



Die Präsidentin des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen

Verfassungsgerichtshof NRW • Postfach 6309 • 48033 Münster

An den
Landtag Nordrhein-Westfalen
Platz des Landtags 1
40221 Düsseldorf

**Landtag
Nordrhein-Westfalen
16. Wahlperiode**

**Vorlage 16/1044
alle Abg.**

Hausanschrift
Aegidiikirchplatz 5
48143 Münster
Telefon
(0251) 505-0
Durchwahl
(0251) 505-250
Telefax
(0251) 505-253
e-mail: verfgh@ovg.nrw.de

Datum: 12. Juli 2013

Geschäfts-Nr.: VerfGH 11/13
(Bitte bei allen Schreiben angeben)

In dem verfassungsgerichtlichen Verfahren

wegen der Behauptung der Stadt Aachen sowie weiterer 13 Städte und Kreise,

die Beibehaltung der Zuständigkeit der Träger der Jugendhilfe verstoße gegen Art. 78 Abs. 3 LV NRW, weil der Landesgesetzgeber nicht gleichzeitig eine Regelung zum Ausgleich der durch das Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungrechts vom 29. Juni 2011 (BGBl. I S. 1306) hervorgerufenen Mehrbelastungen erlassen habe

- VerfGH 11/13 -

übersende ich als Anlage einen Abdruck der Verfassungsbeschwerde vom 15. Juni 2013 nebst Anlagen sowie des Schriftsatzes des Bevollmächtigten der Beschwerdeführer vom 9. Juli 2013. Die Verfassungsbeschwerde ist am 19. Juni 2013 beim Verfassungsgerichtshof eingegangen. Das Verfahren wird unter dem o.g. Aktenzeichen geführt.

Gemäß § 52 Abs. 3 i.V.m. § 48 VerfGHG gebe ich Gelegenheit, bis zum **21. Oktober 2013** zu der Verfassungsbeschwerde Stellung zu nehmen.

Ich bitte, künftige Eingaben in dieser Sache in 14 Exemplaren einzureichen. Die erbetenen Mehrstücke der Schriftsätze werden für die übrigen Verfahrensbeteiligten sowie zur Unterrichtung der Verfassungsrichter und wissenschaftlichen Mitarbeiter benötigt. Die Übersendung als elektronisches Dokument genügt nicht. Für den Ver-

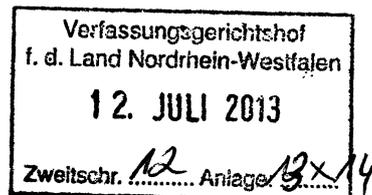
fassungsgerichtshof ist der elektronische Rechtsverkehr in Rechtssachen nicht eröffnet.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'B' followed by a horizontal line and a small flourish.

Dr. Brandts

Dr. Ulrich Becker, Pfarrsiedlungsstr. 9, D-93161 Sinzing

An den
Verfassungsgerichtshof
für das Land Nordrhein-Westfalen
Postfach 6309
48033 Münster



Sinzing, den 09.07.2013

VerfGH 11/13

Sehr geehrte Damen und Herren,

anliegend erhalten Sie, wie gewünscht, zusätzlich die Beschwerdeschrift in 13facher Kopie.
Bitte erlauben Sie mir eine Nachfrage: Wofür wird so viel Papier benötigt? Könnte ich Ihnen
künftig die Schriftsätze zusätzlich als pdf-Datei zur Vermeidung weiterer Papierberge zu-
kommen lassen?

Mit freundlichen Grüßen

Ulrich Becker

Dr. Ulrich Becker, Pfarrsiedlungsstr. 9, D-93161 Sinzing

An den
Verfassungsgerichtshof
für das Land Nordrhein-Westfalen
Postfach 6309
48033 Münster

Sinzing, den 15.06.2013

Verfassungsbeschwerde

**nach Art. 75 Nr. 4 LV NRW i.V.m. § 52 Abs. 1 VerfGHG wegen einer Verletzung des
Art. 78 Abs. 3 LV NRW durch Nichterlass einer Regelung zum Ausgleich der durch das
VormBtRÄndG hervorgerufenen Mehrbelastungen**

Im Namen und im Auftrag der kreisfreien Städte (Vollmachten liegen anbei)

* Für Ausgabe als
Urlage entnommen.
sic 17.7.

1. Stadt Aachen
– vertreten durch den Oberbürgermeister Marcel Philipp,
Rathaus – Markt,
52026 Aachen –,
2. Stadt Bielefeld
– vertreten durch den Oberbürgermeister Pit Clausen,
Niederwall 25,
33602 Bielefeld –,
3. Stadt Dortmund
– vertreten durch den Oberbürgermeister Ullrich Sierau,
Friedensplatz 1,
44122 Dortmund –,
4. Stadt Gelsenkirchen
– vertreten durch den Oberbürgermeister Frank Baranowski,
Rathausplatz 2,
45875 Gelsenkirchen –,
5. Stadt Hamm
– vertreten durch den Oberbürgermeister Thomas Hunsteger-Petermann,
Theodor-Heuss-Platz 16,
59065 Hamm –,

6. Stadt Köln
– vertreten durch den Oberbürgermeister Jürgen Roters,
Historisches Rathaus,
50667 Köln –,
7. Stadt Krefeld
– vertreten durch den Oberbürgermeister Gregor Kathstede,
Von-der-Leyen-Platz 1,
47798 Krefeld –,
8. Stadt Leverkusen
– vertreten durch den Oberbürgermeister Reinhard Buchhorn,
Friedrich-Ebert-Platz 1,
51373 Leverkusen –,
9. Stadt Mülheim an der Ruhr
– vertreten durch die Oberbürgermeisterin Dagmar Mühlenfeld,
Am Rathaus 1,
45468 Mülheim an der Ruhr –,
10. Stadt Oberhausen
– vertreten durch den Oberbürgermeister Klaus Wehling,
Schwartzstraße 72,
46045 Oberhausen –,
11. Stadt Wuppertal
– vertreten durch den Oberbürgermeister Peter Jung,
Johannes-Rau-Platz 1,
42275 Wuppertal –,

sowie im Namen und im Auftrag der Kreise (Vollmachten liegen anbei)

12. Hochsauerlandkreis
– vertreten durch den Landrat Dr. Karl Schneider,
Steinstraße 27,
52872 Meschede –,
13. Kreis Soest
– vertreten durch die Landrätin Eva Irrgang,
Hoher Weg 1-3,
59494 Soest –,
14. Märkischer Kreis
– vertreten durch den Landrat Thomas Gemke,
Heedfelder Straße 45,
58509 Lüdenscheid –,

erhebe ich

Verfassungsbeschwerde nach Art. 75 Nr. 4 LV NRW i.V.m. § 52 Abs. 1 VerfGHG
und beantrage

1. festzustellen, dass das Land Nordrhein Westfalen durch die unveränderte Beibehaltung der Zuständigkeit der Beschwerdeführer als Träger der Jugendhilfe und das gleichzeitige Unterlassen, die durch das VormBtRÄndG hervorgerufene Mehrbelastung bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben durch den Erlass eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung entsprechend finanziell auszugleichen, das Recht der Beschwerdeführer auf kommunale Selbstverwaltung nach Art. 78 Abs. 1 und Abs. 3 LV NRW verletzt hat,
und dass der Landesgesetzgeber von Verfassungs wegen verpflichtet ist, alsbald eine Regelung zu treffen, die den Anforderungen des Art. 78 Abs. 3 LV NRW gerecht wird und welche die durch das VormBtRÄndG hervorgerufene Mehrbelastung der Beschwerdeführer als Träger der Jugendhilfe ausgleicht, sowie
2. die Erstattung der notwendigen Auslagen anzuordnen.

A.

Die Beschwerdeführer (Bf.) wenden sich mit der Kommunalverfassungsbeschwerde gegen den Nichterlass eines Gesetzes zur Regelung des finanziellen Ausgleichs für eine erhebliche Aufgabenbelastung der Beschwerdeführer (Belastungsausgleichsgesetz). Zum Erlass einer entsprechenden Rechtsvorschrift wäre das Land nach der Änderung des § 55 Abs. 2 SGB VIII verpflichtet gewesen, weil es sich wegen der unveränderten Beibehaltung der Zuständigkeit der Kommunen zur Ausführung des SGB VIII die mit dieser Änderung verbundene wesentliche Belastung der Kommunen zurechnen lassen muss. Durch sein Unterlassen hat der Landesgesetzgeber das Konnexitätsprinzip des Art. 78 Abs. 3 LV NRW und damit das in der Verfassung verankerte Recht der Beschwerdeführer zur kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 78 Abs. 1 LV NRW verletzt. Deshalb streben die Beschwerdeführer die Feststellung an, dass der Landesgesetzgeber von Verfassungs wegen verpflichtet ist, alsbald eine Regelung zu treffen, die den Anforderungen des Art. 78 Abs. 3 LV NRW gerecht wird.

I.

Am 29.6.2011 wurde das Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts (VormBtRÄndG) erlassen.¹ Dessen Art. 2 brachte eine Änderung des § 55 SGB VIII, die am

¹ Verkündet im BGBl. I Nr. 34 v. 5.7.2011, S. 1306.

5.7.2012 in Kraft trat.² Nach den in § 55 Abs. 2 SGB VIII neu eingefügten Sätzen 2 und 3 soll das Jugendamt das Kind oder den Jugendlichen nach Möglichkeit mündlich anhören, und es soll ein vollbeschäftigter Beamter oder Angestellter, der nur mit der Führung von Vormundschaften oder Pflegschaften betraut ist, höchstens 50 Vormundschaften oder Pflegschaften führen.³ Der Wortlaut des neu gefassten § 55 Abs. 2 SGB VIII lautet wie folgt:

„Das Jugendamt überträgt die Ausübung der Aufgaben des Beistands, des Amtspflegers oder des Amtsvormunds einzelnen seiner Beamten oder Angestellten. Vor der Übertragung der Aufgaben des Amtspflegers oder des Amtsvormunds soll das Jugendamt das Kind oder den Jugendlichen zur Auswahl des Beamten oder Angestellten mündlich anhören, soweit dies nach Alter und Entwicklungsstand des Kindes oder Jugendlichen möglich ist. Eine ausnahmsweise vor der Übertragung unterbliebene Anhörung ist unverzüglich nachzuholen. Ein vollzeitbeschäftigter Beamter oder Angestellter, der nur mit der Führung von Vormundschaften oder Pflegschaften betraut ist, soll höchstens 50 und bei gleichzeitiger Wahrnehmung anderer Aufgaben entsprechend weniger Vormundschaften oder Pflegschaften führen.“

Durch die Gesetzesänderung wird den Kommunen zwar keine neue Aufgabe übertragen, die bestehenden Aufgaben werden aber durch die verbindliche Festschreibung neuer Standards in einem wesentlichen Umfang geändert. In seiner früheren Fassung⁴ lautete § 55 Abs. 2 SGB VIII:

„Das Jugendamt überträgt die Ausübung der Aufgaben des Beistands, des Amtspflegers oder des Amtsvormunds einzelnen seiner Beamten oder Angestellten. Die Übertragung gehört zu den Angelegenheiten der laufenden Verwaltung. In dem durch die Übertragung umschriebenen Rahmen ist der Beamte oder Angestellte gesetzlicher Vertreter des Kindes oder des Jugendlichen.“

II.

Die Änderung durch das VormBtRÄndG führt zu einer Verengung von Selbstverwaltungsspielräumen und einer wesentlichen Belastung der von der Gesetzesänderung betroffenen Beschwerdeführer im Sinne von Art. 78 Abs. 3 S. 2, 1. HS LV NRW (vgl. näher B.II.2. und 3.).

Auch wenn die durch die Änderung des § 55 Abs. 2 SGB VIII verursachte Mehrbelastung der Kommunen unmittelbar auf dem Inkrafttreten eines Bundesgesetzes beruht, wäre das Land Nordrhein-Westfalen verpflichtet gewesen, diese Mehrbelastung nach Art. 78 Abs. 3 S. 2, 2. HS LV NRW finanziell auszugleichen. Denn durch die unveränderte Beibehaltung der Zuständigkeit der Kommunen zur Ausführung des SGB VIII muss sich das Land die bundesrechtliche Regelung in ihren Folgen zurechnen lassen (vgl. näher B.I.4.).

Beschwerdegegenstand ist somit nicht eine möglicherweise unvollständige Änderung der Zuständigkeitsregelung, wie sie der Landesgesetzgeber durch Gesetz vom 25.7.2011 mit Wir-

2 Art. 3 S. 1 des VormBtRÄndG.

3 Die Vorschrift wurde zwischenzeitlich unverändert neu gefasst durch die Bek. v. 11.9.2012 (BGBl. I S. 2022).

4 Die unverändert ab Inkrafttreten des SGB VIII am 1.1.1991 galt (Art. 1 des G v. 26.6.1990, BGBl. I S. 1163).

kung zum 26.7.2011⁵ vorgenommen hat. Mit diesem Gesetz wurde § 1a des Ersten Gesetzes zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (AG-KJHG), der durch das Gesetz zur Änderung des AG-KJHG vom 28.10.2008⁶ eingefügt worden war, um einen Abs. 3 ergänzt. Diese Ergänzung änderte nichts an der Bestimmung der Kreise und kreisfreien Städte zu örtlichen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe.⁷ Vielmehr sah sie vor, dass auch kreisangehörige Gemeinden für den örtlichen Bereich Aufgaben der Jugendhilfe wahrnehmen können.⁸ Damit hat der Landesgesetzgeber auf Unklarheiten reagiert, die durch die Streichung des § 69 Abs. 6 SGB VIII entstanden waren.⁹ Man könnte in dieser Änderung eine neuerliche Willensbetätigung des Landesgesetzgebers¹⁰ sehen, die zugleich die Zuständigkeit der Kreise und kreisfreien Städte gem. § 1a Abs. 1 AG-KJHG mit bestätigt.¹¹ Ein zeitlicher Zusammenhang mit dem VormBtRÄndG besteht jedenfalls, weil dieses am 5.7.2011 verkündet wurde.¹² Als alleiniger Anknüpfungspunkt für einen inhaltlichen Zusammenhang zwischen der bundesrechtlichen Aufgabenänderung und der Zuständigkeitsbestimmung der Kommunen und damit als Grundlage für eine Zurechnung der Mehrbelastung der örtlichen Träger der Jugendhilfe zum Land Nordrhein-Westfalen genügt das Änderungsgesetz vom 26.7.2011 jedoch noch nicht.

Beschwerdegegenstand ist vielmehr ein Unterlassen des Landesgesetzgebers, seiner Verpflichtung aus dem strikten, mit Wirkung ab dem 1.7.2004¹³ in die Verfassung aufgenommenen Konnexitätsprinzip nachzukommen. Art. 78 Abs. 1 S. 2 LV NRW lautet: „Führt die Übertragung neuer oder die Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben zu einer wesentlichen Belastung der davon betroffenen Gemeinden oder Gemeindeverbände, ist dafür durch Gesetz oder Rechtsverordnung aufgrund einer Kostenfolgeabschätzung ein entsprechender finanzieller Ausgleich für die entstehenden notwendigen, durchschnittlichen Auf-

5 Durch Art. 2 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Kinderbildungsgesetzes und zur Änderung des Ersten Gesetzes zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes – Erstes KiBiz-Änderungsgesetz vom 25.7.2011 (GVBl. NRW, S. 377).

6 GVBl. NRW, S. 644.

7 § 1a Abs. 1 AG-KJHG: „Örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind die Kreise und die kreisfreien Städte.“ § 1a Abs. 2 AG-KJHG: „Die Aufgaben des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe werden durch das Jugendamt wahrgenommen.“

8 § 1a Abs. 3 AG-KJHG: „Kreisangehörige Gemeinden, die nicht örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind, können für den örtlichen Bereich Aufgaben der Jugendhilfe wahrnehmen. Die Planung und Durchführung dieser Aufgaben ist in den wesentlichen Punkten mit dem örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe abzustimmen. Die Gesamtverantwortung des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe bleibt unberührt. Für die Zusammenarbeit mit den Trägern der freien Jugendhilfe gelten die §§ 4, 74, 76 und 77 Achten Buch Sozialgesetzbuch - Kinder- und Jugendhilfe – entsprechend.“

9 LT-Drs. 15/1929, S. 50: „Um diese bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen, soll nunmehr in das AG-KJHG in § 1a ein Absatz 3 angefügt werden, der dem Wortlaut nach, dem des gestrichenen § 69 Absatz 6 SGB VIII a. F. entspricht.“

10 *Engelken*, Wenn der Bund seine alten Aufgabenzuweisungen an Kommunen aufhebt, DÖV 2011, S. 745, 748.

11 Vgl. aber zur Unterscheidung von punktuellen und sog. „indirekten“ Änderungen VerfGH NRW 3/98 v. 13.6.2000 (www.vgh.nrw.de), S. 18.

12 BGBl. I, S. 1306.

13 Art. I des Gesetzes v. 22.6.2004 (GVBl. S. 360).

wendungen zu schaffen.“ Dieses Unterlassen ist ausnahmsweise im Rahmen der Verfassungsbeschwerde rügefähig und stellt einen zulässigen Beschwerdegegenstand dar (näher B.I.3.).

III.

Einleitend sei noch ein Hinweis gestattet: Die Verfassungsbeschwerde betritt in zweifacher Hinsicht juristisches Neuland. Dessen sind sich die Beschwerdeführer bewusst. Sie bietet zum einen die Möglichkeit zu einer maßvollen Weiterentwicklung der Rechtsprechung des VerfGH zum Beschwerdegegenstand, die sowohl die sachlichen Gründe der Beschränkung der Beschwerde auf Landesrecht wie die zwischenzeitlich erfolgten Reformen des materiellen Verfassungsrechts berücksichtigt. Zum anderen zielt sie auf eine Abrundung der jüngeren Rechtsprechung zur Zurechnung von Aufgabenänderungen durch Bundesrecht zum Land, um trotz der bundesrechtlich vorgegebenen Trennung der staatlichen Ebenen zu einem kohärenten System der Finanzierung kommunaler Aufgaben zu kommen.

B.

I.

1. Für die Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 75 Nr. 4 LV NRW i.V.m. §§ 12 Nr. 8 und 52 Abs. 1 VerfGHG der Verfassungsgerichtshof (VerfGH) zuständig.

2. Die Bf. zu 1. bis 11. sind als kreisfreie Städte Gemeinden¹⁴ und die Bf. zu 12. bis 14. als Kreise Gemeindeverbände¹⁵ und dementsprechend Gebietskörperschaften mit dem Recht der Selbstverwaltung nach Art. 78 Abs. 1 LV NRW. Sie sind gemäß § 52 Abs. 1 VerfGHG beschwerdefähig.

3. Beschwerdegegenstand ist das Unterlassen des Landesgesetzgebers, für einen entsprechenden finanziellen Ausgleich der durch die Änderung des § 55 Abs. 2 SGB VIII verursachten wesentlichen Mehrbelastung der Beschwerdeführer (Belastungsausgleich) durch den Erlass eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung zu sorgen. Zwar ist vor dessen Erlass nach den einschlägigen Bestimmungen eine Kostenfolgeabschätzung vorzunehmen (Art. 78 Abs. 3 S. 2 LV NRW i.V.m. § 3 KonnexAG). Jedoch handelt es sich dabei um einen unselbständigen Teil der Regelung des finanziellen Ausgleichs, der nicht eigenständig einklagbar ist, sondern innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens dazu dient, im vorhinein möglichst verlässlich und

¹⁴ Nach der Einteilung der GO NRW, passim.

¹⁵ Vgl. auch § 1 Abs. 2 KrO NRW.

konsensual unter Einbeziehung der Beteiligten die mit einer Aufgabenerweiterung verbundene Kosten zu bestimmen (vgl. auch unten, B.II.1.).

Der Umstand, dass der Belastungsausgleich nach Art. 78 Abs. 3 S.2 LV NRW sowohl durch ein Gesetz als auch durch eine Rechtsverordnung vorgenommen werden kann,¹⁶ hat für den Beschwerdegegenstand keine wesentliche Bedeutung. Das dem Gesetzgeber zustehende weite Auswahlmessen hinsichtlich der Rechtsform wird durch die Verfassungsbeschwerde nicht berührt. Wichtig ist nur, dass sowohl Gesetze als auch Rechtsverordnungen „Landesrecht“ i.S.v. § 52 Abs. 1 VerfGHG darstellen.¹⁷ Sie sind jeweils mit der Kommunalverfassungsbeschwerde angreifbar, was, wie im Folgenden dargelegt wird, auch für das Unterlassen entsprechender Rechtsakte gilt.

a) Allerdings ist der bisherigen Rechtsprechung des VerfGH als mehrfach wiederholter Grundsatz die allgemeine Feststellung zu entnehmen, ein Unterlassen des Gesetzgebers sei nicht mit der Verfassungsbeschwerde angreifbar. Diese Rechtsprechung ist zum Teil auf Zustimmung,¹⁸ aber auch auf Kritik gestoßen¹⁹. Sie verdient zunächst hinsichtlich ihrer Aussagefähigkeit und ihrer Begründung eine nähere Würdigung. Diese zeigt, dass hinter der auf den ersten Blick anzunehmende Kontinuität in Wirklichkeit über die Zeit wechselnde Argumente stehen. In der Sache haben sich nur zwei zeitlich weit auseinander liegende Entscheidungen mit der hier relevanten Problematik näher befasst, so dass von einer ständigen Rechtsprechung nicht gesprochen werden kann.

aa) Zuletzt hat der VerfGH in seiner KiföG-Entscheidung auf die Nichtangreifbarkeit des legislativen Unterlassens hingewiesen und ausgeführt, ein Unterlassen liege „vor im Falle eines gänzlichen Untätigbleibens des Gesetzgebers“ und sei „mangels (Landes-)Rechtsqualität mit der Verfassungsbeschwerde nicht angreifbar“.²⁰ Diese Formulierung lässt sich zuvor wortgleich in der Entscheidung aus dem Jahr 2002 zur Nichtberücksichtigung der Mitglieder ausländischer Stationierungstreitkräfte im Rahmen des Finanzausgleichs (GFG 2001/02) nachlesen.²¹ Verwiesen wird in beiden Urteilen jeweils auf die Entscheidung aus dem Jahr 2000 zum Flüchtlingsaufnahmegesetz (FlüAG).²² Dort findet sich, anders als in den beiden jüngeren Entscheidungen, eine Begründung für die Annahme, eine gegen ein Unterlassen ge-

16 Wobei allerdings § 4 Abs. 1 S. 1 KonnexAG ein Handeln durch Gesetz fordert.

17 Zur Statthaftigkeit von Verfassungsbeschwerden gegen Rechtsverordnungen nur VerfGH 19/86 v. 30.10.1987, OVGE 39, 303.

18 So in der nur weitgehend wörtlich die Begründung der FlüAG-Entscheidung und die Ergebnisse der älteren Rechtsprechung übernehmenden Kommentierung von *Heusch*, in: *Heusch/Schönenbroicher*, Die Landesverfassung NRW, 2010, Art. 75 Rdnr. 48; ebenfalls referierend *Dietlein*, Kommunale Verfassungsbeschwerden vor dem Verfassungsgerichtshof, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen, Festgabe zum 50-jährigen Bestehen des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen, 2002, S. 117, 120 f.

19 *Ehlers*, Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, in: *Ehlers/Krebs* (Hrsg.), Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts, 2000, S. 59, 78 f.

20 VerfGH 12/09 v. 12.10.2010 (www.vgh.nrw.de), S. 18.

21 VerfGH 2/02 v. 8.4.2003 (www.vgh.nrw.de), S. 9.

22 VerfGH 3/98 v. 13.6.2000 (www.vgh.nrw.de), S. 20.

richtete Verfassungsbeschwerde sei nicht statthaft – wenn auch das Zitat zustimmender Stimmen im Schrifttum bestenfalls ein „Selbstzitat über Bande“ darstellt.²³ Diese Begründung verwies auch auf die ältere Rechtsprechung des VerfGH,²⁴ die im Ergebnis bestätigt werden sollte. Das wurde auf zwei Gründe gestützt. Zum einen habe der Gesetzgeber bei der zwischenzeitlichen Reform des VerfGHG²⁵ an der früher geltenden Regelung, zu der die ältere Rechtsprechung ergangen war, im Wesentlichen festgehalten.²⁶ Er habe das getan, obwohl sich ihm bei der „Novellierung die Notwendigkeit einer Neufassung“ hätte „aufdrängen müssen, wenn er die Kommunalverfassungsbeschwerde auch gegen gesetzgeberische Untätigkeit hätte eröffnen wollen“.²⁷ Zum anderen wurde auf den Wortlaut hingewiesen. Der Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde werde „nach wie vor mit dem Begriff des Landesrechts umrissen“, und dieser Begriff könne „selbst bei weiter Auslegung“ nicht „im Sinne seiner Negation, des Unterbleibens einer Regelung, verstanden werden“.²⁸

(1) Das erstgenannte Argument ist allerdings spekulativer Natur und trägt eine bestimmte Auslegung des Art. 52 Abs. 1 VfGHG, weder in die eine noch in die andere Richtung, nicht. Im Entwurf des Gesetzes zur Reform des VerfGHG finden sich für entsprechende Überlegungen des Gesetzgebers keinerlei Anhaltspunkte. Vielmehr beschränkt sich die Begründung darauf, Art. 52 Abs. 1, 2 und 3 VerfGHG entspräche „§ 51 a.F. unter Berücksichtigung der erforderlichen Anpassung an die Novellierung“.²⁹ Dass sich der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang irgendwelche Gedanken über die Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde gemacht hätte, insbesondere im Bewusstsein über die dazu bisher ergangene Rechtsprechung, ist an keiner Stelle ersichtlich. Der Frage, welche Rolle überhaupt die Genese für die Auslegung des Gesetzesrecht spielen sollte, muss deshalb hier nicht im Grundsätzlichen näher nachgegangen werden. Denn auch wenn ein Gesetz gegenüber des oft betonten, aber zum Teil missverständlich gebrauchten Gebots einer objektiven Auslegung subjektiv, also so ausgelegt werden sollte, wie es der Gesetzgeber ursprünglich gemeint hat,³⁰ müssen für ein auf diese

23 Denn der in diesem Zusammenhang zitierte *Pestalozza* gibt lediglich die Meinung der Rechtsprechung des VerfGH wieder, ohne dazu im Text seines Lehrbuchs überhaupt Stellung zu beziehen. In der Sache wendet sich *Pestalozza* dann in der dazu gehörenden Anmerkung gerade gegen diese Rechtsprechung und bezeichnet sie als „nicht zwingend“, im Ergebnis auch als nicht überzeugend, vgl. *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht. 3. Aufl. 1991, § 29 Rdnr. 50, Fußn. 70 (vgl. auch unten, Fußn. 66).

24 VerfGH, OVGE 14, 369, 370 f.; 19, 308, 312 f.

25 Durch das Gesetz v. 14.12.1989 (GVBl. NRW, S. 708).

26 Der frühere § 50 Abs. 1 VerfGHG (i.d.F. v. 4.3.1952, GVBl. S. 35) lautete: „Gemeinden und Gemeindeverbände können die Verfassungsbeschwerde mit der Behauptung erheben, daß Landesrecht die Vorschriften der Verfassung über das Recht der Selbstverwaltung verletzt.“

27 VerfGH 3/98 v. 13.6.2000 (www.vgh.nrw.de), S. 20.

28 VerfGH, a.a.O.

29 LT-Drs. 10/4419, S. 28.

30 Aber eben erforderlichenfalls in der Auslegung, die dieser Funktion auch in einem möglicherweise geänderten rechtlichen und sozialen Kontext Rechnung trägt, womit eine methodisch abgesicherte und dementsprechend begrenzte richterliche Rechtsfortbildung – verstanden als Änderung des einmal eingeschlagenen Wegs der Konkretisierung durch Auslegung – mit dem Gebot der Gewaltenteilung (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) vereinbar ist.

Meinung gestütztes Ergebnis der Genese des Gesetzes immer eindeutige Anhaltspunkte zu entnehmen sein.³¹

(2) Gewichtiger ist das zweite, auf den Wortlaut bezogene Argument. Es stützt sich darauf, dass nach § 52 Abs. 1 VfGHG die Verfassungsbeschwerde mit der Behauptung erhoben werden kann, „daß Landesrecht die Vorschriften der Landesverfassung über das Recht der Selbstverwaltung verletze.“ In diesem Zusammenhang wird allerdings unter Hinweis auf eine „weite Auslegung“ wiederum eine frühere Rechtsprechung des VerfGH zitiert. Diese Rechtsprechung führt zu der Auslegungsfrage, ob „Landesrecht“ i.S.v. § 52 Abs. 1 VerfGHG auch ein gesetzgeberisches Unterlassen erfassen kann, nicht weiter, sondern behandelt diese Frage gar nicht unmittelbar. In der zunächst zitierten Entscheidung des VerfGH aus dem Jahr 1994 ging es um einen Erlass des nordrhein-westfälischen Innenministeriums³² und damit die Anfechtbarkeit nicht förmlicher Rechtsvorschriften bzw. von abstrakt-generellen Regelungen ausschließlich materiellen Charakters mit unmittelbar nur verwaltungsinterner Verbindlichkeit. Dazu stellte der Gerichtshof fest, auch unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Verfassungsbeschwerde bedürfe es keiner Erstreckung der Anfechtbarkeit auf Verwaltungsvorschriften, weil den Kommunen auch ohne Kommunalverfassungsbeschwerde „gegen die Regelungen des Erlasses ausreichender Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten zur Verfügung“ stehe.³³ Die ebenfalls in Bezug genommenen Entscheidung aus dem Jahr 1991 hatte einen Gebietsentwicklungsplan zum Gegenstand.³⁴ Insofern wies der Gerichtshof darauf hin, der „Begriff ‚Landesrecht‘“ umfasse „nicht allein Gesetze im formellen Sinn, sondern auch andere vom Land selbst oder den dazu ermächtigten Stellen erlassene untergesetzliche Rechtsnormen, die Außenwirkungen gegenüber Gemeinden als Selbstverwaltungsträgerinnen entfalten.“³⁵ Das liegt auf der Linie einer früheren Entscheidung zur Anfechtbarkeit von Wohnheitsrecht³⁶ sowie auch späterer Entscheidungen.³⁷

31 Näher zu den genetischen Argumenten und deren (empirisch bedingten) Schwierigkeiten *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1978, S. 291 ff. Zu einem möglichen rechtstheoretischen Hintergrund dieses Auslegungsansatzes *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 55 ff., 69 ff.; krit. dazu *Möllers*, Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des Rechts, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 151, 160 ff. Zu einer grundsätzlichen Auseinandersetzung mit der Bedeutung der Auslegungsregeln (canones) für das Verfassungsrecht und damit (abgeleitet von einem Erfordernis, die „Struktur der Normativität“ einzubeziehen) zu einem Gegenüberstellen von geisteswissenschaftlicher und funktionaler (oder sozialwissenschaftlicher) Methodik der mittlerweile klassische Text von *Müller*, Juristische Methodik, Bd. I, 8. Aufl. 2002 (zus. jetzt mit *Christensen*), S. 87 ff., 141 ff.

32 VerfGH 8/93 v. 19.4.1994 (www.juris.de = NWVBl. 1994, 265).

33 VerfGH, a.a.O., Rdnr. 15: „Der Erlaß des Innenministeriums wird - wie in der mündlichen Verhandlung von beiden Seiten dargelegt worden ist - von den Gemeinden und Gemeindeverbänden weithin nicht beachtet. Für diesen Fall bieten die Mittel der staatlichen Kommunalaufsicht das gesetzlich vorgesehene und angemessene Instrumentarium, die Beachtung der in Rede stehenden Regelungen im Binnenbereich der Exekutive durchzusetzen. Soweit diese - von den dazu befugten Stellen bisher nicht angewendeten - Aufsichtsmittel rechtsregelnd in kommunale Rechte eingreifen, können sie von den betroffenen Gemeinden oder Gemeindeverbänden vor den Verwaltungsgerichten angefochten werden (§ 46 Abs. 3 KrO, §§ 106 f. GO). In einem solchen Rechtsstreit müßte auch die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsvorschrift vom Verwaltungsgericht inzident geprüft werden.“

34 VerfGH 5/90 v. 18.6.1991 (www.vgh.nrw.de = NWVBl. 1991, 371).

35 VerfGH, a.a.O., S. 8.

36 VerfGH 17/78 v. 16.4.1982 (www.vgh.nrw.de), S. 6 f.

Nun mag man den Hinweis auf diese beiden Entscheidungen auf den ersten Blick für vielleicht nicht passend, aber eben auch nicht für tragend halten, soweit es gerade um die Begründung des VerfGH in seiner FlüAG-Entscheidung zur Anfechtbarkeit des Unterlassens durch die Verfassungsbeschwerde ging. Jedoch wäre das zu kurz gegriffen: Denn beide Entscheidungen enthalten Begründungsansätze, die ihrerseits eben auch im Zusammenhang mit einem gerügten gesetzgeberischen Unterlassen relevant sind und insofern eine tatsächliche Auseinandersetzung in der FlüAG-Entscheidung verdient hätten, wie sich schon aus dem Zusammenhang mit der älteren Rechtsprechung des VerfGH zur Bedeutung des gesetzgeberischen Unterlassens im Verfassungsbeschwerdeverfahren zeigt.

(3) Diese in der FlüAG-Entscheidung und auch in den späteren Entscheidungen in Bezug genommene Rechtsprechung hatte nämlich noch einen anderen Begründungsansatz verfolgt. Sie verließ sich keineswegs auf den Wortlaut des § 50 VerfGHG a.F. In der Leitentscheidung aus dem Jahr 1958, die eine Feststellung des Fehlens rechtmäßiger Organe einer Selbstverwaltungskörperschaft zum Gegenstand hatte,³⁸ wurde das Ergebnis, Landesrecht könne „nur in bereits erlassenen Rechtsnormen zum Ausdruck kommen, nicht in einem Unterlassen des Gesetzgebers bestehen“, mit einem Hinweis auf das damalige Verständnis des Verfassungsprozessrechts begründet: Dieses lasse nur eine Sachentscheidung in dem Sinne zu, dass eine Norm für nichtig oder für vereinbar erklärt werden könne, hingegen nicht „die Feststellung der Verletzung des Art. 78 LV durch Unterlassung einer gesetzgeberischen Tätigkeit“.³⁹ Das entsprach dem Verständnis der Sachentscheidung aus den Anfangsjahren der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit nach dem Zweiten Weltkrieg, ist aber angesichts der Weiterentwicklungen in der Rechtsprechung⁴⁰ und der Reform des VerfGHG kein tragendes Argument mehr.⁴¹ In der zweiten älteren Entscheidung des VerfGH zur Angreifbarkeit gesetzgeberischen Unterlassens wird ein weiteres Argument hinzugefügt: Die Verfassungsbeschwerde bezwecke „keinen Individualrechtsschutz“.⁴² Was damit gemeint war, wird verständlich durch den Hinweis der Beschwerdeführer auf Art. 19 Abs. 4 GG, den das Gericht damit ausdrücklich zurückwies.⁴³ Nähere Ausführungen fehlen. Das mag ein Grund dafür sein, dass der VerfGH in den drei Entscheidungen aus diesem Jahrtausend nicht darauf zurückgekommen ist, zumal die zwischenzeitlich ergangene und vorstehend erwähnte Rechtsprechung zur Angreifbarkeit von untergesetzlichen Rechtsnormen und Erlassen gerade ganz umgekehrt auf die

37 Vgl. VerfGH 20/95, 1/96, 3/96, 7/96 und 8/96 v. 9.6.1997 (www.vgh.nrw.de) zu einem Braunkohleplan.

38 VerfGH 2/57 v. 13.12.1958, OVGE 14, 369.

39 OVGE 14, 369, 370, unter Hinweis auf Sinn und Zweck insbesondere des § 26 Abs. 2 VerfGHG (a.F.).

40 Vgl. in diesem Zusammenhang auch zur „Verfassungswidrigerklärung“ oder „Unvereinbarerklärung“ durch das BVerfG bei gesetzgeberischem Unterlassen und dessen Einordnung *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rdnr. 396 f.

41 Dazu auch *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht (Fußn. 23), § 29 Rdnr. 50, Fußn. 70, der auf die schon früher fehlende Überzeugungskraft des Arguments überzeugend hinweist – ohne allerdings als Erklärung auf die vorsichtigen Anfänge der Verfassungsgerichtsbarkeit hinzuweisen.

42 VerfGH 1/63 v. 4.4.1964, OVGE 19, 308, 312.

43 VerfGH, a.a.O.

„Rechtsschutzfunktion des § 52 Abs. 1 VerfGHG“ abgehoben⁴⁴ und damit dem Schutz der kommunalen Selbstverwaltung eine maßgebliche Rolle beigemessen hat.

bb) Zu beachten ist im Rahmen der Bestandsaufnahme zur bisherigen Rechtsprechung ferner, dass der VerfGH in seinen beiden jüngsten der vorstehend genannten Entscheidungen zum Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde, nämlich der KiföG-Entscheidung und der GFG 2001/02-Entscheidung, nicht zu einer Unzulässigkeit der jeweils zu beurteilenden Rechtsbehelfe kam. Grund dafür war im Begründungsansatz die Unterscheidung zwischen unterlassener und unvollständiger Gesetzgebung, die oft auch als Unterscheidung zwischen sog. echtem und unechtem Unterlassen bezeichnet wird. So heißt es in der KiföG-Entscheidung: „Zu unterscheiden ist das legislative Unterlassen von der unvollständigen Regelung eines Sachverhalts, bei der der Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem Erlass einer gesetzlichen Regelung entgegen einer landesverfassungsrechtlich verankerten Handlungspflicht eine gebotene begleitende gesetzliche Normierung nicht vornimmt. Eine solche Regelung ist als Landesrecht tauglicher Gegenstand einer kommunalen Verfassungsbeschwerde.“⁴⁵ In der GFG 2001/02-Entscheidung wird das folgendermaßen formuliert: „Zu unterscheiden ist das legislative Unterlassen von der indirekten, negativ ausgrenzenden Regelung eines Sachverhalts durch den Gesetzgeber; sie ist als Landesrecht tauglicher Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde“.⁴⁶ Beide Entscheidungen berufen sich wiederum auch auf die FlüAG-Entscheidung des VerfGH, in der mit einem erheblichen Begründungsaufwand zwischen „punktuellen“ Änderungen (hier einer „Reparatur“ des Gesetzes) und „indirekten“ Änderungen, die auch unverändert gebliebene Bestandteile des Gesetzes oder dessen Gesamtkonzeption betreffen können soll, unterschieden wurde.⁴⁷ Dass eine solche Unterscheidung, die als subjektive Auslegung entscheidend auf die Genese abstellen muss, mit erheblichen Unsicherheiten verbunden ist,⁴⁸ liegt auf der Hand. Ihre Praktikabilität wird zu einem rechtlichen Problem, wenn von ihr der Rechtsschutz abhängig gemacht wird. Gravierender aber ist, dass das zugrunde gelegte Unterscheidungskriterium, nämlich der Regelungswille des Gesetzgebers, dann nicht entscheidend sein kann, wenn den Gesetzgeber eine Regelungspflicht trifft. Das hat der VerfGH in seiner KiföG-Entscheidung bereits gesehen, denn hier sollte es nach der oben wörtlich wiedergegebenen Begründung nicht auf einen Zusammenhang zwischen ausdrücklich und nicht ausdrücklich, aber „mitgemeinten“ Regelungen ankommen, sondern auf den Zusammenhang zwischen einer positiven Regelung und einer „landesverfassungsrechtlich verankerten Handlungspflicht“. Mit diesem neuen Begründungsansatz wird dem Umstand Rechnung getragen, dass das Prozessrecht, das der Durchsetzung von Rechten dient, auf die Veränderungen dieser materiellen Rechte Rücksicht nehmen muss.

44 Vgl. nur VerfGH 8/93 v. 19.4.1994 (www.juris.de = NWVBl. 1994, 265), S. 5.

45 VerfGH 12/09 v. 12.10.2010 (www.vgh.nrw.de), S. 18.

46 VerfGH 2/02 v. 8.4.2003 (www.vgh.nrw.de), S. 9.

47 VerfGH 3/98 v. 13.6.2000 (www.vgh.nrw.de), S. 17 ff.

48 Vgl. auch in diesem Zusammenhang nur *Alexy* (Fußn. 30).

Darauf wird zurück zu kommen sein. Zunächst ist es aber sinnvoll, in einem Zwischenschritt auf die parallele Auslegungsproblematik bei der bundesverfassungsrechtlichen Kommunalverfassungsbeschwerde einzugehen und die dort verwendeten Argumente hervorzuheben, weil diese sinngemäß auch auf die Verfassungsbeschwerde nach nordrhein-westfälischem Recht übertragbar sind – ohne dass es zunächst darauf ankäme, ob und unter welchen Voraussetzungen der bundesrechtliche Schutz vor der Verletzung von Rechten aufleben kann, wenn ein landesrechtlicher Schutz mangels tatsächlicher Kontrolle der Hoheitsgewalt systemisch ausfällt.⁴⁹

b) Gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG können Gemeinden und Gemeindeverbände eine Verfassungsbeschwerde mit der Rüge erheben, ihr Selbstverwaltungsrecht sei „durch ein Gesetz“ verletzt.⁵⁰ Das wird in § 91 S. 1 BVerfGG mit der insofern inhaltsgleichen Formulierung, die Verfassungsbeschwerde müsse sich dagegen richten, „daß ein Gesetz des Bundes oder des Landes die Vorschrift des Artikels 28 des Grundgesetzes verletzt“. Auch hier wird also als statthafter Beschwerdegegenstand nicht wie bei der allgemeinen Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG „die öffentliche Gewalt“ generell, sondern eine bestimmte Form rechtlich relevanten Handelns genannt. Dabei ist der Begriff des Gesetzes zwar nicht derselbe wie der des „Landesrechts“ in § 52 Abs. 1 VerfGHG, aber doch mit diesem nicht nur möglicherweise identisch, sondern jedenfalls insofern vergleichbar, als er die Setzung einer abstrakt-generellen Regelung mit Außenwirkung meint.⁵¹

Die Frage, ob damit zugleich eine Beschwerde gegen ein gesetzgeberisches Unterlassen ausgeschlossen ist, hat das BVerfG bis heute nicht entschieden. Klargestellt hat das Gericht, dass sich Kommunalverfassungsbeschwerden auf „Rechtsnormen“ beziehen müssen, Verwaltungsakte und verwaltungsgerichtliche Entscheidungen hingegen kein statthafter Beschwerdegegenstand sein können,⁵² auch nicht, weil sie ein Gesetz auslegen.⁵³ Soweit ersichtlich, hat sich hingegen das Gericht mit dem Unterlassen als Zulässigkeitsvoraussetzung noch nie

49 Allgemein angedeutet bei BVerfG [Kammer] v. 25.6.2007, 2 BvR 635/07 (www.juris.de). Vgl. BVerfGE 107, 1 LS 1: „Das Bundesverfassungsgericht entscheidet über Verfassungsbeschwerden von Gemeinden und Gemeindeverbänden gegen eine landesrechtliche Rechtsverordnung, wenn das Landesverfassungsgericht seine Prüfung auf formelle Landesgesetze beschränkt.“ Vgl. demgegenüber zu einem nur begrenzten Prüfungsumfang nach Landesrecht BVerfG [Kammer] v. 2.2.1993, 2 BvR 688/92 (www.juris.de), Rdnr. 9: In diesem Fall war aber eine materiell-rechtliche Überprüfung anhand der Bayerischen Verfassung gesichert.

50 Auf die Subsidiarität gegenüber dem landesverfassungsrechtlichen Rechtsschutz kommt es in diesem Zusammenhang nicht an, vgl. vorstehend.

51 Dazu BVerfGE 76, 10, 114 (zum Raumordnungsplan): „Als ‚Gesetz‘ im Sinne dieser Vorschriften sind alle vom Staat erlassenen Rechtsnormen anzusehen, die Außenwirkung gegenüber einer Kommune entfalten ... Inhaltlich weisen die Regelungen neben Elementen eines Einzelakts auch normative Elemente auf.“ Zur Angreifbarkeit von Verordnungen BVerfGE 26, 228; 56, 298; 71, 25.

52 Zuletzt BVerfG [Kammer] v. 12.11.2009, 2 BvR 2034/04 (www.juris.de), Rdnr. 9. Ebenso zuvor u.a. BVerfG [Kammer] v. 4.1.2008, 2 BvR 2564/06 (www.juris.de), Rdnr. 4. Vgl. auch BVerfG [Kammer] v. 11.5.2004, 2 BvR 693/04 (www.juris.de), Rdnr. 8: „Andere Maßnahmen öffentlicher Gewalt als Rechtsnormen können in dieser Verfahrensart nicht zur Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht gestellt werden.“

53 BVerfG [Kammer] v. 26.2.1999, 2 BvR 1268/96 (www.juris.de), Rdnr. 3. Vgl. auch BVerfGE 25, 124.

näher auseinandergesetzt. In einem Kammerbeschluss aus dem Jahr 2000 hat es auf das ablehnende Schrifttum hingewiesen, aber dennoch ausdrücklich offen gelassen, ob es dem folgen wollte.⁵⁴ Ebenfalls offen gelassen wurde die Rügefähigkeit des Unterlassens in einem einige Jahre später ergangenen Kammerbeschluss zur eigentumsrechtlichen Zuordnung ehemals volkseigenen Vermögens, weil es an einer ausreichend substantiierten Darlegung der Verletzung des Selbstverwaltungsrechts fehlte.⁵⁵ Beiläufig hat das BVerfG in seinem jüngeren Urteil zu den Arbeitsgemeinschaften des SGB II dann aber immerhin darauf hingewiesen, die Beschwerdeführer hätten sich möglicherweise gegen ein gesetzgeberisches Unterlassen richten können⁵⁶ – allerdings war dessen Zulässigkeit mangels entsprechender Rüge nicht zu prüfen gewesen.

In der Kommentar- und Lehrbuchliteratur wird, wenn das Thema eines unterlassenen Gesetzes als möglicher Beschwerdegegenstand überhaupt angesprochen wird,⁵⁷ zumeist nur ein Ergebnis genannt, nicht selten unter Verweis auf andere Kommentare. Eigenständige Begründungen sind die Ausnahme,⁵⁸ von ausführlichen Erörterungen ganz zu schweigen.⁵⁹ Apodiktisch wird zum Teil von der Anfechtbarkeit eines gesetzgeberischen Unterlassens ausgegangen,⁶⁰ zum Teil hingegen vom gegenteiligen Ergebnis,⁶¹ durchaus auch mit einer Unterschei-

-
- 54 BVerfG [Kammer] v. 18.7.2000, 2 BvR 1501/91 (www.juris.de = NVwZ 2001, S. 66), Rdnr. 7: „Dies [die im Schrifttum behauptete Nichtangreifbarkeit des Rechtsetzungsunterlassens] kann jedoch dahinstehen. Denn auch der Zulässigkeit dieser Rüge steht entgegen, dass die Beschwerdeführerinnen es versäumt haben, auf die geltende Rechtslage einzugehen und darzulegen, dass die bestehenden Regelungen zum Schutz ihrer Planungshoheit nicht ausreichen. Zudem hätte es Ausführungen dazu bedurft, inwieweit Art. 28 GG durch ein Unterlassen des Gesetzgebers verletzt sein könnte. Die Feststellung einer Verfassungswidrigkeit legislativen Unterlassens kommt nur dann in Betracht, wenn der Gesetzgeber damit die Grenzen seines Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums, der ihm auch bei der Ausgestaltung der Einrichtung der kommunalen Selbstverwaltung zukommt (vgl. etwa BVerfGE 76, 107 <118>; 79, 127 <153>), überschritten hat (vgl. BVerfGE 56, 54 <81>; 77, 170 <215>; 79, 174 <202>).“
- 55 BVerfG [Kammer] v. 29.11.2004, 2 BvR 414/02 (www.juris.de), Rdnr. 8: „Die Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG ist unzulässig, weil unabhängig von der Frage, ob ein gesetzgeberisches Unterlassen Gegenstand einer Kommunalverfassungsbeschwerde sein kann, die Beschwerdeführerin nicht substantiiert dargelegt hat, dass sie in ihrem Selbstverwaltungsrecht verletzt sein könnte.“
- 56 BVerfGE 119, 331, 361: „Für die Beschwerdeführer hätte allenfalls die Möglichkeit bestanden, ein gesetzgeberisches Unterlassen zu rügen und zu beanstanden, dass eine sie berechtigende Norm fehlt.“
- 57 Kein ausdrücklicher Hinweis findet sich bei *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 93 (Stand Komm. 1971), Rdnr. 82, bei *Wieland*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 93 Rdnr. 87, und bei *Meyer*, in: *v. Münch/Kunig* (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 93 Rdnr. 62.
- 58 Sie finden sich bei *Bethge*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, Stand 2011, Art. 93 Rdnr. 40 (mit ablehnendem Ergebnis) und bei *Magen*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger* (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. 2005, Art. 93 Rdnr. 30 (mit zustimmendem Ergebnis).
- 59 Die monographische Arbeit von *Litzenburger*, *Die kommunale Verfassungsbeschwerde in Bund und Ländern*, 1985, ist in mehrfacher Hinsicht überaltert.
- 60 So *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 93 Rdnr. 74
- 61 So *Stern*, in: *Bonner Kommentar*, GG, Art. 93 (Zweitbearb. 1982), Rdnr. 808, dessen eigener Hinweis auf sein Staatsrecht (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 1980, § 44 IV 9 b) = S. 1023 f.) keinerlei weiterführende Überlegungen enthält; *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 6. Aufl. 2011, Art. 93 Rdnr. 15; ebenso *Löwer*, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, in: *HStR* Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 70 Rdnr. 77 (auf S. 1363), der trotz ausführlicher Darstellung der Besonderheiten des Verfahrens und dessen Einordnung als Normenkontrolle keinerlei Begründung für den Nebensatz, angreifbar sei „nicht aber (echtes) Unterlassen“ anführt.

dung zwischen echtem und unechtem Unterlassen,⁶² allerdings ohne auf dessen Praktikabilität einzugehen und die dafür entscheidenden Kriterien zu nennen. So zeichnet sich hier eine rein zahlenmäßig überwiegende, aber sehr knappe, gemeinhin dennoch als „herrschend“ bezeichnete Ansicht ab, die allerdings argumentativ wenig zur Problemlösung beiträgt, manches Mal sogar durch Hinweise auf eine „beachtliche“ Gegenmeinung⁶³ oder gar den verkannten Funktionszusammenhang⁶⁴ relativiert wird. Deswegen überrascht auch folgendes Fazit, das sich fast wortgleich in zwei zusammenfassenden Stellungnahmen findet, kaum: „Ein Unterlassen des Normgebers kann nach herrschender Auffassung nicht angegriffen werden. Überzeugende Gründe für diese unübliche Beschränkung auf das ‚Tun‘ sucht man freilich vergebens.“⁶⁵ Es überrascht höchstens insoweit, als mittlerweile selbst von einer „herrschenden Meinung“, wenn man denn den Begriff überhaupt im Rahmen einer juristischen Argumentation für relevant halten möchte, nicht mehr gesprochen werden kann.

c) Der an der Oberfläche bleibende Meinungs austausch um die Angreifbarkeit eines gesetzgeberischen Unterlassens im Rahmen der bundesrechtlichen Kommunalverfassungsbeschwerde ist deshalb aufschlussreich, weil die wenigen, sich mit der Problematik tatsächlich beschäftigenden Argumente auch für die Kommunalverfassungsbeschwerde nach nordrhein-westfälischem Recht von entscheidender Bedeutung sind.⁶⁶ Im Ergebnis erweist sich nämlich nicht nur die bisherige Rechtsprechung des VerfGH als weit weniger einheitlich als die Bezugnahme auf vorangegangene Entscheidungen in den jüngeren Urteilen Glauben machen. Vielmehr sind auch die durchaus unterschiedlichen und jeweils von der Rechtsprechung aufgenommenen Argumente gegen die Statthaftigkeit von Verfassungsbeschwerden, die sich gegen ein legislatives Unterlassen wenden, nicht überzeugend.

62 So Hopfauf, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf* (Hrsg.), GG, 12. Aufl. 2011, Art. 93 Rdnr. 207; ebenso O. Klein, in: *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rdnr. 647, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG (Fußn. 58), Art. 93 Rdnr. 40, und Löwer, HStR Bd. III (Fußn. 61), § 70 Rdnr. 77.

63 So Lechner/Zuck, BVerfGG (Fußn. 61), Art. 93 Rdnr. 15 in einer Fußn.

64 So Sturm/Detterbeck, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 93 Rdnr. 101: „Normatives Unterlassen soll nicht angegriffen werden können, was mit der Gewährleistungsfunktion des Art. 28 II nicht vereinbar ist“ (unter Hinweis auf Magen, in: *Umbach/Clemens/Dollinger*, BVerfGG [Fußn. 58]).

65 So Voßkuhle, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 93 Rdnr. 198; zuvor bereits Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht (Fußn. 23), § 12 Rdnr. 58: „Einen überzeugenden Grund für diese unübliche Beschränkung auf das ‚Tun‘ sehe ich nicht.“

66 Auf einen Unterschied in der Argumentation wird im Hinblick auf die Systematik des Prozessrechts hingewiesen bei Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht (Fußn. 23), § 29 Rdnr. 50, weil für die bundesrechtliche Kommunalverfassungsbeschwerde die §§ 92, 95 Abs. 1 S. 1 BVerfGG gelten (so *ders.*, a.a.O., § 12 Rdnr. 58) und ein entsprechendes Indiz im nordrhein-westfälischen Recht fehlt. Da dieses Indiz aber ohnehin nicht entscheidend ist, bleibt der Hinweis ohne Bedeutung. Warum, wie ebenfalls bei Pestalozza (a.a.O., § 29 Rdnr. 50) zu finden, der Wortlaut möglicherweise eine vom Bundesrecht abweichende Bedeutung haben könnte, wird höchst unverständlich angedeutet („§ 52 II VGHG, der offenbar davon ausgeht, daß nur „Rechtsvorschriften“ angegriffen werden können“): Denn damit wird der Wortlaut nur wiedergegeben, was tatsächlich „offenbar“, weil genau so im Gesetzblatt nachzulesen ist; darüber hinaus geht der wohl als Begründung gedachte Satzteil nicht einmal andeutungsweise hinaus. Bemerkenswert ist denn auch, dass Pestalozza selbst ein Ergebnis, wonach ein Unterlassen nicht angreifbar wäre, für „nicht zwingend“ und im Ergebnis auch nicht für überzeugend hält (a.a.O., Fußn. 70).

aa) Das gilt, worauf bereits hingewiesen wurde, für den systematischen Zusammenhang mit dem möglichen Entscheidungsausspruch,⁶⁷ aber vor allem auch für die Wortlautargumentation. Die Aussage, der Begriff des Landesrechts umfasse nicht das „Unterbleiben einer Regelung“⁶⁸ (manchmal ganz ähnlich vorgebracht mit dem Satz: „Unterlassen des Gesetzgebers ist kein Gesetz“⁶⁹) ist zwar äußerst griffig, erweist sich bei näherer Betrachtung aber als bloße Behauptung. Inwieweit der Wortlaut einer Rechtsnorm als solcher Aufschlüsse bietet, hängt naturgemäß wesentlich von der Frage ab, für deren Beantwortung nach einem semantischen Hinweis gesucht wird. Das mag banal klingen, weist aber auf ein hermeneutisches Grundproblem hin, das bei jeder Textinterpretation unumgänglich ist⁷⁰ und mit der Notwendigkeit vom „Hin- und Herwandern des Blicks“⁷¹ gut beschrieben ist. Ob aber das „Landesrecht“ i.S.v. § 52 Abs. 1 VerfGHG⁷² tatsächlich schon erlassen sein muss oder erst erlassen werden müsste, ob also „erlassenes und unterlassenes Landesrecht“ oder nur „erlassenes Landesrecht“ gemeint ist, wird durch die Beschreibung einer bestimmten Form rechtlichen Handelns als statthaftem Beschwerdegegenstand gerade nicht geklärt. Man mag nun zwar in dieser Beschreibung auch schon die Notwendigkeit eines bestimmten Ergebnisses sehen, aber das ergibt sich dann eben nicht schon aus dem Text, sondern als eine denkbare Möglichkeit der Wortlautinterpretation erst im Zusammenspiel mit der Zwecksetzung der Verfassungsbeschwerde.

bb) Tatsächlich fehlt es auch zur bundesrechtlichen Kommunalverfassungsbeschwerde nicht an dem Hinweis, es handele sich bei ihr eigentlich um eine Normenkontrolle. Das ist aber wiederum zuvörderst als zusammenfassende Beschreibung eines angeblichen Ergebnisses, nicht als Begründung gedacht,⁷³ wird also seinerseits nur aus dem sowohl im Bundes- wie im Landesrecht als angreifbar genannten „Recht“ bzw. „Gesetz“ geschlossen. Hingegen ist damit eine Aussage hinsichtlich der Frage, ob anders als bei der abstrakten oder konkreten Normenkontrolle auch ein Unterlassen Gegenstand der Kommunalverfassungsbeschwerde sein kann, erst dann verbunden, wenn der Zweck und die systematische Stellung der jeweiligen verfassungsrechtlichen Rechtsbehelfe in die Betrachtung einbezogen werden. Während es

67 Oben. 3. a) aa) (3).

68 VerfGH 3/98 v. 13.6.2000 – FlüAG (www.vgh.nrw.de), S. 20.

69 So zum vergleichbaren Bundesrecht *Lechner/Zuck*, BVerfGG (Fußn. 61), Art. 93 Rdnr. 15; mit sehr ähnlicher Formulierung *Bethge*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG (Fußn. 58), Art. 93 Rdnr. 40: Die „völlige gesetzgeberische Untätigkeit ist gerade kein Gesetz“, und *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozeßrecht, 2004, Rn. 282: „Völlige gesetzgeberische Untätigkeit ist gerade kein ‚Gesetz‘ ...“.

70 Dazu, dass Probleme, für die Lösungsmöglichkeiten gesucht werden, in der Regel als solche erst durch die Beschäftigung mit dem Recht wahrgenommen werden, *Esser*, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972), S. 97, 103 ff., 110 ff.

71 *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S. 15.

72 § 12 Nr. 8 VerfGHG kommt keine eigenständige Bedeutung zu, da er lediglich zur Zuständigkeitsbestimmung die Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 VerfGHG wiederholt, ohne dass dies allerdings von entscheidender Bedeutung wäre.

73 In diesem Sinn *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, § 44 IV 9 b) = S. 1024. Ebenso *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht (Fußn. 40), Rdnr. 184, mit dem Zusatz, die Qualifizierung der kommunalen Verfassungsbeschwerde sei umstritten.

bei den eigentlichen Normenkontrollen um die Wahrung der Rechte der Legislative (abstrakte Kontrolle) bzw. um die Sicherung der Anwendung des Gesetzesrechts durch die Judikative (im Sinne des Vorrang des Gesetzes, Art. 20 Abs. 3 GG) geht, soll die Verfassungsbeschwerde der Kommunen deren Recht auf Selbstverwaltung sichern. Weil die Selbstverwaltungsgarantie zwar kein Grundrecht und auch kein grundrechtsgleiches Recht, aber doch ein subjektives Abwehrrecht enthält, ist zu dessen Durchsetzbarkeit ein eigenständiges Verfahren vorgesehen.⁷⁴ Es ist zwar richtig, dass die Besonderheit dieser abwehrrechtlichen Komponente der Selbstverwaltungsgarantie auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht, nämlich bezogen auf Beschwerdebefugnis, eine Rolle spielen kann.⁷⁵ Jedoch ist das nicht zwangsläufig, sondern begründungsbedürftig. Es wäre nur dann ohne weiteres anzunehmen, wenn die subjektivrechtliche Positionen der Kommunen nur beschränkt abwehrfähig sein sollte. Jedoch lässt sich diese subjektive Rechtsstellung nicht gegen die Institutsgarantie der Selbstverwaltung und das fehlende eigene Recht einer einzelnen Gemeinde auf ihre Existenz ausspielen.⁷⁶ Ganz zu Recht hat deshalb der VerfGH in seiner früheren, oben zitierten Rechtsprechung⁷⁷ wie in seiner Entscheidung zur Anfechtbarkeit von Kreissatzungen⁷⁸ die eigenständige Rechtsschutzfunktion der Kommunalverfassungsbeschwerde hervorgehoben. Er hat also gerade nicht angenommen, der Selbstverwaltungsgarantie müsse zwangsläufig eine schwache verfahrensrechtliche Position entsprechen, sondern ist ganz zutreffend der Frage nachgegangen, welche Bedeutung der gesetzlich eingeräumten Möglichkeit zur Erhebung einer Verfassungsbeschwerde zukommen soll.

Nimmt man deren Rechtsschutzfunktion ernst, so ergibt sich ohne weiteres, warum der Gesetzgeber sowohl im Bundes- wie im Landesrecht Rechtsvorschriften als zulässigen Beschwerdegegenstand genannt hat. Er wollte damit die Anfechtbarkeit von Einzelregelungen ausschließen.⁷⁹ Gegen diese ist ausreichender Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit vorgesehen, während die besondere Bedeutung der Gesetze für eine rechtsstaatliche

74 Die weitere Begründung von *Magen*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger*, BVerfGG (Fußn. 58), Art. 93 Rdnr. 30, wonach auf die „Gewährleistungsstruktur des Art. 28 Abs. 2 GG“ und den Umstand abzustellen ist, dass die Länder „die Wirkungsbedingungen einer gemeindlichen Selbstverwaltung schaffen“ müssen, ist im Zusammenhang mit dem statthaften Beschwerdegegenstand an sich überflüssig und betrifft nur die Möglichkeit, dass durch ein Unterlassen das Selbstverwaltungsrecht auch tatsächlich verletzt werden kann, also als abstrakte Möglichkeit die Beschwerdebefugnis.

75 Vgl. dazu die ausführlichen Überlegungen zur Qualifizierung der Kommunalverfassungsbeschwerde bei *Löwer*, HStR Bd. III (Fußn. 61), § 70 Rdnr. 76.

76 So auch *Löwer*, a.a.O., mit dem Hinweis: „das sollte eigentlich heute nicht mehr diskutiert werden müssen“. Anders aber wohl *Bethge*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG (Fußn. 58), Art. 93 Rdnr. 40, der für seine Ablehnung der Statthaftigkeit einer Beschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen auch auf die Systematik verweist, ohne allerdings den Begründungszusammenhang näher zu erläutern.

77 Vgl. oben, 3.a)aa).

78 VerfGH 10/01 v. 10.12.2002 (www.vgh.nrw.de), S. 8: „Für den Begriff des Landesrechts in den §§ 12 Nr. 8, 52 Abs. 1 VerfGHG NRW kommt es, wie der Verfassungsgerichtshof für lokal wirkendes Gewohnheitsrecht entschieden hat (VerfGH NRW, DVBl. 1982, 1043), mit Rücksicht auf die Rechtsschutzfunktion der Kommunalverfassungsbeschwerde nur darauf an, ob die Norm der Disposition des örtlichen Selbstverwaltungsträgers entzogen ist.“

79 So auch zur bundesrechtlichen Kommunalverfassungsbeschwerde *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht (Fußn. 23), § 12 Rdnr. 58.

Ordnung dazu führt, deren Kontrolle der Verfassungsgerichtsbarkeit anzuvertrauen.⁸⁰ Deshalb ist es auch richtig, formal untergesetzliche Rechtsnormen mit unmittelbarer Außenwirkung für anfechtbar zu halten und umgekehrt bei nur interner Wirkung auf die Möglichkeit des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes zu verweisen. Würde hingegen die (Kommunal-)Verfassungsbeschwerde auch gegen ein Unterlassen des Gesetzgebers ausgeschlossen, müssten die von diesem Unterlassen betroffenen Kommunen gänzlich schutzlos bleiben. Denn nach dem in den deutschen Verfassungsordnungen angelegten Gewaltenteilungsprinzip kann eine Verpflichtung des Gesetzgebers zum Handeln nur durch die Verfassungsgerichte festgestellt werden. Natürlich hätte der Gesetzgeber dieses Ergebnis der teleologischen Auslegung auch in den Verfassungsgerichtsgesetzen (oder den Verfassungen) ausdrücklich festhalten können. Dass er dies nicht getan hat, ändert aber nichts an der Zwecksetzung. Wer anderes behaupten wollte, müsste das aus der gesetzgeberischen Begründung klar ableiten.⁸¹ Der Gesetzgeber hatte bei der Wahl des Wortlauts des früheren § 50 VerfGHG nur wenige und heute kaum mehr aktuell erscheinende Überlegungen angestellt; bemerkenswert ist aber, dass es ihm dabei nie um die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen, sondern immer nur um die Frage ging, welche Stufen des Rechts innerhalb einer Normenhierarchie mit der Verfassungsbeschwerde überhaupt angreifbar sein sollten.⁸² Tatsächlich erklärt sich die relative Offenheit des Wortlauts wohl auch aus dem Umstand, dass gesetzgeberisches Unterlassen lange Zeit überhaupt nicht mit Berufung auf subjektive Rechtspositionen als vor den Verfassungsgerichten angreifbar galt,⁸³ was angesichts der zwischenzeitlich erfolgten Weiterentwicklung der

80 Dieser Aspekt der Gewaltenteilung und des Vorrangs des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG), der auch in historisch-vergleichender Perspektive aufschlussreich ist, muss hier nicht näher dargelegt werden; vgl. zu den Grundsätzen nur *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: HStR Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rdnr. 58 ff.; zu den Besonderheiten des Verfahrens nach § 47 VwGO nur *Schoch*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVwR) Bd. III, 2009, § 50, Rdnr. 207 ff.

81 Weshalb auch die unveränderte Beibehaltung des Wortlauts trotz zwischenzeitlicher Änderung keine Rolle spielt, vgl. oben, 3.a.)aa)(1), sondern für die Beibehaltung der immer noch relevanten Zwecksetzung der Kommunalverfassungsbeschwerde als Instrument zur Durchsetzung subjektiver Abwehrpositionen spricht. Die ursprüngliche Begründung zur Einführung der Kommunalverfassungsbeschwerde gibt für eine enge Auslegung gerade nichts her. Im Gesetzentwurf des VerfGHG (LT-Drs. 2/120) war die Verfassungsbeschwerde zunächst nicht vorgesehen. Erst auf der Grundlage des Berichts des Verfassungsausschusses (LT-Drs. 2/324, S. 12) gelangte sie in das Gesetz, zunächst im Ausschuss als § 49a diskutiert, dann als § 50 VerfGHG dem Landtag zur Abstimmung vorgeschlagen (vgl. auch nachfolgende Fußn.).

82 Sofern man die Beratungen im Verfassungsausschuss (vgl. vorstehende Fußn.) dem Gesetzgeber zuordnen will, drehten sich die Überlegungen vor allem um das Verhältnis zwischen Landes- und Bundesverfassungsgerichtsbarkeit (Kurzprotokoll Nr. 329/51 über die Sitzung am 16.6.1951). Bemerkenswert ist aber der Hinweis darauf, dass die ursprünglich vorgesehene Formulierung „Landesgesetz“ (zur Umschreibung des Beschwerdegegenstandes) durch „Landesrecht“ ausgetauscht wurde (Kurzprotokoll Nr. 329/51, S. 5). Grund für die zunächst vorgesehene Fassung war die Annahme, Verordnungen könnten nicht gegen die Verfassung, sondern unmittelbar nur gegen Gesetze verstoßen, jedenfalls sei in dieser Reihenfolge zu prüfen. Offensichtlich wurde das nicht geteilt, sondern statt dessen eine umfassendere Formulierung gewählt, allerdings wieder mit dem Hinweis auf das Verhältnis (des Landesrechts) zum Bundesrecht.

83 Signifikant etwa zur Ablehnung eines entsprechenden Anspruchs aus den Grundrechten BVerfGE 1, 97, 100 (Hinterbliebenenrenten nach dem BVG): „Aber bei solchen verfassungswidrigen Unterlassungen kann es sich regelmäßig nur um die Unterlassung von Handlungen der verwaltenden oder rechtsprechenden Instanzen handeln, nicht um Unterlassungen des Gesetzgebers. Dafür spricht schon der Wortlaut des § 95 BVerfGG, der sich mit Inhalt und Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts befaßt; dort ist für den Fall, daß der Verfassungsbeschwerde gegen ein erlassenes Gesetz stattgegeben wird, vorge-

Verfassungsrechtsdogmatik, insbesondere im Hinblick auf die ausgefeilte Rechtsprechung zu den Schutzpflichten des Gesetzgebers und zu einzelnen Leistungsrechten aus den Grundrechten,⁸⁴ leicht in Vergessenheit gerät. Erst recht konnte bei Einführung der Kommunalverfassungsbeschwerde nicht abgesehen werden, dass sich Jahrzehnte später der verfassungsändernde Landesgesetzgeber dazu entschließen würde, den Schutz der Kommunen vor finanzieller Ausblutung durch ein Konnexitätsprinzip verfassungsrechtlich abzusichern.

d) Ein Unterlassen des Gesetzgebers kann nur dann ausnahmsweise zulässiger Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein, wenn eine eindeutig der Verfassung zu entnehmende und inhaltlich klar bestimmte Pflicht zur gesetzgeberischen Tätigkeit den Landesgesetzgeber tatsächlich trifft. Denn in diesen Fällen entfällt der bei der Berufung auf eine allgemeine Schutzpflicht denkbare Einwand, dass durch die Rüge des Unterlassens möglicherweise eine stärkere Schutzwirkung erzielt werden könnte, als wenn gesetzgeberisches Handeln über die Abwehrfunktion eines Rechts angegriffen würde.⁸⁵

Es ist angesichts der Weiterentwicklung des materiellen Rechts konsequent, wenn der VerfGHG bereits in seiner KiföG-Entscheidung das Unterlassen einer Konnexitätsregelung für angreifbar gehalten und dabei nicht mehr entscheidend auf den Regelungswillen des Gesetzgebers abgestellt, sondern das völlige Fehlen einer Regelung einer unvollständigen gleichgestellt hat.⁸⁶ Für die Zulässigkeitsprüfung und konkret die Bestimmung des statthaften Beschwerdegegenstands kann es hingegen nicht darauf ankommen, ob das Konnexitätsprinzip nur dann ausgelöst wird, wenn der Gesetzgeber ohne Rücksicht auf eine bundesrechtlich erfolgte Erweiterung der kommunalen Aufgaben Zuständigkeitsregelungen trifft oder auch dann, wenn er die bestehenden Zuständigkeitsregelungen lediglich beibehält. Denn das ist eine Frage, die den Umfang des Gesetzgebungsgebots betrifft, aber nicht die davon zu abstrahierende Tauglichkeit des legislativen Unterlassens als Angriffsgegenstand der Verfassungs-

geschrieben, daß das Gesetz für nichtig zu erklären sei. Die Folgen einer etwa zulässigen Verfassungsbeschwerde aber gegen eine Unterlassung des Gesetzgebers sind nicht besonders geregelt. Vor allem jedoch liegt es in der Natur der Sache, daß der einzelne Staatsbürger grundsätzlich keinen gerichtlich verfolgbaren Anspruch auf ein Handeln des Gesetzgebers haben kann, wenn anders nicht eine vom Grundgesetz schwerlich gewollte Schwächung der gesetzgebenden Gewalt erfolgen soll.“

84 Es ist aufschlussreich, der vorstehend zitierten Entscheidung aus den Anfangszeiten der Rechtsprechung des BVerfG die Entscheidung des BVerfG v. 9.2.2010 zu den Regelsätzen des SGB II (BVerfGE 125, 175) gegenüber zu stellen. Vgl. auch zu dem Anspruch auf Gesundheitsleistungen, der allerdings auf eine besondere Konstellation gestützt wurde, *Becker*, Das Recht auf Gesundheitsleistungen, in: *Manssen/Jachmann/Gröpl* (Hrsg.), Nach geltendem Verfassungsrecht, FS für Steiner, 2009, S. 50 ff.

85 Vgl. BVerfG v. 26.5.1998, 1 BvR 180/88 – Waldschäden (www.juris.de), Rdnr. 21: „Ungeachtet dessen kann aber schon fraglich sein und ist vom Bundesverfassungsgericht noch nicht entschieden, ob der Staatsbürger in solchen Fällen das Bundesverfassungsgericht mit einer gegen gesetzgeberisches Unterlassen gerichteten Verfassungsbeschwerde unmittelbar anrufen kann (vgl. BVerfGE 56, 54 <71 f.>; bejaht in BVerfGE 77, 170 <214> für eine gegen exekutives Unterlassen gerichtete Rüge). Mit Blick auf Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ist zudem offen, welches Ausmaß Eigentumsbeeinträchtigungen angenommen haben müssen, um überhaupt eine - bestimmte - Schutzpflicht auslösen zu können. Insoweit könnte gelten, daß jedenfalls solche Eigentumsbeeinträchtigungen unerheblich sind, die auch im Rahmen einer Inhaltsbestimmung hingenommen werden müßten“.

86 Vgl. dazu oben, 3.a)bb).

beschwerde. Wie weit die Handlungspflicht des Gesetzgebers geht, ist in erster Linie eine Frage der Auslegung des Art. 78 Abs. 3 LV NRW und damit der Begründetheit. Da allerdings die Verfassungsbeschwerde gegen ein gesetzgeberisches Unterlassen eine Ausnahme darstellt, sind erhöhte Anforderungen an das Vorbringen der Beschwerdeführer zu stellen. Es muss zumindest grundsätzlich eine Pflicht des Gesetzgebers gerade gegenüber den Beschwerdeführern geben können.⁸⁷ Das betrifft aber nicht mehr den statthaften Beschwerdegegenstand, sondern – soweit für die Zulässigkeitsprüfung überhaupt relevant – die nachfolgend gesondert zu behandelnde Beschwerdebefugnis.

4. Die Beschwerdeführer sind beschwerdebefugt. Sie sind Träger der Selbstverwaltung nach Art. 78 Abs. 1 LV NRW und in ihrer Eigenschaft als örtliche Träger der Jugendhilfe (§ 1a Abs. 1 AG-KJHG) von der durch die Änderung des § 55 Abs. 2 SGB VIII herbeigeführten zusätzlichen Aufgabenbelastung selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen. Sie berufen sich auf eine Verletzung des Art. 78 Abs. 3 LV NRW, der ihnen als besondere Ausgestaltung des Selbstverwaltungsrechts einen Anspruch auf einen finanziellen Ausgleich einräumen kann.

a) Die Bf. können geltend machen, der zur Erfüllung der Aufgabenänderung erforderliche Aufwand führe zu einer wesentlichen Belastung, die nicht dem Konnexitätsprinzip des Art. 78 Abs. 3 LV NRW entsprechend ausgeglichen worden ist. Auch insofern sind sie selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen.⁸⁸ In diesem Zusammenhang genügt es, dass die Verletzung des Konnexitätsprinzips möglich erscheint.⁸⁹ Ob dessen Voraussetzungen tatsächlich vorliegen, ist eine Frage der Begründetheit (dazu unten, B.II.3.).

b) Allerdings ist die Betroffenheit der Beschwerdeführer in allen Fällen, in denen ein Verstoß gegen das Konnexitätsprinzip durch die ausgleichslose Überbürdung von Aufgaben nach dem SGB gerügt wird, eine zweistufig herbeigeführte. In der Regel beruht die Aufgabenänderung selbst auf Bundesrecht, weil der Bund für die sozialrechtliche Gesetzgebung weitgehend zuständig ist. Spätestens durch ihre Bestimmung zu zuständigen Trägern für den Vollzug dieser Aufgaben im Wege einer landesrechtlichen Regelung wächst den Kommunen die Aufgabenlast an. Wann und unter welchen Umständen eine Zurechnung der bundesrechtlichen Aufgabenerweiterung zu den Ländern erfolgen kann, ist sehr umstritten und bis heute ungeklärt. Die Beschwerdeführer behaupten, dass diese Zurechnung nicht nur durch ein aktives Handeln des Landesgesetzgebers, sondern auch durch dessen Unterlassen dann ausgelöst werden kann, wenn dieser trotz bundesrechtlicher Aufgabenerweiterung an der landesrechtlich geregelten

⁸⁷ So VerfGH 12/09 v. 12.10.2010 – KiföG (www.vgh.nrw.de), S. 18.

⁸⁸ Zur unmittelbaren Betroffenheit nur VerfGH 10/01 v. 10.12.2002.

⁸⁹ VerfGH 28/08 v. 23.3.2010 (www.vgh.nrw.de), S. 21.

Zuständigkeit der Kommunen als zuständige Verwaltungsträger festhält. Das bedarf der näheren Begründung.

aa) Hintergrund ist die in der föderalen Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland angelegte zweigeteilte Finanzverfassung.

(1) Die Gewährleistung einer ausreichenden finanziellen Ausstattung der Kommunen⁹⁰ ist eine verfassungsrechtliche Verpflichtung der Länder. Zwar erkennt nun auch das Grundgesetz die Bedeutung der Finanzausstattung an. Seit 1994 wird in Art. 28 Abs. 2 S. 3, 1. HS GG der Zusammenhang zwischen der Selbstverwaltungsgarantie und den „Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung“ hervorgehoben. Damit wird den Kommunen eine auch im Rahmen der Finanzverfassung zu beachtende Stellung eingeräumt.⁹¹ Jedoch folgt daraus keine Finanzierungsverantwortung des Bundes. Sie würde zu der föderalen Trennung der Verfassungsräume von Bund und Ländern nicht passen.⁹²

Eine aufgabenbezogene Übernahme von Ausgaben kann durch den Bund nur ausnahmsweise und nur im Umweg über die Länder⁹³ erfolgen. Denn ausnahmsweise und in Abweichung von der in Art. 104a Abs. 1 GG vorgesehenen Konnexität zwischen Aufgaben- und Ausgabenverantwortung darf auch der Bund Kosten tragen, die mit der Verwaltungstätigkeit von Landesbehörden verbunden sind. Das gilt, bezogen auf das Sozialrecht, für Zuschüsse zu den Sozialversicherungen nach Art. 120 Abs. 1 S. 4 GG und vor allem für Geldleistungen im Sinne von Art. 104a Abs. 3 GG. Die Kostentragung bezieht sich, anders als beim Finanzausgleich i.e.S., auf die Deckung des mit der Erfüllung bestimmter Aufgaben verbundenen Aufwands, der Zweckausgaben.⁹⁴ Davon werden aber nicht die Verwaltungsausgaben berührt, für die mit Art. 104a Abs. 5 GG eine besondere Lastenverteilungsregel gilt. Ausnahmen bedürfen einer ausdrücklichen Zulassung,⁹⁵ was neuerdings zugunsten der sog. Optionskommunen bei der Verwaltung des SGB II nach Art. 91e Abs. 2 S. 2 GG vorgesehen ist. Seit der Föderalismusreform I kann der Bund neben den Gemeinschaftsaufgaben in Art. 91a ff. GG auch Investitionen in den Ländern über Art. 104b GG fördern.⁹⁶ Entsprechende Finanzhilfen sind u.a. im Zukunftsinvestitionsgesetz⁹⁷ vorgesehen und beziehen sich auch auf die Förderung von

90 Dazu BVerwGE 106, 280, 287. Vgl. auch Überblick bei *Laier*, Der kommunale Finanzausgleich, 2008, S. 65 f.

91 Vgl. BVerfGE 101, 158, 230 (Finanzausgleich): „Diese gestärkte finanzwirtschaftliche Unabhängigkeit und Verselbständigung der Kommunen modifiziert die bisherige Zweistufigkeit der Finanzverfassung.“

92 Zur weiter bestehende Zweistufigkeit der Finanzverfassung *Waldhoff*, Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: HStR Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 116 Rdnr. 18.

93 Dazu *Korioth*, Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, 1997, S. 41 ff.

94 Dazu v. *Arnim*, Finanzzuständigkeit, in: HStR Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 138 Rdnr. 20.

95 Wobei die Spezialität des Art. 104a Abs. 5 GG gegenüber anderen Artikeln des GG, insbesondere Art. 91a ff, 104b und 120 GG, fraglich ist, vgl. dazu nur *Hellermann*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG (o. Fußn. 65), Art. 104a, Rdnr. 141 m.w.N.

96 Ergänzt durch die Föderalismusreform II, vgl. zu den frühen Anwendungsproblemen *Meyer/Freese*, Konjunkturpaket II: Art. 104b GG als Ärgernis und Garant des Föderalismus, NVwZ 2009, S. 609 ff. Krit. zur Praxis der Finanzhilfen auf der Grundlage der früheren Bestimmung in Art. 104a Abs. 4 GG a.F. *Siekmann*, Finanzzuweisungen des Bundes an die Länder auf unklarer Kompetenzgrundlage, DÖV 2002, S. 629, 636 ff.

97 ZuInvG v. 2.3.2009 (BGBl. I, 416, 428).

Krankenhäusern und von Einrichtungen der frühkindlichen Infrastruktur.⁹⁸ Selbst wenn diese Hilfen vor allem den Kommunen zugute kommen sollen,⁹⁹ bleibt es doch insofern bei dem Grundsatz, dass Finanzmittel nicht direkt vom Bund an Gemeinden und Landkreise geleitet werden dürfen.¹⁰⁰

Die zuletzt genannten Finanzhilfen sind zudem zwar nicht zur Deckung des allgemeinen Haushalts, wegen ihres Bezugs auf „besonders bedeutsame Investitionen“ aber auch nicht als Gegenleistung für einen Aufgabenzuwachs gedacht. Dafür kommt nur die Kostentragung nach Art. 104a Abs. 3 GG in Betracht. Tatsächlich hat sich der Bund darüber vor allem an neuen Sozialleistungen wie dem Erziehungs- und dann dem Elterngeld¹⁰¹, der Grundsicherung für Arbeitsuchende¹⁰² und der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung¹⁰³ beteiligt. Er ist dazu aber keineswegs verfassungsrechtlich verpflichtet. Dementsprechend übernimmt er auch nicht alle von ihm veranlassten Kosten. Wann er das in Praxis tut, folgt keiner klar erkennbaren Linie, Begründungen für eine Übernahme sind nicht immer nachvollziehbar.¹⁰⁴ Das ist zum Teil der jeweiligen Kassenlage geschuldet. Zum Teil drängt sich aber auch der Eindruck auf, es werde nach politischem Kalkül gehandelt – jedenfalls wenn besondere Begünstigungen einzelner Länder¹⁰⁵ und die kürzlich erfolgten Verhandlungen im Zusammenhang mit dem Fiskalpakt¹⁰⁶ in den Blick genommen werden.

(2) Zwar war anlässlich der Föderalismusreform auch über die Schaffung einer „unmittelbaren Konnexitätshaftung“¹⁰⁷ zwischen Bund und Kommunen diskutiert worden.¹⁰⁸ Dieser Vorschlag wurde jedoch verworfen, weil seine Realisierung die aus der föderalen Trennung

98 § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. a und Nr. 2 lit. a ZuInvG; zu der Überwachung durch den Bund § 6a ZuInvG und zu deren Grenzen BVerfGE 127, 165.

99 § 1 Abs. 3 ZuInvG.

100 Vgl. nur *Kube*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), GG, 2009, Art. 104b, Rdnr. 3. Eine Ausnahme regelt Art. 106 Abs. 8 GG, die aber eine besondere Ausgabenveranlassung voraussetzt.

101 Früher § 11 BErzGG, jetzt § 12 Abs. 2 BEEG.

102 § 46 SGB II.

103 § 46a SGB XII.

104 So soll bei der Beteiligung an der Grundsicherung für Ältere die Unterhaltsverschöpfung der Angehörigen eine tragende Rolle spielen, jedoch steht die stark gewachsene und künftig wohl vollständige Kostenübernahme durch den Bund eher im Zusammenhang mit allgemeinen Kostenbelastungen durch gestiegene Sozialhilfeausgaben, vgl. nur die Stellungnahme der Bundesregierung unter: <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2011/10/2011-10-28-bund-entlastet-kommunen-bei-grundsicherung-im-alter.html>.

105 Vgl. § 46 Abs. 5 S. 2 und 3 SGB II.

106 In deren Zuge den Ländern eine Bundesbeteiligung an der Eingliederungshilfe für behinderte Menschen versprochen worden ist, vgl. SZ v. 25.6.2012 (<http://www.sueddeutsche.de/politik/zustimmung-der-kommunen-zum-fiskalpakt-verstoerendes-politik-geschacher-1.1392351>); demgegenüber hieß es in einer Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage (BT-Drs. 16/808, S. 5) im Jahr 2006 noch: „Die Bundesregierung wird sich insbesondere Forderungen nach einer Umfinanzierung der Kosten der Eingliederungshilfe für behinderte Menschen zulasten des Bundes nicht zu eigen machen.“

107 *Schoch*, Verfassungswidrigkeit des bundesgesetzlichen Durchgriffs auf die Kommunen, DVBl. 2007, S. 261, 262.

108 Vorschlag zurückgehend auf *Kirchhof*, Empfehlen sich Maßnahmen, um in der Finanzverfassung Aufgaben- und Ausgabenverantwortung von Bund, Ländern und Gemeinden stärker zusammenzuführen?, Gutachten D zum 61. DJT, 1996, S. D 66 ff., der von einem „Prinzip der Gesetzeskausalität“ spricht und § 24 SGB VIII als Anwendungsbeispiel erwähnt (D 69).

der Hoheitsräume folgende finanzverfassungsrechtliche Zweistufigkeit durchbrochen hätte.¹⁰⁹ Er wäre wohl auch mit dem bei der Föderalismusreform verfolgten Ansatz, für eine stärkere Trennung rechtlicher Verantwortung im deutschen Bundesstaat zu sorgen, nur schwer vereinbar gewesen.¹¹⁰

Um die Zweiteilung aufrecht zu erhalten, aber dennoch dem Bund künftig zu verbieten, dass er durch eine Überbürdung von Aufgaben an Kommunen deren finanzielle Leistungsfähigkeit verletzt, hat der verfassungsändernde Gesetzgeber statt dessen im Zuge der Föderalismusreform I versucht, die aus der im Finanzverfassungsrecht nachvollzogenen Trennung der Verfassungsräume von Bund und Ländern folgende Schutzlücke durch eine negative Kompetenzvorschrift zu schließen. Nun heißt es in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG und in Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG: „Durch Bundesgesetz dürfen Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben nicht übertragen werden.“ Hintergrund war der Umstand, dass dem Bund in der Vergangenheit die Kompetenz eingeräumt worden war, die Zuständigkeit der Gemeinden festzulegen und durch „punktuelle Annexregelungen“ – allerdings nur, soweit diese „für den wirksamen Vollzug der materiellen Bestimmungen des Gesetzes“ notwendig waren – sogar den Wirkungskreis der entsprechenden Aufgabe zu bestimmen.¹¹¹ Das ist für die Kommunen in der Praxis nicht zuletzt dann von spürbarem Nachteil, wenn eine Bundesregelung zu neuen finanziellen Belastungen führt.

Die Formulierung des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG erscheint auf den ersten Blick knapp und klar. Sie wirft aber schwierige Auslegungsfragen auf, von deren Beantwortung bis zu einem bestimmten Grad die Tauglichkeit der Vorschriften als Schutz vor einer kommunalen Aufgabenüberlastung abhängt.¹¹² Dabei geht es im Wesentlichen darum, was unter einem „Übertragen von Aufgaben“ zu verstehen ist, oder etwas genauer, ob, und wenn ja welche, Aufgabenerweiterungen erfasst werden. Denn in der heutigen Zeit erfindet der Sozialstaat kaum mehr ganze Aufgaben neu. Er ist vor allem mit der Änderung bestehender Aufgaben beschäftigt: mit der Verfeinerung und Weiterentwicklung von Standards, mit der Anpassung von Leistungen an sich wandelnde gesellschaftliche Verhältnisse und die Entwicklungen des Arbeitsmarkts, mit dem Einbau neuer Steuerungsinstrumente. Nur selten war in den letzten Jahren eine Umgestaltung so grundlegend, dass – wie vor allem bei der Einführung des SGB II –

109 *Korioth*, Entlastung der Kommunen durch unmittelbare Finanzbeziehungen zum Bund?, NVwZ 2005, S. 503, 506 ff.

110 Vgl. aber zu der grundsätzlicheren Reformdiskussion im Hinblick auf eine Schaffung der Gesetzes- statt der Vollzugskausalität *Korioth*, Reform der bundesstaatlichen Finanzbeziehungen?, in: Festschrift für Rupert Scholz, 2007, S. 677 (691 f.).

111 BVerfGE 22, 180, 209 f. (Jugendhilfe); ebenso BVerfGE 77, 288, 299 (Bauleitplanung).

112 Vgl. dazu nur *Knitter*, Das Aufgabenübertragungsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, 2008; *Pieroth*, Das Verbot bundesgesetzlicher Aufgabenübertragung an Gemeinden, in: Festschrift für Friedrich Schnapp, 2008, S. 213, 222; *ders./Meßmann*, Interpretationsprobleme des Art. 84 Abs. 1 GG nach der Föderalismusreform, in: Fachverbände der Behindertenhilfe (Hrsg.), Föderalismusreform und Behindertenhilfe, 2008; *Becker*, Der Schutz der Kommunen vor Aufgabenänderungen – Aufgabenübertragungsverbot und Konnexitätsgebot am Beispiel des Bildungs- und Teilhabepakets und des Vormundschaftsänderungsgesetzes, 2012, S. 41 ff.

von neuen Aufgaben gesprochen werden konnte, wenn auch diese vor allem aus dem Umbau der Sozialhilfe und der Streichung der Arbeitslosenhilfe folgten.

(3) Ungeachtet der angesprochenen Auslegungsprobleme hat der Bund die Möglichkeit, die Beschränkungen seiner Gesetzgebungskompetenz durch Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG ganz grundsätzlich zu umgehen. Davon hat er im SGB VIII Gebrauch gemacht: Denn er hat durch die mit dem Kinderförderungsgesetz¹¹³ eingeführte Änderung des § 69 SGB VIII die unmittelbare bundesrechtliche Aufgabenzuweisung an die Kommunen aufgegeben. Diese Änderung diente der Entkoppelung des materiellen Rechts von der Zuständigkeitsregelung und insofern ganz gezielt der Vermeidung grundgesetzwidriger, weil durch Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG andernfalls verbotener Aufgabenerweiterungen zu Lasten der Kommunen.¹¹⁴ Damit ist der Bund frei, im SGB VIII wesentliche Aufgabenänderungen vorzusehen, jedenfalls soweit dem die Länder, falls erforderlich, zustimmen. Deshalb verstößt das VormBtRÄndG, obwohl es vom Ausmaß der mit ihm verbundenen Aufgabenerweiterung her gesehen als Aufgabenübertragung einzustufen ist (dazu unten, B.II.2.), nicht gegen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG. Wenn dennoch die Kommunen im Ergebnis durch das Änderungsgesetz einer Mehrbelastung ausgesetzt sind, ist diese dem Bund nicht mehr rechtlich zuzurechnen.

bb) In der skizzierten föderalen Verfassungsordnung haben sich also weiterhin die Länder um die kommunalen Haushalte zu kümmern. Das folgt aus Vorschriften der Landesverfassungen und entspricht der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte.¹¹⁵ Diese Verpflichtung kann auch erfordern, im Rahmen des Finanzausgleichs auf Länderebene eine Zunahme kommunaler Aufgaben zu berücksichtigen.¹¹⁶ Das gilt möglicherweise selbst dann, wenn Aufgabenerweiterungen auf Bundesrecht zurückzuführen sind.¹¹⁷ Allerdings folgt aus diesen, aus der Selbstverwaltungsgarantie ableitbaren Grundsätzen immer nur ein Anspruch auf eine finanzielle Mindestausstattung.¹¹⁸ Hingegen muss nicht jede Aufgabenerweiterung mit einer Überweisung neuer finanzieller Mitteln verbunden werden.¹¹⁹ Soll die Finanzierungsverantwortung für Aufgabenerweiterungen aber nicht einer politischen Beliebigkeit ausgesetzt bleiben, bedarf es einer klaren Regel, die eine Verbindung herstellt. Dafür kommen nur die landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsvorschriften in Betracht,¹²⁰ in Nordrhein-

113 KiföG v. 10.12.2008 (BGBl. I, S. 2403).

114 BT-Drs. 16/10173, S. 16.

115 Vgl. etwa StGHBW, ESVGH 49, 242; BayVerfGH, E 60, 184; LVerfG M-V, E 17, 297, 318; Nds. StGH, E 3, 136, 164; VerfGH NRW, NWVBl. 2008, 223 ff.; VerfGH Rhld.-Pf., AS RP-SL 29, 75, 82; VerfGH Saarl., AS RP-SL 34, 1 ff.; Thür. VerfGH, ThürVGRspr 2005, 233.

116 Vgl. VerfGH 3/91 v. 22.9.1992, OVGE 43, 216.

117 Dazu jetzt im Zusammenhang mit bundesrechtlich veranlassten Sozialausgaben VerfGH Rhld.-Pf. v. 14.2.2012, VGH N 3/11.

118 Zu Bayern BayVerfGH, VerfGH 60, 184.

119 Vgl. zum bayerischen Verfassungsrecht nur *Wolff*, in: *Lindner/Möstl/ders.*, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 83, Rdnr. 100.

120 Erste Regelung in Art. 71 Abs. 3 LV BW v. 11.11.1953; letzte Regelung Art. 57 Abs. 4 Nds. Verf., eingeführt durch Gesetz zur Änderung der Nds. Verf. und des Gesetzes über den Staatsgerichtshof v. 27.1.2006 (Nds. GVBl., S. 58), rückwirkend in Kraft getreten zum 1.1.2006. Eine chronologische Darstellung der

Westfalen Art. 78 Abs. 3 LV. Die Bedeutung dieser Bestimmung verlangt eine Auslegung, die den Zusammenhängen mit der föderalen Verfassungsordnung und vor allem der durch die Reformen der Landesverfassungen und des Grundgesetzes eingeleiteten Neuordnung der kommunalen Finanzgarantien Rechnung trägt. Dieser systematisch Zusammenhang ist zu berücksichtigen, auch wenn die mittlerweile in allen deutschen Ländern vorgesehenen Konnexitätsvorschriften¹²¹ erst unmittelbar die Verpflichtung des Landesgesetzgebers zum finanziellen Ausgleich begründen und es für die Reichweite dieser Verpflichtung deshalb auf die Auslegung der jeweiligen landesverfassungsrechtlichen Vorschrift ankommt.

(1) Art. 78 Abs. 3 S. 1 LV NRW bestimmt, dass das Land „die Gemeinden und Gemeindeverbände durch Gesetz oder Rechtsverordnung zur Übernahme und Durchführung bestimmter öffentlicher Aufgaben verpflichten“ kann, „wenn dabei gleichzeitig Bestimmungen über die Deckung der Kosten getroffen werden.“ Diese Verpflichtung wurde mit Wirkung ab dem 1.7.2004¹²² um ein striktes Konnexitätsprinzip ergänzt. Art. 78 Abs. 1 S. 2 LV NRW lautet: „Führt die Übertragung neuer oder die Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben zu einer wesentlichen Belastung der davon betroffenen Gemeinden oder Gemeindeverbände, ist dafür durch Gesetz oder Rechtsverordnung aufgrund einer Kostenfolgeabschätzung ein entsprechender finanzieller Ausgleich für die entstehenden notwendigen, durchschnittlichen Aufwendungen zu schaffen.“ Nähere Bestimmungen für den Ausgleich enthalten Die S. 3 und 4¹²³ und das auf der Grundlage des S. 5¹²⁴ mit der Reform erlassene Gesetz zur Regelung eines Kostenfolgeabschätzungs- und Beteiligungsverfahrens gem. Art. 78 LV NRW (KonnexAG)¹²⁵. Die Änderungen sollten zugleich das Kostenbewusstsein schärfen und die Transparenz „zwischen verschiedenen Ebenen staatlichen Handelns“ erhöhen, und zwar vor dem Hintergrund der als „prekär“ bezeichneten „Finanzsituation der Kommunen“, wobei ausdrücklich auch auf die „dramatisch gestiegenen Sozialhilfebelastungen“ hingewiesen wurde.¹²⁶

Der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte mit der Neuregelung sicherstellen, dass eine gesetzliche Aufgabenübertragung mit einem darauf bezogenen finanziellen Ausgleich zu verbinden ist, also nicht auf den allgemeinen Finanzausgleich verwiesen werden kann.¹²⁷ Zugleich bezweckte er eine Präzisierung der Einbeziehung von Aufgabenveränderungen. Sofern

Einführung von Konnexitätsregelungen in den Landesverfassungen findet sich bei *Henneke*, Die Kommunen in der Finanzverfassung des Bundes und der Länder, 4. Aufl. 2008, S. 139 ff.

121 Überblick über Regelungen und ihre Unterschiede im Detail bei *Ammermann*, Das Konnexitätsprinzip im kommunalen Finanzverfassungsrecht, 2007; *Engelken*, Das Konnexitätsprinzip im Landesverfassungsrecht, 2009.

122 Art. I des Gesetzes v. 22.6.2004 (GVBl. S. 360).

123 „Der Aufwendersatz soll pauschaliert geleistet werden. Wird nachträglich eine wesentliche Abweichung von der Kostenfolgeabschätzung festgestellt, wird der finanzielle Ausgleich für die Zukunft angepasst.“

124 „Das Nähere zu den Sätzen 2 bis 4 regelt ein Gesetz; darin sind die Grundsätze der Kostenfolgeabschätzung festzulegen und Bestimmungen über eine Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände zu treffen.“

125 Art. II des Gesetzes v. 22.6.2004 (GVBl. S. 360).

126 GEntwurf v. 6.10.2003, LT-Drs. 13/4424, S. 1.

127 LT-Drs. 13/4424, S. 11. Vgl. zum genetischen Hintergrund auch *Buschmann/Freimuth*, Das neue Konnexitätsgebot der Landesverfassung von Nordrhein-Westfalen, KommJur 2004, S. 412 ff.

es sich um übertragbare Aufgaben handelt, sollen deren Veränderungen – unabhängig von der Aufgabenart¹²⁸ – in die Konnexitätspflicht einbezogen werden, aber nur, wenn mit ihnen eine „wesentliche Belastung“ der Kommunen verbunden ist,¹²⁹ worauf im Zusammenhang mit der Begründetheit zurück zu kommen ist (unten, B.II.3.).

(2) Art. 78 Abs. 3 S. 2 LV NRW ist im Hinblick auf die Frage, wie es zu einer neuen Belastung der Kommunen kommt, offen formuliert: „Führt die Übertragung neuer oder die Veränderung“ bestehender Aufgaben zu einer solchen Belastung, heißt es in der Vorschrift. In der schon angesprochenen grundlegenden Entscheidung zur Umsetzung des Kinderförderungsgesetzes hatte der VerfGH Gelegenheit, in diesem Zusammenhang einige Punkte zu klären.¹³⁰ Hintergrund war der Umstand, dass in vielen Fällen wie bei den hier interessierenden Reformgesetzen eine Aufgabe in der Sache durch den Bund geregelt wird und das Land dazu nur eine Aufgabenübertragungsnorm erlässt. Das schließt die Auslösung einer Konnexitätspflicht nicht aus, obwohl § 2 Abs. 1 S. 2 KonnexAG fordert, dass das Land einen Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung besitzt.¹³¹ Es genügt aber, wenn dieser Spielraum hinsichtlich der Verwaltungsorganisation besteht. Der VerfGH spricht in diesem Zusammenhang von einer originären Entscheidung des Landesgesetzgebers, auf der die Aufgabenzuweisung an die Kommunen beruht.¹³² Das ist schon deswegen richtig, weil sonst die Ersetzungsbefugnis der Länder nach Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG keine Bedeutung hätte. Zudem ist der VerfGH davon ausgegangen, es müsse zwar die durch das Land begründete Zuständigkeit neu sein, nicht aber die in Bezug genommene Aufgabe. Insofern soll es reichen, dass sich das Land mit einer neuen Zuständigkeitsregelung an die Stelle des Bundes setzt.¹³³

Hinter dieser Rechtsprechung stand im konkreten Fall möglicherweise die Annahme, der Gesetz- oder Verordnungsgeber müsse selbst die Konnexitätsverpflichtung auslösen. Der VerfGH spricht von einer „konnexitätsrelevanten Verpflichtungswirkung“ und betont, der Gesetzgeber habe im Falle des Erlasses seiner Ausführungsvorschrift eine „originäre, eigene

128 Vgl. *Tettinger*, in: *Löwer/Tettinger*, Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 78, Rdnr. 113.

129 LT-Drs. 13/4424, S. 12.

130 Dazu auch *Engelken*, Wenn der Bund seine alten Aufgabenzuweisungen an Kommunen aufhebt, DÖV 2011, S. 745, 746 ff.

131 „Wenn aufgrund europa- oder bundesrechtlicher Regelungen eine Aufgabe unmittelbar den Gemeinden oder Gemeindeverbänden übertragen wird, findet das Konnexitätsprinzip nur insoweit Anwendung, als dem Land zur Umsetzung ein eigener Gestaltungsspielraum bleibt und dieser genutzt wird.“ Zu dieser Voraussetzung als allgemeinem Prinzip *Ammermann*, Das Konnexitätsprinzip (Fußn. 121), S. 171; *Ziekow*, Die Anwendung landesverfassungsrechtlicher Konnexitätsprinzipien bei bundes- oder gemeinschaftsrechtlichen Beeinflussungen des Bestandes kommunaler Aufgaben, DÖV 2006, S. 489, 493.

132 VerfGH 12/09 v. 12.10.2010 (www.juris.de), Rdnr. 66-68, allerdings zugleich den Zusammenhang mit einer sachlichen Änderung des Bundesgesetzes betonend; tatsächlich kann es nur darauf ankommen, ob die Zuständigkeit hätte anders geregelt werden können, was aber immer der Fall sein wird, wenn auch äußerst theoretisch; krit. hingegen *Engelken*, DÖV 2011 (Fußn. 130), S. 745, 748.

133 VerfGH, a.a.O., Rdnr. 69: „Zwar sind die Kreise und kreisfreien Städte bereits vor Inkrafttreten der Aufgabenübertragungsnorm des § 1a Abs. 1 AG-KJHG für die Aufgaben aus dem Bereich der Kinder- und Jugendhilfe, namentlich für die Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Tagespflege, zuständig gewesen. Jedoch fällt auch diese neuerliche, die bisherige bundesgesetzliche Aufgabenzuweisung ablösende Aufgabenübertragung in den Anwendungsbereich des Konnexitätsprinzips.“

Entscheidung“ über die Verpflichtung der Kommunen getroffen,¹³⁴ ohne dass er dabei zwischen der Übertragung neuer und der Veränderung bestehender Aufgaben differenziert hätte. Das steht grundsätzlich im Einklang mit der allgemeinen Forderung, die Entstehung von rechtlichen Pflichten an einen Zurechnungsakt zu binden: entweder an einen Akt eines Dritten, wobei der allein in Frage kommende Bund insofern aber keine Kompetenz besitzt, oder an eigenes, rechtlich relevantes Handeln. Davon war offensichtlich auch der verfassungsändernde Gesetzgeber ausgegangen. In § 1 Abs. 1 S. 1 KonnexAG heißt es dementsprechend in Abweichung von der oben zitierten Verfassungsbestimmung: „Führt die Übertragung neuer oder die Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben durch Gesetz oder Rechtsverordnung zu einer wesentlichen Belastung ...“. Damit wird der Grundsatz der Gesetzeskonnexität¹³⁵ aufgenommen. Allerdings muss das Land dann inhaltlich die Mehrbelastung nicht selbst regeln. Es genügt vielmehr, dass es durch die eigene Aufgabenübertragung die Überantwortung der auf eine Bundesregelung zurückgehenden Mehrbelastung für die Kommunen in seinen Willen mit aufnimmt. Diese Grundsätze spricht der VerfGH im Zusammenhang mit einer neuen Aufgabenübertragung an.¹³⁶ Der allgemein dahinter stehende Gedanke ist offensichtlich die Übernahme einer eigenen Verantwortung für eine Mehrbelastung der Kommunen seitens des Landes als Voraussetzung einer Ausgleichspflicht, wie sie auch der Gesetzgeber vor Augen hatte¹³⁷ und wie sie im Schrifttum zum Teil als Verursacherprinzip bezeichnet wird.¹³⁸

(3) Damit ist das grundsätzliche Erfordernis einer rechtlichen Zurechnung der Erweiterung kommunaler Aufgaben zum Land für die Auslösung des Konnexitätsanfordernisses geklärt, ebenso wie der Umstand, dass sich das Land durch eine formelle Vorschrift materielle, durch Bundesrecht hervorgerufene Aufgabenerweiterungen zu eigen machen kann. Es bleiben zwei Problemfälle, von denen hier zwar nur der zweitgenannte einschlägig ist, die aber bei den genannten werden sollen. Zum einen, was gelten soll, wenn ein Land eine deklaratorische Aufgabenzuweisung an die Kommunen geschaffen hat, deren Zweck lediglich die Klarstellung einer durch den Bund übertragenen Aufgabe war, aber der Bund seine Zuständigkeitszuweisung später aufhebt (unten (a)). Zum anderen, was gilt, wenn das Land selbst eine kommunale Zu-

134 VerfGH NRW, a.a.O., Rdnr. 65 f.

135 Dazu und der darauf bezogenen finanzverfassungsrechtlichen Diskussion *Korioth*, in: FS für Scholz (Fußn. 110), S. 677, 691 f.

136 VerfGH, a.a.O., Rdnr. 69 ff., 71: „Bei Ablösung einer bundesgesetzlichen Aufgabenübertragungsnorm durch eine landesrechtliche Zuständigkeitsregelung ist in den Blick zu nehmen, dass das Konnexitätsprinzip bei der vorhergehenden unmittelbaren Inpflichtnahme der Kommunen durch Bundesgesetz keine Anwendung gefunden hat. Es entspricht daher dem Schutzgedanken des Art. 78 Abs. 3 LV NRW, die Regelung eingreifen zu lassen, wenn nunmehr der Landesgesetzgeber die Aufgabenübertragung originär verantwortet.“

137 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Hauptausschusses, LT-Drs. 13/5515, S. 23, wonach § 2 Abs. 1 S. 1 KonnexAG verdeutlichen soll, „daß das Land einen Ausgleich nur leistet, wenn die Aufgabenübertragung dem Land ursächlich zugerechnet werden kann.“

138 So *Ziekow*, DÖV 2006 (Fußn. 131), S. 489, 491. Im Zusammenhang mit dem bayerischen Verfassungsrecht, aber ebenfalls mit grundsätzlichen Überlegungen *Huber/Wollenschläger*, Durchgriffsverbot und landesverfassungsrechtliches Konnexitätsgebot – Das Beispiel des KiföG –, VerwArch 100 (2009), S. 305, 320 ff.

ständigkeit begründet hat, aber der Bund wie im Fall des VormBtRÄndG später die Aufgaben erweitert (unten (b)). Die erste Frage bezieht sich auf einen die Zurechnung begründenden gesetzlichen Akt, d.h. ein die Aufgabenübertragung begründendes Gesetz oder eine Verordnung; die zweite auf die Zurechnung der Aufgabenvermehrung durch Unterlassen. Beides hängt, je nach zeitlichem Ablauf mehr oder weniger stark, miteinander zusammen, berührt aber unterschiedliche Punkte.¹³⁹

(a) Beruht die Zuständigkeit der Kommunen für eine Aufgabenerledigung auf Bundesrecht und stellt das Land dies in einem Ausführungsgesetz wiederholend klar, so ist die Aufgabenbelastung der Kommunen nicht auf das Handeln des Landes, sondern des Bundes zurückzuführen. Ein Zurechnungsakt, der die Konnexitätsverpflichtung auslösen könnte, fehlt.¹⁴⁰ Problematisch wird die Situation erst, wenn der Bund die eigene Inpflichtnahme der Kommunen aufhebt (dazu oben, IV.1.d)). Tritt nun das Land durch eine neue Regelung an seine Stelle, so begründet es seinerseits unzweifelhaft die Zuständigkeit der Kommunen und löst die Konnexität aus, wie der VerFGH NRW in der oben wiedergegebenen Entscheidung zu recht betont hat. Was aber gilt, wenn das Land untätig bleibt? Hier wird der Ansicht, nach der bestehende und ursprünglich deklaratorische Landesvorschriften automatisch in konstitutive umschlagen,¹⁴¹ das Argument entgegengehalten, auch dafür bedürfe es einer aktiven Willensbildung auf Landesebene, ein Unterlassen genüge insofern nicht.¹⁴² Jedoch ist das nicht überzeugend. Gibt der Bund dem Land die Regelung der Zuständigkeit frei, darf sich das Land, je nach landesverfassungsrechtlichen Vorgaben, für die Errichtung neuer Behörden oder eine landesunmittelbare Ausführung entscheiden. Tut es dies aber nicht und belässt die Aufgabendurchführung bei den Kommunen, gibt es damit in ausreichendem Maße zu erkennen, dass es seiner zuvor deklaratorischen Vorschrift kompetenzbegründende Wirkung beimisst. Wäre es anders, würden die Kommunen ohne Zuständigkeit handeln. Und hätte ein Land einen entgegenstehenden Willen, wäre dieser schon deshalb unbeachtlich, weil es sich damit in Widerspruch zu der tatsächlich praktizierten Verwaltungszuständigkeit setzen würde, für dessen Verteilung es aber zugleich allein die rechtliche Verantwortung trägt. Auf die Frage, wie das Land einen positiven Willen äußern kann oder muss,¹⁴³ kommt es deshalb also gar nicht an.¹⁴⁴ Das formale Erfordernis einer landesrechtlichen Gesetzesvorschrift ist nämlich jedenfalls erfüllt.

139 Jedenfalls dann, wenn wie hier aus Gründen der analytischen Klarheit zwischen einer erstmaligen konstitutiven Aufgabenzuweisung und Aufgabenerweiterungen unterschieden wird, wobei sich dann natürlich „konstitutiv“ auf die Zuständigkeitsbegründung, nicht hingegen auf die Konnexitätsrelevanz bezieht.

140 So *Engelken*, DÖV 2011 (Fußn. 130), S. 745, 748; zu der Lage in Bayern ebenso *Engelbrecht*, Große Erwartungen – das „Kinderkrippen“-Urteil des VerFGH NRW vom 12.10.2010 und seine Auswirkungen für die bayerischen Kommunen, BayVBl. 2011, S. 718, 720.

141 Dazu *Henneke*, Landesrechtliche Aufgabenzuweisung in Kinder- und Jugendhilfeangelegenheiten begründet Konnexitätsrelevanz in elf Ländern, JAmt 2011, S. 1, 8; v. *Kraack*, Die Gretchenfrage „Konnexität“; NWVBl. 2011, S. 41, 46 f.; *ders.*, Nochmals: Zum Urteil des VerFGH NRW über die Konnexitätsfolgen des Kinderförderungsgesetzes; NWVBl. 2011, S. 418, 420; im Ergebnis ebenso *Engelbrecht*, BayVBl. 2011 (Fußn. 140), S. 718, 720.

142 So *Macht/Scharrer*, Landesverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzipien und Föderalismusreform, DVBl. 2008, S. 1150, 1153 ff.

143 Dazu *Engelken*, DÖV 2011 (Fußn. 130), S. 745, 748, der diese Frage offen lässt.

(b) Allerdings ist damit das hier interessierende Problem, nämlich die Zurechnung späterer Aufgabenerweiterungen durch den Bund zum Land bei einer unterlassenen Zuständigkeitsregelung, noch nicht entschieden.. Grundsätzlich gilt nämlich für die Auslösung des Konnexitätsprinzips, dass sich die Zurechnung zum Land gerade auch auf die Aufgabenerweiterung selbst beziehen muss.¹⁴⁵ Der VerfGH hat sich zu diesem Punkt bis jetzt noch nicht eindeutig geäußert. Er hat zwar von einem „unmittelbaren zeitlichen und rechtlichen Zusammenhang“ zwischen Landes- und Bundesrecht gesprochen. Das hat sich aber eindeutig auf die Begründung der konstitutiven Wirkung der Aufgabenübertragung, also das Verhältnis zwischen § 69 SGB VIII und der landesrechtlichen Ausführungsbestimmung, bezogen;¹⁴⁶ damit wird betont, dass es insoweit auf eine bestimmte zeitliche Abfolge der bundesrechtlichen Aufgabenerweiterung und der landesrechtlichen Aufgabenübertragung nicht ankommt.¹⁴⁷ Für den Zusammenhang zwischen landesrechtlicher Aufgabenübertragung und materieller Aufgabenerweiterung hat sich der VerfGH hingegen noch nicht näher beschäftigen müssen. Er hat allerdings angemerkt, Aufgabenübertragung und Aufgabenerweiterung hätten „zugleich“ vorgelegen,¹⁴⁸ und auch ausdrücklich festgehalten, es sei „die Neuregelung einer Aufgabenübertragungsnorm konnexitätsrelevant, wenn sich die übertragenen Aufgaben auf Grund der neuen gesetzlichen Grundlage inhaltlich ändern“, was wiederum durch einen Vergleich der Rechtslage vor und nach der Neuregelung geklärt werden müsse.¹⁴⁹

Zum Teil wird diese Rechtsprechung als Bestätigung dafür genommen, auch für die Zurechnung der Aufgabenmehrung zum Land bedürfe es eines positiven Handelns des Gesetz- oder Ordnungsgebers,¹⁵⁰ was sich aber nicht auf die oben klargestellten formalen Voraussetzungen der rechtlichen Vorgaben, sondern nur auf die Reichweite des Verursacherprinzips stützen lässt. Zuzustimmen ist dieser Ansicht jedenfalls insoweit, als eine Zurechnung einer bundesrechtlichen Aufgabenerweiterung nicht auf das Verhalten der Länder im Bundesrat gestützt werden kann. Die Gegenansicht stützt sich zum Teil darauf, zumindest im Fall einer Zustimmung des Bundesrats zu dem aufgabenerweiternden Bundesgesetz auf der Grundlage des Art. 104a Abs. 4 GG hätten es die Länder in der Hand, die Kommunen vor einer zusätzlichen Aufgabenbelastung zu schützen.¹⁵¹ Dagegen spricht aber nicht nur, dass dann nach zu-

144 Im übrigen aber auch nicht darauf, ob das nun „erstarkte“, früher deklaratorische Landesrecht wegen Art. 31 GG unwirksam gewesen sein könnte, so aber *Huber/Wollenschläger*, *VerwArch.* 100 (2009) (Fußn. 138), S. 305, 326, 338. Art. 31 GG setzt nämlich eine Normenkollision voraus, die bei gleichlaufenden Vorschriften nicht vorliegt, so BVerfGE 36, 342, 363; vgl. näher *Becker*, *Das bayerische Asylrecht*, 1989, S. 131 ff.

145 Ebenso *Engelken*, *DÖV* 2011 (Fußn. 130), S. 745, 750 f., und *Engelbrecht*, *BayVBl.* 2011 (Fußn. 140), S. 718, 720 f.

146 Anders aber behauptet von *Engelken*, *Konnexitätspflicht der Länder aus Bundesratszustimmung?*, *BayVBl.* 2011, S. 713, 717.

147 VerfGH 12/09 v. 12.10.2010 (www.juris.de), Rdnr. 68.

148 VerfGH, a.a.O., Rdnr. 72.

149 VerfGH, a.a.O., Rdnr. 73.

150 *Engelbrecht*, *BayVBl.* 2011 (Fußn. 140), S. 718, 721.

151 *Henneke*, *Wer der Bestellung zustimmt, muss sie adressieren und bezahlen*, *DVBbl.* 2011, S. 125 ff.

stimmenden und nicht zustimmenden Ländern zu differenzieren sein müsste,¹⁵² sondern vor allem auch die in der Verfassungsrechtsordnung angelegte Unterscheidung zwischen der Aufgabe des Bundesrats als Bundesorgan und derjenigen der Länder als für den Verwaltungsvollzug verantwortlicher staatlicher Ebene.¹⁵³ Soweit der Begründungszusammenhang leicht verschoben und statt auf die Zustimmung im Bundesrat auf eine aus dem landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzip fließende Pflicht der Landesregierung, sich im Rahmen der Bundesratsarbeit so weit wie möglich für eine Verwirklichung des Konnexitätsprinzips einzusetzen und ihre entsprechenden Bemühungen in transparenter Weise zu dokumentieren, abgestellt wird,¹⁵⁴ werden damit die Einwände nur zum Teil ausgeräumt. Zudem wäre eine solche Pflicht viel zu unbestimmt, um daraus konkrete konnexitätsrelevante Folgerungen abzuleiten.¹⁵⁵

Die Zurechnung kann nicht über das Verhalten der Länder im Bundesrat, sondern nur das als Landesgesetzgeber und damit über die landesrechtliche Aufgabenzuweisung an die Kommunen begründet werden. Dabei sind systematische und damit verbundene teleologische Argumente entscheidend: Es ist zu verhindern, dass in der föderalen Verfassungsordnung, nämlich in der Schnittstelle zwischen den grundgesetzlichen Vorgaben durch Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG einerseits und den landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsverpflichtungen andererseits, zumindest immer dann, wenn Bundesgesetze auszuführen sind, große Schutzlücken für die Kommunen im Hinblick auf die Belastung mit erheblichen Aufgabenerweiterungen verbleiben.¹⁵⁶ Dafür spricht der auch vom VerfGH betonte Zweck des Art. 78 Abs. 3 LV NRW, Kommunen vor finanziellen Belastungen zu schützen.¹⁵⁷ Der Landesgesetzgeber kann diesen nicht dadurch unterlaufen, dass er untätig bleibt, aber durch die Aufrechterhaltung einer Zuständigkeitsbestimmung die vorhandenen Zuständigkeiten inhaltlich durch die erweiterten Aufgaben auflädt. Hier gilt das zur Begründung der Konnexitätsrelevanz einer zunächst deklaratorischen landesrechtlichen Aufgabenzuweisung Ausgeführte: Belässt es das Land bei der Zuständigkeit der Kommunen auch für die wesentlich erweiterten Aufgaben, so nimmt es die zunächst bundesrechtlich verursachte Aufgabenbelastung der Kommunen in seinen Willen auf und begründet damit eine eigene Zurechnung.¹⁵⁸ Insofern ist, entgegen mancher Stimmen aus dem Schrifttum, legislatives Unterlassen konnexitätsrelevant, allerdings immer nur im

152 *Engelken*, BayVBl. 2011 (Fußn. 146), S. 713, 714

153 Näher *Huber/Wollenschläger*, VerwArch. 100 (2009) (Fußn. 138), S. 305, 322 f.

154 *Durner*, Das Konnexitätsprinzip des Art. 83 Abs. 3 BV und das Abstimmungsverhalten der Staatsregierung im Bundesrat, BayVBl. 2007, S. 161, 162 f.

155 So auch *Huber/Wollenschläger*, VerwArch. 100 (2009) (Fußn. 138), S. 305, 322 f.

156 Zu dieser Gefahr *Durner*, BayVBl. 2007 (Fußn. 154), S. 161, 162; *Henneke*, DVBl. 2011 (Fußn. 151), S. 125, 130; v. *Kraack*, NWVBl. 2011 (Fußn. 141), S. 41, 47; *Kallerhoff*, Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG im Zusammenspiel mit dem kommunalen Durchgriffsverbot der Art. 84 Abs. 1 S. 7, 85 Abs. 1 S. 2 GG, DVBl. 2011, S. 6, 10.

157 VerfGH 12/09 v. 12.10.2010 (www.juris.de), Rdnr. 71: „Das strikte Konnexitätsprinzip soll sicherstellen, dass die Kommunen vor Aufgabenübertragungen oder -veränderungen ohne konkreten Ausgleich der zusätzlichen finanziellen Belastungen geschützt sind.“

158 So auch v. *Kraack*, NWVBl. 2011 (Fußn. 141), S. 41, 46.

Zusammenhang mit einem vorangegangenen legislativen Tätigwerden.¹⁵⁹ Dessen rechtliche Relevanz folgt nicht nur daraus, dass die Länder eine anderweitige Zuständigkeitsregelung treffen und so die Kommunen entlasten könnten. Denn Unterlassen und aktives Handeln sind nur bei einer bestehenden Handlungspflicht gleich zu stellen. Entscheidend ist insofern die zur Sicherung der Funktionsfähigkeit anhaltende Garantspflicht der Länder gegenüber den Kommunen: Wie einleitend ausgeführt, bleiben die Länder für eine ausreichende finanzielle Ausstattung der Kommunen zuständig. Diese müssen nach der Einführung strikter Konnexitätsprinzipien und der diese nun auf Bundesebene begleitenden Aufgabenübertragungsverbote sehr viel konsequenter als früher zwischen der Zurverfügungstellung allgemeiner Mittel im Rahmen des Finanzausgleichs und der – wenn auch aus Gründen der Praktikabilität vereinfacht zu berechnenden – Gegenfinanzierung von Aufgabenerweiterungen unterscheiden.¹⁶⁰

(4) Gegen diese Zurechnung lässt sich schließlich auch nicht der Wortlaut des § 2 Abs. 1 S. 2 KonnexAG ins Feld führen. Denn auch wenn diese Vorschrift die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers konkretisieren soll (vgl. Art. 78 Abs. 3 S. 5 LV NRW),¹⁶¹ lässt sie offen, welches Verhalten im Einzelnen konnexitätsrelevant sein kann. In ihr wird für eine bundesrechtlich verursachte Aufgabenbelastung davon ausgegangen, das Konnexitätsprinzip finde „nur insoweit Anwendung, als dem Land zur Umsetzung ein eigener Gestaltungsspielraum bleibt und dieser genutzt wird.“ Darauf, dass nach der KiföG-Entscheidung des VerfGH für den Gestaltungsspielraum die Möglichkeit einer abweichenden Organisation der Trägerschaft genügt, wurde bereits hingewiesen. Ausgeschlossen wird also, dass Kommunen ein Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG widersprechendes Bundesgesetz hinnehmen und statt dessen für eine bundesrechtliche herbeigeführte, aber grundgesetzwidrige Aufgabenerweiterung vom Land einen finanziellen Ausgleich verlangen.¹⁶² Hingegen sagt das KonnexAG nichts darüber aus, was unter der „Nutzung“ dieses Spielraums zur Bestimmung und gegebenenfalls Errichtung neuer zuständiger Behörden zu verstehen ist. Wie schon zur Statthaftigkeit und dem dafür relevanten Begriff des „Landesrechts“ (und dem parallelen Begriff des „Gesetzes“) ausgeführt (vgl. oben, B.I.3.c)bb)), kann auch hier zwar die „Nutzung“ im Sinne eines positiven Tuns verstanden werden – aber eben nicht zwingend aus dem Wortlaut abgeleitet. Vielmehr ist für ein „Nutzen“ nach allgemeinem Sprachgebrauch eine bestimmte Handlung nicht zu verlan-

159 Im Ergebnis offensichtlich ebenso *Huber/Wollenschläger*, *VerwArch.* 100 (2009) (Fußn. 138), S. 305, 338.

160 Vgl. auch VerfGH 28/08 v. 22.3.2010 (www.juris.de), Rdnr. 84: „Das Konnexitätsprinzip ist von der Funktion des Finanzausgleichs, die finanzielle Grundlage der gemeindlichen Selbstverwaltung zu sichern, zu unterscheiden.“ Hingegen mögen die Konturen einer dualen Finanzierung kommunaler Aufgaben vor der Einführung des strikten Konnexitätsprinzips noch nicht ausreichend klar erkennbar gewesen sein, schon zweifelnd aber VerfGH 38/95 v. 9.12.1996 (www.vgh.nrw.de), S. 10.

161 Wobei das genaue Verhältnis allerdings zu klären bliebe, krit. allg. *Schönenbroicher*, in: *Heusch/Schönenbroicher*, LV NRW (Fußn. 18), Art. 78 Rdnr. 55. Man wird insofern unterscheiden müssen zwischen dem konkretisierenden Verfahren zur Bestimmung des Ausgleichs (vgl. unten, B.II.1. und 3.) und den Voraussetzungen des Konnexitätsgebots, die unmittelbar durch die Verfassung festgelegt werden.

162 Die gesetzgeberische Begründung klärt das allerdings nicht genauer, denn sie erschöpft sich in der Wiederholung des Gesetzeswortlauts, vgl. LT-Drs. 13/4424, S. 13. Durch die spätere Zusammenführung der Entwürfe blieben Wortlaut und Begründung unverändert, vgl. Anl. 1 zu APr 13/1240, S. 14 und LT-Drs. 13/5515, S. 23.

gen. Genutzt werden kann vielmehr auch eine einmal etablierte Position, nämlich dann, wenn es wie hier in der Kompetenz des Landesgesetzgebers steht, diese unverändert zu lassen oder zu verändern. Der Wortlaut an sich spricht also ebenso wenig wie die Entstehungsgeschichte dagegen, gemäß den vorstehenden teleologischen und systematischen Gründen die unveränderte Beibehaltung der kommunalen Zuständigkeit als Nutzung anzusehen.

5. Die für die Verfassungsbeschwerde zu beachtende Beschwerdefrist des § 52 Abs. 2 VerfGHG ist eingehalten.

a) Die Jahresfrist gilt unmittelbar für die Überprüfung von „Rechtsvorschriften“ und beginnt ab deren Inkrafttreten. Sie ist aber auf das Unterlassen einer gesetzgeberischen Tätigkeit, wenn diese wie hier ausnahmsweise zulässiger Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein kann, entsprechend anzuwenden. Die im vorliegenden Fall konkret bestehende Pflicht zum gesetzgeberischen Tätigwerden wird durch das Handeln des Bundesgesetzgebers ausgelöst (vgl. oben, 4.). Diese Pflicht des Landesgesetzgebers ist relativ neu. Für das Verfahren zu deren Durchsetzung bestehen im VerfGHG keine besonderen Regelungen. Da aber auch im Fall eines an einen Gesetzesakt anknüpfenden gesetzgeberischen Unterlassens das Ziel des § 52 Abs. 2 VerfGHG, aus rechtsstaatlichen Gründen die Anfechtbarkeit gesetzlicher Vorschriften zeitlich zu begrenzen und auf diesem Wege die Geltung des allgemein verbindlichen Gesetzesrechts sicherzustellen, von Bedeutung ist, muss die Regelungslücke über eine analoge Anwendung der Fristbestimmung geschlossen werden.¹⁶³ Denn nicht anders als im Fall einer unvollständigen, die Konnexitätspflicht außer acht lassenden positiven Zuständigkeitsregelung soll im Fall einer völlig unterbliebenen landesrechtlichen Regelung nach dem Verstreichen einer ausreichenden Zeit die Rechtslage nicht mehr durch individuelle Rechtsbehelfe veränderbar sein. Würde dem nicht gefolgt, wäre die Anfechtung im Wege der Verfassungsbeschwerde unbefristet zulässig.¹⁶⁴

b) Für die Herstellung der notwendigen Rechtssicherheit ist die Jahresfrist auch grundsätzlich ausreichend und sachgerecht. Sie kann aber erst zu dem Zeitpunkt zu Laufen beginnen, ab dem der Landesgesetzgeber spätestens hätte tätig werden müssen. Das ist noch nicht der Zeitpunkt der Erlasses und auch nicht der Zeitpunkt der Verkündung des für die Konnexitätsverpflichtung des Landes relevanten Bundesgesetzes, also hier nicht schon der 29.6.2011 bzw. der 5.7.2011, an dem das VormBtRÄndG erlassen bzw. verkündet¹⁶⁵ worden ist. Zwar hätte der Landesgesetzgeber bereits ab diesen Zeitpunkten durch den Erlass einer Konnexitätsregelung für die Zukunft handeln können. Jedoch blieb ihm dafür Zeit bis zum Inkrafttreten der bundesrechtlichen Regelung, die zu der Veränderung der Aufgabenlast und damit der wesent-

163 Vgl. zu entsprechenden Überlegungen im bundesrechtlichen Organstreitverfahren BVerfGE 103, 164.

164 In diesem Sinne die Rechtsprechung des BVerfG im Rahmen der (Individual-)Verfassungsbeschwerde, BVerfGE 77, 170, 214; zust. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht (Fußn. 40), Rdnr. 235.

165 Im BGBl. I Nr. 34, S. 1306.

lichen Belastung der Kommunen geführt hat. Die Änderung des § 55 SGB VIII, die beides ausgelöst hat, beruht auf Art. 2 des VormBtRÄndG, der am 5.7.2012 in Kraft trat.¹⁶⁶

c) Die mit dem Inkrafttreten des Art. 2 VormBtRÄndG beginnende Frist ist nach §§ 187 ff. BGB zu berechnen.¹⁶⁷ Fristbeginn ist nach § 187 Abs. 1 BGB der 6.7.2012. Das Fristende tritt deshalb nach § 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf des 5.7.2013 ein.

6. Das Rechtsschutzinteresse der Bf. folgt schon aus dem Umstand, dass sich das Land trotz entsprechender Aufforderung durch die kommunalen Spitzenverbände geweigert hat und weiterhin weigert, eine Regelung zum Belastungsausgleich zu treffen. Es kann nur im Wege der Verfassungsbeschwerde dazu angehalten werden, seiner Verpflichtung aus Art. 78 Abs. 3 LV NRW nachzukommen.

II.

Durch das Unterlassen einer Konnexitätsregelung wird das Recht der Beschwerdeführer auf Selbstverwaltung nach Art. 78 Abs. 1 LV NRW in seiner Ausprägung durch Art. 78 Abs. 3 LV NRW verletzt. Die Beschwerdeführer haben einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf eine Deckung der Kosten für wesentliche Aufgabenerweiterungen. (unten, 1.), insbesondere muss sich das Land die Folgen des VormBtRÄndG wegen der unverändert beibehaltenen Zuständigkeit der Beschwerdeführer als Jugendhilfeträger zurechnen lassen (vorstehend, B.I.4.), womit eine konnexitätsrelevante Verpflichtung besteht. Durch das VormBtRÄndG sind die Aufgaben der Beschwerdeführer als Träger der Jugendhilfe erweitert worden (unten, 2.), was eine konnexitätsrelevante Aufgabenübertragung darstellt. Diese Aufgabenerweiterung löst eine Verpflichtung des Landesgesetzgebers, die Kostendeckung zu regeln, aus, da mit ihnen eine wesentliche Belastung der Beschwerdeführer i.S.v. Art. 78 Abs. 3 LV NRW verbunden und damit eine konnexitätsrelevante finanzielle Belastung der Beschwerdeführer gegeben ist (unten, 3.).

1. Der Landesgesetzgeber bezweckte mit der Einführung des strikten Konnexitätsprinzips¹⁶⁸ auch eine Einbeziehung von Aufgabenveränderungen in den Belastungsausgleich. Im Rahmen der Ausführungen zur Zulässigkeit wurde ausführlich begründet, dass das Land Nordrhein-Westfalen sich die Aufgabenveränderungen, die durch das VormBtRÄndG hervorgerufen worden sind, zurechnen lassen muss (vgl. oben, B.I.4.). Deshalb ist für die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde alleine die Frage entscheidend, ob durch das VormBtRÄndG nach den Vorschriften des Landesrechts, nach Art. 78 Abs. 3 LV und dem Konne-

166 Art. 3 S. 1 des VormBtRÄndG.

167 § 13 Abs. 1 VerfGHG i.V.m. § 57 Abs. 2 VwGO und § 222 Abs. 1 ZPO.

168 Vgl. dazu oben, B.I.4.b)bb).

xAG, eine ausreichend erhebliche Mehrbelastung – in den Worten der gesetzlichen Vorschriften eine „wesentliche Belastung“ (Art. 78 Abs. 3 S. 2 LV NRW und § 1 Abs. 1 KonnexAG) – hervorgerufen worden ist.

Nach Art. 78 Abs. 3 S. 2 LV NRW ist für die Bestimmung des finanziellen Ausgleichs eine Kostenprognose erforderlich, deren Durchführung im begleitenden KonnexAG näher geregelt worden ist.¹⁶⁹ Diese „Kostenfolgeabschätzung“ ist dem Gesetz oder der Rechtsverordnung, mit dem der Belastungsausgleich vorgenommen wird, zugrunde zu legen. Sie hat in den in § 3 Abs. 3 KonnexAG vorgesehenen Schritten zu erfolgen. Bis jetzt ist eine entsprechende Prognose noch nicht eingeleitet worden. Grund dafür ist der Umstand, dass sich das Land angesichts der bisher ungeklärten Rechtslage auf die Position zurück gezogen hat, sich die durch das VormBtRÄndG hervorgerufenen Aufgabenerweiterungen nicht zurechnen lassen zu müssen. Da die Kostenfolgeabschätzung im Rahmen des Verfahrens zum Erlass einer KonnexAG vorgesehenen Schritten zu erfolgen hat,¹⁷⁰ kann sie kein eigenständiger Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sein (vgl. schon oben, B.I.3.). Vielmehr kann das Land nur über die Feststellung, dass es überhaupt zu einem finanziellen Ausgleich gegenüber den Beschwerdeführern verpflichtet ist, auch zur Durchführung dieser Abschätzung gezwungen werden (zu den Folgen hinsichtlich des Nachweises der wesentlichen Belastung unten, B.II.3.b)). Im einleitenden Antrag ist dieser Zusammenhang dadurch zum Ausdruck gebracht worden, dass die Feststellung eines Verfassungsverstoßes durch Unterlassen mit der Feststellung einer Verpflichtung zum Erlass einer Belastungsausgleichsregelung verbunden wird, auch wenn der letztgenannte Teil als weiterreichender den ersten zwangsläufig umfasst.

2. Durch das VormBtRÄndG sind die Aufgaben der Kommunen als Träger der Jugendhilfe erweitert worden (vgl. a)), und zwar in quantitativer (unten b)) wie in qualitativer (unten c)) Hinsicht.

a) Mit Wirkung zum 5.7.2012¹⁷¹ wurde § 55 SGB VIII geändert, der das Innenverhältnis zwischen der Organisationseinheit Jugendamt und den jeweiligen Fachkräften dieser Behörde, die die konkreten Aufgaben der Beistandschaft, Amtspflegschaft oder Amtsvormundschaft übernehmen, regelt.¹⁷²

Der neue § 55 Abs. 2 S. 2 SGB VIII sieht vor, dass vor Übertragung einer Amtsvormundschaft oder -pflegschaft das Kind oder der Jugendliche angehört werden soll, wobei gem. § 55 Abs. 2 S. 3 SGB VIII eine ausnahmsweise vor der Übertragung unterbliebene Anhörung unverzüglich nachzuholen ist. Ferner bestimmt § 55 Abs. 2 S. 4 SGB VIII n.F., dass ein vollzeitbeschäftigter Beamter oder Angestellter, der nur mit der Führung von Vormundschaften

169 Zu deren verfassungsrechtlicher Fundierung VerfGH 21/08 v. 23.3.2010.

170 Im Hinblick auf die Transparenz der Kostentragung; dazu und zur Bedeutung der Einhaltung der im KonnexAG vorgesehenen einfachgesetzlichen Anforderungen VerfGH 28/08 v. 22.3.2010 (www.juris.de), Rdnr. 82 ff.

171 Vgl. Art. 3 VormBtRÄndG (BGBl. 2011 I, S. 1307).

172 *Wiesner*, SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe, 4. Aufl. 2011, § 55 Rdnr. 1.

oder Pfllegschaften betraut ist, höchstens 50, und bei gleichzeitiger Wahrnehmung anderer Aufgaben entsprechend weniger Vormundschaften oder Pfllegschaften führen soll. Mit Einführung dieser Fallzahlbegrenzung auf 50 Mündel pro Vormund, die im Regelfall verpflichtend ist, greift der Gesetzgeber eine Empfehlung der Bundesarbeitsgemeinschaft (BAG) der Landesjugendämter in der so genannten „Dresdner Erklärung“¹⁷³ auf. Obwohl in der Fachwelt schon seit über einem Jahrzehnt Einigkeit über die Notwendigkeit einer Begrenzung der Amtsvormundschaften und -pfllegschaften auf diese „magische Fallzahl“¹⁷⁴ bestand¹⁷⁵, galt sie aufgrund des befürchteten erheblichen Personalmehrbedarfs als „besonders umstrittener Punkt der Reform“¹⁷⁶

Schließlich verpflichtet § 55 Abs. 3 S. 3 SGB VIII n.F. durch Verweis auf § 1793 Abs. 1a BGB die Fachkraft des Jugendamtes zum persönlichen Kontakt mit dem Mündel, wobei sie dieses in der Regel einmal im Monat in dessen persönlicher Umgebung aufsuchen soll, es sei denn, dass im Einzelfall kürzere oder längere Besuchsabstände geboten sind. Zudem wird in § 55 Abs. 3 S. 3 SGB VIII n.F. mit Nennung des § 1800 BGB auf die Rechte und Pflichten, die im Rahmen der Personensorge gem. §§ 1631 bis 1633 BGB zu beachten sind, verwiesen. Insbesondere ist die Pflege und Erziehung des Mündels persönlich zu fördern und zu gewährleisten. Im Zusammenhang mit § 55 Abs. 3 S. 3 SGB VIII ist anzumerken, dass die §§ 1793 Abs. 1a, 1800 S. 2 BGB bereits am 6.7.2011 in Kraft traten.¹⁷⁷ Diese galten wegen § 56 Abs. 1 SGB VIII schon vor Inkrafttreten des neuen § 55 Abs. 3 SGB VIII, also vor Einführung des verbindlichen Personalschlüssels, für Amtsvormünder. Da sich die §§ 1793, 1800 BGB nur auf die Vormundschaft beziehen, sind aber über den neuen § 55 Abs. 3 S. 3 SGB VIII die entsprechenden Pflichten für Fachkräfte des Jugendamtes auch auf die Amtspflegschaft ausgedehnt worden.

b) Bisher war die Anzahl von Mündeln je Fachkraft nicht zahlenmäßig im Gesetz vorgegeben. Sie fiel von Jugendamt zu Jugendamt unterschiedlich hoch aus. Insofern führen die verschärften Vorgaben des § 55 SGB VIII „zu einem nicht bezifferbaren Mehrbedarf bei den Kommunen für zusätzliches Personal in der Amtsvormundschaft“¹⁷⁸, den die Bundesregierung in ihrem Gesetzesentwurf mit dem bis zu doppelten Wert an Fachkräften gem. § 55 Abs. 2 SGB VIII im Vergleich zur früheren Rechtslage bemisst,¹⁷⁹ während der Bundesrat gar vom vierfachen Personalbedarf ausging, in der Annahme, ein Betreuungsschlüssel von 1:200

173 Fachtagung „Zukunft der Amtsvormundschaft“, Dresden 22.-24.3.2000, DAVorm 2000, S. 437.

174 *Katzenstein*, Anmerkungen zum Regierungsentwurf zur Reform des Vormundschaftsrechts, JAmt 2010, S. 414 ff.

175 Vgl. Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB“ vom 14.7.2009, S. 40.

176 *Hoffmann*, Das Gesetz des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, FamRZ 2011, S. 1185, 1187.

177 Vgl. Art. 3 VormBtRÄndG, BGBl. I v. 5.7.2011, S. 1307.

178 BT-Drs. 17/3617, S. 2.

179 BT-Drs. 17/3617, S. 2.

sei in vielen Jugendämtern üblich.¹⁸⁰ In der Literatur werden Betreuungsschlüssel von „weniger als 20 bis weit über 100“¹⁸¹ bzw. „zwischen 60 und 120 oder mehr“¹⁸² genannt.

Dabei ist zu bedenken, dass nicht nur aufgrund der gem. § 55 Abs. 2 S. 4 SGB VIII n.F. erforderlichen Senkung des Personalschlüssels Personalkostensteigerungen zu erwarten sind, sondern auch aufgrund der Verpflichtung gem. § 55 Abs. 3 S. 3 SGB VIII, § 1793 Abs. 1a BGB zur Durchführung monatlicher Besuchskontakte. Auch die vorherige Anhörung des Mündels gem. § 55 Abs. 2 S. 2 SGB VIII n.F. wird zu einem Mehraufwand führen. Angesichts der derzeit extrem angespannten finanziellen Situation vieler Kommunen in Nordrhein-Westfalen¹⁸³ fallen diese Kostensteigerungen erheblich ins Gewicht.

Der Annahme, allein mit der beschriebenen Neuregelung des § 55 SGB VIII sei eine Aufgabenänderung in quantitativer Hinsicht verbunden, ist entgegengehalten worden, dass die Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Rahmen ihrer Gesamtverantwortung gem. § 79 SGB Abs. 3 VIII seit jeher für eine ausreichende Ausstattung der Jugendämter zu sorgen gehabt hätten, wozu auch eine dem Bedarf entsprechende Zahl an Fachkräften gehöre.¹⁸⁴ Dementsprechend waren die Träger auch schon bislang verpflichtet, genügend Personal für das Führen von Vormund- und Pflegschaften vorzuhalten und eventuell einzustellen.¹⁸⁵ Dabei spricht § 79 Abs. 3 Hs. 2 SGB VIII die notwendige Quantität¹⁸⁶ von Fachkräften¹⁸⁷ an, während § 72 SGB VIII auf deren Qualifikation abstellt. Aus den Vorschriften wurde und wird auf eine Einstandsverpflichtung der Träger geschlossen,¹⁸⁸ die im Falle einer unzureichenden Personalausstattung im Bereich der Amtsvormundschaften zu einer Haftung wegen Organisationsmängeln führen konnte und kann.¹⁸⁹

Bei dieser Argumentation wird aber übersehen, dass § 79 Abs. 3 SGB VIII offen gefasst ist und es der Interpretation des einzelnen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe überlässt, wie er seinen Personalbedarf im einzelnen bemisst.¹⁹⁰ Nicht umsonst zeigen die oben erwähnten Zahlen zum Fachpersonal gem. § 55 SGB VIII eine beachtliche Variationsbreite, aus der kei-

¹⁸⁰ BR-Drs. 537/10, S. 2.

¹⁸¹ *Wiesner*, SGB VIII (Fußn. 172), § 55 Rdnr. 96.

¹⁸² Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB“ vom 14.7.2009, S. 41.

¹⁸³ Vgl. zur aktuellen Finanzlage der Kommunen in Nordrhein-Westfalen den Gemeindefinanzbericht des Städtetages Nordrhein-Westfalens, Eildienst 10/2011, S. 7 ff.

¹⁸⁴ Gegenäußerung der Bundesregierung auf die Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drs. 17/3617, S. 13.

¹⁸⁵ *Hoffmann*, FamRZ 2011 (Fußn. 176), S. 1185, 1187.

¹⁸⁶ In § 79 Abs. 3 Hs. 2 SGB VIII auch qualitative Komponente sehend *Hilke*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB VIII, 47. Lfg. 1/2011, § 79 Rdnr. 48.

¹⁸⁷ *Jans/Happe/Saurbier/Mass*, Jugendhilferecht, Band 4, 3. Aufl., 30. Lfg. 4/2005, § 79 Rdnr. 19.

¹⁸⁸ *Krug*, in: *ders./Riehle*, Kinder- und Jugendhilfe Sozialgesetzbuch (SGB) Aachtes Buch (VIII), 113. Ergänzungslieferung, Stand: 1.4.2009, § 55, S. 17 unter Verweis auf OLG Stuttgart, DAVorm 1966, 115; KG, DAVorm 1975, 439: „Gesichtspunkt des Organisationsmangels“. Zum Amtshaftungsanspruch bei Organisationsmängeln vgl. BGH, DVBl. 2007, 908. (mit dieser Entscheidung Erweiterung Anwendungsbereich der Amtshaftung auf Mängel innerhalb der Dritten Gewalt, dazu *Terhechte*, Zum Amtshaftungsanspruch bei Organisationsmängeln innerhalb der Dritten Gewalt, DVBl. 2007, S. 1134 ff.).

¹⁸⁹ *Jans/Happe/Saurbier/Mass*, Jugendhilferecht, Bd. 3 (Fußn. 187), § 55 Rdnr. 53.

¹⁹⁰ *Wiesner*, SGB VIII (Fußn. 172), § 79 Rdnr. 20.

neswegs bereits ohne nähere Begründung auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der Bereitstellung ausreichenden Personals geschlossen werden kann. Vielmehr können unterschiedliche Betreuungsschlüssel auf verschiedene, räumlich begrenzt wirkende Umstände, insbesondere die Zusammensetzung der jeweiligen lokalen Bevölkerung, zurückzuführen sein. Auf diese Umstände kann nur noch in eingeschränktem Umfang reagiert werden, denn die gesetzliche Festlegung auf „höchstens 50“ Vormundschaften ist als Soll-Vorschrift zwingend. Von dieser Zahl darf eine Kommune lediglich in Ausnahmen abweichen, die im Einzelfall begründungsbedürftig sind und atypisch sein müssen.¹⁹¹ Damit darf die Kommune ihre als Bestandteil der Selbstverwaltung zu qualifizierende Organisationshoheit¹⁹² nicht mehr dazu nutzen, einen angemessenen Schlüssel in allgemeiner Form selbst festzulegen, obwohl keineswegs objektiv feststeht, dass nicht auch ein Schlüssel von 55 als für eine ordnungsgemäße Aufgabenwahrnehmung ausreichend angesehen werden könnte. Dementsprechend wird das zuvor bestehende Organisationsermessen der Kommunen durch die gesetzlich festgeschriebenen Fallzahlenobergrenze für den Regelfall gem. § 55 Abs. 2 S. 4 SGB VIII erheblich beschnitten. Zugleich kann die Kommune nicht mehr durch eine variable Einteilung auf sich ändernde gesellschaftliche Umstände eigenständig reagieren.

Im Ergebnis kommt es nicht darauf an, ob die Fallzahl 50 für Vormundschaftssachen „richtig“ ist oder nicht. Entscheidend ist für die Feststellung einer Mehrbelastung allein, dass durch die gesetzliche Festlegung des Regelfalls das zuvor bestehende kommunale Ermessen zur Bestimmung einer richtigen Betreuungsrelation beschränkt wird und dass nach der bisher nicht beanstandeten Praxis der gewählte Betreuungsschlüssel höher lag, weshalb mit der Neuregelung erhebliche Steigerungen der Personalkosten verbunden sind.

c) § 55 SGB VIII umfasst ein ganzes Bündel von Tätigkeitsfeldern des Jugendamtes in den durch das Bürgerliche Gesetzbuch vorgegebenen Aufgabenbereichen der Beistandschaft (§§ 1712 ff. BGB), Vormundschaft (§§ 1773 ff. BGB) und Pflegschaft (§§ 1909 ff. BGB).¹⁹³ Die Beistandschaft, die hier als solche nicht weiter interessiert, da sich § 55 Abs. 2 und 3 SGB

191 Dazu im Zusammenhang mit dem Beamtenrecht nur BVerwG v. 26.3.2009, 2 C 46/08, Rdnr. 27: „Soll-Vorschriften gestatten Abweichungen von der gesetzlichen Regel nur in atypischen Ausnahmefällen, in denen das Festhalten an dieser Regel auch unter Berücksichtigung des Willens des Gesetzgebers nicht gerechtfertigt ist. Zur Bildung von Wahlbereichen im Kommunalwahlrecht BVerwGE 132, 166, 176: „Der Gesetzgeber hat aber mit der 25 % -Klausel eine Differenzierungsgrenze gezogen, die zum einen nur bei Vorliegen eines verfassungslegitimen zwingenden Grundes eingreift und die zum anderen - wenn überhaupt - nur unter Berücksichtigung ganz erheblicher zwingender Gründe ausnahmsweise überschritten werden darf, wie dies von einer "Soll-Vorschrift" herkömmlicher Weise verstanden wird.“ Zur Abweichung „in Sonderfällen“ im Handwerksrecht (Festlegung von Innungsbezirken) BVerwGE 64, 318, 323; 90, 88. 93. Vgl. zu den eng zu verstehenden Ausnahmen im Zusammenhang mit einer persönlichen Anhörung in Betreuungssachen BVerfG v. 12.1.2011, 1 BvR 2538/10.

192 Dazu BVerfGE 91, 228, 237 f. (Gleichstellungsbeauftragte), ohne dass es hier darauf ankäme, dass und in welchem Umfang die Organisationshoheit gesetzlich ausgestaltet werden kann.

193 Zur Normenverteilung auf BGB und SGB VIII, *Kunkel*, Besonderheiten bei der Amtsbeistandschaft/Amtspflegschaft/Amtsvormundschaft – Gemeinsame Problemstellungen, in: *Oberloskamp* (Hrsg.), Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, 3. Aufl. 2010, S. 396 f., § 15 Rdnr. 26 ff.

VIII nur auf Fachkräfte beziehen, die mit Vormundschaften und Pflegschaften betraut sind, ist ein freiwilliges Hilfsangebot für alle allein sorgeberechtigten Elternteile.¹⁹⁴ In dieser sind mit Wirkung zum 1.7.1998 auch die Fälle der früheren gesetzlichen Amtspflegschaft aufgegangen. Deshalb ist bei der Amtspflegschaft nicht mehr zwischen gesetzlicher und bestellter (Anordnung auf Verfügung des Familiengerichtes) zu unterscheiden.

Die gesetzliche Amtsvormundschaft für nichteheliche Kinder war nach ihrer Einführung durch das RJWG eine der zentralen Aufgaben des Jugendamtes.¹⁹⁵ Mit Inkrafttreten des NEhelG zum 1.7.1970 wurde sie auf die Fälle des § 1791c BGB beschränkt und durch die gesetzliche Amtspflegschaft nach § 1709 BGB ersetzt, die ihrerseits von der genannten freiwilligen Beistandschaft abgelöst wurde. In allen übrigen Lebenssituationen des Kindes, zu deren Bewältigung das BGB die Instrumente der Pflegschaft und Vormundschaft vorsieht, treten diese nicht kraft Gesetz ein, sondern erst durch Bestellung seitens des zuständigen Familiengerichtes. Die bestellte Vormundschaft – oder subsidiär die Amtsvormundschaft gem. § 1791b BGB – kommt wiederum in den Fällen des § 1773 BGB in Betracht.

Daher ist bei ehelichen minderjährigen Kindern eine Vormundschaft anzuordnen, wenn beide Eltern – auch aus jeweils unterschiedlichen Gründen – das Sorgerecht oder die Befugnis zu dessen Ausübung oder zur gesetzlichen Vertretung des Kindes in vollem Umfang verloren haben, bei nichtehelichen Kindern neben der gesetzlichen Vormundschaft, wenn die minderjährige Mutter aufgrund einer vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung nach § 1666 BGB die elterliche Sorge vollständig verliert.¹⁹⁶

Demgegenüber kommt es zu einer bestellten Amtspflegschaft gem. §§ 1915, 1791b BGB in folgenden Fällen: bei der Ergänzungs- oder Ersatzpflegschaft gem. §§ 1909, 1630 BGB neben elterlicher Sorge oder Vormundschaft, bei der Sorgerechtpflegschaft gem. § 1666 BGB statt elterlicher Sorge sowie bei der Pflegschaft für eine Leibesfrucht (§ 1912 BGB), der Sachpflegschaft (§ 1914 BGB), der Abwesenheitspflegschaft (§ 1911 BGB) und der Pflegschaft für unbekannt Beteiligte (§ 1913 BGB). Da die vollständige Entziehung des Sorgerechts auch in den Fällen des § 1666 BGB wegen der verfassungsrechtlich von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG abgesicherten elterlichen Erziehungsverantwortung ultima ratio bleiben muss¹⁹⁷ (vgl. auch § 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB: „teilweise“ vor „vollständiger“ Entziehung der elterlichen Sorge), werden deutlich mehr Amtspflegschaften in Form der Ergänzungspflegschaft gem. §§ 1909, 1791b BGB angeordnet¹⁹⁸ als Amtsvormundschaften, die nur bei Entziehung der gesamten elterlichen Sorge in Betracht kommen.¹⁹⁹

194 *Greßmann*, in: *Hauck/Nofitz*, SGB VIII, 44. Lfg. IX/2009, § 55 Rdnr. 4.

195 *Wiesner*, SGB VIII (Fußn. 172), § 55 Rdnr. 65.

196 *Wiesner*, a.a.O., § 55 Rdnr. 69 f.

197 Grundl. *Jeand'Heur*, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, 1993.

198 Auch bei Entziehung der Personensorge, BayObLG, FamRZ 1997, 1553.

199 Palandt/*Diederichsen*, BGB, 71. Aufl. 2012, § 1666 Rdnr. 44.

Fachkräfte des Jugendamtes haben immer häufiger die in § 1666 BGB geregelten Problemkonstellationen der akuten Kindeswohlgefährdung zu bewältigen. Das belegen die Zahlen der bestellten Amtspflegschaften, die sowohl in der gesamten Bundesrepublik als auch in Nordrhein-Westfalen in der jüngsten Vergangenheit sprunghaft angestiegen sind. So stehen im Bundesgebiet 24.209 (16 je 10.000 Kinder und Jugendliche) bestellte Amtspflegschaften im Jahre 1991 32.556 (24 je 10.000 Kinder und Jugendliche) im Jahre 2010 gegenüber.²⁰⁰ Allein in Nordrhein-Westfalen stieg deren Zahl von 5301 Fällen im Jahr 1999²⁰¹ auf 6909 Fälle im Jahr 2010.²⁰² Demgegenüber sanken die Fälle der gesetzlichen Amtvormundschaften im Bundesgebiet von 11.301 bzw. 7 je 10.000 Kinder- und Jugendliche im Jahr 1991 auf 6.478 bzw. 5 je 10.000 Kinder und Jugendliche im Jahr 2010. Die Zahl der bestellten Amtsvormundschaft nahm relativ moderat von 29.270 im Jahr 1991 auf 31.377 im Jahr 2010 zu.²⁰³ Auch die Zahl der Inobhutnahmen von gefährdeten Kindern und Jugendlichen stieg in Deutschland im Zeitraum von 1995 bis 2010 von 23.271 auf 31.418 an.²⁰⁴

Insoweit ist es auf dem Gebiet der Amtsvormundschaften/-pflschaften zu faktischen Veränderungen der Anforderungen an die Aufgabenwahrnehmung gekommen. Diese Veränderungen sind mit einer wachsenden Betreuungsintensität verbunden. Ihnen hat der Gesetzgeber im Rahmen der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts Rechnung getragen. Mit der Amtsvormundschaft/-pflschaft betraute Fachkräfte müssen in Zukunft eher „fürsorgend“ als „rein verwaltend“²⁰⁵ tätig werden²⁰⁶, also besondere soziale Zwecke wahrnehmen. Dazu müssen sie enge Bindungen zum Mündel aufbauen und pflegen, wie es der durch das VormBtRÄndG neu eingefügte § 1800 S. 2 BGB, auf den § 55 Abs. 3 S. 3 SGB VIII verweist, besonders deutlich zum Ausdruck bringt: „Der Vormund hat die Pflege und Erziehung des Mündels persönlich zu fördern und zu gewährleisten.“ Mit dieser Entscheidung des Gesetzgebers zu mehr persönlicher Förderung und Fürsorge des Mündels durch die Fachkraft ist eine qualitative Änderung der Wahrnehmung der § 55 SGB VIII vorgesehenen Aufgabe verbunden.

3. Die vorstehend beschriebene Erweiterung der Aufgaben der Beschwerdeführer als Träger der Jugendhilfe sind im Sinne des Konnexitätsprinzips wesentlich (dazu allgemein fol-

200 Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe 2010 – Pflschaften, Vormundschaften, Beistandschaften, Pflegeurlaubnis, Sorgerechtsentzug, Sorgeerklärungen, 2011, S. 13. f.

201 Landesamt für Datenverarbeitung und Statistik Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch Nordrhein-Westfalen 2001, 2011, S. 499.

202 Information und Technik Nordrhein-Westfalen, Geschäftsbereich Statistik (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch NRW 2011, 2011, S. 477.

203 Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe 2010 – Pflschaften, Vormundschaften, Beistandschaften, Pflegeurlaubnis, Sorgerechtsentzug, Sorgeerklärungen, 2011, S. 13. f.

204 Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe 2010 – Vorläufige Schutzmaßnahmen, 2011, S. 37.

205 So schon die Forderung von *Hansbauer/Mutke/Oelerich*, Ausblick, in: *dies.* (Hrsg.), Vormundschaft in Deutschland, 2004, S. 353, 355.

206 Vgl. Abschlußbericht der Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB“ vom 14.7.2009, S. 41 ff.

gend a)), was durch eine dem KonnexAG entsprechende, wenn auch zwangsläufig überschlägige Berechnung begründet werden soll (dazu unten, c)). In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass der Gesetzgeber nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben dem Belastungsausgleich eine Kostenprognose zugrunde zu legen hat und ihm deshalb eine Prognosespielraum zukommt.²⁰⁷ Von den Beschwerdeführern kann deshalb ihrerseits im Rahmen der erforderlichen Begründung ihrer Verfassungsbeschwerde (vgl. § 18 Abs. 1 S. 2 VerfGHG) nicht mehr verlangt werden, als die Fakten, auf die eine Prognose gestützt werden müssen, zu benennen (unten, b)).

a) Sofern es sich um übertragbare Aufgaben handelt, sollen deren Veränderungen in die Konnexitätspflicht dann einbezogen werden, wenn mit ihnen eine „wesentliche Belastung“ der Kommunen verbunden ist.²⁰⁸ Um eine schiebchenweise finanzielle Überbelastung der Kommunen zu verhindern, werden alle Belastungen in einem Zeitraum von fünf Jahren zusammengezählt (§ 2 Abs. 5 KonnexAG).

Wesentlich ist eine Aufgabenveränderung nach der gesetzlichen Konkretisierung dann, „wenn den Vollzug prägende besondere Anforderungen an die Aufgabenerfüllung geändert werden. Mengenmäßige Änderungen, die die Aufgabenwahrnehmung nicht wesentlich berühren, werden nicht erfasst.“ (§ 2 Abs. 4 S. 1 und 2 Konnex AG). Mit den „besonderen Anforderungen“ sollten die „Standards“ gemeint sein, „die den behördlichen Vollzug einer Aufgabe maßgeblich prägen“.²⁰⁹ Das kann insbesondere dann relevant sein, wenn eine bestehende Aufgabe materiell-rechtlich oder verfahrensrechtlich umgestaltet wird. Nach Ansicht des VerfGH erfasst Art. 78 Abs. 3 S. 2 LV NRW jede „signifikante inhaltliche Änderung“ einer Aufgabenerfüllung.²¹⁰ Der Gerichtshof hat dafür in seiner KiföG-Entscheidung auf den quantitativen Ausbau der Tagesbetreuung, die erweiterten Kriterien der Betreuung und das höhere Entgelt für Tagespflegepersonen hingewiesen, die durch die Änderung des SGB VIII veranlasst worden waren; er hat allerdings offen gelassen, ob jede dieser Änderungen für sich genommen schon eine die Konnexitätspflicht auslösende Aufgabenveränderung dargestellt hätte.²¹¹ Zudem müssen Änderungen die Wesentlichkeitsschwelle überschreiten.²¹² Das ist nach Einschätzung des Gesetzgebers in der Regel der Fall, „wenn die gesetzliche jährliche (Netto-)Mehrbelastung in den betroffenen Gemeinden und Gemeindeverbänden in ihrer Gesamtheit über einem Betrag von 0,25 € pro Einwohner liegt“.²¹³

207 Vgl. VerfGH 19/08 v. 23.3.2010 (www.vgh.nrw.de), S. 31 ff.

208 LT-Drs. 13/4424, S. 12.

209 LT-Drs. 13/4424, S. 14.

210 VerfGH 12/09 v. 12.10.2010 (www.juris.de), Rdnr. 74.

211 Wie auch offen blieb, ob die Umwandlung der objektiv-rechtlichen Verpflichtung zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in einen Anspruch eine relevante Änderung darstellte, vgl. VerfGH, a.a.O., Rdnr. 74-76.

212 Zur wesentlichen Belastung VerfGH, a.a.O., Rdnr. 77.

213 LT-Drs. 13/4424, S. 14.

b) Die damit umschriebenen allgemeinen Grundsätze sind auf die durch das VormB-trÄndG hervorgerufenen zusätzlichen Aufgabenbelastungen der Kommunen zu übertragen, indem die Aufgabenbelastung vor und nach dem Änderungsgesetz miteinander verglichen werden.²¹⁴ Zuvor ist aber der Maßstab zu klären, nach dem die erwarteten Kostensteigerungen zu prüfen sind. In der Regel sind die Kosten im Vorhinein zu schätzen. Vorgesehen ist deshalb grundsätzlich die bereits erwähnte Kostenfolgeabschätzung. Ihre Durchführung richtet sich nach dem KonnexAG. An die entsprechenden Bestimmungen ist der Gesetzgeber im Grundsatz gebunden. Ihm steht aber nach der Rechtsprechung des VerFGH bei der Abschätzung ein Prognosespielraum zu. Dem entspricht allerdings eine besondere verfahrensrechtliche Verpflichtung, um eine Kontrolle der gesetzgeberischen Entscheidung zu ermöglichen: Der Gesetzgeber muss nämlich die von ihm ermittelten Kostenansätze „nachvollziehbar offen legen“.²¹⁵ Dazu gehört ein Nachweis im Einzelnen, ferner die Erörterung der Ansätze mit den kommunalen Spitzenverbänden, weil die Folgenabschätzung auch den Zweck hat, durch den Versuch einer Konsenszielung zu akzeptablen Ergebnissen zu gelangen.²¹⁶

Es liegt auf der Hand, dass die vorliegende Verfassungsbeschwerde, die sich gegen eine Verletzung des Konnexitätsprinzips durch Untätigkeit des Gesetzgebers richtet, nicht die Überprüfung eines vom Gesetzgeber berechneten Ergebnisses zum Gegenstand haben kann. Dennoch lässt sich die Prognose nicht jetzt schon durch eine im einzelnen nachgewiesene Feststellung der Mehrkosten, die durch die Änderung des § 55 SGB VIII anfallen und vorstehend im Allgemeinen beschrieben worden sind, ersetzen. Denn genaue Rechenergebnisse liegen derzeit flächendeckend nicht vor. Das bedeutet, dass die Beschwerdeführer zwar die absehbare Kostenbelastung durch eine möglichst detaillierte Aufstellung der hier vor allem relevanten Kostenfaktoren nach den im KonnexAG genannten Kriterien darlegen,²¹⁷ aber nicht bereits die tatsächlich anfallenden Mehrkosten in vollem Umfang belegen können. Das ist schon deshalb nicht schädlich, weil der Gesetzgeber die bisher nicht begonnene Kostenfolgeabschätzung ohnehin durchführen muss. Hier kommt es nur darauf an, die Erforderlichkeit eines Belastungsausgleichs unter Berücksichtigung der Maßstäbe des KonnexAG zu belegen. Denn im Ergebnis zielt die Verfassungsbeschwerde nicht auf einen bestimmten, zahlenmäßig

214 VerFGH 12/09 v. 12.10.2010 (www.juris.de), Rdnr. 73.

215 VerFGH 28/08 v. 22.3.2010 (www.juris.de), Rdnr. 88: „Künftig ist der Gesetzgeber bei Regelung konnexitätsrelevanter Sachverhalte jedoch gehalten, sich an den vom Verfassungsgerichtshof näher konturierten verfassungsrechtlichen Vorgaben zu orientieren und seine unter grundsätzlicher Beachtung des Konnexitätsausführungsgesetzes ermittelten Kostenansätze nicht nur grob, sondern im Einzelnen nachvollziehbar offen zu legen.“

216 VerFGH, a.a.O., Rdnr. 106: „Insbesondere ist er gehalten, unter grundsätzlicher Beachtung des Konnexitätsausführungsgesetzes die Grundannahmen und Berechnungen der Kostenansätze nicht nur grob, sondern im Einzelnen nachvollziehbar offen zu legen und auf diese Weise einen konsensorientierten partnerschaftlichen Dialog mit den kommunalen Spitzenverbänden zu ermöglichen. Hierzu gehört es auch, im Beteiligungsverfahren beanstandete Unklarheiten, die auf Grund einer zulässigerweise vergrößernden Darstellung der Kostenaufstellung verblieben sind, zum Anlass zu nehmen, die in Frage stehenden Positionen bei nächster Gelegenheit soweit möglich im Einzelnen prüffähig zu erläutern.“

217 Zu diesem Erfordernis auch *Schönenbroicher*, in: *Heusch/Schönenbroicher*, LV NRW (Fußn. 18), Art. 78 Rdnr. 59.

bezahlten Ausgleich, sondern darauf, dass überhaupt ein Ausgleich stattfindet. Es geht ihr nur um die Feststellung, dass der Landesgesetzgeber von Verfassungs wegen verpflichtet ist, alsbald eine Regelung zu treffen, die den Anforderungen des Art. 78 Abs. 3 LV NRW gerecht wird – das ist nicht mehr und nicht weniger als der Entscheidungsausspruch, den der VerFGH in seiner KiföG-Entscheidung getroffen hat.²¹⁸

c) Durch das VormBtRÄndG ist die den Beschwerdeführern auferlegte Aufgabenerfüllung in quantitativer wie in qualitativer Hinsicht wesentlich geändert worden (aa). Diese Änderungen führen zu einer konnexitätsrelevanten finanziellen Belastung der Beschwerdeführer (bb).

aa) Erstens kommt es durch die regelhafte Begrenzung der Fallzahl auf 50 Mündel pro Fachkraft (§ 55 Abs. 2 S. 4 SGB VIII), die Einführung der Anhörungspflicht (§ 55 Abs. 2 S. 2 SGB VIII) sowie der verbindlich vorgegebenen Kontaktfrequenz Fachkraft-Mündel (§ 55 Abs. 3 S. 3 SGB VIII) zu einer umfangreichen Erhöhung der Standards²¹⁹ der Amtsvormundschaft und Amtspflegschaft²²⁰, die der zuständige örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu beachten hat. Dies führt zu einem erheblichen Mehrbedarf für Fachkräfte.

Zweitens bringt das VormBtRÄndG auch qualitative Änderungen der bisher mit der Amtsvormundschaft/-pflegschaft verbundenen Aufgaben mit sich, weil es vor dem Hintergrund zunehmender Fälle von Kindeswohlgefährdungen (vgl. oben II.2.c) dem Amtsvormunds bzw. Amtspfleger eine deutlich stärkere Verantwortung für die Personensorge des Mündels zuschreibt. Der Amtsvormundschaft/-pflegschaft wird damit insgesamt ein besonderer sozialer Charakter verliehen, weil eine erheblich engere Bindung zwischen Fachkraft und Mündel etabliert werden soll. Dieser grundlegende Wechsel der Zielsetzung von Vormundschaften wurde zwar durch Änderungen der entsprechenden Vorschriften des BGB vollzogen. Diese werden jedoch mit der Verweisung in § 55 Abs. 3 S. 3 SGB VIII sowohl auf die Amtsvormundschaft als auch die Amtspflegschaft erstreckt. Eine Bezifferung der dadurch verursachten Mehrkosten ist allerdings schwierig und jedenfalls derzeit nicht möglich.

218 VerFGH 12/09 v. 12.10.2010 (www.juris.de), Rdnr. 78.

219 Vgl. in diesem Zusammenhang, wenn auch auf Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG bezogen, *Kallerhoff*, Die Übergangsrechtliche Fortgeltung von Bundesrecht nach dem Grundgesetz, 2010, S. 90 ff., wonach auch eine Erhöhung von organisatorisch-prozeduralen Standards eine Mehrung der vorhandenen Verpflichtung im Sinne einer Aufgabendifferenz beinhalten kann (S. 93). Ebenso *Germann*, in: *Kluth* (Hrsg.), Föderalismusreformgesetz, 2007, Art. 84, 85, Rdnr. 117; *Henneke*, Durch Bundesgesetz dürfen Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben nicht übertragen werden – Betrachtungen aus Anlass der Nichtausfertigung des Verbraucherinformationsgesetzes und der Änderung des SGB XII, NdsVBl. 2007, S. 57, 65 ff. Für *Engelken*, BayVBl. 2011 (Fußn. 146), S. 713, 716, stellen hingegen die Änderungen von § 55 SGB VIII eine bloße Erhöhung von Standards der kommunalen Aufgabenerfüllung dar, die nicht als neu hinzugetretener Aufgabenteil von der schon vorher bestehenden Aufgabe abspaltbar ist, dieser Einwand allerdings bestreitet gar nicht den Mehraufwand, auf den es hier ankommt, sondern zielt nur auf die Verneinung einer „neuen Aufgabe“, was deshalb nicht relevant ist, weil Art. 78 Abs. 3 S. 2 LV NRW Aufgabenerweiterungen erfasst.

220 Gerade die Fälle der Amtspflegschaften sind in den letzten Jahren rapide gestiegen, vgl. vorstehend 2.c).

bb) Allein die genannten quantitativen Mehrbelastungen überschreiten aber ganz offensichtlich die oben genannte Schwelle der „wesentlichen Belastung“ (vgl. vorstehend, 3.a)), die derzeit 4,46 Mio. € beträgt. Deshalb muss ein Belastungsausgleich erfolgen. Das lässt sich durch eine Hochrechnung belegen. Sie beruht auf Erhebungen bei den Bf., die auch in dieser Hinsicht selbst und unmittelbar betroffen sind (unten, (1)). Für die Berechnung kommt es entscheidend aber nicht nur auf die Mehrbelastung bei den Bf., sondern bei allen betroffenen Kommunen an, d.h. bei allen Kommunen, die zugleich Träger der Jugendhilfe sind, an (unten, (2)).

(1) Nach einer Abfrage bei den Bf. können die Auswirkungen der neuen Standardfestsetzung im Rahmen des § 55 Abs. 2 SGB VIII, also des gesetzlich neu eingeführten Personalschlüssels von 1:50 für die Führung von Vormundschaften bzw. Pflegschaften, in folgender Tabelle zusammengefasst werden. Betroffen sind bei durchschnittlicher Betrachtung Stellen der Besoldungsgruppe A 11. Für die Berechnung der Mehrkosten werden die entsprechenden Personalkosten nach der KGSt (2012) (Personalkosten A 11: 69.800 €) zugrunde gelegt.

Stadt/Kreis	Personal-Fallschlüssel zum 31.12.2010	Bedarf zusätzlicher VZÄ wegen der Neufassung des § 55 Abs. 2 SGB VIII	Personelle Mehrausgaben wegen dieser Neufassung
Aachen	1:68	3 VZÄ	209.400 €
Bielefeld	1:84	2,4 VZÄ	167.520 €
Dortmund	1:78	5 VZÄ	349.000 €
Gelsenkirchen	1:229	8 VZÄ	558.400 €
Hamm	1:68	2,15 VZÄ	150.070 €
Hochsauerlandkreis	1:139	2 VZÄ	139.600 €
Köln	1:66	3,36 VZÄ	234.528 €
Krefeld	1:79	3,6 VZÄ	251.280 €
Kreis Soest	1:80	1 VZÄ	69.800 €
Leverkusen	<i>k.A.</i> ²²¹	3,4 VZÄ	237.320 €
Märkischer Kreis	1:75	0,5 VZÄ	34.900 €
Mülheim a. d. Ruhr	1:109	2 VZÄ	139.600 €
Oberhausen	1:86	2 VZÄ	139.600 €
Wuppertal	1:70	2,9 VZÄ	202.420 €

(2) Zu betrachten sind hinsichtlich der Kostensteigerung nach § 2 Abs. 5 KonnexAG die „von der jeweiligen Aufgabenübertragung betroffenen Gemeinden und Gemeindeverbände“. Das sind alle Gemeinden, die Träger der Jugendhilfe sind, auch die kreisangehörigen. In Nordrhein-Westfalen existieren zur Zeit nach Angaben der kommunalen Spitzenverbände insgesamt 187 kommunale Jugendämter, wovon 22 auf kreisfreie Städte, 27 auf Kreise und 138 auf kreisangehörige Kommunen entfallen.

Die vorstehend wiedergegebenen Angaben zu den Bf. lassen erkennen, dass vor der Gesetzesänderung kein Personalschlüssel unter 1:65 lag, dieser nicht selten sehr viel höher war. Das

221 Der früher relevante Schlüssel kann nicht angegeben werden, weil Vormundschaften und Pflegschaften auf die MA des ASD und des Pflegekinderdienstes verteilt waren.

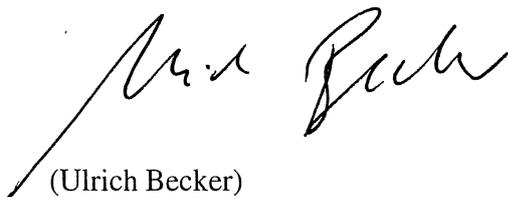
stimmt ungefähr mit einer früheren Umfrage überein, nach der im Jahr 2011 der Betreuungsschlüssel in ausgewählten Kommunen Nordrhein-Westfalens im Bereich zwischen 60 bis 100 Mündeln pro Fachkraft lag.²²² Der Durchschnitt bei 23 befragten Kommunen lag bei 1:78.

Zugegebenermaßen lassen die vorliegenden Zahlen nur grobe Schätzungen und keine methodisch einwandfrei ermittelten Rechenergebnisse zu. Geht man davon aus, dass der durchschnittliche Betreuungsstandard vor der Änderung bei 1:75 lag und nun 1:50 erreichen soll, ergibt sich dadurch eine durchschnittliche Kostensteigerung um 50 %. Wären die Gesamtkosten für die Führung von Vormundschaften bzw. Pflegschaften in den Jugendämtern bekannt, ließe sich schon darauf gestützt eine relativ genaue Kostenfolgeabschätzung vornehmen. Mangels entsprechender Angaben ist eine Schätzung auf anderen Wegen zu unternehmen. Der bei den 14 Bf. ermittelte Mehraufwand von insgesamt bereits 2.883.438 € lässt sich zwar nicht unmittelbar allein auf die Zahl der Ämter hochrechnen, also nicht dadurch, dass die Zahl 187 durch 14 geteilt und mit den Mehrkosten multipliziert wird. Denn wie die Kommunen sind auch deren Jugendämter höchst unterschiedlich groß. Dazu kommt die je nach Kommune sehr unterschiedliche Ausgangsposition hinsichtlich der vor der Änderung praktizierten Betreuungsschlüssel, die ja gerade Ausdruck der Organisationsgewalt und damit der kommunalen Selbstverwaltung war. Immerhin lassen sich die Größenunterschiede zwischen den Kommunen aber dadurch berücksichtigen, dass die Einwohnerzahl in die Berechnung einbezogen wird: Die Bf. repräsentieren insgesamt 4.744.541 Mio. Einwohner; bei einer Gesamteinwohnerzahl von NRW in Höhe von 17.873.706 Mio. ist das ein Anteil von knapp weniger als 27 % (26,545 %). Die bei den Bf. zu erwartenden Mehrkosten betragen aber bereits mehr als 64,6 % der Wesentlichkeitsschwelle von 4,46 Mio. €. Eine Hochrechnung im Dreisatz über die Einwohnerzahlen ließe eine Kostensteigerung von mehr als 10 Mio. € erwarten. Mit einem anderen Rechenansatz lässt sich auch von den unterschiedlichen Ausgangspositionen bei der Betreuung abstrahieren und ebenfalls leicht erkennen, dass die sog. Wesentlichkeitsschwelle durch den neu eingeführten Personalschlüssel bei weitem überschritten wird. Diese Grenze würde nämlich schon dann erreicht, wenn im Durchschnitt bei jedem Jugendamt Mehrkosten von knapp 23.851 € im Jahr anfielen (4,46 Mio. € verteilt auf 187 Jugendämter ergibt 23.850,267 €). Selbst wenn also durchschnittlich nur ein Mehrbedarf von 0,5 VZÄ pro Jugendhilfeträger entstünde, wäre sie klar überschritten – und bereits die (zugegebenermaßen nicht repräsentative, aber aufschlussreiche) Tabelle mit den Erhebungen bei den Bf. belegt, dass dieser Mehrbedarf schon in einem relativ kleinen Jugendamt mindestens besteht. Entscheidend bleibt aber der landesweite Durchschnitt bei den betroffenen Trägern. Und der liegt, wie ebenfalls aus den wenigen vorliegenden Zahlen leicht erkennbar ist, weit darüber.

222 Angaben nach den Ergebnissen einer Umfrage, durchgeführt durch die Geschäftsstelle des Städtetags Nordrhein-Westfalen im November und Dezember 2011 (Aktenzeichen 51.32.01) aufgrund eines Beschlusses in der 110. Sitzung des Sozial- und Jugendausschusses des Städtetages Nordrhein-Westfalen am 13.10.2011, Tagesordnungspunkt 14c.

Insgesamt lassen die vorhandenen Zahlen den Schluss zu, dass bereits der mit der Änderung des § 55 Abs. 2 SGB VIII durch das VormBtRÄndG ab dem 5.7.2012 verbundene erhöhte Personalaufwand für die Führung von Vormundschaften bzw. Pflegschaften dazu führen wird, dass die Mindestbelastungsschwelle, ab deren Erreichen eine Verpflichtung zum Belastungsausgleich ausgelöst wird, eindeutig überschritten wird. Hier kann das nur plausibel und nachvollziehbar vorgetragen werden. Es obliegt dem Gesetzgeber, im Rahmen des erforderlichen Belastungsausgleichs eine Kostenfolgeabschätzung vorzunehmen. Eine flächendeckende Erhebung, die als Beweismittel (§ 18 Abs. 1 S. 2 VerfGHG) in Frage käme, kann angeboten werden. Sie würde die jetzt schon vorliegenden Ergebnisse bestätigen – zumal in diesen Ergebnissen die mit der Änderung des § 55 Abs. 2 SGB VIII verbundenen qualitativen Mehraufwendungen (dazu oben, II.2.c)) noch gar keine Berücksichtigung gefunden haben.

Weil das Land Nordrhein-Westfalen sich weigert, eine Regelung zum Belastungsausgleich zu treffen, obwohl die dem Land zuzurechnende Änderung des § 55 SGB VIII für die betroffenen Kommunen ab dem 5.7.2012 eine wesentliche Belastung der Beschwerdeführer i.S.v. Art. 78 Abs. 3 LV NRW herbeiführt, ist das in Art. 78 Abs. 3 LV NRW niedergelegte Konnexitätsprinzip verletzt. Die Pflicht, einen den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechenden Belastungsausgleich zu regeln, dient der Verwirklichung des Rechts der Kommunen auf Selbstverwaltung nach Art. 78 Abs. 1 und Abs. 3 LV NRW. Der Nichterlass einer entsprechenden Regelung verletzt deshalb das verfassungsmäßige Recht der Bf. auf kommunale Selbstverwaltung.



(Ulrich Becker)