,

- die Flächennutzungsplanung nach § 203 Abs. 2 BauGB. Dies soll mit der Maßgabe gelten, dass die endgültige Entscheidung der Amtsgemeinde über die Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung des Flächennutzungsplans der Zustimmung der Amtsgemeinden bedarf. Die Zustimmung gilt als erteilt, wenn mehr als die Hälfte der Ortsgemeinden zugestimmt hat und in diesen mehr als zwei Drittel der Einwohnerinnen und Einwohner der Amtsgemeinde wohnen.
- die nach den Kindertagesstätten-Gesetz den Gemeinden und Gemeindeverbänden übertragenen Aufgaben,
- die Aufgaben nach dem Schiedsstellengesetz,
- die Verpflichtung zur Hilfe in Verwaltungsangelegenheiten (§ 17 Bbg KVerf).

Die Amtsgemeinde kann zudem an Stelle der Ortsgemeinde die Aufgabe der Fremdenverkehrsförderung und der Wirtschaftsförderung erfüllen. Weitere Selbstverwaltungsaufgaben der Ortsgemeinde erfüllt die Amtsgemeinde nur dann an deren Stelle, wenn die Gemeindevertretungen mehrerer Ortsgemeinden die Aufgabe auf die Amtsgemeinde übertragen und die Amtsgemeindevertretung zustimmt. Schließlich ist die Amtsgemeinde in ihrem Gebiet Trägerin der durch Gesetz oder Verordnung dem Amt übertragenen Aufgaben.

Die Amtsgemeinde nimmt damit Aufgaben des eigenen und übertragenen Wirkungskreises wahr und erfüllt so zusammen mit den Ortsgemeinden die Aufgabe einer kreisangehörigen Gemeinde.

## **2. Zur Integration von Amtsgemeinden in den kommunalen Finanzausgleich**

Angesichts der wahrzunehmenden Aufgaben und der daraus folgenden Kostentragungspflicht (§ 1 Abs. 1 Bbg FAG) sind zukünftige Amtsgemeinden, sobald solche während eines gesamten Ausgleichsjahres bestehen, zwingend in den kommunalen Finanzausgleich einzubeziehen.

Konstruktiv kommen zwei Wege in Betracht. Der erste liegt in einer direkten Partizipation der Amtsgemeinden an den Schlüsselzuweisungen. Dazu können die Schlüsselzuweisungen einer Amtsgemeinde in Abhängigkeit von den Schlüsselzuweisungen der ihr angehörenden Ortsgemeinden bestimmt werden; deren Schlüsselzuweisungen werden nach einem einheitlichen und abstrakten Schlüssel, den das Gesetz festlegt, in Anteile für die Ortsgemeinden und Anteile für

die Amtsgemeinden aufgeteilt. Der zweite Weg ist eine indirekte Beteiligung der Amtsgemeinde an den Schlüsselzuweisungen der Ortsgemeinde, die der Amtsgemeinde über eine Umlage einen Teil des Finanzaufkommens der Ortsgemeinde und damit im finanzwirtschaftlichen Ergebnis ihrer Schlüsselzuweisung zuführt. Auch eine solche Umlage müsste im Gesetz ausgestaltet werden.

Die Rechtsfrage zu beiden Finanzierungswegen lautet, ob die verfassungsrechtlichen Vorgaben dem Gesetzgeber beide Wege eröffnen oder einen von ihnen ausschließen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auf beiden Wegen übereinstimmende finanzwirtschaftliche Ergebnisse der horizontalen Finanzverteilung erreicht werden können.

#### **a) Grundlegende verfassungsrechtliche Vorgaben: Art. 106 Abs. 7 GG und Art. 99 S. 2 und 3 Verf BB**

Art. 106 Abs. 7 S. 1 GG verpflichtet die Länder zur Durchführung eines kommunalen Finanzausgleichs, indem von dem Länderanteil am Gesamtaufkommen der Gemeinschaftsteuern (Art. 106 Abs. 3, Art. 107 Abs. 1 GG) „den Gemeinden und Gemeindeverbänden insgesamt ein von der Landesgesetzgebung zu bestimmender Hundertsatz“ zufließen muss. Die so bezeichnete Finanzmasse ist die erste und obligatorische Grundlage für die vertikalen Zuweisungen im kommunalen Finanzausgleich. Fakultativ ist nach Art. 107 Abs. 7 S. 2 GG die Möglichkeit des Landesgesetzgebers, auch das Aufkommen der den Ländern zugewiesenen Steuern (Art. 106 Abs. 2 GG) in die Finanzmasse für vertikale Zuweisungen einzubeziehen. Die bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben für den kommunalen Finanzausgleich sind damit im Wesentlichen auf das „Ob“ eines Finanzausgleichs beschränkt.

*K.-A. Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 6. Auflage 2010, Art. 106 Rn. 144; *W. Hoppe*, Der Anspruch der Kommunen auf aufgabengerechte Finanzausstattung, in: DVBl. 1992, 117 (119).

Angesichts der ausschließlichen Landeskompetenz zur Regelung des kommunalen Finanzausgleichs bleibt die Gestaltung des „Wie“ des Ausgleichs den Ländern überlassen. Insbesondere ist Art. 106 Abs. 7 GG nicht zu entnehmen, in welchem Umfang die Kommunen an den in Bezug genommenen Steuereinnahmen zu beteiligen sind und wie, mit welchen Instrumenten und mit welchen Kriterien der Bedarfsberücksichtigung, die horizontale Verteilung auf die ein-



zelen Kommunen zu erfolgen hat. Allerdings legt das Grundgesetz auch fest, dass es „Gemeinde und Gemeindeverbände“ sind, die an den Mitteln des kommunalen Finanzausgleichs partizipieren. Der Wortlaut spricht dafür, dass damit alle gebietskörperschaftlichen kommunalen Rechtssubjekte, die diesen Begriffen unterfallen, zu beteiligen sind. Nicht zwingend ist zumindest dem Wortlaut dagegen zu entnehmen, dass die Partizipation nur in Form der unmittelbaren Teilhabe an Schlüsselzuweisungen erfolgen darf.

Art. 99 S. 2 und 3 Verf BB nutzen den landesrechtlichen Ausgestaltungsspielraum im weiten vom Grundgesetz gezogenen Rahmen, Satz 2 vorrangig durch die Betonung der horizontal-distributiven Funktion des Finanzausgleichs und seines Bezugs auf die Aufgabenbelastung der kommunalen Gebietskörperschaften. In Satz 3 geht es um die vertikal-fiskalische Funktion des Ausgleichs. Wie im Grundgesetz werden in beiden Sätzen die „Gemeinden und Gemeindeverbände“ als die berechtigten kommunalen Körperschaften innerhalb des Finanzausgleichssystems genannt. Auch wenn dies wiederum nicht unmittelbar mit der Empfangsberechtigung in Bezug auf Schlüsselzuweisungen verknüpft wird, sprechen überwiegende Gründe dafür, dass Gemeinden und Gemeindeverbände, im Gegensatz zu Zweckverbänden und Bundkörperschaften, soweit es um die Finanzierung durch den allgemeinen kommunalen Finanzausgleich geht, einen unmittelbaren Anspruch auf Schlüsselzuweisungen haben und in diesem Zusammenhang nicht auf eine Umlagefinanzierung verwiesen werden können.

Ausschlaggebend ist, dass Gemeinden und Gemeindeverbänden in gleicher Weise das Recht der Selbstverwaltung garantiert ist (Art. 97 Abs. 1 Verf BB) und sich dies in den gleichen zur Verfügung stehenden Modi der Verwaltungstätigkeit mit unmittelbarer demokratischer Legitimation seitens der Gemeindebürger niederschlägt. Dies äußert sich zunächst im Vorhandensein einer Vertretung der Bürger, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgeht. Zwar schreibt Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG solche Vertretungen mit Blick auf die Gemeindeverbände nur für die Kreise zwingend vor; schafft das Land aber weitere Formen von Gemeindeverbänden mit solchen Vertretungen, wie dies bei den geplanten Amtsgemeinden der Fall ist, dann stellt das Landesrecht bei der demokratischen Legitimation solche Gemeindeverbände den Kreisen und Gemeinden gleich. Die Amtsgemeinde mit den geschilderten Charakteristika ist Gebietskörperschaft, nicht, wie Ämter und Zweckgemeinschaften, Bundkörperschaft. Ihre Mitglieder sind die Bürger, nicht die Ortsgemeinden. Folgerichtig ist es dann, auch im Finanzausgleich eine unmittelbare Beteiligung an Schlüsselzuweisungen in Parallele zu den anderen beteiligten Gruppen von Gebietskörperschaften vorzusehen. Dafür spricht auch, dass

die gewählte Vertretung der Amtsgemeinde in der Lage sein muss, die dem Gemeindeverband zukommende Finanzhoheit, insbesondere im Bereich der Haushaltswirtschaft, auszuüben. Dies wäre bei einer Umlagefinanzierung nicht in gleichem Umfang gewährleistet wie bei der Partizipation an Schlüsselzuweisungen; selbst wenn die Amtsgemeinde die Möglichkeit hätte, den Amtsgemeindeumlagesatz festzulegen, wäre sie durch die Abhängigkeit von den Umlagegrundlagen und durch die organisatorische Verbindung zur Ortsgemeinde stärker gebunden als bei der Finanzierung durch Schlüsselzuweisungen. Dieses Dilemma ließe sich allenfalls vermeiden, wenn eine Umlage- und Schlüsselzuweisungsfinanzierung kombiniert würde. Insgesamt gilt, dass eine Partizipation an Schlüsselzuweisungen insgesamt größere Autonomie verschafft. Diese sollte den Amtsgemeinden deswegen gewährt werden, weil sie keine begrenzten Zweckverbände sind, sondern im Zusammenwirken mit der Ortsgemeinde vollständige gemeindliche Strukturen aufweisen.

Weiterhin sprechen Gründe der interkommunalen Gleichbehandlung für die unmittelbare Finanzierung durch Schlüsselzuweisungen. Zu diesem Gleichbehandlungsgrundsatz hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt: „Soweit Bund und Länder Verteilungsentscheidungen zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden vorsehen und durchführen, dürfen sie zwischen diesen jedenfalls nicht willkürlich differenzieren. Das interkommunale Gleichbehandlungsgebot verbietet, einzelne Gemeinden oder Gemeindeverbände aufgrund sachlich nicht vertretbarer Differenzierungen zu benachteiligen oder zu bevorzugen, und ist verletzt, wenn für eine unterschiedliche Behandlung kein sachlicher Grund besteht. Der Gesetzgeber ist daher verpflichtet, Begünstigungen und Vorteile nach einheitlichen und sachlich vertretbaren Maßstäben auf die einzelnen Kommunen zu verteilen; auch dürfen die Modalitäten des Verteilungssystems nicht zu willkürlichen Ergebnissen führen [...].“

BVerfGE 137, 108 (154f.)

Das interkommunale Gleichbehandlungsgebot ist Teil der durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten subjektiven Rechtstellungsgarantie der Kommunen.

Werden Amtsgemeinden gebildet, dann nehmen sie zusammen mit den Ortsgemeinden das gesamte Spektrum der gemeindlichen Aufgaben wahr. Die erforderliche Gleichstellung mit den nicht amtsgemeindeangehörigen kreisangehörigen Gemeinden verlangt eine Gleichstellung bei den Finanzierungsquellen, die nur durch eine aufgabenentsprechende Beteiligung an den

Schlüsselzuweisungen sowohl bei der Amtsgemeinden als auch bei der Ortsgemeinden erreicht werden kann. Die Gleichstellung mit den nicht amtsgemeindeangehörigen Gemeinden bedeutet auch, dass der Amtsgemeinde und den ihr angehörenden Ortsgemeinden in der Summe nicht mehr an Zuweisungen zustehen. Eine (eventuelle) Berücksichtigung der Einwohnerzahl der Amtsgemeinde über die Hauptansatzstaffel ist nicht geboten. Allerdings könnte der Gesetzgeber aus Anreizgesichtspunkten für die Organisationsform der Amtsgemeinde zu dem Instrument der Hauptansatzstaffel greifen, um die Amtsgemeinde aus den Mitteln des kommunalen Finanzausgleichs stärker zu unterstützen. Die daraus entstehende Folgefrage, ob es zu einer nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung zwischen Amtsgemeinden und Ämtern kommt, wenn die Amtsgemeinden im Vergleich zu den Ämtern eigene Schlüsselzuweisungen erhalten oder aus Anreizgründen die Amtsgemeinde und die amtsgemeindeangehörigen Gemeinden finanziell stärker ausgestaltet werden, ist zu verneinen. Zur Rechtfertigung eines solchen Vorgehens darf sich der Gesetzgeber auf Vorteile der Wahrnehmung gemeindlicher Aufgaben in Form der Amtsgemeinde berufen.

Schließlich kann der Blick auf die finanzausgleichsrechtliche Finanzierung der Verbandsgemeinden in Rheinland-Pfalz und in Sachsen-Anhalt aufschlussreich sein. In Rheinland-Pfalz partizipieren die Verbandsgemeinden nach § 9 FAG unmittelbar an einer Teilgruppe der Schlüsselzuweisungen (nach dortigem Landesrecht die Schlüsselzuweisungen B, die je Einwohner in einer festen Geldsumme ausgedrückt werden; Verbandsgemeinden erhalten je Einwohner 10 Euro pro Jahr) und an Investitionsschlüsselzuweisungen (§ 10 Abs. 1 FAG Rh-Pf). In Sachsen-Anhalt stellt § 1 FAG klar, dass es Finanzausgleichsleistungen an Gemeinden, Verbandsgemeinden und Landkreise gibt. Im Weiteren kombiniert das Gesetz bei den dortigen Verbandsgemeinden eine Beteiligung an der Auftragskostenpauschale (§ 4 FAG Sachsen-Anhalt) mit einer Umlagefinanzierung: Nach § 99 Abs. 4 des Kommunalverfassungsgesetzes Sachsen-Anhalt erheben die Verbandsgemeinden eine Verbandsgemeindeumlage, auf die nach § 23 FAG Sachsen-Anhalt die Vorschriften über die Kreisumlage (§§ 19 bis 21 FAG Sachsen-Anhalt) entsprechend anzuwenden sind. Beide zum Vergleich in Betracht kommenden Länder sehen also jedenfalls von einer ausschließlichen Umlagefinanzierung der dortigen Verbandsgemeinden ab.

Eine weitere Parallele lässt sich, wenn auch mit Einschränkungen, zwischen den in Brandenburg vorgesehenen Amtsgemeinden und den Samtgemeinden in Niedersachsen ziehen. Die Samtgemeinde ist eine zweistufige Gemeinde, Mitgliedsgemeinden und Samtgemeinde erledigen alle örtlichen Aufgaben, beide haben unmittelbar demokra-

tisch legitimierte Vertretungen der Bürger. Im kommunalen Finanzausgleich Niedersachsens werden die Samtgemeinden wie Einheitsgemeinden behandelt. Sie erhalten Schlüsselzuweisungen nach der zusammengerechneten Steuerkraft der Mitgliedsgemeinden.

Insgesamt spricht die gebietskörperschaftliche Qualität der Amtsgemeinde mit allen damit verbundenen Befugnissen für eine zwingende Beteiligung an den gemeindlichen Schlüsselzuweisungen. Allerdings kann es sinnvoll sein, ergänzend eine von den Ortsgemeinden zu erhebende Umlage vorzusehen, wenn die eigenen Einnahmen der Amtsgemeinde – neben den Schlüsselzuweisungen vor allem Entgelte im Bereich der Infrastrukturleistungen – die Ausgaben nicht decken. Die Umlage könnte in Entsprechung zur Kreisumlage ausgestaltet werden. Auch differenzierte Umlagen (Sonderumlagen) kommen in Betracht, wenn eine von der Amtsgemeinde wahrgenommene Aufgabe den Ortsgemeinden in unterschiedlichem Umfang Vorteile gewährt.

#### **b) Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung (Art. 97 Abs. 1 Verf BB) der Ortsgemeinden durch Beteiligung der Amtsgemeinden an Schlüsselzuweisungen?**

Der Ausgangspunkt der Bewertung liegt darin, dass zwar nicht die freiwillige Bildung einer Amtsgemeinde durch kreisangehörige Gemeinden, wohl aber eine gesetzlich angeordnete Amtsgemeindebildung ein Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht der dann ihren Status zu einer Ortsgemeinde wechselnden Gemeinde ist; der Eingriff resultiert aus der Übertragung von Aufgaben und Befugnissen auf die Amtsgemeinde, ferner aus der Einschränkung der Personalhoheit. Ein solcher Eingriff betrifft aber nicht den Kernbereich, sondern den Randbereich der institutionellen und individuellen Garantie kommunaler Selbstverwaltung; die kleineren Gemeinden werden in ihrer Eigenständigkeit erhalten. Der Eingriff kann durch Gründe des öffentlichen Wohls gerechtfertigt werden.

Zur Bildung und Neuordnung von Verbandsgemeinden in Rheinland-Pfalz VerfGH Rh-Pf, Urteil vom 14. Dezember 1970 (VGH 4/70), JurionRS 1970, 11480, Rn. 47f. Zu Verwaltungsgemeinschaften nach bayerischem Recht, die allerdings Bundkörperschaften sind, BayVerfGH, BayVBl. 1978, 426; 1980, 400. Strengere Maßstäbe gelten bei der Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen von der gemeindlichen Ebene zu den Kreisen, vgl. BVerfG, Urteil vom 21. November 2017 (2 BvR 2177/16), Rn. 80ff.

Solche Gemeinwohlgründe liegen in den veränderten Anforderungen an die Verwaltung von kleineren Gemeinden im ländlichen Raum, sowohl bei übertragenen Aufgaben als auch bei Selbstverwaltungsaufgaben. Der demographische Wandel, die steigende Komplexität von Ver-

waltungsaufgaben, insbesondere im Planungs- und Infrastrukturbereich, aber auch die Schwierigkeiten kleinerer Gemeinden, Einrichtungen in eigener Verantwortung zu errichten und zu unterhalten und geeignetes hauptamtliches Personal zu finden, bezeichnen die wesentlichen tatsächlichen Entwicklungen, die veränderte Verwaltungsstrukturen auf der kommunalen Ebene fordern und begründen können. Kleineren Gemeinden fehlen die personellen und finanziellen Mittel, um komplexe und kostenintensive Selbstverwaltungsaufgaben erfüllen zu können. Bei der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs ist zu berücksichtigen, dass die Bildung einer mehrstufigen kommunalen Organisationseinheit, auch in Gestalt einer Amtsgemeinde, immer das mildere Mittel gegenüber dem Versuch ist, die Leistungsfähigkeit der kommunalen (Selbst)Verwaltung durch Neugliederungsmaßnahmen zu stärken

Zu dieser Stufung StGH Baden-Württemberg, NJW 1976, 2205.

oder die Aufgaben auf die Kreise zu verlagern oder sogar zu verstaatlichen.

Vgl. auch BVerfG, Urteil vom 21. November 2017 (2 BvR 2177/16), Rn. 86: „Genügen Leistungsfähigkeit und Verwaltungskraft einer Gemeinde nicht, um kommunale Aufgaben wahrzunehmen, gewährleistet Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG den Kommunen das Recht, diese in kommunaler Zusammenarbeit zu erfüllen, bevor der Staat sie an sich zieht. [...] Daher besteht grundsätzlich ein Vorrang der interkommunalen Zusammenarbeit vor der Hochzonung gemeindlicher Aufgaben auf die Landkreisebene.“

Diese Begründung erstreckt sich auf die Finanzierung der Amtsgemeinde durch Partizipation an den gemeindlichen Schlüsselzuweisungen. Zwar liegt dann auch ein Eingriff in die Finanzhoheit der Ortsgemeinde vor. Die Ortsgemeinde verliert Zuständigkeiten bei den Einnahmen und Ausgaben. Der Eingriff ist aber aus den genannten Gründen des öffentlichen Wohls und auch dadurch gerechtfertigt, dass die Ortsgemeinde von Aufgaben- und Kostentragungspflichten befreit wird. Insoweit erweist sich auch hier der Finanzausgleich als akzessorische Ordnung. Er hat diejenigen Strukturen und Verteilungen von Aufgaben sowie Befugnissen finanziell zu unterlegen, die organisationsrechtlich getroffen worden sind. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Amtsgemeinde selbst als Gebietskörperschaft sich ebenfalls auf die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, eingeschlossen die daraus folgenden Finanzhoheitsrechte und Finanzausstattungsansprüche, berufen kann. Insbesondere die im Unterschied zur Organisationsform des Amtes umfangreiche Übertragung von Selbstverwaltungsaufgaben auf die Amtsgemeinde verlangt eine dementsprechende Berücksichtigung im Finanzausgleich.

### **c) Folgen der amtsgemeindlichen Partizipation an Schlüsselzuweisungen für die Kreisumlage**

Die Kreisumlage stützt sich auf die verfassungsrechtliche Garantie des Selbstverwaltungsrechts der Kreise (Art. 28 Abs. 2 S. 2 und 3 GG, Art. 97, Abs. 1 Verf BB) sowie auf Art. 106 Abs. 6 S. 6 GG. Sie ist eine von der Finanzmasse der kreisangehörigen Gemeinden abgeleitete Einnahmequelle der Kreise; ihre Erhebung liegt im Rahmen des § 18 Bbg FAG in der Entscheidungskompetenz der Kreise. Vor allem angesichts fehlender eigener Steuereinnahmen ist die Kreisumlage neben den Schlüsselzuweisungen die wichtigste Einnahmequelle der Kreise.

Wenn die Amtsgemeinde zusammen mit den ihr zugehörigen Ortsgemeinden alle örtlichen kommunalen Aufgaben erfüllt, die ansonsten von den amtsgemeindefreien kreisangehörigen Gemeinden wahrgenommen werden, dann müssen auch die Einnahmen der Amtsgemeinden in die Ermittlung der Kreisumlage einbezogen werden. Nur so lässt sich eine Gleichbehandlung aller kreisangehörigen Gemeinden bei der Umlagepflicht erreichen. Die technische Umsetzung kann so erfolgen, dass die kreisliche Umlageerhebung sich, soweit Schlüsselzuweisungen in die Umlagegrundlagen eingehen, die jeweiligen Anteile der Ortsgemeinden und der Amtsgemeinden aus diesen Zuweisungen zum Maßstab nimmt. Sollte die Amtsgemeinde in Ergänzung ihrer Einnahmen aus Schlüsselzuweisungen eine Umlage von den Ortsgemeinden erheben (können), ist diese von den Umlagegrundlagen bei den Ortsgemeinden abzusetzen.

### **V. Zusammenfassung**

1. Die vom Finanzausgleichsgesetzgeber erwogene Erhöhung der Theater- und Orchesterpauschale (vgl. § 5 Abs. 1 Bbg FAG) um 5 Mio. Euro auf 22 Mio. Euro jährlich durch erhöhten Abzug von der Finanzausgleichsmasse steht mit Art. 99 S. 2 Verf BB und der Rechtspflicht zu interkommunaler Gleichbehandlung im Einklang. Dies gilt auch und erst recht, wenn die Verbundquote ab 2019 zugunsten der kommunalen Ebene verändert würde.

2. Auch weitere Vorwegentnahmen aus der Finanzausgleichsmasse zur Stärkung des Sozialausgleichs ab 2019 sind dem Grunde und der Höhe nach verfassungsgemäß, wenn das Gesamtvolumen der Vorwegentnahmen für Zweckzuweisungen in einem angemessenem Verhältnis zu der verbleibenden Schlüsselmasse steht. Dieses angemessene Verhältnis lässt sich nicht

in einer zahlenmäßig bestimmten Ordnung ausdrücken. Die Rechtsprechung fordert, dass die nach Abzug der Zweckzuweisungen verbleibende Schlüsselmasse ausreichen muss, die Erfüllung originär kommunaler Aufgaben zu ermöglichen.

3. Die Staffelung des Hauptansatzes in § 8 Abs. 2 Bbg FAG für die kreisfreien Städte ist dem Grunde nach mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 99 S. 2 und 3 Verf BB vereinbar. Bei der regelmäßig durchzuführenden Überprüfung der Höhe des Hauptansatzes (§ 8 Abs. 3 Bbg FAG) begegnet die vom FiFo angewendete Methode der Berücksichtigung der Einnahmen und Ausgaben im Lichte der neueren Rechtsprechung Bedenken. Diese verlangt, zumindest in Form von Kontrollüberlegungen, die Berücksichtigung alternativer Bedarfsfaktoren zur Plausibilisierung des höheren Finanzbedarfs bei Agglomerationen.

4. Bei einer Einführung der kommunalen Organisationsform Amtsgemeinde, die als Gebietskörperschaft arbeitsteilig mit den ihr zugehörigen Ortsgemeinden das Spektrum der kommunalen Aufgaben wahrnimmt, sprechen die überwiegenden verfassungsrechtlichen Gründe dafür, dass eine Partizipation der Amtsgemeinde an den gemeindlichen Schlüsselzuweisungen die geforderte Integration in den kommunalen Finanzausgleich darstellt. Eine reine Umlagefinanzierung wie im Fall von Bundkörperschaften entspricht der gebietskörperschaftlichen Struktur der Amtsgemeinde als Gemeindeverband mit unmittelbar demokratisch legitimierten Vertretungen der Bürger nicht.

  
Stefan Koriath