

HELMUT SIEKMANN

Die Spielbankabgabe und die Beteiligung der Gemeinden an
ihrem Aufkommen – zugleich ein Beitrag zu den finanzverfas-
sungsrechtlichen Ansprüchen der Gemeinden

Institute for Monetary and Financial Stability

JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT AM MAIN

PROF. DR. HELMUT SIEKMANN

INSTITUTE FOR MONETARY AND FINANCIAL STABILITY
PROFESSUR FÜR GELD-, WÄHRUNGS- UND NOTENBANKRECHT
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT
MERTONSTR. 17
60325 FRANKFURT AM MAIN

TELEFON: (069) 798 – 23664
TELEFAX: (069) 798 – 23651
E-MAIL: GELD-UND-WAEHRUNG@JUR.UNI-FRANKFURT.DE

HELMUT SIEKMANN

**Die Spielbankabgabe und die Beteiligung der Gemeinden an
ihrem Aufkommen – zugleich ein Beitrag zu den finanzverfas-
sungsrechtlichen Ansprüchen der Gemeinden**

Institute for Monetary and Financial Stability
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT AM MAIN

WORKING PAPER SERIES No. 10 (2007)

GLIEDERUNG

EINFÜHRUNG UND PROBLEMSTELLUNG	1
A. FORM UND VERFAHREN.....	2
I. Änderung der Verordnung durch förmliches Gesetz	2
1. Der rechtliche Rahmen	2
2. Die Schaffung von Verordnungsrecht durch den parlamentari- schen Gesetzgeber.....	3
3. Die strikte Beachtung des Vorrangs des Gesetzes.....	5
a) Vereinbarkeit mit dem Vorrang des Gesetzes	5
b) Verbot der Verordnungsgebung durch Gesetz	6
aa) Grundsatzkritik	6
bb) Unzulässigkeit von Umformulierungen und Ergänzungen.....	7
4. Zwischenergebnis	8
II. Verletzung von Rechten der Spielbankgemeinden im Gesetzgebungsver- fahren	8
1. Die speziellen Regeln des Gesetzgebungsverfahrens.....	8
a) Verfassungsrecht.....	8
b) Einfaches Recht	9
c) Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers	10
d) Zwischenergebnis.....	11
2. Der „Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens“	12
a) Ausweitung auf die kommunale Ebene.....	12
b) Akzessorische Natur des Grundsatzes.....	14
c) Zwischenergebnis	14
3. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung.....	14
a) Der Grundsatz des „gemeindefreundlichen Verhaltens“	15
aa) Abgrenzung	16
bb) Anhörungsrecht	17
cc) Verletzung eines Anhörungsrechts	19
b) Anhörungsrechte der Gemeinden im Übrigen	20
aa) Raumbedeutsame Gegenstände der Regelung	20
bb) Namensrecht im Neugliederungsverfahren	21
cc) Festlegung von Flugrouten und Warteverfahren in der Luftfahrt.....	22
c) Zwischenergebnis	23
4. Zwischenergebnis	24

III. Fazit der Erwägungen zu Form und Verfahren.....	24
B. MATERIELLRECHTLICHE ANFORDERUNGEN.....	25
I. Beachtung der einfachgesetzlichen Vorgaben	25
II. Beachtung der verfassungsrechtlichen Anforderungen	26
1. Die Erhebung einer Spielbankabgabe	26
a) Gesetzgebungszuständigkeit des Landes	26
b) Zulässigkeit der Erhebung einer Spielbankabgabe	28
2. Die Weiterleitung von Ertragsanteilen.....	29
3. Anspruch auf Zuweisung eines Anteils an dem Aufkommen der Spielbankabgabe	31
a) Anspruchsgrundlage Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG	32
aa) Verhältnis zu den Gewährleistungen der Landesverfassung.....	32
bb) Gewährung von Ansprüchen	33
cc) Gewährleistung einer wirtschaftskraftbezogenen Steuerquelle	34
dd) Allgemeine Gewährleistung der finanziellen Eigenverantwortung	35
b) Anspruchsgrundlage Art. 106 Abs. 2 GG.....	39
c) Anspruchsgrundlage Art. 106 Abs. 6 GG.....	41
aa) Abgeltungswirkung der Spielbankabgabe	41
bb) Bestands- und Ertragsgarantien aus Art. 106 Abs. 6 GG	44
(a) Bestandsgarantie für die Gewerbesteuer	44
(b) Garantie eines bestimmten Aufkommens.....	45
(c) Gesetzgebungskompetenz des Bundes	46
(d) Verknüpfung der gewerbesteuerlichen Regelung mit der Spielbankabgabe	48
cc) Zwischenergebnis	50
d) Anspruchsgrundlage Art. 79 LVerf. NW.....	51
e) Anspruchsgrundlage Art. 78 Abs. 1 LVerf. NW.....	51
f) Verletzung des interkommunalen Gleichbehandlungsgebots	53
g) Zwischenergebnis.....	55
4. Zwischenergebnis	55
III. Fazit der Erwägungen zu den materiellrechtlichen Anforderungen	56
C. ERGEBNISSE.....	58

LITERATURVERZEICHNIS

- AK-GG *Denninger, Erhard* (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. (Loseblatt, Stand: 2002).
- Badura *Badura, Peter*, Staatsrecht, 3. Aufl., München, 2003.
- BK *Dolzer, Rudolf / Vogel, Klaus / Graßhof, Karin* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg (Loseblatt, Stand: August 2007, 130. Ergänzungslieferung).
- Czapski *Czapski, H.*, Spielbankabgabe und Steuer, DGStZ 1967, S. 145 ff.
- Dreier *Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band II, Artikel 20-82, 2. Aufl., Tübingen, 2006; Band III, Artikel 83-146, Tübingen, 2000.
- Erichsen/Ehlers *Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., Berlin, 2005.
- Glanegger/Güroff *Glanegger, Peter / Güroff, Georg*, Gewerbesteuerrecht, Kommentar, 6. Aufl., München, 2006.
- Grawert *Grawert, Rolf*, Die Kommunen in Länderfinanzausgleich, Berlin, 1989.
- Grawert, Rolf*, Kommunale Finanzhoheit und Steuerhoheit, in: Festgabe zum 70. Geburtstag G.C. v. Unruh, Berlin, 1983.
- Grawert, Rolf*, Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, Wiesbaden, 1998.
- Häde *Häde, Ulrich*, Finanzausgleich, Tübingen, 1996.
- Henneke *Henneke, Hans-Günther*, Öffentliches Finanzwesen - Finanzverfassung, 3. Aufl., Heidelberg, 2007.
- Hufen *Hufen, Friedhelm*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl., Baden-Baden, 2002.
- Hufen, Friedhelm*, Aufgabenentzug und Aufgabenüberlastung, DÖV 1998, S. 276 ff.

- Hübschmann/Hepp/Spitaler *Hübschmann, Walter / Hepp, Ernst / Spitaler, Armin*, Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, Kommentar, Köln, (Loseblattsammlung, Stand: 2005).
- Jarass/Pieroth *Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo*, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl., München, 2007.
- Jekewitz *Jekewitz, Jürgen*, Deutscher Bundestag und Rechtsverordnungen, NVwZ 1994, S. 956 ff.
- Koch *Koch, Thorsten*, Verfassungsfragen der Beteiligung der Spielbankengemeinden an der Spielbankabgabe, Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung, NdsVBL 2001, S. 305 ff.
- Koenig/Siewer *Koenig, Christian / Siewer, Thilo*, Zur Verfassungsmäßigkeit der unentgeltlichen Nutzungsberechtigungen von Telekommunikationsnetzbetreibern an kommunalen Verkehrswegen, NVwZ 2000, S. 609 ff.
- Korioth *Korioth, Stefan*, Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, Tübingen, 1997.
- Külpmann *Külpmann, Christoph*, Änderungen von Rechtsordnungen durch den Gesetzgeber, NJW 2002, S. 3436 ff.
- Lauer *Lauer, Alfons*, Staat und Spielbanken. Rechtsfragen des Staatshandelns in einem Spannungsfeld zwischen Erwerbswirtschaft und Gefahrenabwehr, Heidelberg, 1993.
- Lenski/Steinberg *Lenski, Edgar / Steinberg, Wilhelm*, Kommentar zum Gewerbesteuergesetz, 9. Aufl., Köln, 1995.
- Löwer/Tettinger *Löwer, Wolfgang / Tettinger, Peter* (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Stuttgart München Hannover Berlin Weimar Dresden, 2002.
- Macher *Macher, Ludwig*, Der Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens, Berlin, 1971.
- Mann *Mann, Thomas*, Fortgeltende Rechtsverordnungen der DDR und der Gesetzesvorbehalt, DÖV 1999, S. 228 ff.
- Maunz/Dürig *Maunz, Theodor / Dürig, Günter*, Grundgesetz, München (Loseblatt, Stand: 2006).
- Meis *Meis, Christiane*, Verfassungsrechtliche Beziehungen zwischen Bund und Gemeinden, Baden-Baden, 1989.

- Mückl *Mückl, Stefan*, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung, Stuttgart München Hannover Berlin Weimar Dresden, 1998.
- Ossenbühl *Ossenbühl, Fritz*, § 64 Rechtsetzung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, Band III, Heidelberg, 1988.
- Osterloh *Osterloh, Lerke*, Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz – Entwicklungslinien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2002, S. 309 ff.
- Pagenkopf *Pagenkopf, Hans*, Der Finanzausgleich im Bundesstaat, 1981.
- Sachs *Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München, 2007.
- Schmidt-Aßmann *Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl., Berlin, 2005.
- Schmidt-Bleibtreu/Klein *Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Klein, Franz*, Kommentar zum Grundgesetz, 10. Aufl., München, 2004.
- Schmitz *Schmitz, Hans G.*, Die Spielbankabgabe in der Bundesrepublik Deutschland, Finanzarchiv 1965, S. 472 ff.
- Schoch/Wieland *Schoch, Friedrich / Wieland, Joachim*, Finanzierungsverantwortung für gesetzgeberisch veranlasste kommunale Aufgaben, Stuttgart, 1995.
- Selmer/Hummel *Selmer, Peter / Hummel, Lars*, Verfassungsrechtliche Pflicht der Gemeinden zur Erhebung von Gewerbesteuer? – Überlegungen auf der Grundlage des BVerfG-Beschlusses vom 25.1.2005, NVwZ 2006, S. 14 ff.
- Sendler *Sendler, Horst*, Ordnungsänderung durch den Gesetzgeber und „Entsteinerungsklauseln“, NJW 2001, S. 2859 ff.
- Siekmann *Siekmann, Helmut*, Staatsrecht I: Grundrechte, 3. Aufl, Frankfurt, 2000.
- Stern *Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Aufl., München, 1984; Band II, München, 1980.

- Studenroth *Studenroth, Stefan*, Einflussnahme des Bundestages auf Erlass, Inhalt und Bestand von Rechtsverordnungen, DÖV 1995, S. 531 ff.
- Tipke/Lang *Tipke, Klaus / Lang, Joachim*, Steuerrecht, 18. Aufl., Köln, 2005.
- Uhle *Uhle, Arnd*, Ordnungsänderung durch Gesetz und Gesetzesänderungen durch Verordnung?, DÖV 2001, S. 241 ff.
- Umbach/Clemens *Umbach, Dieter / C. Clemens, Thomas*, Grundgesetz, Band I, Heidelberg, 2002.
- Vogel *Vogel, Klaus*, § 87 Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, Heidelberg, 1990, S. 3 ff.
- Vogt *Vogt, Herbert*, Spielbankabgaben, Zeitschrift für Kommunal Finanzen 1984, S. 162 ff.
- Volkmann *Volkmann, Uwe*, Der Anspruch der Kommunen auf finanzielle Mindestausstattung, DÖV 2001, S. 497 ff.
- v. Arnim *v. Arnim, Hans-Herbert*, § 103 Finanzzuständigkeit, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, Heidelberg, 1990, S. 987 ff.
- v. Arnim, Hans-Herbert*, Der Landkreis, 1985, S. 520 ff.
- v. Kempis *v. Kempis, Friedrich Karl*, Die Treuepflichten zwischen Gemeinden und Staat und den Gemeinden untereinander, Köln, 1971.
- v. Mangoldt/Klein/Starck *v. Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich / Starck, Christian (Hrsg.)*, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 5. Aufl., München, 2005.
- v. Münch/Kunig *v. Münch, Ingo / Kunig, Philip (Hrsg.)*, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 4./5. Aufl., München, 2001; Band 3, 4./5. Aufl., München, 2003.
- Waldhoff *Waldhoff, Christian*, Reformperspektiven im Finanzrecht – ein Überblick, Die Verwaltung, Bd. 39 (2006), S. 155 ff.
- Walter *Walter, Hannfried*, Spielbankabgabe und Finanzverfassung, Steuer und Wirtschaft 1972, S. 225 ff.

- Weiß *Weiß, Bernd*, Die völkerrechtliche Pflicht zur Aufgabenadäquaten Finanzausstattung der Kommunen, DÖV 2000, S. 905 ff.
- Wendt *Wendt, Rudolf*, Abschaffung und Ersetzung der Gewerbesteuer aus verfassungsrechtlicher und verfassungspolitischer Sicht, BB 1987, S. 1677 ff.
- Wendt, Rudolf*, § 104 Finanzhoheit und Finanzausgleich, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, Heidelberg, 1990, S. 1021 ff.

EINFÜHRUNG UND PROBLEMSTELLUNG

Die Spielbankenunternehmer haben in Nordrhein-Westfalen eine Spielbankabgabe in Höhe von 80 % der Bruttospielerträge zu entrichten, § 4 Abs. 2 Satz 1 des Spielbankengesetzes NW¹. Nach Absatz 3 derselben Norm sind sie dafür von denjenigen Landes- und Gemeindesteuern befreit, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Betrieb der Spielbank stehen. Ein „angemessener“ Anteil dieser Abgabe ist den jeweiligen Spielbankgemeinden wegen der Befreiung des Spielbankunternehmers von Gemeindesteuern zuzuwenden. Durch Rechtsverordnung bestimmt der Innenminister im Einvernehmen mit dem Finanzminister die Höhe dieses Anteils, § 4 Abs. 2 Satz 3 Spielbankgesetz NW. Dies ist in § 1 der Verordnung über den Anteil der Spielbankgemeinden an der Spielbankabgabe vom 8. Mai 1985² geschehen. Nr. 7 des Haushaltsstrukturgesetzes 2006³ hat diesen Anteil von 15 % auf 12 % abgesenkt. Die Absenkung ist am 1. Juli 2006 in Kraft getreten, § 2 Nr. 2 des Haushaltsstrukturgesetzes 2006.⁴

Als Folge von Artikel 2 des Gesetzes zur Eindämmung missbräuchlicher Steuergestaltungen⁵ wird die zu zahlende Umsatzsteuer seit dem 6. Mai 2006 auf die Spielbankabgabe angerechnet. Das bedeutet, dass sich der Landesanteil an den Bruttospielerträgen um die anzurechnende Umsatzsteuer verringert.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob Rechte der Spielbankgemeinden in Nordrhein-Westfalen verletzt worden sind. Es handelt sich um die Städte Aachen, Bad Oeynhausen, Dortmund und Duisburg.

¹ Gesetz über die Zulassung öffentlicher Spielbanken im Land Nordrhein-Westfalen (Spielbankgesetz NW – SpielbG NW) vom 19.03.1974, GV. NRW, S. 93

² GV. NRW, S. 438

³ Gesetz zur Änderung haushaltswirksamer Landesgesetze (Haushaltsstrukturgesetz 2006) vom 23. Mai 2006, GV. NRW. S. 197, 205.

⁴ GV. NRW, S. 197, 206.

⁵ Vom 28.04.2006, BGBl. I, S. 1095.

A. FORM UND VERFAHREN

I. Änderung der Verordnung durch förmliches Gesetz

Der Landtag des Landes Nordrhein-Westfalen hat in Art. 2⁶ des Gesetzes über die „Feststellung des Haushaltsplans des Landes Nordrhein-Westfalen für das Haushaltsjahr 2006 und des Gesetzes zur Änderung haushaltswirksamer Landesgesetze (Haushaltsstrukturgesetz 2006)“⁷ unter Nr. 7 eine Regelung getroffen, welche die „Verordnung über den Anteil der Spielbankengemeinden an der Spielbankenabgabe“ (Anteilsverordnung) wie folgt ändert:

„In § 1 der Verordnung über den Anteil der Spielbankengemeinden an der Spielbankenabgabe vom 8. Mai 1985 (GV.NRW, S.438), zuletzt geändert durch Artikel 189 des Gesetzes vom 5. April (GV.NRW, S.274), wird die Zahl „15“ durch die Zahl „12“ ersetzt.“

Es stellt sich zunächst die Frage, ob die gesetzliche Regelung, die in die Regelungsmaterie der Anteilsverordnung eingreift, in dieser Form ergehen durfte.

1. Der rechtliche Rahmen

Nach Art. 70 LVerf. NW darf die Exekutive durch Gesetz zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt werden. Das Spielbankengesetz NW enthält eine solche Ermächtigung in § 4 Abs. 2. Die Landesregierung hat von der Ermächtigung mit dem Erlass der Anteilsverordnung (Verordnung über den Anteil der Spielbankengemeinden an der Spielbankenabgabe⁸) Gebrauch gemacht. Diese ist durch das Haushaltsbegleitgesetz 2006, ein

⁶ Artikel 2 trägt die Bezeichnung: „Gesetz zur Änderung haushaltswirksamer Landesgesetze (Haushaltsbegleitgesetz 2006)“. Sie stimmt damit nicht genau mit der Bezeichnung in der Überschrift für das gesamte Gesetz überein.

⁷ GV. NRW, S. 197.

⁸ Vom 8.05.1985, GV. NRW, S. 438.

vom Parlament erlassenes, förmliches Gesetz, geändert worden. Das Gesetz hat den Regelungsgehalt einer Rechtsverordnung dadurch umgestaltet, dass die Zahl „15“ in § 1 der Anteilsverordnung durch die Zahl „12“ ersetzt wurde.

Wenn der Parlamentsgesetzgeber eine Verordnung, welche die Exekutive erlassen hat, ändert, ergeben sich die rechtlichen Maßstäbe zur Beurteilung dieser Vorgehensweise aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Erlass und die Änderung von Verordnungen, da materiell Verordnungsgebung vorliegt. Auch wenn Art. 70 LVerf. NW nicht wörtlich mit Art. 80 GG übereinstimmt, erfüllt er doch dieselbe rechtsstaatliche Funktion. Die in der Literatur und Rechtsprechung angestellten Überlegungen zu Rechtsverordnungen auf Bundesebene können deshalb insoweit auf die Landesebene übertragen werden. Die grundsätzlichen Fragen zum Verhältnis von Maßnahmen des Parlamentsgesetzgebers zum Verordnungsrecht der Exekutive müssen auf Landes- und Bundesebene gleich beantwortet werden.

Zunächst ist zu klären, welche Rechtsnatur ein derartiger „Eingriff“ des Haushaltsgesetzgebers in die Regelungsmaterie der Spielbankverordnung hat, und dann, ob er in dieser Form zulässig ist.

2. Die Schaffung von Verordnungsrecht durch den parlamentarischen Gesetzgeber

Indem Art. 2 des Haushaltsgesetzes die Zahl „15“ durch die Zahl „12“ ersetzt, könnte unmittelbar Verordnungsrecht geschaffen worden sein. Der geänderte § 1 der Spielbankverordnung stünde weiter im Rang einer Verordnung.

Das rechtsstaatliche Gebot des Vorrangs des Gesetzes dürfte dem Erlass oder der Änderung einer Verordnung durch förmliches Gesetz aber dann entgegen stehen, wenn auf diese Weise Gesetzesrecht geschaffen wird, das keinen Vorrang gegenüber dem Verordnungsrecht hat. Das durch den parlamentarischen Gesetzgeber geschaffene Recht würde den Verordnungsgeber nicht binden. Es stünde in seinem Belieben, dieses vom Par-

lament geschaffene Recht nach seinen Vorstellungen wieder aufzuheben oder abzuändern.

Nach Ansicht des überwiegenden Teiles von Literatur und Rechtsprechung darf der parlamentarische Gesetzgeber unter keinen Umständen Recht in der Form von Rechtsverordnungen setzen. Die Rechtsetzungsinstrumente von Legislative und Exekutive seien streng zu trennen.⁹ Das hat zur Folge, dass der Gesetzgeber keine Rechtsverordnungen erlassen darf und auch nicht den Inhalt einer Verordnung auf Verordnungsebene ändern darf. Der Gesetzgeber darf danach nur Gesetzesrecht, nicht aber Verordnungsrecht schaffen.¹⁰

Allerdings wird vereinzelt eine Ausnahme in diesem Bereich für möglich gehalten.¹¹ Diese dürfte sich freilich nur auf solche Änderungen von in Rechtsverordnungen geregelten Materien beziehen, die eine so genannte Entsteinerungsklausel enthalten.¹² Durch eine solche Klausel wird die Exekutive ermächtigt, die vom Gesetzgeber getroffene Regelung wieder zu ändern. Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor.

Die Änderung der Anteilsverordnung durch den Haushaltsgesetzgeber ist also nur dann haltbar, wenn sie nicht als Verordnungsgebung verstanden wird.

⁹ BVerfGE 22, S. 330 (346); BVerfGE 24, S. 184 (193); BVerfGE, NVwZ 1997, S. 261 (262); *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 80 Rdn. 23; *Sannwald*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Art. 80 Rdn. 11; *Stern*, Staatsrecht II, S. 665; *Studenroth*, DÖV 1995, S. 525.

¹⁰ *Stern*, Staatsrecht II, S. 665; *Studenroth*, DÖV 1995, S. 533; *Uhle*, DÖV 2001, S. 242.

¹¹ *Külpmann*, NJW 2002, S. 3439; *Sendler*, NJW 2001, S. 2860.

¹² *Sendler*, NJW 2001, S. 2860.

3. Die strikte Beachtung des Vorrangs des Gesetzes

Der Grundsatz des Gesetzesvorrangs ist streng zu beachten und lässt in diesem Bereich keinerlei Ausnahmen zu.¹³

a) Vereinbarkeit mit dem Vorrang des Gesetzes

Dennoch wird ganz überwiegend dem (parlamentarischen) Gesetzgeber zugestanden, die in einer Rechtsverordnung inhaltlich geregelte Materie durch (förmliche) gesetzliche Regelungen zu ersetzen oder inhaltlich anders zu regeln. Nur schaffe er kein – im Range unter dem förmlichen Gesetz stehendes – Verordnungsrecht. Es ist alleine seine Regelung, die im Rahmen ihrer Regelungsreichweite gilt. Sie bleibt förmliches Gesetz und hat als solches Vorrang vor dem Verordnungsrecht.

Folgt man dieser Sichtweise, ist durch das Haushaltsbegleitgesetz 2006 eine gesetzliche Regelung getroffen worden, die nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes der inhaltlichen Regelung der Anteilsverordnung vorgeht und die alte Regelung der Verordnung in diesem Bereich wegen eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht nichtig macht. Das Tätigwerden des Gesetzgebers auf einem Gebiet, für das inhaltlich bereits Regelungen einer Rechtsverordnung bestehen, führt dazu, dass die durch den Gesetzgeber erlassene abweichende Regelung als gesetzliche Regelung Bestand hat.¹⁴ Statt 15 v. H. gilt jetzt 12 v. H., aber nicht als Verordnungsrecht, sondern als Gesetzesrecht.

Als Folge einer solchen Vorgehensweise entsteht ein Mischgebilde. Teile der ursprünglichen Spielbankverordnung würden im Rang einer Rechtsverordnung neben Regelungen im Rang eines Landesgesetzes stehen. Die zuletzt genannten Regelungen können – als weitere Folge - auch nur noch vom Gesetzgeber geändert werden.

¹³ *Badura*, F 17, S. 474; *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, Art. 80 Rdn. 5; *Rubel*, in: Umbach/Clemens, Art. 80 Rdn. 55; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 80 Rdn. 12; *Stern*, Staatsrecht II, S. 665; *Studenroth*, DÖV 1995, S. 532; *Uhle*, DÖV 2001, S. 242.

¹⁴ *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, Art. 80 Rdn. 5; *Jekewitz*, NVwZ 1994, S. 957; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 80 Rdn. 13; *Uhle*, DÖV 2001, S. 242.

Für eine solche Betrachtungsweise spricht auch die konkret in Art. 2 des Haushaltsgesetzes gewählte Bezeichnung: „Gesetz zur Änderung haushaltswirksamer Landesgesetze“. Der hier betroffene § 1 Anteilsverordnung wurde bereits durch Art. 189 des Gesetzes vom 5. April 2005 (GV.NRW, S. 274) geändert. Geht man von einer gesetzlichen Regelung aus, die als solche auf gesetzlicher Ebene der ursprünglichen Verordnungsbestimmung vorgeht, hätte dieser Teil der Spielbankenverordnung schon vor der Änderung durch die Haushaltsgesetzgebung des Jahres 2006 schon den Rang eines Landesgesetzes gehabt und wäre daher der Regelungsbefugnis des Verordnungsgebers ohnehin entzogen gewesen. Die Regelung war dann ein förmliches Landesgesetz, auch wenn sie in einer Verordnung stand. Dieses Gesetz wurde durch das Haushaltsbegleitgesetz 2006 erneut geändert.

b) Verbot der Verordnungsgebung durch Gesetz

aa) Grundsatzkritik

Teilweise wird in der Literatur ein solches Vorgehen als verfassungswidrig angesehen.¹⁵ Durch die punktuelle nachträgliche Veränderung einer zunächst durch Rechtsverordnung geregelten Materie durch Landesgesetz werde eine eindeutige Abgrenzung der Handlungsbereiche der Legislative und Exekutive vereitelt. Für den Außenstehenden sei es nicht mehr möglich, auf den ersten Blick zu erkennen, welche Regelung welchen rechtlichen Rang habe.¹⁶ Wegen der damit verbundenen Unklarheit über die Rangverhältnisse der einzelnen Vorschriften innerhalb eines Regelwerkes ergäben sich zudem Bedenken aus dem rechtsstaatlichen Gebot der Rechtssicherheit und der Garantie eines effektiven Rechtsschutzes, Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG.¹⁷

¹⁵ Kritisch *Lücke/Mann*, in: Sachs, Art. 80 Rdn. 7f.; *Mann*, in: Löwer/Tettinger, Art. 70 Rdn. 22ff.

¹⁶ *Lücke/Mann*, in: Sachs, Art. 80 Rdn. 7a; *Mann*, in: Löwer/Tettinger, Art. 70 Rdn. 24; *ders.*, DÖV 1999, S. 231.

¹⁷ *Lücke/Mann*, in: Sachs, Art. 80 Rdn. 7a.

Gegenüber den zuletzt genannten Bedenken ist jedoch anzumerken, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes Akte der Legislative keine Maßnahmen der öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG darstellen.¹⁸ Ferner ist Art. 19 Abs. 4 GG auch dann nicht verletzt, wenn statt einer Norm der Exekutive ein förmliches Gesetz ergeht und damit unter Umständen der Rechtsschutz (gezielt) eingeschränkt wird.¹⁹

bb) Unzulässigkeit von Umformulierungen und Ergänzungen

Lücke und *Mann* halten es jedoch für zulässig, eine Rechtsverordnung durch Gesetz vollständig aufzuheben oder zu ersetzen. Ihre Bedenken beziehen sich hauptsächlich auf die Änderung einer Rechtsverordnung durch Gesetz. Der Parlamentsgesetzgeber dürfe nicht den von der Exekutive geschaffenen Text *umformulieren* oder *ergänzen*. Sie führe zu der kritikwürdigen Vermischung der Zuständigkeiten. Eine Umformulierung oder Ergänzung des Textes liegt hier aber nicht vor. Die Änderung des Anteils der Spielbankgemeinden durch das Haushaltsbegleitgesetz 2006 ist als teilweise *Ersetzung* einer Regelung betrachten.

Gleichzeitig ist es den Adressaten der Regelung mit zumutbarem Einsatz möglich, die Regelung, die in Nr. 7 des Haushaltsbegleitgesetzes 2006 getroffen und ordnungsgemäß publiziert worden ist, als Parlamentsgesetz zu identifizieren. Damit kann auch der jetzige Rang von § 1 der Anteilsverordnung hinreichend klar festgestellt werden.

Aber selbst wenn man Art. 19 Abs. 4 GG auf Akte der Gesetzgebung anwenden will, kann er nicht verletzt sein. Die Bestimmung verlangt nicht, dass es überhaupt keine Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Rechtsweges und der Klageart²⁰ geben darf. Vielmehr ordnet sie in diesem Zusammenhang nur an, dass eventuell bestehende Schwierigkeiten bei der Rechtswegbestimmung nicht zu Lasten des Betroffenen gehen

¹⁸ BVerfGE 24, S. 33 (49ff.); BVerfGE 24, S. 367 (401); BVerfGE 31, S. 364 (367f.); ebenso *Siekmann*, Staatsrecht I, Rdn. 700f.

¹⁹ BVerfGE 70, S. 35 (56).

²⁰ Das ist eines der Bedenken von *Lücke/Mann*, in: *Sachs*, Art. 80 Rdn. 7a.

dürfen.²¹ Die hier unter Umständen gegebene Schwierigkeit der Wahl des richtigen Rechtsschutzbegehrens bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass es deshalb zu einer Benachteiligung der Adressaten vor Gericht kommen würde.

4. Zwischenergebnis

Dem Landesgesetzgeber ist es möglich, auch nach Erlass einer Rechtsverordnung Teile dieser Verordnung durch Gesetz zu verändern. Die Veränderungen erlangen insoweit den Rang eines Landesgesetzes und können nur noch durch den Landesgesetzgeber erneut geändert werden. Dieses Ergebnis führt zu einer weniger eindeutigen Abgrenzung der Handlungsbereiche von Exekutive und Legislative als bei einer reinen Verordnungsgebung oder bei einer reinen Parlamentsgesetzgebung. Sie ist jedoch Folge einer strikten Anwendung des Grundsatzes des Vorrangs des Gesetzes und stellt keine verfassungswidrige Einschränkung der Rechte der Regelungsadressaten dar.

II. Verletzung von Rechten der Spielbankgemeinden im Gesetzgebungsverfahren

Möglicherweise sind jedoch Anhörungsrechte der Spielbankgemeinden im Gesetzgebungsverfahren verletzt worden.

1. Die speziellen Regeln des Gesetzgebungsverfahrens

a) Verfassungsrecht

Zunächst kommt eine Verletzung von Anhörungsrechten in Betracht, die sich aus dem Landesverfassungsrecht ergeben. Da die Anteilsverordnung durch ein förmliches Landesgesetz geändert worden ist, müssen die Regeln über das Gesetzgebungsverfahren daraufhin untersucht werden, ob

²¹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 19 Rdn. 53.

sie Anhörungsrechte enthalten, die möglicherweise verletzt worden sind. Die Vorschriften über die Landesgesetzgebung (Art. 65 ff. LVerf. NW) enthalten aber keine allgemeinen Anhörungsrechte für die von der Gesetzgebung Betroffenen.

b) Einfaches Recht

Ein Anhörungsrecht der Spielbankgemeinden könnte sich aber aus einfachgesetzlichen Vorschriften zum Verfahren der Verordnungsgebung ergeben. Zwar wurde hier keine Verordnung erlassen, sondern die Regelungsmaterie einer Verordnung durch Gesetz verändert. Möglicherweise sind aber Vorschriften, die Anhörungspflichten im Rahmen der Verordnungsgebung enthalten, bei der Gesetzgebung, die eine Verordnung ändert, ebenfalls heranzuziehen.

Allerdings bestehen nur wenige übergreifende Vorschriften für das Verfahren zum Erlass von Rechtsverordnungen.²² Ein Beispiel sind die §§ 62 ff. GGO für Verordnungen der Bundesregierung und der Bundesministerien, bei denen zwischen Anhörungsrechten im Vorfeld der Verordnungsgebung, der „Vorbereitungsphase“, und bei der Verordnungsgebung als solcher unterschieden wird.²³ Das Landesrecht normiert nur vereinzelt adressatenübergreifende Verfahrensregeln.²⁴ Im Recht von Nordrhein-Westfalen sind keine Regelungen ersichtlich, die der Exekutive allgemein eine bestimmte Verfahrensweise bei dem Erlass von Verordnungen vorschreiben. Vor allem greifen die Anhörungs- und Beteiligungsregeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes hier nicht ein. Der Erlass (oder die Änderung) einer Rechtsverordnungen ist ein Akt der Rechtssetzung und kein Verwaltungsverfahren im Sinne von § 9 VwVfG.²⁵

²² *Möstl*, in: Erichsen/Ehlers, § 19 Rdn. 6.

²³ BVerwGE 59, S. 50f.; *Ossenbühl*, in: HdBStR Bd. III, § 64 Rechtsverordnung, Rdn. 59, 64.

²⁴ *Möstl*, in: Erichsen/Ehlers, § 19 Rdn. 6.

²⁵ OVG NW, NWVBl. 2003, S. 95 (96); *Möstl*, in: Erichsen/Ehlers, § 18 Rdn. 18f.; dagegen *Hufen*, Rdn. 464ff.

c) Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers

Das sich danach ergebende Defizit ist auch nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen zu beanstanden. Es existiert kein allgemeiner verfassungsrechtlicher Satz, nach dem die Beteiligung von besonders Normbetroffenen bei der Verordnungsgebung notwendig ist.²⁶ Etwas anderes mag nur dann gelten, wenn das Gesetz, das eine Verordnungsermächtigung enthält ausdrücklich eine vorherige Anhörung vorschreibt. Die Missachtung einer solchen Anordnung führt zur Nichtigkeit der Verordnung.²⁷ Sie liegt hier aber nicht vor.

Allerdings hat *Hufen* eine grundsätzlich andere Sicht befürwortet. Für ihn ist die Frage der Beteiligung und Anhörung der Normadressaten und sonstiger „Betroffener“ immer mehr zum „Kernproblem des Normsetzungsverfahrens“ geworden.²⁸ Er erklärt die „noch weithin vertretene Auffassung, eine Beteiligung von Betroffenen im Normsetzungsverfahren“ sei nicht erforderlich, wo sie nicht ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben sei, für „nicht mehr haltbar“. Diese Auffassung verkenne, wie häufig und wie vielfältig heute untergesetzliche Normen direkt und unmittelbar in die Rechte einzelner Normbetroffener eingriffen. Die Beteiligung diene nicht nur der Informationsbeschaffung, sondern sei auch Ausdruck der verfahrensrechtlichen Schutzpflicht gegenüber den Normbetroffenen.²⁹ Die Ableitung von allgemeinen Anhörungsrechten aus verfahrensrechtlichen Schutzpflichten ist indes alles andere als zwingend. Zudem hat die Auffassung keine Akzeptanz in der Rechtsprechung gefunden. Ihr kann deshalb nicht gefolgt werden.

Es ist daher weiterhin davon auszugehen, dass es – von Ausnahmen abgesehen – letztlich im *Ermessen des Gesetzgebers* steht, welche Pflichten er der Exekutive für das Verfahren der jeweiligen Normsetzung im Rah-

²⁶ BVerfGE 42, S. 191 (205); BVerwGE 59, S. 48 (55); OVG NW, NWVBl. 2003 S. 96; *Möstl*, in: Erichsen/Ehlers, § 18 Rdn. 18.

²⁷ BVerfGE 10, S. 221 (226); gegen eine Nichtigkeitsfolge BVerwGE 59, S. 48.

²⁸ *Hufen*, Rdn. 464.

²⁹ *Hufen*, Rdn. 465.

men der Ermächtigung zur Normsetzung aufgibt.³⁰ Es ist namentlich „Sache der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, ob er für den Erlass von Verordnungen Anhörungsverfahren anordnet und wie er den Kreis der Anzuhörenden abgrenzt“,³¹ wie etwa bei der Festsetzung von Entgelten für Krankentransporte³² oder bei der Festlegung von Flugrouten.³³ Auch die Beteiligung von „Spitzenorganisationen“ des öffentlichen Dienstes bei beamtenrechtlichen Regelungen ist dem (einfachen) Gesetzgeber überlassen.³⁴ Ebenso wenig sind anerkannte Naturschutzverbände im Vorfeld einer Entscheidung, dass eine straßenrechtliche Planfeststellung zu unterbleiben hat, in Hessen anzuhören.³⁵

Eine etwas andere Sicht ist in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu finden. Sie hat ein Anhörungsrecht einer Gemeinde gegenüber dem Bund im Rechtssetzungsverfahren selbst – also nicht nur im Vorfeld – erwogen. Im Mittelpunkt der Erörterung stand jedoch nicht das Verfahren der Rechtssetzung im Allgemeinen, sondern die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG,³⁶ auf die später noch näher einzugehen sein wird.³⁷

d) Zwischenergebnis

Es bestand demnach keine Pflicht des Gesetzgebers, im Bereich der Spielbankabgabe für das Verfahren der Verordnungsgebung eine Anhörungspflicht der betroffenen Gemeinden vorzusehen. Es bedarf deshalb keiner weiteren Untersuchung, ob solche Vorgaben des Landesgesetzgebers gegebenenfalls auch auf die Veränderung von Regelungsinhalten

³⁰ Möstl, in: Erichsen/Ehlers, § 19 Rdn. 6.

³¹ BVerfGE 42, S. 191 (205).

³² BVerfGE 42, S. 191 (205).

³³ OVG NRW, NVWBl. 2003, S. 95.

³⁴ BVerfGE 56, S. 308 (315). Dort ist ausdrücklich festgestellt, dass der Gesetzgeber frei sei, „von einer solchen Beteiligung schlechthin abzusehen“.

³⁵ VGH Kassel, NVwZ 1982, S. 689.

³⁶ BVerfGE 56, S. 298.

³⁷ Unten Seite 14ff.

von Verordnungen durch den Gesetzgeber selbst – hier der Veränderung der Anteilsverordnung – anwendbar wären.

2. Der „Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens“

Anhörungsrechte, die möglicherweise verletzt worden sind, könnten aber aus dem grundgesetzlichen „Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens“ abzuleiten sein. Voraussetzung ist jedoch, dass es auf die Beziehung einer Gemeinde zu einem anderen Hoheitsträger anzuwenden ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies tatsächlich für möglich gehalten.³⁸

a) Ausweitung auf die kommunale Ebene

Unter dem „Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens“, auch als Grundsatz der Bundestreue bezeichnet, ist die Pflicht staatlicher Organe zu „gemeinschaftsfreundlichem Verhalten“ zu verstehen. Der Grundsatz enthält die Pflicht zur Kooperation, zur Abstimmung und zur gegenseitigen Rücksichtnahme, soweit es für die jeweilige ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung geboten ist und soweit es die Erfüllung der eigenen Aufgaben zulässt.³⁹ Grundsätzlich sind damit aber Verhaltenspflichten zwischen Bund und Ländern sowie der Länder untereinander gemeint.⁴⁰ Es ist daher sehr fraglich, ob die vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommene Ausweitung auf das Verhältnis zwischen Bund und Kommunen bei näherer Betrachtung Bestand haben kann.

In dem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht waren Pflichten und Rechte einer ostfriesischen autofreien Ferieninsel im Verhältnis zur – damals noch hoheitlich tätigen – Bundespost im Streit. Das Gericht untersuchte mögliche Pflichten der Bundesbehörde und der betroffenen Gemeinde zueinander und stützte sich dabei auf den „im Bundesstaatsprinzip verankerten Grundsatz der Bundestreue und die daraus folgende Pflicht

³⁸ BVerwG, DVBl. 1990, S. 46ff.

³⁹ BVerfGE 1, S. 299 (315); BVerwG, DVBl. 1990, S. 46 (47); *Bauer*, in: Dreier, Art. 20 Rdn. 39f.

⁴⁰ *Bauer*, in: Dreier, Art. 20 Rdn. 40.

staatlicher Organe zu ‚gemeinschaftsfreundlichem Verhalten‘. Die grundsätzliche Frage der Anwendbarkeit dieses Grundsatzes im Verhältnis zwischen dem Bund und einer Gemeinde erörterte es jedoch nicht. An Stelle einer Begründung gab es lediglich einen unspezifizierten Hinweis auf die Behandlung des Grundsatzes durch *Herzog*.

Das Urteil kann kaum als allgemeingültiger Denkansatz zum Anwendungsbereich des Grundsatzes verstanden werden und ist auch von der Kommentarliteratur abgelehnt worden. Die Gemeinden sind nicht unmittelbar am Bundesstaatsverhältnis beteiligt.⁴¹ Im Übrigen ist die Garantie kommunaler Selbstverwaltung sachnäher für die Begründung eines ‚gemeinschaftsfreundlichen Verhaltens‘.

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts muss deshalb auf den entschiedenen Einzelfall beschränkt bleiben. Sie ist auch weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur weiter aufgegriffen worden. Vor allem ist in der Vielzahl der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum ‚Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens‘ durchgängig in allen Variationen nur vom Bund-Länder-Verhältnis die Rede. Auch nicht einmal ansatzweise ist zu erkennen, dass das Gericht eine Ausweitung auf andere Rechtsverhältnisse in Betracht ziehen könnte.⁴²

Ist damit schon eine Erstreckung auf die Gemeinden schwerlich möglich, dürfte eine Übertragung auf das Verhältnis einer Gemeinde zum Landesgesetzgeber, also den Landesinnenbereich, völlig ausgeschlossen sein. Es mangelt an dem erforderlichen *bundesstaatlichen* Verhältnis.⁴³

⁴¹ *Bauer*, in: Dreier, Art. 20 Rdn. 40; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 Rdn. 20.

⁴² Vgl. nur BVerfGE 95, S. 250 (266); 103, S. 81 (88); 104, S. 238 (246); 110, S. 33 (52), wo eine klarstellende Bezeichnungsänderung zu ‚länderfreundlichem Verhalten‘ erfolgt; begrifflich noch nicht ganz so deutlich BVerfGE 42, S. 103 (117): ‚Rechtsbeziehungen zwischen verfassungsrechtlichen Größen im Bundesstaat‘.

⁴³ Deutlich *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Art. 20 IV Rdn. 122: ‚zeigt sich die Grundlage der Bundestreue in den prinzipiellen Beschränkungen ihres Anwendungsbereichs‘, ‚fehlt es innerhalb des Bundes oder eines Landes an dem vorausgesetzten bundesstaatlichen Verhältnis‘; *Bauer*, in: Dreier, Art. 20, Rdn. 40f.; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 Rdn. 21, der zudem darauf hinweist, dass bei der ‚Anwendung des Grundsatzes des bundesfreundlichen Verhaltens große Zurückhaltung [...] geboten‘ sei.

b) Akzessorische Natur des Grundsatzes

Im Übrigen kann der Grundsatz „nur innerhalb eines anderweitig begründeten gesetzlichen oder vertraglichen Rechtsverhältnisses [...] Bedeutung gewinnen“.⁴⁴ Er ist „akzessorischer Natur und begründet für sich alleine keine selbständigen Pflichten“⁴⁵. Die Regel „moderiert, variiert“ oder „ergänzt“ *anderweitig* begründete Rechte und Pflichten.⁴⁶ Es ist daher – ungeachtet seines Anwendungsbereichs – zu bezweifeln, dass mit dem Grundsatz des bundes- oder länderfreundlichen Verhaltens ein Anhörungsrecht der Spielbankgemeinden begründet werden kann.

c) Zwischenergebnis

Es ist außerordentlich zweifelhaft, ob der „Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens“ im Verhältnis zwischen einem Bundesland und seinen Gemeinden anzuwenden ist. Inhaltlich bietet er wegen seiner akzessorischen Natur kaum eine Grundlage für Anhörungsrechte betroffener Gemeinden im Gesetzgebungsverfahren. Er verpflichtete den Gesetzgeber nicht, die Spielbankgemeinden vor einer Änderung der Beteiligungsquote an der Spielbankabgabe anzuhören.

3. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung

Ein Anhörungsrecht der Spielbankgemeinden könnte sich aber aus der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 78 LVerf. NW⁴⁷ ergeben. Dieses Recht umfasst grundsätzlich alle

⁴⁴ BVerfGE 103, S. 81 (88); 104, S. 238 (248); 110, S. 33 (52).

⁴⁵ BVerfGE 42, S. 103 (117); 95, S. 250 (266); 103, S. 81 (88); 104, S. 238 (246), st. Rspr.; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Art. 20 IV Rdn. 122; *Bauer*, in: Dreier, Art. 20 Rdn. 41; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 Rdn. 21.

⁴⁶ BVerfGE 42, S. 103 (117); 103, S. 81 (88).

⁴⁷ Der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen hat schon im Jahre 1954 festgestellt, dass „Art. 78 LV dieselbe Garantie des Selbstverwaltungsrechts

Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sowie die Befugnis zur grundsätzlich eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte in diesem Bereich.⁴⁸ Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung ist auch eine subjektive Rechtsstellungsgarantie und kann grundsätzlich einen Anspruch der Gemeinde gegen Dritte auf ein bestimmtes Tun oder Unterlassen begründen.⁴⁹ In Betracht kommt hier ein Anspruch der Spielbankgemeinden auf Anhörung in Zusammenhang mit der Veränderung der Anteilsverordnung.

Bei den folgenden Erwägungen wird meist auf Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG abgestellt, da sich Schrifttum und Rechtsprechung überwiegend auf diese Vorschrift beziehen. Die dort vorgenommenen Überlegungen können aber sinngemäß auf Art. 78 LVerf. NW übertragen werden.⁵⁰

a) Der Grundsatz des „gemeindefreundlichen Verhaltens“

Ein solcher Anspruch könnte sich aus dem Grundsatz des „gemeindefreundlichen Verhaltens“ ergeben, der eine Konkretisierung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 78 LVerf. NW ist. Seine Existenz ist allgemein anerkannt.⁵¹ Fraglich ist jedoch, ob er auch Grundlage für einen Anspruch der Spielbankgemeinden auf Beteiligung in Form eines Anhörungsrechtes sein kann.

enthält wie Art. 28 GG und über diesen durch die Erwähnung der Wahl der gemeindlichen Organe noch hinausgeht“, OVGE 9, S. 74 (75).

⁴⁸ VerGH NRW, NWVBl. 1988, S. 11 (12).

⁴⁹ *Dreier*, in: *Dreier*, Art. 28 Rdn. 103 f., 106; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 28 Rdn. 11.

⁵⁰ Vgl. VerGH NRW, OVGE 9, S. 74 (75); DVBl. 2001, S. 1595 (1599); *Tettinger*, in: *Löwer/Tettinger*, Art. 78 Rdn. 126.

⁵¹ VerGH NRW, DVBl. 2001, S. 1599; OVGE NW 19, S. 192 (198f.); *Dreier*, in: *Dreier*, Art. 28 Rdn. 105; *Macher*, S. 169; *Nierhaus*, in: *Sachs*, Art. 28 Rdn. 77; *Schmidt-Aßmann/Röhl*, in: *Schmidt-Aßmann*, 1.Kap. Rdn. 25 f.; *Stern*, Staatsrecht I, S. 418; *Tettinger*, in: *Löwer/Tettinger*, Art. 78 Rdn. 126; v. *Kempis*, S. 257, benutzt die Bezeichnung „Gemeindetreue“ und stellt diesen Begriff auch in den Zusammenhang mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB.

aa) Abgrenzung

Nierhaus fasst unter den „Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens“ lediglich Verhaltenspflichten im Rahmen der Staatsaufsicht.⁵² Andere Stimmen stellen die Pflicht zu „gemeindefreundlichem Verhalten“ *neben* eventuelle Mitwirkungsrechte von Gemeinden bei staatlichen Planungsprozessen.⁵³ Dabei wird der „Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens“ in einer Entwicklung aus dem Bereich der staatlichen Genehmigungsvorbehalte hin zu einer generellen Beeinflussung der staatlich-kommunalen Beziehungen gesehen. Dabei soll es nicht darauf ankommen, in welcher Funktion der Staat der Gemeinde gegenüber auftritt, ob in „legislativer, exekutiver, aufsichtsrechtlicher oder selbst beteiligter Funktion“⁵⁴. Die Fragen der begrifflichen Abgrenzung bedürfen jedoch insoweit keiner weiteren Vertiefung. Bei der Kürzung des Gemeindeanteils handelt es sich nicht um einen staatlichen Planungsprozess und im Übrigen dürfte das Gesetzgebungsverfahren in jedem Fall von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG erfasst werden.

Überwiegend wird der Grundsatz des „gemeindefreundlichen Verhaltens“ aber sehr weit verstanden. Im Lichte der verfassungsrechtlichen Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung soll er „allgemeine staatliche Rücksichtnahmepflichten auf berechnigte gemeindliche Belange“ zum Inhalt haben⁵⁵ und „Wirkung bis hin zu Fragen des Stils und Procedere im Umgang mit kommunalen Körperschaften“ entfalten.⁵⁶ Der Staat soll „ein Mindestmaß an Konzilianz und Entgegenkommen im Sinne wohlverstandenen gemeindlichen Eigeninteresses zeigen“.⁵⁷ An anderer Stelle wird der Grundsatz als „allgemeine Rücksichtnahmepflicht“ anderer Hoheitsträger auf gemeindliche Belange definiert. Der Grundsatz soll jedoch auf „wenige

⁵² *Nierhaus*, in: Sachs, Art. 28 Rdn. 77.

⁵³ *Dreier*, in: Dreier, Art. 28 Rdn. 105; *Schmidt-Aßmann/Röhl*, in: Schmidt-Aßmann, 1.Kap. Rdn. 25f.

⁵⁴ *Stern*, Staatsrecht I, S. 418f.

⁵⁵ *Tettinger*, in: Löwer/Tettinger, Art. 78 Rdn. 126.

⁵⁶ *Stern*, Staatsrecht I, S. 419; *Tettinger*, in: Löwer/Tettinger, Art. 78 Rdn. 126.

⁵⁷ *Stern*, Staatsrecht I, S. 419.

Fälle der Lückenfüllung“ beschränkt sein und nur „unnötige Belastungen und Nebenfolgen“ vermeiden helfen. Grundsätzlich sei wegen der schwierigen Grenzziehung zwischen Rechts- und Stilfragen bei der Anwendung des Grundsatzes Vorsicht geboten.⁵⁸

Der Inhalt des Grundsatzes wird dabei aber regelmäßig nicht weiter konkretisiert. *Dreier* begnügt sich im Wesentlichen mit der Wiedergabe des Begriffs und zitiert eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen (VerfGH NW, DVBl. 2001, S.1595).⁵⁹ Detailliert setzt sich jedoch *Macher* mit der inhaltlichen Ausgestaltung des Grundsatzes auseinander. Anders als die zuvor dargestellten Stimmen der Literatur soll sich der Grundsatz inhaltlich auch auf den Bereich der staatlichen Planung erstrecken, soweit sie die Planungshoheit der Gemeinden tangiert. Der Grundsatz des „gemeindefreundlichen Verhaltens“ sei berührt, wenn der Staat in Ausübung seiner Zuständigkeit handele und dabei eine der Gemeindehoheiten betroffen sei. *Macher* geht auch ausdrücklich auf die Anwendung und Wirkung des gemeindefreundlichen Verhaltens auf die Finanzhoheit der Gemeinden ein. Das gemeindefreundliche Verhalten stelle „die hinreichende Finanzausstattung der Gemeinden sicher; oder anders ausgedrückt: Die Ausstattung der Gemeinden mit zu geringer eigener Steuerkraft verstoße gegen das „gemeindefreundliche Verhalten“ und somit gegen Art. 28 Abs. 2 S. 1“.⁶⁰

bb) Anhörungsrecht

In der Rechtsprechung sind nur vereinzelt Anhörungs- oder allgemein Mitwirkungsrechte von Gemeinden im Zusammenhang mit dem „Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens“ angesprochen worden.⁶¹ Das OVG Münster hat schon im Jahre 1964 Ansprüche von Gemeinden, gestützt auf den Grundsatz des „gemeindefreundlichen Verhaltens“, grundsätzlich für möglich gehalten, aber im entschiedenen Fall das Vorliegen

⁵⁸ *Schmidt-Aßmann/Röhl*, in: Schmidt-Aßmann, Kap.1 Rdn. 25.

⁵⁹ *Dreier*, in: Dreier, Art. 28 Rdn. 105.

⁶⁰ *Macher*, S. 169ff., 235f.

⁶¹ VerfGH NRW, DVBl. 2001, S. 1595ff.; OVGE (Münster) 19, S. 192ff.

der dafür erforderlichen Voraussetzungen verneint.⁶² In dem Verfahren ging es um die Erteilung einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung. Das Begehren der klagenden Gemeinde war aber nicht auf eine Anhörung bei der Genehmigungsentscheidung gerichtet, sondern auf die Erteilung der Genehmigung selbst, gestützt auf die Pflicht der Kommunalaufsichtsbehörde zu „gemeindefreundlichem Verhalten“. Auch das Gericht hielt in dieser Konstellation einen Anspruch auf Berücksichtigung der Gemeindeinteressen im Rahmen einer Ermessensentscheidung der Aufsichtsbehörde aus dem „Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens“ für möglich. Die Klage wurde aber mit der Begründung abgewiesen, dass bereits eine wesentliche Voraussetzung für die Bejahung eines derartigen Anspruchs fehle. Die Gemeinde dürfe ohne das eingeklagte behördliche Verhalten „wesentliche Aufgaben ihrer Selbstverwaltung nur unzulänglich erfüllen vermögen“. Daran fehle es jedoch.⁶³

Auch der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen hat grundsätzlich Ansprüche aus dem Grundsatz des „gemeindefreundlichen Verhaltens“ für möglich erachtet. Inhaltlich ging es in dem maßgebenden Verfahren um die Übertragung der Zuständigkeit für das Straßenwesen von den Landschaftsverbänden auf das Land. Ein Recht auf Anhörung einer Gemeinde im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens hielt das Gericht zwar für möglich, ließ die Beantwortung der Frage im Ergebnis aber offen, da im zu entscheidenden Fall der Beschwerdeführer „ausführlich“ angehört worden war.⁶⁴

Im Schrifttum werden Anhörungsrechte als Ausfluss der Pflicht zu „gemeindefreundlichem Verhalten“ zum Teil bejaht. *Macher* sieht sie als Nebenpflichten des Grundsatzes an.⁶⁵ Die konkreten Voraussetzungen für tatsächliche Existenz und Ausprägung einer solchen Nebenpflicht sollen

⁶² OVGE (Münster) 19, S. 192 (199f.). Die einschlägigen Erwägungen sind aber zum Teil nur im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung angestellt. Die Verletzung der Pflicht zu „gemeindefreundlichem Verhalten“ könne eine (dienstaufsichtsrechtliche) Maßnahme rechtswidrig machen und ein „Klagerecht auf Mitwirkung“ begründen.

⁶³ OVGE (Münster) 19, S. 192 (200).

⁶⁴ VerfGH NRW, DVBl. 2001, S. 1595 (1599).

⁶⁵ *Macher*, S. 177f.

jedoch vom Einzelfall abhängen.⁶⁶ Zum Teil werden sie aber auch gänzlich abgelehnt.⁶⁷

cc) Verletzung eines Anhörungsrechts

Soweit ein Anspruch der Gemeinden auf Mitwirkung an der Landesgesetzgebung völlig abgelehnt wird,⁶⁸ ist eine Verletzung von Anhörungsrechten der Spielbankgemeinden ausgeschlossen. Soweit er aber zumindest im Grundsatz anerkannt wird, kommt es auf die weiteren Einzelheiten an.

Nach Auffassung des OVG Münster⁶⁹ ist darauf abzustellen, ob ohne die begehrte Handlung die Wahrnehmung wesentlicher Aufgaben der Selbstverwaltung gefährdet sei. Das wird man aber für die nicht durchgeführte Anhörung vor Erlass des Haushaltsbegleitgesetzes 2006 kaum behaupten können. Es ist nicht zu erkennen, dass die Wahrnehmung wesentlicher Selbstverwaltungsaufgaben durch die Reduzierung des Anteils an der Spielbankabgabe gefährdet worden ist.⁷⁰

Schon in seiner Entscheidung vom 30.10.1987 hatte der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen zwar in der „Nichtbeachtung kommunaler Mitwirkungs-, insbesondere Anhörungsrechte vor Eingriffen des Gesetz- oder Verordnungsgebers in die Rechte einer Gemeinde“ eine mögliche Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung gesehen.⁷¹ Das war aber so zu verstehen, dass eine Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nur in Betracht kommt, wenn ein *bestehendes* Mitwirkungs- und Anhörungsrecht missachtet worden ist. Die Entscheidung spricht nicht aus, dass die Selbstverwaltungsgarantie ein solches Recht begründen kann.

⁶⁶ Macher, S. 179f.

⁶⁷ Schmidt-Aßmann/Röhl, in: Schmidt-Aßmann, Kap.1 Rdn. 25.

⁶⁸ Schmidt-Aßmann/Röhl, in: Schmidt-Aßmann, Kap.1 Rdn. 25.

⁶⁹ OVGE (Münster) 19, S. 192 (200).

⁷⁰ Siekmann, Staatsrecht I, S. 16f.

⁷¹ VerfGH NRW, NWVBl. 1988, S. 11 (12).

Diesen Ansatzpunkt hat das Gericht in einer Folgeentscheidung aufgegriffen und in Parallele zum Prinzip des bundesfreundlichen Verhaltens die *akzessorische Natur* des Gebots des „gemeindefreundlichen Verhaltens“ betont. Wörtlich führte es dazu aus:

*Es „begründet für sich allein (!) keine selbständigen (Handlungs-, Unterlassungs-, Duldungs-)Pflichten des Landes.“ „Nur innerhalb einer anderweitig rechtlich begründeten selbständigen Rechtspflicht kann der Grundsatz vom gemeindefreundlichen Verhalten Bedeutung gewinnen, indem er diese anderen Rechte und Pflichten moderiert, variiert oder durch Nebenpflichten ergänzt“.*⁷²

Es kann also stets nur um materiell oder verfahrensrechtlich „wirkkräftige Spezifizierungen oder Modifikationen gesetzliche fundierter Pflichten des Landes“ gehen.⁷³

Die erforderliche anderweitig begründete Rechtspflicht lässt sich nicht mit der kommunalen Finanzhoheit begründen. Sie gewährleistet nicht den Schutz einzelner vermögenswerter Rechtspositionen. Ein so weit gehender Schutz lässt sich alleine aus dem Grundrecht auf Eigentum ableiten, welches den Gemeinden aber nicht „zur Seite steht“.⁷⁴ Auch scheidet eine (institutionelle) Garantie der „Gewerbsteuer [...] in Form der Gewerbebeitragsteuer“ als Grundlage für die anderweitig begründete Rechtspflicht aus.

b) Anhörungsrechte der Gemeinden im Übrigen

aa) Raumbedeutsame Gegenstände der Regelung

In der Rechtsprechung werden Anhörungs- und Beteiligungsrechte für die Gemeinden aber nicht selten unmittelbar auf Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gestützt.⁷⁵ Die in diesem Sinne ergangenen Urteile des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts sind auch ohne ausdrückli-

⁷² VerfGH NW, DVBl. 2001, S. 1595 (1599); zust. *Nierhaus*, in: Sachs, Art. 28 Rdn. 77; *Tettinger*, in: Löwer/Tettinger, Art. 78 Rdn. 126.

⁷³ *Tettinger*, in: Löwer/Tettinger, Art. 78 Rdn. 126.

⁷⁴ VerfGH NW, DVBl. 2001, S. 1595 (1599).

⁷⁵ BVerfGE 50, S. 195 (202); 56, S. 298 (321); BVerwGE 112, S. 274 (286, 289 f.); 119, S. 245 (251) .

che Nennung des Grundsatzes des „gemeindefreundlichen Verhaltens“ zu berücksichtigen. Sie betrafen aber im Wesentlichen Eingriffe in die Planungshoheit der Gemeinden.⁷⁶ Das gilt auch für eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen aus dem Jahre 1987, die sich am Rande mit Mitwirkungs- und Anhörungsrechten befasste. In dieser Entscheidung hatte das Gericht anerkannt, dass die Nichtbeachtung kommunaler Mitwirkungs- und insbesondere Anhörungsrechte vor Eingriffen des Gesetz- und Verordnungsgebers in die Rechte der Gemeinde zugleich das Recht auf Selbstverwaltung verletzen könne.⁷⁷

Diese Rechtsprechung lässt sich kaum als Grundlage für einen Anspruch auf Anhörung verwenden. Das Bundesverwaltungsgericht machte ein verfassungsunmittelbar gewährleistetes Beteiligungsrecht der Gemeinden dezidiert davon abhängig, dass die angegriffene Entscheidung des Staates unmittelbar raumbedeutsam ist.⁷⁸ Der Verfassungsgerichtshof des Landes Nordrhein-Westfalen sah zudem nur in der Nichtbeachtung bestehender Mitwirkungs- und insbesondere Anhörungsrechte eine mögliche Verletzung der Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 78 LVerf. NW, die aber im konkreten Fall nicht vorlag. In der Sache ging es ebenfalls um die Planungshoheit der Gemeinde.

Die Planungshoheit der Spielbankgemeinden ist aber nicht betroffen und ein Anhörungsrecht ist anderweitig nicht vorgesehen, so dass insoweit eine Verletzung von Rechten der betroffenen Städte gleichfalls ausscheidet.

bb) Namensrecht im Neugliederungsverfahren

In einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht ging es um das Recht der Gemeinden, ihren Namen nach einer kommunalen Neuordnung selbst zu bestimmen. In diesem Zusammen hob das Gericht hervor, dass „die an der Neugliederung beteiligten Gemeinden im Gesetzgebungsver-

⁷⁶ BVerfGE 56, S. 298 ff.; BVerwGE 112, S. 274 ff.; 119, S. 245ff.

⁷⁷ VerfGH NRW, NWVBl. 1988, S. 11 (12).

⁷⁸ BVerwGE 119, S. 245 (252).

fahren anzuhören“ seien. Das war allerdings in ausreichendem Umfang geschehen.⁷⁹ Zwar zählte das Gericht das Recht der Gemeinden, Stellung nehmen zu dürfen, zum „historisch gewachsenen Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG“, doch beschränkte es seine Ausführungen unmissverständlich auf „Neugliederungsvorhaben des Staates“. Darüber hinaus soll nach Auffassung des Gerichts das Anhörungsrecht nicht nur Gegenstand der Selbstverwaltungsgarantie, sondern auch „Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips“ sein, da nur so die erforderliche Abwägung gegenläufiger Interessen „sachgerecht“ erfolgen könne. Aber auch diese Erwägung war ausdrücklich nur für „Eingriffe in den Gebietsbestand“ vorgenommen worden.⁸⁰ Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass daraus ein allgemeines Recht der Gemeinden auf Beteiligung im Verfahren der Schaffung von Rechtsnormen abgeleitet werden kann, die sie (möglicherweise) belasten.

cc) Festlegung von Flugrouten und Warteverfahren in der Luftfahrt

Ausdrücklich abgelehnt wurde ein gemeindlicher Anspruch auf Anhörung vor Erlass einer Verordnung zur Festlegung von Flugrouten und Warteverfahren durch das Luftfahrt-Bundesamt. In diesem Verfahren erkannte das Bundesverwaltungsgericht zwar ein „unmittelbar auf der Grundlage von Art. 28 Nr. 2 GG beruhendes Beteiligungsrecht der Gemeinden bei hoheitlichen Entscheidungen“ an, die durch „unmittelbare Einwirkung auf das Gemeindegebiet das kommunale Selbstverwaltungsrecht, insbesondere die gemeindliche Planungshoheit beeinträchtigen.“⁸¹ Doch ist auch hier wieder die Beschränkung auf unmittelbar gebietsbezogenen Einwirkungen und die kommunale Planungshoheit zu finden. Das Gericht hat sie für die Festlegung der Flugrouten und Warteräume verneint, obwohl der Raumbezug doch schon sehr nahe liegt. In einem obiter dictum fügt es noch an, dass eine „erhebliche und nachhaltige Beeinträchtigung verfassungsrechtlich geschützter Rechte“ der betroffenen Gemeinde „als wesentliche Vor-

⁷⁹ BVerfGE 50, S. 195 (202).

⁸⁰ BVerfGE 50, S. 195 (202f.).

⁸¹ BVerwGE 119, S. 245 (251).

aussetzung für die Annahme eines verfassungsunmittelbaren Anhörungsrechts“ auch „dies nicht indizieren“ würde.⁸²

Der Sinn der Wendung ist nicht ohne weiteres einsichtig. Er dürfte aber als Hilfsargument zu verstehen sein, dass die Annahme eines verfassungsunmittelbaren Anhörungsrechts jedenfalls nur dann in Betracht kommen könne, wenn eine „erhebliche und nachhaltige Beeinträchtigung verfassungsrechtlich geschützter Rechte“ zu besorgen sei. Auch das kann bei der hier zu untersuchenden staatlichen Entscheidung kaum angenommen werden.

c) Zwischenergebnis

Teile des Schrifttums schließen ein Anhörungsrecht im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich aus. Die Rechtsprechung des OVG Münster spricht ebenfalls gegen die Verletzung eines Anhörungsrechts der Spielbankgemeinden. Die Wahrnehmung wesentlicher Aufgaben der Selbstverwaltung wird durch die unterlassene Anhörung nicht gefährdet.

Auch aus der grundlegenden Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen kann ein Anhörungsrecht nicht abgeleitet werden. Der Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens soll akzessorisch sein und setzt eine anderweitig begründete, selbständiger Rechtspflicht voraus. Eine anderweitig rechtlich begründete selbständige Rechtspflicht, hier die Gewähr einer Gewerbeertragsteuer und ihres Aufkommens aus Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG, besteht nicht. Das Gebot des „gemeindefreundlichen Verhaltens“ kann daher trotz seiner grundsätzlichen Anerkennung durch den Verfassungsgerichtshof hier nicht zur Verletzung eines Anhörungsrechts führen.

Die Voraussetzungen, unter denen die Rechtsprechung im Übrigen Anhörungsrechte gewährt hat (Neugliederung, Raumbedeutsamkeit), sind ebenfalls nicht erfüllt.

⁸² BVerwGE 119, S. 245 (253). Das OVG NRW hat ebenfalls eine Pflicht zur Beteiligung der betroffenen Bevölkerung bei der Festlegung von Flugrouten durch eine Rechtsverordnung des Luftfahrt-Bundesamtes abgelehnt, NWVBl. 2003, S. 95 (96).

4. Zwischenergebnis

Das Gebot des „gemeindefreundlichen Verhaltens“ ist in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt. Sein Inhalt ist aber wenig konturiert. Teilweise werden „Mitwirkungsrechte“ bei staatlichen Planungsprozessen aber auch unabhängig von diesem Gebot der Selbstverwaltungsgarantie zugeordnet. Grundsätzlich kann das Gebot auch Anhörungsrechte zum Gegenstand haben. Trotz seiner prinzipiellen Anerkennung in der Rechtsprechung des OVG Münster und des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen ist die Verletzung eines Anhörungsrechts der Spielbankgemeinden jedoch im Ergebnis nicht ersichtlich. In Teilen des Schrifttums wird ein solches Recht für das Gesetzgebungsverfahren sogar völlig ausgeschlossen.

III. Fazit der Erwägungen zu Form und Verfahren

Form und Verfahren bei der „Änderung“ der Verordnung über den Anteil der Spielbankengemeinden an der Spielbankenabgabe durch ein förmliches Landesgesetz wird man im Ergebnis nicht beanstanden können. Entsprechendes gilt für die unterlassene Anhörung. Auch wenn grundsätzlich das Gebot des „gemeindefreundlichen Verhaltens“ als Konkretisierung der Selbstverwaltungsgarantie anzuerkennen ist und aus ihm auch Anhörungsrechte folgen können, sind sie im Hinblick auf die Spielbankgemeinden nicht verletzt.

B. MATERIELLRECHTLICHE ANFORDERUNGEN

I. Beachtung der einfachgesetzlichen Vorgaben

Zunächst ist zu erwägen, ob der von 15 auf 12 v. H. abgesenkte Anteil an der Spielbankabgabe noch „angemessen“ im Sinne von § 4 Abs. 2 Satz 3 SpielbG NW ist.

In den Erläuterungen zum Haushaltsgesetz 2006 erklärte die Landesregierung, dass „der den Spielbankgemeinden verbleibende Anteil an der Spielbankabgabe [...] weiter angemessen i. S. d. § 4 Abs. 2 S. 3 des SpielbG NRW“ sei. Exemplarisch sind hier die Zuweisungen des Landes Nordrhein-Westfalen an die Stadt Duisburg dargestellt:

2002:	1,673 Mio. Euro
2003:	3,300 Mio. Euro
2004:	4,312 Mio. Euro
2005:	4,626 Mio. Euro
2006:	3,881 Mio. Euro
2007:	6,720 Mio. Euro ⁸³

Diese Zahlen erlauben nicht ohne weitere hinzutretende Umstände – die hier nicht ersichtlich sind – Angemessenheit der Beteiligung in Frage zu stellen. Es handelt sich zudem um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dem ein numerisch festgelegter Anteil nicht entnommen werden kann. Solange die Absolutbeträge der Zahlungen bei gleitenden Durchschnitten real noch steigen, kann kaum die Unangemessenheit festgestellt werden.

⁸³ Kapitel 20 020, Titel 633 14 der Haushaltspläne des Landes Nordrhein-Westfalen für die Haushaltsjahre 2003 bis 2007.

II. Beachtung der verfassungsrechtlichen Anforderungen

1. Die Erhebung einer Spielbankabgabe

Rechte der betroffenen Spielbankgemeinden können nur verletzt sein, wenn die nach § 4 Abs. 1 Satz 1 SpielbG NW erhobene Spielbankabgabe in Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben steht.

a) Gesetzgebungszuständigkeit des Landes

Der Bund hat nach Art. 105 Abs. 1 GG die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit über Zölle und Finanzmonopole. Die Abgabe ist aber weder ein Zoll noch fließen ihre Erträge aus einem Finanzmonopol. Die Zuständigkeit des Landes kann deshalb nach Art. 105 Abs. 2 oder 2a GG gegeben sein, wenn es sich um eine Steuer handelt. Sie kann aber auch aus einer als einheitliche Materie zu verstehendem „Spielbankrecht“ folgen, für das die Länder mangels anderweitiger Zuweisung zuständig sind, Art. 70 Abs. 1 GG (Residual- oder Auffangkompetenz der Länder).

Die *finanzverfassungsrechtliche* Gesetzgebungszuständigkeit hängt davon ab, ob es sich bei der Abgabe um eine Steuer handelt. Art. 106 Abs. 2 GG führt in seiner Aufzählung von Steuern („Das Aufkommen folgender Steuern ...“), deren Ertrag den Ländern zusteht, ausdrücklich unter Nr. 6 die „Abgabe von Spielbanken“ an. Diese formale Behandlung spricht bereits deutlich für das Vorliegen einer Steuer. Aber auch materiell ist eine Abgabe von Spielbanken der Art, wie sie in Nordrhein-Westfalen erhoben wird, keine Vorzugslast. Sie ist nicht Gegenleistung für die Erteilung der Spielbankkonzession,⁸⁴ sondern eine Geldleistung, die ohne weitere Voraussetzungen zu erbringen ist, wenn der Tatbestand der Abgabennorm erfüllt ist. § 4 Abs. 1 Satz 1 SpielbG NW knüpft lediglich an die Eigenschaft „Spielbankunternehmer“ an. Es handelt sich daher um eine Steuer im verfassungsrechtlichen Sinne.⁸⁵

⁸⁴ BFHE 58, S. 556 (559): keine „Verwaltungsabgabe“; 177, S. 276 (286) für die Niedersächsische Spielbankabgabe; allgemein BFH, Beschluss v. 29.3.2001 - III B 80/00, NV 2002, S. 1294 (1296); *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 106 Rdn. 33.

⁸⁵ BFH, Beschluss v. 29.3.2001, - III B 80/00, NV 2002, S. 1294 (1296); *Walter*, *StuW* 1972, S. 225 (227); *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 106 Rdn. 33; *Siekmann*, in: *Sachs*, Art. 106 Rn. 11; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 106 Rdn. 5; *K.-A. Schwarz*, in: v.

Wenn es sich um eine Steuer im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit handelt, kommt es weiter darauf an, ob eine Regelung der Materie durch den Bund vorliegt. Eigene Gesetze hat der Bund nicht erlassen. Wenn jedoch das Reichsrecht, das die Abgabe regelt, als Bundesrecht und nicht als Landesrecht weiter gilt, könnte eine die Länder sperrende Bundesgesetzgebung vorliegen. Das ist tatsächlich bisweilen vertreten worden,⁸⁶ doch muss dabei die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Abführung des „Troncs“ berücksichtigt werden. Das Gericht hat in dieser Entscheidung ausdrücklich das Spielbankrecht unter Nennung der maßgebenden Vorschriften der weiter geltenden reichsrechtlichen Verordnung als eine einheitliche Materie („Spielbankrecht insgesamt“) bezeichnet.⁸⁷ § 7 Abs. 2 Satz 2 SpielbVO über die Verwendung des Troncaufkommens verwirkliche ebenso wie die §§ 5, 6 und 9 der Verordnung den maßgeblichen Grundgedanken der Abschöpfung.⁸⁸ Die Materie „Spielbankrecht“ falle unter keine der dem Bund ausschließlich oder konkurrierend zugewiesenen Sachbereiche und es verbleibe bei der Gesetzgebungskompetenz der Länder.⁸⁹ Das Gericht lässt dann aber dahingestellt, ob es sich bei der eigentlichen Spielbankabgabe um eine Steuer handelt und wie sie in das Steuersystem einzuordnen ist. Dessen ungeachtet zieht es dann wieder ein umfassendes Fazit: „Das Spielbankrecht betrifft nicht einen Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung des

Mangoldt/Klein/Starck, Art. 106 Rdn. 58; *Hidien*, in: BK, Art. 106 Rdn. 1446; offen gelassen von BVerfGE 28, S. 119 (150 f.); Steuer im Sinne der Abgabenordnung: BFHE 58, S. 556 (559) unter Bezugnahme auf den Zweck einer „umfassenden Abschöpfung“; 177, S. 276 (282 f., 285) auch für die (höhere) zusätzliche Spielbankabgabe nach niedersächsischem Recht (286); *Birk*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, § 1 Rdn. 9; *Vogt*, ZKF 1984, S. 162 (163); für „Abgabe“ *Schmitz*, Finanzarchiv 1965, S. 472 (475), allerdings vor Änderung von Art. 106 Abs. 2 GG.

⁸⁶ § 5 Abs. 1 SpielbankVO v. 27.7.1938 (RGBl. I, S. 955) gelte *als Bundesrecht* weiter, *Walter*, StuW 1972, S. 225. Nach Auffassung des BFH würde eine solche Qualifikation aber die Länder nicht an konkretisierender eigener Gesetzgebung hindern, BFHE 177, S. 276 (285).

⁸⁷ BVerfGE 28, S. 119 (145, 149).

⁸⁸ BVerfGE 28, S. 119 (146).

⁸⁹ BVerfGE 28, S. 119 (146): „Das Spielbankrecht gehört weder zum Recht der Wirtschaft (Art. 74 Nr. 11 GG) noch zum Arbeitsrecht (Art. 74 Nr. 12 GG) oder zum Steuerrecht des Art. 105 Abs. 2 GG.“

Bundes.“⁹⁰ Diese kompetenzrechtlichen Festlegungen des Bundesverfassungsgerichts sind auch nicht durch die Entscheidung vom 19. Juli 2000 in Frage gestellt worden, die den Betrieb einer Spielbank zum Schutzbereich der Berufsfreiheit gerechnet hat.⁹¹

Wenn die Spielbankabgabe untrennbarer Bestandteil des Spielbankrechts insgesamt ist,⁹² muss die (ausschließliche) Zuständigkeit der Länder angenommen werden.⁹³ Die Gesetzgebungskompetenz der Länder würde sich aber auch aus Art. 105 Abs. 2a GG ergeben, wenn es sich um eine örtliche Verbrauch- oder Aufwandsteuer handelt.

b) Zulässigkeit der Erhebung einer Spielbankabgabe

Die Erhebung einer solchen Abgabe muss wegen ihrer ausdrücklichen Erwähnung in Art. 106 Abs. 2 Nr. 6 GG auch materiell als vom Grundgesetz in ihrer „Grundstruktur“ gebilligt angesehen werden, selbst wenn die Vorschrift nur die Ertragskompetenz regelt.⁹⁴ Die Verteilung des Aufkommens aus einer Abgabe, die das Grundgesetz verbietet, würde keinen Sinn machen, es sei denn die konkrete Ausgestaltung der Abgabe wäre mit Vorschriften des Grundgesetzes nicht (mehr) vereinbar, wie das bei den Steuern, die auf gleichheitswidrig festgesetzten Einheitswerten beruhten, der Fall war.⁹⁵ Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Grundrechte oder materielle Grundprinzipien des Grundgesetzes durch die konkrete Ausgestaltung der Abgabe in Nordrhein-Westfalen sind aber nicht ersichtlich. Bei ähnlicher Gestaltung in Hamburg und Schleswig-Holstein sah der

⁹⁰ BVerfGE 28, S. 119 (151).

⁹¹ BVerfGE 102, S. 197 (215). In dieser Entscheidung wird ohne Vorbehalt oder Einschränkung die Zuständigkeit des Landesgesetzgebers unter Berufung auf BVerfGE 28, S. 119 (144 ff.) in einem Satz festgestellt.

⁹² Wohl BVerfGE 28, S. 119 (151); *Lauer*, Staat und Spielbanken, Rechtsfragen des Staatshandelns in einem Spannungsfeld zwischen Erwerbswirtschaft und Gefahrenabwehr, 1993, S. 96 f.; offen gelassen von BFHE 177, S. 276 (284).

⁹³ *Schmitz*, Finanzarchiv 1965, S. 472 (474) Fn. 2.

⁹⁴ Eingehend unter Diskussion der verschiedenen Meinungen anhand der Gewerbesteuer BFHE 203, S. 206 (267ff.).

⁹⁵ BVerfGE 93, S. 121 (142); zuvor schon BFH, BStBl. 1978 II, S. 446; BFHE 125, S. 188.

BFH jedenfalls in der Heranziehung der Spielgeräteaufsteller zur Gewerbesteuer keinen Verstoß gegen die europarechtlichen Freiheiten und keine gleichheitswidrige Schlechterstellung gegenüber den Spielbankunternehmern, die nach § 3 Nr. 1 GewStG von der Zahlung der Gewerbesteuer befreit sind.⁹⁶ Die dem Bundesverfassungsgericht vorliegenden Verfahren der konkreten Normenkontrolle⁹⁷ betreffen keine hier relevanten Fragen.

2. Die Weiterleitung von Ertragsanteilen

Art. 106 Abs. 2 Nr. 6 GG weist das Aufkommen aus der Abgabe von Spielbanken den Ländern zu. Diese Festlegung ist zwingend. Abweichende vertragliche Regelungen sind nicht zulässig.⁹⁸ Erlaubte Durchbrechungen der Ertragsverteilungsregeln des Art. 106 GG waren abschließend in Art. 91 a und b sowie Art. 104 Abs. 4 GG⁹⁹ geregelt. Die Vereinbarung über die Abführung von Teilen der Spielbankenabgabe an den Bund war daher verfassungswidrig.¹⁰⁰ Eine horizontale Umverteilung zwischen den Ländern kann dagegen durch Bundesgesetz geregelt werden, soweit sie sich als „Zerlegung“ des Aufkommens im Sinne von Art. 107 Abs. 1 Satz 3 GG darstellt.¹⁰¹ Aber auch insoweit sind vertragliche Abmachungen in jedem Fall unzulässig.

⁹⁶ BFH, Beschluss v. 29.3. 2001, - III B 80/00 - NV 2002, S. 1294 (1296f.)

⁹⁷ BVerfG - 2 BvL 5/03, Vorlagebeschluss des FG Niedersachsen vom 14.05.2003 - 3 K 264/95; BVerfG - 2 BvL 6/03, Vorlagebeschluss des FG Niedersachsen vom 15.05.2003 - 3 K 289/95.

⁹⁸ BVerfGE 55, S. 274 (300f.); *Siekmann*, in: Sachs, Art. 106 Rn. 3; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 106 Rn. 3; *Häde*, Finanzausgleich, 1996, S. 2, 183, unter Berufung auf *Maunz*, in: Maunz/Dürig, Art. 106 Rn. 34; *K.-A. Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 106 Rn. 25; *Heun*, in: Dreier, Art. 106 Rn. 10; ausführlich jetzt *Hidien*, in: BK, Art. 106 Rn. 484, 679 (nicht 677, wie im Stichwortverzeichnis angegeben).

⁹⁹ Seit dem 1.9.2006 in Art. 91 b und 104 b Abs. 2 GG sowie wohl auch in Art. 91 Abs. 2 GG in der neuen Fassung.

¹⁰⁰ *Walter*, StuW 1972, S. 225 (229); *Siekmann*, in: Sachs, Art. 106 Rdn. 3; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 106 Rdn. 3; *J.-P. Schneider*, in: AK GG, Art. 106 Rdn. 6; *K.-A. Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 106 Rdn. 25; *Heun*, in: Dreier, Art. 106 Rdn. 10, 16; *Heintzen*, in: v. Münch/Kunig, Art. 106 Rdn. 9; *Hidien*, in: BK, Art. 106 Rdn. 484, 487, 679, 1446; zu den Einzelheiten des Abkommens, seiner Vorgeschichte und finanziellen Auswirkung *Schmitz*, Finanzarchiv 1996, S. 472 (486ff.).

¹⁰¹ *Walter*, StuW 1972, S. 225 (230), allerdings mit der Einschränkung, dass es sich um bundesgesetzlich geregelte Landessteuern handeln müsse.

Anders könnte dagegen die Beteiligung von Kommunen am Aufkommen der Abgabe zu beurteilen sein. In Übereinstimmung mit den anderen Abschnitten des Grundgesetzes behandelt die Finanzverfassung die *Gemeinden und Gemeindeverbände* als *Bestandteile der Länder* und ihres Verfassungsrechtskreises.¹⁰² Das folgt eindeutig aus der Überschrift von Abschnitt II des Grundgesetzes und aus Art. 106 Abs. 9 GG, der die Einnahmen und Ausgaben der Gemeinden und Gemeindeverbände ausdrücklich den Einnahmen und Ausgaben der Länder zuordnet. Daran hat auch die schrittweise Einführung von Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG nichts ändern wollen.¹⁰³ Auch bedeuten die besonderen Garantien für die kommunale Finanzausstattung (Art. 28 Abs. 2 Satz 3, 106 Abs. 5 und 5a GG) keine Abkehr vom Grundprinzip der Zweistufigkeit,¹⁰⁴ selbst wenn das Bundesverfassungsgericht unlängst in einer nicht näher begründeten Be-

¹⁰² BVerfGE 86, S. 148 (215): „Im Bundesstaat des Grundgesetzes stehen sich Bund und Länder und die Länder untereinander gegenüber; die Kommunen sind staatsorganisatorisch den Ländern eingegliedert“. Das ist in der Begründung des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 28 und 106) v. 20.10.1997 noch einmal ausdrücklich bekräftigt worden (BT-Drs. 13/1685, S. 4) und damit als (fortbestehender) Wille des Verfassungsgebers anzusehen; dezidiert in diesem Sinne nach Änderung von Art. 84 Abs. 1 GG und 85 Abs. 1 GG *Nierhaus/Radermacher* LKV 2006, S. 385 (393).

¹⁰³ Bei der Formulierung der Vorschläge zur Ergänzung des Art. 28 Abs. 2 GG war Wert darauf gelegt worden, dass „auch nur der Anschein“ vermieden werden müsse, es solle von „dem im Grundgesetz begründeten zweigliedrigen Staatsaufbau abgewichen“ werden, BT-Drs. 12/6000, S. 47; ebenso *Mückl*, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung, S. 159 f.; *Vogel/Waldhoff*, in: BK, vor Art. 104a Rdn. 51; *J.-P. Schneider*, in: AK GG, Art. 106 Rdn. 19; *H. Dreier*, in: Dreier, Art. 28 Rdn. 95.

¹⁰⁴ BVerfGE 86, S. 148 (215, 220); *Grawert*, Die Kommunen in Länderfinanzausgleich, 1989, S. 23 ff., 45; *Vogel/Waldhoff*, in: BK, vor Art. 104a Rdn. 48; *Waldhoff*, Die Verwaltung, 39 (2006), S. 155 (172); *Prokisch*, in: BK, Art. 104a Rdn. 58; *Heintzen*, in: v. Münch/Kunig, vor Art. 104a Rdn. 48; *Stern*, Staatsrecht II, S. 1053; *P. Kirchhof*, HKWP VI, S. 3; v. *Arnim*, HStR IV, § 103 Rdn. 33; *Wendt*, HStR IV, § 104 Rdn. 62; *J.-P. Schneider*, AK GG, vor Art. 104a Rdn. 3, Art. 106 Rdn. 19; *Häde*, Finanzausgleich, 1996, S. 188; *Korioth*, Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, 1997, S. 42, 425; eindeutig *Mückl*, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung, S. 144 ff., 194; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 28 Rdn. 84b: „...verbleibt es aber – systemgerecht – beim definitiv *zweistufigen Aufbau der bundesstaatlichen Finanzordnung*“; *K.-A. Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 106 Rdn. 111; unklar *Hellermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104a Rdn. 23; anders vielleicht *Weiß*, DÖV 2000, S. 905 (909), der Ansprüche der Gemeinden aus Art. 28 Abs. 2 GG in Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 2 der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung (EKC) herleitet.

merkung etwas anderes angedeutet hat.¹⁰⁵ In den abschließenden Beratungen der Grundgesetzänderung ist aber dezidiert darauf hingewiesen worden, dass vermieden werden müsse, dass „auch nur der Anschein nach von dem im Grundgesetz begründeten zweigliedrigen Staatsaufbau abgewichen werde“. „Die Finanzverfassung“ solle „durch die vorgeschlagene Ergänzung von Art. 28 Abs. 2 GG nicht verändert werden“.¹⁰⁶

Daraus folgt, dass die Weiterleitung von Mitteln aus der Spielbankabgabe an Kommunalkörperschaften den bundesstaatlichen Finanzausgleich nicht berührt. Die Mittel werden lediglich *innerhalb* einer der föderativen Ebenen umgeschichtet. Es handelt sich deshalb schon a-limine nicht um einen Vorgang des bundesstaatlichen Finanzausgleichs. Jedenfalls liegt aber keine Abweichung von den zwingenden und unabdingbaren Vorgaben des Grundgesetzes für die Steuerertragsverteilung vor. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass die Regelungen des Grundgesetzes, welche speziell die Kommunalkörperschaften und ihre Finanzen betreffen, nicht doch einschlägig sind. Sie können als „leges speciales“ oder Durchbrechungen dieser grundsätzlichen Ordnung etwas anderes bestimmen und bedürfen deshalb noch einer näheren Betrachtung.

3. Anspruch auf Zuweisung eines Anteils an dem Aufkommen der Spielbankabgabe

Wenn also die Zuweisung von Mitteln aus dem Aufkommen der Abgabe von Spielbanken an die Kommunen nicht auf verfassungsrechtliche Bedenken stößt, ist damit aber noch nicht entschieden, dass auch ein *Anspruch* auf diese Zahlungen besteht und wenn ja, in welcher Höhe.

¹⁰⁵ BVerfGE 101, S. 158 (230): „modifiziert die bisherige Zweistufigkeit der Finanzverfassung“.

¹⁰⁶ Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 12/6000, S. 47f.; im Ergebnis wie hier: keine Modifikation, auch nicht nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts *Waldhoff*, Die Verwaltung, Bd. 39 (2006), S. 155 (175).

a) Anspruchsgrundlage Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG

aa) Verhältnis zu den Gewährleistungen der Landesverfassung

Das Verhältnis von Art. 28 Abs. 2 GG zu Art. 78 Abs. 1 LVerf. NW ist nicht eindeutig geklärt. Im Grundsatz bestand ursprünglich Einigkeit, dass die Selbstverwaltungsgarantie der Landesverfassung unmittelbar an die im Grundgesetz ausgeformten Gewährleistungen anknüpft, aber zum Teil darüber hinausgeht.¹⁰⁷ In seiner neueren Rechtsprechung fügte der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen sogar Art. 28 Abs. 2 GG in Klammern der Vorschrift der Landesverfassung hinzu.¹⁰⁸ Im Ergebnis verkörpert Art. 28 Abs. 2 GG wohl eine *Mindestgewährleistung*,¹⁰⁹ die auf Landesebene ebenso wie die Vorschriften der Landesverfassung zu beachten ist. Dogmatisch ist die grundgesetzliche Vorschrift aber trotz ihres Durchgriffscharakters nicht Teil der Landesverfassung. Die Garantien des Grundgesetzes und der Landesverfassung stehen selbstständig nebeneinander.¹¹⁰

Entsprechendes dürfte für das Verhältnis zu Art. 79 LVerf. NW gelten, der als Präzisierung oder „spezielle Ausformung“ der Finanzausstattungsgarantie des Art. 78 Abs. 1 LVerf. NW verstanden werden kann.¹¹¹ Dabei kommt es im Ergebnis nicht darauf an, ob Art. 79 LVerf. NW hinter den neuen Gewährleistungen von Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG zurückbleibt oder nicht.¹¹² Die grundgesetzlichen Vorgaben sind auch auf Landesebene strikt zu beachten.

¹⁰⁷ VerfGH NW, OVGE 9, S. 74 (75); *Tettinger*, in: Löwer/Tettinger, Art. 78 Rdn. 13.

¹⁰⁸ VerfGH NW, NWVBl. 1991, S. 187 (188); 1993, S. 381 (382 f.); 1997, S. 333 (336); 1999, S. 136.

¹⁰⁹ In diesem Sinne *Volkman*, DÖV 2001, S. 497 (498).

¹¹⁰ *Tettinger*, in: Löwer/Tettinger, Art. 78 Rdn. 12.

¹¹¹ *Tettinger*, in: Löwer/Tettinger, Art. 79 Rdn. 5, 14.

¹¹² In diesem Sinne wohl *Grawert*, Verfassung, Art. 79 Anm. 1; dagegen *Tettinger*, in: Löwer/Tettinger, Art. 79 Rdn. 14.

bb) Gewährung von Ansprüchen

Die schrittweise Einfügung der Halbsätze 1 und 2 in Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG in den Jahren 1994 und 1997¹¹³ könnte zu verfassungsrechtlich abgesicherten Ansprüchen der Gemeinden auf bestimmte Einnahmequellen und damit auch des Anteils an der Spielbankabgabe geführt haben. Dies gilt vor allem auch im Hinblick auf eine mögliche Abgeltung von Steuern durch die Spielbankabgabe, die den Gemeinden zustehen.

Die Vorschrift wirft zahlreiche Interpretationsprobleme auf, da sie nach Wortlaut, Zweck und systematischer Stellung alles andere als eine gesetzgeberische Meisterleistung ist.¹¹⁴ Das zeigt nicht zuletzt auch ihre Genese. Zum Teil wird im Schrifttum sogar die Auffassung vertreten, dass ihre Einfügung überhaupt nicht zu einer Änderung der Position der Gemeinden im System der Finanzverfassung geführt habe.¹¹⁵ Diese Deutung bedarf indes keiner weiteren Vertiefung, da die Garantie der kommunalen Finanzhoheit auch schon vor der Neufassung von Art. 28 Abs. 2 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt war.¹¹⁶ Da dem verfassungsändernden Gesetzgeber nicht völlig überflüssiges und damit sinnloses Tätigwerden unterstellt werden kann, muss die Neuregelung zumindest als verbindliche Klarstellung der Rechtslage verstanden werden.¹¹⁷ Im Ergebnis dürfte sie zwei Varianten von finanziellen Gewährleistungen aussprechen:

- eine den Gemeinden mit Hebesatzrecht zustehende wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle,

¹¹³ 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994, BGBl. I, S. 3146; 44. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 20.10.1997, BGBl. I, S. 2470.

¹¹⁴ Sehr krit. Löwer, in: v. Münch/Kunig, Art. 28 Rdn. 88.

¹¹⁵ Scholz, in: Maunz/Dürig, Art. 28 Rdn. 84a; ihm folgend Nierhaus, in: Sachs, Art. 28 Rdn. 84ff; Löwer, in: v. Münch/Kunig, Art. 28 Rdn. 88: „ein Stück bloß semantischer Verfassungsreform“; zust. Waldhoff, Die Verwaltung, Bd. 39 (2006), S. 155 (175).

¹¹⁶ BVerfGE 52, S. 95 (117); 71, S. 25 (36); implizit wohl auch 83, S. 363 (386).

¹¹⁷ Nierhaus, in: Sachs, Art. 28 Rdn. 86; Löwer, in: v. Münch/Kunig, Art. 28 Rdn. 88; Waldhoff, Die Verwaltung, Bd. 39 (2006), S. 155 (175); weiter aber wenig folgerichtig Scholz, in: Maunz/Dürig, Art. 28 Rdn. 84b: „Diese Gewährleistung wird durch den neuen Art. 28 Abs. 2 S. 3 nicht nur deklaratorisch bestätigt, sondern *materiell-rechtlich verstärkt*.“

- die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung im Allgemeinen.

Im Übrigen verbietet sich eine isolierte Interpretation von Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG. Die Vorschrift muss im Zusammenhang mit Abschnitt X des Grundgesetzes – und dort vornehmlich mit Art. 106 GG – gelesen werden.¹¹⁸

cc) Gewährleistung einer wirtschaftskraftbezogenen Steuerquelle

Möglicherweise kann die Befreiung der Spielbankunternehmer von der Gewerbesteuerpflicht in § 3 Nr. 1 GewStG, unvereinbar mit Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG sein, vor allem, wenn aus dieser Vorschrift auch die Gewährleistung eines bestimmten Aufkommens abzuleiten sein sollte. Es ist aber schon sehr zweifelhaft, ob eine (institutionelle) Garantie der „Gewerbesteuer [...] in Form der Gewerbeertragsteuer“ überhaupt der Vorschrift entnommen werden kann.¹¹⁹ Wortlaut und Entstehungsgeschichte¹²⁰ lassen eine solche Deutung nicht zu.¹²¹

Im Übrigen zeigt auch die gebotene Zusammenschau mit Abschnitt X des Grundgesetzes – und dort vornehmlich mit Art. 106 GG – ,dass eine solche Garantie nicht in Betracht kommt. Wenn der Gesetzgeber mit der Änderung von Art. 28 Abs. 2 GG die Gewerbesteuer in ihrer Existenz oder mit einem bestimmten Ertrag hätte garantieren wollen, wäre es ein Leichtes gewesen, in Anlehnung an die Formulierung der Ertragsverteilungsregelung in Art. 106 Abs. 6 GG dies unmissverständlich zum Ausdruck zu bringen. Das ist aber nicht geschehen.

¹¹⁸ *Nierhaus*, in: Sachs, Art. 28 Rdn. 86 im Sinne einer „Klarstellung“.

¹¹⁹ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 28 Rdn. 14.

¹²⁰ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (BT-Drs. 13/8488): „... (Änderung von Artikel 28) Die Ergänzung des S. 3 in Abs. 2 ist erforderlich, um kommunale [!] Finanzautonomie durch den Bestand der Gewerbeertragsteuer *oder* durch eine andere an der Wirtschaftskraft der am Wirtschaftsleben der jeweiligen Gemeinde Beteiligten anknüpfende Steuer zu gewährleisten.“ [Hervorhebung nicht im Original].

¹²¹ *Siekmann*, in: Sachs, Art. 105 Rdn. 53, Art. 106 Rdn. 41f.; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 28 Rdn. 84d; *Löwer*, in: v. Münch/Kunig, Art. 28 Rdn. 88.

Darüber hinaus ist sehr zweifelhaft, ob aus einer institutionellen Garantie der Gewerbesteuer klagbare (subjektive) Rechte zu Gunsten einer einzelnen Gemeinde bei einer Verletzung dieser Garantie abgeleitet werden könnten.¹²² Aber auch diese Frage bedarf keiner Vertiefung, da die Gewerbesteuer durch die Spielbankabgabe nicht abgeschafft oder in eine andere Ertragskompetenz überführt wird. Die „Vorenthaltung“ von Erträgen fällt aber in die Regelung der Ertragsverteilung gemäß Art. 106 Abs. 6 GG. Dort ist die Frage einer Garantie der Gewerbesteuer und ihres Aufkommens noch einmal zu stellen.¹²³ Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG gewährt jedenfalls im Ergebnis keine Ertragsgarantie für eine wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle.¹²⁴

dd) Allgemeine Gewährleistung der finanziellen Eigenverantwortung

Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht eine Garantie der kommunalen Finanzhoheit schon aus Art. 28 Abs. 2 GG a.F. abgeleitet, doch ließ es ausdrücklich offen, ob zu dieser Gewährleistung auch ein Anspruch der Gemeinden auf eine „angemessene Finanzausstattung“ oder jedenfalls eine „finanzielle Mindestausstattung“ gehört.¹²⁵ Im Schrifttum¹²⁶ und in der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte¹²⁷ sowie des Bundesverwaltungsgerichts wurde eine Garantie der angemessenen Finanzausstattung auch schon vor der Ergänzung der Vorschrift nahezu einhellig aner-

¹²² „Keine individuelle Anspruchsgrundlage“ *Rennert*, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Art. 28 Rdn. 169; zust. *Waldhoff*, Die Verwaltung, Bd. 39 (2006), S. 155 (176).

¹²³ Unten S. 44.

¹²⁴ *Tettinger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 28 Rdn. 250 unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien.

¹²⁵ BVerfGE 26, S. 172 (181); 71, S. 25 (36f.); 83, S. 363 (386); 2. Kammer des 2. Senats v. 7.1.1999, NVwZ 1999, S. 520 (521).

¹²⁶ *Stern*, Staatsrecht I, S. 422; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 28 Rdn. 84b: „aufgabenadäquate Finanzausstattung“ vor der Änderung, danach Erweiterung zur „angemessenen Finanzausstattung“; *Wendt*, BB 1987, S. 1677 (1679); *Meis*, Verfassungsrechtliche Beziehungen zwischen Bund und Gemeinden, S. 68 f.: „Finanzausstattungsanspruch“; *Mückl*, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung, S. 66 f.; *Rennert*, in: Umbach/Clemens, Art. 28 Rdn. 173; *Waldhoff*, Die Verwaltung, Bd. 39 (2006), S. 155 (175); wohl nicht *Nierhaus/Radermacher* LKV 2006, 385 (386): „Zukunftsmusik“.

¹²⁷ VerfGH NW, OVG 38, S. 301 (303); 40, S. 300 (302); NWVBl. 1993, S. 381 (382): „angemessene Finanzausstattung“; VerfGH Rh-Pf, DÖV 1978, S. 763 (764).

kannt.¹²⁸ Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass das gewährleistete eigenverantwortliche Handeln ohne entsprechende finanzielle Leistungsfähigkeit der Selbstverwaltungskörperschaften kaum möglich sei.¹²⁹

Eine Konkretisierung der Angemessenheit fällt indes schwer. Nicht selten wird – auch nach der Neufassung – nur eine „finanzielle Mindestausstattung“ oder „gewisse finanzielle Mindestausstattung“ als garantiert angesehen. Diese „Schutzwirkung“ soll aber erst bei einer „gänzlich inadäquaten Einengung“ oder „Aushöhlung der kommunalen Finanzausstattung“ „zum Tragen“ kommen.¹³⁰ Der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen sieht die „Finanzausstattungsgarantie“ dann als verletzt an, wenn „das Selbstverwaltungsrecht ausgehöhlt und einer sinnvollen Betätigung der Selbstverwaltung die finanzielle Grundlage entzogen wird“.¹³¹ Dabei ist ungeklärt, ob sich eine Finanzausstattungsgarantie auch zu einem Anspruch einer *individuellen* Gemeinde verdichten kann.¹³²

Die Stimmen im Schrifttum gehen zum Teil deutlich darüber hinaus.¹³³ Eine Verletzung der Garantie soll sogar schon bei einer Unterschreitung der freien Spitze von fünf bis zehn Prozent der insgesamt verfügbaren Mittel anzunehmen sein.¹³⁴ Die Festlegung numerisch exakt bestimmter oder

¹²⁸ BVerwGE 106, 280 (286f.).

¹²⁹ VerfGH NW, NWVBl. 1993, S. 381 (382); *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 28 Rdn. 84b.

¹³⁰ *Tettinger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 28 Rdn. 246, als amtierendes Mitglied des Verfassungsgerichtshofs für Nordrhein-Westfalen unter Berufung auf BVerfGE 83, 363 (386), wo das so aber nicht steht; *Volkmann*, DÖV 2001, S. 497 (500 f.): „finanzielle Mindestausstattung“; krit. *Mückl*, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung, S. 71.

¹³¹ VerfGH NW, NWVBl. 1993, S. 381 (382); VerfGH NW, NWVBl. 1998, S. 390 (391).

¹³² Deziiert dagegen *Rennert*, in: Umbach/Clemens, Art. 28 Rdn. 169; *Waldhoff*, Die Verwaltung, Bd. 39 (2006), S. 155 (176); dafür *Mückl*, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung, S. 87; vgl. ferner *Volkmann*, DÖV 2001, S. 497 (504).

¹³³ *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 28 Rdn. 84b; *Hufen*, DÖV 1998, S. 276; *Weiß*, DÖV 2000, S. 905 (909): „aufgabenadäquate Finanzausstattung“ garantiert, wenn auch nicht unmittelbar über Art. 9 der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung (EKC); jeweils mit umfassenden Nachw.

¹³⁴ Vgl. *Schoch/Wieland*, Finanzierungsverantwortung, S. 189; *Hufen*, DÖV 1998, S. 276 (280). Einzelheiten sind bei *Dreier*, in: Dreier, Art. 28 Rdn. 156 dargestellt.

bestimmbarer freier Mittel als Kriterium für die Verletzung der von Art. 28 Abs. 2 GG gebotenen Finanzausstattung mag einen effektiveren Schutz versprechen als unbestimmte Begriffe,¹³⁵ doch dürfte sie im Hinblick auf die tatsächliche finanzielle Lage vieler Kommunen eher Wunschenken als der gerichtsfesten verfassungsrechtlichen Wirklichkeit entsprechen. Konkrete, gerichtlich durchsetzbare Ansprüche können daraus jedenfalls kaum hergeleitet werden.¹³⁶ Es besteht regelmäßig kein Anspruch auf eine bestimmte Ausgestaltung des kommunalen *Einnahmesystems*.¹³⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Kammerentscheidung ausdrücklich die Finanzhoheit als nicht „berührt“ bezeichnet, wenn „den Gemeinden einzelne Einnahmen entzogen oder verwehrt“ werden.¹³⁸ Ansprüche gegen den Bund aus Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG sind in jedem Fall ausgeschlossen.¹³⁹

Aber selbst wenn man die Existenz einer derart präzisierten Finanzausstattungsgarantie mit Ansprüchen gegen das Land unterstellt, kommen als anspruchsbegründende Tatbestände allenfalls konkrete Maßnahmen (des Gesetzgebers) in Betracht. Bezogen auf die Spielbankabgabe heißt das,

¹³⁵ *Dreier*, ebda.

¹³⁶ Deziert gegen derartige Festlegungen VerfGH NW, NWVBl. 1993, S. 381 (382); 1998, S. 390 (392); *Stern*, Staatsrecht II, S. 242: „... dürfte es außerordentlich schwer fallen, konkrete oder gar bezifferbare Ansprüche durchzusetzen“.

¹³⁷ *Wendt*, BB 1987, S. 1677 (1679). Es bestehen auch keine Anhaltspunkte für eine verfassungsrechtliche Gewährleistung einer kommunalen Steuer- und Abgabenhohheit, *Rennert*, in: Umbach/Clemens, Art. 28 Rdn. 171; anders *Waldhoff*, Die Verwaltung, 39 (2006), S. 155 (174), der sie als Teilelement der kommunalen Finanzhoheit ansieht und sich zu Unrecht auf *Rennert* beruft.

¹³⁸ 2. Kammer des 2. Senats v. 7.1.1999, NVwZ 1999, S. 520 (521); dazu *Koenig/Siewer*, NVwZ 2000, S. 609 (613).

¹³⁹ Im Bericht des Rechtsausschusses wird das Ergebnis der Beratungen wie folgt zusammengefasst (BT-Drs. 12/6000, S. 48): „Die vorgeschlagene Ergänzung könne aber weder als eine Finanzausstattungsgarantie des Bundes zugunsten der Kommunen interpretiert werden, noch ließe sich aus ihr die Möglichkeit einer über die Bestimmungen des X. Abschnitts hinausreichenden finanziellen Inpflichtnahme des Bundes ableiten.“ Dementsprechend spricht sich auch *Scholz* strikt gegen Ansprüche gegen den Bund (mit Ausnahme aus Art. 106 Abs. 5a) aus (in: Maunz/Dürig, Art. 28 Rdn. 84b); ebenso *Volkman*, DÖV 2001, S. 497 (498). *Meis*, Verfassungsrechtliche Beziehungen zwischen Bund und Gemeinden, S. 88 f., erkennt aber eine „Sekundärverantwortung“ des Bundes an; ebenso *Mückl*, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung, S. 74.

dass die verfassungsrechtlich gebotene finanzielle Mindestausstattung die Spielbankgemeinde durch die *Reduktion ihres Anteils* an der Spielbankabgabe unterschritten worden sein müsste. Die Zuweisungen des Landes der Anteile der Spielbankabgaben an die jeweiligen Spielbankgemeinden erlauben aber kaum eine solche Annahme¹⁴⁰. In diesem Zusammenhang müssen zudem die positiven Effekte, die mit dem Betrieb einer Spielbank verbunden sind, hinreichend berücksichtigt werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 18. Mai 1970 die Vorteile einer Gemeinde, die sie durch das Betreiben einer Spielbank in ihrem Bereich hat, hervorgehoben. Danach heißt es, dass „ohne Zweifel [...] der Betrieb einer Spielbank auf Gewinn gerichtet [ist]. Die in den Spielbanken zugelassenen Glücksspiele sind so angelegt, dass jedenfalls in aller Regel die Bank gewinnt. [...] Die Motive des Gesetzgebers von 1933 waren verschieden. Auch wirtschaftliche Erwägungen spielten eine Rolle [...]: insbesondere aber die Förderung des Fremdenverkehrs ganz allgemein und die Förderung bestimmter Kur- und Badeorte [...], in denen auf mannigfache Weise eine Vielzahl von Gewerbetreibenden vom Spielbankenbetrieb und von den Spielbankenbesuchern profitieren, die aber auch insofern einen beträchtlichen Nutzen aus dem Spielbankenbetrieb ziehen, als der Staat ihnen seit jeher einen Teil der Spielbankabgabe zur Erhaltung und zum Ausbau ihrer Kur- und Badeanlagen zur Verfügung gestellt hat“.¹⁴¹ Die Spielbankengemeinden profitieren danach zum einen von der Beteiligung an der Spielbankabgabe. Zum anderen aber auch dadurch, dass andere Betriebe, zum Beispiel Gasthöfe durch die Spielbankenbesucher, Einnahmen erzielen, die dann durch Steuern an die Gemeinden zurück fließen.

Die Existenz von Teilhaberechten an den finanziellen Mitteln des Landes wegen der Insuffizienz der Finanzausstattung der Spielbankgemeinden im *Allgemeinen* dürfte daher kaum begründbar sein.¹⁴²

¹⁴⁰ Vgl. oben S. 27f.

¹⁴¹ BVerfGE 28, S. 119 (147); vgl. auch *Schmitz*, Finanzarchiv 1965, S. 472 (494ff.).

¹⁴² In dem von ihm zu beurteilenden Fall hatte das VG Oldenburg diese Möglichkeit (in Frage stellen der Finanzausstattung) als „abwegig“ bezeichnet, Urteil vom 8. Juli

b) Anspruchsgrundlage Art. 106 Abs. 2 GG

Wegen der Zweistufigkeit des finanzverfassungsrechtlichen Aufbaus sind die Gemeinden prinzipiell gegenüber dem Bund mediatisiert. Wenn – ausnahmsweise – die kommunale Ebene in der Finanzverfassung des Grundgesetzes mit eigenen Rechten (oder auch Pflichten) angesprochen sein soll, kann das wegen des Regel-Ausnahme-Verhältnisses nur dann angenommen werden, wenn es dafür eindeutige Anhaltspunkte im Text des Grundgesetzes gibt. Der klare *Wortlaut* von Art. 106 Abs. 2 GG liefert keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Vorschrift den Kommunen Ansprüche einräumen will.

Funktion und *Zweck* der Vorschrift rechtfertigen ebenfalls nicht ein solches Ergebnis. Art. 106 Abs. 2 GG ist eine Vorschrift zur Regelung der Ertragskompetenz. Sie ist Teil des primären, vertikalen Finanzausgleichs zwischen Bund und Ländergesamtheit und damit zwar prinzipiell geeignet, Ansprüche zu erzeugen, doch lediglich im Bund-Länder-Verhältnis. Ansprüche der Gemeinden sind nicht Regelungsgegenstand der Vorschrift. Die Begründung von Ansprüchen oder Anwartschaften der kommunalen Ebene sind nach Sinn und Zweck der Regelung dem Landesrecht überlassen.

Auch die Entstehungsgeschichte der Norm vermag nicht weiterzuhelfen. Erst das Finanzverfassungsgesetz vom 23. Dezember 1955¹⁴³ hat die Abgabe von Spielbanken in die Bestimmung aufgenommen und nach längeren Diskussionen bewusst auf eine Regelung zur Weiterleitung oder Umverteilung von Erträgen verzichtet.¹⁴⁴ Im Regierungsentwurf zum Finanzverfassungsgesetz von 1955 war die Spielbankabgabe noch nicht erwähnt.¹⁴⁵ Der Bundestagsausschuss für Finanz- und Steuerfragen unterbreitete dann jedoch den Vorschlag, dass der Ertrag der Spielbankabgabe ausdrücklich den Ländern zugewiesen werden sollte, allerdings verbunden

2005, Az. 2 A 1373/05, Volltext in der Rechtsprechungsdatenbank des Nds. OVG veröffentlicht, teilweise unter Beck RS 2005 28401.

¹⁴³ BGBl. I, S. 817.

¹⁴⁴ Vgl. BFHE 58, S. 556 (559); *Czapski*, DGStZ 1967, S. 145 (146 ff.); *Walter*, StuW 1972, S. 225 (228 f.).

¹⁴⁵ BT-Drs. II/480, Anlage 1.

mit einer Beteiligung des Bundes. Die Beteiligung des Bundes, die – wie bereits dargelegt – eine verfassungsrechtliche Grundlage benötigte, wurde damit begründet, dass mit der Zahlung der Spielbankabgabe zugleich die an sich fälligen Umsatz- und Einkommenssteuern abgegolten sein sollten.¹⁴⁶ Der Bundestag nahm den Ausschussvorschlag an.¹⁴⁷ Im Vermittlungsausschuss wurde die Regelung über die Beteiligung des Bundes aber gestrichen. Im Bericht hieß es wörtlich: „Das Aufkommen an Abgaben von Spielbanken hat der Vermittlungsausschuss ausschließlich den Ländern zugewiesen [...]“¹⁴⁸.

Eine Regelung über eine Beteiligung des Bundes ist also erwogen, aber schließlich bewusst verneint worden.¹⁴⁹ Eine Regelung über die Beteiligung der Kommunen ist nicht einmal in Betracht gezogen worden. Dies war auch folgerichtig, da die Finanzverfassung des Grundgesetzes im Jahre 1955 grundsätzlich noch keine (ausdrücklichen) Regelungen über die Finanzausstattung der Kommunen enthielt. Erst durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 24. Dezember 1956 ist den Gemeinden ein Anspruch auf das Aufkommen an den Realsteuern sowie auf Teilhabe an den Gemeinschaftssteuern nach Maßgabe der Landesgesetzgebung eingeräumt worden.¹⁵⁰

Die in Art. 106 Abs. 6 Satz 2 GG in der Fassung des Finanzverfassungsgesetzes vom 23. Dezember 1955 getroffene Regelung war damit so konzipiert, dass den Ländern die Entscheidungsbefugnis zustehen sollte, „ob und inwieweit das Aufkommen der Landessteuern den Gemeinden zufließt“. Dabei ist zu beachten, dass es auch noch keine Realsteuergarantie zu Gunsten der Gemeinden gab. Art. 106 Abs. 2 Nr. 7 GG in der damaligen Fassung sah auch für diese Steuern lediglich eine Ertragskompetenz der Länder vor.

¹⁴⁶ BT-Drs. II/960, Anlage 1, S. 11.

¹⁴⁷ 57. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 19.11.1954.

¹⁴⁸ 76. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 24.3.1955.

¹⁴⁹ Vgl. *Schmitz*, Finanzarchiv 1965, S. 472 (488f.); *Walter*, Stuw 1972, S. 225 (229).

¹⁵⁰ BGBl. I, S. 1077.

Wortlaut, Zweck und Entstehungsgeschichte von Art. 106 Abs. 2 GG lassen daher nur die Deutung zu, dass Ansprüche der Gemeinden durch diese Vorschrift nicht begründet werden. Wegen der damaligen generellen finanzrechtlichen Abstinenz des Grundgesetzes in Bezug auf die Gemeinden kann daraus aber andererseits auch nicht gefolgert werden, dass anderweitig begründete Ansprüche der kommunalen Ebene *ausgeschlossen* sein sollten.¹⁵¹ Die Materie ist damals insoweit, aber auch nur insoweit, ungeregelt geblieben. Wenn derartige abweichende Regelungen nicht zu finden sind, liegt auch eine endgültige Regelung über die Verteilung des Aufkommens vor. Im Ausgangspunkt noch strenger ist das Urteil des VG Oldenburg vom 8. Juli 2005.¹⁵² Das Gericht sieht die Ableitung von verfassungsrechtlichen Ansprüchen der Gemeinden in Bezug auf die „Landesteuern“ als unvereinbar mit der Übertragung der Entscheidung über die Beteiligung der Gemeinden an diesen Steuern auf „die Landesgesetzgebung“ in Art. 106 Abs. 7 Satz 2 GG an. Nicht ganz folgerichtig hat das Gericht aber doch recht eingehend erörtert, ob nicht Art. 106 Abs. 6 GG zu einem für die klagende Spielbankgemeinde günstigeren Ergebnis führen könnte.

c) Anspruchsgrundlage Art. 106 Abs. 6 GG

aa) Abgeltungswirkung der Spielbankabgabe

Im Schrifttum sind aus der Anordnung in Art. 106 Abs. 6 Satz 1 GG, dass das Aufkommen der Gewerbesteuer den Gemeinden zusteht, konkrete Teilhabeansprüche der Spielbankgemeinden in Bezug auf die Spielbankabgabe konstruiert worden.¹⁵³ Die Spielbankabgabe habe Abgeltungswirkung für die Gewerbesteuer. Da der Ertrag der Gewerbesteuer aber den Gemeinden von Verfassung wegen zustehe, müssten ihre Einnahmeausfälle auf Grund der Abgeltungswirkung über eine entsprechende Beteiligung an der Spielbankabgabe ausgeglichen werden. Hinzu könne auch noch der entgangene Ertrag der Vergnügungsteuer treten, der ebenfalls

¹⁵¹ Vgl. Koch, NdsVBl. 2001, S. 305 (308).

¹⁵² Az. 2 A 1373/05, Volltext in der Rechtsprechungsdatenbank des Nds. OVG veröffentlicht, teilweise unter Beck RS 2005 28401.

¹⁵³ Koch, NdsVBl. 2001, S. 305 (307).

ausgeglichen werden müsse. Die Abgeltungswirkung transformiere die gemeindliche Ertragshoheit in Bezug auf die Gewerbesteuer und die Vergnügungsteuer in einen Teilhabeanspruch am Aufkommen der Spielbankabgabe, aber beschränkt auf die Höhe der Steuereinbußen der Gemeinde.¹⁵⁴

Das Finanzverfassungsrecht des Bundes kennt die Begriffe der „Abgeltungswirkung“ oder „Abgeltungsteuer“ nicht.¹⁵⁵ Gemeint ist damit, dass in Verbindung mit dem „exorbitant hohen Steuersatz“ von 80% auf die Bruttospielerträge – ohne die Möglichkeit, die betrieblich veranlassten Kosten abzuziehen – aus Praktikabilitätsgründen auf die Erhebung aller anderen Steuern verzichtet werden sollte.¹⁵⁶ Dies ist durch umfassende Befreiungstatbestände in den verschiedenen Steuergesetzen – ohne Verfassungsrang – verwirklicht worden.¹⁵⁷ Schon § 6 der Verordnung über öffentliche Spielbanken vom 27. Juli 1938¹⁵⁸, die auf Grund von § 3 des Gesetzes über die Zulassung öffentlicher Spielbanken¹⁵⁹ erlassen worden war und als Landesrecht weiter galt, enthielt umfangreiche Steuerbefreiungen für die zugelassenen öffentlichen Spielbanken - unter Einschluss der Gewerbesteuer.¹⁶⁰ Nunmehr findet sich aus Gründen der Rechtssicherheit eine ausdrückliche Regelung im Gewerbesteuergesetz, § 3 Nr. 1.¹⁶¹ Die Befrei-

¹⁵⁴ Koch, NdsVBl. 2001, S. 305 (309).

¹⁵⁵ Koch, NdsVBl. 2001, S. 305 (307).

¹⁵⁶ BFH, Beschluss v. 29.3.2001 - III B 80/00, NV 2002, S. 1294 (1296).

¹⁵⁷ Vgl. Reiß in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 15 Rdn. 47.

¹⁵⁸ RGBl. I, S. 955.

¹⁵⁹ V. 14.7.1933, RGBl. I, S. 480.

¹⁶⁰ Vgl. Czapski, DGStZ 1967, S. 145f.

¹⁶¹ Durch Art. 11 Nr. 1 JStErgG 1996 (BGBl. I 1995, S. 1959) wurde die Befreiung der Spielbanken eingefügt. Danach lautet die Vorschrift:

„§ 3 Befreiungen

Von der Gewerbesteuer sind befreit

1. das Bundeseisenbahnvermögen, die Monopolverwaltungen des Bundes, die staatlichen Lotterieu Unternehmen, die zugelassenen öffentlichen Spielbanken mit ihren der Spielbankenabgabe unterliegenden Tätigkeiten und der Erdölbevorratungsverband nach § 2 Abs. 1 des Erdölbevorratungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Dezember 1987 (BGBl. I S. 2509)“;

ung von der Umsatzsteuer in § 4 Nr. 9 Buchst. b UStG¹⁶² führte aus europarechtlichen Gründen¹⁶³ zu unerwünschten Ergebnissen und wurde deshalb aufgehoben.¹⁶⁴

Da durch die Steuerbefreiungen in Verbindung mit der Erhebung der Spielbankabgabe wichtige eigene Einnahmen der Gemeinden, aber auch des Bundes und der Länder, die keine Spielbanken zulassen, entfallen, könnte die Besteuerung der Spielbanken nach den allgemeinen Regeln für die Gemeinden zu erheblich höheren Einnahmen führen.¹⁶⁵ Damit ist in der Tat die Frage zu stellen, ob bei der Entscheidung über eine Beteiligung der Gemeinde am Aufkommen der Spielbankabgabe zu berücksichtigen ist, dass diese Abgabe (teilweise) auch an die Stelle von Steuern tritt, de-

zur Entstehung vgl. BT-Drs. 13/3084 vom 22.11.1995, S. 25; *Güroff*, in: *Glanegger/Güroff*, GewStG, § 3 Rdn. 7; *Sarazin*, in: *Lenski/Steinberg*, GewStG, § 3 Rdn. 14.

¹⁶² „§ 4 Steuerbefreiungen bei Lieferungen und sonstigen Leistungen

Von den unter § 1 Abs. 1 Nr. 1 fallenden Umsätzen sind steuerfrei:
[...]

9.
[...]

- b) die Umsätze, die unter das Rennwett- und Lotteriewettgesetz fallen, sowie die Umsätze der zugelassenen öffentlichen Spielbanken, die durch den Betrieb der Spielbank bedingt sind. Nicht befreit sind die unter das Rennwett- und Lotteriewettgesetz fallenden Umsätze, die von der Rennwett- und Lotteriesteuer befreit sind oder von denen diese Steuer allgemein nicht erhoben wird“.

¹⁶³ Mit Urteil vom 17. Februar 2005 hatte der EuGH entschieden, dass eine Umsatzsteuerbefreiung von Glückspielen mit Geldeinsatz in zugelassenen öffentlichen Spielbanken mit Art. 13 Teil B Buchst. f der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17.5.1977 unzulässig ist, wenn gleichartige Umsätze außerhalb dieser Spielbanken umsatzsteuerpflichtig sind, EuGH C-453/02 und C-462/02 (EuZW 2005, S. 210); zur Vereinbarkeit der Befreiung von der GewSt mit dem Verfassungs- und Europarecht, vgl. BFH NV 2001, S. 1294 ff.

¹⁶⁴ Gesetz vom 28. April 2006, BGBl. I, S. 1095. Die Vorschrift lautet nun:

„§ 4 Steuerbefreiungen bei Lieferungen und sonstigen Leistungen

Von den unter § 1 Abs. 1 Nr. 1 fallenden Umsätzen sind steuerfrei:

- a) die Umsätze, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen,
b) die Umsätze, die unter das Rennwett- und Lotteriewettgesetz fallen. Nicht befreit sind die unter das Rennwett- und Lotteriewettgesetz fallenden Umsätze, die von der Rennwett- und Lotteriesteuer befreit sind oder von denen diese Steuer allgemein nicht erhoben wird; [...].“

¹⁶⁵ Vgl. *Schmitz*, Finanzarchiv 1965, S. 472 (492); *Vogt*, ZKF 1984, S. 162 (164); von *Koch* ohne Beleg schlicht unterstellt, NdsVBl. 2001, S. 305 (307).

ren Aufkommen gemäß Art. 106 Abs. 6 Satz 1 GG den Gemeinden zusteht.

bb) Bestands- und Ertragsgarantien aus Art. 106 Abs. 6 GG

Auch wenn die Gesetzgebungszuständigkeiten und die Ertragsverteilung für Steuern im Abschnitt über das Finanzwesen im Grundgesetz vollständig und abschließend geregelt sind,¹⁶⁶ folgt daraus nicht zwangsläufig, dass die Regelung in Art. 106 Abs. 2 Nr. 6 GG die anderweitige Begründung von Ansprüchen der Gemeinden auf Anteile an den Erträgen der Spielbankabgabe, namentlich gestützt auf Art. 106 Abs. 6 GG, ausschließt.¹⁶⁷

(a) Bestandsgarantie für die Gewerbesteuer

Im Schrifttum sind die Meinungen geteilt, ob mit der Zuweisung der Ertragshoheit der Gewerbesteuer an die Gemeinden durch Art. 106 Abs. 6 Satz 1 GG auch eine verfassungsrechtliche *Garantie* des Fortbestandes *der Gewerbesteuer* verbunden ist. Vereinzelt wird die Existenz der Gewerbesteuer als garantiert angesehen. Sie müsse es geben und ihr Aufkommen stehe den Gemeinden zu.¹⁶⁸ Ganz überwiegend wird jedoch – ebenso wie im Rahmen des Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG – eine solche (institutionelle) Garantie abgelehnt. Die Vorschrift enthalte *lediglich* eine Ertragszuweisung dahingehend, dass den Gemeinden das Aufkommen aus dieser Steuer zustehe, wenn und soweit sie existiere.¹⁶⁹ Entsprechendes muss auch für die Vergnügungsteuer gelten.

¹⁶⁶ *Siekmann* in: Sachs, vor Art. 104a Rdn. 12ff.

¹⁶⁷ Oben S. 41 f.

¹⁶⁸ *Grawert*, in: Festgabe v. Unruh, 1983, S. 587 (593); *Stern*, Staatsrecht II, S. 1152; *Wendt*, BB 1987, S. 1677 (1678); *Henneke*, Rdn. 904 f.

¹⁶⁹ *Maunz*, in: Maunz/Dürig, Art. 106 Rdn. 88; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 28 Rdn. 84d; *Pagenkopf*, S. 191; *Meis*, Verfassungsrechtliche Beziehungen zwischen Bund und Gemeinden, S. 94; *Vogel*, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR IV, 2. Aufl., § 87 Rdn. 31; *Siekmann*, in: Sachs, Art. 106 Rdn. 41; *Heun*, in: Dreier, Art. 106 Rdnr. 37; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 106 Rdn. 1, 16; *Brockmeyer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 106 Rdn. 17c, 18a; *Löwer*, in: v.Münch/Kunig, Art. 28 Rdn. 88 a.E.; *Heintzen*, ebda., Art. 106, Rdn. 49; *K.-A. Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 106 Rdn. 127; *Häde*, S. 190; *Selmer/Hummel*, NVwZ 2006, S. 14 (19); offen gelassen in BVerfGE 26, S. 172 (184).

Für die zuletzt genannte Auffassung spricht, dass Art. 106 Abs. 6 Satz 1 GG in seinem Wortlaut keinen Anhaltspunkt dafür bietet, ihm Inhalte zu entnehmen, die über eine reine Ertragsverteilung hinausgehen. Darüber hinaus besteht das Problem, ob von der abstrakten Betrachtungsebene („die Gewerbesteuer“) auf einzelne ertragsberechtigte Subjekte übergegangen werden darf. Dies leitet über zu der Frage, ob aus einer institutionellen Garantie subjektive Rechte abgeleitet werden können. Jedenfalls wird durch § 3 Nr. 1 GewStG und die Regelung der Beteiligung der Spielbankgemeinden am Aufkommen der Spielbankabgabe weder die Gewerbesteuer insgesamt noch für die jeweilige Gemeinde im Speziellen abgeschafft. Eine eventuelle institutionelle Garantie ist also nicht verletzt.

(b) Garantie eines bestimmten Aufkommens

Noch problematischer wäre die Bejahung einer Garantie eines bestimmten Aufkommens der Gewerbesteuer.¹⁷⁰ Sie wäre aber erforderlich, wenn aus einer konkreten Spezialregelung im Gewerbesteuergesetz (Befreiung der Spielbanken von der Gewerbesteuerpflicht) ein Kompensationsanspruch, ein Anspruch auf Teilhabe an der Spielbankenabgabe, folgen sollte. Die Ertragshoheit kann nicht als umfassendes gemeindliches Abwehrrecht gegen aufkommenswirksame Maßnahmen des Gesetzgebers interpretiert werden, zumal Art. 28 Abs. 2 Satz 3, Halbs. 2 GG (nur) von einer „wirtschaftskraftbezogene[n] Steuerquelle“ spricht. „Da wohl jede Ausgestaltung des Gesetzgebers [...] im Ergebnis Auswirkungen auf den konkreten Umfang des den Gemeinden zufließenden Aufkommens zeitigt, hieße es, die dadurch berührte gemeindliche Ertragshoheit als generelle Grenze zu begreifen, dem Gesetzgeber sein von Art. 106 Abs. 6 Satz 2 GG doch eingeräumtes und damit gewolltes Gestaltungsrecht zu entziehen.“¹⁷¹ Das

¹⁷⁰ Abgelehnt von BVerfGE 26, S. 172 (184); BFHE 168, S. 350 (360); *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 106 Rdn. 88; *Pagenkopf*, S. 191; *Wendt*, BB 1987, S. 1677 (1678), obwohl er eine Bestandsgarantie bejaht; *Vogel*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR IV, 2. Aufl., § 87 Rdn. 31; *Siekmann*, in: *Sachs*, Art. 106 Rdn. 41; *Heun*, in: *Dreier*, Art. 106 Rdnr. 37; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 106 Rdn. 1, 16; *Brockmeyer*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Art. 106 Rdn. 17c, 18a; *Heintzen*, in: *v.Münch/Kunig*, Art. 106, Rdn. 49; *K.-A. Schwarz*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 106 Rdn. 127; *Häde*, S. 190; *Selmer/Hummel*, NVwZ 2006, S. 14 (19).

¹⁷¹ *Selmer/Hummel*, NVwZ 2006, S. 14 (19).

Aufkommen der Gewerbesteuer ist nur in dem Umfang den Gemeinden verfassungsrechtlich garantiert, das sich aus der einfachgesetzlichen Ausgestaltung dieser Steuer ergibt.¹⁷²

(c) Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Auch wenn formal die Steuerbefreiung in das Gewerbesteuergesetz geschrieben worden ist, könnte es sich um eine Regelung des Spielbankrechts handeln, wenn man mit der Grundaussage des Bundesverfassungsgerichts Ernst macht, dass es sich um ein einheitliches Rechtsgebiet handelt.¹⁷³ Ob es auch die Abgabepflicht und die damit verbundene Befreiung von verschiedenen Steuern für die Spielbankunternehmen darunter fasst, ist der Entscheidung nicht mit letzter Sicherheit zu entnehmen. Hier könnte aber ein Ansatzpunkt für Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der gewerbesteuerrechtlichen Seite des Regelungskomplexes liegen. Auch insoweit könnte die Materie in die alleinige Zuständigkeit der Länder fallen. Wenn man dem nicht folgt, müssen die Voraussetzungen für die Ausübung der konkurrierenden Zuständigkeit durch den Bund erfüllt sein.

Art. 105 Abs. 2 GG weist die (konkurrierende) Gesetzgebungskompetenz für die Gewerbesteuer dem Bund zu.¹⁷⁴ Diese Kompetenz beschränkt sich inhaltlich nicht auf die Ausgestaltung von Modalitäten und Verfahren, zumal diese immer auch ertragsrelevant sein können. Sie umfasst auch die Befugnis, eine Steuer abzuschaffen. Die in Art. 106 GG genannten Steuern und Steuerarten müssen somit nicht erhoben werden¹⁷⁵ und ihr Ertrag ist nicht verfassungsmäßig garantiert.¹⁷⁶ Dies wird besonders deutlich bei

¹⁷² Vgl. BFHE 168, S. 350 (360); *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 106 Rdn. 88.

¹⁷³ Oben S. 27.

¹⁷⁴ *Jachmann* in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 105 Rdn. 24ff.

¹⁷⁵ *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 106 Rdn. 19, 21, allerdings mit der Einschränkung, dass Gemeinschaftssteuern nicht abgeschafft werden dürften; *Vogel/Waldhoff*, in: *BK*, vor Art. 104a Rdn. 581; *Heintzen*, in: *v. Münch/Kunig*, Art. 105 Rdn. 46, Art. 106 Rdn. 10; *K. Vogel*, *HStR* IV, § 87 Rdn. 31; *Tipke/Lang*, § 3 Rdn. 6, § 4 Rdn. 101; *K.-A. Schwarz*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 106 Rdn. 20; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 106 Rdn. 1; *Korioth*, S. 429; im Erg. ebenso *Tipke*, *BB* 1994, S. 436; a.A. *v. Arnim*, *Der Landkreis* 1985, S. 520.

¹⁷⁶ *Tipke/Lang*, § 3 Rdn. 6, § 4 Rdn. 101; *Wendt*, *BB* 1987, S. 1677 (1679) speziell für die Gewerbesteuer.

der Vermögensteuer, die nicht (mehr) erhoben werden darf, weil ihre über Jahrzehnte (bewusst) aufrecht erhaltene verfassungswidrige Ausgestaltung nicht bereinigt worden war.¹⁷⁷ Die Untätigkeit des Bundesgesetzgebers ist nicht etwa ein Verstoß gegen Art. 106 Abs. 2 Nr. 1 GG.

Allerdings müssen auch für die Ausübung der Gesetzgebungskompetenz aus Art. 105 Abs. 2 GG die Voraussetzungen von Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sein. Das hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 25. Januar 2005 noch einmal bekräftigt, in dem es den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die Einfügung von § 16 Abs. 4 Satz 2 in das Gewerbesteuergesetz ablehnte.¹⁷⁸ Mit dieser Gesetzesänderung wurde die Pflicht der Gemeinden eingeführt, die Gewerbesteuer mit einem Mindesthebesatz von 200 v. H. zu erheben. Bis dahin waren die Gemeinden berechtigt, die Gewerbesteuer zu erheben, durften aber im Rahmen der Gesetze verfassungsrechtlich (Art. 28 Abs. 2 Satz 3, 106 Abs. 6 Satz 2 GG) garantierten Hebesatzautonomie den Hebesatz auf Null festsetzen.¹⁷⁹

Das Gericht hat aber ausdrücklich die Frage als ungeklärt bezeichnet, ob die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz sich *auch* auf die Anordnung einer Untergrenze des Hebesatzes und damit den Zwang zu Erhebung der Gewerbesteuer erstrecke.¹⁸⁰ Denkt man diesen Ansatz konsequent zu Ende, könnte er auch bedeuten, dass Zweifel an der Kompetenz des Bundes bestünden, eine Steuer, hier die Gewerbesteuer, punktuell – für die Spielbankgemeinden – durch eine andere Steuer, die Spielbankabgabe zu substituieren. Allerdings hat der Verfassungsgeber diese Situa-

¹⁷⁷ Näher *Siekmann*, in: Sachs, Art. 105 Rdn. 8-10.

¹⁷⁸ BVerfGE 112, S. 216 (222) = DStRE 2005, S. 771 (772).

¹⁷⁹ Das Bundesverfassungsgericht hält es für möglich, dass Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG „eine neben der Finanzhoheit bestehende „Hebesatzhoheit“ begründet, BVerfGE 112, S. 216 (222). In früheren Entscheidungen hatte das Bundesverfassungsgericht schon betont, dass es mit der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren wäre, wenn eine Gemeinde sich bei Ausübung ihrer Gesetzgebungsbefugnisse, also auch bei Festsetzung von Hebesätzen, an den Regelungen anderer Gemeinden anzupassen hätte, BVerfGE 21, S. 54 (68). Andererseits hat es die Vermeidung von „Steueroasen“ als legitimes Regelungsziel anerkannt, BVerfGE 23, S. 353 (371). *Selmer/Hummel* halten die Anordnung von Mindesthebesätzen in § 16 Abs. 4 Satz 2 GewStG im Ergebnis für verfassungsgerecht, NVwZ 2006, S. 14 (21).

¹⁸⁰ BVerfGE 112, S. 216 (222).

tion, anders als die Anordnung von Mindesthebesätzen, vorgefunden, so dass zumindest von einer impliziten Billigung dieser Vorgehensweise auszugehen sein dürfte.

(d) Verknüpfung der gewerbesteuerlichen Regelung mit der Spielbankabgabe

Der Bund hat von seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 105 Abs. 2 GG Gebrauch gemacht und durch § 3 Nr. 1 GewStG die Spielbanken von der Gewerbesteuer befreit.¹⁸¹ Zu berücksichtigen ist dabei aber, dass die Spielbanken von der Gewerbesteuer nur befreit worden sind, weil sie eine hohe Spielbankabgabe zahlen, die unter anderem auch die Gewerbesteuer abgelden soll. Es könnte daher erwogen werden, ob die Gewerbesteuer der Spielbanken nicht nur in einem anderen Gewande, nämlich der Spielbankabgabe erhoben wird. Dann käme es auf die Garantie von Bestand und Höhe im Allgemeinen und für eine einzelne Spielbankgemeinde im Besonderen nicht mehr entscheidend an.¹⁸² Es stellt sich die Frage, ob Gewerbe- und Vergnügungsteuer nicht weiterhin, wenn auch in anderer Form, erhoben wird. Der Abgeltungscharakter der Spielbankabgabe beruht auf Praktikabilitätsabwägungen,¹⁸³ nicht aber darauf, dass Steuern im wirtschaftlichen Ergebnis ganz oder teilweise nicht erhoben werden sollen.

Geht man nun davon aus, dass die in Art. 106 Abs. 6 Satz 1 GG genannten Steuern erhoben werden können, steht das Aufkommen aus diesen Steuern ohne weiteres den Gemeinden zu. Das grundgesetzlich vorgegebene System der Steuerertragsverteilung könnte unterlaufen werden, wenn der einfache Bundes- und Landesgesetzgeber an die Stelle der den kommunalen Gebietskörperschaften zustehenden Steuern eine Abgeltungssteuer treten lassen dürfte, deren Aufkommen insgesamt einem anderen Steuersubjekt zusteht.¹⁸⁴

¹⁸¹ Oben S. 42.

¹⁸² Sinngemäß so *Koch*, NdsVBl. 2001, S. 305 (308).

¹⁸³ Vgl. BFH, BStBl. 1995, II, S. 432 (437).

¹⁸⁴ Vgl. *Lauer*, S. 101; *Hidien*, in: BK, Art. 106 Rdn. 1446, sieht die Gefahr der Aushöhlung bundesgesetzlich geregelter Gemeinschaftssteuern durch den Landesgesetzgeber bei der Regelung der Spielbankabgabe, verkennt dabei aber, dass die eigentliche

Konstruktiv könnte man der Spielbankabgabe wegen ihrer Substitutionsfunktion den Charakter einer *reinen* Landessteuer im Sinne des Art. 106 Abs. 7 Satz 2 GG absprechen, so dass es nicht mehr der Landesgesetzgebung überlassen bliebe, ob und inwieweit das Aufkommen dieser Steuer den (Spielbank-)Gemeinden zufließt.¹⁸⁵ Die Landesgesetzgebung wäre danach verpflichtet eine Beteiligung vorzusehen, hätte aber Entscheidungsspielräume zur Bestimmung der Höhe der Beteiligung.¹⁸⁶ Solange jedoch den Spielbankgemeinden ein „angemessener“ Anteil am Ertrag der Spielbankabgabe zugewiesen wird, kann nicht von einem „Unterlaufen“ der grundgesetzlichen Ertragsverteilung ausgegangen werden. Nur ein völliger Ausschluss vom Aufkommen der Spielbankabgabe wäre nach diesem Ansatz verfassungswidrig. § 4 Abs. 2 Satz 3 SpielbG NW sieht aber vor, dass den Spielbankgemeinden ein angemessener Anteil an der Spielbankabgabe durch die Verordnung des Innenministers zuzuweisen ist („bestimmt“). Auch ist dieser Ansatz nicht mit der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu vereinbaren, der die Spielbankabgabe schon frühzeitig als „einheitliche Steuer“ qualifiziert und eine gesonderte Beurteilung ihrer unterschiedlichen Elemente ausdrücklich abgelehnt hat.¹⁸⁷

Das VG Oldenburg weist ebenfalls alle dahinzielenden Deutungen von Art. 106 GG zurück. Durch die Änderung des Grundgesetzes sei nicht die inhaltliche Reichweite der Realsteuern in Art. 106 Abs. 2 Nr. 7 GG a. F. verändert, sondern lediglich um den Aspekt der Ertragszuweisung zugunsten der Gemeinden ergänzt worden. Eine modifizierende Abgrenzung von Art. 106 Abs. 2 Nr. 6 GG und von Art. 106 Abs. 2 Nr. 7 GG a. F. im Sinne eines neuartigen Vorranges der Ertragszuweisung der Realsteuern sei nicht vorgenommen worden. Die Realsteuergarantie sei bereits „vorbelastet“ und durch die besondere Ertragsberechtigung der Länder im Hinblick auf die Spielbankabgabe erfolgt. Den Ertragsverteilungsregelungen könne

„Abgeltungswirkung“ durch Steuerbefreiungen in der Bundesgesetzgebung erzeugt werden.

¹⁸⁵ Vgl. *Pieroth* in: *Jarass/Pieroth*, Art. 106 Rdn. 18.

¹⁸⁶ A. A. *Koch*, *NdsVBl.* 2001, S. 305 (309), für den die Ertragshoheit der Gemeinden sich in einen Teilhabeanspruch gegen das Land in der Höhe der Gemeindesteuereinkünfte verwandelt.

¹⁸⁷ *BFHE* 58, S. 556 (561).

im Ergebnis keine Anspruch begründenden Elemente entnommen werden.¹⁸⁸

Für diese Auffassung spricht zudem im Ergebnis, dass die Gewerbesteuer vollständig abgeschafft werden dürfte, wenn eine andere ertragsabhängige Steuer als Ersatz eingeführt würde. Allenfalls die Selektivität der Befreiung zu Lasten der Spielbankgemeinden ist unter diesem Aspekt noch ein Problem. Es ist systematisch jedoch nicht bei Art. 106 GG anzusiedeln.

In jedem Fall ist zu berücksichtigen, dass die Zulassung einer Spielbank auf dem Gebiet der Spielbankgemeinde positive ökonomische und auch fiskalische Effekte für die Gemeinde haben kann, die weit über die entgangenen Einnahmen aus der Gewerbesteuer und der Vergnügungsteuer hinaus gehen können.¹⁸⁹ Nur wenn im Einzelnen nachgewiesen werden kann, dass die entgangenen Einnahmen auf Grund der Steuerbefreiungen für die Spielbanken höher sind als die – noch verbliebene Beteiligung an der Spielbankabgabe – und die zusätzlichen Einnahmen der Spielbankgemeinde auf Grund der Zulassung und des Betriebs einer Spielbank, kommt ernsthaft ein Ausgleichsanspruch der Spielbankgemeinde in Betracht.

Betrachtet man die Zuweisungen aus der Spielbankabgabe an die Spielbankgemeinden, dürfte es schwierig zu begründen sein, dass eine „angemessene“ Beteiligung nicht vorliegt. Lediglich wenn die Steuerausfälle der Stadt durch die verschiedenen Steuerbefreiungen für den Betrieb der Spielbank eindeutig höher sind als die positiven Effekten, kann ernsthaft die Angemessenheit in Frage gestellt werden.

cc) Zwischenergebnis

Es ist zwar nicht unvertretbar, Ansprüche der Spielbankgemeinden aus Art. 106 Abs. 6 GG herzuleiten, doch dürften die Aussichten auf den Erfolg

¹⁸⁸ Az. 2 A 1373/05, Volltext in der Rechtsprechungsdatenbank des Nds. OVG veröffentlicht, teilweise unter Beck RS 2005 28401.

¹⁸⁹ Oben S. 41.

einer darauf gestützten Klage sehr gering sein. Voraussetzung wäre jedenfalls, dass eine Spielbankgemeinde unter Berücksichtigung aller Umstände gegenüber einer Gemeinde ohne Spielbank finanziell schlechter steht.

d) Anspruchsgrundlage Art. 79 LVerf. NW

Schon tatbestandlich ist es kaum möglich, Ansprüche aus dieser Vorschrift herzuleiten. Das Recht, eigene Steuerquellen zu erschließen, kann das Land nur im Rahmen der Finanzordnung des Grundgesetzes gewähren. Diese geht in jedem Fall vor. Selbst einfachgesetzliche Vorgaben des Bundes haben Vorrang vor Landesverfassungsrecht, so dass die gesetzlichen Steuerbefreiungen zugunsten der Spielbanken die Vorschrift nicht verletzen können. Im Übrigen ist der Verpflichtungsgrad der Norm (der Gesetzgeber hat „Rechnung zu tragen“) gering. Den landesverfassungsrechtlichen Ansprüchen der Gemeinden hat die gesetzliche Regelung der Spielbanken durch den Landesgesetzgeber auch bei einem reduzierten Anteil „Rechnung“ getragen.

e) Anspruchsgrundlage Art. 78 Abs. 1 LVerf. NW

Die Finanzausstattungsgarantie des Art. 78 Abs. 1 LVerf. NW ist nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs für Nordrhein-Westfalen dann verletzt, wenn das Selbstverwaltungsrecht ausgehöhlt und einer sinnvollen Bestätigung der Selbstverwaltung die finanzielle Grundlage entzogen ist.¹⁹⁰ Folgt man diesem Ansatz, ist die von der Landesverfassung gewährleistete Finanzausstattung erst dann unzureichend und nicht mehr angemessen, wenn die Gemeinden ihre verfassungsrechtlich oder gesetzlich obliegenden Aufgaben nicht mehr erfüllen können.¹⁹¹ Der Verfassungsgerichtshof des Landes Nordrhein-Westfalen billigt dabei dem Gesetzgeber aber einen „weiten Gestaltungsspielraum“ zu. Die Höhe der gemeindlichen Finanzausstattung dürfe vor allem auch unter angemessener Berücksichtigung des finanziellen Bedarfs und der Haushaltssituation

¹⁹⁰ Oben Fn. 131.

¹⁹¹ Vgl. *Dreier* in: *Dreier*, Art. 28 Rdn. 156; *Pieroth* in: *Jarass/Pieroth*, Art. 28 Rdn. 14ff.

des Landes bestimmt werden. Art. 78, 79 LVerf. NW legten den Umfang der Mittel nicht fest, die den Gemeinden zur freien Disposition gestellt werden müssten; weder zahlenmäßig festgelegte Beträge noch bestimmte Quoten.¹⁹²

Da die finanziellen Möglichkeiten des Landes aber seit Jahren sehr begrenzt sind und nur mit Mühe verfassungsmäßige Haushalte verabschiedet werden können, steht auch die gemeindliche Finanzausstattungs-garantie einer Kürzung nicht entgegen. Eine Verletzung dieses Anspruchs dürfte nur dann vorliegen, wenn der Gesamtumfang der Finanzausstattung durch die Reduktion des Anteils an der Spielbankabgabe derart verringert wurde, dass einer sinnvollen Betätigung der Gemeinde die finanzielle Grundlage entzogen worden ist. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer – hypothetischen – Prüfung von Art. 28 Abs. 2 GG verlangt, dass dargelegt wird, welchen Gesamtumfang die Finanzausstattung der Gemeinde hat und inwieweit dieser durch die beanstandeten Vorschriften gemindert wird und welche Aufgaben nun nicht mehr (angemessen) erfüllt werden können.¹⁹³ Der bloße Hinweis auf die kritische Haushaltslage und die ungesicherte Finanzierung von Bauprojekten dürfte dafür kaum ausreichen. Zudem wäre immer auch eine Vergleichsberechnung erforderlich, wie die städtischen Finanzen *ohne* Spielbank und *ohne* Anteil an der Spielbankabgabe dastünden.

Auch Aspekte des Vertrauensschutzes helfen im Hinblick auf die Finanzausstattung der Gemeinde nicht weiter, da selbst dem Bürger zugemutet wird, grundlegende Erschütterungen seiner Investitionskalkulationen durch tief greifende und unsystematische Änderungen der (betrieblichen) Besteuerung – auch noch in der laufenden Steuerperiode – hinzunehmen, selbst wenn dadurch schon getätigte Investitionen ökonomisch völlig entwertet werden. Die Garantie der Selbstverwaltung der Gemeinden enthält jedenfalls keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Beibehaltung einer einmal erreichten Struktur oder eines einmal erreichten Standards des Finanzausgleichs. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs

¹⁹² VerfGH NW, NWVBI. 1998, S. 390 (392).

¹⁹³ BVerfGE 71, S. 25 (37).

für das Land Nordrhein-Westfalen steht es dem Gesetzgeber weitgehend frei, „veränderte Rahmenbedingungen, neue Erkenntnisse und gewandelte Präferenzvorstellungen bei der jährlichen Regelung des kommunalen Finanzausgleichs zu berücksichtigen“.¹⁹⁴

Die mangelhafte Finanzausstattung einer Spielbankgemeinde kann als Grundlage für einen Anspruch gegen das Land in Betracht kommen, wenn dargelegt werden kann, dass die Gemeinde ihre verfassungsrechtlichen oder gesetzlich obliegenden Aufgaben nicht mehr zu erfüllen vermag. In diese Rechnung sind aber wieder die finanziellen Vorteile, die eine Spielbankgemeinde aus der Existenz einer Spielbank bezieht, in vollem Umfang zu berücksichtigen.¹⁹⁵

f) Verletzung des interkommunalen Gleichbehandlungsgebots

Durch die Reduzierung des Anteils der Spielbankgemeinden könnte schließlich noch das interkommunale Gleichbehandlungsgebot als spezielle Ausformung des rechtsstaatlich determinierten Gleichheitssatzes¹⁹⁶ verletzt sein.

Im Rahmen der Untersuchung, ob die Vorenthaltung eines angemessenen Anteils an der Spielbankabgabe verfassungswidrig ist, braucht auf die Diskussion über die Grundrechtsfähigkeit der Gemeinden¹⁹⁷ und die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 GG auf öffentlich-rechtlich organisierte Einheiten

¹⁹⁴ VerfGH NW, NWVBl. 1993, S. 381 (382).

¹⁹⁵ Oben S. 41.

¹⁹⁶ *Tettinger*, in: Löwer/Tettinger, Art. 78 Rdn. 32. Das Bundesverfassungsgericht hat im Staatsorganisationsrecht zunehmend die Anwendung des – objektiv-rechtlich gedeuteten – Art. 3 Abs. 1 GG durch das Rechtsstaatsgebot als Rechtsgrundlage für staatsorganisationsrechtliche Gleichheitsgebote ersetzt, *Osterloh*, EuGRZ 2002, S. 309, unter Berufung auf BVerfGE 86, S. 148 (250 f.). Zuvor hatte das Bundesverfassungsgericht aber regelmäßig auf die objektive Geltung des Gleichheitssatzes auch für „die Beziehungen innerhalb des hoheitlichen Staatsaufbaus abgestellt, BVerfGE 72, S. 330 (404); 76, S. 130 (139).

¹⁹⁷ Das BVerfG lehnt die Grundrechtsfähigkeit der Gemeinden in st. Rspr. ab, vgl. BVerfGE 61, S. 82 (100ff.).

nicht weiter eingegangen zu werden.¹⁹⁸ Art. 78 LVerf. NW kann eine Pflicht des Landes zur Gleichbehandlung der kommunalen Gebietskörperschaften in Finanzdingen entnommen werden,¹⁹⁹ jedenfalls in Angelegenheiten des Finanzausgleichs.²⁰⁰ Das Land ist demnach verpflichtet, bestimmte Gemeinden oder Gemeindeverbände bei der Zuweisung von Finanzmitteln nicht sachwidrig zu begünstigen oder zu benachteiligen. Die gewählten Maßstäbe dürfen „nicht in Widerspruch zueinander stehen und dürfen nicht ohne einleuchtenden Grund verlassen werden“.²⁰¹ Der Grundsatz ist erst dann verletzt, wenn „für die getroffene Regelung jeder sachliche Grund fehlt“.²⁰²

Die Vorteile, die eine Spielbankgemeinde aus der Existenz einer Spielbank genießt, dürften ein hinreichender sachlicher Grund sein, um die punktuellen Durchbrechungen der Steuerpflicht zugunsten der Spielbankbetreiber zu genügen.²⁰³ Ein verfassungsrechtlich garantiertes Recht der Kommunen, (neue) Steuerquellen zu erschließen, das weiterhelfen könnte, wird nahezu einhellig abgelehnt.²⁰⁴ Selbst punktuelle *Belastungen* werden kaum im Ergebnis zu einer Verletzung der Selbstverwaltungsgarantie führen können.²⁰⁵

Immerhin ließe sich argumentieren, dass den verschiedenen Gemeinden die verschiedenen Steuerquellen allgemein nicht in gleicher Höhe zur Verfügung stehen können, da zwischen den tatsächlich durch die Ertragsho-

¹⁹⁸ Dafür *Koch*, NdsVBl. 2001, S. 305 (310).

¹⁹⁹ *Tettinger* in: Löwer/Tettinger, Art. 78 Rdn. 32.

²⁰⁰ VerfGH NW, NWVBl. 1993, S. 381 (382); 1998, S. 390 (391f.); *Tettinger* in: Löwer/Tettinger, Art. 78 Rdn. 12ff.

²⁰¹ VerfGH NW, OVGE 40, S. 300 (302); VerfGH NW, NWVBl. 1993, S. 381 (382); 1998, S. 390 (392).

²⁰² VerfGH NW, NWVBl. 1998, S. 390 (391).

²⁰³ So auch VG Oldenburg, Urteil vom 8. Juli 2005, Az. 2 A 1373/05, Volltext in der Rechtsprechungsdatenbank des Nds. OVG veröffentlicht, teilweise unter Beck RS 2005 28401.

²⁰⁴ Vgl. nur *Siekmann*, in: Sachs, Art. 105 Rdn. 45, 48; zust. *Tettinger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 28 Rdn. 250; a.A. *Koch*, NdsVBl. 2001, S. 305 (310).

²⁰⁵ *Tettinger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 28 Rdn. 235.

heit der Gemeinden erzielten Steuern und den zu finanzierenden Aufgaben der Gemeinden ein spezifischer Zusammenhang besteht.²⁰⁶ Die Einbeziehung spezifischer Belastungen durch die Errichtung von Spielbanken könnte bei einer per Saldo Betrachtung möglicherweise doch die Rechtsposition der einzelnen Gemeinde verbessern.

Der Grundsatz der interkommunalen Gleichbehandlung aus Art. 78 LVerf. NW könnte als Anspruchsgrundlage dienen, vorausgesetzt es wird dargelegt, dass die Kommune Aufwendungen tragen muss, die bei der Festsetzung des Anteils nicht hinreichend berücksichtigt worden sind und zu einer Schlechterstellung unter Berücksichtigung aller Umstände führen.

g) Zwischenergebnis

Die Prüfung der möglichen Anspruchsgrundlagen liefert bei nüchterner Betrachtung nur wenige Ansatzpunkte für die Konstruktion eines Anspruchs der Spielbankgemeinden. Lediglich wenn bei Berücksichtigung aller Umstände, die finanziellen Nachteile für die Städte aus dem Betrieb der Spielbank die finanziellen Vorteile unter Einschluss des (reduzierten) Anteils an der Spielbankabgabe übertreffen, dürften Ansprüche bestehen.

4. Zwischenergebnis

Die Reduzierung des Anteils der Spielbankgemeinden am Aufkommen der Spielbankabgabe in Nordrhein-Westfalen auf 12 % ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Lediglich besondere Umstände der finanziellen Gesamtsituation einer Spielbankgemeinde, können zu einer anderen Beurteilung führen.

²⁰⁶ Vgl. Koch, NdsVBl. 2001, S. 305 (310).

III. Fazit der Erwägungen zu den materiellrechtlichen Anforderungen

Die Absenkung des Anteils der Spielbankgemeinden an der Spielbankabgabe von 15 auf 12 v. H. hält auch einer materiellrechtlichen Prüfung stand.

Die Vereinbarkeit mit den einfachgesetzlichen Vorgaben aus § 4 Abs. 2 Satz 3 SpielbG NW ist zu bejahen. Die Vorschrift verlangt, dass die betreffenden Gemeinden einen angemessenen Anteil an den Spielbankabgaben erhalten. Dieses Merkmal ist ohne das Hinzutreten weiterer Umstände auch bei einer Beteiligung von 12 % der Abgaben erfüllt, zumal die Absolutbeträge in den vergangenen Jahren real noch angestiegen sind.²⁰⁷

Ebenso wenig greifen verfassungsrechtliche Bedenken durch. Art. 106 Abs. 2 Nr. 6 GG weist das Aufkommen aus der Spielbankabgabe zwingend den Ländern zu. Über die weitere Verteilung wird keine Aussage getroffen, insbesondere lässt sich weder aus dem Grundgesetz noch aus der LVerf. NW ein Anspruch auf Zuweisung an die Spielbankgemeinden herleiten. Das kommunale Selbstverwaltungsprinzip aus Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 78, 79 LVerf. NW umfasst zwar auch die finanzielle Eigenverantwortlichkeit und eine angemessene Finanzausstattung, jedoch vermittelt es keinen Anspruch auf eine bestimmte Ausgestaltung des kommunalen *Einnahmensystems*.²⁰⁸ Art. 106 Abs. 2 GG vermag ebenfalls keinen Anspruch der Spielbankgemeinden gegen das Land auf Zuweisung bestimmter Finanzmittel zu begründen.

Selbst wenn man den Anteil der Gemeinden an der Spielbankabgabe als Substitut für die Gewerbesteuer ansehen wollte, von der die Spielbanken befreit sind, lässt sich kein Anspruch auf eine bestimmte Beteiligungshöhe an dieser begründen. Art. 106 Abs. 6 GG weist zwar das Aufkommen der Gewerbesteuer den Kommunen zu, jedoch ergibt sich aus der Ertragszuweisung keine institutionelle Garantie der Gewerbesteuer. Den Gemein-

²⁰⁷ Oben S. 27f.

²⁰⁸ Oben S. 38.

den steht die Steuer nur zu, wenn und soweit sie existiert.²⁰⁹ Allerdings ist Sache des Bundes diese grundgesetzliche Ertragsverteilung zu ändern, die Länder dürfen diese nicht durch Zuteilung einer geringen Spielbankabgabe unterlaufen. Solange jedoch den Spielbankgemeinden ein „angemessener“ Anteil am Ertrag der Abgabe zugewiesen wird, kann nicht von einem „Unterlaufen“ ausgegangen werden. Zieht man die positiven ökonomischen und fiskalischen Effekte in die Betrachtung ein, so kann selbst bei einem Anteil von 12 v. H. an der Spielbankabgabe nicht von einer unangemessenen Beteiligung gesprochen werden. Dies liegt erst vor, wenn die Steuerausfälle der Stadt aufgrund der Steuerbefreiungen deutlich höher sind als die positiven Effekte. Eine Verletzung des interkommunalen Gleichbehandlungsverbotes ist aufgrund dessen ebenfalls abzulehnen.

²⁰⁹ Siehe Fn. 173.

C. ERGEBNISSE

Die Spielbankabgabe ist eine Steuer und keine Vorzugslast. Sie ist Teil einer einheitlichen Materie „Spielbankrecht“, für das die Länder die Gesetzgebungszuständigkeit haben. Eine Beteiligung der Spielbankgemeinden an ihrem Aufkommen ist mit Art. 106 GG zu vereinbaren und berührt auch nicht den föderalen Finanzausgleich, da die Gemeinden weiterhin (finanz-)verfassungsrechtlich als Teile der Länder anzusehen sind.

Es besteht aber kein Anspruch der Gemeinden auf Zuweisung dieses Anteils aus Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG. Die Vorschrift erlaubt den Entzug oder die Verwehrung „einzelner Einnahmen“. Erst recht wird durch die Kürzung des Anteils die in dieser Vorschrift enthaltene „Finanzausstattungsgarantie“ nicht verletzt. Ansprüche der Spielbankgemeinden lassen sich auch nicht aus Art. 106 Abs. 2 GG ableiten. Allenfalls näher in Betracht kommt dafür Art. 106 Abs. 6 GG. Wenn den Spielbankgemeinden durch die Abgeltungswirkung der Abgabe mehr Einnahmen entgehen als ihnen aus der Existenz einer Spielbank wirtschaftliche Vorteile entstehen, kann eine Verletzung der finanzverfassungsrechtlichen Ertragsverteilung vorliegen. Das interkommunale Gleichbehandlungsgebot als spezielle Ausformung des rechtsstaatlich determinierten Gleichheitssatzes bietet ebenfalls nur unter diesen Umständen eine Grundlage für Ansprüche der Spielbankgemeinden.

Die Abgeltungswirkung der Abgabe führt nicht dazu, dass durch der Reduzierung des Anteils der Spielbankgemeinden an ihrem Aufkommen von 15 auf 12% in Nordrhein-Westfalen Rechte dieser Gemeinden verletzt worden sind. Die Änderung der einschlägigen Verordnung durch den Parlamentsgesetzgeber ist formal nicht zu beanstanden. Der Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens machte eine vorherige Anhörung der betroffenen Gemeinden nicht erforderlich.

WORKING PAPERS

1 (2006)	Helmut Siekmann	The Burden of an Ageing Society as a Public Debt
2 (2006)	Helmut Siekmann	Die Unabhängigkeit von EZB und Bundesbank nach geltendem Recht und dem Vertrag über eine Verfassung für Europa
3 (2006)	Helmut Siekmann	Die Verwendung des Gewinns der Europäischen Zentralbank und der Bundesbank
4 (2006)	Reinhard H. Schmidt Aneta Hryckiewicz	Financial Systems - Importance, Differences and Convergence
5 (2006)	Roman Inderst Holger M. Mueller Felix Münnich	Financing A Portfolio of Projects
6 (2006)	Roman Inderst Holger M. Mueller	A Lender-Based Theory of Collateral
7 (2006)	Joachim Wieland	Staatsverschuldung als Herausforderung für die Finanzverfassung (veröffentlicht in: JZ 2006, S. 751 ff.)
8 (2007)	Helmut Siekmann	Der Anspruch auf Herstellung von Transparenz im Hinblick auf die Kosten und Folgekosten der Steinkohlesubventionierung und den Börsengang der RAG AG
9 (2007)	Henry Ordower	Demystifying Hedge Funds: A Design Primer