



HEMMER / WÜST

# KOMMUNALRECHT BAYERN

Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

12. Auflage

# E-BOOK SKRIPT KOMMUNALRECHT BAYERN

Autoren: Hemmer/Wüst

12. Auflage 2021

ISBN: 978-3-86193-999-3

# INHALTSVERZEICHNIS

## E-BOOK SKRIPT KOMMUNALRECHT BAYERN

### § 1 EINLEITUNG

Wichtige gesetzliche Grundlagen des Kommunalrechts:

### § 2 KOMMUNALE SELBSTVERWALTUNG

#### A) Rechtliche Grundlage des Selbstverwaltungsrechts

#### B) Sinn und Zweck der gemeindlichen Selbstverwaltung

I. Die Gemeinden als Grundlage des demokratischen Staatsaufbaus, Art. 11 IV BV, Art. 1 S. 2 GO

II. Dezentralisation innerhalb der Länder, Art. 77 II BV

#### C) Inhalt der kommunalen Selbstverwaltung

##### I. Abwehrrechtliche Dimension

###### 1. Schutzbereich

- a) Allgemeine Rechtssubjektsgarantie oder Institutsgarantie
- b) Universalität des gemeindlichen Wirkungskreises (= Allzuständigkeit)
- c) Autonomie (= Eigenverantwortlichkeit)
- d) Weitere wichtige sachliche „Unterfälle“
- e) Nicht durch die Selbstverwaltungsgarantie gedeckt

###### 2. Eingriff

###### 3. Schranken

###### 4. Schranken-Schranken

- a) Differenzierung zwischen Kern- und Randbereich
- b) Eingriffe in den Kernbereich
- c) Eingriffe in den Randbereich

##### II. Leistungsrechtliche Dimension

### § 3 GEMEINDE TypEN UND KOMMUNALE AUFGABEN

#### A) Gemeindetypen

I. Kreisangehörige und kreisfreie Gemeinden

II. Große Kreisstädte

#### B) Handeln der Gemeinde im Überblick

I. Handeln als Verwaltungsträger

- 1. Handlungsformen
- 2. Zuständigkeit
- 3. Eingriffsbefugnis

II. Handeln als Privatrechtssubjekt

#### C) Aufgaben

## **I. Systematik**

- 1. Der Landkreis**
- 2. Der Bezirk**

## **II. Eigene und übertragene Angelegenheiten**

- 1. Eigener Wirkungskreis (Selbstverwaltungsangelegenheiten)**
  - a) Abgrenzungsprobleme**
  - b) (nicht abschließender) Aufgabenkatalog**
  - c) Pflichtaufgaben und freiwillige Aufgaben**
- 2. Übertragener Wirkungskreis (Auftragsangelegenheiten)**

## **§ 4 STAATSAUFSICHT**

### **A) Überblick**

### **B) Rechtsaufsicht**

#### **I. Rechtsaufsichtsbehörde**

#### **II. Aufsichtsmittel**

- 1. Informationsrecht, Art. 111 GO**
- 2. Beanstandungsrecht, Art. 112 GO**
- 3. Ersatzvornahme, Art. 113 GO**
- 4. Bestellung eines Beauftragten u.a., Art. 114 GO (sog. außerordentliche Aufsichtsmaßnahmen)**

#### **III. Rechtsschutz gegen rechtsaufsichtliche Maßnahmen**

### **C) Fachaufsicht**

#### **I. Fachaufsichtsbehörde**

#### **II. Aufsichtsmittel**

#### **III. Rechtsnatur fachaufsichtlicher Maßnahmen**

#### **IV. Rechtsschutz gegen fachaufsichtliche Weisungen**

## **§ 5 ÖFFENTLICHE EINRICHTUNGEN**

### **A) Vorliegen einer öffentlichen Einrichtung**

### **B) Zulassung und Benutzung**

#### **I. Zulassung**

- 1. Anspruchsberechtigte**
- 2. Rechtliche Voraussetzungen und Grenzen**
- 3. Tatsächliche Grenze der Kapazität**
- 4. Anspruchsgegner**

#### **II. Benutzung**

#### **III. „Zwei-Stufen-Theorie“ und „Einheitlichkeitstheorie“**

- 1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.v. § 40 I VwGO**
  - a) Zwei-Stufen-Theorie**
  - b) Einheitliches Benutzungsverhältnis**
  - c) Stellungnahme**

## 2. Richtiger Beklagter

### IV. Häufiges Klausurproblem: Zulassung politischer Parteien zu kommunalen öffentlichen Einrichtungen (Stadhallen)

#### 1. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO

#### 2. Versagungsgründe

### V. Klausurschema: Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde

## § 6 KOMMUNALES UNTERNEHMENSRECHT

### A) Organisationsformen kommunaler Unternehmen

#### I. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen, Art. 86 Nr. 1 u. Nr. 2 GO

#### II. Privatrechtliche Organisationsformen, Art. 86 Nr. 3 GO

### B) Zulässigkeit unternehmerischer Tätigkeit von Gemeinden

#### I. Allgemeine Zulässigkeit gemeindlicher Unternehmen i.S.v. Art. 86 ff. GO

#### II. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen

### C) Klageweise Erzwingung der Einhaltung der Voraussetzungen der Art. 86 ff. GO durch Dritte?

## § 7 HANDELN DER GEMEINDE

### A) Organe der Gemeinde

#### I. Überblick

#### II. Die einzelnen Organe

##### 1. Erster Bürgermeister

###### a) Rechtsstellung

###### b) Zuständigkeitsbereich

###### c) Verhinderungs- und Auftragsstellvertretung, Art. 39 GO; „Referenten“

###### d) Persönliche Beteiligung

##### 2. Gemeinderat

###### a) Stellung und Zuständigkeitsbereich; Geschäftsordnung

###### b) Zusammensetzung, Rechtsstellung der Mitglieder, Fraktionen

##### 3. Ausschüsse

###### a) Wesen

###### b) Bildung und Aufgabenzuweisung

###### c) Geschäftsgang

###### d) Reklamationsrecht, Art. 32 III GO

###### e) Sonstiges Eintrittsrecht des Gemeinderats

###### f) Zusammensetzung

### B) Beschlüsse

#### I. Beschlussfähigkeit, Art. 47 II, III GO

##### 1. Allgemeines

##### 2. Ladung

###### a) Zu ladende Personen

- b) Ordnungsgemäße Ladung
- c) Heilung von Ladungsmängeln
- d) Anwesenheitsmehrheit
- e) Stimmberechtigtenmehrheit

## II. Beschlussfassung

### 1. Sitzung

- a) Sitzungszwang, Art. 47 I GO
- b) Bekanntmachung der Sitzung, Art. 52 I GO
- c) Sitzungsöffentlichkeit, Art. 52 II GO
- d) Problem Tonbandaufnahmen
- e) Sitzungsort, Art. 52 IV GO

### 2. Ordnungsgemäße Beratung und Abstimmung

- a) Persönliche Beteiligung, Art. 49 GO
- b) Offene Abstimmung, Art. 51 I S. 1 GO
- c) Mehrheitsentscheidung, Art. 51 I GO

## III. (Beschluss)Wahlen, Art. 51 III, IV GO

## IV. Abschließendes Prüfungsschema: Beschlussfassung im Gemeinderat i.R.d. Begründetheitsprüfung

# § 8 BÜRGERBEGEHREN UND BÜRGERENTSCHEID

## A) Hintergründe

## B) Durchführung eines Bürgerentscheides

### I. Bürgerbegehren

#### 1. Formelle Anforderungen

- a) Form, Fragestellung, Begründung, Vertreterbenennung: Art. 18a IV GO
- b) Unterzeichnungsberechtigung: Art. 18a V GO
- c) Quorum: Art. 18a VI GO

#### 2. Materielle Anforderungen

- a) Angelegenheit des eigenen Wirkungskreises, Art. 18a I GO
- b) Negativkatalog des Art. 18a III GO
- c) Weitere ausgeschlossene Gegenstände

### II. Erklärung der Zulässigkeit eines Bürgerbegehrens durch den Gemeinderat, Art. 18a VIII GO

#### 1. Umfang der Prüfung durch den Gemeinderat

#### 2. Sperrwirkung der Zulassung

#### 3. Durchführung des Bürgerentscheides

#### 4. Klage gegen die Abweisung eines Bürgerbegehrens

- a) Statthafte Klageart
- b) Erforderlichkeit eines Vorverfahrens, §§ 68 ff. VwGO
- c) Klagebefugnis, § 42 II VwGO
- d) Beteiligungsfähigkeit, § 61 VwGO
- e) Prozessfähigkeit, § 62 VwGO

## f) Einstweiliger Rechtsschutz

# § 9 DIE KOMMUNALVERFASSUNGSRECHTLICHE STREITIGKEIT

## A) Begriff

## B) Typische Fallkonstellationen

I. Unterfälle des Intraorganstreits

II. Unterfälle des Interorganstreits

## C) Prüfung der KVS als Klage in der Klausur

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I VwGO

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

a) Allgemeines

b) Fraktionsinterne Streitigkeiten

c) Klagen auf Widerruf von Äußerungen

2. Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art

II. Zulässigkeit der Klage

1. Statthafte Klageart

a) Vorrangigkeit der Anfechtungsklage

b) Klageart bei Verneinung eines VA

2. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

3. Nur für die Feststellungsklage: Feststellungsinteresse

4. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO

a) Gemeinderat

b) Gemeinderatsfraktion

c) Einzelnes Gemeinderatsmitglied

d) Erster Bürgermeister

5. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

III. Begründetheit der KVS

1. Passivlegitimation

2. Begründetheit im Übrigen

# § 10 RECHTSSETZUNG

## A) Ermächtigung

I. Überblick

II. Satzungen im eigenen Wirkungskreis

III. Satzungen im übertragenen Wirkungskreis

IV. Verordnungen

## B) Satzungen

I. Inhalt

1. Überblick

2. Allgemeine Rechtmäßigkeitsanforderungen

### **3. Satzungen nach Art. 24 GO**

- a) Art. 24 I Nr. 1 GO
- b) Art. 24 I Nr. 2 GO
- c) Art. 24 I Nr. 3 GO
- d) Art. 24 I Nr. 4 GO
- e) Art. 24 II GO
- f) Art. 24 III GO

### **4. Abgabensatzungen, Art. 2 KAG und §§ 132, 127 I BauGB**

### **5. „Baurechtssatzungen“ nach dem BauGB**

### **6. Haushaltssatzungen, Art. 63 GO**

## **II. Satzungserlassverfahren**

### **1. Zuständigkeit**

- a) Verbandskompetenz
- b) Organkompetenz

### **2. Satzungsentwurf**

### **3. Beschlussfassung**

### **4. Notwendiger Inhalt**

### **5. Genehmigung/Vorlage**

### **6. Ausfertigung**

### **7. Bekanntmachung**

### **8. Inkrafttreten**

## **III. Überprüfung kommunaler Satzungen**

### **1. Prüfungskompetenz**

- a) Gerichtliche Überprüfung
- b) Überprüfung durch die Verwaltung

### **2. Verwerfungskompetenz**

### **3. Prüfungsschema, Fehlerfolgen**

- a) Satzungsüberprüfung
- b) „Stufenprüfung“

## **C) Verordnungen**

# **§ 11 GEMEINDLICHES FINANZ- UND ABGABENRECHT**

## **A) Überblick**

## **B) Kommunalabgaben**

### **I. Begriffe**

### **II. Allgemeines**

- 1. Rechtsgrundlagen für kommunale Abgaben
- 2. Verwaltungsverfahren
- 3. Rechtsweg
- 4. Abgabensatzungen

### **III. Steuern nach dem KAG**

### **IV. Gebühren und Beiträge**



1. Zweck
2. Investitionsaufwandsbeitrag, Art. 5 KAG
3. Benutzungsgebühren, Art. 8 KAG

#### V. Sonstige Abgaben

1. Fremdenverkehrsbeitrag, Art. 6 KAG
2. Kurbeitrag, Art. 7 KAG
3. Grundstücksanschlusskosten, Art. 9 KAG

#### VI. Grundstücksbegriff im Kommunalabgabenrecht

#### VII. Bemessungsgrundsätze

1. Kostendeckungsprinzip, vgl. Art. 5 I, 8 II KAG
2. Äquivalenzprinzip, vgl. Art. 5 I S. 1, II, III, Art. 8 IV KAG

## § 12 KOMMUNALE ZUSAMMENARBEIT

### A) Überblick

#### I. Privatrechtliche Rechtsformen

#### II. Öffentlich-rechtliche Rechtsformen

1. Ohne eigene Rechtspersönlichkeit, vgl. Art. 2 II KommZG:
2. Körperschaften, vgl. Art. 2 III S. 1 KommZG, Art. 1 II S. 1 V GemO:
3. Gemeinsame Kommunalunternehmen, Art. 2 IV KommZG

### B) Kommunale Arbeitsgemeinschaft

### C) Zweckvereinbarung

### D) Zweckverband

### E) Verwaltungsgemeinschaft

#### I. Überblick

#### II. Bildung

#### III. Aufgabenverteilung

1. Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises
2. Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises
3. Problem: Behördeneigenschaft
4. Sonstiges

#### IV. Verwaltungsorgane

#### V. Aufsicht

#### VI. Vollstreckung

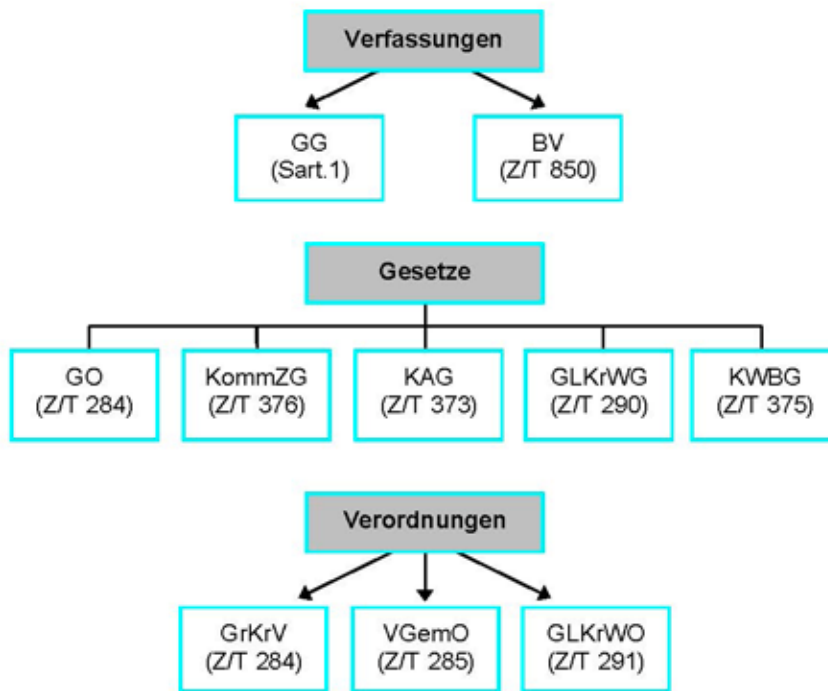
## WIEDERHOLUNGSFRAGEN / RANDNUMMER

## § 1 EINLEITUNG

Wie viele andere Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts bietet auch das Kommunalrecht ein beinahe unendlich breites Feld juristischer Betätigung (und damit auch theoretisch möglicher Prüfungsaufgaben in Klausur und Examen) mit einer wahren Normenflut (denken Sie etwa an GG, BV, GO, KommZG, VGemO, KAG, GLKrWG, GLKrWO, KWBG, um nur einige zu nennen).

1

### Wichtige gesetzliche Grundlagen des Kommunalrechts:



Auf alle Detailprobleme einzugehen, kann aber nicht Aufgabe eines Skripts sein. Auch dem Leser wäre damit wenig gedient. Dieses Skript beschränkt sich daher darauf, die in der Praxis und in der Klausur relevanten Gebiete darzustellen. Dabei wurde besonderer Wert auf die richtige Verortung der Probleme gelegt. In der Klausur reicht es nämlich nicht aus, von einem Problem schon einmal gehört zu haben. Wichtig ist es vielmehr zu wissen, in welchen Konstellationen (wann) und auch im Rahmen welcher Klageart an welcher Stelle im Prüfungsaufbau (wo) dieses Problem auftauchen kann.

2

**Bsp.:** Gegenüber einer Kommune ergeht eine aufsichtliche Beanstandung (Einzelheiten dazu unten in § 4 Kommunalaufsicht, Rn. 105 ff.).

Es reicht nicht aus, sich zu merken, dass die VA-Qualität einer solchen Maßnahme streitig ist.

Richtig ist es, zwischen Rechts- und Fachaufsicht zu trennen. Bei der rechtsaufsichtlichen Beanstandung handelt es sich nämlich völlig unstrittig um einen VA. Anders hingegen ist es im Bereich der Fachaufsicht, wo diese Frage höchst umstritten ist. Also sind auch nur hier breitere Ausführungen und eine Entscheidung der Streitfrage angebracht (Frage des „Wann“).

Auswirkungen hat die Rechtsnatur einer solchen Maßnahme auf die Frage nach der richtigen Klageart, da nur beim Vorliegen eines VAs eine Anfechtungsklage in Betracht kommt, § 42 I Alt. 1 VwGO (Frage des „Wo“).

**hemmer-Methode:** Natürlich gibt es im Kommunalrecht weitere, im Rahmen dieses Skripts nicht behandelte Probleme. Sollte ein solches einmal in einer Klausur auftauchen, dürfen Sie aber davon ausgehen, dass dann auch keine Detailkenntnisse verlangt werden.

Es genügt der saubere Umgang mit dem Gesetzestext (den Sie im Hauptkurs ausgiebig üben). Sollten Sie etwa für die

**mündliche Prüfung im öffentlichen Recht bei einem „Praktiker“ weitere Detailkenntnisse im Kommunalrecht benötigen, empfiehlt es sich sowieso, sich diese anhand von Protokollen vorangegangener Prüfungen unter Heranziehung der einschlägigen Kommentierungen anzueignen.**

Kommunalrecht in der Klausur heißt vor allem Gemeinderecht. Deshalb wird in diesem Skript auch der Schwerpunkt der Darstellung auf Probleme aus diesem Bereich gelegt. Neben einigen Spezialproblemen des Landkreis- und Bezirksrechts, die man kennen sollte (z.B. „Doppelstellung“ des Landratsamtes), sind aus diesen Bereichen grundsätzlich auch keine besonderen Klippen in der Klausur zu erwarten. Wenn Sie im Gemeinderecht „fit“ sind, werden Sie sich genauso auch problemlos in der LKrO bzw. BezO zurechtfinden. Diese entsprechen nämlich weitgehend der Regelungssystematik der GO; die nahezu identischen Regelungen sind lediglich um einige Artikel verschoben.

Dieses Skript weicht von der Darstellung im Rahmen eines Klageschemas, wie sie in den übrigen Skripten dieser Reihe (**Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I - III, Baurecht, Polizei- und Sicherheitsrecht**) praktiziert wird, weitgehend ab. Im Gegensatz etwa zur typischen Polizeirechtsklausur (Stichwort: Fortsetzungsfeststellungsklage) zeichnet sich eine „typische“ Kommunalrechtsklausur nämlich gerade dadurch aus, dass sie nur in Ausnahmefällen eine reine Kommunalrechtsklausur ist. Der Regelfall ist eine kombinierte Klausur aus Problemen des Kommunalrechts (häufig Beschlussfassung bzw. Setzung von Ortsrecht) und einem Aufhänger aus einem beliebigen anderen Bereich.

*Bsp.: Kombination mit Baurecht (Erlass eines Bebauungsplans), mit Sicherheitsrecht (Erlass einer Verordnung nach dem LStVG), aber auch z.B. mit einer Grundrechtsklausur (Überprüfung einer Satzung, deren Inhalt grundrechtlich sensible Bereiche berührt) - diese Aufzählung lässt sich beliebig fortsetzen.*

**hemmer-Methode: Dies ist das Resultat jahrelanger Klausurerfahrung und -auswertung. Daran ersehen Sie aber auch, dass Sie es sich nicht leisten können, in diesem Gebiet „auf Lücke“ zu setzen, da das Kommunalrecht häufiger Klausurgegenstand ist.**

Sie finden alle relevanten prozessualen Konstellationen in diesem Skript. Die meisten Kapitel enthalten als Anhang eine Übersicht, wie die jeweilige Problematik in einer Klausur darzustellen ist. Eine Sonderstellung nimmt insoweit die Darstellung der Kommunalverfassungsstreitigkeit in § 9 (siehe Rn. 416 ff.) ein. Diese ergänzt unmittelbar die Darstellung des vorhergehenden Kapitels, in welchem die Probleme innerhalb der Gemeindeorgane ausführlich behandelt werden.

**hemmer-Methode: Nutzen Sie diese Schemata zur Überprüfung Ihres Wissensstandes. Überlegen Sie sich anhand der Schlagwörter, was Sie in der Klausur an dieser Stelle schreiben würden. Sind Sie in der einen oder anderen Frage noch nicht „fit“, nutzen Sie die Randnummernverweise und lesen Sie die jeweilige Problematik noch einmal nach!**

Lassen Sie sich auch vom Umfang einzelner Kapitel (insbesondere § 7, Rn. 188 ff.) nicht schrecken! Sie müssen in einer Klausur nicht alle Probleme auswendig kennen. Nutzen Sie das Skript vielmehr auch als Nachschlagewerk! Denken Sie an den Vorteil, dass dieses Skript in einer Skriptenreihe erscheint. An vielen Stellen wird auf die entsprechenden Darstellungen in den anderen Skripten verwiesen. Dort können Sie dann noch tiefer in die entsprechende Problematik eindringen.

## § 2 KOMMUNALE SELBSTVERWALTUNG

### A) Rechtliche Grundlage des Selbstverwaltungsrechts

Im Gegensatz zu den Kompetenzen von Bund und Ländern, die durch das Grundgesetz festgelegt sind, werden den Gemeinden ihre Kompetenzen hauptsächlich vom Landesgesetzgeber verliehen. Dieses Recht der Kompetenzeräumung und dementsprechend auch ihrer Entziehung ist aber nicht schrankenlos. Für den bayerischen Gesetzgeber - wie auch für den Bundesgesetzgeber - gilt es nämlich die Grenzen zu beachten, welche sich aus dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung ergeben.

4

Dieses wird auf Bundesebene durch Art. 28 II GG garantiert. Für den bayerischen Gesetzgeber ist zusätzlich die Gewährleistung in der bayerischen Verfassung durch Art. 11 II BV zu beachten.

**Einleitender Beispielfall:** Die bayerische Staatsregierung will im Rahmen ihrer neuesten Sparmaßnahmen durch formelles Gesetz die Gemeinden als Verwaltungsorgane gänzlich abschaffen, weil hier keine effektive Verwaltungsarbeit möglich sei. Die Verwaltungsaufgaben sollen stattdessen von Zentralbehörden, die bei der jeweils zuständigen Regierung angesiedelt werden, erledigt werden. Aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten sehe man keine Bedenken, da die Bürger durch die Bundes- bzw. Landtagswahlen an der staatlichen Willensbildung ausreichend mitwirken. Auch seien die Entscheidungen auf kommunaler Ebene eher unwichtig. Ein Schaden drohe außerdem deswegen nicht, weil schließlich auch die Zentralbehörden an Recht und Gesetz gebunden seien.

Wie ist die materielle Rechtmäßigkeit eines solchen Gesetzes zu beurteilen?

Ein solches Gesetz wäre unmittelbar am Grundgesetz und der Bayerischen Verfassung (BV) zu messen. Gemäß Art. 28 II S. 1 GG ist den Gemeinden das Recht gewährleistet, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Art. 11 II BV enthält eine nahezu wortgleiche Formulierung. Dieses Recht will das Gesetz im obigen Beispielfall den Gemeinden gerade nehmen. Bereits deshalb ist das Gesetz verfassungswidrig. Auf die Frage, ob eine zentralistische Wahrnehmung der Aufgaben auf der untersten Ebene mit den Verfassungsprinzipien im Übrigen vereinbar wäre, sowie auf die Frage der Effizienz der jetzigen Verwaltung braucht nicht eingegangen zu werden. Der Verfassungsgeber nahm nämlich mit der jetzigen Form der Selbstverwaltung etwa verbundene Nachteile bewusst in Kauf. Zu einem Gesetz, das dies ändern wollte, wäre also in jedem Fall eine Verfassungsänderung erforderlich.

Art. 28 II S. 1 GG gewährleistet den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln. Nach h.M. sichert Art. 28 II GG das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden allerdings nur objektiv-rechtlich, nicht subjektiv-rechtlich-individuell.<sup>1</sup> Das bedeutet, dass der Fortbestand der Gemeinden (und Kreise) als solcher zwar geschützt wird, die einzelne Gemeinde aber kein Grundrecht auf ihren unveränderten Bestand hat. Demnach ist eine Zusammenlegung von zwei Gemeinden grundsätzlich nach Art. 28 II GG zulässig (kein individuelles Bestandsrecht). Unzulässig wäre es dagegen, die Gemeinden in einem Bundesland gänzlich abzuschaffen. Dann wäre der Typus Gemeinde als Institution nicht mehr gewahrt.<sup>2</sup>

5

Neben der Gewährleistung durch Art. 28 II GG steht die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 11 II BV.

6

Die beiden Garantien bestehen nebeneinander und decken sich im Wesentlichen. Eine gewisse Erweiterung bringt v.a. Art. 83 III BV, der den Landesgesetzgeber verpflichtet, bei der Übertragung von Aufgaben auch die zu ihrer Erfüllung notwendigen Mittel bereitzustellen.

Ein Unterschied besteht aber insofern, als Art. 11 II BV von der h.M. als zumindest grundrechtsähnliches Recht angesehen wird, wobei im Einzelnen aber noch vieles unklar bzw. streitig ist.<sup>3</sup>

**hemmer-Methode: Behalten Sie die daraus resultierende Folge immer im Hinterkopf: Auf Bundesebene steht der Gemeinde nur die in Art. 93 I Nr. 4b GG besonders geregelte kommunale Verfassungsbeschwerde zur Verfügung. Auf der Ebene der Landesverfassung sind die Gemeinden ebenfalls berechtigt, eine Verfassungsbeschwerde nach Art. 120 BV zu erheben (Antragsberechtigung als jur. Person des öffentlichen Rechts). Darüber hinaus ist es ihnen über die Einordnung von Art. 11 II BV als grundrechtsgleiches Recht aber auch möglich, Popularklage nach Art. 98 S. 4 BV zu erheben. Die Abgrenzung ist über den Wortlaut des Art. 55 BayVerfGHG vorzunehmen. Liegt einer der dort genannten Antragsgegenstände vor, ist die Popularklage statthaft, in den übrigen Fällen die Verfassungsbeschwerde.**

**Diese bezweckt neben dem Schutz des Antragstellers auch „den Schutz der Grundrechte als Institution“. Deshalb ist es für die Zulässigkeit einer Popularklage erforderlich, dass der Antragsteller die Verletzung von Grundrechten der Bayerischen**

1 Vgl. BVerfGE 50, 50 - 56; BVerfGE 56, 298 - 353 (312); alle Entscheidungen = jurisbyhemmer. (Wenn dieses Logo hinter einer Fundstelle abgedruckt wird, finden Sie die Entscheidung online unter „juris by hemmer“: [www.hemmer.de](http://www.hemmer.de)).

2 Vgl. hierzu Schwerdtfeger/Schwerdtfeger, 12. Teil, Rn. 743 ff.

3 Vgl. Wollenschläger in: Meder/Brechmann, BV Art. 11, Rn. 3.

**Verfassung - wenn auch nicht notwendigerweise der eigenen - rügt.<sup>4</sup> Allerdings hält sich der BayVerfGH im Rahmen der Begründetheitsprüfung für berechtigt, die zur Überprüfung gestellte Norm auch hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem übrigen objektiven Verfassungsrecht der Bayerischen Verfassung zu prüfen. I.R.d. Popularklage stehen grundrechtsähnliche Rechte den Grundrechten gleich.<sup>5</sup>**

Andererseits wird dieser Unterschied wiederum dadurch relativiert, dass zugunsten der Gemeinde auch aus Art. 28 II GG subjektive Rechte, wenn auch nicht in Form von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten, abgeleitet werden. Da hierdurch grundsätzlich nur die Kommune als Institution, nicht aber die einzelne individuelle Gemeinde geschützt wird, beschränkt sich der Inhalt dieser subjektiven Gewährleistung auf ein subjektives Recht auf Beachtung der u.a. objektiv-rechtlichen institutionellen Selbstverwaltungsgarantie. D.h. konkret, die Gemeinde kann geltend machen, dass durch eine gesetzliche Regelung die durch Art. 28 II GG garantierten Wesensmerkmale der Selbstverwaltung verletzt werden.

7

## **B) Sinn und Zweck der gemeindlichen Selbstverwaltung**

### **I. Die Gemeinden als Grundlage des demokratischen Staatsaufbaus, Art. 11 IV BV, Art. 1 S. 2 GO**

Im überschaubaren Gemeindebereich sollen Verantwortungsbewusstsein und Einsatzbereitschaft der Bürger für das Gemeindewohl aktiviert werden. Dadurch können die Interessen sowie die besonderen Orts- und Sachkenntnisse der Bürger genutzt und die geschichtliche und heimatliche Eigenart gewahrt werden.

Das BVerfG spricht von „Aktivierung der Beteiligten für ihre eigenen Angelegenheiten“,<sup>6</sup> von „wirksamer Teilnahme an den Angelegenheiten des Gemeinwesens“.<sup>7</sup>

### **II. Dezentralisation innerhalb der Länder, Art. 77 II BV**

Die Dezentralisation (Aufgabenerfüllung in mittelbarer Staatsverwaltung, d.h. nicht durch staatliche Organe selbst) führt zu einer Reduzierung staatlicher Macht und dient damit der Sicherung staatsbürgerlicher Freiheit. Weitere Vorteile sind Sach- und Bürgernähe sowie Einfachheit und u.U. auch größere Effektivität der Verwaltung.

9

#### **Exkurs: Stellung der Gemeinden im Staatsaufbau**

- horizontale Gewaltenteilung

Die Gemeinden sind unter dem Aspekt der horizontalen Gewaltenteilung (Legislative, Exekutive, Judikative) primär Träger der vollziehenden, jedoch auch der rechtsetzenden Gewalt (vgl. Art. 11 II BV, Art. 1 S. 1 GO, wo die Tätigkeit der Gemeinden in „Ordnen“ (Rechtsetzung, Art. 23 - 26 GO) und „Verwalten“ eingeteilt wird).

10

- vertikale Gewaltenteilung

Was die vertikale Gewaltenteilung (Bund, Länder) anbelangt, so gehören die Gemeinden zum Organisationsbereich der Länder, genauer gesagt zur mittelbaren Staats- bzw. Landesverwaltung.<sup>8</sup> Jedoch genießen die Gemeinden aufgrund ihres Selbstverwaltungsrechts (Art. 28 II S. 1 GG, Art. 11 II S. 2 BV) eine so stark ausgeprägte Sonderstellung im Staatsgefüge, dass man in ihnen gleichzeitig auch eine eigene, „dritte Ebene“ neben Bund und Ländern sieht. Man spricht deshalb üblicherweise von einem in Bund, Länder und Gemeinden dreigliederten Verwaltungsaufbau der Bundesrepublik. Die Gemeinden sind also auf der einen Seite trotz ihrer Einbindung in die Staatsorganisation nicht nur „verlängerte Arme des Staates“, auf der anderen Seite sind sie trotz ihrer Eigenständigkeit keine „Staaten im Staat“.

4 Vgl. BayVerfGHE 38, 43 - 47 (47) = jurisbyhemmer.

5 Vgl. Müller in: Meder/Brechmann, BV, Art. 98 S. 4, Rn. 18.

6 Vgl. BVerfGE 11, 266 - 277 (275 f.) = jurisbyhemmer.

7 Vgl. BVerfG, DVBl. 1989, 300 - 306 (302) = jurisbyhemmer.

8 Von mittelbarer Staatsverwaltung spricht man, wenn der Staat seine Verwaltungsaufgaben nicht selbst, durch eigene Behörden erfüllt (= unmittelbare Staatsverwaltung), sondern sie rechtlich selbstständigen Organisationseinheiten zur Erledigung überträgt oder überlässt.

**hemmer-Methode: Aus diesen Gründen wird die Bezeichnung als mittelbare Staatsverwaltung auch vereinzelt in der Literatur strikt abgelehnt, da sie der Stellung der Gemeinde außerhalb der eigentlichen Staatsverwaltung nicht hinreichend Rechnung trage. Dennoch ist diese Bezeichnung allgemein üblich und kann daher grundsätzlich ohne Bedenken gebraucht werden. Allerdings erscheint eine klarstellende Erläuterung im obigen Sinne angebracht, um auf der sicheren Seite zu sein.**

- sog. „Ursprünglichkeit“ der Gemeinden

Diese eigentümliche Stellung findet ihren Ausdruck in der Diskussion darüber, ob die Gemeinden Träger originärer oder derivativer (= vom Staat abgeleiteter) Hoheitsgewalt sind. Ausgangspunkt ist dabei die Bezeichnung der Gemeinden als „ursprüngliche“ Gebietskörperschaften in Art. 11 II S. 1 BV und Art. 1 S. 1 GO.

12

Der BayVerfGH folgerte zunächst aus dem Begriff der Ursprünglichkeit, dass die Eigenschaft der Gemeinden, Gebietskörperschaft zu sein, nicht vom Staat verliehen, sondern nur von ihm anerkannt und bestätigt wird. Später ließ er dahingestellt sein, „ob die Rechte der Gemeinden aus eigener, ursprünglicher Wurzel gewachsen und nicht vom Staat herzuleiten“ sind.

Die Literatur sieht in dem Adjektiv „ursprünglich“ überwiegend nur einen Ausdruck dafür, dass die Gemeinden historisch älter sind als der Staat und ihm gegenüber eine stärkere Stellung haben als Landkreise und Bezirke. Sie bilden zwar in geographischer, soziologischer und politischer Hinsicht das Fundament des Staates, nicht jedoch auch in rechtlicher. Der Staat leitet seine Hoheitsgewalt nicht von den Gemeinden ab, sondern umgekehrt die Gemeinden die ihre vom Staat.

13

**hemmer-Methode: Auch wenn es sich hier vordergründig um ein rein akademisches Problem handelt, könnte es für Sie durchaus einmal in einer Klausur verwertbar sein. Wenn es nämlich in einer Klausur entscheidend auf die Reichweite der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ankommt, kann in diesem Zusammenhang auch auf die „Ursprünglichkeit“ eingegangen werden und gefragt werden, ob sich hieraus Aussagen über den Gehalt der Selbstverwaltungsgarantie treffen lassen. Dies wird aber letztlich nach beiden Ansichten zu verneinen sein (unproblematisch nach der Literatur, die dieser Bezeichnung nur einen Hinweis auf die historische Entwicklung entnehmen will, aber auch nach dem BayVerfGH, da sich hieraus für die Stellung der Gemeinde im Anwendungsbereich des Art. 11 II BV keine stärkere Stellung herleiten lässt, als sie auch für den Art. 28 II GG durch die Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG entwickelt wurde). Deshalb gilt: Klausurtaktik! Wenn Sie meinen, genug Zeit zu haben, um auf diesen - eher historischen - Streit einzugehen, sollten Sie ihn knapp abhandeln, da er letztlich nicht weiterführt, ansonsten im Zweifel weglassen!**

- Verhältnis der Kommunen untereinander

Die kommunalen Körperschaften stehen im Verhältnis der Gleichordnung. Auch wenn z.B. Gemeinden, Landkreise und Bezirke gebietsmäßig „ineinandergeschachtelt“ sind, bedeutet dies keine rechtliche Über- und Unterordnung. Die einzelnen Kommunen stehen gleichgeordnet nebeneinander.

14

Streitig ist jedoch das Verhältnis der gemeindlichen Selbstverwaltung zur Selbstverwaltung der Landkreise. Nach einer Auffassung kommt den Landkreisen unter den Gemeindeverbänden (zu diesen gehören neben den Landkreisen noch die Bezirke und die Verwaltungsgemeinschaften, str.) eine Sonderstellung zu. Dies ergebe sich aus Art. 28 I S. 2 GG, wonach auch für die Kreise eine demokratische Struktur vorgegeben sei. Sie stünden insoweit den Gemeinden gleich (sog. einheitliches kommunales Leistungsniveau).

15

Daraus wird gefolgert, dass auch den Landkreisen ein ihrem Herkommen nach angemessener Wirkungskreis übertragen sein müsse;<sup>9</sup> letztendlich solle damit den Landkreisen wie auch den Gemeinden ein von vornherein festgelegter, unantastbarer Aufgabenbereich garantiert sein.

Darüber hinaus gelte die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung auch im Verhältnis zueinander. Diese sei jeweils in ihrem Kernbereich unantastbar. Im Randbereich sei nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein Ausgleich herzustellen.<sup>10</sup>

Nach anderer Auffassung unterscheidet Art. 28 II S. 1 GG nicht zwischen lokalen (Gemeinde-) und regionalörtlichen (Kreis-)Aufgaben. Art. 28 II S. 1 GG lasse mithin die Kreise an seinem Gewährleistungsbereich nicht teilhaben.

Bei Regelungen der Aufgabenausstattung der Gemeinden hatte der Gesetzgeber demgemäß den Vorrang zu berücksichtigen, den

9 Vgl. BVerwGE 6, 19 - 29 (23) = jurisbyhemmer.

10 Vgl. BVerwGE 67, 321 - 324 (324) = jurisbyhemmer.

Art. 28 II GG auch vor der Kreisebene einräumte. Eine Aufgabe mit örtlichem Charakter dürfe der Gesetzgeber den Gemeinden nur dann entziehen, wenn den Aufgabenentzug Gründe tragen, die gegenüber diesem Aufgabenverteilungsprinzip überwiegen. Dabei vermögen Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit dies nicht zu rechtfertigen. Dieser Auffassung zufolge besitzen die Gemeinden eine originäre Selbstverwaltungszuständigkeit, dagegen die Landkreise nur eine abgeleitete.<sup>11</sup>

Unabhängig von dieser Frage der Aufgabenverteilung sieht aber die ganz h.M. in Art. 28 II GG eine institutionelle Garantie des Landkreises in der derzeit üblichen Form.<sup>12</sup>

16

Exkurs Ende

## C) Inhalt der kommunalen Selbstverwaltung

### I. Abwehrrechtliche Dimension

Ähnlich wie ein Grundrecht dient auch das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht primär der Abwehr staatlicher Eingriffe bzw. der Gewährleistung eines gewissen Mindeststandards an Selbstverwaltung. Insoweit sind die Art. 28 II GG und Art. 11 II BV hinsichtlich der Reichweite ihrer Gewährleistung nahezu deckungsgleich, s.o. Rn. 5 ff. Angelehnt an den üblichen Aufbau einer abwehrrechtlichen Grundrechtsprüfung stellt sich das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht als Abwehrrecht im Klausuraufbau folgendermaßen dar:

17

### Prüfungsaufbau Art. 28 II GG/Art. 11 II BV als Abwehrrecht

Gedankliche Vorprüfung:

Abgrenzung abwehrrechtliche Dimension/leistungsrechtliche Dimension - nur wenn abwehrrechtliche betroffen:

1. Schutzbereich (vgl. Rn. 18 ff.)
  - a) allgemeine Rechtssubjekts- oder Institutsgarantie
  - b) Universalität des gemeindlichen Wirkungskreises (was?)
  - c) Autonomie (wie?)
  - d) Sonstiges
2. Eingriff (vgl. Rn. 34)
3. Schranken - vgl. Rn. 35 Gesetzesvorbehalt!
4. Schrankenschranken (vgl. Rn. 36 ff.)
  - a) Kernbereich
  - b) Randbereich

**hemmer-Methode: Auch wenn Art. 28 II GG nach h.M. kein grundrechtsgleiches Recht ist, kann man das vorangegangene Prüfungsschema auch zu dessen Prüfung verwenden. Wichtig ist dann nur, nicht vom Grundrecht oder grundrechtsgleichem Recht zu sprechen.**

### 1. Schutzbereich

Im Wesentlichen lassen sich drei Schutzbereichselemente unterscheiden:

<sup>11</sup> Vgl. BVerfG, DVBl. 1989, 300 - 306 (303) = jurisbyhemmer.

<sup>12</sup> Vgl. BHKM, 2. Teil, Rn. 52.