

# de Gruyter Lehrbuch



# Besonderes Verwaltungsrecht

Herausgegeben von

Ingo von Münch

und

Eberhard Schmidt-Aßmann

Bearbeitet von

Peter Badura	Rüdiger Breuer
Karl Heinrich Friauf	Walter Krebs
Philip Kunig	Franz Ruland
Jürgen Salzwedel	Eberhard Schmidt-Aßmann

9., neubearbeitete Auflage



1992

Walter de Gruyter · Berlin · New York

**Zitiervorschlag**

z. B. Badura in von Münch / Schmidt-Aßmann, *BesVerwR*, 9. Aufl. 1992, S. 198

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,  
das die US-Ansi-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

*Die Deutsche Bibliothek — CIP Einheitsaufnahme*

**Besonderes Verwaltungsrecht** / hrsg. von Ingo von Münch und  
Eberhard Schmidt-Aßmann. Bearb. von Peter Badura ... —  
9., neubearb. Aufl. — Berlin; New York:  
de Gruyter, 1992

(De-Gruyter-Lehrbuch)

ISBN 3-11-012428-9 kart.

ISBN 3-11-013483-7 Gb.

NE: Münch, Ingo von / Schmidt-Aßmann, Eberhard [Hrsg.]; Badura,  
Peter

© Copyright 1992 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.  
Printed in Germany.

Satz und Druck: Saladruck, 1000 Berlin 36. — Buchbinderarbeiten: Lüderitz & Bauer,  
1000 Berlin 61.

## Vorwort zur neunten Auflage

Die Gebiete des besonderen Verwaltungsrechts zeigen eine unverminderte Wachstumskraft. Neben die bekannten Wachstumsfaktoren der neuen Gesetze, neuer Erkenntnisse der Rechtsprechung und der neuen Literatur sind seit dem Erscheinen der Voraufgabe (1988) zusätzliche Impulse der nationalen und der supranationalen Rechtentwicklung getreten: Die am 3. Oktober 1990 vollzogene Herstellung der staatlichen Einheit Deutschlands verlangt, die sich ausbildenden Verwaltungsrechtsordnungen der neuen Bundesländer und manche der Überleitungsregelungen, z. B. im Städtebaurecht, Umwelt- und Sozialrecht in die Darstellung einzubeziehen. Dazu gewinnen die Vorgaben der Europäischen Gemeinschaften für das mitgliedstaatliche Verwaltungsrecht zunehmend mehr an Gewicht.

Die Fülle des Stoffes hat dazu veranlaßt, die in diesem Bande vertretenen Beiträge noch stärker auf die Pflichtfächer und die Wahlfächer der Ausbildungsordnungen zu konzentrieren. Im Kreis der Autoren haben sich daher Veränderungen ergeben: *Otto Kimminich*, *Thomas Oppermann*, *Dietrich Rauschnig* und *Walter Rudolf* sind danach mit ihren Beiträgen nicht mehr vertreten. Sie waren an allen Voraufgaben beteiligt, und deshalb gebührt ihnen großer Dank.

Zwei Beiträge sind ganz neu bearbeitet worden: Als Autoren wurden für das Baurecht *Walter Krebs* und für das Recht des öffentlichen Dienstes *Philip Kunig* gewonnen. Das Wasserrecht, das keinen eigenen Abschnitt mehr hat, wird in seinen umweltspezifischen Teilen von *Rüdiger Breuer* im Umweltschutzrecht mit behandelt. *Eberhard Schmidt-Aßmann* hat die Mitherausgeberschaft übernommen.

Unverändert geblieben ist das seit der 1. Auflage (1969) verfolgte Ziel des Buches: nämlich den Studenten ein gut lesbares Lehrbuch an die Hand zu geben, darüber hinaus aber durch die wissenschaftlich-praktische Gestaltung des Buches allen mit dem Verwaltungsrecht Befassen — insbesondere Richtern, Rechtsanwältinnen und Verwaltungsbeamten — ein Hilfsmittel zur Verfügung zu stellen, das trotz der Fülle des Stoffes Präzision und Übersichtlichkeit bietet.

Auch in der vorliegenden 9. Auflage versteht sich dieses Lehrbuch als Ergänzung und Fortsetzung des in derselben Reihe erschienenen, von *Hans-Uwe Erichsen* und *Wolfgang Martens* (†) herausgegebenen Lehrbuchs „Allgemeines Verwaltungsrecht“.

Das Sachverzeichnis hat Frau Referendarin *Annette Ballschmidt* erstellt.

Für Hinweise und Anregungen sind die Bearbeiter — jeder von ihnen trägt für den von ihm verfaßten Abschnitt die alleinige Verantwortung — und die Herausgeber dankbar.

Im Dezember 1991

*Peter Badura · Rüdiger Breuer · Karl Heinrich Friauf · Walter Krebs · Philip Kunig · Ingo von Münch · Franz Ruland · Jürgen Salzwedel · Eberhard Schmidt-Aßmann*



## Autoren- und Inhaltsübersicht\*

Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann Professor an der Universität Heidelberg <b>Kommunalrecht</b> .....	1
Dr. Karl Heinrich Friauf Professor an der Universität Köln <b>Polizei- und Ordnungsrecht</b> .....	97
Dr. Peter Badura Professor an der Universität München <b>Wirtschaftsverwaltungsrecht</b> .....	179
Dr. Walter Krebs Professor an der Universität Münster <b>Baurecht</b> .....	265
Dr. Rüdiger Breuer Professor an der Universität Trier <b>Umweltschutzrecht</b> .....	391
Dr. Philip Kunig Professor an der Freien Universität Berlin <b>Das Recht des öffentlichen Dienstes</b> .....	517
Dr. Franz Ruland Professor, Geschäftsführer des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger, Frankfurt a. M. <b>Sozialrecht</b> .....	603
Dr. Jürgen Salzwedel Professor an der Universität Bonn <b>Straßen- und Verkehrsrecht</b> .....	689
<b>Sachverzeichnis</b> .....	731

\* Jedem Abschnitt ist eine ausführliche Gliederung vorangestellt.





# Abkürzungsverzeichnis

A.	Ausschuß
a. A.	anderer Auffassung
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
a. M.	anderer Meinung
aaO	am angegebenen Ort
ABA	Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung
AbfG	Abfallgesetz
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
abw.	abweichend
AbwAG	Abwasserabgabengesetz
Achterberg, AllgVwR	N. Achterberg, Allg. Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986
Achterberg/Püttner, BesVwR	N. Achterberg, G. Püttner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1990
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaften
AG	Ausführungsgesetz, Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBauGB	Gesetz zur Ausführung des Baugesetzbuches
AGBSHG	Ausführungsgesetz zum Bundessozialhilfegesetz
AgrarR	Agrarrecht, Zeitschrift für das gesamte Recht der Landwirtschaft, der Agrarmärkte und des ländlichen Raums
AK-GG	Alternativkommentar zum Grundgesetz
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
ANBA	Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit
ÄndG	Änderungsgesetz
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AnV	Angestelltenversicherung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbplSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbRGwart	Das Arbeitsrecht der Gegenwart (Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit)
ArbSiStG	Arbeitssicherstellungsgesetz
ArbuR	Arbeit und Recht
ArchVR	Archiv des Völkerrechts
arg.	argumentum
ARGEBAU	Arbeitsgemeinschaft der für das Bau-, Wohnungs- und Siedlungs- wesen zuständigen Minister der Länder
Art.	Artikel

## Abkürzungsverzeichnis

ArV	Arbeiterrentenversicherung
ASOG	Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin
AtG, AtomG	Atomgesetz
AtVfV	Atomrechtliche Verfahrensverordnung
Aufl.	Auflage
AuR	s. ArbuR
AuS	Arbeits- und Sozialrecht
ausf.	ausführlich
AVAVG	Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
AVB	Allgemeine Versorgungsbedingungen

B	Bundes-
BA	Bundesanstalt für Arbeit
BABl.	Bundesarbeitsblatt
bad.-württ.	baden-württembergisch
Bad.-Württ., BW	Baden-Württemberg
Badura, StR	P. Badura, Staatsrecht, 1986
BAföG	Bundesausbildungsförderungsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz.	Bundesanzeiger
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BauGB	Baugesetzbuch
BauGBMaßnG	MaßnahmenG zum BauGB
baul.	baulich
BauNVO	Baunutzungsverordnung
BauO, BO	Bauordnung
BauR	Baurecht
BauZVO	Bauplanungs- und Zulassungsverordnung
Bay.	Bayern
bay., bayer.	bayerisch
BayBS	Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayRS	Bayerische Rechtssammlung
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	Betriebsberater
BBahnG	Bundesbahngesetz
BBankG	Bundesbankgesetz
BBauG	Bundesbaugesetz
BBergG	Bundesberggesetz
BBesG	Bundesbesoldungsgesetz
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BDH	Bundesdisziplinarhof
BDHE	Entscheidungen des Bundesdisziplinarhofs
BDO	Bundesdisziplinarordnung
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BEG	Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (Bundesentschädigungsgesetz)

## Abkürzungsverzeichnis

Begr.	Begründung
Beil.	Beilage
Bek., Bekanntm.	Bekanntmachung
Benda/Maihofer/Vogel, HVerfR	E. Benda, W. Maihofer, J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfas- sungsrechts, 1983
BenzinbleiG	Gesetz zur Verminderung von Bleiverbindungen in Ottokraft- stoffen für Kraftfahrzeugmotore
ber.	berichtigt
BErzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz
bes.	besonders
Betr.	Der Betrieb
BfA	Bundesversicherungsanstalt für Angestellte
BfH	Bundesfinanzhof
BFStrG	Bundesfernstraßengesetz
BG	Beamtengesetz, Die Berufsgenossenschaft
bga-Berichte	Berichte des Bundesgesundheitsamts
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BgmVfg	Bürgermeisterverfassung
BGSG	Bundesgrenzschutzgesetz
BHO	Bundeshaushaltsordnung
Bibl.	Bibliothek
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BImSchV	Bundes-Immissionsschutzverordnung
BK	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Lsbl., Zitiervorschlag: BK
BKGG	Bundeskindergeldgesetz
BKK	Die Betriebskrankenkasse
BldW	Blätter der Wohlfahrtspflege
BliWaG	Blindenwarenvertriebsgesetz
Bln.	Berlin
bln., berl.	berlinisch
BlStSozArbR	Blätter für Steuer-, Sozial-, Arbeitsrecht
BLV	Bundeslaufbahnverordnung
BMA	Bundesministerium für Arbeit
BMI	Bundesminister des Innern
BMT-G II	Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltun- gen und Betriebe
BMU	Bundesminister für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
BMV-Ä	Bundesmantelvertrag-Ärzte
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BNotO	Bundesnotarordnung
BO	s. BauO
Bonner Kommentar, GG	s. BK
BPersVG	Bundspersonalvertretungsgesetz

## Abkürzungsverzeichnis

BR-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BRat	Bundesrat
BRD, BRep.	Bundesrepublik Deutschland
BReg.	Bundesregierung
brem.	bremisch
BRep.	s. BRD
BROG	Bundesraumordnungsgesetz
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BRS	Baurechtssammlung
BSchG, BSchVG	Gesetz über den gewerblichen Binnenschiffsverkehr
BSG	Bundessozialgericht
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BStatG	Bundesstatistikgesetz
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT(ag)	Bundestag
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BTOElt.	Bundestarifordnung Elektrizität
BVA	Bundesversicherungsamt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Amtlichen Sammlung
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVG	Bundesversorgungsgesetz
BW	Baden-Württemberg
BWaldG	Bundeswaldgesetz
BWVBl.	s. VBlBW
BWVPr.	Baden-Württembergische Verwaltungspraxis
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
ChemG	Chemikaliengesetz
CITES	Washingtoner Artenschutzabkommen
d.	durch
d. h.	das heißt
DÄ	Deutsches Ärzteblatt
DAngVers.	Die Angestellten-Versicherung
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
dB	dezibel
DBP	Deutsche Bundespost
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DDT	Dichloridiphenyltrichloräthan
dems.	demselben
ders.	derselbe
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
DIN	Deutsches Institut für Normung e. V.
DirRufV	Direktrufverordnung
Diss.	Dissertation

## Abkürzungsverzeichnis

DJT	Deutscher Juristentag
DM	Deutsche Mark
DöD	Der öffentliche Dienst
DOK	Die Ortskrankenkasse
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRV	Deutsche Rentenversicherung
DSchG	Denkmalschutzgesetz
dt.	deutsch
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift
DuR	Demokratie und Recht
DV	Die Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVGW	Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e. V.
DVO	Durchführungsverordnung
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis
e. V.	eingetragener Verein
ebd.	ebenda
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EEG	Enteignungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einl.	Einleitung
EinV	s. EV
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
Erg.	Ergebnis
Erichsen/Martens, AllgVwR	H.-U. Erichsen, W. Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 1988
ErstattungsG	Gesetz über das Verfahren für die Erstattung von Fehlbeständen an öffentlichem Vermögen
ES	Entscheidungssammlung
EStG	Einkommensteuergesetz
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
etc.	und so weiter
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EV, EinV	Einigungsvertrag
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	EWG-Vertrag = Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
Eyermann/Fröhler, VwGO	E. Eyermann, L. Fröhler, J. Kormann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 9. Aufl. 1988
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht

f	die nächste folgende Seite
f.	für
F.	Finanzausgleich
FAG	Fernmeldeanlagenengesetz
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FeststG	Gesetz über die Feststellung von Vertreibungsschäden und Kriegsschäden
FEVG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen
ff	die nächsten folgenden Seiten
Fg.	Festgabe
fin.	finanziell
FinArch.	Finanzarchiv
FlurbG	Flurbereinigungsgesetz
Fn.	Fußnote
Forsthoff, VwR	E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl. 1973
FRG	Fremdrentengesetz
FS	Festschrift
FStrG	s. BFStrG
FuR	Familie und Recht
<b>G</b>	<b>Gesetz</b>
GAL	Gesetz über eine Altershilfe für Landwirte
GaststG	Gaststättengesetz
GBL.	Gesetzblatt
geänd.	geändert
GefahrstoffV	Gefahrstoffverordnung
gem.	gemäß
Gem.	Gemeinde
GemHVO	Gemeindehaushaltsverordnung
GemKVO	Gemeinekassenverordnung
GemSOGB	Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes
GenTG	Gentechnikgesetz
ges.	gesetzlich
GewArch.	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf., ggfls.	gegebenenfalls
GGK	s. v. Münch, GG
GK-SGB	Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch
GKÖD	Gesamtkommentar öffentliches Dienstrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GMBL.	Gemeinsames Ministerialblatt
GO	Gemeindeordnung, Geschäftsordnung
GRe	s. Grundrechte
GRG	Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen
Grundrechte	Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. 1, 1. u. 2. Halbbd., hrsg. v. K. A. Bettermann, F. L. Neumann, H. C. Nipperdey, 1966/67; Bd. 2, hrsg. v. F. L. Neumann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner, 2. Aufl. 1968; Bd. 3, 1. u.

## Abkürzungsverzeichnis

	2. Halbbd., hrsg. v. K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, 1958/59; Bd. 4, 1. Halbbd., hrsg. v. K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner, 1960; 2. Halbbd., hrsg. v. K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, 1962; Zitiervorschlag: GRG
GS	Gesetzessammlung
Gs.	Gedächtnisschrift
GuG	Grundstücksmarkt und Grundstückswert
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz
GV NW	Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Nordrhein-Westfalen
GVBl., GVOBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Kartellgesetz
GZBW	Baden-württembergische Gemeindezeitung
h. M.	herrschende Meinung
hamb., hbg.	hamburgisch
HandwO	Handwerksordnung
Hbg.	Hamburg
HdbStR	s. Isensee/Kirchhof, HdbStR
HDSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
Hdwb	Handwörterbuch
Hess.	Hessen
hess.	hessisch
Hesse, VerFR	K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 1990
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
HHG	Häftlingshilfegesetz
hins.	hinsichtlich
Hinw.	Hinweis
HIV	Human Immunodeficiency Virus
HKG	Gesetz über Hilfsmaßnahmen für Heimkehrer
HkW-VO	Verordnung über die Entsorgung gebrauchter halogenierter Lösemittel
HkWP	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hrsg. v. G. Püttner unter Mitarbeit von M. Borchmann, 2. Aufl., Bd. 1 Grundlagen 1981, Bd. 2 Kommunalverfassung 1982, Bd. 3 Kommunale Aufgaben und Aufgabenerfüllung 1983, Bd. 4 Die Fachaufgaben 1983, Bd. 5 Kommunale Wirtschaft 1984, Bd. 6 Kommunale Finanzen 1985
HÖV, HöV	Handbuch für die öffentliche Verwaltung
HRG	Hochschulrahmengesetz
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
HS	Halbsatz
HStR	s. Isensee/Kirchhof
HVerFR	s. Benda/Maihofer/Vogel, HVerFR
HwVG	Gesetz über eine Rentenversicherung der Handwerker
HZ	Historische Zeitschrift
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. (von)	im Sinne von

## Abkürzungsverzeichnis

i. V. (mit)	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
IHKG	Gesetz über die Industrie- und Handelskammern
InfAuslR	Informationsschrift für Ausländerrecht
insbes.	insbesondere
InvZulG	Investitionszulagengesetz
Isensee/Kirchhof, HdbStR	J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1 u. 2 1987, Bd. 3 1988, Bd. 4 1990
IUR	Informationsdienst Umweltrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbPostw.	Jahrbuch für das Postwesen
jew.	jeweils
Jh.	Jahrhundert
JMBINW	Nordrhein-westfälisches Justizministerialblatt
JR	Juristische Rundschau
jüng.	jünger
jur.	juristisch
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KAG	Kommunalabgabengesetz
Kap.	Kapitel
Kennz.	Kennziffer
Kfz	Kraftfahrzeug
KGG	Hessisches Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit
KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz
KJ	Kritische Justiz
KJHG	Kinder- und Jugendhilfegesetz
Knack, VwVfG	H.-J. Knack (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 1989
Komm.	Kommentar
KommHdb	s. HkWP
Kopp, VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung, erl. v. F. O. Kopp, 8. Aufl. 1989
Kopp, VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz, erl. v. F. O. Kopp, 4. Aufl. 1986, 5. Aufl. 1991
KOV	Die Kriegsopferversorgung
KreisG	Kreisgericht
krit.	kritisch
KrO	Kreisordnung
KrV	Die Krankenversicherung
KStZ	Kommunale Steuer-Zeitschrift
KSVG	Kommunalselbstverwaltungsgesetz, Künstlersozialversicherungs- gesetz
KV	Kassenärztliche Vereinigung
KVG	Kommunalverfassungsgesetz
KVLG	Gesetz über eine Krankenversicherung für Landwirte
KWG	Gesetz über das Kreditwesen, Kommunalwahlgesetz
LABfG	Landesabfallgesetz
LadSchlG	Ladenschlußgesetz



## Abkürzungsverzeichnis

LBeschG	Landbeschaffungsgesetz
LBG	Landesbeamten-gesetz
LBO, LBauO	Landesbauordnung
LdR	Lexikon des Rechts
Leibholz/Rinck, GG	G. Leibholz, H. J. Rinck, D. Hesselberger, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 6. Aufl. Lsbl.
LG	Landgericht
LImSchG	Landes-Immissionsschutzgesetz
Lit.	Literatur
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LOG	Nordrhein-westfälisches Gesetz über die Organisation der Landesverwaltung
LPflG	Landschaftspflegegesetz
LPIG	Landesplanungsgesetz
LROP	Landesraumordnungsplan
LS	Leitsatz
Lsbl.	Loseblattsammlung
LSG	Landessozialgericht
LStrG	Landesstrafengesetz
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LuftVZO	Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung
LV(erf.)	Landesverfassung
LVA	Landesversicherungsanstalt
LVerbO	Landschaftsverbandsordnung
LVG, LVwG	Landesverwaltungsgesetz
m.	mit
m. E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
v. Mangoldt/Klein, GG	Das Bonner Grundgesetz, erläutert von H. v. Mangoldt, 2. Aufl. neu bearb. v. F. Klein, 3. Aufl. neu bearb. v. Chr. Starck, Bd. 1 1966, Bd. 2 1966, Bd. 3, 2. Aufl. 1974, Bd. 1, 3. Aufl. 1985
Maunz/Dürig, GG	Th. Maunz, G. Dürig, R. Herzog, R. Scholz, P. Lerche, H.-J. Papier, A. Randelzhofer, E. Schmidt-Aßmann, Grundgesetz, Kommentar, 4 Bde., 6. Aufl., Lsbl.
Maunz/Zippelius, StaatsR	Th. Maunz/R. Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 28. Aufl. 1991
Maurer, AllgVwR	H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1990
Mayer, VwR	O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1 u. 2, 3. Aufl. 1924
Mayer/Kopp, AllgVwR	E. Mayer, F. Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 1985
MBO	Musterbauordnung
MdE	Minderung der Erwerbsfähigkeit
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
ME	Musterentwurf
med.	medizinisch
MedR	Medizinrecht
MOG	Gesetz zur Durchführung der gemeinsamen Marktorganisationen
Mrd.	Milliarde

## Abkürzungsverzeichnis

MTB II	Manteltarifvertrag für Arbeiter des Bundes
MTL II	Manteltarifvertrag für Arbeiter der Länder
v. Münch, GG	Grundgesetz-Kommentar, Hrsg. I. v. Münch, Bd. 1, 3. Aufl. 1985, Bd. 2, Bd. 3, 2. Aufl. 1983, siehe GGK
MuSchG	Mutterschutzgesetz
N	s. nds.
n. F.	neue Fassung, neue Folge
Nachw.	Nachweise
NatSchG	Naturschutzgesetz
Nds.	Niedersachsen
nds., nieders.	niedersächsisch
NDV	Nachrichtendienst des deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge
NF	Neue Folge
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NRW	s. NW
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht
NW, Nordrh.-Westf.	Nordrhein-Westfalen
nw, nordrh.-westf.	nordrhein-westfälisch
NWVBl.	Nordrhein-westfälische Verwaltungsblätter
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
O	Ordnung
o. ä.	oder ähnliches
Obermayer, VwVfG	Kl. Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 1990
OBG	Ordnungsbehördengesetz
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OEG	Opferentschädigungsgesetz
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
örtl.	örtlich
östl.	östlich
OVG	Oberverwaltungsgericht
PAG	Polizeiaufgabengesetz
ParlStG	Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Parlamentarischen Staatssekretäre
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PCB	Polychlorierte Biphenyle
PCT	Polychlorierte Tetrakohlenwasserstoffe
PersV	Die Personalvertretung
XVIII	

## Abkürzungsverzeichnis

PG	s. PolG
Pkw	Personenkraftwagen
PlafeR	Planfeststellungsrecht
PlanzV	Planzeichenverordnung
POG	Polizeiorganisationsgesetz
PolG	Polizeigesetz
PolOrg.VO	Verordnung über die Organisation und Zuständigkeit der hessischen Vollzugspolizei
PostArch.	Postarchiv
pr., preuß.	preußisch
PrAllgGewO	Preußische Allgemeine Gewerbeordnung
PrALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
priv.	privat
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PrWegeRG	Preußisches Gesetz über die Reinigung öffentlicher Wege
PVG	Polizeiverwaltungsgesetz
PVS	Politische Vierteljahresschrift
R	Recht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel
RaumOR	Raumordnungsrecht
RdA	Recht der Arbeit
RdE	Recht der Elektrizitätswirtschaft
RdWW	Recht der Wasserwirtschaft
Redeker/v. Oertzen, VwGO	K. Redeker, H.-J. v. Oertzen, VwGO: Kommentar, 9. Aufl. 1988
Reg.Entw.	Regierungsentwurf
RehaAnglG	Rehabilitationsangleichungsgesetz
Rez.	Rezension
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rh.-Pfl.	Rheinland-Pfalz
rheinl.-pfälz., rhpf	rheinland-pfälzisch
RhPflVerfGH	Verfassungsgerichtshof in Rheinland-Pfalz
RiA	Das Recht im Amt
RKG	Reichsknappschaftsgesetz
Rn.	Randnummer
ROG	Raumordnungsgesetz
RRG	Rentenreformgesetz
Rspr.	Rechtsprechung
RÜG	Rentenüberleitungsgesetz
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz
RV	Die Rentenversicherung, Rentenversicherung
RVerwBl.	Reichsverwaltungsblatt
RVO	Reichsversicherungsordnung
S	s. saarl.
S.	Seite, bei Gesetzesziten Satz
s.	siehe
s. o.	siehe oben

s. u.	siehe unten
Saarl.	Saarland
saarl.	saarländisch
sachl.	sachlich
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Schl.-H.	Schleswig-Holstein
schlesw.-holst., schlh	schleswig-holsteinisch
SchlHAnz.	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchrVfS	Schriften des Vereins für Sozialpolitik
SchwVG	Schwerbehindertengesetz
SF	Sozialer Fortschritt
SG	Sozialgericht
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SGV NW	Sammlung des bereinigten Gesetz- und Verordnungsblattes für das Land Nordrhein-Westfalen
SH	s. Schl.-H.
Slg.	Sammlung
SOG	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
sog.	sogenannte(r)
SozR	Sozialrecht
SozSich.	Soziale Sicherheit
SozVers.	Die Sozialversicherung
Sp.	Spalte
SRH	B. v. Maydell / F. Ruland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 1988
StabG	Stabilitätsgesetz
StAnz.	Staatsanzeiger
stat.	statistisch
StBauFG	Städtebauförderungsgesetz
std.	ständig
Steiner, BesVwR	U. Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1988
Stelkens u. a., VwVfG	P. Stelkens, H. J. Bonk, K. Leonhardt, M. Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar, 3. Aufl. 1990
Stern, StaatsR, StR	K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, Bd. 2 1980, Bd. 3/1 1988
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Staatsgerichtshof
StGHG	Staatsgerichtshofsgesetz
StHbKG	Gesetz „Stiftung Hilfswerk behindertes Kind“
StHG	Staatshaftungsgesetz
StPO	Strafprozeßordnung
str.	strittig
StrG	Straßengesetz
StrReinG	Straßenreinigungsgesetz
StrlSchVO, StrSchV	Strahlenschutzverordnung
StrWG	Straßen- und Wegegesetz
StT	Der Städtetag
StuGB	Städte- und Gemeindebund
StuGR	Städte- und Gemeinderat
StuR	Staat und Recht (DDR)

## Abkürzungsverzeichnis

StuVwR	Staats- und Verwaltungsrecht
StuW	Steuer und Wirtschaft
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungsordnung
SVG	Soldatenversorgungsgesetz
TA	Technische Anleitung
teilw.	teilweise
TELEKOM	Deutsche Bundespost, Betriebszweig Fernmeldedienste
TelwegG	Telegraphenwegegesetz
TGL	Technische Güter- und Lieferbestimmungen
Tschira/Schmitt Glaeser, VwPrR	W. Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, mitbegründet von O. Tschira, 9. Aufl. 1988, 10. Aufl. 1990
TuP	Theorie und Praxis der sozialen Arbeit
TVG	Tarifvertragsgesetz
Tz.	Textziffer
u.	und
u. a.	unter anderen(m), und andere
u. U.	unter Umständen
Überbl.	Überblick
ÜberlG	Überleitungsgesetz
übl.	üblich
Ule, VwPrR	C. H. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 9. Aufl. 1987
UmweltHG	Umwelthaftungsgesetz
UmwR	Umweltrecht
undeutl.	undeutlich
UnterhG	Unterhaltsvorschußgesetz
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
UTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
UZwG	Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwangs
v.	von
v. H.	vom Hundert
VA	Verwaltungsakt
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VDE	Verband deutscher Elektrotechniker e. V.
VDI	Verein deutscher Ingenieure e. V.
VdK-Mitt.	Mitteilungen des Verbandes der Kriegs- und Wehrdienstopfer
VDR	Verband deutscher Rentenversicherungsträger
VEnergR	Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht
Verf.	Verfassung
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerfGHG	Verfassungsgerichtshofsgesetz
Verk.Mitt.	Verkehrsrechtliche Mitteilungen
VersR	Versicherungsrecht

VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VerwRdSch.	Verwaltungsroundschau
VerwRSpr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VGS	Verordnung über die Genehmigungspflicht für die Einleitung von Abwasser mit gefährlichen Stoffen in öffentliche Abwasseranlagen
VkBl.	Verkehrsblatt, Amtsblatt des Bundesministers für Verkehr
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
Voraufkl.	Vorauslage
Vorb.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsroundschau
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VRspr., VerwRSpr.	Verwaltungsrechtsprechung
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
Vw	Verwaltung
VW	Volkswagen
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwR	Verwaltungsrecht
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WaStrG	Wasserstraßengesetz
weit.	weitere
WertV	Wertermittlungsverordnung
WG	Wassergesetz, Wegegesetz
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WiGBL.	Wirtschaftsgesetzblatt
WiR	Wirtschaftsrecht
wiss.	wissenschaftlich
WissR	Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung
WiVerw.	Wirtschaft und Verwaltung, Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WoGG	Wohngeldgesetz
Wolff/Bachof, VwR I	H.-J. Wolff, O. Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 9. Aufl. 1974
Wolff/Bachof, VwR II	H.-J. Wolff, O. Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 1976
Wolff/Bachof, VwR III	H.-J. Wolff, O. Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 1978
Wolff/Bachof/Stober, VwR II	H.-J. Wolff, O. Bachof, R. Stober, Verwaltungsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 1987
WPfG	Wehrpflichtgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WUR	Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, Wirtschaft und Recht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WVG	Wasserverbandsgesetz
WzS	Wege zur Sozialversicherung

## Abkürzungsverzeichnis

Z.	Zuweisung
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZA	Zumutbarkeits-Anordnung
zahlr.	zahlreich
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZDG	Zivildienstgesetz
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZFA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfB	Zeitschrift für Bergrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZfE	Zeitschrift für Energierecht
ZfF	Zeitschrift für das Fürsorgewesen
ZfS	Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung
ZfSH	Zeitschrift für Sozialhilfe
ZfU	Zeitschrift für Umweltpolitik
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGB-DDR	Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für Haushaltsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Luftrecht
ZLW	Zeitschrift für Luftrecht und Weltraumrechtsfragen
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
zul.	zuletzt
Zust.VO SOG	Verordnung über Zuständigkeiten auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr in Niedersachsen
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft





# ERSTER ABSCHNITT

## Kommunalrecht

Eberhard Schmidt-Aßmann

### Gliederung

	Rn.
I. Grundlagen .....	1– 7
1. Gesetzeslage .....	2
2. Zur Entwicklung des Kommunalwesens .....	3– 7
II. Die Verfassungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG .....	8
1. Rechtssubjektsgarantie .....	10–12
2. Rechtsinstitutsgarantie .....	13
a) Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft .....	14–17
b) Allzuständigkeit (Universalität) .....	18
c) Eigenverantwortlichkeit .....	19
d) Gesetzesvorbehalt .....	20–22
aa) Kernbereichsgarantie .....	21
bb) Gemeindefeststehendes materielles Aufgabenverteilungsprinzip .....	22
e) Sog. Gemeindehoheiten .....	23
3. subjektive Rechtsstellungsgarantie .....	24
4. Erstreckungsgarantien .....	25–26
a) Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens .....	25
b) Mitwirkungsrechte .....	26
Spezialliteratur .....	
III. Weitere Verfassungspositionen der Gemeinden .....	27–31
1. Gewährleistungen im Grundgesetz .....	27–30
a) partielle Finanzgarantien .....	27
b) Grundrechte .....	28–30
aa) Bereiche öffentlicher Aufgabenerfüllung .....	29
bb) Bereiche fiskalisch-erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit .....	30
2. Selbstverwaltungsgarantien der Landesverfassungen .....	31
IV. Gemeinden und Staatsaufsicht .....	32–49
1. Aufgaben der Gemeinden .....	33–40
a) Aufgabendualismus .....	34–36
aa) Selbstverwaltungsangelegenheiten .....	35
bb) Auftragsangelegenheiten .....	36
b) Aufgabenmonismus .....	37–39
aa) interne Gliederung .....	38
bb) Weisungsaufgaben als Mischform .....	39
c) andere Formen öffentlicher Verwaltung im gemeindlichen Raum .....	40
2. Rechtsaufsicht .....	41–43
a) Aufsichtsmittel .....	42
b) Rahmenbedingungen und Rechtsschutz .....	43

3. Fachaufsicht .....	44—45
a) Wesen und Regelungen .....	44
b) Rechtsschutz gegen fachaufsichtliche Maßnahmen .....	45
4. Mittel präventiver Aufsicht .....	46—49
a) Zweck und Typik .....	46
b) spezielle Genehmigungsvorbehalte .....	47—49
aa) rechtliche Unbedenklichkeitserklärung .....	48
bb) staatliche Mitentscheidung, Kondominium .....	49
Spezialliteratur	
V. Das Recht des internen Gemeindeaufbaus (Gemeindeverfassungsrecht) .....	50—84
Vorbemerkungen .....	50
a) Das Bild der Einheitsgemeinde .....	50
b) kreisfreie und kreisangehörige Gemeinden .....	51—54
aa) kreisangehörige Gemeinden .....	52
bb) kreisfreie Städte .....	53
cc) privilegierte kreisangehörige Gemeinden .....	54
1. Gemeindeverfassungstypen (Überblick) .....	55—58
2. Der Gemeinderat .....	59—61
a) Zusammensetzung und Mitgliederstatus .....	59—61
aa) Rechts- und Pflichtenstatus .....	60
bb) insbesondere: Befangenheitsvorschriften .....	61
b) interne Organisation und Verfahren des Rates .....	62—66
aa) Ratsvorsitzender .....	63
bb) Ratsgeschäftsordnung .....	64
cc) Ratssitzungen .....	65
dd) Ratsausschüsse .....	66
c) Aufgaben des Gemeinderates .....	67—69
aa) Systematik .....	68
bb) Vorbehaltsaufgaben des Rates (Überblick) .....	69
3. Der Gemeindevorsteher .....	70—79
a) Status .....	71
b) Aufgaben .....	72—79
aa) Ratsarbeit, Ratsvorsitz .....	73
bb) Geschäfte der laufenden Verwaltung .....	74
cc) übertragene Angelegenheiten .....	75
dd) Dringlichkeitsentscheidungen .....	76
ee) Verwaltungschef .....	77
ff) Vertretung der Gemeinde .....	78
gg) Einspruchsrecht .....	79
4. Besonderheiten der Magistratsverfassung .....	80—81
5. Kommunalverfassungsstreit .....	82—84
a) Grundfragen und Entwicklung .....	83
b) Einzelheiten .....	84
Spezialliteratur	
VI. Die Mitwirkung der Bürger und Einwohner an der Gemeindeverwaltung ...	85—92
1. Kommunalwahlen .....	86—87
a) Grundsätze .....	86
b) Rechtsschutz bei Kommunalwahlen .....	87

2. Ehrenamtliche Tätigkeiten und neuere Beteiligungsformen .....	88– 91
a) ehrenamtliche Tätigkeiten .....	88
b) neuere Beteiligungsformen .....	89
aa) schlichte Mitwirkungsmöglichkeiten .....	90
bb) Mitentscheidungsmöglichkeiten .....	91
3. Gemeindeinterne Gliederungen: Bezirke, Ortschaften .....	92
Spezialliteratur	
VII. Die Rechtsetzung der Gemeinden .....	93–103
1. Gemeindliche Satzungen .....	94– 99
a) Regelungstypus .....	94
b) Grundlagen, Gesetzesvorbehalt .....	95– 96
c) Verfahren .....	96
aa) allgemein .....	97
bb) Verfahrensfehler .....	98– 99
d) Rechtsschutz gegen Satzungen .....	100–101
2. Weitere gemeindliche Rechtsetzungsakte .....	102–103
a) Rechtsverordnungen .....	102
b) inneradministrative Rechtssätze .....	103
Spezialliteratur	
VIII. Die Leistungen der Gemeinden für ihre Einwohner .....	104–117
1. öffentliche Einrichtungen .....	105
a) Begriff .....	105–107
b) Nutzungsrechte .....	108
c) Benutzungsverhältnis .....	109–113
aa) öffentlich-rechtliches Einheitsmodell .....	110
bb) Typenvielfalt .....	111–113
2. Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang .....	114
a) Tatbestand .....	114–115
b) Grundrechtsfragen .....	116
aa) Anschlußpflichtige .....	116
bb) Anbieter gleichartiger Leistungen .....	117
Spezialliteratur	
IX. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde .....	118–126
1. Begriffe und Abgrenzungen .....	118
2. kommunalrechtliche Schranken gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit .....	119–121
a) Ausgrenzungen .....	119
b) kommunalrechtliche Schrankentrias .....	120
c) Rechtsschutz .....	121
3. allgemeine wirtschaftsrechtliche Schranken .....	122
4. Rechtsformen wirtschaftlicher Unternehmen .....	123–126
a) Formenvielfalt .....	123–125
aa) öffentlich-rechtliche Formen .....	124
bb) privatrechtliche Formen .....	125
b) Eigenbetriebe .....	126
Spezialliteratur	
X. Finanzen und Haushalt .....	127–135
1. Gemeindefinanzsystem .....	128–132

a) Steuereinnahmen .....	129
aa) Gemeindesteuern .....	130
bb) Steuererfindungsrecht .....	130
b) Gebühren und Beiträge .....	131
c) Finanzzuweisungen .....	132
2. Haushaltsrecht .....	133–135
a) Haushaltssatzung, Haushaltsplan .....	134
b) Haushaltsvollzug .....	135
Spezialliteratur	
XI. Das Recht der Landkreise (Kreise) .....	136–149
1. Grundgesetzliche Rechtsstellung .....	136–138
a) Rechtssubjektsgarantie .....	137
b) Rechtsinstitutsgarantie .....	138
2. Aufgaben der Kreise .....	139–144
a) Kreisaufgaben und staatliche Steuerung .....	139
b) Aufgabenverteilung zwischen Kreis und kreisangehörigen Gemeinden	140–144
aa) übergemeindliche Aufgaben .....	141
bb) ergänzende Aufgaben .....	142
cc) ausgleichende Aufgaben .....	143
dd) die Kompetenz-Kompetenz .....	144
3. Die Organe des Kreises .....	145–148
a) Kreistag .....	146
b) Landrat .....	147
c) Kreisausschuß .....	148
4. Staatliche Verwaltung im Kreis .....	149
Spezialliteratur	
XII. Sonstige Gemeindeverbände, Zweckverbände .....	150–157
1. Gesamtgemeinden .....	153–154
2. Höhere Gemeindeverbände .....	155
3. Zweckverbände .....	156
a) interkommunale Zusammenarbeit .....	156
b) insbes. Zweckverbandsbildungen .....	157

## Gesetze

*Baden-Württemberg:*

GemeindeO vom 25. 7. 1955 i. d. F. vom 3. 10. 1983 (GBl. S. 578), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. 12. 1991 (GBl. S. 860).

LandkreisO vom 10. 10. 1955 i. d. F. vom 19. 6. 1987 (GBl. S. 288), geändert durch Gesetz vom 12. 12. 1991 (GBl. S. 860).

NachbarschaftsverbandsG vom 9. 7. 1974 (GBl. S. 261).

Gesetz über kommunale Zusammenarbeit i. d. F. vom 16. 9. 1974 (GBl. S. 408), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. 12. 1990 (GBl. S. 860).

*Bayern:*

GemeindeO vom 25. 1. 1952 i. d. F. der Bekanntmachung vom 11. 9. 1989 (GVBl. S. 585), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. 8. 1990 (GVBl. S. 268).

LandkreisO vom 16. 2. 1952 i. d. F. der Bekanntmachung vom 11. 9. 1989 (GVBl. S. 612), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. 8. 1990 (GVBl. S. 269).

Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit vom 12. 7. 1966 (GVBl. S. 218, ber. S. 314), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. 7. 1982 (GVBl. S. 471).

VerwaltungsgemeinschaftsO für den Freistaat Bayern i. d. F. der Bekanntmachung vom 26. 10. 1982 (GVBl. S. 965).

*Berlin:*

Gesetz über die Zuständigkeiten in der allgemeinen Berliner Verwaltung vom 2. 10. 1958 (GVBl. S. 947), zuletzt geändert durch Gesetz vom 6. 7. 1989 (GVBl. S. 1289).

Bezirksverwaltungsgesetz von Berlin i. d. F. vom 17. 7. 1989 (GVBl. S. 1494).

*Brandenburg:*

S. „Neue Bundesländer“ am Ende dieser Aufstellung.

*Bremen:*

Ortsgesetz über Beiräte und Ortsämter vom 20. 6. 1989 (BremGBl. S. 241), zuletzt geändert durch Entscheidung des StGH vom 8. 7. 1991 (BremGBl. S. 239).

*Hamburg:*

BezirksverwaltungsG der Freien und Hansestadt Hamburg vom 22. 5. 1978 (GVBl. S. 178), i. d. F. vom 27. 6. 1984 (GVBl. S. 135), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. 9. 1988 (GVBl. S. 179).

*Hessen:*

GemeindeO vom 25. 2. 1952 i. d. F. vom 1. 4. 1981 (GVBl. I S. 66), geändert durch Gesetz vom 26. 6. 1990 (GVBl. I S. 197).

Gesetz über den Umlandverband Frankfurt vom 11. 9. 1974 (GVBl. I S. 427), geändert durch Gesetz vom 16. 6. 1988 (GVBl. I S. 235).

Hessische LandkreisO vom 25. 2. 1952 i. d. F. vom 1. 4. 1981 (GVBl. I S. 97), geändert durch Gesetz vom 16. 6. 1988 (GVBl. I S. 235).

Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit vom 16. 12. 1969 (GVBl. I S. 307), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. 6. 1978 (GVBl. I S. 420).

*Mecklenburg-Vorpommern*

S. „Neue Bundesländer“ am Ende dieser Aufstellung u. Ges. vom 13. 8. 1991 (GVBl. S. 292).

*Niedersachsen:*

Niedersächsische GemeindeO i. d. F. vom 22. 6. 1982 (Nds. GVBl. S. 229), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. 3. 1990 (Nds. GVBl. S. 115).

Niedersächsische LandkreisO i. d. F. vom 22. 6. 1982 (Nds. GVBl. S. 256), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. 3. 1990 (Nds. GVBl. S. 115).

ZweckverbandsG vom 7. 6. 1939 i. d. F. der Verordnung vom 11. 6. 1940 (RGBl. I S. 876), geändert durch Gesetz vom 30. 7. 1985 (GVBl. S. 246).

## 1. Abschn.

Eberhard Schmidt-Aßmann

### *Nordrhein-Westfalen:*

GemeindeO i. d. F. der Bekanntmachung vom 13. 8. 1984 (GV NRW S. 475), zuletzt geändert durch Gesetz vom 30. 4. 1991 (GV NRW S. 214).

KreisO i. d. F. der Bekanntmachung vom 13. 8. 1984 (GV NRW S. 497), zuletzt geändert durch Gesetz vom 7. 3. 1990 (GV NRW 1987 S. 141).

Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit i. d. F. der Bekanntmachung vom 1. 10. 1979 (GV NRW S. 621), geändert durch Gesetz vom 26. 6. 1984 (GV NRW S. 362).

### *Rheinland-Pfalz:*

GemeindeO vom 14. 12. 1973 (GVBl. S. 491), zuletzt geändert durch Gesetz vom 8. 4. 1991 (GVBl. S. 110).

LandkreisO i. d. F. der Bekanntmachung vom 2. 4. 1991 (GVBl. S. 177), zuletzt geändert durch Gesetz vom 8. 4. 1991 (GVBl. S. 104).

Zweckverbandsgesetz vom 22. 12. 1982 (GVBl. S. 476).

### *Saarland:*

KommunalselbstverwaltungsG i. d. F. der Bekanntmachung vom 18. 4. 1989 (ABl. S. 557).

Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit vom 26. 2. 1975 (ABl. S. 490), geändert durch Gesetz vom 18. 1. 1989 (ABl. S. 321).

### *Sachsen:*

S. „Neue Bundesländer“, am Ende dieser Aufstellung.

### *Sachsen-Anhalt:*

S. „Neue Bundesländer“, am Ende dieser Aufstellung u. Ges. vom 30. 8. 1990 (GVBl. S. 286).

### *Schleswig-Holstein:*

GemeindeO vom 24. 1. 1950 (GVOBl. S. 25) i. d. F. vom 2. 4. 1990 (GVOBl. S. 160).

KreisO vom 27. 2. 1950 (GVOBl. S. 49) i. d. F. vom 2. 4. 1990 (GVOBl. S. 193).

AmtsO vom 17. 6. 1952 (GVBl. S. 95) i. d. F. der Bekanntmachung vom 2. 4. 1990 (GVOBl. S. 209).

Landesverordnung über Nachbarschaftsausschüsse vom 29. 10. 1974 (GVBl. S. 412).

Landesverordnung über Ortsbeiräte vom 6. 2. 1970 (GVBl. S. 39), geändert durch Landesverordnung vom 19. 9. 1973 (GVBl. S. 326).

Gesetz über kommunale Zusammenarbeit i. d. F. der Bekanntmachung vom 2. 4. 1990 (GVOBl. S. 216).

### *Thüringen:*

S. „Neue Bundesländer“, am Ende dieser Aufstellung.

### *Neue Bundesländer:*

Gesetz über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR (Kommunalverfassung) vom 17. 5. 1990 (GBl. DDR S. 255), das gemäß Art. 9 des Einigungsvertrages vom 30. 8. 1990 (BGBl. II S. 877) in Kraft bleibt, soweit es mit dem Grundgesetz ohne Berücksichtigung des Art. 143, mit dem in den neuen Ländern in Kraft gesetzten Bundesrecht sowie mit dem unmittelbar geltenden Recht der EG vereinbar ist und soweit im Einigungsvertrag sonst nichts anderes bestimmt wird.

## Literatur

### *I. Zum Kommunalrecht allgemein*

H. H. v. Arnim, Selbstverwaltung und Demokratie, AöR Bd. 106 (1988), 1 ff.

H. Bethge, Parlamentsvorbehalt und Rechtsatzvorbehalt für die Kommunalverwaltung, NVwZ 1983, 577 ff.

H. Borchert, Kommunalaufsicht und kommunaler Haushalt, 1976.

S. Broß, Ausgewählte Probleme des Kommunalrechts, VerwArch 1989 (Bd. 80), 143 ff.

- W. *Brückner*, Die Organisationsgewalt des Staates im kommunalen Bereich, 1974.  
 J. *Burmeister*, Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, 1977.  
 H.-U. *Derlien* / D. v. *Queis*, Kommunalpolitik im geplanten Wandel, 1986.  
 D. *Fürst* / J. J. *Hesse* / H. *Richter*, Stadt und Staat, 1984.  
 R. *Hendler*, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984.  
 H. *Hill*, Die politisch-demokratische Funktion der kommunalen Selbstverwaltung nach der Reform, 1987 (zitiert: *Hill*, Funktion).  
 H. *Klüber*, Das Gemeinderecht in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland, 1972.  
 L. *Macher*, Der Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens, 1971.  
 H. *Meier*, Regionalplanung und kommunale Selbstverwaltung, 1984.  
 K.-U. *Meyn*, Gesetzesvorbehalt und Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden, 1977.  
 H. *Müthling*, Die Geschichte der deutschen Selbstverwaltung, 1966.  
 A. v. *Mutius*, Sind weitere rechtliche Maßnahmen zu empfehlen, um den notwendigen Handlungs- und Entfaltungsspielraum der kommunalen Selbstverwaltung zu gewährleisten? Gutachten E zum 53. Deutschen Juristentag 1980.  
 H. *Pagenkopf*, Kommunalrecht, 2. Aufl. Bd. 1, 1975, Bd. 2, 1976 (zitiert: *Pagenkopf*, KomR Bd. 1 u. 2).  
 H. *Preuss*, Die Entwicklung des deutschen Städtewesens, 1906 (Nachdruck 1965).  
 G. *Püttner* (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1–5, 1981 ff (zitiert: Bearbeiter, HkWP).  
 W. *Roters*, Kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen, 1975.  
 E. *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, 1982 (zitiert: *Schmidt-Jortzig*, KomR).  
 ders., Kommunale Organisationshoheit, 1979.  
 H. *Scholler*, Grundzüge des Kommunalrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 1990 (zitiert: *Scholler*, KomR).  
 O. *Seewald*, Kommunalrecht, in: U. *Steiner* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1988, 1 ff.  
 R. *Stober*, Kommunalrecht, 1987 (zitiert: *Stober*, KomR).  
 B. *Stüer*, Funktionalreform und kommunale Selbstverwaltung, 1980.  
 P. J. *Tettinger*, Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1990, S. 4 ff (zitiert: *Tettinger*, BesVerwR).  
 W. *Weber*, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Aufl. 1967.
- Zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. die jährl. Berichte von *Erlenkämper*, NVwZ 1984, 621; 1985, 795 ff; 1986, 989 ff; 1988, 21 ff; 1990, 116 ff; 1991, 325 ff.

## II. Zur Einführung in das Kommunalrecht der einzelnen Bundesländer:

### Baden-Württemberg:

- H. *Maurer*, Kommunalrecht, in: H. *Maurer* / R. *Hendler*, Baden-württembergisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1989, 173 ff (zitiert: *Maurer* in: *Maurer/Hendler*, StuVwR BW).  
 B. *Reichert* / A. *Gern*, Kommunalrecht, 4. Aufl. 1990.

### Bayern:

- F.-L. *Knemeyer*, Bayerisches Kommunalrecht, 7. Aufl. 1991 (zitiert: *Knemeyer*, KomR Bay).

### Hessen:

- H. *Meyer*, Kommunalrecht, in: H. *Meyer* / M. *Stolleis*, Hessisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1986, 138 ff.

### Niedersachsen:

- H. *Faber*, Kommunalrecht, in: H. *Faber* / H. P. *Schneider*, Niedersächsisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1985, 225 ff.

## 1. Abschn.

Eberhard Schmidt-Aßmann

*Th. Elster*, in: *Z. Korte/B. Rebe*, Verfassung und Verwaltung des Landes Niedersachsen, 1986, 228 ff.

*J. Ipsen*, Niedersächsisches Kommunalrecht, 1989 (zitiert: *Ipsen*, KomR Nds.).

*Nordrhein-Westfalen:*

*H.-U. Erichsen*, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 1988 (zitiert: *Erichsen*, KomR NRW).

*ders.*, Kommunalrecht, in: *D. Grimm/H.J. Papier*, Nordrhein-westfälisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1986, 105 ff.

*J. Oebbecke*, Gemeindeverbandsrecht, Nordrhein-Westfalen, 1984.

*Schleswig-Holstein:*

*A. Galette/O. A. Laux*, Kommentar zur Gemeindeordnung, Kreisordnung, Amtsordnung für Schleswig-Holstein, Bd. 1 und 2 Lsbg.

*Neue Bundesländer:*

*S. Petzold*, Zur neuen Kommunalverfassung in der DDR, DÖV 1990, 816.

*Th. Reiners*, Kommunalverfassungsrecht in den neuen Bundesländern, 1991.

*G. Schmidt-Eichstaedt*, Gesetz über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR vom 17. Mai 1990, DVBl. 1990, 848.

*G. Schmidt-Eichstaedt/S. Petzold/H. Melzer*, u. a., Gesetz über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR (Kommunalverfassung), 1990.

*Schützenmeister*, Zur Entwicklung von Kommunaleigentum, Gemeindevermögen und kommunaler Selbstverwaltung im Rahmen des Einigungsvertrages, LKV 1991, 25 ff.



## I. Grundlagen

Als *Kommunalrecht* bezeichnet man die Summe derjenigen Rechtssätze, die sich auf Rechtsstellung, Organisation, Aufgaben und Handlungsformen der Kommunkörperschaften beziehen<sup>1</sup>. Zu den Kommunalkörperschaften zählen die Gemeinden, die Landkreise, die Kommunalverbände und Sonderverbände sowie die kommunalen Zweckverbände. Das *Gemeinderecht* ist ein Teil des Kommunalrechts – der wichtigste Teil, weil die Gemeinden die Basis des körperschaftlich gegliederten kommunalen Verwaltungsgefüges sind. Zudem enthalten die anderen Teile des Kommunalrechts oft Verweisungen auf die Regelungsgebiete des Gemeinderechts. Daher steht das Gemeinderecht im Zentrum auch dieses Beitrages (Abschnitt II–X), während das Recht der Landkreise und der sonstigen Gemeindeverbände nur knapp dargestellt wird (XI, XII).

### 1. Gesetzliche Grundlagen

Weder für das Kommunalrecht als Ganzes noch für das Gemeinderecht existiert eine geschlossene systematische *Kodifikation*. Wohl aber besteht in jedem Flächenstaat<sup>2</sup> der Bundesrepublik eine Gruppe von Gesetzen, die die Hauptmaterien des Kommunalrechts abdecken. Hierzu zählen die Gemeinde- und Landkreisordnungen und die Zweckverbandsgesetze. Kommunalabgabengesetze und Vorschriften über das kommunale Eigenbetriebs-, Kassen- und Haushaltswesen ergänzen diesen engeren Kreis kommunalrechtlicher Gesetze<sup>3</sup>. Kommunalrecht ist also in seinem Kern *Landesrecht*. In einem weiteren Sinne freilich finden sich wichtige kommunalrechtliche Regelungen in vielen Bundes- oder Landesgesetzen<sup>4</sup>, die einzelne Materien des Verwaltungsrechts regeln (Fachgesetze), z. B. die gemeindliche Bauleitplanung im Baugesetzbuch, das kommunale Markt- und Jahrmaktswesen in der Ge-

<sup>1</sup> Ähnlich *Schmidt-Jortzig*, KomR Rn. 1; *Erichsen*, KomR NRW 1.

<sup>2</sup> Die Stadtstaaten Berlin und Hamburg unterscheiden nicht zwischen staatlicher und gemeindlicher Aufgabenträgerschaft. Zum organisatorischen Aufbau und der Binnengliederung Hamburgs *Haas*, in: *Hoffmann-Riem/Koch*, Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1988, 91; *Becker/Schneider*, HkWP Bd. 2, 265. Zu Berlin, *Machelet*, HkWP Bd. 2, 264; speziell zur Eingliederung Ost-Berlins, Gesetz zur Änderung der Verfassung von Berlin vom 3. 9. 1990, Art. 4 (GVBl. Be 1990, 1877) und Gesetz vom 28. 9. 1990, §§ 1–3 (GVBl. Be 1990, 2119); *Finkelburg*, LKV 1991, 6; *Ortloff*, LKV 1991, 145. Bremen kennt zwar eine eigene kommunale Ebene; in der nachfolgenden Darstellung bleibt jedoch auch dieses Land wie die beiden anderen Stadtstaaten außer Ansatz; zu Bremen *Heise*, HkWP Bd. 2, 310.

<sup>3</sup> Darstellung der Rechtsgrundlagen bei *Blümel*, HkWP Bd. 1, 229; zu den Rechtsgrundlagen in den neuen Bundesländern *Schmidt-Eichstaedt*, DVBl. 1990, 848.

<sup>4</sup> Zu den kompetenzrechtlichen Grundlagen, BVerfGE 26, 172 (182) und 77, 288 (298 f). Die daraus resultierende Rechtszersplitterung bereitet dem Studium ebenso wie jeder vereinheitlichenden Darstellung des Kommunalrechts erhebliche Schwierigkeiten. Die nachfolgenden Ausführungen wollen mit dem Text der jeweiligen Gemeindeordnung in der Hand gelesen werden. Zum Vergleich der Gemeindeordnungen *Schmidt-Eichstaedt/Stadel/Borchmann*, Die Gemeindeordnungen und die Kreisordnungen in der Bundesrepublik Deutschland (Lsbg.), mit Einführungen und synoptischen Tafeln im Anhang; vgl. dort auch die Nachweise zur kommunalrechtlichen Literatur.

werbeordnung; Straßen-, Abfall-, Schul-, Sozialhilfegesetze — sie alle haben auch ihre kommunalrechtliche Seite, denn Gemeinden und Kreise sind zentrale Verwaltungsträger und finden in diesen Gesetzen die Grundlagen für ihre einzelnen Aufgabengebiete (Verwaltungsagenden).

## 2. Zur Entwicklung des Kommunalwesens

- 3** Das Wort Gemeinde bezieht sich ursprünglich auf ein bestimmtes Gebiet, die Allmende, eine Gemarkung, an der eine Gruppe von Personen gemeinsame Rechte und Pflichten besaß. Von diesem Realvermögen übertrug sich die Bezeichnung auf die in einem als Einheit verstandenen Gebiet ansässigen Rechtsgenossen, deren Ordnung aus der Notwendigkeit zur Erledigung gemeinsamer Pflichten erwuchs. Seit dem 12. Jahrhundert entwickelte sich ein kommunales Gemeinwesen besonderer Art, die Stadt<sup>5</sup>. Hier siedelten sich neben den Handeltreibenden auch Handwerker an, die ihre Wohnstätte, häufig im Schutz einer Burg gelegen, gegen Angriffe von außen befestigten. Die Bürgerschaft gliederte sich in Gilden und Zünfte nach verschiedenen Erwerbszweigen. Diese Verbände führten häufig einen heftigen Streit um die politische Leitung des Gemeinwesens mit der Folge, daß soziale Schichtungen innerhalb der Städte mannigfache Differenzierungen schufen, so daß vielerorts nur Patrizier ratsfähig waren und eine hegemoniale Stellung erlangten. So wich das genossenschaftliche Prinzip, das einst wichtige Impulse zur Entwicklung dieser Gemeinden gegeben hatte, der Herrschaft einflußreicher Familien, die nun innerhalb der Stadt als Obrigkeit auftraten. Ein wesentliches Kriterium der Stadt war seit dem 13. Jahrhundert ihre Autonomie zur Rechtssetzung. Von größeren Orten, wie Nürnberg, Lübeck oder Magdeburg übernahmen Tochterstädte bis weit in die östlichen Staaten Europas ihre Verfassung, so daß „Stadtrechtsfamilien“ entstanden, die in der Entwicklung des Rechts in Europa keine geringe Rolle spielen.
- 4** Mit der Entwicklung des absolutistisch regierten Territorialstaates erstarrte fast überall in Deutschland das kommunale Leben. Städte und Dörfer bildeten nicht viel mehr als obrigkeitliche Verwaltungsbezirke. Neu belebt und auf neue Rechtsgrundlagen gestellt wurde die Idee einer gemeindlichen Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert. Hier waren es zunächst die Stein-Hardenbergschen Reformen, die auf dieses Gedankengut zurückgriffen<sup>6</sup>. Ihren klarsten Ausdruck fanden diese Überlegungen in der preußischen Städteordnung vom 19. November 1808, die ihren Zweck dahingehend umreißt, „den Städten eine selbständigere und bessere Verfassung zu geben, in der Bürgergemeinde einen festen Vereinigungspunkt gesetzlich zu bilden, ihnen eine tätige Einwirkung auf die Verwaltung des Gemeinwesens beizulegen und durch diese Teilnahme Gemeinsinn zu erregen und zu erhalten“. Zunächst eher als staatsorganisatorisches Prinzip gedacht, geriet die Selbstverwaltungsidee im weiteren Verlauf der Entwicklung stärker unter die vom süddeutschen Konstitutionalismus gespeisten Vorstellungen eines vorstaatlichen Status der Gemeinden<sup>7</sup>. § 184 der Paulskirchenverfassung von 1849 und Art. 127 der Weimarer Reichsverfassung von

<sup>5</sup> Scholler, KomR, 1 ff m. w. Nachw.

<sup>6</sup> Dazu E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1, 2. Aufl., 1967, 102 ff und 172 ff; Lange, in: FS f. W. Weber, 1974, 851.

<sup>7</sup> Hendler, Selbstverwaltung, 19 ff.

1919 führten die Selbstverwaltung der Gemeinden unter den Grundrechten auf. Die kommunalrechtliche Praxis dagegen blieb stets stärker der staatsorganisatorischen Deutung der gemeindlichen Selbstverwaltung verhaftet. Art. 28 Abs. 2 GG nimmt diese Gedanken auf und stellt die Selbstverwaltung in den Dienst einer gegliederten, freiheitswahrenden Demokratie (Rn. 8 ff).

a) Der heutige Gebietszuschnitt und Bevölkerungsstand der Kommunalkörperschaften in den *bisherigen* („alten“) *Ländern* der Bundesrepublik geht im wesentlichen auf die Territorialreform zwischen 1967 und 1978 zurück<sup>8</sup>. Vor der Reform gab es in der Bundesrepublik ca. 24 000 Gemeinden; davon hatten 10 760 weniger als 500 Einwohner. Die Gebietsreform, die durch umfangreiche verwaltungswissenschaftliche Gutachten vorbereitet worden war, hatte sich eine Stärkung der Verwaltungskraft und die Lösung des Stadt-Umland-Problems („Einheit von Planungs- und Verwaltungsraum“) zum Ziel gesetzt<sup>9</sup>. Mittel zur Erreichung dieses Zieles waren vor allem die Eingemeindung und der Gemeindezusammenschluß – teils auf freiwilliger Grundlage, teils durch Hoheitsakt verordnet. Die Zahl der Gemeinden ging dadurch bundesweit auf ein Drittel (8505) zurück. Länderweise fiel die Reduktion allerdings recht unterschiedlich aus: Während Nordrhein-Westfalen (2277 und 396) zu radikalen Eingemeindungen griff, verminderten Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein die Zahl ihrer Gemeinden nur geringfügig und versuchten im übrigen, durch die Bildung zusätzlicher Gemeindeverbände (Verbandsgemeinden, Ämter) das Neuordnungsziel zu erreichen. In der gleichen Zeit ging die Zahl der kreisfreien Städte von 139 auf 92, die der Landkreise von 425 auf 235 zurück.

b) Die *Verfassung der DDR* von 1949 hatte die gemein-deutsche Garantie kommunaler Selbstverwaltung zunächst beibehalten. Praktische Bedeutung erlangte das Institut jedoch nicht; es wurde in den Folgejahren vielmehr zusammen mit der föderalen Gliederung der Länder als mit den Bedürfnissen des sozialistischen Staates unvereinbares Element planmäßig beseitigt<sup>10</sup>. Gemeinde, Städte und Landkreise fungierten danach im Sinne des „demokratischen Zentralismus“ als nachgeordnete Vollzugsinstanzen. Nach der friedlichen und demokratischen Revolution von 1989 wurde neben der Wiederherstellung der Länder die Reaktivierung der Kommunen als Selbstverwaltungsträger ein wichtiges Ziel. Durch Gesetz vom 17. 5. 1990 ist für Gemeinden und Landkreise eine rechtsstaatlich-demokratische Kommunalverfassung eingeführt worden, die die Idee der Selbstverwaltung in den Mittelpunkt stellt<sup>11</sup>. In ihren Grundzügen greift die Neuregelung auf die wesentlichen Gestaltungselemente zurück, die auch die Gemeinde- und Landkreisordnungen der alten Bundesländer bestimmen: Körperschaftsstatus der Kommunen (Rn. 10, 137 ff), differenzierte Aufgabenstruktur (Rn. 32), Satzungs- und Finanzhoheit u. a. (Rn. 93 ff, 127 ff). Doch sind auch eigenständige Gestaltungselemente,

<sup>8</sup> Dazu die Darstellung bei *Mattenklodt*, HkWP Bd. 1, 154.

<sup>9</sup> Zur Bewertung der Reformen aus heutiger Sicht *Hill*, Funktion, 129 ff.

<sup>10</sup> *Bauer*, BayVBl. 1990, 263.

<sup>11</sup> Dazu *Schmidt-Eichstaedt*, DVBl. 1990, 848; *Petzold*, DÖV 1990, 816.

zumal in die Regelung der „inneren Kommunalverfassung“, d. h. das Zusammenspiel zwischen Bürgermeister und Gemeindevertretung bzw. Landrat und Kreistag, eingeflossen (Rn. 76, 80)<sup>12</sup>. Das noch von der Volkskammer beschlossene Gesetz gilt als Landesrecht zunächst fort, bis die Länder eigene Gemeinde- und Landkreisordnungen erlassen haben werden<sup>13</sup>. Verfassungsrechtliche Grundlage, Rahmen und Grenze für die Kommunalordnungen in den neuen Bundesländern sind seit dem 3. Oktober 1990, wie in den alten Bundesländern auch, die Bestimmungen des Grundgesetzes, insbesondere die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG und die Verfassungsvorgaben rechtsstaatlicher Verwaltung in Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4 und 28 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 GG. Gebietszuschnitt und Bevölkerungszahlen der Gemeinden und Kreise knüpfen an die bisherigen Verhältnisse<sup>14</sup> an. Sie sind wesentlich kleiner dimensioniert als in den alten Bundesländern<sup>15</sup>: Von den insgesamt 7563 Gemeinden haben nahezu die Hälfte unter 500 und nur 15 über 100 000 Einwohner. Die Zahl der Landkreise beträgt 189. Inwieweit eine Gebietsreform angestrebt und damit zu größeren Kommunalkörperschaften gelangt werden sollte, muß nach manchen ernüchternden Erfahrungen in anderen Bundesländern sorgfältig erwogen werden<sup>16</sup>.

- 7 c) In jüngster Zeit werden auch die *europäischen Dimensionen* des Kommunalwesens deutlicher<sup>17</sup>. Die stärksten Impulse gehen dabei natürlich vom Recht der Europäischen Gemeinschaften aus. Manche Gemeinde befürchtet ihnen gegenüber, in den Sog einer Zentralisierung zu geraten, der wenig Rücksicht auf die gewachsenen deutschen Kommunalstrukturen und ihre spezifischen Absicherungen nehmen wird<sup>18</sup>. Und in der Tat werden manche kommunalen Verwaltungsbereiche durch ihre Bindung an europarechtliche Vorgaben für lokal getroffene Entscheidungen weniger steuerbar werden. Dazu tritt mit der Pflicht zur Beachtung eines immer engermaschigen Netzes von Rechtsregeln, die zunehmend auch an kommunale Amtsträger gerichtet sind<sup>19</sup>, eine erhebliche Zunahme der Arbeitsbelastung. Auf der anderen Seite sollten die Chancen, die die Europäisierung des Rechts-, Wirtschafts- und Soziallebens auch über den Bereich der EG-Mitgliedstaaten hinaus bietet, von Städten und Gemeinden positiv als Erweiterung ihrer Handlungsmöglichkeiten

<sup>12</sup> Einzelheiten dazu im jeweiligen Kontext der nachfolgenden Darstellung; in den Einzelabweichen der Gemeindeordnungen in den Fn. folgen die neuen Bundesländer mit dem Zitat KVG den in alphabetischer Reihenfolge nachgewiesenen anderen Landesrechten nach.

<sup>13</sup> Art. 9 Einigungsvertrag vom 30. 8. 1990 (BGBl. II 889).

<sup>14</sup> Nachweise bei *Bauer* (Fn. 10).

<sup>15</sup> Nachweise bei *Schmidt-Eichstaedt* (Fn. 11), 852.

<sup>16</sup> *Bauer*, BayVBl. 1990, 263 (267); *Schmidt-Eichstaedt*, DVBl. 1990, 848 (852).

<sup>17</sup> *v. Lennep*, Hessische Städte- und Gemeinde-Zeitung 1988, 383 f; *Siedentopf*, DÖV 1988, 891 (895); *Mombaur / v. Lennep*, DÖV 1988, 988 (991 f); *Blair*, DÖV 1988, 1002 (1008); *Kreiner*, RiA 1989, 141; *Spannowsky*, DVBl. 1991, 1120 ff.

<sup>18</sup> *Rengeling*, DVBl. 1990, 894 m. w. Nachw.

<sup>19</sup> Zur Direktwirkung nicht oder nicht rechtzeitig umgesetzter EG-Richtlinien EuGH DVBl. 1990, 689; *Pieper*, DVBl. 1990, 684 (685); *Jarass*, NJW 1991, 2665 ff; zur kommunalen Leistungsverwaltung *Bleckmann*, NVwZ 1990, 820.

erfaßt und genutzt werden, um die Idee einer Selbstverwaltung im europäischen Zeitalter auszubilden. Ein Ansatz hierzu ist mit der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung gemacht, die die Mitglieder des Europarats 1985 unterzeichnet haben<sup>20</sup>. Die Charta will gewisse Grundelemente der kommunalen Selbstverwaltung europaweit sichern.

## II. Die Verfassungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG

Gemeinden sind nach heutigem Verständnis Teil des Staates. Sie üben Staatsgewalt aus, die sich gem. Art. 20 Abs. 2 S. 1 i. V. mit Art. 28 Abs. 1 GG vom Volk ableiten muß<sup>21</sup>. Als Verwaltungsträger sind sie der vollziehenden Gewalt i. S. von Art. 20 Abs. 3 GG zuzuordnen. Im dualistischen Einteilungsschema der Bundesstaatlichkeit (Bund/Länder) gehören sie zum Organisationsbereich der Länder und bilden hier das Zentrum jenes Verwaltungsteilbereichs, den man „Selbstverwaltung“ nennt und der „Staatsverwaltung“ (i. S. staatsunmittelbaren, behördlichen Verwaltungsvollzuges) gegenüberstellt<sup>22</sup>.

Gleichwohl wäre mit dieser Zuordnung die besondere Stellung der Gemeinden im Staat nur unvollständig beschrieben. Nicht nur in der Politik werden die Kommunen gern als „dritte Säule“ oder „dritte Ebene“ bezeichnet. Auch das Grundgesetz nimmt von ihnen mehrfach *neben* Bund und Ländern Notiz und macht ihr Verhältnis zu diesen etablierten Gewalten zum Gegenstand genauerer Regelungen. Es ist geradezu das Lebensgesetz der gemeindlichen Verwaltung, daß sie sich immer in einer *Doppelrolle* befindet: Teil organisierter Staatlichkeit zwar, aber eben doch nicht in jenem engeren Sinne hierarchisch aufgebauter Entscheidungszüge, sondern als dezentralisiert-partizipative Verwaltung mit einem eigenen Legitimationssystem, das der Bürgernähe, Überschaubarkeit, Flexibilität und Spontanität verbunden sein soll.

Das Grundgesetz hat sich für eine auf Selbstverwaltungskörperschaften aufgebaute „gegliederte Demokratie“<sup>23</sup> entschieden. So ist es nur konsequent, wenn Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG für die beiden wichtigsten Typen von Kommunalkörperschaften (Landkreise und Gemeinden) zwingend vorsieht, das Volk müsse in ihnen genauso wie in Bund und Ländern eine aus direkten Wahlen hervorgegangene Volksvertretung haben. Diese wichtigen Verbindungslinien zwischen Selbstverwaltungsidee und *demokratischer Verfassungsstruktur*, die freilich nicht ein in jeder

<sup>20</sup> Der Deutsche Bundestag hat dem Vertragswerk durch Gesetz vom 22. 1. 1987 (BGBl. II 65) zugestimmt. Der Text der Charta ist u. a. abgedruckt in NVwZ 1988, 1111. Dazu *Knemeyer*, DÖV 1988, 997.

<sup>21</sup> BVerfGE 83, 37 ff.

<sup>22</sup> *Rudolf*, in: *Erichsen/Martens*, AllgVwR, § 56 II mit Hinw. auf *Forsthoff*, VwR, 1979, 471 ff.

<sup>23</sup> BVerfGE 52, 95 (111 f).

Hinsicht spannungsfreies Verhältnis beider Komponenten kennzeichnen, konstituieren auch die verfassungsrechtliche Stellung der Gemeinden und müssen zur Auslegung der „Selbstverwaltungsgarantie“ (Art. 28 Abs. 2 GG) herangezogen werden<sup>24</sup>.

- 9 Das Verhältnis der Gemeinden zum Staat wird vor allem durch jenen Normenkomplex bestimmt, den man etwas verkürzend die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung nennt. Die wichtigste Bestimmung dieses Gefüges ist Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, der von einigen Komplementärbestimmungen des Grundgesetzes umlagert (Rn. 25 f) und durch das Landesverfassungsrecht teils wiederholt, teils ergänzt wird (Rn. 31). Nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG muß den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Die Vorschrift ist keine bloße Normativbestimmung für eine gesetzliche Ausformung, sondern unmittelbar geltendes Verfassungsrecht, das Gesetzgeber, Verwaltung und Judikative im Bund und in den alten wie in den neuen Bundesländern bindet. Auch „benachbarte“ Hoheitsträger (Landkreise, Nachbargemeinden) haben sie zu respektieren<sup>25</sup>. Keine Wirkung entfaltet Art. 28 Abs. 2 GG dagegen im Verhältnis der Gemeinde zu privaten Dritten<sup>26</sup>. Die Tatsache, daß eine Materie zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gehört, ergibt folglich noch kein eigenständiges Eingriffsmandat der Gemeinde in Rechtspositionen Privater. Hier hat sich die Gemeinde an das zu halten, was für die öffentliche Verwaltung allgemein zu beachten ist (Grundrechte, Gesetzesvorbehaltslehre). Im einzelnen erleichtert man sich die Arbeit, wenn man innerhalb des Art. 28 Abs. 2 S. 1 drei „Garantieebenen“ trennt: die Rechtssubjektsgarantie (1), die Rechtsinstitutionsgarantie (2), die subjektive Rechtsstellungsgarantie(3)<sup>27</sup>.

### 1. Rechtssubjektsgarantie

- 10 Gewährleistet wird als erstes, daß es überhaupt Gemeinden als Elemente des Verwaltungsaufbaus geben muß. Gemeinde in dem von der Verfassung vorausgesetzten Sinne ist „ein auf personaler Mitgliedschaft zu einem bestimmten Gebiet beruhender Verband, der die Eigenschaft einer (rechtsfähigen) Körperschaft des öffentlichen Rechts besitzt“<sup>28</sup>. Die Garantie bezieht sich also nicht auf eine beliebig zugeschnittene Verwaltungseinheit, sondern auf einen bestimmten Typus. Dazu gehören eine gewisse Überschaubarkeit des gemeindlichen Raumes, die von einer

<sup>24</sup> Grundlegend BVerfGE 79, 127 (149 f), und 83, 37 (54 f); *Schoch*, VerwArch. 1990 (Bd. 81), 18; *Clemens*, NVwZ 1990, 834 m. w. Nachw. Ferner *Hendler*, Selbstverwaltung, 302 ff; *ders.*, in: HStR Bd. 4 (1990), § 106 Rn. 12 ff; *Hill*, Funktion, 18 ff; *Frotscher*, in: FS f. v. Unruh, 127; *Schuppert*, dort 183; *ders.*, AöR 1989 (Bd. 114), 127; v. *Unruh*, DÖV 1986, 217; v. *Arnim*, AöR 1988 (Bd. 106), 1; *Schmidt-Aßmann*, FS f. Sendlar, 1991, 121 ff.

<sup>25</sup> BVerwGE 67, 321 (322).

<sup>26</sup> A. A.: *Schmidt-Jortzig*, KomR Rn. 523.

<sup>27</sup> So *Stern*, StR Bd. 1, § 12 II 4 b.

<sup>28</sup> *Stern*, in: BK Rn. 80 zu Art. 28 GG.

„raumgemeinschaftlichen Einheit“ (*Werner Weber*) sprechen läßt<sup>29</sup>, sowie die Rechtsfähigkeit und die Gebietshoheit. Gemeinden sind *rechtsfähige* Einheiten (Verwaltungsträger). Es muß ihnen also von der Rechtsordnung *allgemein* die Fähigkeit zuerkannt sein, Träger von Rechten und Pflichten zu sein<sup>30</sup>. Die Rechtsfähigkeit schafft „Bewegungsfähigkeit“ im Rechtsverkehr und ist so rechtstechnisch der Garant einer Selbständigkeit gegenüber dem Staat. Gemeinden besitzen ferner *Gebietshoheit*, weil ihr Verhältnis als Verband zu ihren Verbandsmitgliedern nicht wie bei anderen Körperschaften auf punktuellen Zuordnungskriterien, sondern kraft Gesetzes umfassend durch den Wohnsitz begründet wird. Gemeinden sind Körperschaften in dem qualifizierten Sinne einer Gebietskörperschaft<sup>31</sup>. Für sie gilt: *quid-quad est in territorio, etiam est de territorio*<sup>32</sup>.

Die Garantie eines solchermaßen geformten Verwaltungsträgers gilt nicht der einzelnen Gemeinde in ihrem überkommenen Bestande, sondern grundsätzlich nur *institutionell*: Dem Staat ist es durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG nicht verwehrt, eine Gemeinde aufzulösen und sie mit einer anderen Gemeinde zusammenzuführen. Verwehrt ist es ihm aber, die gemeindliche Verwaltungsebene ganz oder überwiegend zu beseitigen oder an die Stelle der Gemeinden des beschriebenen Typs unselbständige Verwaltungseinheiten zu setzen<sup>33</sup>. 11

Daneben enthält Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG indirekt aber auch eine *beschränkt individuelle* Rechtssubjektgarantie. Gegen ihren Willen<sup>34</sup> darf die einzelne Gemeinde nämlich nicht beliebig, sondern nur nach vorheriger Anhörung und nur aus Gründen öffentlichen Wohles aufgelöst oder in ihrem Gebietszuschnitt geändert werden<sup>35</sup>. Es war diese beschränkt individuelle Bestandsgarantie, die in der kommunalen Gebietsreform (Territorialreform) vor den Verfassungsgerichten vielfach bemüht worden ist und in einigen Fällen zur Nichtigkeit einer Neugliederungsmaßnahme geführt hat, weil entweder die Anhörung nicht ordnungsgemäß erfolgt war, oder die Maßnahme durch keinerlei greifbare Gemeinwohlgründe gedeckt war. Letztere bilden einen unbestimmten Gesetzesbegriff, der den neugliedernden Instanzen zwar einen weiten Gestaltungsspielraum beläßt, gerichtlich jedoch auf eine prinzipielle Zweckeignung und auf die Einhaltung des Übermaßverbots überprüft werden kann.

<sup>29</sup> *Schmidt-Jortzig*, DÖV 1989, 142 (146).

<sup>30</sup> *Rudolf*, in: *Erichsen/Martens*, AllgVwR, § 56 II.

<sup>31</sup> BVerfGE 52, 95 (117 f); str. ist, inwieweit die Universalität zum Begriff der Gebietskörperschaft gehört. Die überwiegende Meinung geht dahin, zumindest die subsidiäre Universalität des Wirkungskreises für ein konstituierendes Merkmal der Gebietskörperschaft zu halten, während andere (Nachw. BVerfGE 52, 95 [118]) es genügen lassen, wenn die Summe der Einzelzuständigkeiten zur effektiven Universalität neigt.

<sup>32</sup> *Pagenkopf*, KomR Bd. 1, 26.

<sup>33</sup> *Roters*, in: *v. Münch*, GG Rn. 36 zu Art. 28. Nicht garantiert sind gemeindliche Binnengliederungen, z. B. Bezirke, Ortschaften (vgl. unten Rn. 50, 92).

<sup>34</sup> Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG schützt allerdings die Gemeinden nicht gegen sich selbst. Das Recht auf Selbstauflösung durch Eintritt in eine andere Gemeinde ist länderspezifisch geregelt, z. B. für BW anerkannt in Art. 74 Abs. 2 LV BW. Vgl. ferner Saarl. VerfGH DVBl. 1984, 325.

<sup>35</sup> BVerfGE 50, 195 (202); *Stern*, StR Bd. 1, § 12 II 4 c m. w. Nachw.

- 12 Zur Rechtssubjektsgarantie rechnet auch der Schutz des *Gemeindenamens*<sup>36</sup> als eines Statelements, das der Individualisierung und der bürgerschaftlichen Integration dient. Der Name ist vielfach historisch überkommen. Zusätze („Bad“, „Markt“) gehören zwar nicht direkt dazu, genießen aber, wenn sie rechtens geführt werden, den gleichen Rechtsschutz. Die Gemeindeordnungen enthalten darüber Einzelregelungen. Der rechtens geführte Name ist dann gegen Beeinträchtigungen nicht nur im Zivilrechtsverkehr gemäß § 12 BGB, sondern auch im Rechtsverkehr mit anderen Hoheitsträgern geschützt<sup>37</sup>.

## 2. Rechtsinstitutionsgarantie

- 13 Die zweite Garantieebene des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ist die Gewährleistung der Institution „gemeindliche Selbstverwaltung“<sup>38</sup>. Die meisten im kommunalrechtlichen Schrifttum behandelten Probleme liegen auf dieser Ebene: Die Übertragung einer bisher gemeindlichen Aufgabe auf einen anderen Verwaltungsträger, die Einführung eines staatlichen Weisungsrechts, die Aufstellung eines qualifizierten Fachplans, die Auferlegung finanzieller Belastungen — sie alle stellen immer wieder die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit der Institutionsgarantie. Die Tatbestandsmerkmale dieser Garantieebene sind: die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (a), die Allzuständigkeit (b) und die Eigenverantwortlichkeit (c), die freilich unter einem Vorbehalt gesetzlicher Ausformung stehen (d).
- 14 a) *Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft*. Darunter sind solche Aufgaben zu verstehen, „die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf die örtliche Gemeinschaft einen spezifischen Bezug haben“<sup>39</sup>. Auf die Verwaltungskraft der Gemeinde soll es hierbei nicht ankommen<sup>40</sup>. Das Bundesverfassungsgericht betont vielmehr die Ausrichtung auf das bürgerschaftliche Engagement: Gemeint sind Angelegenheiten, die „den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen“<sup>41</sup>.
- 15 aa) Zahlreiche Fragen lassen sich bereits nach dieser Definition lösen. So gehören z. B. die Außenpolitik, die Verteidigungspolitik oder Maßnahmen der Globalsteuerung nicht zum gemeindlichen Aufgabenkreis. Die Gemeinde und ihre Organe haben kein uneingeschränktes *allgemeinpolitisches* Mandat<sup>42</sup>. Wohl aber kann eine einzelne Frage aus einem solchen Politikbereich ausnahmsweise in den Garantiebereich des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG hineinragen, wenn sie einen spezifischen Bezug zu einer bestimmten Gemeinde annimmt, eine einzelne Gemeinde z. B. in Durchführung eines verteidigungspolitischen Konzepts als Standort für

<sup>36</sup> BVerfGE 59, 216 (225 ff); ausf. *Winkelmann*, Das Recht der öffentlich-rechtlichen Namen und Bezeichnungen, 1984, bes. 47 ff; *Bethge*, Jura 1985, 44.

<sup>37</sup> BVerwGE 44, 351 (355) und DÖV 1980, 97 f.

<sup>38</sup> Dazu ausführlich *Knemeyer*, in: FS f. v. Unruh, 209; *Stern*, StR Bd. 1, § 12 II 4 d.

<sup>39</sup> BVerfGE 79, 127 (151) unter Bezugnahme auf BVerfGE 8, 122 (134); 52, 95 (120).

<sup>40</sup> BVerfGE 79, 127 (150).

<sup>41</sup> BVerfG aaO.

<sup>42</sup> BVerfG aaO 147; BVerwG NVwZ 1991, 682 (683); *Lehnguth*, DÖV 1989, 655; *Schoch*, JuS 1991, 728 ff.



besondere militärische Einrichtungen vorgesehen wird<sup>43</sup>. Ähnliches gilt für Städtepartnerschaften<sup>44</sup> und – nicht zuletzt im Zuge einer stärkeren Europäisierung (Rn. 7) – für den kommunalen Jugendaustausch und die staatsgrenzüberschreitende Zusammenarbeit im nachbarlichen Bereich<sup>45</sup>. Demgegenüber wären großangelegte Projekte der Entwicklungszusammenarbeit mit Staaten der Dritten Welt regelmäßig nicht von der Selbstverwaltungsgarantie gedeckt<sup>46</sup>. Ist eine Angelegenheit danach keine solche der örtlichen Gemeinschaft, so hat das *zwei* Konsequenzen: Zum einen fällt sie aus dem die Gemeinde berechtigenden Schutzgehalt des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG heraus; der Staat kann über sie verfügen, ohne an das gemeindespezifische Aufgabenverteilungsprinzip dieser Vorschrift gebunden zu sein. Neben seiner *berechtigenden* Funktion wirkt Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zweitens aber auch *kompetenzbeschränkend*, insofern Gemeinden Materien, die eindeutig nicht Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind, nicht zum Gegenstand ihrer Aktivitäten machen können, es sei denn, der Gesetzgeber habe ihnen solche Aufgaben zusätzlich zugewiesen (Rn. 36). Man kann das als kommunalrechtliche ultra-vires-Lehre bezeichnen.

bb) In manchen Bereichen ist es allerdings schwer, eine bestimmte Aufgabe nach der genannten Definition den Angelegenheiten der örtlichen oder aber einer nicht-örtlichen Gemeinschaft eindeutig zuzuweisen. Das hat mehrere Gründe: Zum einen ist der Aufgabenkreis vom Zuschnitt der Gemeinden, ihrer Einwohnerzahl, flächenmäßigen Ausdehnung und Struktur abhängig. Bei manchen Aufgaben schwankt die Zuordnung zudem in der historischen Entwicklung („*Wanderungsprozesse*“). So wurde die Versorgung mit leitungsgelassenen Energien (Strom, Gas) ursprünglich als Kommunalaufgabe verstanden, ging dann mit zunehmender technischer Zentralisierung vielfach auf regionale und überregionale Versorgungsunternehmen über und wird erst im Zusammenhang mit der Fernwärme unter dem Stichwort „örtliche Versorgungskonzepte“ neuerdings wieder als Angelegenheit örtlicher Politik entdeckt<sup>47</sup>. Neben solchen Fällen von Wanderungsprozessen stehen Sachverhalte, an denen die örtliche und die überörtliche Gemeinschaft gleichermaßen interessiert und beteiligt sind („*Gemengelage*“). Beispiele finden sich in der Raumplanung. Die Standorte und Trassen regional bedeutsamer Verkehrs- und Versorgungsanlagen treffen immer zugleich das Gebiet einer einzelnen Gemeinde. Ist die raumrelevante Planung solcher Einrichtungen darum eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft, eines anderen Verwaltungsträgers oder ein *mixtum compositum*? Ähnliche Fragen ergeben sich im Umweltschutz<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> BVerwG NVwZ 1991, 684 f; DVBl. 1991, 451 ff und DVBl. 1991, 494 f; VGH BW NVwZ 1984, 659 (661 f) und DÖV 1988, 476; BayVGH DVBl. 1989, 158 (160) und NVwZ-RR 1990, 211.

<sup>44</sup> BVerwG, NVwZ 1989, 469 und NVwZ 1991, 695; *Blumenwitz*, in: FS f. v. Unruh, 747; *Dauster*, NJW 1990, 1084; *Tettinger/Pielow*, NW VBl. 1989, 184.

<sup>45</sup> *HoppelBeckmann*, DVBl. 1986, 1; *Beyerlin*, Rechtsprobleme, 173 ff.

<sup>46</sup> Einzelheiten bei *Schmidt-Jortzig*, DÖV 1989, 142; *Treffer*, StT 1989, 341; *Heberlein*, DÖV 1990, 374 und DÖV 1991, 916; *Meßerschmidt*, DV 1990, 425.

<sup>47</sup> *Schmidt-Aßmann*, in: FS f. Fabricius, 1989, 251 ff; *Tettinger*, NRW VBl. 1989, 1; *Löwer*, Energieversorgung, 213 ff; *ders.*, DVBl. 1991, 132 ff.

<sup>48</sup> Dazu *Schmidt-Aßmann*, NVwZ 1987, 265; *Hoppe*, DVBl. 1990, 609.

17 Dieses Abgrenzungsdilemma ist oft beschrieben worden<sup>49</sup>. Zuweilen hat es Autoren veranlaßt, eine Neukonzeption der Selbstverwaltungsgarantie jenseits des Verfassungstextes zu suchen<sup>50</sup>. Die ganz herrschende Ansicht hält jedoch an dem Tatbestandsmerkmal der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ fest<sup>51</sup>. Sie orientiert sich an der Definition des Bundesverfassungsgerichts in der Art einer Faustregel und gewinnt ihre Ergebnisse *materienspezifisch*, indem sie prüft, ob eine Angelegenheit erstens nach überkommener Gesetzeslage und eingespielter Praxis gemeindlich oder übergemeindlich wahrgenommen worden ist, und inwiefern sie zweitens in gemeindlicher Trägerschaft eine sachangemessene, für die spezifischen Interessen der Einwohner förderliche und auch für den Bestand anderer Gemeindeaufgaben notwendige Erfüllung finden kann<sup>52</sup>. Unter Umständen nimmt sich auch der Gesetzgeber dieser Qualifizierungsaufgaben an; tut er es, so darf er eine verfassungsrechtlich nur begrenzt überprüfbare Typisierungs- und Einschätzungsermächtigung nutzen<sup>53</sup>.

18 b) *Allzuständigkeit (Universalität)*: Soweit eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft vorliegt, fällt sie nach dem Garantiegehalt des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG grundsätzlich in den gemeindlichen Aufgabenbereich. Der Gesetzgeber kann zwar auch für solche Angelegenheiten im Rahmen seines Regelungsvorbehalts eine andere Zuständigkeit begründen; er ist dabei aber Schranken unterworfen (s. Rn. 20). Liegt keine anderweitige Zuweisung vor, so ist die Gemeinde regelungsbefugt. Dieser Grundsatz gilt auch für den Zugriff auf neue Sachaufgaben (*Recht der Spontanität*)<sup>54</sup>.

19 c) *Eigenverantwortlichkeit*: Selbstverwaltung besteht darin, daß die eigenen Angelegenheiten „in eigener Verantwortung“ geregelt werden können. Eigenverantwortlichkeit heißt Freiheit von Zweckmäßigkeitseinsparungen anderer Hoheitsträger, insbesondere des Staates<sup>55</sup>. Darin liegt der politische Gestaltungsspielraum der Gemeinden, ohne den die Verpflichtung zu einem eigenen, direkt gewählten Legitimationssystem (Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG) sinnlos wäre. Die Eigenverantwortlichkeit bezieht sich grundsätzlich auf das Ob, Wann und Wie der Aufgabenwahrnehmung; sie drückt sich in einem Ermessen im weitesten Sinne aus.

Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ermächtigt zu eigenverantwortlicher *Regelung*. Eine Festlegung der Gemeinden auf bestimmte Formen hoheitlichen Handelns ist damit nicht gemeint. Regelung heißt jede zulässige Art von Aufgabenerledigung; sie mag sich in den Formen des öffentlichen oder des privaten Rechts, direkt oder indirekt durch Einschaltung Dritter, planerisch, spontan oder routinemäßig vollziehen. Oft

<sup>49</sup> Roters, Mitwirkung, 25 ff; Brohm, DVBl. 1984, 283; ders., DÖV 1989, 429 ff; Schmidt-Jortzig, DÖV 1989, 142.

<sup>50</sup> Burmeister, Neukonzeption, 1 ff; Roters, Mitwirkung, 5 ff; Darstellung und Kritik bei Stern, StR Bd. 1, § 12 III 1 und Schmidt-Jortzig, KomR Rn. 498–501; Antikritik bei Roters, in: v. Münch, GGK Rn. 41 zu Art. 28.

<sup>51</sup> Std. Rspr. des BVerfG: jüngst BVerfGE 79, 127 (152).

<sup>52</sup> Ähnlich Schmidt-Jortzig, KomR Rn. 466 ff; ders., DÖV 1989, 142 (145 f).

<sup>53</sup> BVerfGE 79, 127 (153 f).

<sup>54</sup> Stern, in: BK Rn. 87 zu Art. 28 GG.

<sup>55</sup> Schmidt-Jortzig, KomR Rn. 480; Erichsen, KomR NRW 329.

wird sich eine effektive Regelung nicht ohne eigene rechtssatzmäßige Absicherung vollziehen lassen. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG legt die Rechtsordnung deshalb darauf fest, den Gemeinden mindestens *ein* Rechtsinstitut zur *allgemeinen* Regelung (Breitensteuerung) ihrer Angelegenheiten verfügbar zu halten. Daher gehört auch die gemeindliche Rechtsetzungshoheit zum Garantiebereich (Rn. 95 ff).

Nicht entbindet die Eigenverantwortlichkeit dagegen von der Beachtung der Gesetze und des Rechts. Das folgt schon aus der Gesetzesbindung der Exekutive (Art. 20 Abs. 3 GG), der alles gemeindliche Handeln verpflichtet ist. Dem korrespondiert die als Rechtmäßigkeitskontrolle wirksame Aufsicht des Staates über die Gemeinden (Rn. 41 ff). So selbstverständlich das ist, so liegen hier doch Gefahren für die gemeindliche Gestaltungsfreiheit; denn der Staat hat es weitgehend in der Hand, seine Zweckmäßigkeitsvorstellungen in Gesetzesformen zu gießen und die Gemeinden dann auf den Gesetzesvollzug festzulegen. Soll Art. 28 Abs. 2 GG durch eine zu weit getriebene Verrechtlichung nicht ausgehöhlt werden, so muß eine kommunalspezifische Fassung des Bestimmtheitsgebotes und der Gesetzestatbestandlichkeit verlangt werden<sup>56</sup>.

d) *Gesetzesvorbehalt*: Gewährleistet ist die Selbstverwaltung „im Rahmen der Gesetze“. Der Vorbehalt bezieht sich auf *beide* Garantieelemente (Eigenverantwortlichkeit und Universalität)<sup>57</sup>. Er ist ein Vorbehalt, der den Gesetzgeber zur Ausformung des Garantiegehalts, zur Fixierung immanenter Grenzen, aber auch zu Eingriffen in verfassungsunmittelbare Garantiebereiche ermächtigt<sup>58</sup>. Die Einrichtung der gemeindlichen Selbstverwaltung bedarf, wie das Bundesverfassungsgericht gerade in jüngerer Zeit betont, „der gesetzlichen Ausgestaltung und Formung“<sup>59</sup>. Das hat sich auch schon oben (Rn. 14) bei der Bestimmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gezeigt. Gesetz i. S. des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG sind neben Landes- und Bundesgesetzen auch Rechtsverordnungen<sup>60</sup> und Satzungen anderer Hoheitsträger, z. B. eines Landkreises oder eines Regionalverbandes. Verwaltungsvorschriften geben dagegen für sich keinen Bindungsrahmen; sie können insbesondere ein kommunales Ermessen nicht dirigieren<sup>61</sup>.

Der Gesetzesvorbehalt kann zur Achillesferse der Garantie werden, wenn man ihm nicht seinerseits *Grenzen* setzt. Die dogmatischen Schwierigkeiten mit solchen Grenzen sind aus der in manchen Strukturen ähnlichen Problematik grundrechtlicher Gesetzesvorbehalte bekannt. Literatur und Rechtsprechung hatten denn auch bisher die aus der Grundrechtsdogmatik bekannten Schranken einer Respektivierung des Kernbereichs und des Übermaßverbots herangezogen<sup>62</sup>. In der Rastede-

<sup>56</sup> Ausführlich dazu *Janssen*, Grenzen, 128 ff.

<sup>57</sup> BVerfGE 56, 298 (312); 79, 127 (146).

<sup>58</sup> Ganz herrschende Meinung: BVerfGE 56, 298 (309 f), 79, 127 (143); *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG Rn. 51 f zu Art. 28; a. A.: *Roters*, in: *v. Münch*, GGK Rn. 51 ff zu Art. 28; *Schmidt-Jortzig*, KomR Rn. 486; auch *Burmeister*, Neukonzeption, 27 ff, 84 ff.

<sup>59</sup> BVerfGE 79, 127 (143).

<sup>60</sup> BVerfGE 26, 228 (237); 56, 298 (309).

<sup>61</sup> Besonderheiten gelten jedoch für nicht rechtssatzförmig festgelegte Ziele der Raumordnung i. S. d. §§ 5 Abs. 4 ROG, 1 Abs. 4 BauGB, s. u. *Krebs*, 4. Abschn. Rn. 95; *Erbguth*, DVBl. 1983, 305.

<sup>62</sup> BVerfGE 56, 298 (312 f); *Blümel*, in: FS f. v. Unruh, 265 (269 ff) m. w. Nachw.

Entscheidung geht das Bundesverfassungsgericht jedoch von einer solchen „Parallelisierung“ grundrechtlicher und organisatorisch-institutioneller Gewährleistungsgewalt ab. Danach ist neben der Kernbereichsgarantie (aa) nun ein aus dem Sinnzusammenhang des Art. 28 Abs. 2 GG direkt zu erschließendes Aufgabenverteilungsprinzip beachtlich (bb)<sup>63</sup>.

- 21** aa) Die *Kernbereichsgarantie* (Wesensgehaltsgarantie) schützt „das Essentiale, das man aus einer Institution nicht entfernen kann, ohne daran Struktur und Typus zu ändern“<sup>64</sup>. Um diesen Kern zu bestimmen, wird wiederum auf die historische Entwicklung, aber auch auf das aktuelle Erscheinungsbild der Selbstverwaltung abgestellt<sup>65</sup>. Eine exakte Abgrenzung fällt gleichwohl oft schwer, wenn es darum geht, ob eine einzelne Handlungsmöglichkeit oder gar nur eine spezifische Form ihrer Wahrnehmung zum Wesensgehalt gehört. So läßt sich zwar allgemein feststellen, daß die Bebauungsplanung nicht nur überhaupt eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft ist, sondern sogar zum Kern des kommunalen Aufgabenbestandes zählt. Ob das aber auch für alle 26 Festsetzungsarten gilt, aus denen sich nach § 9 Abs. 1 BauGB der Bebauungsplan zusammensetzt, ist damit noch nicht gesagt. Nicht gesagt ist damit auch, inwieweit die Bebauungsplanung in einzelnen Bezügen nicht doch durch staatliche Vorgaben dirigiert werden kann. Ein gegenständlich festumrissener Aufgabenkatalog ist der Kernbereich nicht<sup>66</sup>. Nur in seltenen Fällen besonders krasser oder rabiater Eingriffe des Gesetzgebers wird der Wesensgehalt daher als absolute Sperre wirksam werden.
- 22** bb) *Gemeindespezifisches materielles Aufgabenverteilungsprinzip*: Es setzt dem Gesetzgeber insofern Schranken, als er Angelegenheiten mit örtlich relevantem Charakter, die Regel-Ausnahme-Systematik des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG respektivierend, den Gemeinden nur aus Gründen des Gemeininteresses entziehen und einem anderen Träger nur zuweisen darf, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre<sup>67</sup>. Verwaltungspraktische Gründe oder allgemeine Wirtschaftlichkeitsüberlegungen reichen dazu nicht. Die die gesetzliche Entscheidung tragenden Gründe müssen das verfassungsrechtliche Aufgabenverteilungsprinzip überwiegen. Diese zweite Schranke des Gesetzgebers im Garantiebereich des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ist also in der Art eines „Wechselwirkungskonzepts“ zu entfalten, das dem Gesetzgeber eine erhebliche Darlegungslast aufbürdet, wenn er von der Regelzuweisung der Verfassung abweichen will. Das Bundesverfassungsgericht überprüft die gesetzgeberische Entscheidung im Streitfall nicht nur auf ihre Willkürfreiheit, sondern auf ihre *Vertretbarkeit*<sup>68</sup>.
- 23** e) *Sog. Gemeindehoheiten*: Der Verdeutlichung des verfassungsgemäßen Aufgabekreises dienen mehrere eingeführte Begriffe, die man als „Gemeindehoheiten“

<sup>63</sup> BVerfGE 79, 127 (146, 149); dazu *Schoch*, VerwArch. 1990 (Bd. 81), 18 (28).

<sup>64</sup> *Stern*, StR Bd. 1, § 12 III 4 b, 416.

<sup>65</sup> Std. Rspr. des BVerfG, BVerfGE 38, 258 (278 f); 76, 107 (118); 79, 127 (146).

<sup>66</sup> BVerfGE 79, 127 (146).

<sup>67</sup> BVerfGE 79, 127 (154); *Schmidt-Aßmann*, FS-Sendler, 1991, 121 (135 ff). Zum umgekehrten Fall gesetzlicher Aufgabenzuweisung vgl. *Petz*, DÖV 1991, 320 ff.

<sup>68</sup> BVerfG aaO; krit. *Schoch* (Fn. 63), 38.

bezeichnen kann<sup>69</sup>. Genauer betrachtet handelt es sich nicht um isolierte oder ausschließliche Gemeindekompetenzen und schon gar nicht um eindeutige Fixierungen von Wesensgehaltselementen. Die Begriffe bündeln vielmehr eine Vielzahl von Handlungsmöglichkeiten, ohne für sie alle eine isolierte eigenverantwortliche kommunale Entscheidungsbefugnis verfassungsfest zu postulieren. Die Rechtsnatur dieser „Hoheiten“ läßt sich durch zwei allgemeine Aussagen umschreiben: Jede dieser Hoheiten ist in ihrem Grundgedanken (nicht in allen Einzelausprägungen) für die Selbstverwaltungsgarantie unverzichtbar; denn sie beziehen sich auf elementare Handlungssektoren (insbes. Raum, Personal, Finanzen). Keine dieser Hoheiten besteht aber ohne gesetzliche Rahmenvorgaben und staatliche Einschränkungen. So bezeichnen sie eher einen eingespielten, sich freilich auch ständig wandelnden Dogmenbestand, der das von der herrschenden Anschauung für Rechtens erachtete Zusammenspiel von Staat und Gemeinde wiedergibt.

— *allgemeine Planungshoheit*: Sie bezeichnet die Befugnis, die eigenen Angelegenheiten nicht nur von Fall zu Fall zu erledigen, sondern aufgrund von Analyse und Prognose erkennbarer Entwicklungen ein Konzept zu erarbeiten, das den einzelnen Verwaltungsvorgängen Rahmen und Ziel weist<sup>70</sup>. Da Planung, genau betrachtet, keine zusätzliche Sachaufgabe, sondern eine Methode der Aufgabenerledigung ist, folgt die Planungskompetenz grundsätzlich der Sachkompetenz. Die Gemeinden besitzen also, insofern nichts anderes bestimmt ist, für ihre Angelegenheiten auch die Planungshoheit. Ergebnisse ihrer planerischen Tätigkeit sind Organisations- und Geschäftsverteilungspläne, Infrastrukturpläne (z. B. Kindergärten-, Altersheim-, Sportstättenbedarfspläne). Für die Planung der wichtigen Ressourcen Raum und Finanzen gelten Besonderheiten (vgl. Raumplanungshoheit, Finanzhoheit). In jüngerer Zeit wird dieser Bereich allgemeiner planerischer Entfaltungsmöglichkeiten gern als „*Selbstgestaltungsrecht*“ der Gemeinden bezeichnet<sup>71</sup>. Über die Bindungskraft solcher Pläne gegenüber anderen Hoheitsträgern oder privaten Dritten ist damit noch nichts gesagt.

— *Raumplanungshoheit* ist ein Sonderfall der allgemeinen Planungshoheit<sup>72</sup>. Sie umfaßt die Befugnis, für das eigene Gebiet die Grundlagen der Bodennutzung festzulegen. Entsprechend dem hohen Grad gesetzlicher Fixierung des gesamten öffentlichen Raumplanungssystems bestehen für die gemeindliche Raumplanungshoheit zahlreiche Vorschriften des einfachen Rechts, die den Begriff der örtlichen Angelegenheiten verdeutlichen, konkretisieren und abgrenzen. Ausdrucksformen der kommunalen Raumplanungshoheit sind der Bebauungsplan (§ 9 BauGB) und der gesamtgemeindliche Flächennutzungsplan (§ 5 BauGB)<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> Dazu *Stern*, StR Bd. 1, § 12 II 4 d; *Tettinger*, BesVerwR Rn. 26; *Wolff/Bachoff/Stober*, VwR II § 86 Rn. 51 ff.

<sup>70</sup> Zur Planung allgemein vgl. *Erichsen*, in: *Erichsen/Martens*, AllgVwR §§ 21–23.

<sup>71</sup> *Langer*, VerwArch. 1989 (Bd. 80), 352, 378 m. w. Nachw.

<sup>72</sup> BVerfGE 56, 298 (310 ff) und 76, 107 (118); BVerwGE 81, 95 und 111; *Schmidt-Aßmann*, VerwArch. 1980 (Bd. 71), 117; *Steinberg*, DVBl. 1982, 13; *Hoppe*, in: FS f. v. Unruh, 555; *Widera*, Zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung kommunaler Planungshoheit, 1985; *Langer*, VerwArch. 1990 (80) 352; *Brohm*, DÖV 1989, 429; BayVerfGH NVwZ 1987, 1069; BVerfGE 76, 107 (117 ff).

<sup>73</sup> S. u. Einzeldarstellung bei *Krebs*, 4. Abschn. Rn. 16 ff.

— *Personalhoheit*<sup>74</sup> könnte man in einem weiten Sinne als Befugnis definieren, sowohl über die allgemeinen Fragen des eigenen Personalwesens (Stellenplanung, Einstellungs- und Beförderungsvoraussetzungen, Besoldungs- und Vergütungsmaßstäbe) als auch über die konkreten Maßnahmen der Personaleinstellung, der Beförderung und des Personaleinsatzes nach eigenem Ermessen zu entscheiden. Zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wird traditionell nur ein Ausschnitt aus diesem Kreis personalrelevanter Maßnahmen gerechnet. Er betrifft im wesentlichen nur Einzelentscheidungen, „vornehmlich die Befugnis, das Personal, insbesondere die Gemeindebeamten auszuwählen, anzustellen, zu befördern und zu entlassen“<sup>75</sup>. Die allgemeinen Entscheidungen, z. B. des Laufbahn- und Besoldungswesens, werden seit langem von überörtlichen Instanzen getroffen.

— *Organisationshoheit*: Sie ist die Befugnis, den Aufbau und das Zusammenspiel der eigenen Beschluß- und Vollzugsorgane, gemeindeinterner räumlicher Untergliederungen, gemeindeeigener Einrichtungen und Betriebe sowie deren Geschäftsgang zu regeln<sup>76</sup>. Die Gemeinden haben hier traditionell einen breiten Entfaltungsspielraum, den sie z. B. mit ihrer Hauptsatzung und ihren Anstaltsordnungen ausfüllen. Gesetzliche Grenzen bringen vor allem das Kommunalverfassungsrecht (Rn. 50 ff) und das Gemeindefinanzrecht (Rn. 118 ff).

— *Rechtsetzungshoheit*: Sie ist um einer effektiven eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung willen notwendig. Ausgeübt wird sie vor allem durch den Erlaß von Satzungen (Rn. 93 ff).

— *Finanzhoheit*<sup>77</sup>: Sie „gewährt den Gemeinden die Befugnis zu einer eigenverantwortlichen Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft im Rahmen eines gesetzlich geordneten Haushaltswesens“<sup>78</sup>. Dazu gehört als Basis auch das Recht auf eine aufgabenadäquate Finanzausstattung<sup>79</sup>. Seit je gab es in diesem Sektor freilich zahlreiche staatliche Eingriffsbefugnisse (vgl. zu weiteren Finanzgarantien Rn. 27, 31 und 127 ff).

### 3. Subjektive Rechtsstellungsgarantie

- 24** Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gewährt den Gemeinden kein Grundrecht<sup>80</sup>. Nach dem Verständnis unserer Verfassung sind die Gemeinden Teil des Staatsaufbaus. Damit ist zwischen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie und die bürgerlichen Grundrechtsgewährleistungen eine klare Zäsur gelegt. Andererseits beläßt es Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG für die Gemeinden nicht beim objektiven Konstitutionsprin-

<sup>74</sup> *Lecheler*, in: FS f. v. Unruh, 541; *Schmidt-Aßmann*, in: FS f. Ule, 1977, 461; BVerfG NVwZ 1985, 415 f. Zur Personalhoheit des Dienstherrn allgemein s. u. *Kunig*, 6. Abschn. Rn. 29 ff., 127 ff.

<sup>75</sup> *Stern*, HkWP Bd. 1, 214 mit Nachw. der Rspr. in Fn. 67.

<sup>76</sup> Dazu *Pagenkopf*, KomR Bd. 1, 68 ff; allgemein *Schmidt-Jortzig*, Kommunale Organisationshoheit, 1979, 26 ff.

<sup>77</sup> *Grawert*, in: FS f. v. Unruh, 587; VerfGH NRW DVBl. 1983, 714 ff; BayVerfGH DÖV 1989, 306. Zu Konzessionsabgaben BVerfG DÖV 1991, 289 f.

<sup>78</sup> BVerfGE 26, 228 (244).

<sup>79</sup> *Kirchhof*, HkWP Bd. 6, 1 ff; offengelassen in BVerfGE 81, 25 (36); *Henneke*, Jura 1986, 568; VerfGH NRW NJW 1985, 2321; *Meis*, Beziehungen, 20 ff.

<sup>80</sup> So die h. M.; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG Rn. 56 zu Art. 28.

zip, sondern gewährt eine subjektive Rechtsstellung<sup>81</sup>. Die einzelne Gemeinde kann vom Garantieverpflichteten die Einhaltung der Gewährleistung verlangen. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG wird folglich von einer Reihe von Unterlassungs-, Beseitigungs-, Teilhabe- und gegebenenfalls auch Leistungsansprüchen begleitet. Dazu zählt auch ein Anspruch auf Gerichtsschutz, der unmittelbar aus der materiellen Garantienorm des Art. 28 Abs. 2 GG folgt. Ob sich die Gemeinden außerdem auf Art. 19 Abs. 4 GG stützen können, ist streitig<sup>82</sup>. Die Frage kann jedoch dahingestellt bleiben; jedenfalls auf der Ebene des derzeit geltenden einfachgesetzlichen Prozeßrechts werden die aus Art. 28 Abs. 2 GG folgenden subjektiven Rechte der Gemeinden mit den subjektiven Rechten der Bürger gleich behandelt (§§ 40, 42 Abs. 2 VwGO). Ergänzt wird der gemeindliche Rechtsschutz durch die *kommunale Verfassungsbeschwerde*<sup>83</sup> (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b GG, § 91 BVerfGG). Das Institut dient der Verteidigung speziell der Rechte aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG<sup>84</sup> gegen Verletzungen durch Gesetze. Gesetze i. S. dieser Vorschriften sind auch Rechtssätze unterhalb des förmlichen Gesetzes<sup>85</sup>. Bei der Verletzung durch ein Landesgesetz ist die Subsidiaritätsklausel zugunsten der Landesverfassungsgerichte zu beachten (Rn. 31).

#### 4. Erstreckungsgarantien

Zum Gehalt des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gehören schließlich einige Grundsätze, die sich zwar nicht unmittelbar aus dem Verfassungstext ergeben, aber notwendig Ergänzungen und Erstreckungen darstellen.

a) Hierher zählt zum einen der *Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens*<sup>86</sup>. Es handelt sich um eine allgemeine Rücksichtnahmepflicht anderer Hoheitsträger auf gemeindliche Belange. Bei der weitreichenden gesetzlichen Durchnormierung der gemeindlichen Rechtsstellung ist dieser Grundsatz auf wenige Fälle der Lückenfüllung beschränkt. Keinesfalls unterbindet er „harte“ Entscheidungen, die nach dem Gesetz gegenüber den Gemeinden getroffen werden müssen. Zu vermeiden sind nur unnötige Belastungen und Nebenfolgen. Bei der generalklauselartigen Unbestimmtheit dieses Grundsatzes verschwimmen die Grenzen zwischen Rechts- und Stilfragen; im Umgang mit ihm ist daher Vorsicht geboten. **25**

b) Als eine Erstreckungsgarantie wird man auch jene Fälle zu behandeln haben, in denen den Gemeinden ein verfassungsunmittelbares *Mitwirkungsrecht* an staatlichen Planungen zuerkannt worden ist<sup>87</sup>. Teilweise handelt es sich bei diesen **26**

<sup>81</sup> Pagenkopf, KomR Bd. 1, 59 m. w. Nachw.

<sup>82</sup> Nachw. bei Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG Rn. 43 zu Art. 19 IV.

<sup>83</sup> Burmeister, JA 1980, 17 ff; Sachs, BayVBl. 1982, 37 ff.

<sup>84</sup> Stern, StR Bd. 1, § 12 II 8 a; zum sog. „Rügepotential“ der kommunalen Verfassungsbeschwerde Blümel, in: FS f. v. Unruh, 265 (297 f).

<sup>85</sup> BVerfGE 71, 25 (34); 76, 107 (114); Erichsen, KomR NRW 339 ff; ob auch Gewohnheitsrecht und Richterrecht dazu gehören, bleibt in BVerfG NVwZ 1987, 123 offen.

<sup>86</sup> Macher, Der Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens, 1971; Stern, StR Bd. 1, § 12 II 5 m. w. Nachw.

<sup>87</sup> Schmidt-Aßmann, AöR 1976 (Bd. 101), 520; Hoppe, in: FS f. v. Unruh, 555 (573).

Planungen um originäre örtliche Angelegenheiten, die durch Gesetz ausnahmsweise einem anderen Verwaltungsträger zur Entscheidung übertragen worden sind; hier folgt das gemeindliche Mitwirkungsrecht aus dem Gedanken der *Kompensation*<sup>88</sup>. Teilweise handelt es sich aber auch um Planungen von überörtlicher Substanz, die jedoch wegen erheblicher Auswirkungen auf die einzelne Gemeinde zu einem Mitwirkungsrecht – regelmäßig in der Form des Anhörungsrechts – führen<sup>89</sup>.

### Spezialliteratur

R. *Bauer*, Zur Verwaltungsstruktur der Deutschen Demokratischen Republik, BayVbl. 1990, 263; W. *Berg*, Grundfragen kommunaler Kompetenzen, BayVbl. 1990, 33; U. *Beyerlin*, Rechtsprobleme der lokalen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, 1988; P. *Blair*, Die Gestaltung der kommunalen Selbstverwaltung in den europäischen Staaten, DÖV 1988, 1002; J. *Burmeister*, Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten, JA 1980, 17; Th. *Clemens*, Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie, NVwZ 1990, 834; M. *Dauster*, Kommunale Deutschlandpolitik?, NJW 1990, 1084; W. *Erbguth*, Zu Rechtsfragen regionaler Energieversorgungskonzepte, DVBl. 1983, 305; D. *Frers*, Zum Verhältnis zwischen Gemeinde und Gemeindeverband nach Art. 28 II GG, DVBl. 1989, 449; H. *Heberlein*, Kommunale Zusammenarbeit mit Gemeinden und Kreisen in der DDR, BayVbl. 1990, 268; *ders.*, Rechtsprobleme kommunaler Entwicklungshilfe, DÖV 1990, 37; H.-G. *Henneke*, Das Gemeindefinanzierungssystem, Jura 1986, 568; R. *Hinkel*, Zur Situation der kommunalen Selbstverwaltung, NVwZ 1985, 225; W. *Hoppe*, Umweltschutz in den Gemeinden, DVBl. 1990, 609; A. *Janssen*, Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts, 1990; S. *Langer*, Gemeindliches Selbstgestaltungsrecht und überörtliche Raumplanung, VerwArch. 1989 (Bd. 80), 352; G. *Lehnguth*, Allgemeinpolitische Erklärungen und Beschlüsse von Gemeinden, DÖV 1989, 655; W. *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, 1989; C. *Meis*, Verfassungsrechtliche Beziehungen zwischen Bund und Gemeinden, 1989; W. *Roters*, Kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen, 1975; M. *Sachs*, Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten, BayVbl. 1982, 37; B. *Schlüter*, Das Gemeinde-recht in der neuen Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg, VBIBW 1987, 54; E. *Schmidt-Aßmann*, Der Umweltschutz im Spannungsfeld zwischen Staat und Selbstverwaltung, NVwZ 1987, 265; E. *Schmidt-Jortzig*, Gemeindliche Selbstverwaltung und Entwicklungszusammenarbeit, DÖV 1989, 142; R. *Steinberg*, Verwaltungsgerichtlicher Schutz der kommunalen Planungshoheit gegenüber höherstufigen Planungsentscheidungen, DVBl. 1982, 13; G. *Treffer*, Rechtliche Aspekte der kommunalen Entwicklungszusammenarbeit, StT 1989, 341; G. *Ch. v. Unruh*, Demokratie und kommunale Selbstverwaltung, DÖV 1986, 217; B. *Widera*, Zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung kommunaler Planungshoheit, 1985.

## III. Weitere Verfassungspositionen der Gemeinden

### 1. Gewährleistungen im Grundgesetz

- 27 a) *partielle Finanzgarantien*: Unter den Bestimmungen des Grundgesetzes, die die Stellung der Gemeinden im Staat weiter absichern, haben einige finanzverfas-

<sup>88</sup> *Blümel*, VVDStRL 36 (1977), 171 (245 ff).

<sup>89</sup> BVerwGE 51, 6 (13 f); std. Rspr., jüngst BVerwGE 81, 95 (106).



sungsrechtliche Vorschriften einen wichtigen Rang<sup>90</sup>. Hierher gehören vor allem die Realsteuerгарantie (Art. 106 Abs. 6 S. 1 HS 1 GG), die Ertragshoheit der örtlichen Verbrauchs- und Aufwandsteuern (Art. 106 Abs. 6 S. 1 HS 2 GG), die Beteiligung der Gemeinden am Aufkommen der Einkommensteuer (Art. 106 Abs. 5 GG) und die Aussicht auf einen Prozentsatz am Länderanteil des Aufkommens der Gemeinschaftssteuern (Art. 106 Abs. 7 GG). Diese Vorschriften ergänzen die schon in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG angelegte kommunale Finanzhoheit (Rn. 23), indem sie ihr Teile ihres realen Substrats liefern (Rn. 127 ff)<sup>91</sup>.

*b) Grundrechte:* Umstritten ist, inwieweit sich Gemeinden außer auf ihre speziellen Gewährleistungen auch auf Grundrechte<sup>92</sup> berufen können. Systematisch gehört dieses Problem in den Rahmen des Art. 19 Abs. 3 GG<sup>93</sup>, demzufolge die Grundrechte auch für inländische juristische Personen gelten, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Die kaum noch überschaubare Literatur<sup>94</sup> zu diesem Thema vermittelt zuweilen den Eindruck, für manchen sei die rechtsstaatliche Welt nur dann in Ordnung, wenn möglichst alle grundgesetzlichen Freiheitsicherungen möglichst gleichmäßig auf möglichst alle nur denkbaren Schutzsituationen verteilt sind. Daß damit die differenzierten Garantien und Sicherungsmechanismen nivelliert und um ihre spezifische Wirkung gebracht würden, wird dabei zu wenig beachtet<sup>95</sup>. Jedenfalls für die Gemeinden als universelle Verwaltungsträger des örtlichen Bereichs muß die grundrechtliche Hauptsicherungslinie doch wohl eindeutig zwischen verwaltender Kommune und verwaltetem Bürger und nicht zwischen verwaltender Kommune und verwaltetem Staat verlaufen. Im einzelnen sind zu trennen:

*aa) Bereiche öffentlicher Aufgabenerfüllung:* Soweit die Gemeinden öffentliche Aufgaben (Selbstverwaltungs- oder Fremdaufgaben) — in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Form — wahrnehmen, versagte ihnen die herrschende Ansicht<sup>96</sup> schon bisher die Grundrechtsfähigkeit. In diesem Bereich ist weder eine „grundrechtstypische“ eigene Gefährdungslage der Gemeinden gegeben, noch ist ihr Handeln dem Lebensbereich ihrer Bürger so unmittelbar zugeordnet, daß ihnen daraus in der Art eines „Durchgriffs“ grundrechtliche Substanz zuwachsen kann<sup>97</sup>.

<sup>90</sup> Systematisch *Stern*, StR Bd. 1, § 12 II 7.

<sup>91</sup> Sie sind daher auch nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b GG rügefähig; aber str.: Nachweise bei *Stern*, StR Bd. 1, § 12 II 8; differenzierend BVerfGE 71, 25 (37 f).

<sup>92</sup> Für Justizgrundrechte BVerfGE 61, 82 (104, 109).

<sup>93</sup> Nicht jedoch in den des Art. 28 Abs. 2 GG.

<sup>94</sup> Nachweise bei *v. Mutius*, in: BK Rn. 78 ff zu Art. 19 Abs. 3 GG; *Stern*, StR Bd. 3, § 71, III 4, VII 6; *Bethge*, Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG, 1985, 25 ff; *Broß*, VerwArch. 1986 (Bd. 77), 65.

<sup>95</sup> Zutreffend *Burmeister*, Neukonzeption, 1 ff.

<sup>96</sup> *Stern*, in: BK Rn. 70 zu Art. 28 GG; *v. Mutius*, in: BK Rn. 133 zu Art. 19 Abs. 3 GG; *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, GG Rn. 48 zu Art. 19 Abs. 3; *Bethge*, AöR 1979 (Bd. 104), 265 (277–279); BGHZ 63, 196 ff.

<sup>97</sup> BVerfGE 45, 63 (78 f); ebenso für die als Anstalten öffentlichen Rechts organisierten Sparkassen BVerfGE 75, 192 (200).

Das gilt selbst dann, wenn es sich um ein gemeindeeigenes Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit handelt, z. B. ein als Aktiengesellschaft betriebenes Wasserversorgungsunternehmen<sup>98</sup>.

- 30** *bb) Bereiche fiskalisch-erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit:* Für diese Bereiche wurde in der Literatur bisher ein Grundrechtsschutz, z. B. der Art. 12 und 14 GG, überwiegend für möglich gehalten<sup>99</sup>. Dem ist das Bundesverfassungsgericht jedoch im Sasbach-Beschluß<sup>100</sup> entgegengetreten: Die Rechtsordnung billige den Gemeinden zwar die Möglichkeit zu, privatrechtliches Eigentum innezuhaben, das besage jedoch nicht, daß dieses auch grundrechtsgeschützt sein müsse; vielmehr fehle es auch hier an einer „grundrechtstypischen Gefährdungslage“. Das Gericht weist dazu auf zahlreiche Vorrechte („Fiskusprivilegien“) hin, die das Eigentum öffentlich-rechtlicher Körperschaften genießt. „Auch die mannigfachen Einflußmöglichkeiten über staatsinterne Wege schließen jedenfalls eine Vergleichbarkeit mit der ‚Abhängigkeit‘ des Bürgers, die materielle Grundrechtsverbürgungen besonders dringend macht, aus“<sup>101</sup>. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen<sup>102</sup>. Allerdings werden neue Abgrenzungsfragen aufgeworfen. Können Gemeinden sich künftig wenn nicht mehr auf Grundrechte, so doch auf grundrechtskonkretisierende Normen des einfachen Rechts berufen? Das wird man auch nach dem Sasbach-Beschluß bejahen müssen<sup>103</sup>.

## 2. Selbstverwaltungsgarantien der Landesverfassungen

- 31** Keine gesonderte Behandlung erfahren hier die Selbstverwaltungsgarantien der Landesverfassungen<sup>104</sup>. Die meisten von ihnen sind zwar „gesprächiger“ als Art. 28

<sup>98</sup> BVerfGE 45, 63 ff; zur Frage, inwieweit Unternehmen privater Rechtsform, an denen neben Gemeinden auch Private beteiligt sind (gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen), Grundrechtsfähigkeit zukommt; *Schmidt-Aßmann*, in: FS f. Niederländer, 1991, 383; *Zimmermann*, JuS 1991, 294 ff.

<sup>99</sup> *v. Mutius*, in: BK Rn. 103 zu Art. 19 Abs. 3 GG; *Pagenkopf*, KomR Bd. 1, 32 f; *Stern*, in: BK Rn. 71 zu Art. 28 GG; *W. Weber*, Staats- und Selbstverwaltung, 37; a. M. *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, GG Rn. 48 zu Art. 19, Abs. 3 GG; *Bethge*, AöR 1979 (Bd. 104), 265, 297 ff.

<sup>100</sup> BVerfGE 61, 82 (105 f); vgl. aber auch 70, 1 (20).

<sup>101</sup> BVerfGE 61, 82 (106) mit Verweis auf *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, GG Rn. 46 zu Art. 19 Abs. 3; ebenso BVerwG NVwZ 1989, 247 (249).

<sup>102</sup> Ebenso *Ronellenfisch*, JuS 1983, 594 (589); *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG Rn. 192 ff zu Art. 14; kritisch: *Mögele*, NJW 1983, 805. Für die LV Bay. die Grundrechtsfähigkeit der Gemeinden bejahend BayVerfGH NVwZ 1985, 260; dazu *Bambey*, NVwZ 1985, 248 ff; *Bethge*, NVwZ 1985, 402.

<sup>103</sup> *Bambey*, DVBl. 1983, 936 ff (938); vgl. auch *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG Rn. 198 zu Art. 14 GG; OVG Lüneburg DVBl. 1984, 895 ff und NVwZ 1987, 999 (1001); VGH Kassel, NVwZ 1987, 987 (999).

<sup>104</sup> Art. 69, 71–76 LV BW; Art. 9–12 und 83 LV Bay.; Art. 137 und 138 LV Hess.; Art. 44, 45 LV Nds.; Art. 78, 79 LV NW; Art. 49, 50 LV Rh.-Pf.; Art. 117–123 LV Saarl.; Art. 46–49 LV Schl.-H.

Abs. 2 S. 1 GG<sup>105</sup>; doch ist durch die breite Entfaltung, die die Garantie der Bundesverfassung in Rechtsprechung und Lehre erfahren hat, eine weitgehende „Standardisierung“ erfolgt<sup>106</sup>. (Den Bearbeiter eines juristischen Falles, in dem eine Landesverfassungsgarantie einschlägig ist, entbindet das freilich nicht von der exakten Auseinandersetzung mit dem Verfassungstext!). Eigenständige Garantierweiterungen finden sich vor allem für die Finanzhoheit<sup>107</sup>. Die Garantien der Landesverfassungen und des Grundgesetzes bestehen nebeneinander<sup>108</sup>: Landesgesetzgebung und Landesexekutive haben beide Garantien zu beachten, während Bundesrecht nur an Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gebunden ist. Dem Bund ist in Art. 28 Abs. 3 GG zudem zu gewährleisten aufgegeben, daß die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des Art. 28 Abs. 2 GG entspricht; ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch der Gemeinden auf ein bestimmtes Handeln des Bundes folgt daraus m. E. nicht<sup>109</sup>. Besonderes Gewicht erlangen die Landesgarantien wegen der Subsidiaritätsklausel des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b GG durch eigenständige kommunale Rechtsschutzgarantien vor den Landesverfassungsgerichten<sup>110</sup>.

#### IV. Gemeinden und Staatsaufsicht

Die gemeindliche Verwaltung untersteht der Aufsicht des Staates. Die *Staatsaufsicht*<sup>111</sup> wird in gewissen Bereichen als eine auf die Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkte *Rechtsaufsicht* (2), in anderen Bereichen als eine auch die Zweckmäßigkeit umgreifende *Fachaufsicht* (3) wirksam. Um die Grundgedanken des Aufsichtswesens zu verstehen, sollte man zunächst den Bestand der von den Gemeinden

<sup>105</sup> Art. 83 der BayLV und § 2 Abs. 2 KVG beschreiben den gemeindlichen Wirkungskreis durch eine Auflistung; mehr als behutsam verwendbares Argumentationsmaterial wird damit jedoch nicht geboten, denn weder sind die Aufzählungen erschöpfend gemeint, noch könnte sich eine landesrechtliche Konkretisierung gegenüber abweichendem Bundesrecht durchsetzen; zu § 2 Abs. 2 KVG in diesem Sinne *Schmidt-Eichstaedt*, DVBl. 1990, 848 (849).

<sup>106</sup> *Roters*, in: *v. Münch*, GGK Rn. 32 zu Art. 28.

<sup>107</sup> Zur Verfassungsdirektive des Art. 78 Abs. 3 LV NRW (Kostenausgleich für neue Aufgabenzuweisungen) VerfGH NRW NVwZ 1985, 820 ff und DÖV 1989, 310, auch OVG Münster, NVwZ 1988, 77 ff. Ferner Art. 71 Abs. 3, Art. 73 LV BW; Art. 83 Abs. 3 LV Bay.; Art. 137 LV Hess.; Art. 45 LV Nds.; Art. 49 Abs. 5 LV Rh.-Pf.; Art. 41, 42 LV Schl.-H. Zur örtlichen Raumplanung als Bestandteil der Selbstverwaltungsgarantie gem. Art. 11 Abs. 2 LV Bay. vgl. BayVerfGH NVwZ 1987, 1069 f.

<sup>108</sup> *Stern*, StR Bd. 1, § 12 II 6.

<sup>109</sup> Anders *Stern*, StR Bd. 1, § 12 II 6.

<sup>110</sup> Art. 76 LV BW i. V. m. § 54 StGHG BW; Art. 130 Abs. 1, 49 LV Rh.-Pf.; Art. 123 LV Saarl. i. V. m. § 49 VerfGHG Saarl.; ferner § 52 VGHG NW. Vgl. dazu *Hoppe*, in: *Starck/Stern* (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Bd. 2, 1983, 257 ff.

<sup>111</sup> *Knemeyer*, HkWP Bd. 1, 265; *Rudolf*, in: *Erichsen/Martens*, AllgVwR, § 56 IV 3; *Erichsen*, DVBl. 1985, 943 ff; *Schröder*, JuS 1986, 371 ff.

wahrgenommenen Aufgaben betrachten<sup>112</sup> (1). Das Aufsichtssystem ist aufgabenorientiert.

### 1. Aufgaben der Gemeinden

- 33** Eine rechtlich aussagekräftige Gliederung des Aufgabenbestandes wird dadurch erschwert, daß die Gemeindeordnungen der Länder in den Begriffen und im Grundkonzept voneinander abweichen; zudem arbeiten die beiden wichtigsten Gliederungsmodelle — das *dualistische* (a) und das *monistische* (b) — mit Trennlinien, die mit den Hauptbegriffen der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie zwar vereinbar, nicht aber vollständig harmonisiert sind.
- 34** a) *Aufgabendualismus*: Das dualistische Modell folgt der überkommenen Aufteilung der öffentlichen Aufgaben nach ihrer Substanz und trennt danach Selbstverwaltungsaufgaben und Staatsaufgaben. Für die Gemeinden bilden die Selbstverwaltungsaufgaben den eigenen Wirkungskreis, während Staatsaufgaben auf sie nur im Wege gesetzlicher Übertragung i. d. R. als Auftragsangelegenheiten überkommen<sup>113</sup>.
- 35** aa) *Selbstverwaltungsangelegenheiten*: Zum eigenen Wirkungskreis der Gemeinden zählen alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, sofern solche nicht ausnahmsweise durch Gesetz einem anderen Träger überwiesen sind. Dieser Kreis wird bereits durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG konstituiert; er kann sich aber erweitern, insofern durch einfache Gesetze den Gemeinden auch solche Aufgaben zugewiesen werden können, die an sich nicht eindeutig solche der örtlichen Gemeinschaft sind oder bei denen eine örtlich-überörtliche Substanzenmischung vorliegt (Rn. 22). Jedenfalls macht dieser gesamte Bereich den festen eigenen Aufgabenkreis der Gemeinden aus, der nur durch Gesetz geändert werden kann. Staat und Gemeinden stehen sich hier im Außenrechtsverhältnis gegenüber, dessen typische Schutzinstrumente (Gesetzesvorbehalt; Verfahren, Gerichtsschutz) den Gemeinden zugute kommen. Rechte aus dem eigenen Wirkungskreis sind Rechte i. S. v. § 42 Abs. 2 VwGO. Dem Staat fehlt die Befugnis zu Zweckmäßigkeitseinsparungen. Innerhalb dieses Bereichs unterscheiden die Gemeindeordnungen regelmäßig zwischen *freien Selbstverwaltungsaufgaben* (z. B. Bau von Sportstätten, Museen), bei denen die Gemeinden allein entscheiden können, *ob* sie diese Aufgabe überhaupt in Angriff nehmen und *wie* sie sie durchführen wollen, und *pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben*, bei denen das Ob der Aufgabenwahrnehmung gesetzlich festgelegt ist (z. B. Bauleitplanung, Baulandumlegung, z. T. Schulbau).
- 36** bb) *Auftragsangelegenheiten*: Den übertragenen Wirkungskreis machen die Auftragsangelegenheiten aus. Bei ihnen fallen Aufgabensubstanz und Aufgabenwahrnehmung auseinander. Die Aufgabensubstanz ist und bleibt staatlich<sup>114</sup>. Das Gesetz

<sup>112</sup> Dazu *Schmidt-Eichstaedt*, HkWP Bd. 3, 9 ff; *Maurer*, AllgVwR, § 23 Rn. 12 ff.

<sup>113</sup> Art. 7 GO Bay.; § 4 GO Nds.; § 2 Abs. 1 GO Rh.-Pf.; § 5 KSVG Saarl.; §§ 2, 3 KVG. Vgl. *Ipsen*, NdsKomR 72 ff; *Knemeyer*, BayKomR Rn. 122 f.

<sup>114</sup> BVerwGE 19, 121 (123); vgl. auch BVerwG NVwZ 1983, 610 (611).

überträgt den Gemeinden nur die Ausführung. Damit verbunden ist ein staatliches Weisungsrecht, das – wenn es nicht ausdrücklich begrenzt ist – als unbegrenztes existiert.

b) *Aufgabenmonismus*: Das monistische Gliederungsschema, das auf den sog. Weinheimer Entwurf<sup>115</sup> zurückgeht, möchte, statt zwischen staatlichen und gemeindeeigenen Aufgaben zu trennen, von einem einheitlichen Begriff der öffentlichen Aufgaben ausgehen. Die Erfüllung aller dieser Aufgaben soll im Gemeindegebiet grundsätzlich allein und in eigener Verantwortung den Gemeinden obliegen, sofern die Gesetze nichts anderes bestimmen<sup>116</sup>. Freilich ist damit das Problem des Staatseinflusses noch nicht gelöst. **37**

aa) *interne Gliederung*: Auch das monistische Modell kommt nicht ohne interne Anerkennung einer Aufgabentrias aus: *freie Aufgaben*, *Pflichtaufgaben* und *Weisungsaufgaben*, d. h. Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung gemäß einem gesetzlich festgelegten staatlichen Weisungsrecht. Das Weisungsrecht wird in der Gesetzespraxis für das einzelne Aufgabengebiet teils als beschränktes<sup>117</sup>, teils als unbeschränktes<sup>118</sup> eingeräumt. Pflichtaufgaben nach Weisung sind die ordnungsbehördlichen Aufgaben der Gemeinden und ihre Tätigkeit als untere Verwaltungsbehörden<sup>119</sup>. **38**

Während sich die freien und die Pflichtaufgaben, transponiert man sie auf das dualistische Schema, einigermaßen unproblematisch als solche des „eigenen Wirkungskreises“ wiederfinden, besteht über eine vergleichbare Zuordnung der Weisungsaufgaben seit langem Streit<sup>120</sup>: Sind sie die alten Auftragsangelegenheiten unter „neuem Etikett“, sind sie den Auftragsangelegenheiten wenigstens insoweit verwandt, daß man beide unter dem Oberbegriff der „Fremdverwaltung“<sup>121</sup> im wesentlichen gleichbehandeln kann, sind sie im Gegenteil echte Selbstverwaltungsaufgaben oder aber ein Mischgebilde mit je gesondert zu ermittelnden Konsequenzen?

bb) *Weisungsaufgaben als Mischform*: Keine der beiden eindeutigen Zuordnungen entspricht dem Aufgabenzuschnitt: Das Weisungsrecht paßt nicht zur Selbstverwaltungsaufgabe; die Begrenztheit dieses Rechts wiederum steht einer Einstufung als Auftragsangelegenheit entgegen. Überhaupt ist die gesetzliche Ausgestaltung, die die Weisungsaufgaben im Recht der einzelnen Bundesländer gefunden haben, zu unterschiedlich, um die typischen, mit der dualistischen Einstufung geklärten Probleme auch hier einheitlich lösen zu können – und nur das ist ja der Sinn des Qualifikationsstreits. Weisungsaufgaben sind auf dem Hintergrund eines dualistischen Schemas eine *Zwischenform*, für die die dogmatischen Konsequenzen nur **39**

<sup>115</sup> Entwurf einer GO für die Länder der Bundesrepublik Deutschland, erarbeitet von den Landesinnenministern und den kommunalen Spitzenverbänden 1948 in Weinheim.

<sup>116</sup> § 2 Abs. 1 GO BW; § 4 GO Hess.; § 3 Abs. 2 GO NRW; § 3 Abs. 1 GO Schl.-H.

<sup>117</sup> Z. B. § 9 Abs. 2 OBG NRW.

<sup>118</sup> § 51 PolG BW; § 25 LVG BW.

<sup>119</sup> *Friauf*, 2. Abschn. Rn. 162.

<sup>120</sup> Zum Streitstand *Schmidt-Eichstaedt*, HkWP Bd. 3, 20 m. w. Nachw.; *Maurer*, AllgVwR, § 23 Rn. 16; *Erichsen*, KomR NRW, § 59 f; *Dehmel*, Wirkungskreis, 91–100.

<sup>121</sup> *Schmidt-Jortzig*, KomR Rn. 541, im Anschluß an *Wolff/Bachoff/Stober*, VwR II, § 86 X.

nach genauerer Analyse der Gesetzeslage gefunden werden können<sup>122</sup>. Dabei mögen zunächst *zwei* Aussagen hilfreich sein, selbst wenn sie nur Faustregeln sind:

– Wie Auftragsangelegenheiten sind Weisungsaufgaben dann zu behandeln, wenn es sich um Ländervollzug im Auftrage des Bundes nach Art. 85 GG<sup>123</sup>, um Fälle des Art. 84 Abs. 5 GG oder um Bereiche handelt, in denen das Gesetz den Staatsbehörden ein unbeschränktes Weisungsrecht zuerkennt.

– In Bereichen dagegen, in denen das Weisungsrecht beschränkt ist, stehen die Weisungsaufgaben den Selbstverwaltungsangelegenheiten näher; denn hier wächst den Gemeinden sozusagen außerhalb der Tatbestandsmerkmale des Weisungsrechts ein eigener Rechtskreis zu.

Von diesen Faustregeln unabhängig werden die Weisungsaufgaben in der Spezialfrage der zuständigen Widerspruchsbehörde (§ 73 Abs. 1 VwGO) einheitlich als Auftragsangelegenheiten behandelt. Den Widerspruchsbescheid erläßt nicht die Gemeinde, sondern die nächsthöhere Behörde<sup>124</sup>. Ebenfalls unabhängig von den genannten Faustregeln können Weisungen grundsätzlich nicht auf die *Handlungsformen* des Außenrechts (Verwaltungsakt, Rechtsverordnung) festgelegt werden. Schon der Begriff „Weisung“ steht dem entgegen. Vor allem aber passen die Institute der Verwaltungsverfahrensgesetze (Anhörungs-, Beratungs-, Begründungszwang), die mit der Qualifikation als Verwaltungsakt automatisch ins Spiel kämen, für das Verhältnis der Gemeinde zum Staat in Weisungsmaterien nicht. Die Frage, inwieweit Gemeinden gegen staatliche Weisungen um Gerichtsschutz nachsuchen können, ist damit noch nicht negativ entschieden, denn die Rechtswegeröffnung hängt heute anders als früher nicht mehr davon ab, daß die angegriffene Maßnahme als Verwaltungsakt eingestuft wird (Rn. 45).

**40** c) *andere Formen öffentlicher Verwaltung im gemeindlichen Raum*: Das unter a) und b) behandelte Spektrum öffentlicher Aufgaben und Aufgabenträgerschaft erschöpft die Erscheinungsformen öffentlicher Verwaltung im gemeindlichen Raum nicht vollständig. Das Bild von der *Einheit der Verwaltung* auf der Ortsebene<sup>125</sup> ist daher mehr Wunsch als Wirklichkeit.

– *Sonderbehörden*: Zum einen gibt es zahlreiche Aufgaben, die der Staat auch „vor Ort“ durch eigene Sonderbehörden wahrnimmt. Traditionell zählen hierher die Tätigkeiten der Finanz-, Arbeits- und Wehrverwaltung sowie der Gewerbeaufsichtsämter. Das Landesrecht kennt vielfältige weitere Fälle (z. B. Schulämter, Eichämter, Flurbereinigungsbehörden). Auch die Tätigkeiten von Bahn und Post müssen hierher gerechnet werden.

– *Organleihe*: Eine Sonderform staatlicher Verwaltung begründen ferner diejenigen Gesetze, die ein einzelnes Gemeindeorgan ohne Rückbindung an seine

<sup>122</sup> Zutreffend *Schmidt-Eichstaedt*, HkWP Bd. 3, 22.

<sup>123</sup> Zur Sonderstellung der durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Auftragsverwaltung vgl. die „Transmissionsklauseln“ § 129 Abs. 3 GO BW, § 16 Abs. 1 LOG NRW.

<sup>124</sup> Z. B. § 7 AGVwGO NRW; *Kopp*, VwGO § 73 Rn. 4.

<sup>125</sup> In manchen Landesverfassungen (z. B. Art. 137 LV Hess., Art. 44 LV Nds., Art. 78 Abs. 2 LV NRW) wird der Grundsatz der Einheit der örtlichen Verwaltung garantiert, nicht jedoch im Grundgesetz; a. A.: *Stern*, in: BK Rn. 93 zu Art. 28 GG.

originäre kommunale Trägerkörperschaft mit einer staatlichen Aufgabe betrauen. In diesen Fällen der *Organleihe*<sup>126</sup> wird das betreffende Organ der staatlichen Verwaltung inkorporiert und unterliegt als solches allen Aufsichtsrechten des staatlichen Instanzenzuges. Bei gemeindlichen Organen sind solche Fälle selten<sup>127</sup>; der Standardfall dagegen findet sich auf der Landkreisebene (Rn. 149).

## 2. Rechtsaufsicht

Die Rechtsaufsicht<sup>128</sup> („Kommunalaufsicht“, „allgemeine Aufsicht“) ist die Standardaufsicht des Staates über die Tätigkeit der Gemeinden<sup>129</sup>. Sie folgt aus dem parlamentarischen System und aus der Gesetzesbindung der Verwaltung und gehört notwendig zum Körperschaftsstatus der Gemeinde. Rechtsaufsicht heißt Überprüfung der Rechtmäßigkeit. Wo Maßstäbe des Rechts fehlen, mangelt der Rechtsaufsicht der Kontrollmaßstab. Der dogmatischen Vorstellung nach hat die Aufsichtsbehörde die gleichen rechtmethodischen Schritte zu vollziehen, wie wir sie sonst bei der gerichtlichen Rechtskontrolle kennen: Ermessensfehler sind Rechtsfehler nach Maßgabe der § 40 VwVfG, § 114 VwGO<sup>130</sup>. Bei den Selbstverwaltungsaufgaben ist der Staat grundsätzlich auf diese Art der Aufsicht beschränkt. **41**

Systematisch lassen sich eine *repressive*, d. h. nachträglich einsetzende, und eine *präventive*, d. h. vor Vollendung eines gemeindlichen Rechtsaktes eingreifende Rechtsaufsicht unterscheiden<sup>131</sup>. Die Gemeindeordnungen regeln unter der Überschrift „Aufsicht“ zusammenhängend nur die repressive Rechtsaufsicht<sup>132</sup>, während sich präventive Aufsichtsvorgänge verstreut vor allem in den einzelnen Vorschriften finden, die bestimmte gemeindliche Handlungen staatlicher Genehmigung unterstellen. Demgemäß wird auch in diesem Beitrag verfahren (zu Genehmigungen Rn. 46 ff). Den normalen Instanzenzug der Rechtsaufsichtsbehörden stellen die Behörden der allgemeinen inneren Verwaltung dar: der Innenminister — der Regierungspräsident — und, sofern es um kreisangehörige Gemeinden geht, das Landratsamt (Oberkreisdirektor) als untere staatliche Verwaltungsbehörde.

a) *Aufsichtsmittel*<sup>133</sup>: Aufsichtsvorgänge vollziehen sich in der Praxis vielfach durch informelle Kontakte zwischen Gemeinde und Aufsichtsbehörde (Beratung, **42**

<sup>126</sup> Dazu *Schmidt-Eichstaedt*, HkWP Bd. 3, 28 f; *Erichsen*, KomR NRW 98: „Institutionsleihe“.

<sup>127</sup> Z. B. § 47 Abs. 3 GO NRW; § 62 Abs. 1 Ziff. 3 GO Nds; s. aber auch § 146 a GO Hess.

<sup>128</sup> Ausführlich *Knemeyer*, HkWP Bd. 1, 271; *Erichsen*, DVBl. 1985, 943 ff.

<sup>129</sup> BVerfGE 78, 331 (341): „Die Kommunalaufsicht ist das verfassungsrechtlich gebotene Korrelat der Selbstverwaltung“.

<sup>130</sup> Dazu *Erichsen*, in: *Erichsen/Martens*, AllgVwR, § 12 II 2.

<sup>131</sup> Systematisch *Wolff/Bachhoff/Stober*, VwR II, § 86 Rn. 178 ff; *Schmidt-Jortzig*, KomR Rn. 86 ff; *Tettinger*, BesVwR, § 11; *Scholler*, KomR, § 12.

<sup>132</sup> §§ 118 ff GO BW; Art. 108 ff GO Bay.; §§ 135 ff GO Hess.; §§ 127 ff GO Nds.; §§ 106 ff GO NRW; §§ 117 ff GO Rh.-Pf.; §§ 127 ff KSVG Saarl.; §§ 120 ff GO Schl.-H.; §§ 63 ff KVG.

<sup>133</sup> *Schmidt-Jortzig*, KomR Rn. 86 ff; *Knemeyer*, HkWP Bd. 1, 272 ff.

Anregung, Korrekturvorschlag). Die Aufsicht soll den Gemeinden bekanntlich helfen und möglichst ohne Konfrontation erfolgen. Wenn das aber nicht zum Erfolg führt, muß das Recht allerdings auch zwangsweise gegen die Gemeinde durchgesetzt werden können. Für diese Eingriffsfälle halten die Gemeindeordnungen ein Instrumentarium bereit, das in der Art einer Klimax von einfachen Informationsrechten bis zu „schweren Geschützen“ (z. B. Ersatzvornahme, Staatsbeauftragter) reicht. In Einzelheiten weichen die Gemeindeordnungen voneinander ab; zu den üblichen Mitteln gehören:

— *Informationsrecht*: Soweit es zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist, kann sich die Rechtsaufsichtsbehörde über einzelne Angelegenheiten unterrichten. Verlangt werden können die Vorlage von Akten, die Erstellung von Berichten, die Einsichtnahme in Bücher. Eine generelle Vorlagepflicht, z. B. für alle Ratsbeschlüsse, kann daraus jedoch nicht abgeleitet werden<sup>134</sup>.

— *Beanstandungsrecht*: Rechtswidrige Handlungen (Beschlüsse, Anordnungen) kann die Aufsichtsbehörde beanstanden und ihre Korrektur durch die Gemeinde verlangen, sofern die Gemeinde mit einer solchen Korrektur nicht erneut gegen das Gesetz verstoßen müßte<sup>135</sup>, indem sie z. B. zu einer rechtlich nicht möglichen Rücknahme eines Verwaltungsakts (§ 48 VwVfG) angehalten wird. Die in einigen Gemeindeordnungen vorgesehene „aufschiebende Wirkung“ der Beanstandung<sup>136</sup> gilt nicht für die Außenwirksamkeit des betreffenden Aktes; sie enthält aber ein Vollzugsverbot an die Gemeinde.

— *Anordnungsrecht*: Erfüllt die Gemeinde die ihr nach Gesetz und Recht obliegenden Pflichten nicht, so kann die Aufsichtsbehörde anordnen<sup>137</sup>, daß die Gemeinde die notwendigen Maßnahmen innerhalb einer angemessenen Frist nachholt. Das Anordnungsrecht ist das auf gemeindliches Unterlassen bezogene Korrelat zur Beanstandung, die auf rechtswidriges Tun reagiert.

— *Ersatzvornahme*: Kommt die Gemeinde einem der vorstehend genannten Verlangen der Aufsichtsbehörde innerhalb einer bestimmten Frist nicht nach, so ist die Aufsicht befugt, die notwendigen Maßnahmen an Stelle und auf Kosten der Gemeinde selbst durchzuführen. Hier wird die Aufsicht u. U. auch gegenüber Dritten tätig. Im Vorgang der Ersatzvornahme liegt also regelmäßig ein Doppelakt: ein Verwaltungsakt gegenüber der Gemeinde, der die Ausübung des Aufsichtsmittels zum Regelungsgegenstand hat, und ein zweiter Akt, dessen Rechtsnatur sich aus seinem Regelungsumfeld heraus bestimmt und der folglich z. B. Realakt, Akt der Normsetzung, aber auch eine privatrechtliche Willenserklärung sein kann<sup>138</sup>.

<sup>134</sup> *Knemeyer*, HkWP Bd. 1, 272.

<sup>135</sup> *Erichsen*, DVBl. 1985, 943 ff; *Mögele*, BayVBl. 1985, 519 ff; OVG Münster, NVwZ 1987, 155.

<sup>136</sup> Z. B. § 121 Abs. 1 S. 3 GO BW; § 108 Abs. 2 GO NRW; § 66 Abs. 2 KVG.

<sup>137</sup> In allen Gem.Ord.; vgl. allerdings Art. 112 S. 2 GO Bay. („auffordern“).

<sup>138</sup> Ausführlich dazu *Schnapp*, Die Ersatzvornahme in der Kommunalaufsicht, 1972; OVG Münster, DVBl. 1989, 1009 f und 1273 (Auflösung einer Schule).



— *weitere Aufsichtsmittel*: Länderweise unterschiedlich eingeführt sind darüber hinaus weitere Aufsichtsmittel für schwere Fälle, z. B. die Bestellung eines Staatsbeauftragten<sup>139</sup>, die Auflösung des Gemeinderates<sup>140</sup> oder die vorzeitige Beendigung der Amtszeit des Bürgermeisters<sup>141</sup>.

b) *Rahmenbedingungen und Rechtsschutz*: Die eingreifenden Aufsichtsmittel **43** unterliegen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Zuweilen ist ausdrücklich vorgesehen, daß zunächst das gemeindeinterne Kontrollsystem einzuschalten ist<sup>142</sup>. Generell dürfen Aufsichtsmaßnahmen nur durchgeführt werden, wenn sie dem öffentlichen Wohl dienen. Mit Ausnahme des Informationsrechts setzen alle Aufsichtsmaßnahmen *rechtswidriges* Gemeindehandeln voraus. Die Rechtswidrigkeit folgt primär aus Rechtssätzen des öffentlichen Rechts. Verstöße gegen privatrechtliche Vorschriften reichen jedenfalls dann nicht aus, wenn sie nur den Interessen des Privatverkehrs dienen<sup>143</sup>. Eine zum Einschreiten berechtigende Rechtsverletzung liegt auch dann vor, wenn sich ein Gemeindeorgan mit Materien beschäftigt, die wegen ihres überörtlichen Charakters nicht in seinen Kompetenzbereich fallen (Rn. 14 ff). Auch bei Vorliegen des Aufsichtsfalles ist die Aufsichtsbehörde, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, nicht zum Einschreiten verpflichtet, sondern kann nach Ermessen entscheiden (Opportunitätsprinzip)<sup>144</sup>. Klare Fälle einer Ermessensschumpfung dürften selten sein, sind aber nicht ganz auszuschließen. In keinem Falle haben private Dritte einen Rechtsanspruch auf aufsichtsbehördliches Einschreiten; denn Aufsichtsvorschriften sind nicht einmal beiläufig ihren Interessen zu dienen bestimmt<sup>145</sup>. Adressat der genannten Aufsichtsmaßnahmen ist die Gemeinde als solche, die in ihrem Körperschaftsstatus dem Staat (Aufsichtsbehörde) im Außenverhältnis entgegentritt<sup>146</sup>. Regelnde Maßnahmen der Aufsichtsbehörde haben daher unstreitig die Qualität eines Verwaltungsaktes. Für ihren Erlaß sind, soweit das Kommunalrecht keine gleichlautenden oder entgegenstehenden Vorschriften enthält, ergänzend die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder einschlägig. Der *Gerichtsschutz*<sup>147</sup> der Gemeinden richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften. Soweit die Gemeindeordnungen darauf verweisen, kommt ihnen angesichts des § 40 Abs. 1 S. 1, § 42 Abs. 2 VwGO nur deklaratorische Bedeutung zu<sup>148</sup>.

<sup>139</sup> § 124 GO BW; Art. 114 GO Bay.; § 141 GO Hess.; § 132 GO Nds.; § 110 GO NRW; § 124 GO Rh.-Pf.; § 134 KSVG Saarl.; § 127 GO Schl.-H.

<sup>140</sup> Art. 114 Abs. 3 GO Bay.; § 141 a GO Hess.; § 54 Abs. 1 GO Nds.; § 111 GO NRW; § 125 GO Rh.-Pf.; § 53 Abs. 2 KSVG Saarl.; § 44 GO Schl.-H.

<sup>141</sup> § 128 GO BW; Art. 114 Abs. 3 GO Bay.

<sup>142</sup> § 108 GO NRW; dazu OVG Münster DVBl. 1985, 172.

<sup>143</sup> OVG Münster DVBl. 1963, 862 ff; gegen dieses Subsidiaritätsdogma Hassel, DVBl. 1985, 695 ff.

<sup>144</sup> Str.; Knemeyer, HkWP Bd. 1, 268 f; ferner Borchert, DÖV 1978, 721 ff.

<sup>145</sup> H. M.; vgl. Knemeyer, HkWP Bd. 1, 270; vgl. Schnapp, DVBl. 1971, 480 ff; Maurer, in: Maurer/Hendler, StuvwR BW 256; auch BVerwG DÖV 1972, 723 (LS); OVG Koblenz DÖV 1986, 152 f.

<sup>146</sup> OVG Münster DVBl. 1981, 227 f; Febrmann, DÖV 1983, 311 (317).

<sup>147</sup> Dazu Schmidt-Jortzig, KomR Rn. 101 f; Knemeyer, HkWP Bd. 1, 275.

<sup>148</sup> Schmidt-Jortzig, KomR Rn. 102.

## 3. Fachaufsicht

44 a) *Wesen und Regelungen*: Als Fachaufsicht<sup>149</sup> bezeichnet man die besondere Aufsicht in Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises bzw. der Weisungsaufgaben. Die Gemeindeordnungen enthalten hierüber nur marginale Vorschriften und verweisen im übrigen auf die einschlägigen Fachgesetze<sup>150</sup>. Das Wesen der Fachaufsicht liegt in der ihr zugeordneten *Weisungsbefugnis*. Diese Befugnis ist im dualistischen Aufgabenmodell grundsätzlich unbegrenzt<sup>151</sup>, während sie im monistischen Modell für das einzelne Aufgabengebiet gesetzlich besonders verliehen sein muß. Weisungen erstrecken sich auf die Handhabung des gemeindlichen Ermessens und sind selbst vorrangig von Gesichtspunkten der *Zweckmäßigkeit* bestimmt. Damit bekommt die Aufsicht eine ganz andere Funktion: Repressive Kontrolle und präventive Steuerung fließen hier zusammen. Eine immanente Grenze aller Weisungsrechte liegt darin, daß sie *Sachentscheidungen* steuern sollen. Wie die Gemeinde die *organisatorischen Voraussetzungen* dafür schafft, muß ihr dagegen selbst überlassen bleiben<sup>152</sup>. Fachaufsicht ist nicht Dienstaufsicht<sup>153</sup>. Die Weisungsrechte werden von den zuständigen Fachbehörden ausgeübt, die mit den allgemeinen Aufsichtsbehörden häufig, aber keinesfalls durchgängig identisch sind. Außer zur Ausübung des Weisungsrechts sind die *Fachaufsichtsbehörden* zu Eingriffen in den gemeindlichen Bereich nicht berechtigt<sup>154</sup>. Kommt eine Gemeinde einer Weisung nicht nach, so ist allein die *Rechtsaufsicht* berechtigt, darauf mit ihren allgemeinen Aufsichtsmitteln zu reagieren; die Fachaufsichtsbehörden haben sich an sie zu wenden.

45 b) *Rechtsschutz gegen fachaufsichtliche Maßnahmen*: Dieses Problem wird heute eher in den Begründungsschritten als im Ergebnis kontrovers behandelt<sup>155</sup>. Dabei sollte zwischen der generellen Zulässigkeit einer gemeindlichen Klage, der richtigen Rechtsschutzform und der im Rahmen der Klagebefugnis und der Begründetheit zu behandelnden Frage nach den verletzten gemeindeeigenen Rechten unterschieden werden:

— Unbestreitbar ist, den Gemeinden wird der *Rechtsweg* auch gegen fachaufsichtliche Maßnahmen nicht generell versperrt. Solche Maßnahmen sind keine gerichtsfreien Hoheitsakte, sondern Vorgänge, über die nach Maßgabe des öffentlichen Rechts zu entscheiden ist (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO).

— Davon unabhängig besteht der Streit um die *Rechtsnatur fachaufsichtlicher Weisungen*. Er hat Bedeutung für die Bestimmung der statthafter Klageart: Stuft man Weisungen als Verwaltungsakte ein, ist um Rechtsschutz mit der Anfechtungs-

<sup>149</sup> In NRW „Sonderaufsicht“. Dieser Begriff wird sonst anderen Fällen (vgl. unten 4) vorbehalten; *Pagenkopf*, KomR Bd. 1, 372, 385 ff.

<sup>150</sup> Darstellung bei *Knemeyer*, HkWP Bd. 1, 276 ff.

<sup>151</sup> Zu Besonderheiten des Art. 109 Abs. 2 GO Bay. *Knemeyer*, HkWP Bd. 1, 281; VGH München DÖV 1978, 100 f.

<sup>152</sup> *Schmidt-Jortzig*, KomR Rn. 548 f.

<sup>153</sup> Unterscheidung bei *Wolff/Bachof*, VwR II, § 77 II c 2.

<sup>154</sup> Ausdrücklich: § 129 Abs. 2 GO BW; Art. 116 Abs. 1 S. 2 GO Bay.

<sup>155</sup> Dazu: *Knemeyer*, HkWP Bd. 1, 278 f, 280; *Schmidt-Jortzig*, JuS 1979, 488 ff; *Erichsen*, DVBl. 1985, 943 (947); *Stober*, KomR, § 12 II 2; *Tettinger*, BesVwR, § 11 Rn. 184 ff.

klage nachzusuchen. Tut man das nicht — und manche verwaltungsverfahrensrechtlichen Konsequenzen sprechen dafür, es generell nicht zu tun<sup>156</sup> — so bleibt der Gemeinde immer noch die allgemeine Leistungsklage.

— Die für allgemeine Leistungs- wie für Anfechtungsklagen gleichermaßen entscheidende Frage ist die nach den *verletzten subjektiven Rechten*<sup>157</sup>. Sind solche nachweisbar, so kann der Rechtsschutz nicht scheitern. Auf der Basis des *monistischen* Aufgabenmodells lassen sich solche gemeindeeigenen Rechte leichter ausmachen, weil hier alles, was außerhalb des gesetzlichen Weisungstatbestandes liegt, dem gemeindlichen Rechtskreis anwächst. Hält sich die Weisung nicht im Rahmen dieses Tatbestandes, so trifft sie sozusagen von selbst auf gemeindliche Rechte. Aber auch bei den Auftragsangelegenheiten des *dualistischen* Modells ist die Betroffenheit gemeindeeigener Rechte nicht auszuschließen; denn die Gemeinden bleiben auch hier mit ihrer Verwaltungsorganisation Körperschaften. Das Weisungsrecht darf, selbst wenn die Sachaufgabe staatliche Angelegenheit ist, nicht in den gemeindlichen Organisationsvorbehalt eingreifen<sup>158</sup>. Inwieweit eine Betroffenheit eigener Rechte nach der Konstellation des Einzelfalls immerhin möglich ist, inwieweit sie wirklich vorliegt und rechtsverletzend wirkt, ist dann eine Frage der Aufteilung des Prozeßstoffes auf die im Rahmen der Zulässigkeit zu prüfende Klagebefugnis und die letztendlich entscheidende Begründetheit. Hält sich die fachaufsichtliche Maßnahme im Rahmen der ihr durch das Recht gezogenen Grenzen, so mag sie so unzumutbar sein, wie sie will — ein gemeindliches Rechtsmittel kann dann keinen Erfolg haben. Gleiches gilt wegen der umfassenden Verantwortung der Fachaufsicht i. d. R. dann, wenn Gemeinde und Aufsichtsbehörde über die richtige Auslegung der materiellen Vorschriften des jeweiligen Fachgesetzes streiten<sup>159</sup>.

#### 4. Mittel präventiver Aufsicht

a) *Zweck und Typik*: Die Aufsicht ist nicht notwendig darauf beschränkt, nachträglich korrigierend tätig zu werden. Oft ist es für alle Beteiligten besser, die Aufsichtsinteressen werden erfüllt, bevor das Kalb in den Brunnen gefallen ist. Auch die informellen Mittel der Beratung und Besprechung lassen sich besser vorab 46

<sup>156</sup> So auch Meyer-Borgs, VwVfG, 2. Aufl., § 35 Rn. 49; HessVGH, NVwZ-RR 1990, 4; a. M.: Knemeyer, HkWP Bd. 1, 279, 280; Schmidt-Jortzig, JuS 1979, 488 (491); differenzierend Kopp, VwGO, Rn. 45 zum Anh. § 42 m. w. Nachw.; OVG Lüneburg NVwZ 1982, 385 f.; VGH München DÖV 1978, 100 f. Anfechtungsklage hat die Gemeinde ausnahmsweise dann zu erheben, wenn sie sich gegen Entscheidungen der Aufsichtsbehörde wendet, die diese als Widerspruchsbehörde (§ 73 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) in einem von einem Dritten gegen eine gemeindliche Entscheidung angestregten Widerspruchsverfahren getroffen hat. Der Widerspruchsbescheid erhält seinen Verwaltungsaktcharakter aus seiner Außenwirksamkeit gegenüber dem Dritten und behält ihn auch der Gemeinde gegenüber. Vgl. BVerwG NVwZ 1982, 310 f.

<sup>157</sup> BVerwG NJW 1978, 1820; BVerwG NVwZ 1983, 610 (611).

<sup>158</sup> Schmidt-Jortzig, JuS 1979, 488 (490).

<sup>159</sup> VG Köln DVBl. 1985, 180 ff. Zur strukturell vergleichbaren Problematik der Aufsicht des Bundes über die Länder in Bundesauftragsangelegenheiten nach Art. 85 GG vgl. BVerfGE 81, 310 (338 f.).

einsetzen. Freilich birgt gerade die präventive Aufsicht auch die Gefahr, daß sie über eine Mitgestaltung zur Besserwisseri ausartet, weil hier die notwendige Distanz zwischen Aufsichtsbehörde und Gemeinde leichter verlorengehen kann. Folglich muß das präventive Aufsichtswesen besonders sorgfältig gesetzlich geordnet sein. Aufsichtsmittel, die der Gemeinde verbindlich etwas vorschreiben wollen, bedürfen gesetzlicher Grundlage. Fehlt es daran, so können die Staatsbehörden nicht tätig werden. Im übrigen haben sich solche Mittel auf Vorgänge zu beschränken, in denen sich ein besonderes „Gefährdungs“- oder ein spezielles „Mitsprachepotential“ angesammelt hat. Zu den Instrumenten der präventiven Aufsicht gehören als mildere Mittel Anzeige- oder Vorlagepflichten<sup>160</sup>; sie sind Rechtstechniken, die der Aufsichtsbehörde die Kontrolle erleichtern sollen. Vor allem aber sind gesetzliche Genehmigungsvorbehalte Mittel präventiver Aufsicht.

- 47** *b) spezielle Genehmigungsvorbehalte:* Sie finden sich als Erfordernisse aufsichtsbehördlicher Genehmigung, Zustimmung oder Bestätigung, z. B. bei Gebietsänderungen und im gemeindlichen Wirtschaftsrecht, eingeschränkt auch beim Satzungsrecht (Rn. 96 f) und in Fachgesetzen, z. B. gegenüber der gemeindlichen Bauleitplanung (§§ 6, 11 BauGB)<sup>161</sup>. Nicht einheitlich zu beantworten ist die Frage, inwieweit die Aufsichtsbehörde auf die reine Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt ist oder ihrer Genehmigungsentscheidung auch Zweckmäßigkeitserwägungen zugrunde legen darf. Nach überwiegender Ansicht müssen mehrere Typen von Genehmigungsvorbehalten unterschieden werden<sup>162</sup>:
- 48** *aa) rechtliche Unbedenklichkeitserklärung:* Der Normaltatbestand gestattet allein eine Rechtskontrolle. Die Genehmigung ist hier rechtliche Unbedenklichkeitserklärung. Solche Vorschriften finden sich dort, wo der gemeindliche Rechtsakt mit besonderen rechtlichen Risiken behaftet ist oder weitreichende rechtliche Folgen hat. Wenn keine zusätzlichen Genehmigungsmaßstäbe genannt sind oder aus dem Kontext zwingend erschlossen werden können, ist allein eine Rechtskontrolle als das die Gemeinden am wenigsten belastende Mittel zulässig. Die Genehmigung *ist* zu erteilen, wenn der Rechtsakt gegen berücksichtigungsfähige Rechtsvorschriften nicht verstößt. Die Gemeinde hat auf die Genehmigung einen Rechtsanspruch, den sie mit der verwaltungsgerichtlichen Verpflichtungsklage verfolgen kann<sup>163</sup>.
- 49** *bb) staatliche Mitentscheidung, Kondominium:* Daneben kennt das Gemeinde-recht traditionell aber auch solche Genehmigungstatbestände, die den Staat zu einer mehr oder weniger umfassenden Zweckmäßigkeitskontrolle ermächtigen. So unterliegt z. B. die Veräußerung (historisch) wertvoller Gegenstände des Gemeindevermögens einer Genehmigung, bei der es nicht allein um die Rechtmäßigkeit geht, sondern deren Sinn gerade darin liegt, gemeindliches Vermögen vor gemeindlicher

<sup>160</sup> Systematisch: Keller, Genehmigung, 50 ff; Humpert, Genehmigungsvorbehalte, 16 ff und 63 ff; ders., DVBl. 1990, 804 ff.

<sup>161</sup> S. u. Krebs, 4. Abschn. Rn. 114.

<sup>162</sup> Dazu Salzwedel, AfK 1, 1962, 203 ff; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, 123 (129 f); Wolff/Bachof/Stober, VwR II, § 86 Rn. 180; Humpert, Genehmigungsvorbehalte, 63 ff.

<sup>163</sup> OVG Münster OVG 19, 192 ff.

Unbedachtsamkeit in Schutz zu nehmen<sup>164</sup>. Ähnliches gilt für Genehmigungen gemeindlicher Kreditaufnahmen oder gegenüber der Eingehung von Bürgschaften<sup>165</sup>. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG verbietet solche Tatbestände nicht grundsätzlich, denn auch die hier betroffene Eigenverantwortlichkeit steht unter einem Gesetzesvorbehalt (Rn. 20). Größere Probleme werfen — freilich nur für *landesgesetzliche* Genehmigungsvorbehalte — diejenigen Selbstverwaltungsgarantien der Landesverfassungen auf, die die Staatsaufsicht außerhalb der Weisungsaufgaben ausdrücklich auf die Rechtmäßigkeitsprüfung beschränken<sup>166</sup>. Teilweise hat man versucht, diese Verfassungsbestimmungen nur auf die repressive Aufsicht zu beziehen und die präventiven Aufsichtsvorgänge ganz aus dem Garantiebereich auszuklammern<sup>167</sup>. Angängig ist das freilich nur bei Materien, die wegen eines eindeutigen staatlichen Mitgestaltungsinteresses ohnehin in den Grenzbereichen des örtlichen Wirkungskreises liegen und die man als Angelegenheiten eines staatlich-gemeindlichen Kondominiums bezeichnen kann: gemeindliche Gebietsänderungen<sup>168</sup>, Zweckverbandsbildungen, Wappen- und Siegelführung. Bei den meisten Genehmigungstatbeständen des Kommunalwirtschaftsrechts dagegen geht es ganz vorrangig um örtliche Belange, um einen Schutz der Gemeinde vor sich selbst. Eine exakte Regelung enthält hier allein Art. 75 Abs. 1 S. 2 der bad.-würt. LV, der die Genehmigungsmaßstäbe in den Grundzügen selbst normiert. Will man auch in den anderen Bundesländern die notwendige und eingespielte Präventivkontrolle weiterhin für zulässig ansehen, so bleibt nur der Weg, den Genehmigungsmaßstab auf einen freilich weit zu interpretierenden Rechtsbegriff der „Wirtschaftlichkeit“ zurückzuführen und den Genehmigungsvorbehalt so als eine (weite) Rechtmäßigkeitskontrolle zu deuten<sup>169</sup>.

### Spezialliteratur

*H. Borchert*, Legalitätsprinzip oder Opportunitätsprinzip für die Kommunalaufsicht?, DÖV 1978, 721 ff; *H. H. Dehmel*, Übertragener Wirkungskreis, Auftragsangelegenheiten und Pflichtaufgaben nach Weisung, 1970; *H.-U. Erichsen*, Kommunalaufsicht — Hochschulaufsicht, DVBl. 1985, 943 ff; *P. P. Humpert*, Genehmigungsvorbehalte im Kommunalverfassungsrecht, 1990; *D. Keller*, Die staatliche Genehmigung von Rechtsakten der Selbstverwaltungsträger, 1976; *R. Mögele*, Das Zusammenspiel von Gemeinderecht und Verwaltungsverfahrenrecht bei der rechtsaufsichtlichen Beanstandung gemeindlicher Verwaltungsakte, BayVbl. 1985, 519 ff; *E. Schmidt-Jortzig*, Rechtsschutz der Gemeinden gegenüber fachaufsichtlichen Weisungen bei der Fremdverwaltung, JuS 1979, 488 ff; *F. E. Schnapp*, Zum Funktionswandel der Staatsaufsicht, DVBl. 1971, 480 ff; *M. Schröder*, Grundfragen der Aufsicht in der öffentlichen Verwaltung, JuS 1986, 371 ff.

<sup>164</sup> Beispiele bei *Wolff/Bachoff/Stober*, VwR II, § 86 Rn. 180.

<sup>165</sup> *Borchert*, Kommunalaufsicht, 162 ff; *Pagenkopf*, KomR Bd. 2, 243; VG Köln, DVBl. 1986, 737 ff.

<sup>166</sup> § 137 Abs. 3 LV Hess.; Art. 44 Abs. 5 LV Nds.; Art. 78 Abs. 4 S. 1 LV NRW.

<sup>167</sup> *Keller*, Genehmigung, 71 ff m. w. Nachw.

<sup>168</sup> *Spies*, NVwZ 1984, 630 f.

<sup>169</sup> BayVerfGH DÖV 1989, 306 (307); vgl. auch OVG Münster, DÖV 1991, 611 f.

## V. Das Recht des internen Gemeindeaufbaus (Gemeindeverfassungsrecht)

### Vorbemerkungen

Das Recht des internen Gemeindeaufbaus, das man auch das Gemeindeverfassungsrecht nennt, beschäftigt sich mit den Arten und dem Zusammenwirken der Gemeindeorgane. Es weist einen erheblichen Variantenreichtum im Ländervergleich auf, der vor allem historisch zu erklären ist. Gleichwohl gibt es vereinheitlichende Grundannahmen und Grundzüge. Hier sind vorab die externen Grundannahmen kurz zu erläutern.

- 50** a) *Das Bild der Einheitsgemeinde*: Gemeinsam gehen alle Gemeindeordnungen vom Bild der Einheitsgemeinde aus. Die Einheitsgemeinde, so wie sie Gewährleistungsträger des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ist — ohne Rücksicht auf ihre Größe, Verwaltungskraft, Versorgungsfunktion —, ist das Bezugsobjekt, an das das Gemeinderecht seine Regelungen *standardmäßig* knüpft<sup>170</sup>. Sie ist nach außen mit ihrem Körperschaftsstatus die Einheit, die ihre Bürger umschließt und in einem rechtstechnischen Sinne ihren Organen und Untergliederungen Rückhalt und Zuordnung gibt. Weder interne Untergliederungen (Ortschaften, Gemeindebezirke [Rn. 92]) noch Zusammenschlüsse von Gemeinden zu neuen Verwaltungsträgern (Verwaltungsgemeinschaften, Samtgemeinden [Rn. 150 ff]) sind in diesem Rechtsinne Gemeinden.
- 51** b) *kreisfreie und kreisangehörige Gemeinden*: Allerdings kann das Verwaltungsrecht nicht die Augen davor verschließen, daß in der Realität der Gebietszuschnitt, die Raumsituation, die Bevölkerungszahlen und die Leistungskraft der Gemeinden erheblich voneinander abweichen und zu Differenzierungen auch des Rechtsstatus veranlassen. Wichtig ist die Unterscheidung zwischen kreisangehörigen und kreisfreien Gemeinden<sup>171</sup>, die sich an der unterschiedlichen Größe und Verwaltungskraft orientiert und daraus Konsequenzen für die Zuständigkeiten zieht. Vor allem bei der gesetzlichen Zuweisung von Auftragsangelegenheiten/Weisungsaufgaben wird auf diese Unterscheidung oft Bezug genommen.
- 52** aa) *kreisangehörige Gemeinden*: Die allermeisten Gemeinden der Bundesrepublik sind kreisangehörig. Ohne ihre rechtliche Selbständigkeit anzutasten, besteht „oberhalb“ — nicht eigentlich über ihnen — ein Gemeindeverband (Landkreis, Kreis), um diejenigen Aufgaben zu erfüllen, die ihre Leistungsfähigkeit übersteigen (Rn. 136 ff).
- 53** bb) *kreisfreie Städte*: Kreisfreie Städte (Stadtkreise) sind diejenigen größeren Städte, denen der Status der Kreisfreiheit besonders zuerkannt ist. Länderweise variieren die Schwellenwerte, an denen man sich bei dieser Entscheidung ausrichtet,

<sup>170</sup> Dieser für alle Gemeindeordnungen geltende Satz ist klar ausgedrückt in § 81 KVG: Gemeinden im Sinne dieses Gesetzes sind die kreisangehörigen Städte und Gemeinden sowie kreisfreien Städte. Zu Differenzierungen vgl. *Hlépas*, AfK 1990, 70 ff.

<sup>171</sup> Daneben gibt es Sonderformen; z. B. „stadtverbandsangehörige“ G. (§ 4 Abs. 2 KSVG Saarl.).

nicht unerheblich. Insgesamt gibt es 108 kreisfreie Städte. Sie sind Gemeinden nach dem Bild der Einheitsgemeinde; insofern ist der Begriff des „Stadtkreises“ (BW) irreführend. Ihr Aufgabenbestand ist wegen ihrer größeren Leistungsfähigkeit aber schon auf natürliche Weise größer als der der kreisangehörigen Gemeinden. Außerdem sind ihnen diejenigen Aufgaben übertragen, die im Landkreis von den Kreisorganen erfüllt werden, die Aufgaben der unteren Verwaltungsbehörden. Was im Landkreis von unterschiedlichen Verwaltungseinheiten (kreisangehörigen Gemeinden, Landkreisen, Landratsamt als unterer staatlicher Verwaltungsbehörde) geleistet wird, erfüllen die kreisfreien Städte „in einer Person“.

cc) *privilegierte kreisangehörige Gemeinden*: Die kreisangehörigen Gemeinden haben unter sich wiederum stark voneinander abweichende Einwohnergrößen und Erscheinungsformen: kreisangehörig sind die vor allem in den neuen Bundesländern anzutreffenden Kleingemeinden mit nicht mehr als 500 Einwohnern; kreisangehörig kann aber auch eine Gemeinde mit 100 000 Einwohnern und total städtischem Gepräge sein. Um diesen Unterschieden Rechnung zu tragen, stellen die Gemeindeordnungen der meisten Flächenländer *eine* – Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen *zwei* – besondere Kategorien einer größeren kreisangehörigen Gemeinde zur Verfügung<sup>172</sup>. Die Erlangung dieses besonderen Status setzt das Erreichen eines länderspezifischen (zwischen 20 000 und 60 000) variierenden Einwohnergrenzwertes und außer in Hessen einen besonderen staatlichen Akt der Statusverleihung voraus. Gemeinden mit privilegiertem Status erfüllen in den meisten Ländern neben ihren Aufgaben als kreisangehörige Gemeinden im übertragenen Wirkungskreis auch einen Teil derjenigen Aufgaben, die sonst nur von den kreisfreien Städten, im Landkreis aber normalerweise von den Kreisverwaltungsorganen als unterer staatlicher Verwaltungsbehörde wahrgenommen werden. Außerdem bestehen für privilegierte kreisangehörige Gemeinden Abweichungen im normalen Instanzenzug der Rechtsaufsicht. 54

### 1. Gemeindeverfassungstypen (Überblick)

Als Körperschaften des öffentlichen Rechts sind Gemeinden handlungsfähig durch ihre Organe. Alle Gemeindeordnungen kennen wenigstens zwei Hauptorgane, den *Gemeinderat* als zentrales Beschlussorgan und ein *Hauptverwaltungsorgan*, das in den meisten Ländern monokratisch (Gemeindevorsteher: Bürgermeister, Gemeindedirektor), in einigen Ländern kollegial (Magistrat) verfaßt ist<sup>173</sup>. Status und gegenseitige Zuordnung dieser Organe sind in den deutschen Ländern stets recht unterschiedlich geregelt worden<sup>174</sup>. Die Geschichte des Kommunalrechts überliefert zur Kennzeichnung der wichtigsten Gemeindeverfassungstypen die Begriffe *Bürgermeister-, Magi-* 55

<sup>172</sup> Übersicht bei *Schleberger*, HkWP Bd. 2, 199; nicht vorgesehen in den neuen Bundesländern, §§ 8, 9 KVG; dort ist der Schwellenwert der Einwohnerzahl zur Erlangung des Status der kreisfreien Stadt niedriger angesetzt: 50 000 E.

<sup>173</sup> *Wolff/Bachoff/Stober*, VwR II, § 87 Rn. 3 ff.

<sup>174</sup> *v. Mutius*, Jura 1981, 126; zur Machtverteilung der beiden Hauptorgane in den einzelnen Verfassungstypen vgl. *Schmidt-Eichstaedt*, AfK 1985, 20; *Wallerath*, DÖV 1986, 533; *Wehling*, HkWP Bd. 2, 230; zu Reformfragen *Saipa*, DÖV 1991, 637 ff.; *Hillmann*, DÖV 1991, 41 ff.

*strats-* und *Ratsverfassung*, die auch heute noch gebräuchlich sind. Sofern mit diesen Begriffen schlagwortartig dasjenige Organ mit dem größeren Gewicht genannt werden soll, verwirren die Bezeichnungen mehr als daß sie erhellen. Die grundgesetzlich vorgeschriebene Direktwahl des Gemeinderats (Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG) gibt diesem Gremium heute in allen Gemeindeverfassungstypen einen natürlichen Vorrang. Variationsmöglichkeiten bestehen daher nur (noch) in der Frage, ob der Gemeinderat allein das allzuständige Gremium sein oder ob ihm ein ebenfalls aus einer Direktwahl hervorgegangenes oder durch einen festen Kompetenzbereich qualifiziertes zweites Organ von politischem Eigengewicht an die Seite gestellt werden soll.

Die derzeitigen Gemeindeverfassungstypen zeigen, daß auch dieser beschränkte Spielraum den Eigenwilligkeiten der Landesgesetzgebung kaum Einhalt gebietet. Keine Gemeindeordnung gleicht hier der anderen; zum Teil gibt es innerhalb desselben Landes zwei Modelle je nach der Größenklasse der Gemeinden. Die Unterschiede in der Begrifflichkeit, mit der die Gemeindeorgane belegt werden, machen die Sache noch bunter. Ein hohes Maß an Einheitlichkeit besteht allein unter den fünf neuen Bundesländern, in denen das noch vor dem Beitritt verabschiedete Gesetz über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR (Rn. 6) als Landesrecht zunächst fortgilt.

Unübersichtlich wie die Materie sind auch die Einteilungsversuche des kommunalrechtlichen Schrifttums. Keine Bezeichnung gibt ein Modell lupenrein wieder. Mehr als Orientierungspunkte sind alle Begriffe nicht. Entscheidend bleibt die Detailregelung der jeweils einschlägigen Gemeindeordnung. Für den Überblick mögen wenige Bezeichnungen genügen, die die derzeitigen Gemeindeverfassungstypen zu „Familien“ zusammenfassen<sup>175</sup>:

- 56** — *norddeutsche Ratsverfassung*<sup>176</sup>: Ihr liegt ein vom englischen Kommunalrecht beeinflusster Monismus zugrunde: Der Idee nach wird die Verwaltung der Gemeinde ausschließlich durch den Gemeinderat bestimmt, während der vom Rat gewählte Hauptverwaltungsbeamte nur Vollzugsorgan der Ratsentscheidungen sein soll. Diesem Modell folgen Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen. In beiden Ländern hat sich allerdings nach und nach ein gemäßigter Monismus durchgesetzt, in dem auch der Hauptverwaltungsbeamte mit einem eigenständigen Kompetenzbereich ausgestattet worden ist.

— *süddeutsche Ratsverfassung*<sup>177</sup>: Sie ist durch einen gemäßigten Dualismus bestimmt: Die zentrale Position des Gemeinderates ist gewahrt. Dazu tritt jedoch der aus eigener Volkswahl hervorgegangene Bürgermeister, der Verwaltungschef und stimmberechtigter Ratsvorsitzender ist. Dieser Gemeindeverfassungstypus herrscht in Baden-Württemberg und Bayern.

<sup>175</sup> Wolff/Bachoff/Stober, VerwR II, § 87 Rn. 66; Schaubilder bei Schmidt-Jortzig, KomR Rn. 116 ff.

<sup>176</sup> Einzeldarstellung bei Berg, HkWP Bd. 2, 222; Erichsen, KomR NRW 67 ff; Ipsen, KomR Nds., 135 f.

<sup>177</sup> Einzeldarstellung bei Wehling, HkWP Bd. 2, 230 ff; Reichart/Gern, KomR BW 151 ff; Maurer, in: Maurer/Hendler, StuVwR BW 201 ff; Knemeyer, KomR Bay., Rn. 230.



— *Magistratsverfassung*<sup>178</sup>: Sie steht bei aller Anerkennung der zentralen Stellung des Rates dem dualistischen Modell näher. Die laufende Verwaltung besorgt ein vom Rat gewählter Gemeindevorstand, der kollegial verfaßte Magistrat (Bürgermeister und Beigeordnete). Diesem Typus folgen Hessen und für Städte Schleswig-Holstein. Ansätze finden sich ferner in Rheinland-Pfalz. 57

— *Bürgermeisterverfassung*<sup>179</sup>: Der Bürgermeister erhält sein Gewicht nicht durch eine eigene Volkswahl; er wird vielmehr vom Gemeinderat gewählt und ist mit qualifizierter Mehrheit von diesem vorzeitig abberufbar. Gleichwohl hat der Bürgermeister durch einen festen gesetzlichen Kompetenzenstamm, durch seine Funktion als Verwaltungschef und als Ratsvorsitzender eine gewichtige Position. Wesentlich ist die Trennung von Beschluß- und Ausführungsorgan. Das Grundmodell findet sich in der rheinischen Bürgermeisterverfassung. Heute ist es in unterschiedlichen Varianten im Gemeinderecht von Rheinland-Pfalz, des Saarlands und von Schleswig-Holstein vorgesehen: Mit dem Bürgermeister als stimmberechtigtem Ratsvorsitzenden (echte BgmVfg) oder als nicht stimmberechtigtem Ratsvorsitzenden (unechte BgmVfg)<sup>180</sup>. 58

Für die neuen Bundesländer hat sich das *KommunalverfassungsgG* (Rn. 6) um ein eigenes Modell bemüht<sup>181</sup>, das bewährte Elemente aus den anderen Bundesländern in der Art einer „eklektizistischen Gemeindeverfassung“ verbindet: Die aus unmittelbarer Volkswahl hervorgegangene Gemeindevertretung (Stadtverordnetenversammlung) ist als oberstes Willens- und Beschlußorgan für alle Angelegenheiten zuständig, soweit nicht dem Bürgermeister durch Gesetz oder Beschluß bestimmte Angelegenheiten übertragen sind. Der Bürgermeister wird von der Gemeindevertretung für die Dauer von vier Jahren gewählt<sup>182</sup>. Er ist Leiter der Gemeindeverwaltung, vertritt die Gemeinde im Rechtsverkehr und erledigt in eigener Zuständigkeit alle Angelegenheiten, die nicht von der Gemeindevertretung wahrgenommen werden; gerade der letztere Tatbestand (§ 27 Abs. 3 S. 3 KVG) umschreibt einen rechtlich zwar abhängigen, faktisch jedoch bedeutenden Kompetenzenkreis. Außerdem sitzt der Bürgermeister dem als Koordinations- und Planungsgremium gedachten Hauptausschuß, nicht aber der Gemeindevertretung vor, die einen eigenen „Gemeindevertretervorsteher“ wählt. — Für kreisfreie Städte mit mehr als 100 000 Einwohnern ist die Möglichkeit eröffnet, nach näherer Bestimmung der Hauptsatzung dem Bürgermeister ein Gremium zuzuordnen, dem alle Beigeordneten angehören und das mit dem Bürgermeister gemeinsam entscheidet (§ 28 Abs. 5 KVG); insofern läßt sich von Elementen der Magistratsverfassung sprechen.

<sup>178</sup> Einzeldarstellung bei *Schneider*, HkWP Bd. 2, 209 ff und unten Rn. 80.

<sup>179</sup> Einzeldarstellung bei *Dreibus*, HkWP Bd. 2, 241.

<sup>180</sup> § 36 Abs. 1 und 3 GO Rh.-Pf. einerseits, § 42 KVSG Saarl. andererseits.

<sup>181</sup> *Schmidt-Eichstaedt*, DVBl. 1990, 848 (850 f).

<sup>182</sup> Inwieweit einzelne der neuen Bundesländer bei der Verabschiedung eigener Gemeindeordnungen zum Modell der süddeutschen Ratsverfassung mit einem direkt vom Volk gewählten Bürgermeister überwechseln, bleibt abzuwarten; vgl. *Petzold*, DÖV 1990, 816 (820).

## 2. Der Gemeinderat

59 a) *Zusammensetzung und Mitgliederstatus*: Der Gemeinderat<sup>183</sup> ist die gewählte Repräsentation der Bürgerschaft; gleichwohl ist er kein Parlament<sup>184</sup>, sondern, wie die Gemeinde insgesamt, Teil der Exekutive. Begriffe und Regeln des Parlamentsrechts lassen sich nur im Ausnahmefalle auf ihn übertragen<sup>185</sup>. Soweit er als „Vertretungskörperschaft“ bezeichnet wird, liegt dem ein erweiterter Körperschaftsbegriff zugrunde; jedenfalls ist damit dem Rat keine Rechtsfähigkeit zuerkannt. Letztere besitzt allein die Gemeinde, deren Organ er ist. Das schließt nicht aus, daß der Gemeinderat intern im Verhältnis zu anderen Gemeindeorganen Träger von organschaftlichen Rechten ist und diese gerichtlich durchsetzen kann (Rn. 82 f).

Mitglieder des Gemeinderates<sup>186</sup> sind die aus unmittelbaren Wahlen (Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG) hervorgegangenen Gemeindevertreter. Die Mitgliederzahl richtet sich nach der Einwohnergröße. Zu den solchermaßen gewählten Mitgliedern tritt in einigen Ländern der Bürgermeister als Mitglied und Vorsitzender des Gemeinderates<sup>187</sup>. Die Mitglieder haben ein *kommunalrechtliches Mandat* eigener Prägung, das die meisten Gemeindeordnungen mit dem Rechts- und Pflichtenstatus ehrenamtlich Tätiger bezeichnen<sup>188</sup>. Jedenfalls sind sie Inhaber eines öffentlichen Amtes<sup>189</sup> — auch im haftungsrechtlichen Sinne (Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB)<sup>190</sup> —, nicht jedoch (Ehren-) Beamte<sup>192</sup>. Die Institute der parlamentarischen Immunität und Indemnität sind dem kommunalrechtlichen Mandat fremd<sup>193</sup>. Die Ratsmitglieder entscheiden im Rahmen der Gesetze nach ihrer freien, nur durch das öffentliche Wohl bestimmten Überzeugung; an Verpflichtungen und Aufträge, durch die diese Freiheit beschränkt wird, sind sie nicht gebunden<sup>194</sup>.

<sup>183</sup> Die Bezeichnung der Gemeindevertretung ist in den verschiedenen Bundesländern nicht einheitlich: „Gemeinderat“ in BW, Bay., Rh.-Pf. und Saarl.; „Rat“ in NRW und Nds.; „Gemeindevertretung“ in Hess., Schl.-H., KVG. „Stadtverordnetenversammlung“ in Bremerhaven und in den Städten Hessens und der neuen Bundesländer; vgl. allgemein *Ehlers*, Jura 1988, 337.

<sup>184</sup> BVerfGE 78, 344 (348).

<sup>185</sup> *M. Schröder*, Grundlagen und Anwendungsbereich des Parlamentsrechts, 1979, 37 ff.; *Erichsen*, KomR NRW 76; eher für eine Übertragbarkeit BayVerfGH NVwZ 1985, 823; *Frowein*, HkWP Bd. 2, 84.

<sup>186</sup> In manchen Gemeindeordnungen werden die Mitglieder der Gemeindevertretung selbst als „Gemeinderat“ bezeichnet, z. B. § 25 Abs. 1 GO BW.

<sup>187</sup> BW; Bay.; Rh.-Pf.; nur Vorsitz: Saarl., Schl.-H.; vgl. *Borchmann*, NVwZ 1983, 457 (458 f).

<sup>188</sup> Zweifelhafte für NRW, dazu *Erichsen*, KomR NRW 76; *Müller*, JuS 1990, 997.

<sup>189</sup> § 30 Abs. 1 KSVG Saarl.

<sup>190</sup> Std. Rspr. BGH NJW 1989, 976 (938).

<sup>191</sup> Ausnahmen dann, wenn Mitglied der Gemeindevertretung zugleich oberstes Verwaltungsorgan ist: vgl. § 70 Abs. 3 GO Nds.; § 48 GO Schl.-H.

<sup>192</sup> „Berufsmäßige Gemeinderatsmitglieder“ gem. Art. 40, 41 GO Bay. werden zu Beamten auf Zeit ernannt; sie haben eine Doppelstellung.

<sup>193</sup> *Wolff/Bachoff/Stober*, VwR II, § 86 Rn. 145. Ausnahme in Bayern: Art. 51 Abs. 2 GO (nur für Abstimmungsverhalten).

<sup>194</sup> So ausdrücklich z. B. § 32 Abs. 3 GO BW, § 30 Abs. 1 GO NRW; § 22 Abs. 3 KVG; vgl. auch *Frowein*, DÖV 1976, 44 ff.; BayVerfGH NVwZ 1985, 823 ff.

aa) *Rechts- und Pflichtenstatus*: Im einzelnen wird der Status des Ratsmitglieds **60** durch ein Netz von Regelungen bestimmt<sup>195</sup>, in dem dem *Hauptrecht* auf Mandatsausübung und einigen Annexrechten (Aufwandsentschädigung, Fürsorge bei Dienstunfall) eine Anzahl von *Pflichten* gegenübersteht. Mit ihnen versuchen die Gemeindeordnungen das für die Selbstverwaltung erwünschte, aber auch prekäre Element eines Entscheidens in geringer Distanz zum Sachvorgang rechtsstaatlich auszubalancieren. Hierher gehören außer den im wahlrechtlichen Vorfeld liegenden Unwählbarkeitsregeln<sup>196</sup> ein Verschwiegenheitsgebot<sup>197</sup> und gewisse Neutralitätspflichten. So darf ein Ratsmitglied regelmäßig Ansprüche und Interessen eines anderen gegen die Gemeinde nicht geltend machen, soweit er nicht als gesetzlicher Vertreter handelt („kommunales Vertretungsverbot“)<sup>198</sup>.

bb) *insbesondere: Befangenheitsvorschriften*: Im kommunalen Alltag besonders **61** bedeutsam sind die Vorschriften der Gemeindeordnungen über den Ausschluß befangener Ratsmitglieder<sup>199</sup>. Sie haben einen ähnlichen Aufbau wie § 20 VwVfG, betreffen aber andere Vorgänge und Adressaten. Kommunalrechtliche Mitwirkungsverbote bestehen bei Angelegenheiten, die dem Ratsmitglied selbst, seinen Familienangehörigen oder sonstigen natürlichen oder juristischen Personen, zu denen eine spezielle Bindung besteht, einen *unmittelbaren*<sup>200</sup> Vorteil oder Nachteil bringen können. Das gilt nicht bei Vorteilen oder Nachteilen, die nur darauf beruhen, daß jemand einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe angehört, deren gemeinsame Interessen *berührt* werden – konkret: Der hundebesitzende Ratsherr darf beim Erlaß der Hundesteuersatzung gleichwohl mitwirken, nicht aber der im Planbereich Eigentum besitzende Ratsherr beim Erlaß eines Bebauungsplanes<sup>201</sup>. Entscheidend ist, ob ein „individuelles Sonderinteresse“ vorliegt<sup>202</sup>. Das Verbot erstreckt sich auf Abstimmungen, aber auch auf die Entscheidungsvorbereitung<sup>203</sup>. Es zwingt dazu, die Beratung zu verlassen<sup>204</sup>; bei öffentlicher Sitzung ist ein Verweilen im Zuhörererraum zulässig<sup>205</sup>. Die Mitwirkung eines an sich ausgeschlos-

<sup>195</sup> Wolff/Bachoff/Stober, VwR II, § 86 Rn. 140 ff; Frowein, HkWP Bd. 2, 86; OVG Koblenz NVwZ 1987, 1105; OVG München NVwZ 1987, 154; OVG Münster NVwZ-RR 1989, 317.

<sup>196</sup> Meyer, HkWP Bd. 2, 69.

<sup>197</sup> OLG Frankfurt NVwZ 1982, 215; VG Minden NVwZ 1983, 495 f.

<sup>198</sup> §§ 17 Abs. 3 GO BW; § 26 GO Hess.; § 24 Abs. 1 S. 2 GO NRW; BVerfGE 41, 231 (241 ff); 52, 42 (53 ff); BVerfGE 56, 99 (107 ff) – Bürogemeinschaft –; 61, 68 (72 ff) – Sozietät – BVerfG (1. Kammer des 2. Senats) NJW 1988, 654; BVerwG NJW 1988, 1994; BVerwG DÖV 1990, 255 – Richteramt –; Schoch, Vertretungsverbot, 11, 27 ff; ders., JuS 1989, 531.

<sup>199</sup> § 18 GO BW; Art. 43 GO Bay.; § 25 GO Hess.; § 26 GO Nds.; § 30 Abs. 2 i. V. m. § 23 GO NW; § 22 GO Rh.-Pfl.; § 27 KSVG Saarl.; § 22 GO Schl.-H.; § 22 VII KVG.

<sup>200</sup> Krebs, VerwArch. 71 (1980), 181; v. Arnim, JA 1986, 1.

<sup>201</sup> OVG Münster OVG 27, 60 ff; anders für Flächennutzungspläne: OVG Münster BauR 1979, 477 ff; BW VGH, VBIBW 1985, 22 und VBIBW 1986, 270; BVerwG 79, 200 (203); OVG Koblenz NVwZ 1989, 674; HessVGH NVwZ-RR 1989, 609.

<sup>202</sup> Borchmann, NVwZ 1982, 17; v. Arnim, JA 1986, 1 (3 m. w. Nachw.).

<sup>203</sup> OVG Lüneburg NVwZ 1982, 200; VGH BW NVwZ 1987, 1104 f.

<sup>204</sup> Ausdrücklich z. B. § 18 Abs. 5 GO BW; § 23 Abs. 4 GO NRW; § 26 Abs. 5 GO Nds.

<sup>205</sup> § 23 Abs. 4 GO NRW; OVG Koblenz NVwZ 1982, 204.

senen Ratsmitglieds macht den Beschluß ohne Rücksicht auf das Stimmenverhältnis rechtswidrig (abstrakte Kausalität)<sup>206</sup>, regelmäßig mit der Folge der Unwirksamkeit. Umgekehrt wird man dann, wenn ein materiell mitwirkungsbefugtes Mitglied vom Gemeinderat fälschlich ausgeschlossen worden ist, auf die konkrete Kausalität abstellen müssen<sup>207</sup>, wenn gesetzlich nichts anderes bestimmt ist<sup>208</sup>. Da sich Verstöße gegen das Mitwirkungsverbot zu einer Dauerkrankheit von Ratsbeschlüssen entwickelt hatten, erklären die meisten Gemeindeordnungen sie heute ausdrücklich nur für einen gewissen Zeitraum für rechtsrelevant und danach, sofern es nicht zu einer besonderen Rüge gekommen ist, für unbeachtlich (Rn. 98)<sup>209</sup>.

- 62** *b) interne Organisation und Verfahren des Rates:* Der Gemeinderat ist ein Kollegialgremium, für dessen ordnungsgemäße Entscheidungsfindung die Gemeindeordnungen zahlreiche Organisations- und Verfahrensregelungen treffen<sup>210</sup>.
- 63** *aa) Ratsvorsitzender*<sup>211</sup>: In den Ländern der Bürgermeister- und der süddeutschen Ratsverfassung ist der Bürgermeister kraft Amtes Ratsvorsitzender. In den anderen Ländern wählt der Gemeinderat aus seiner Mitte einen Vorsitzenden. Dem monistischen Modell Nordrhein-Westfalens und Niedersachsens entspricht es, daß der gewählte Ratsvorsitzende die anspruchsvolle Bezeichnung „Bürgermeister“ führt, während sich der Hauptverwaltungsbeamte mit der Amtsbezeichnung des „Gemeindedirektors“ zufriedengeben muß.

Der Vorsitzende beruft die Sitzungen des Gemeinderates ein. Er leitet die Verhandlung und hat für den ordnungsgemäßen Ablauf<sup>212</sup> der Sitzung Sorge zu tragen. Im Regelfalle wird sich das durch die normalen Handlungen (Aufruf der Tagesordnungspunkte, Worterteilung, Führen einer Rednerliste) bewirken lassen. Die Gemeindeordnungen ermächtigen den Vorsitzenden jedoch auch, notfalls *Ordnungsmaßnahmen*<sup>213</sup> (z. B. Wortentzug, Sitzungsausschluß) gegen störende Ratsmitglieder zu treffen<sup>214</sup>, schwerere Ordnungsmaßnahmen sind in einigen Ländern nur auf Grund eines Gemeinderatsbeschlusses zulässig<sup>215</sup>. Außerdem übt der Vorsitzende gegenüber externen Störern das *Hausrecht* aus; die entsprechenden

<sup>206</sup> Ausdrücklich § 18 Abs. 6 GO BW; § 27 Abs. 6 KSVG Saarl.; anders Art. 49 Abs. 3 GO Bay., dazu BGH DVBl. 1967, 618 f. Einschränkend für die Abfolge mehrerer Beschlüsse BVerwGE 79, 200; OVG Koblenz, NVwZ 1989, 674.

<sup>207</sup> Str.; a. A. v. Arnim, JA 1986, 1 (6).

<sup>208</sup> Anderes bestimmt in § 18 Abs. 6 GO BW; dazu VGH BW DÖV 1987, 448.

<sup>209</sup> Hill, DVBl. 1983, 1.

<sup>210</sup> Zu Informationsrechten einzelner Ratsmitglieder, z. B. Protokolleinsicht, vgl. VGH Kassel NVwZ 1988, 87; VGH BW VBIBW 1989, 96, VGH BW NVwZ-RR 1990, 369; speziell zum Minderheitenschutz *Scholtis*, Minderheitenschutz in kommunalen Vertretungskörperschaften, 1986.

<sup>211</sup> Einzeldarstellung bei *Foerstemann*, HkWP Bd. 2, 90 ff.

<sup>212</sup> *Foerstemann*, HkWP Bd. 2, 104 ff.

<sup>213</sup> *Foerstemann*, HkWP Bd. 2, 106 ff.; OVG Koblenz NVwZ 1988, 80; HessVGH, DÖV 1990, 622.

<sup>214</sup> Hierzu gehört auch die Verhängung eines Rauchverbotes (OVG Münster DVBl. 1983, 53 ff und DVBl. 1991, 498 ff); Verbot des Plakettentragens (OVG Koblenz DÖV 1986, 632).

<sup>215</sup> Z. B. Art. 53 Abs. 1 GO Bay.; § 36 Abs. 3 S. 2 GO BW.

Vorschriften der Gemeindeordnungen<sup>216</sup> begründen ein spezielles öffentlich-rechtliches Hausrecht, das für die Sitzung anderen Hausrechten vorgeht<sup>217</sup>.

*bb) Ratsgeschäftsordnung*<sup>218</sup>: Allgemeine Fragen des Verhandlungsganges und der Ratsorganisation (Sitzungstage, Sitz- und Stimmordnung) werden üblicherweise in einer Geschäftsordnung niedergelegt, die jeder Rat sich zu geben ermächtigt ist. Die Geschäftsordnung ist keine gemeindliche Satzung, sondern ein besonderer inneradministrativer Rechtssatz, der nur die Ratsmitglieder bindet<sup>219</sup> und folglich über diesen Kreis hinaus förmlich nicht weiter bekannt gemacht sein muß. Anderen Gemeindeorganen oder Dritten kann die Geschäftsordnung keine neuen Pflichten auferlegen. Ob Geschäftsordnungsverstöße die Unwirksamkeit der betreffenden Entscheidung nach sich ziehen, ist streitig<sup>220</sup>. Geschäftsordnungen können regelmäßig mit einfacher Mehrheit abgeändert werden<sup>221</sup>. Soll bestimmten geschäftsordnungsmäßigen Regeln erhöhte Beständigkeit beigelegt werden, so müssen sie förmlich als Satzung erlassen werden<sup>222</sup>. 64

*cc) Ratssitzungen*: Das Forum für die Meinungsbildung und Entscheidungen des Gemeinderats soll unbeschadet aller vorbereitenden Ausschüttätigkeit die Ratssitzung sein, die regelmäßig<sup>223</sup> öffentlich stattzufinden hat<sup>224</sup>. Eine ordnungsgemäße Entscheidungsfindung setzt voraus, daß die Sitzung vorschriftsgemäß einberufen worden ist<sup>225</sup>. Die dazu erforderliche *Tagesordnung* muß die Verhandlungsgegenstände so exakt nennen, daß die Ratsmitglieder wissen, was auf sie zukommt<sup>226</sup>. Sie ist außerdem öffentlich bekanntzumachen. Die Festlegung der Tagesordnung fällt grundsätzlich in die Kompetenz des Ratsvorsitzenden; die Ratsmitglieder können die Aufnahme eines Gegenstandes beantragen<sup>227</sup>. Eine Ergänzung der Tagesord- 65

<sup>216</sup> § 36 Abs. 1 GO BW; Art. 53 Abs. 1 GO Bay.; § 44 Abs. 1 GO Nds.; § 36 Abs. 1 GO NRW; § 36 Abs. 2 GO Rh.-Pf.; § 43 Abs. 1 KSVG Saarl.; § 37 GO Schl.-H. Speziell zur Abwehr von Tonbandaufnahmen in Ratssitzungen, BVerwG NJW 1991, 118 f.

<sup>217</sup> So auch *Erichsen*, StuVwR NRW, 152; vgl. aber auch OVG Münster, DVBl. 1991, 495 f.

<sup>218</sup> Ausführlich *Foerstemann*, HkWP Bd. 2, 108 ff, mit Katalog der in den Geschäftsordnungen regelmäßig behandelten Gegenstände; *Rothe*, DÖV 1991, 486 ff.

<sup>219</sup> H. M.; vgl. *Schmidt-Jortzig*, KomR Rn. 417; VGH BW ESVGH 22, 180 (181 ff); *Foerstemann*, HkWP Bd. 2, 108 m. w. Nachw. in Fn. 114; differenzierend *Gern/Berger*, VBIBW 1983, 165 f. Zur Normenkontrolle gem. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO vgl. BVerwG NVwZ 1988, 1119 f.

<sup>220</sup> Zum Streitstand *Foerstemann*, HkWP Bd. 2, 109 Fn. 119; *Erichsen*, KomR NRW, 90 f.

<sup>221</sup> Auch stillschweigend; aber str.; *Foerstemann*, HkWP Bd. 2, 109 mit Fn. 118.

<sup>222</sup> Einige Gemeindeordnungen sehen für bestimmte Fragen wahlweise eine Regelung durch Geschäftsordnung oder Hauptsatzung vor.

<sup>223</sup> Ausführlich *Foerstemann*, HkWP Bd. 2, 97 ff; *Schnapp*, VerwArch. 1987 (Bd. 78), 407 ff.

<sup>224</sup> Die Öffentlichkeit ist gewahrt, wenn der Zutritt jedermann ohne Ansehen der Person möglich ist; allgemeine Beschränkungen aus Kapazitätsgründen des Sitzungsraumes sind zulässig. Verstöße gegen das Öffentlichkeitsgebot stellen schwere Verfahrensfehler dar, die i. d. R. zur Nichtigkeit der solchermaßen gefaßten Beschlüsse führen; *Heermann*, Gemeinderatsbeschuß, 252 f.

<sup>225</sup> Einzelheiten dazu bei *Foerstemann*, HkWP Bd. 2, 93 ff; *Gern*, VBIBW 1984, 64 ff.

<sup>226</sup> VGH Kassel, NVwZ 1988, 82 f; Beschlüßvorlagen brauchen nicht vorab zugeleitet werden; VGH BW, VWBlBW 1989, 96; und NVwZ-RR 1990, 369.

<sup>227</sup> Inwieweit ein solcher Antrag wegen der Unzuständigkeit des Rates vom Ratsvorsitzenden abgelehnt werden darf, ist länderweise unterschiedlich geregelt; *Schoch*, DÖV 1986, 132; BayVGH NVwZ 1988, 83 ff; VGH BW NVwZ 1984, 659.

nung in der Sitzung ist nach den einschlägigen Vorschriften nur unter einschränkenden Voraussetzungen zulässig. Ladungsmängel sind wesentliche Verfahrensmängel. Die Durchführung der Sitzung verlangt die Anwesenheit des für die *Beschlußfähigkeit* erforderlichen Mitgliederquorums<sup>228</sup>. In der Sitzung sind die Verhandlungsgegenstände zu beraten und gegebenenfalls einer Entscheidung zuzuführen. Die wichtigsten Entscheidungsformen sind die auf Verfahrens- oder Sachfragen bezogenen *Abstimmungen*, die im Regelfall öffentlich durch Handaufheben erfolgen und bei denen die Mehrheit der abgegebenen Stimmen entscheidet<sup>229</sup>, und Personalauswahlentscheidungen in der Form von *Wahlen*, für die die Gemeindeordnungen teilweise diffizile Detailregelungen enthalten<sup>230</sup>.

- 66 *dd) Ratsausschüsse*<sup>231</sup>: Die Organisationskompetenz des Rates erstreckt sich darauf, Ausschüsse zu bilden<sup>232</sup>. In einigen Fällen, z. B. für Haushaltsfragen, ist die Bildung in manchen Ländern sogar gesetzlich vorgeschrieben (*Pflichtausschüsse*<sup>233</sup>). Die Ausschüsse sind Unterorgane des Rates<sup>234</sup>. Sie sollen grundsätzlich das Parteienspektrum des Rates widerspiegeln<sup>235</sup>. Oft ist außerdem die Zuziehung sachkundiger Bürger zulässig<sup>236</sup>. Die primäre Aufgabe der Ausschüsse<sup>237</sup> ist die vorherige Beratung und weitere Aufklärung einer Angelegenheit, über die später der Gemeinderat beschließen soll (*beratende A.*). Daneben hat der Rat aber auch das Recht, Ausschüsse mit ratsvertretender Beschlußkompetenz einzusetzen (*beschließende A.*); ausgenommen sind Vorbehaltsaufgaben des Rates oder anderer Gemeindeorgane (Rn. 68). Über die Einrichtung beschließender Ausschüsse und die dem Rat verbleibenden Einflußmöglichkeiten auf Ausschlußbeschlüsse, z. B. durch ein Rückholrecht, treffen die Gemeindeordnungen unterschiedliche Regelungen<sup>238</sup>.

<sup>228</sup> § 37 Abs. 2 GO BW; Art. 51 GO Bay.; § 53 GO Hess.; § 46 GO Nds.; § 34 GO NRW; § 39 GO Rh.-Pf.; § 44 KSVG Saarl.; § 38 GO Schl.-H.; § 23 Abs. 4 KVG.

<sup>229</sup> Daneben kennt das Kommunalrecht qualifizierte Abstimmungsformen und qualifizierte Mehrheiten; vgl. die Nachweise bei *Foerstemann*, HkWP Bd. 2, 103.

<sup>230</sup> *Foerstemann*, HkWP Bd. 2, 103 f. Zum Gemeinderatsprotokoll Röper, NVwZ 1986, 1003 f.

<sup>231</sup> Allgemein *Körner*, HkWP Bd. 2, 129.

<sup>232</sup> Keine Ratsausschüsse und folglich nicht öffentlich-rechtlich organisiert sind die *Ratsfraktionen* als Zusammenschlüsse von Ratsmitgliedern einer bestimmten politischen Richtung. Zu ihrer Rechtsstellung *Bick*, Die Ratsfraktion, 1988; *Erdmann*, DÖV 1988, 907; VGH Bay., NJW 1988, 2754; OVG Münster, NJW 1989, 1105.

<sup>233</sup> Z. B. § 41 Abs. 2 GO NRW; § 45 Abs. 2 GO Schl.-H.; § 49 Abs. 1 KSVG Saarl.; § 26 Abs. 3 KVG.

<sup>234</sup> Nicht alle *gemeindlichen* Ausschüsse sind jedoch Ratsausschüsse; nicht z. B. der Umlungsausschuß nach § 46 BauGB, der Gutachterausschuß nach § 192 BauGB.

<sup>235</sup> Art. 33 Abs. 1 GO Bay.; § 51 Abs. 2 GO Nds.; § 49 Abs. 2 KSVG Saarl.; § 26 Abs. 2 KVG; BVerwG DÖV 1978, 415; VGH BW BWVPr. 1977, 204 (206).

<sup>236</sup> § 41 GO BW; § 51 Abs. 7 GO Nds.; § 42 Abs. 3 GO NRW; § 44 Abs. 1 GO Rh.-Pf.; § 46 Abs. 2 GO Schl.-H.; § 26 Abs. 9 KVG.

<sup>237</sup> Nicht Ausschüsse sind Beiräte, z. B. Ausländerbeiräte gem. § 50 a KSVG Saarl. Sie können mit beratenden und anregenden Aufgaben betraut werden, nicht aber verbindliche Entscheidungen für die Gemeinde treffen.

<sup>238</sup> § 39 Abs. 3 S. 5 GO BW; § 50 Abs. 1 S. 5 GO Hess.; § 44 Abs. 3 GO Rh.-Pf.; § 27 Abs. 1 GO Schl.-H.

c) *Aufgaben des Gemeinderates*: Entsprechend seiner zentralen Stellung hat der Rat die wichtigsten Führungs- und Kontrollaufgaben in der Gemeinde<sup>239</sup>. Die *Führungsaufgaben* werden in Planungen, Rechtsetzungsakten und wichtigen Einzelentscheidungen einschließlich der bedeutsamen Personalentscheidungen erfüllt. Für die *Kontrollaufgaben* gegenüber der Gemeindeverwaltung stellt das Kommunalrecht eine Reihe von Informations- und Auskunftsrechten zur Verfügung, denen entsprechende Berichts- und Rechnungslegungspflichten der Gemeindeverwaltung korrespondieren<sup>240</sup>; ein förmliches Enquêterecht, wie es parlamentarische Gremien besitzen, existiert dagegen nicht<sup>241</sup>. Im übrigen ist der Aufgabenbestand des Rates entsprechend den einzelnen Gemeindeverfassungstypen unterschiedlich ausgebildet. **67**

aa) *Systematik*: Zur Orientierung innerhalb der Detailregelungen bietet sich eine Dreiteilung an: **68**

— *Vorbehaltsaufgaben des Rates*: Diese in allen Gemeindeordnungen anzutreffende Gruppe umfaßt eine Reihe sehr wichtiger Aufgaben, die der Rat, von Dringlichkeitsfällen abgesehen, selbst entscheiden muß. Das Gesetz verbietet es, solche Entscheidungen zu delegieren; zulässig und üblich ist auch hier allerdings die Delegation der Entscheidungsvorbereitung.

— *variabler Aufgabenkreis*: In diese Gruppe fallen alle Aufgaben, die der Rat zwar nicht notwendig entscheiden muß, die er aber entscheiden kann. Die Regelungstechniken der Gemeindeordnungen sind hier unterschiedlich: Teilweise fallen diese Aufgaben originär zunächst dem Rat zu, der sie allgemein oder im Einzelfall delegieren kann. Teilweise wird für Aufgaben dieser Art aber auch eine Zuständigkeitsvermutung zugunsten eines anderen Organs gesetzlich begründet; der Gemeinderat ist dann jedoch ermächtigt, die Sache an sich zu ziehen.

— *Vorbehaltsbereich anderer Organe*: Hierher zählen alle diejenigen Aufgaben, die die Gesetze einem anderen Organ, z. B. dem Bürgermeister oder dem Gemeindevorstand, zur eigenständigen und alleinigen Wahrnehmung übertragen. Auf diese Aufgaben kann der Rat weder Zugriff nehmen noch sonst verbindlich in sie hineinregieren. Für die süddeutsche Ratsverfassung mit ihrer starken Stellung des Bürgermeisters ist dieser dritte Bereich wesensnotwendig; vor allem die Zuständigkeiten des Bürgermeisters für die Geschäfte der laufenden Verwaltung, für Dringlichkeitsentscheidungen und sein gemeindeinternes Einspruchsrecht gehören hierher. Aber auch die anderen Gemeindeverfassungstypen (Rn. 59, 69) kennen solche Vorbehaltsaufgaben anderer Organe, sei es des Gemeindevorstandes (Eilentscheidungen, Einspruch), sei es, wie in Niedersachsen, des Verwaltungsausschusses<sup>242</sup> oder des Bürgermeisters in den neuen Bundesländern.

<sup>239</sup> § 24 GO BW; Art. 30 GO Bay.; § 50 GO Hess.; § 40 GO Nds.; §§ 28, 40 GO NRW; § 33 GO Rh.-Pf.; § 37 KSVG Saarl.; § 30 GO Schl.-H.; § 21 Abs. 1 KVG; verwaltungspolitisch dazu Wallerath, DÖV 1986, 533 ff.

<sup>240</sup> Darstellung bei Knirsch, Information und Geheimhaltung im Kommunalrecht, 1987; Ehlers, DVBl. 1990, 1 (7).

<sup>241</sup> Zur Sachverständigenanhörung nach § 35 GO Rh.-Pf. vgl. OVG Koblenz DÖV 1984, 33 ff; allgemein Schmidt-Jortzig, KomR Rn. 194 ff.

<sup>242</sup> § 57 GO Nds.; Ipsen, KomR Nds., 156 f.

69 *bb) Vorbehaltsaufgaben des Rates (Überblick):* Zu den nicht delegierbaren Vorbehaltsaufgaben gehört der harte Kern der Führungsaufgaben. Die Gemeindeordnungen legen ihn durchgängig in langen Aufgabenkatalogen fest<sup>243</sup>. Bei aller Unterschiedlichkeit im einzelnen finden sich darin übereinstimmend *u. a.* folgende Materien:

- Erlaß, Änderung und Aufhebung von Satzungen und anderem Ortsrecht,
- Besetzung der Ausschüsse des Rates,
- Regelung der allgemeinen Rechtsverhältnisse der Gemeindebediensteten,
- Beschlußfassung über den Gemeindehaushalt,
- Beschlußfassung über Errichtung, Erweiterung oder Auflösung wirtschaftlicher Unternehmen der Gemeinde.

Weiter zählen die meisten Gemeindeordnungen hierher: die Festlegung allgemeiner Richtlinien, nach denen die Verwaltung geführt werden soll, die Entscheidung über die Unterhaltung öffentlicher Einrichtungen und die Entgelte und Tarife, ferner Gebietsänderungen und wichtige Ehrungen. Im übrigen wird das Zusammenspiel zwischen dem Gemeinderat und den anderen Organen auch hier nicht allein durch Rechtsregeln repräsentiert. Natürlich gibt es allenthalben auch über die Kompetenzgrenzen hinweg informelle und formelle Kontakte zwischen den gemeindlichen Entscheidungsträgern: Eine rigide Trennung wäre ganz unangemessen. Initiative, Vorbereitung, Entscheidung und Vollzug sollen vielfältig miteinander verwoben sein. Bei den Vorbehaltsaufgaben ist nur die Entscheidungskompetenz besonders festgeschrieben.

### 3. Der Gemeindevorsteher

70 Das zweite Hauptorgan der Gemeinde ist der Gemeindevorsteher<sup>244</sup>. Für die dualistisch ausgerichtete süddeutsche Rats- und die Bürgermeisterverfassung leuchtet das ohne weiteres ein; Gemeindevorsteher ist hier der *Bürgermeister (Oberbürgermeister)* als monokratisch organisierte Instanz. Auch die Magistratsverfassung kennt ein zweites Hauptorgan mit eigenen Kompetenzen; organisiert ist es jedoch nicht monokratisch, sondern kollegial und nötigst daher zu einer gesonderten Behandlung (Rn. 80 ff). Einzig in der norddeutschen Ratsverfassung möchte man das Fehlen eines zweiten Hauptorgans erwarten; doch haben sich auch hier Aufgaben eines typischen Konkretionsorgans<sup>245</sup> in einer Fülle angesammelt, daß man den *Gemeindedirektor (Oberstadtdirektor)* als ein zweites Hauptorgan bezeichnen kann.

<sup>243</sup> § 39 Abs. 2 GO BW; Art. 32 Abs. 2 GO Bay.; § 51 GO Hess.; § 40 Abs. 1 GO Nds.; § 28 Abs. 1 GO NRW; § 32 Abs. 2 GO Rh.-Pf.; § 35 KSVG Saarl.; § 28 GO Schl.-H.; § 21 Abs. 3 KVG.

<sup>244</sup> Begriff nach *Wolff/Bachoff/Stober*, VwR II, § 87 Rn. 19. Seine Bezeichnung ist länderweise verschieden: In Bayern: „Erster Bürgermeister“; sonst „Bürgermeister“, in kreisfreien Städten „Oberbürgermeister“. In Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen wird ihm eine derartige Amtsbezeichnung vorenthalten. Er heißt dort „Gemeinde-“ bzw. „Stadt-“ oder „Oberstadtdirektor“. Es finden sich auch die Bezeichnungen „Hauptgemeindebeamter“ oder „Hauptverwaltungsbeamter“.

<sup>245</sup> Zu diesem Begriff *Schmidt-Jortzig*, KomR Rn. 62.



a) *Status*: Bürgermeister/Gemeindedirektoren sind *Wahlbeamte*. Die jeweils für eine gewisse Zeit von Jahren erfolgende Wahl nimmt in Baden-Württemberg<sup>246</sup> und Bayern<sup>247</sup> direkt das Volk, in den anderen Bundesländern der Gemeinderat vor. Der Gewählte wird nach Maßgabe des Beamtenrechts zum *Beamten auf Zeit* ernannt. Er ist im Regelfall hauptamtlich tätig; für kleinere Gemeinden kennen alle Gemeindeordnungen den ehrenamtlich tätigen Bürgermeister im Status eines *Ehrenbeamten*. Sofern nicht besondere Vorschriften für kommunale Wahlbeamte<sup>248</sup> bestehen, gilt das allgemeine Beamtenrecht<sup>249</sup>. 71

Eine Besonderheit des Kommunalrechts ist die *Abwahlmöglichkeit*, die alle<sup>250</sup> Gemeindeordnungen dem Rat gegenüber einem von ihm gewählten Bürgermeister/Gemeindedirektor einräumen<sup>251</sup>. Das Institut soll einer grundsätzlichen „Gleichgestimmtheit“ zwischen Gemeindevertretung und Gemeindevorstand dienen<sup>252</sup>. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit ist umstritten, im Ergebnis aber anzuerkennen<sup>253</sup>. Freilich muß, z. B. durch qualifizierte Abwahlmehrheiten, sichergestellt sein, daß das Instrument im Kommunalrecht nicht dazu mißbraucht wird, die Gemeindeverwaltung parteipolitischen Wechselbädern auszusetzen.

b) *Aufgaben*: Im Aufgabenbestand machen sich auch hier die unterschiedlichen Gemeindeverfassungstypen deutlich bemerkbar. Vorbehaltlich genauen Studiums des jeweiligen Landesrechts lassen sich die folgenden Grundzüge erkennen: 72

aa) *Ratszuarbeitung, Ratsvorsitz*: Zu den Standardaufgaben des Gemeindevorstandes gehört es, die Beschlüsse des Rates und der Ausschüsse verwaltungsmäßig vorzubereiten<sup>254</sup> und unter der Kontrolle des Rates auszuführen. Sofern zu letzterem außenwirksame Rechtshandlungen notwendig sind, ist das (Außen-)Vertretungsrecht (Rn. 78) der Transmissionsriemen, um dieselben vorzunehmen. Im übrigen dürfen Vorbereitungs- und Ausführungsaufgaben nicht als bloß technische Hilfsfunktionen unterbewertet werden. Schon die *verwaltungsmäßige* Vorbereitung der Ratsbeschlüsse — die *meinungsbildende* Vorbereitung sollen vor allem die Ratsausschüsse leisten — gibt dem Gemeindevorsteher im kommunalen Verfassungsleben Gewicht. Wesentlich erhöht ist dieses Gewicht natürlich dort, wo der Gemeindevorsteher zugleich Ratsvorsitzender ist (Rn. 63). 73

<sup>246</sup> § 45 GO BW.

<sup>247</sup> Art. 17 GO Bay.

<sup>248</sup> Z. B. Art. 34 Abs. 6 GO Bay.

<sup>249</sup> Dazu: *Schönfelder*, DÖV 1985, 656.

<sup>250</sup> Mit Ausnahme von Baden-Württemberg und Bayern. Bei beiden Ländern erschiene auch angesichts der unmittelbaren Volkswahl des Bürgermeisters eine Abwahl systemwidrig. Vgl. dazu *Schmidt-Jortzig*, KomR Rn. 242 mit Fn. 75 auf S. 94.

<sup>251</sup> § 76 GO Hess.; § 61 Abs. 2 GO Nds.; § 49 Abs. 4 GO NRW; § 55 GO Rh.-Pf.; § 58 KSVG Saarl.; § 40 a GO Schl.-H.; § 30 KVG; vgl. OVG Münster, StT 1987, 343 f.

<sup>252</sup> Ausführlich: *E. Klein*, DÖV 1980, 853.

<sup>253</sup> Ebenso *Schmidt-Jortzig*, KomR Rn. 244 a; *Lichtenfeld*, DVBl. 1982, 1021; BVerwGE 56, 163 ff und NVwZ 1985, 275 f; vgl. auch VGH Kassel NVwZ 1985, 604 f; a. A.: *Erichsen*, DVBl. 1980, 723; *Stober*, Kommunale Ämterverfassung und Staatsverfassung am Beispiel der Abwahl kommunaler Wahlbeamter, 1982.

<sup>254</sup> Insofern abweichend nur § 57 Abs. 1 S. 1 GO Nds. (Verwaltungsausschuß); ausf. zu diesem „Zwischenorgan“, einer Besonderheit der GO Nds., *Ipsen*, KomR Nds. 156 f.

**74** *bb) Geschäfte der laufenden Verwaltung:* In diesem Geschäftskreis des kommunalen Alltags ist der Gemeindevorsteher nicht nur ausführendes Organ (Rn. 73, 76), sondern nimmt — sei es selbst, sei es durch seine Vertreter im Amt oder nachgeordnete Gemeindebedienstete — die *Willensbildung* vor. Der Begriff der Geschäfte der laufenden Verwaltung — in NW „einfache“ Geschäfte der laufenden Verwaltung — liegt nicht ein für allemal fest. Nach einem Definitionsversuch der Rechtsprechung fallen darunter „Geschäfte, die in mehr oder weniger regelmäßiger Wiederkehr vorkommen und zugleich nach Größe, Umfang, Verwaltungstätigkeit und Finanzkraft der beteiligten Gemeinde von sachlich weniger erheblicher Bedeutung sind“<sup>255</sup>. Diese Faktoren (Häufigkeit, Bedeutung) werden ihrerseits durch Gemeindegroße, Üblichkeit und Leistungsfähigkeit bestimmt. Die Rechtsbeständigkeit dieses Aufgabenkreises ist länderweise unterschiedlich geregelt:

— Die meisten Gemeindeordnungen (BW, Bay., Nds., Rh.-Pf., Saarl.)<sup>256</sup> rechnen die Geschäfte der laufenden Verwaltung zum *festen* gesetzlichen Aufgabenkreis des Gemeindevorstehers, den andere Organe nicht verkürzen dürfen. Erst wenn eine Angelegenheit der laufenden Verwaltung, z. B. durch das Aufsehen, das sie erregt, sozusagen den begrifflichen Rahmen laufender Geschäfte sprengt, kann der Gemeinderat sie an sich ziehen.

— In Nordrhein-Westfalen dagegen „gelten“ die einfachen (!) Geschäfte der laufenden Verwaltung als vom Rat dem Gemeindedirektor übertragen<sup>257</sup>. Der Rat kann sich aber eine andere Regelung allgemein oder für den Einzelfall vorbehalten; er kann eine Sache auch ohne Vorbehalt später an sich ziehen<sup>258</sup>.

**75** *cc) übertragene Angelegenheiten:* In dieser Gruppe finden sich sehr unterschiedliche Aufgaben.

— Teilweise handelt es sich um Aufgaben, die dem Gemeindevorstand vom *Gemeinderat* übertragen worden sind. Eine solche Übertragung ist — außer bei den Vorbehaltsaufgaben (Rn. 69) — zulässig. Zulässig ist auch der Rückruf; allerdings muß er in der gleichen Form wie die Übertragung vorgenommen werden.

— Teilweise handelt es sich um *gesetzlich* übertragene Angelegenheiten. Solche Übertragungen finden sich vor allem bei Weisungs- und Auftragsangelegenheiten (Rn. 33 ff), bei denen mit der Übertragung der Aufgabe an die Gemeinde zugleich die innergemeindliche Zuständigkeit des Gemeindevorstehers gesetzlich vorgeschrieben wird<sup>259</sup>. Das begründet einen festen Vorbehaltsbereich des letzteren. Der Gemeinderat kann in diesen Kreis grundsätzlich nicht hineinregieren, es sei denn,

<sup>255</sup> BGH DVBl. 1979, 514 f.

<sup>256</sup> § 44 Abs. 2 GO BW; Art. 37 Abs. 1 GO Bay.; § 62 Abs. 1 Nr. 6 GO Nds.; § 47 Abs. 1 GO Rh.-Pf.; § 59 Abs. 3 KSVG Saarl.

<sup>257</sup> § 28 Abs. 3 GO NRW; dazu *Erichsen*, KomR NRW 95 f.

<sup>258</sup> Dazu *Berg*, HkWP Bd. 2, 228 f m. w. Nachw.; zu Schranken dieses Rückholrechts *Erichsen*, StuvwR NRW, 158.

<sup>259</sup> Davon zu trennen sind die auf Gemeindeebene freilich nicht häufig anzutreffenden Fälle der Organleihe (s. o. Rn. 40), in denen die Aufgabe nicht der Gemeinde übertragen, sondern der Gemeindevorsteher von der Gemeinde „entliehen“ und zum staatlichen Verwaltungsorgan gemacht wird.

das Gesetz räume ihm gewisse Mitwirkungsbefugnisse ein oder gestatte den unmittelbaren Zugriff<sup>260</sup>.

*dd) Dringlichkeitsentscheidungen:* Fast alle Gemeindeordnungen betrauen den Gemeindevorstand ferner mit Eilentscheidungen. In der Definition des Eilfalles und in dem einzuhaltenden Entscheidungsverfahren weichen die Landesgesetze allerdings erheblich voneinander ab<sup>261</sup>. **76**

*ee) Verwaltungschef:* Der Bürgermeister/Gemeindedirektor ist ferner Leiter des gemeindlichen Verwaltungsapparats. Das begründet zum einen organisatorische und dienstrechtliche Befugnisse zur Geschäftsleitung und Aufgabenverteilung sowie die Stellung als Dienstvorgesetzter der Beamten, Angestellten und Arbeiter der Gemeinde. Bei Grundentscheidungen, z. B. der Festlegung des Aufgabenbereichs der Beigeordneten, existieren allerdings länderspezifische unterschiedliche Einwirkungsbefugnisse des Gemeinderates. Als Verwaltungschef ist der Gemeindevorsteher die zentrale Gemeindebehörde. Die einzelnen „Ämter“ der Gemeinde (Ordnungsamt, Bauamt, Pressestelle) sind Untergliederungen dieser kommunalen Zentralbehörde. Die vom Gemeinderat als weitere leitende Verwaltungsbeamte auf Zeit gewählten *Beigeordneten* („weitere Bürgermeister“, „Stadträte“) sind folglich keine eigenständigen Gemeindeorgane<sup>262</sup>. Sie leiten aber ihre Ämter mit einer gewissen Selbständigkeit und vertreten insofern den Gemeindevorsteher in ihrem Ressort. Außerdem kommt aus ihrem Kreis der *allgemeine* Vertreter des Gemeindevorstehers<sup>263</sup>. **77**

*ff) Vertretung der Gemeinde:* Hier geht es um die rechtsgeschäftliche Vertretung<sup>264</sup> der Gemeinde nach außen, nicht um die beim Gemeinderat liegende politische Repräsentation. Rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis bedeutet, im privat- und im öffentlich-rechtlichen Rechtsverkehr für die Gemeinde verbindliche Erklärungen abgeben zu können. Im Kommunalrecht muß also streng unterschieden werden zwischen der *internen Willensbildungsbefugnis* und der *externen Vertretungsbefugnis*, die zur Umsetzung der Willensentscheidungen in außenwirksame Handlungen (z. B. Verwaltungsakte, privatrechtliche Willenserklärungen) notwendig ist. Erstere ist innergemeindlich aufgeteilt (Rn. 67, 72, 74 f); letztere liegt einheitlich beim Bürgermeister/Gemeindedirektor<sup>265</sup> und ist nur gesetzlich, nicht aber durch Ratsbeschluß beschränkbar. Werden im Rahmen der Vertretungsbefugnis Erklärungen abgegeben, die nicht der innergemeindlichen Willensbildung entsprechen, so sind sie für die Gemeinde regelmäßig gleichwohl verbind- **78**

<sup>260</sup> So für die neuen Bundesländer § 27 Abs. 3 S. 3 KVG, demzufolge der Bürgermeister in eigener Zuständigkeit alle Angelegenheiten entscheidet, die nicht von der Gemeindevertretung wahrgenommen werden.

<sup>261</sup> § 43 Abs. 3 GO BW; Art. 37 Abs. 3 GO Bay.; § 70 Abs. 3 GO Hess.; § 48 GO Rh.-Pf.; § 61 KSVG Saarl.; § 49 Abs. 3 GO Schl.-H.; § 27 Abs. 3 S. 4 KVG; in Nds. (§ 66 GO) und NRW (§ 43 Abs. 1 GO) eingeschränkt.

<sup>262</sup> Zu ihrer Rechtsstellung allgemein *Wolter*, *Der Beigeordnete*, 1978, 6 ff. Zur Magistratsverfassung s. Rn. 80.

<sup>263</sup> Dazu *Schmidt-Jortzig*, *KommR* Rn. 280 m. w. Nachw.

<sup>264</sup> *Wolff/Bachhoff/Stober*, *VwR* II, § 87 Rn. 56 ff; *Tettinger*, *BesVwR* § 4 Rn. 73 ff; *Habermehl*, *DÖV* 1987, 144 (teilw. abw. Systematik).

<sup>265</sup> Ausnahmen für Akte im organschaftlichen Bereich des Rates (z. B. Ordnungsrufe).

lich<sup>266</sup>. Um hier eine gewisse Sperre einzuführen, schreiben die Gemeindeordnungen für (wichtigere) Verpflichtungserklärungen der Gemeinden die Schriftform (z. T. auch Mitzeichnungserfordernisse) vor. Verstöße gegen solche Formerfordernisse machen eine Erklärung unwirksam<sup>267</sup>. Auf Treu und Glauben kann sich der Erklärungsempfänger nur berufen, wenn die Unwirksamkeit zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führt<sup>268</sup>; im übrigen hat der Schutz der Gemeinde Vorrang.

- 79 *gg) Einspruchsrecht*: Zum eigenen Aufgabenkreis des Gemeindevorstehers gehören schließlich gewisse Rügerechte gegenüber Beschlüssen des Gemeinderats und der Anschläge. Diese Institute dienen der innergemeindlichen Rechtskontrolle und der Ausbalancierung des politischen Gewichts.

— Alle Gemeindeordnungen weisen dem Gemeindevorsteher die Aufgabe (Befugnis und Pflicht) zu, Beschlüsse des Rates, die seiner Ansicht nach das *Recht verletzen*, — regelmäßig mit aufschiebender Wirkung — zu rügen<sup>269</sup>. Der Gemeinderat befaßt sich dann erneut mit der Angelegenheit. Bleibt er bei seinem Beschluß, so ist die Rechtsaufsichtsbehörde in die Sache einzuschalten.

— Neben diesem auf Rechtsgründe gestützten Rügerecht kennen einige Gemeindeordnungen die Befugnis, Ratsbeschlüssen, die das *Wohl der Gemeinde gefährden*, zu widersprechen. Eine Widerspruchspflicht besteht nicht. Beharrt der Gemeinderat auf seiner Entscheidung, so hat es dabei sein Bewenden. Dieses auf grobe Zweckwidrigkeiten bezogene Recht steht dem Gemeindevorsteher nur in Baden-Württemberg, in den fünf neuen Bundesländern und in der Bürgermeisterversfassung von Rheinland-Pfalz zu, während es in Nordrhein-Westfalen beim Ratsvorsitzenden und in Niedersachsen beim Verwaltungsausschuß liegt.

#### 4. Besonderheiten der Magistratsverfassung

- 80 Die Magistratsverfassung<sup>270</sup> ist in *Hessen* für alle Gemeinden, in *Schleswig-Holstein* für Gemeinden mit Stadtrecht vorgeschrieben<sup>271</sup>. Das Gemeinderecht der

<sup>266</sup> Schmidt-Jortzig, KomR Rn. 257; BGH DVBl. 1979, 514.

<sup>267</sup> Dazu BGH NJW 1984, 606 f.; OLG München NVwZ 1985, 293 f.; BGH NVwZ 1986, 594 f. und BGH NJW 1986, 1758 f.; ausf. *Günicker*, Rechtliche Probleme der Formvorschriften kommunaler Außenvertretung, 1984; *Schmidt-Jortzig/Petersen*, JuS 1989, 27; *Wolff/Bachoff/Stober*, VwR II, § 87 Rn. 63 f.

<sup>268</sup> BGH DVBl. 1979, 514 (516); allgemein dazu auch *Fritz*, Vertrauensschutz in Privatrechtsverkehr mit Gemeinden, 1983.

<sup>269</sup> § 43 Abs. 2 GO BW; Art. 59 Abs. 2 GO Bay.; § 63 GO Hess.; § 65 Abs. 1 GO Nds.; § 39 Abs. 2 GO NRW; § 42 Abs. 1 GO Rh.-Pf.; § 60 Abs. 1 KSVG Saarl.; § 69 GO Schl.-H.; § 24 Abs. 3 KVG.

<sup>270</sup> In *Rheinland-Pfalz* existiert in Gemeinden mit zwei oder mehr hauptamtlichen Beigeordneten ebenfalls ein aus allen Beigeordneten und dem Bürgermeister gebildetes kollegiales Leitungsorgan, der Stadtvorstand. Für bestimmte Planungsaufgaben tritt dieses Organ an die Stelle des Bürgermeisters. Außerdem bedarf der Bürgermeister zur Aufstellung der Ratstagesordnung und zu Eilentscheidungen der Zustimmung dieses Gremiums (§ 58 GO). Man kann insofern von einer nicht voll ausgebauten Magistratsverfassung sprechen; vgl. auch *Dreibus*, HkWP Bd. 3, 241 ff., 252–254.

<sup>271</sup> Kollegial organisiert, nicht aber als Magistrat einzustufen ist dagegen der Verwaltungsausschuß in *Niedersachsen*. Er ist ein aus dem Ratsvorsitzenden, den Beigeordneten, dem

fünf neuen Bundesländer überläßt es den kreisfreien Städten mit mehr als 100 000 Einwohnern, durch Regelung in der Hauptsatzung dem Oberbürgermeister ein Gremium beizuordnen, dem alle Beigeordneten angehören und das gemeinsam mit ihm über alle Angelegenheiten entscheidet. Das Charakteristikum der Magistratsverfassung ist die kollegiale Organisation des Gemeindevorstandes. Der *Gemeindevorstand (Magistrat)* besteht aus dem Bürgermeister und den Beigeordneten (Stadträten), die vom Gemeinderat gewählt werden<sup>272</sup>. Die Magistratsmitglieder sind je nach Größe der Gemeinde gemäß besonderer Vorschriften in der Gemeindeordnung und der Hauptsatzung ehrenamtlich oder hauptamtlich tätig. In Hessen dürfen Mitglieder des Gemeindevorstandes nicht zugleich Mitglieder des Gemeinderates sein, während in Schleswig-Holstein die ehrenamtlichen Magistratsmitglieder aus der Mitte der Stadtvertretung gewählt werden und für die Dauer ihrer Amtszeit eine Doppelstellung in beiden Gremien einnehmen.

Die Aufgaben des kollegialen Gemeindevorstandes sind die des monokratischen Gemeindevorstehers in den anderen Bundesländern. Bei allen Unterschieden in Einzelpunkten finden sich als typische Leitungsaufgaben auch hier die Vorbereitung und Ausführung der Beschlüsse der Gemeindevertretung, die Verwaltungsleitung, die Wahrnehmung der Geschäfte der laufenden Verwaltung (Hess.) als eigenständige Aufgabe, ferner die Erfüllung der vom Rat delegierten Aufgaben und das Rügerecht (Schl.-H.: neben dem Bürgermeister). Die Gemeinde wird nach außen vom Gemeindevorstand vertreten.

Zusätzliche Fragen entstehen bei der Magistratsverfassung im Blick auf die *magistratsinterne* Aufgabenverteilung. Die starke, aus dem Kollegialitätsgrundsatz folgende Stellung der Beigeordneten (Stadträte) zeigt sich darin, daß sie in Schleswig-Holstein (§ 71 GO) durch Hauptsatzung festzulegende Sachgebiete zu eigenständiger Wahrnehmung zugewiesen erhalten. Der Bürgermeister ist in ihrem Kreise nur *primus inter pares*: Er beruft den Gemeindevorstand ein, leitet die Verhandlungen, bereitet die Beschlüsse vor und führt sie aus. In Hessen ist die Stellung des Bürgermeisters stärker. Hier hat er u. a. bei Abstimmungen das Recht des Stichtens. Gegen Beschlüsse des Stadtvorstands steht ihm ein Beanstandungs- bzw. Widerspruchsrecht zu. Weisungsaufgaben der Gemeinde (Rn. 28) erfüllt der Bürgermeister in Schleswig-Holstein in alleiniger Verantwortung gegenüber der Aufsichtsbehörde (§ 70 III GO); insoweit hat er seinerseits ein Weisungsrecht gegenüber den anderen Magistratsmitgliedern. In Hessen nehmen die Bürgermeister und Oberbürgermeister die Aufgaben der Orts- und Kreispolizeibehörden in alleiniger Verantwortung wahr (§ 150 GO). 81

Gemeindedirektor und gegebenenfalls weiteren Ratsmitgliedern bestehendes Leitungsorgan. Der Verwaltungsausschuß bereitet die Beschlüsse des Rates vor, hat ein Einspruchsrecht gegen Ratsbeschlüsse, die das Wohl der Gemeinde gefährden, und beschließt über diejenigen Angelegenheiten, die nicht anderen Organen vorbehalten sind. Gegenüber dem Gemeindedirektor, der im Verwaltungsausschuß nur beratende Stimme hat, sind die Zuständigkeiten nach Maßgabe der §§ 57 Abs. 2, 62 Abs. 1 GO abgegrenzt. *Ipsen*, KomR Nds. 153 ff.

<sup>272</sup> *Meyer*, StuvWR Hessen, 176 ff.

## 5. Kommunalverfassungsstreit

- 82** Im Geflecht der Kompetenzzuweisungen sind Reibereien zwischen den gemeindlichen Organen, Teilorganen oder Organteilen nicht zu vermeiden. Der *gerichtlichen* Entscheidung solcher inter- oder intraorganschaftlicher Streitigkeiten dient das sog. Kommunalverfassungsstreitverfahren. Diese Verfahren sind gerichtliche Auseinandersetzungen zwischen mehreren Organen oder innerhalb eines Kollegialorgans einer kommunalen Gebietskörperschaft (Gemeinde, Kreis) über die Rechtmäßigkeit des organschaftlichen Funktionsablaufs<sup>273</sup>.
- 83** a) *Grundfragen und Entwicklung*: Die dogmatischen Schwierigkeiten, die die Ausbildung dieses Instituts im Richterrecht begleitet haben, erklären sich vor allem historisch. Dem älteren Verwaltungsrecht, das sein Augenmerk fast ausschließlich auf die *Außenrechtsbeziehungen* richtete, mußten Rechtsbeziehungen *innerhalb* einer juristischen Person, hier also innerhalb der Gemeinde als rechtsfähiger Verbandspersönlichkeit, fremd bleiben. Inzwischen ist anerkannt, daß sich auch innerhalb einer juristischen Person öffentlichen Rechts die Beziehungen zwischen ihren Organen, Organwaltern und sonstigen Funktionsträgern nach Maßgabe des Rechts abwickeln (objektive Komponente), und daß den dabei erkennbaren, zunächst kompetenzrechtlich begründeten Rechtsstellungen eine dem klassischen subjektiven Recht vergleichbare gerichtliche Wehrfähigkeit zuzuerkennen ist, wenn sie nicht nur im Interesse des Gesamtorganismus, sondern zur Konstituierung von „Kontrastorganen“<sup>274</sup> zum Zwecke inneradministrativer Gewaltenbalancierung zugewiesen sind (subjektive Komponente). Während den Kompetenzen der einzelnen Behörden und Amtswalter im staatsunmittelbar-hierarchischen Organisationsbereich diese subjektive Komponente regelmäßig fehlt und „Insichprozesse“ hier daher unzulässig sind, ist sie der Rechtsstellung der am kommunalen Willensbildungsprozeß beteiligten Organe und Organteile zwar nicht durchgängig, aber häufig eigen. Man kann von *subjektiven Rechten i. w. S.* sprechen, die zwar nicht den Schutz des Art. 19 Abs. 4 GG genießen<sup>275</sup>, wohl aber der im einfachen Verwaltungsprozeßrecht erforderlichen Klagebefugnis genügen<sup>276</sup>. Im Einzelfalle ist der subjektiv-rechtliche Gehalt einer innergemeindlich-organschaftlichen Rechtsstellung nach Funktion und Schutzzweck der Kompetenznorm zu ermitteln. Gerichtliche Auseinandersetzungen, z. B. zwischen dem Gemeinderat und dem Bürgermeister über den Umfang von Informationspflichten, zwischen dem Gemeinderat und einem wegen Befangenheit ausgeschlossenen Ratsmitglied, zwischen dem Ratsvorsitzenden und einem Ratsmitglied über ein Rauchverbot, zwischen dem Gemeinderat und einer Ratsfraktion über geschäftsordnungsmäßige Rechte sind heute Standardfälle des Kommunalverfassungsstreits<sup>277</sup>.

<sup>273</sup> *Bethge*, HkWP, Bd. 2, 176 f.; *Schoch*, JuS 1987, 783; *Gern*, VBlBW 1989, 449; *Ehlers*, NVwZ 1990, 105 f.

<sup>274</sup> *Kisker*, Insichprozeß und Einheit der Verwaltung, 1965, 37.

<sup>275</sup> *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, GG Rn. 44 zu Art. 19 IV.

<sup>276</sup> *H. M.*, *Kopp*, VwGO, § 42 Rn. 44 n. w. Nachw.; auch BVerwG NVwZ 1985, 112 f.

<sup>277</sup> Insbesondere OVG Münster DVBl. 1983, 53 ff (Rauchverbot); VGH BW NVwZ 1984, 659 f und NVwZ-RR 1990, 369 (Tagesordnung); OVG Koblenz NVwZ 1985, 283 f (Antrag auf Sitzungsausschluß anderer), dazu *Schröder*, NVwZ 1985, 246 f; VGH Kassel NVwZ 1986, 328 ff (Tagesordnung).

b) *Einzelheiten*: Trotz dieser gesicherten Erkenntnis bereitet der Einbau dieses Verfahrens in die einzelnen Normen und Institute des Verwaltungsprozessrechts nach wie vor Schwierigkeiten. Insbesondere bei der Bestimmung der richtigen Klageart, der Beteiligtenfähigkeit, der Klagebefugnis und beim Rechtsschutzbedürfnis, aber auch bei der Begründetheit der Klage gibt es Streitfragen. Immerhin kann als geklärt gelten, daß Kommunalverfassungsstreitverfahren öffentlich-rechtliche Streitigkeiten i. S. des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO sind. Daß es sich trotz der mißverständlichen Bezeichnung um Streitigkeiten „nichtverfassungsrechtlicher Art“ handelt und daß mit der kommunalen Verfassungsbeschwerde (Rn. 24) keinerlei Verbindungen besteht, ist selbstverständlich. Kläger und Beklagter im Kommunalverfassungsstreit sind nicht die das einzelne Organ bildenden Personen in ihrer natürlichen Rechtsstellung, sondern die Organe in ihrer organschaftlichen Stellung. Ihre Beteiligtenfähigkeit ergibt sich folglich nicht aus § 61 Nr. 1 VwGO, sondern aus einer analogen Anwendung des § 61 Nr. 2 VwGO<sup>278</sup>.

Lange Zeit streitig war die Frage der *Klageart*. Vor allem die Oberverwaltungsgerichte Lüneburg und Münster gingen zunächst davon aus, der Kommunalverfassungsstreit passe in keine der üblichen verwaltungsprozessualen Klageformen und sei folglich als Klage eigener Art zu verstehen<sup>279</sup>. Heute dagegen herrscht die Auffassung vor, das Verfahren in die normalen Klagearten der VwGO einzupassen<sup>280</sup>. Dabei scheidet die auf den Verwaltungsakt bezogene Anfechtungs- und Verpflichtungsklage allerdings aus; denn die streitenden Gemeindeorgane stehen nach materiellem Recht nicht in dem für den Verwaltungsakt typischen Subordinationsverhältnis. Wohl aber eignen sich die allgemeine Leistungsklage auf Vornahme oder Rückgängigmachung bestimmter Organhandlungen und die Feststellungsklage. Die mit diesen Klagearten zu verfolgenden Rechte bzw. Rechtsverhältnisse sind zwar vorrangig, nicht aber ausschließlich solche des Außenrechtskreises. Sie können nach den Ausführungen zu a) auch durch organschaftliche Kompetenznormen konstituiert werden. Demgemäß ist um einstweiligen Rechtsschutz über die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO nachzusehen.

Die für die Klagebefugnis (analog § 42 II VwGO) bzw. das berechtigte Feststellungsinteresse (§ 43 I VwGO) und die Begründetheit der Klage gleichermaßen zentrale Aufgabe bleibt es, den subjektiv-rechtlichen Schutzzumfang der einschlägigen Normen der Gemeindeordnungen, der Hauptsatzungen oder der Geschäftsordnungen richtig zu bestimmen<sup>281</sup>. Entscheidend ist, daß die Verletzung einer gerade dem Kläger zustehenden „wehrfähigen Innenrechtsposition“ im Spiel ist<sup>282</sup>. Dabei kommt es allein auf den *organisationsrechtlich-funktionalen Bezug*, nicht auf

<sup>278</sup> Im Erg. auch *Tettinger*, BesVwR Rn. 81; *Erichsen*, KomR NRW, 120 f. Zur Kostentragungspflicht VGH BW NVwZ 1985, 284 f.

<sup>279</sup> *Ehlers*, NVwZ 1990, 105.

<sup>280</sup> Dazu *Preusche*, NVwZ 1987, 854; *Schoch*, JuS 1987, 783 (787 f); *Ehlers* (aaO), 107 f, auch analoge Anwendung der Fortsetzungsfeststellungsklage. Daneben ist die Konstruktion einer „allgemeinen Gestaltungsklage“ nicht angängig; str. wie hier: *Ehlers* (aaO), 106; anders *Bethge*, HkWP Bd. 2, 187; *Knemeyer*, KomR Bay. Rn. 225.

<sup>281</sup> Ausführlich *Ehlers*, NVwZ 1990, 105 (110).

<sup>282</sup> Sehr deutlich OVG Münster DVBl. 1983, 53 („Rauchverbot“).