

# KOMMUNALRECHT

uni.skript. *passau*

PROF. DR. OTFRIED SEEWALD  
**UNIVERSITÄT PASSAU**  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungs-  
recht, insbesondere Sozialrecht

Innstraße 40 / Nikolakloster Zi. 428 \* 94032 Passau  
Tel. 0851/509-2340 \* Fax 0851/509-2342  
email: ofried.seewald@uni-passau.de

## Vorwort

Dieses Skript ist als unterrichtsbegleitendes Material konzipiert: Es soll die in der **Vorlesung** vermittelten Erläuterungen **ergänzen** und Informationen bieten, die im Selbststudium ohne weiteres aufgenommen werden können.

**Übersichten** und Skizzen vermitteln **Zusammenhänge**, die verbal eher schwierig mitgeteilt werden können, deren Kenntnis aber für das Verständnis des Kommunalrechts und bestimmter Problemfelder notwendig erscheint.

Die Auszüge aus **Entscheidungen** der **Gerichte** sollen einerseits das Aufsuchen der Fundstellen ersparen, andererseits aber auch Mut machen zur **Lektüre** wichtiger Entscheidungen, die nicht selten einen guten und durchaus verständlichen **Einblick** in ein **Rechtsgebiet** geben; zugleich werden damit – in Beispielen – **Formulierungshilfen** gegeben, die nicht zuletzt auch bei der Lösung von (Klausur-)Aufgaben nützlich sein dürften.

Nichts und niemand ist perfekt; nützliche Hinweise zur Verbesserung dieses Skripts sind erwünscht an ofried.seewald@uni-passau.de (oder mit der Post).

Passau, Sommersemester 2006

Otfried Seewald

## Inhaltsübersicht

|           |   |            |
|-----------|---|------------|
| <b>A.</b> | <b>RECHTLICHE GRUNDLAGEN DES KOMMUNALRECHTS.....</b>                  | <b>1</b>   |
| <b>B.</b> | <b>DIE AUFGABEN DER GEMEINDEN.....</b>                                | <b>15</b>  |
| <b>C.</b> | <b>DAS GEMEINDEGEBIET .....</b>                                       | <b>23</b>  |
| <b>D.</b> | <b>DIE GEMEINDEANGEHÖRIGEN.....</b>                                   | <b>27</b>  |
| <b>E.</b> | <b>HAFTUNGSFRAGEN.....</b>  | <b>56</b>  |
| <b>F.</b> | <b>DIE VERFASSUNG DER GEMEINDEN .....</b>                             | <b>63</b>  |
| <b>G.</b> | <b>DIE VERWALTUNG DER GEMEINDEN.....</b>                              | <b>99</b>  |
| <b>H.</b> | <b>HAUSHALTSWIRTSCHAFT; KREDITWESEN .....</b>                         | <b>108</b> |
| <b>I.</b> | <b>KOMMUNALES UNTERNEHMENSRECHT UND<br/>VERMÖGENSWIRTSCHAFT .....</b> | <b>113</b> |
| <b>J.</b> | <b>KONTROLLEN DER GEMEINDE.....</b>                                   | <b>120</b> |
| <b>K.</b> | <b>KOMMUNALE ZUSAMMENARBEIT .....</b>                                 | <b>128</b> |
| <b>L.</b> | <b>LANDKREISE .....</b>   | <b>132</b> |
| <b>M.</b> | <b>BEZIRKE.....</b>   | <b>136</b> |

## Gliederung

|             |  |           |
|-------------|--|-----------|
| <b>A.</b>   | <b>RECHTLICHE GRUNDLAGEN DES KOMMUNALRECHTS.....</b>                                 | <b>1</b>  |
| <b>I.</b>   | <b>Begriff.....</b>  | <b>1</b>  |
| <b>II.</b>  | <b>Grundgesetz.....</b>  | <b>5</b>  |
| 1.          | Grundlegende Regelungen.....   | 5         |
| 2.          | Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie.....   | 5         |
| <b>III.</b> | <b>Bundesrecht.....</b>  | <b>12</b> |
| <b>IV.</b>  | <b>Landesrecht.....</b>  | <b>13</b> |
| 1.          | Bayerische Verfassung.....   | 13        |
| 2.          | Weiteres Landesrecht.....  | 13        |
| <b>B.</b>   | <b>DIE AUFGABEN DER GEMEINDEN.....</b>   | <b>15</b> |
| <b>I.</b>   | <b>Das System der gemeindlichen Aufgaben.....</b>                                    | <b>15</b> |
| 1.          | Überblick.....   | 15        |
| 2.          | Die Wahrnehmung der Aufgaben des eigenen Wirkungskreises.....                        | 16        |
| a)          | Die freien (freiwilligen) Selbstverwaltungsaufgaben.....                             | 16        |
| b)          | Pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben.....  | 16        |
| 3.          | Die Wahrnehmung der Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises.....                   | 19        |
| <b>II.</b>  | <b>Verwaltungstätigkeit eines Gemeindeorgans als staatlich geliehenes Organ.....</b> | <b>20</b> |
| <b>III.</b> | <b>Staatlich-kommunale Gemeinschaftsaufgaben.....</b>                                | <b>21</b> |
| <b>IV.</b>  | <b>Aufgabenbestand und Gemeindearten (Gemeindetypen).....</b>                        | <b>21</b> |
| 1.          | Gemeindearten nach der BayGO.....  | 21        |
| 2.          | Gemeindetypen nach dem BayLPIG.....  | 22        |
| <b>C.</b>   | <b>DAS GEMEINDEGEBIET.....</b>   | <b>23</b> |
| <b>I.</b>   | <b>Die Regelungen der Gemeindeordnung.....</b>                                       | <b>23</b> |
| <b>II.</b>  | <b>Rechtsprobleme bei Gebietsänderungen.....</b>                                     | <b>23</b> |
| <b>D.</b>   | <b>DIE GEMEINDEANGEHÖRIGEN.....</b>  | <b>27</b> |
| <b>I.</b>   | <b>Die kommunalrechtlich erfaßten Personengruppen.....</b>                           | <b>27</b> |
| <b>II.</b>  | <b>Die Rechte der Gemeindeangehörigen.....</b>                                       | <b>28</b> |
| 1.          | Politische Rechte.....   | 28        |
| a)          | Überblick.....   | 28        |
| b)          | Insbes. Bürgerbegehren und Bürgerentscheid.....                                      | 28        |
| 2.          | Rechte (Ansprüche) auf Leistungen der Gemeinde.....                                  | 30        |
| a)          | „Leistungen“ der Gemeinde.....   | 30        |
| b)          | Insbes. Recht auf Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtungen.....                | 30        |
| aa)         | Begriff der öffentlichen Einrichtung.....  | 30        |
| bb)         | Rechtsformen kommunaler öffentlicher Einrichtungen.....                              | 34        |
| cc)         | Das Nutzungsrecht.....   | 35        |
| dd)         | Anspruch auf Fortführung bestehender oder Schaffung neuer Einrichtungen.....         | 43        |
| ee)         | Abwehr von Störungen öffentlicher Einrichtungen.....                                 | 43        |
| ff)         | Exkurs: „Privatisierung“ von öffentlichen Aufgaben/Leistungen.....                   | 44        |

|             |   |           |
|-------------|---|-----------|
| <b>III.</b> | <b>Pflichten der Gemeindebewohner.....</b>                                    | <b>45</b> |
| 1.          | Verpflichtung zur Tragung der Gemeindelasten .....                            | 45        |
| a)          | Dienst- und Sachleistungen .....  | 45        |
| b)          | Öffentliche Abgaben .....   | 46        |
| aa)         | Steuern.....  | 46        |
| bb)         | Gebühren.....   | 47        |
| cc)         | Beiträge .....  | 48        |
| dd)         | Sonderabgaben, Abgaben sui generis .....                                      | 49        |
| ee)         | Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Abgabenerhebung .....                 | 49        |
| c)          | Durchsetzung von Ansprüchen .....   | 49        |
| aa)         | Dienst- und Sachleistungen .....  | 49        |
| bb)         | Geldleistung .....  | 49        |
| d)          | Exkurs: Privatrechtliche Ansprüche .....                                      | 50        |
| 2.          | Anschluß- und Benutzungszwang.....  | 50        |
| a)          | Begriff; gesetzliche Grundlagen; Grundproblematik .....                       | 50        |
| b)          | Voraussetzungen .....   | 50        |
| aa)         | „Gründe des öffentlichen Wohls“ .....   | 50        |
| bb)         | Ausnahmen vom Anschluß- und Benutzungszwang.....                              | 51        |
| c)          | Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses .....                                     | 52        |
| d)          | Verfassungsrechtliche Probleme des Anschluß- und Benutzungszwangs .....       | 53        |
| 3.          | Übernahme und Ausübung ehrenamtlicher Tätigkeiten.....                        | 55        |
| <b>E.</b>   | <b>HAFTUNGSFRAGEN.....</b>  | <b>56</b> |
| <b>I.</b>   | <b>Haftung der Gemeinde .....</b>   | <b>56</b> |
| 1.          | Überblick .....   | 56        |
| 2.          | Haftung der Gemeinde nach deliktischem Verhalten ihrer Bediensteten.....      | 58        |
| 3.          | Haftung der Gemeinde nach vertraglichen/„vertragsähnlichen“ Regelungen.....   | 60        |
| 4.          | Passivlegitimation .....  | 61        |
| <b>II.</b>  | <b>Haftung des Schädigers .....</b>   | <b>61</b> |
| <b>F.</b>   | <b>DIE VERFASSUNG DER GEMEINDEN .....</b>                                     | <b>63</b> |
| <b>I.</b>   | <b>Organe; Organisationsmodelle .....</b>                                     | <b>63</b> |
| 1.          | Verfassung der Gemeinde nach der BayGO .....                                  | 63        |
| 2.          | Andere Organisationsmodelle.....  | 64        |
| <b>II.</b>  | <b>Zuständigkeiten; Zusammenwirken.....</b>                                   | <b>64</b> |
| 1.          | Rechtlich geregelte Tätigkeiten/Maßnahmen der Gemeindeorgane .....            | 64        |
| 2.          | Unterscheidung im Hinblick auf Fragen der Zuständigkeit .....                 | 65        |
| 3.          | Der Entscheidungsablauf in der Gemeinde .....                                 | 66        |
| 4.          | Die Instrumente gemeindlichen Handelns und die Zuständigkeit der Organe ..... | 67        |
| <b>III.</b> | <b>Insb.: Der Gemeinderat .....</b>   | <b>67</b> |
| 1.          | Die Wahl zum Gemeinderat.....   | 67        |
| 2.          | Rechtsstellung der Gemeinderats .....   | 68        |
| a)          | Gemeinderat als Kollegialorgan .....  | 68        |
| b)          | Zuständigkeiten des Gemeinderats .....  | 68        |
| c)          | Verfahren.....  | 69        |
| d)          | Ausschüsse des Gemeinderats .....   | 71        |
| aa)         | Überblick.....  | 71        |
| bb)         | Zusammensetzung .....   | 72        |

|  |            |
|--|------------|
| cc) Einflußnahme des Gemeinderates auf Tätigkeit des Ausschusses .....                               | 74         |
| dd) Ferienausschuß.....  | 74         |
| ee) Kontrolle des Gemeinderats/der Ausschüsse .....  | 74         |
| e) Fraktionen im Gemeinderat.....  | 75         |
| aa) Rechtsnatur des Zusammenschlusses von Ratsmitgliedern zu Fraktionen.....                         | 75         |
| bb) Mindeststärke.....   | 76         |
| cc) Rechte der Fraktionen .....  | 78         |
| 3. Rechtsstellung der Mitglieder des Gemeinderats.....   | 79         |
| a) Allgemeines; Status der Gemeinderatsmitglieder .....  | 80         |
| b) Einzelne Rechte.....  | 80         |
| 4. Beschränkung/Grenzen der Rechte .....   | 81         |
| a) Ausschluß von der Mitwirkung bei Beratungen und Abstimmungen wegen persönlicher Beteiligung ..... | 81         |
| b) Amtsentzug .....  | 83         |
| c) Ende der Mitgliedschaft in weiteren Fällen.....   | 83         |
| 5. Das „Kommunale Vertretungsverbot“ - Art.50 BayGO .....  | 84         |
| a) Sinn und Zweck.....   | 84         |
| b) Verfassungsmäßigkeit .....  | 85         |
| c) Anwendungsbereich .....   | 86         |
| aa) personell .....  | 86         |
| bb) sachlich .....   | 87         |
| d) Rechtsfolgen.....   | 87         |
| 6. Pflichten der Gemeinderatsmitglieder; Sanktionen wegen Pflichtverletzungen .....                  | 88         |
| a) Spezielle kommunalrechtliche Pflichten .....  | 88         |
| b) Allgemeine Rechtspflichten .....  | 90         |
| 7. „Berufsmäßige Gemeinderatsmitglieder“ .....   | 90         |
| <b>IV. Der erste Bürgermeister .....</b>   | <b>92</b>  |
| 1. Allgemeines .....   | 92         |
| 2. Persönliche Rechtsstellung, Rechte und Pflichten .....  | 93         |
| 3. Zuständigkeiten im einzelnen .....  | 94         |
| <b>V. Organstreitigkeiten = Kommunalverfassungsstreitigkeiten.....</b>                               | <b>95</b>  |
| 1. Allgemeines .....   | 95         |
| 2. Zulässigkeit.....   | 96         |
| a) Verwaltungsrechtsweg .....  | 96         |
| b) Statthafte Klageart.....  | 96         |
| c) Klagebefugnis.....  | 97         |
| d) Beteiligtenfähigkeit .....  | 98         |
| <b>G. DIE VERWALTUNG DER GEMEINDEN.....</b>  | <b>99</b>  |
| <b>I. Die Handlungsformen kommunaler Tätigkeiten.....</b>  | <b>99</b>  |
| 1. Einzelakte.....   | 99         |
| 2. Erlaß von Rechtsnormen .....  | 100        |
| a) Verordnung .....  | 100        |
| b) Satzung.....  | 101        |
| <b>II. Organisation und Tätigwerden der Gemeindeverwaltung i.e.S.....</b>                            | <b>103</b> |

|             |   |            |
|-------------|---|------------|
| <b>H.</b>   | <b>HAUSHALTSWIRTSCHAFT; KREDITWESEN .....</b>                                     | <b>108</b> |
| <b>I.</b>   | <b>Einnahmen .....</b>  | <b>108</b> |
| <b>II.</b>  | <b>Haushaltswirtschaft/Haushaltsrecht .....</b>                                   | <b>109</b> |
|             | 1. Haushaltsgrundsätze .....  | 109        |
|             | 2. Haushaltsplan .....  | 110        |
|             | 3. Kassenwesen und Rechnungslegung .....  | 112        |
|             | 4. Finanzkontrollen .....   | 112        |
| <b>I.</b>   | <b>KOMMUNALES UNTERNEHMENSRECHT UND VERMÖGENS-</b>                                |            |
|             | <b>WIRTSCHAFT.....</b>  | <b>113</b> |
| <b>I.</b>   | <b>Kommunale Unternehmen .....</b>  | <b>113</b> |
|             | 1. Frühere Rechtslage.....  | 113        |
|             | 2. Heutige Rechtslage .....   | 113        |
| <b>II.</b>  | <b>Zulässigkeitsvoraussetzungen .....</b>   | <b>115</b> |
| <b>III.</b> | <b>Organisationsformen .....</b>  | <b>116</b> |
|             | 1. Öffentlich-rechtliche Organisationsform .....                                  | 117        |
|             | 2. Privatrechtliche Organisationsformen.....                                      | 118        |
| <b>IV.</b>  | <b>Rechtsschutzprobleme .....</b>   | <b>118</b> |
|             | 1. Klagen gegen wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinde; „Konkurrentenklage“ ..... | 118        |
|             | 2. Wettbewerbsrechtliche Probleme.....  | 119        |
| <b>J.</b>   | <b>KONTROLLEN DER GEMEINDE.....</b>   | <b>120</b> |
| <b>I.</b>   | <b>Gerichtliche Kontrolle .....</b>   | <b>120</b> |
| <b>II.</b>  | <b>Staatliche Aufsicht .....</b>  | <b>120</b> |
|             | 1. Organisation der Aufsicht .....  | 120        |
|             | a) Rechtsaufsicht .....   | 122        |
|             | b) Fachaufsicht .....   | 122        |
|             | 2. Die Instrumente der Aufsicht .....   | 123        |
|             | a) Rechtsaufsicht .....   | 123        |
|             | b) Fachaufsicht .....   | 123        |
|             | 3. Zusammenwirken von Fach- und Rechtsaufsicht .....                              | 124        |
|             | 4. Mitwirkungsrechte/Genehmigungsvorbehalte .....                                 | 124        |
|             | 5. Rechtsbehelfe der Gemeinden gegen Maßnahmen der Aufsicht .....                 | 125        |
|             | a) Rechtsaufsicht .....   | 125        |
|             | b) Fachaufsicht .....   | 125        |
|             | 6. Rechtsbehelfe des Bürgers gegenüber der Aufsichtsbehörde .....                 | 126        |
|             | 7. Exkurs: Rechtsbehelfe der Gemeinde gegen sonstige staatliche Maßnahmen .....   | 126        |
| <b>III.</b> | <b>Interne Kontrollen .....</b>   | <b>127</b> |
| <b>IV.</b>  | <b>Politische Kontrollen.....</b>   | <b>127</b> |

|             |  |            |
|-------------|--|------------|
| <b>K.</b>   | <b>KOMMUNALE ZUSAMMENARBEIT .....</b>                        | <b>128</b> |
| <b>I.</b>   | <b>Zusammenarbeit nach dem KommZG.....</b>                   | <b>128</b> |
|             | 1. Kommunale Arbeitsgemeinschaft.....                        | 128        |
|             | 2. Zweckvereinbarung.....                                    | 128        |
|             | 3. Zweckverband.....   | 128        |
| <b>II.</b>  | <b>Die Verwaltungsgemeinschaft.....</b>                      | <b>130</b> |
| <b>III.</b> | <b>Exkurs: Die kommunalen Spitzenverbände .....</b>          | <b>131</b> |
| <b>L.</b>   | <b>LANDKREISE .....</b>                                      | <b>132</b> |
| <b>I.</b>   | <b>Der Landkreis als Selbstverwaltungskörperschaft .....</b> | <b>132</b> |
| <b>II.</b>  | <b>Die staatliche Verwaltung im Kreis .....</b>              | <b>133</b> |
| <b>M.</b>   | <b>BEZIRKE.....</b>  | <b>136</b> |
| <b>I.</b>   | <b>Organisation und Aufgaben .....</b>                       | <b>136</b> |
| <b>II.</b>  | <b>Regierung und Bezirk.....</b>                             | <b>137</b> |

## Literaturverzeichnis

### I. Gesetzessammlungen

*Bauer, H./Schmidt R.*, Staats- und Verwaltungsrecht Freistaat Bayern, 7.Aufl. 2000  
Deutsches Institut für Urbanistik (Difu), Die Gemeindeordnungen und Kreisordnungen  
in der Bundesrepublik Deutschland, Loseblatt-Ausgabe  
*Ziegler/Tremel*, Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern, Loseblatt-Ausgabe

### II. Lehrbücher

#### 1. Allgemeine Darstellungen

*Gern, A.*, Deutsches Kommunalrecht, 2.Aufl. 1997  
*Gönnenwein, O.*, Gemeinderecht, 1963  
*Klüber, H.*, Das Gemeinderecht in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland, 1972  
*v. Mutius, A.*, Kommunalrecht, 2.Aufl. 2000  
*Pagenkopf, H.*, Kommunalrecht, 2.Aufl. 1975/1976  
*Schmidt-Aßmann, E.*, Kommunalrecht, in: *Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 12.Aufl. 2003, S.1 ff.  
*Schmidt-Jortzig, E.*, Kommunalrecht, 1982  
*Scholler, H.*, Grundzüge des Kommunalrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 4.Aufl. 1990  
*Seewald, O.*, Kommunalrecht, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7.Aufl. 2003, S.1 ff.  
*Stober, R.*, Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 3.Aufl. 1996  
*Waechter, K.*, Kommunalrecht, 3.Aufl. 1997  
*Wolff, H.J./Bachof, O./Stober, R.*, Verwaltungsrecht II, 5.Aufl. 1987, §§ 85 ff.  
*Tettinger, P.J.*, Besonderes Verwaltungsrecht, 6.Aufl. 2001, S.2 ff.

#### 2. Bayern

*Bauer, M.*, Bayerisches Kommunalrecht in Fragen und Antworten, 2.Aufl. 1998  
*Becker, U.*, Bayerisches Kommunalrecht, in: Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 2.Aufl. 2001, S. 65 ff.  
*Knemeyer, F. L.*, Bayerisches Kommunalrecht, 10.Aufl. 2000  
*Lissack, G.*, Bayerisches Kommunalrecht, 2. Aufl. 2001  
*Scholz, G.*, Bayerisches Gemeinde-, Gemeindeverbands- und Gemeindeabgabenrecht, 6.Aufl. 1990

### III. Handbücher

*Püttner, G.* (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2.Aufl. 1981  
– 1985 ff. (Bd. 1-6)

#### **IV. Kommentare**

- Hözl/Hien*, Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung für den Freistaat Bayern, Loseblatt-Kommentar  
*Prandl/Zimmermann/Büchner*, Kommunalrecht in Bayern, Loseblatt-Kommentar  
*Bauer/Böhle/Masson/Samper*, Bayerische Kommunalgesetze. Gemeindeordnung, Landkreisordnung, Bezirksordnung. Verwaltungsgemeinschaftsordnung. Loseblatt-Kommentar  
*Prandl/Gillessen*, Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit, 5.Aufl. 1985  
*Schulz/Stadlöder*, Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit, Kommentare, 1994  
*Widtmann/Grasser*, Bayerische Gemeindeordnung, Loseblatt-Kommentar, 5.Aufl.

#### **V. Zur Vertiefung**

- Blümel, W.*, Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart, VVDStRL 36 (1978), S. 171 ff.  
*Ehlers, D.* (Hrsg.), Kommunale Wirtschaftsförderung, 1990  
*Henneke, H.-G.*, Öffentliches Finanzwesen. Finanzverfassung, 2.Aufl. 2000, §§ 15 ff.  
*v. Mutius, A.*, Sind weitere rechtliche Maßnahmen zu empfehlen, um den notwendigen Handlungs- und Entfaltungsspielraum der kommunalen Selbstverwaltung zu gewährleisten? Gutachten E zum 53. DJT 1980  
*v. Mutius, A.* (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe für G. Chr. v. Unruh, 1983  
 Kommentierungen zu Art. 28 Abs. 2 GG

#### **VI. Zeitschriften**

|                                 |              |
|---------------------------------|--------------|
| Archiv für Kommunalwissenschaft | (31 PM 1680) |
| Der bayerische Bürgermeister    | (31 PM 2040) |
| Die Gemeinde                    | (31 PM 7950) |
| Kommunalpolitische Blätter      | (51 MA 4520) |
| Der Städtetag                   | (31 PM 7920) |
| Städte- und Gemeinderat         | (31 PM 7935) |
| Der Landkreis                   | (31 PM 7590) |
| Deutsches Verwaltungsblatt      | (31 PM 3482) |
| Die öffentliche Verwaltung      | (31 PM 6200) |
| Verwaltungsrundschau            | (31 PM 7910) |

#### **VII. Geschichte des Kommunalrechts**

- Seewald*, Rdnr. 431 ff.  
*Knemeyer*, Rdnr. 3 - „Daten zur bayerischen Kommunalgeschichte“  
*Pohl*, Wurzeln und Anfänge der Selbstverwaltung, dargestellt am Beispiel der Städte, in: v. Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe für G. Chr. v. Unruh, 1983, S. 3 – 23  
*Menger*, Entwicklung der Selbstverwaltung, in: Festgabe für v. Unruh (s.o.), S. 25 - 40

## Kommunalrecht

### A. Rechtliche Grundlagen des Kommunalrechts

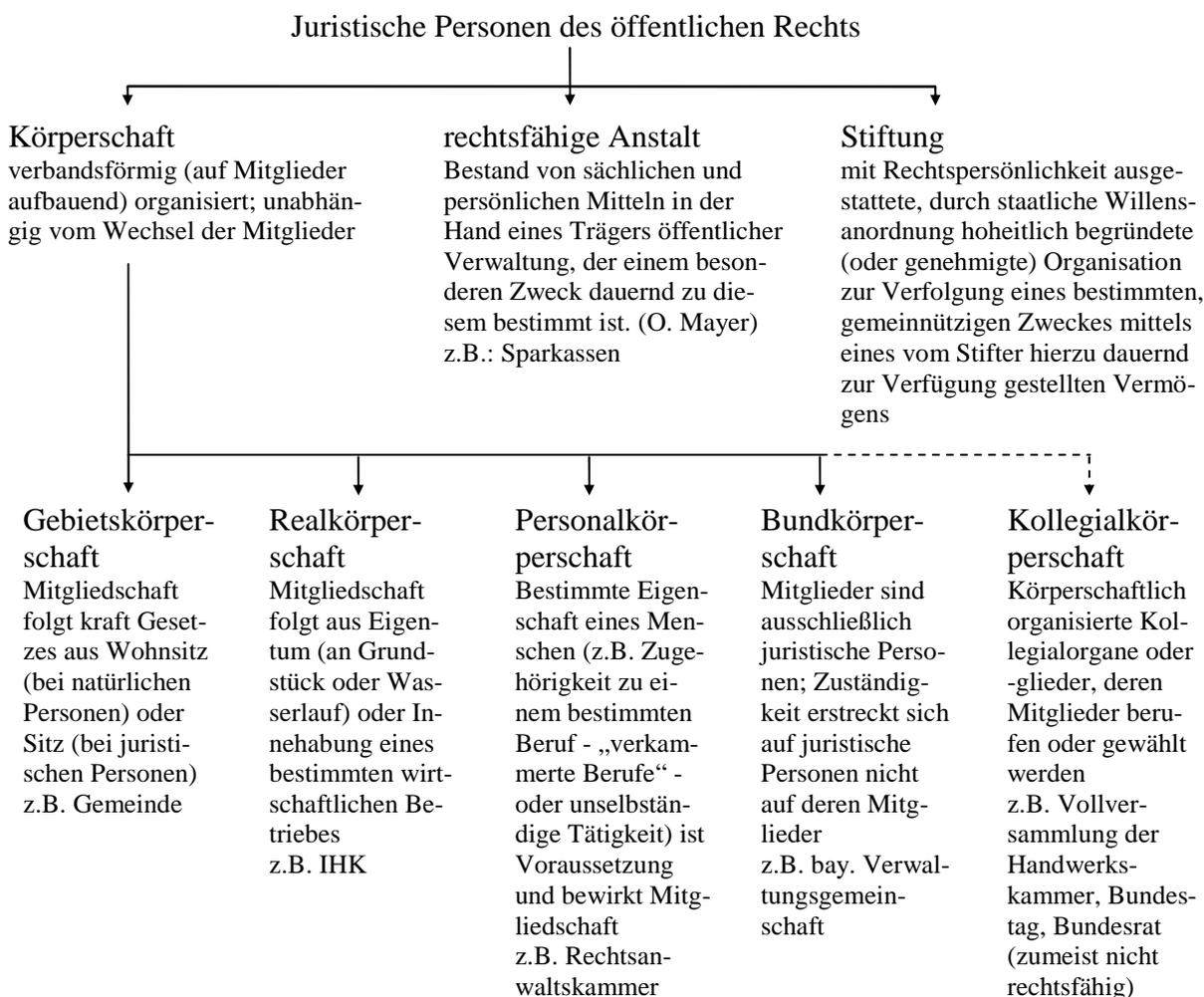
#### I. Begriff

Kommunalrecht:

- Rechtssätze, die sich generell mit der Rechtsstellung, der Organisation, den Aufgaben sowie den Handlungsformen der kommunalen Körperschaften befassen
- Prototyp des Rechts der sog. mittelbaren Staatsverwaltung

Kommunale Körperschaft:

- Juristische Person des öffentlichen Rechts
- Gemeinden, Landkreise, Bezirke, Kommunalverbände, kommunale Zweckverbände



## Merkmale:

- Rechtssubjekte, Rechtsfähigkeit auf öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Gebiet
- Entstehung durch Gesetz oder durch Hoheitsakt aufgrund eines Gesetzes
- Recht auf mehr oder weniger umfassende „Selbstverwaltung“, i.d.R. einschließlich der Befugnis, durch Satzungen objektives Recht im eigenen Aufgabenbereich zu setzen (vgl. Art.22-28 BayGO; Art.28 Abs.2 S.1 GG)
- Staatliche Aufsicht (vgl. Art.108 ff. BayGO)
- Handeln durch Organe (zumindest Mitglieder-/Vertreterversammlung; Leitungsorgan - vgl. Art.29 BayGO)
- Haftung bei hoheitlichem Handeln nach den Regeln des Staatshaftungsrechts; bei privatrechtlichem Handeln nach den Vorschriften über die Vereinshaftung (in entsprechender Anwendung) - näheres siehe unten E. Haftungsfragen

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 1 ff., 4 ff.  
Seewald, Rdnr. 6 ff.  
Becker, Rdnr. 1 ff.  
Lissack, S. 1 ff.

## Verwendung von Verwaltungskörperschaften nach Art und Hauptverwaltungsträger

| Arten von Hauptverwaltungsträger | Verwaltungskörperschaften als  |  |   |
|----------------------------------|--|--|---|
|                                  | Realkörperschaft   | Personalkörperschaft   | Bundkörperschaft  |
| Bund                             | nicht zulässig   | häufige Verwendung in der Sozial- und Arbeitsverwaltung; teilweise Verwendung in der Wirtschaftsverwaltung und anderen speziellen Politikfeldern | nicht zulässig (würde zur vertikalen Mischverwaltung führen)  |
| Länder                           | häufige Verwendung (Wasser-, Boden- Forst-, Naturschutz [i.w.S.] -verwaltung | häufige Verwendung im Bildungsbereich (Universitäten, Spezialschulen, Fachhochschulen)   | in der räumlichen Dezentralisation als provinzielle und regionale Sonderkörperschaften und für spezielle Politikfelder (Abfall, Abwasser) |
| Kreise und Gemeinden             | häufige Verwendung (wie oben)  | nicht bekannt  | häufige Verwendung in der interkommunalen Zusammenarbeit (Zweckverbände)  |

Nach Becker, Öffentliche Verwaltung, S.226

## Rechtsfähige Verwaltungsanstalten des Bundes, der Länder und der Kreise/Gemeinden

| Größenordnung Haushalt und/oder Personal  | Rechtsfähige Verwaltungsanstalten des öffentlichen Rechts der Hauptverwaltungsträger (Beispiele)  |   |  |
|---|---|---|--|
|   | Bund  | Länder  | Kreise/Gemeinden   |
| große Verwaltungsanstalten (mehrere Mio. DM Haushaltsvolumina und/oder mehrere 1000 Beschäftigte) | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Deutsche Bundesbank</li> <li>• Rentenversicherung der Arbeiter</li> <li>• Deutsche Bibliothek</li> <li>• Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung</li> <li>• Filmförderungsanstalt u.v.a.m.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Landesversicherungsanstalten (verschiedener Versicherungszweige)</li> <li>• Datenverarbeitungszentralen</li> <li>• Rundfunk- und Fernsehanstalten</li> <li>• Deutsches Museum</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sparkassen</li> </ul>   |
| eher kleine Verwaltungsanstalten  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Deutsche Welle und Deutschlandfunk</li> <li>• zentraler Fond zur Absatzförderung der deutschen Landwirtschaft u.v.a.m.</li> </ul>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Studentenwerke</li> <li>• Sonderabfallanstalten</li> <li>• Gemeindeprüfungsanstalt (Ba-Wü)</li> </ul>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• selbständiges Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts (Bayern)</li> </ul> |

### Verwaltungsträger und Verwaltungsstufen

| BUND  |  |
|---|--|
| Oberste Bundesbehörde (Bundesregierung, Bundesminister)                             |  |
| Obere Bundesbehörden<br>(z.B. Bundeskartellamt, Umweltbundesamt)                    | bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten<br>z.B. Bundesanstalt für Arbeit, Bundesbank,<br>Bundesversicherungsanstalt<br>z.B. Landesarbeitsämter |
| Mittelbehörden<br>(z.B. Wasser- und Schifffahrtsdirektionen, Oberfinanzdirektionen) |  |
| Untere Behörden<br>(z.B. Wasser und Schifffahrtsämter)                              | z.B. Arbeitsämter  |

| LÄNDER   |   |  |
|--|---|--|
| gemeinschaftliche Ländereinrichtungen z.B. öff.-rechtl. Anstalt Zweites Deutsches Fernsehen                |   |  |
| Oberste Landesbehörden<br>(Landesregierung, Ministerien)<br>Obere Landesbehörden (z.B. Landesdenkmalämter) | Kommunale Verwaltungsträger   | landesmittelbare Körperschaften, Anstalten und Stiftungen  |
| Mittelbehörden   | Höhere Gemeindeverbände<br>(z.B. Landschaftsverbände in Nordrhein-Westfalen, Bezirke in Bayern) | z.B. Rundfunk- und Fernsehanstalten der Länder,<br>Landesversorgungsanstalten<br>z.B. Handwerkskammern |
| allg. Verwaltung:<br>Regierungspräsident<br>(Bezirksregierungen)   | Sonderverwaltungen:<br>z.B. Oberfinanzdirektionen, Polizeipräsidien                             |  |
| Untere Behörden  | Landkreise<br>Sonstige Gemeindeverbände<br>z.B. Ämter<br><br>kreisangehörige Gemeinden          | z.B. Wasser- und Bodenverbände, örtliche Stiftungen des öffentl. Rechts                                |
| allg. Verwaltung:<br>Landratsämter, Landräte   | Sonderverwaltungen:<br>Forstämter<br>Finanzämter<br>Polizeidirektionen                          |  |
|  | Landkreise<br>Stadtkreise<br>(kreisfreie Gemeinden)   |  |

## II. Grundgesetz

### 1. Grundlegende Regelungen

Art.28 Abs.1 S.2, S.4 GG - Aufbauorganisation

Art.28 Abs.2 S.1 GG - Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden

Art.28 Abs.2 S.2 GG - Selbstverwaltungsrecht von Gemeindeverbänden

Art.93 Abs.1 Nr.4b GG - Kommunale Verfassungsbeschwerde; beachte: Grundsatz der Subsidiarität; kommunale Verfassungsbeschwerde gegen bayerisches Landesrecht aufgrund der Möglichkeit der Popularklage gemäß Art.98 Abs.4 BV unzulässig

Art.106 Abs.5 (i.V.m. Abs.3 S.1), Abs.5a, Abs.6, Abs.7, Abs.8 Abs.9 GG - Finanzierung; Verteilung des Steueraufkommens auf die Gebietskörperschaften

Art.108 Abs.4 S.2 GG – Finanzverwaltung

### 2. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie

Quelle: Art.28 Abs.2 GG, Art.11 BV

BVerfGE 11, 266 - klassische Definition

S.275: Kommunale Selbstverwaltung bedeutet „ihrem Wesen und ihrer Intention nach die **Aktivierung der Beteiligten für ihre eigenen Angelegenheiten**, die die in der örtlichen Gemeinschaft lebendigen Kräfte des Volkes zur **eigenverantwortlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben der engeren Heimat** zusammenschließt mit dem Ziel, das **Wohl der Einwohner** zu **fördern** und die geschichtliche und heimatliche Eigenart zu wahren.“

Inhalte der Selbstverwaltungsgarantie:

- **Allzuständigkeit**

Gemeinde darf alle in der örtlichen Gemeinschaft wurzelnden Aufgaben wahrnehmen, soweit sie nicht durch Gesetz anderen Verwaltungsträgern zugewiesen sind.

- **Personalhoheit**

BVerfGE 17, S.172 - Verpflichtung einer Gemeinde zur Übernahme bisheriger Landesbediensteter bei gleichzeitiger Übernahme der von diesen wahrgenommenen Aufgaben

S.182: „Die **Personalhoheit** umfaßt vor allem die **Befugnis, die Gemeindebeamten auszuwählen, anzustellen, zu befördern und zu entlassen ...**“

- **Finanzhoheit**: jetzt in Art.28 Abs.2 S.3 GG auch ausdrücklich aufgeführt

BVerfGE 23, S.353 – sog. Vorbelastungsregelung bei der Bestimmung der Kreisumlagegrundlagen in § 14 Abs.2 Nr.1 Hess. Finanzausgleichsgesetz 1958

S.368: „... Die sogenannte kommunale **Finanzhoheit** kann sich nicht daran erschöpfen, daß die Gemeinde das, was sie einnimmt, **nach ihren Bedürfnissen verwendet**, sondern sie besteht auch darin, daß die Gemeinde sich **in eigenverantwortlicher Regelung ihrer Finanzen** auf die ihr obliegenden Verpflichtungen einstellt.“

- **Organisationshoheit:** Befugnis, die eigene Verwaltung selbst zu organisieren BVerfG BayVBl. 2000, S.721 – Verwendung des Stadtwappens (statt des Landeswappens) bei der Erledigung von Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises (Gemeinde als Zulassungsstelle nach § 23 StVZO)

Nichtamtlicher Leitsatz: „Läßt der Gesetzgeber den Gemeinden bei der Ausgestaltung ihrer Organisation Raum zu selbstverantwortlichen Maßnahmen, findet eine Kontrolle, ob die von ihm getroffenen Organisationsentscheidungen auf hinreichend gewichtigen Zielsetzungen beruhen, nicht statt.“

#### BVerfGE 91, 228 – Gleichstellungsbeauftragte

LS 2a): Die Gewährleistung des Kernbereichs kommunaler Selbstverwaltung verbietet Regelungen, die eine eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit der Kommunen im Ergebnis ers-ticken Würde

LS 2b): Art.28 Abs. 2 S.1 verpflichtet den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Kommunalrechts den Gemeinden eine Mitverantwortung für die organisatorische Bewältigung ihrer Aufgaben einzuräumen und den Gemeinden einen hinreichenden Spielraum bei der Wahrnehmung der einzelnen Aufgaben offenzuhalten.

- **Satzungsautonomie:** Befugnis zur autonomen Rechtsetzung, vgl. Art.23, 24 BayGO, § 10 BauGB
- **Planungshoheit:** Befugnis, eigenverantwortlich das Gemeindegebiet zu ordnen und zu gestalten, insbesondere verbindliche Planungen bezüglich der baulichen und sonstigen Nutzung der Gemeindegrundstücke vorzunehmen.

#### Konkretisierungen und Einschränkungen der Selbstverwaltungsgarantie:

- unmittelbar durch das GG, z.B. Art.73 Nr.1, 87a und b  
BVerfGE 8, S.122 - Volksbefragung in hessischen Gemeinden zur Ausrüstung der Bundeswehr mit Atomwaffen

LS. 3: 3. Die Gemeinde ist als hoheitlich handelnde Gebietskörperschaft, soweit ihr nicht Auftragsangelegenheiten vom Staat zugewiesen worden sind, von Rechts wegen darauf beschränkt, sich mit Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises zu befassen. **Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises** sind nur solche **Aufgaben, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf die örtliche Gemeinschaft einen spezifischen Bezug haben** und von dieser örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich und selbständig bewältigt werden können. Die Gemeinde überschreitet die ihr gesetzten rechtlichen Schranken, wenn sie zu allgemeinen, überörtlichen, vielleicht hochpolitischen Fragen Resolutionen faßt oder für oder gegen eine Politik Stellung nimmt, die sie nicht als einzelne Gemeinde besonders trifft, sondern der Allgemeinheit - ihr nur so wie allen Gemeinden - eine Last aufbürdet oder sie allgemeinen Gefahren aussetzt.

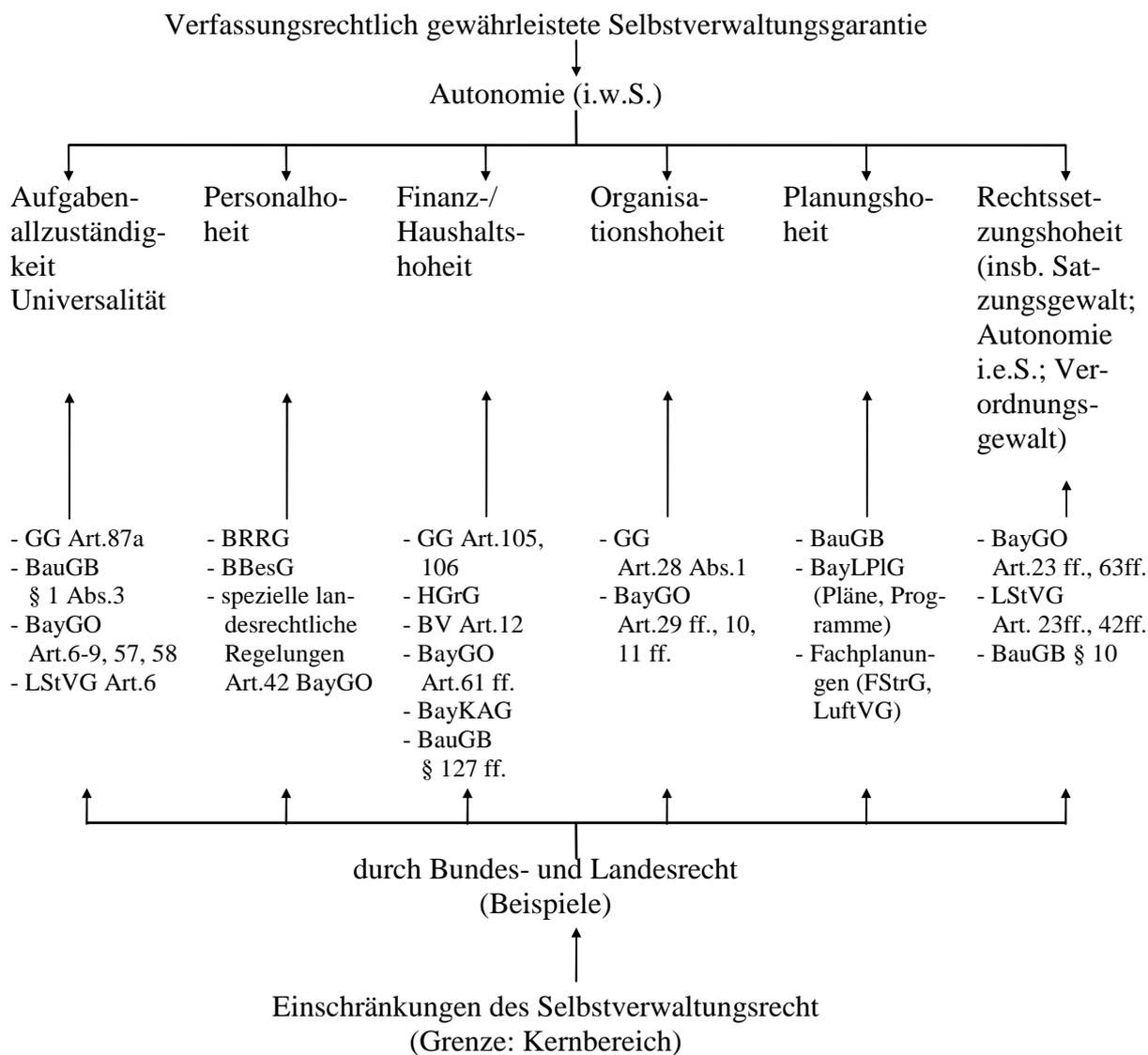
BVerwGE 87, S.228 - Städtepartnerschaften bedeuten kein Gebrauchmachen von einem die Grenzen des Selbstverwaltungsrechts überschreitenden allgemeinpolitischen Mandat

Lit.: Seewald, Die Verwaltung, 1992, S.175 ff.

- durch Bundes - und Landesrecht (siehe unten)

#### Grenzen der Beschränkung:

- sog. Kernbereich (absolute Grenze), seit BVerfGE 1, S.167, 174 std. Rspr.
- Übermaßverbot (relative Grenze)
- Willkürverbot



Kommunale Selbstverwaltung wird nur „im Rahmen der Gesetze“ gewährt.

BVerfGE 56, S.298 - Einschränkung der Planungshoheit einzelner Gemeinden durch Festsetzung von Lärmschutzbereichen für die Umgebung militärischer Flugplätze

S.313: Der hier zu entscheidende Fall erfordert **keine Klärung** der Frage, ob ein **völliger Ausschluß** der Gemeinden von der Planung ihres Raumes stets den **Kernbereich des Selbstverwaltungsrechts verletzen** würde. Denn die §§ 1-5 FlugLG enthalten keine allgemeine Einschränkung oder gar Beseitigung der kommunalen Planungshoheit als Institution, sondern ermächtigen den Verordnungsgeber nur ausnahmsweise zu **Einschränkungen der Planungshoheit einzelner Gemeinden** in räumlich streng abgegrenzten Gebieten. Der Bedeutung des Art.28 Abs.2 S.1 GG im Verfassungsganzen würde es jedenfalls nicht gerecht, **die Reichweite der verfassungsrechtlichen Garantie** im Einzelfall jeder beliebigen Willensentscheidung des Gesetzgebers zu überlassen. Wie das Bundesverfassungsgericht ... (BVerfGE 26, S.228 ff.) bereits entschieden hat, sind die betroffenen Gemeinden derartiger Willensentscheidungen, die ihnen im Vergleich zu anderen Gemeinden ein **Sonderopfer** auferlegen, **nicht schutzlos ausgeliefert**. Vielmehr muß der Gesetzgeber dabei den aus Art.28 Abs.2 GG folgenden Beschränkungen für staatliche Eingriffe unter dem Gesichtspunkt der **Verhältnismäßigkeit** Rechnung tragen (BVerfGE 26, S.228, 241) und das aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende **Willkürverbot** im Verhältnis zwischen Hoheitsträgern beachten, das im Rahmen des Verfahrens über die Verfassungsbeschwerde nach § 91 BVerfGG als Prüfungsmaßstab für die Beurteilung von Eingriffen in die Selbstverwaltung heranzuziehen ist (vgl. BVerfGE 1, S.167, 181; 26, S.228, 244).“

## BVerwGE 67, S.321 - Rastede

LS: „1. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in **Art.28 Abs.2 Satz 1 GG** gewährleistet nicht nur einen **Kernbereich** hinreichend gewichtiger Selbstverwaltungsangelegenheiten, sondern schützt auch vor einem **sachlich ungerechtfertigten Aufgabenentzug** nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

2. Die Garantie gilt auch im **Verhältnis zwischen Gemeinden und Kreisen**; ihr lassen sich jedoch für die Aufgabenverteilung im einzelnen keine Vorgaben im Sinne eines Subsidiaritätsprinzips entnehmen.

3. Die Entscheidung des niedersächsischen **Landesgesetzgebers**, den Landkreisen und nicht den kreisangehörigen Gemeinden die **Zuständigkeit für die Abfallbeseitigung** zu übertragen, verstößt nicht gegen Art.28 Abs.2 Satz 1 GG. Die vom Gesetzgeber vorgesehene Möglichkeit, einzelne Gemeinden mit der Aufgabenerfüllung ganz oder teilweise zu betrauen, ist verfassungsrechtlich nicht geboten.

**Sachverhalt:** Die Klägerin, eine kreisangehörige Gemeinde mit ca. 17 000 Einwohnern, hat bis zum 1. Januar 1975 in ihrem Gebiet die Müllabfuhr betrieben. Sie begehrt vom beklagten Landkreis, der jetzt für die Abfallbeseitigung zuständigen Körperschaft, gemäß § 1 Abs.2 Nds.AG AbfG die (Rück)übertragung dieser Aufgabe, hilfsweise beschränkt auf das Einsammeln und Befördern der Abfälle.

Die Beklagte lehnte den Antrag der Klägerin ab, nachdem der Rechtsvorgänger des Beigeladenen seine erforderliche Zustimmung versagt hatte

Die von der Klägerin nach erfolglosem Widerspruch erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht abgewiesen.

Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die ablehnenden Bescheide aufgehoben und den Beklagten verpflichtet, die Klägerin erneut zu bescheiden (DVBl. 1980, 81 = DÖV 1980, 417). Die Revision des Beigeladenen führte zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

**Aus den Gründen:** Das angefochtene **Urteil verletzt** Bundesverfassungsrecht, nämlich **Art.28 Abs.2 GG**; aufgrund dieser Verletzung hat das Berufungsgericht gemeint, den § 1 Abs.2 des Niedersächsischen Ausführungsgesetzes zum Abfallbeseitigungsgesetz vom 9. April 1973 (GVBl. S.109) - Nds.AG AbfG - verfassungskonform auslegen zu müssen.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung in Art.28 Abs.2 Satz 1 GG auch im Verhältnis zwischen Gemeinden und Kreisen gilt. Dem folgt der erkennende Senat. Art.28 Abs.2 Satz 1 GG gewährleistet den Gemeinden das Recht, im Rahmen der Gesetze **alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung** zu regeln. Hierdurch wird den Gemeinden ein gegen jeden gesetzlichen Zugriff verschlossener **Kernbestand an hinreichend zahlreichen und gewichtigen Aufgaben** verbürgt. In diesen Kernbereich darf auch nicht zugunsten der Kreise eingegriffen werden. Die Selbstverwaltung ist in Art.28 Abs.2 Satz 1 GG nicht als solche, sondern zuvörderst als gemeindliche garantiert. Dementsprechend dürfen die kreisangehörigen Gemeinden durch gesetzliche Zuständigkeitsverlagerungen ursprünglich gemeindlicher Aufgaben auf die Kreise nicht „die **Gelegenheit zu kraftvoller Betätigung**“ im Bereich der örtlichen Angelegenheiten (vgl. BVerfGE 22, 180 [205]) verlieren. Die Garantie des Art.28 Abs.2 Satz 1 GG erschöpft sich allerdings - auch insoweit folgt der Senat dem Berufungsgericht - nicht darin, nur eine absolute Grenze zu bezeichnen, jenseits derer der Gesetzgeber die Aufgabenzuweisung gewissermaßen frei regeln kann. Dem Ziel der Garantie, die kommunale Selbstverwaltung **vor schleichender Aushöhlung zu bewahren**, kann so nicht ausreichend Rechnung getragen werden. Der in Art.28 Abs.2 Satz 1 GG garantierte Kernbereich gemeindlicher Selbstverwaltung umfaßt kein ein für allemal feststehendes Aufgabenfeld. Er läßt sich daher auch nicht durch Verweis auf einen status quo der örtlichen Angelegenheiten umschreiben. Denn „**Örtlichkeit**“ als **kompetenzbegründendes und kompetenzwahrendes Merkmal** wird von den Anforderungen beeinflusst, welche an die Art und Weise des Aufgabenvollzugs im Hinblick auf die Notwendigkeiten des modernen Sozial- und Leistungsstaates, der ökonomischen Entwicklung und der ökologischen Vorsorge gestellt werden müssen. Die darin liegende Dynamik begünstigt eine **stille Aufgabenwanderung „von unten nach oben“**; der damit verbundenen Gefahr für die kommunale Selbstverwaltung läßt sich nur durch eine inhaltliche Erweiterung ihres Schutzbereichs Rechnung tragen. Daraus folgt: Der **unantastbare Kernbereich** der kommunalen Selbstverwaltung kennzeichnet den Bereich der Garantie, demgegenüber es keine begrenzenden gleich- oder höherwertigen Rechtsgüter mehr gibt, soll nicht die Garantie ihre Wirksamkeit für das

Staatsganze und den „Aufbau der Demokratie von unten nach oben“ (vgl. Art.11 Abs.4 der Bayerischen Landesverfassung) einbüßen; **ansonsten** schirmt die Garantie ab gegen **unzulässige, weil sachlich nicht gerechtfertigte Eingriffe** in die kommunale Selbstverwaltung. Jede den Kernbereich nicht antastende gesetzliche Zuständigkeitsregelung muß also zureichende Gründe in dem Sinne haben, daß sie im Hinblick auf die Funktion der Garantie ausreichend legitimiert und damit verhältnismäßig erscheint.

Dies gilt grundsätzlich **auch für das Verhältnis zwischen Gemeinden und Kreisen**. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß auch den Kreisen gemäß Art.28 Abs.2 Satz 2 GG das Recht der Selbstverwaltung, also das Recht, Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln, zusteht. Außerdem wird den Kreisen in Art.28 Abs.1 Satz 2 GG ebenso wie den Gemeinden bundesverfassungsrechtlich die demokratische Struktur mit dem Ziel einer Aktivierung ihrer Einwohner für die eigenverantwortliche Erfüllung ihrer Gemeinschaftsangelegenheiten vorgeschrieben. Dem entspricht, daß die **Kreise** - auch in historischer Betrachtungsweise - **mit den Gemeinden** nicht nur territorial, sondern auch nach Zweckbestimmung und Funktion **auf engste verbunden und verflochten** sind (vgl. BVerfGE 23, 353 [368]). Die kommunale Selbstverwaltung ist also nicht nur durch die Allzuständigkeit der Gemeinden im örtlichen Wirkungsbereich, sondern zugleich auch durch eine **Ergänzungs- und Ausgleichsfunktion der Kreise** charakterisiert (vgl. BVerfGE 58, 177 [196]). Unterschiede bestehen nur im garantierten **Aufgabenbereich**. Derjenige der **Gemeinden** ist allumfassend, also **nicht von gesetzlicher Zuweisung abhängig**. Er ist begrenzt durch die Leistungsfähigkeit der Gemeinden und durch die den Kreisen verfassungsrechtlich verbürgte Selbstverwaltungsgarantie. Der **Aufgabenbereich der Kreise** ist **von gesetzlicher Zuweisung abhängig** und auf die Wahrnehmung übergemeindlicher, gleichwohl aber noch örtlicher Angelegenheiten in einem Umfang bezogen, der eine Selbstverwaltung rechtfertigt.

Kreise und Gemeinden erledigen also ihre Aufgaben gleichermaßen in Form bürgerschaftlicher Selbstverwaltung. Sie stehen in bezug auf die Aufgabenträgerschaft in dem Sinne **gleichwertig** nebeneinander, daß erst **beide zusammen** innerhalb des Kreisgebietes die verwaltungsmäßigen **Leistungen der kreisfreien Stadt** erbringen. Ihr Verhältnis ist nicht ein solches hierarchischer Stufung, sondern auf Ausgleich und Ergänzung angelegt. Es ist folglich ein Modell komplementärer Funktion, das - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - mit dem Subsidiaritätsprinzip nicht angemessen gekennzeichnet wird. Das **Berufungsgericht** **verkennt** dieses Verhältnis, weil es die **Gemeinden** als gleichsam **vorstaatliche Gemeinschaft**, als die „natürliche Fortsetzung der Linie Individuum - Familie“ betrachtet, die Kreise dagegen als Zweckschöpfungen aufgrund „praktischer und politischer Erwägungen“ ansieht und demgemäß die Zuständigkeiten der Gemeinden als „originäre“ und die der Kreise als „abgeleitete“ bezeichnet. Derartige „naturrechtliche“ Erwägungen lassen außer acht, daß nicht nur die Kreise, sondern auch die **Gemeinden Teile der mittelbaren Staatsverwaltung** sind und damit keine vom Staat unabhängige oder jedenfalls distanzierte Einrichtungen darstellen (vgl. BVerfGE 61, 82 [103] und 45, 63 [79]). Der **Wesensgehalt** des den Gemeinden gewährten **Selbstverwaltungsrechts** unterscheidet sich deshalb in seiner Substanz nicht von dem der Kreise. Beiden sind gleichwertige (vgl. BVerfGE 23, 353 [367]) und damit gleichgewichtige Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft - dieser Begriff ist nicht auf die Abmessungen der Gemeinden fixiert (so mit Recht Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, 1982, Rdn.576) - zur eigenverantwortlichen Erledigung zugewiesen. Zwar liegt der **Zuweisung in Art.28 Abs.2 GG** ein **Regel-Ausnahmemechanismus** zugrunde. Ihm lassen sich jedoch für die Aufgabenverteilung im einzelnen keine Vorgaben im Sinne eines Subsidiaritätsprinzips entnehmen, wie es das Berufungsgericht versteht (vgl. dazu insbesondere Beschlüsse vom 28.Dezember 1971 - BVerwG 1 CB 16.66 - DVBl. 1972, 780 - und vom 23.August 1982 - BVerwG 1B 23.82 - DÖV 1983, 73 [74]). Da **Gemeinden wie Kreise** ihre Aufgabenträgerschaft aus dem ihnen jeweils garantierten Selbstverwaltungsrecht herleiten, sind sie **im Verhältnis zueinander** gegen einen gesetzlichen Aufgabenzug außerhalb des ihnen beiden gewährten Kernbereichs nur nach Maßgabe eines **Verhältnismäßigkeitsprinzips** geschützt, das auf den Sinn und Zweck der doppelten Garantie abhebt, die Aufgabe jeweils auf der Ebene anzusiedeln, die hierfür die geeignetere ist. Das sind die **Gemeinden**, je mehr eine **Aufgabe in der lokalen Örtlichkeit verankert** ist und von dort ihre Regelungsbezüge herleitet, und der Kreis, je mehr die Aufgabenerfüllung aus der lokalen Ebene in einen größeren Zuschnitt hineinwächst, die die Grenzen der einzelnen kreisangehörigen Gemeinde übersteigt.

BVerfGE 79, S.127 - Rastede; Verlagerung der Aufgabenzuständigkeit für die Abfallbeseitigung von den Gemeinden auf die Landkreise - sog. Hochzonung - verstößt nicht gegen Art.28 Abs.2 GG

LS:1. Der Gesetzesvorbehalt des **Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG** umfaßt nicht nur die Art und Weise der Erledigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, sondern ebenso die gemeindliche **Zuständigkeit** für diese Angelegenheiten.

2. Zum **Wesensgehalt** der gemeindlichen Selbstverwaltung gehört **kein gegenständlich bestimmter** oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer **Aufgabenkatalog**, wohl aber die Befugnis, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die nicht durch Gesetz bereits anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen sind, ohne besonderen Kompetenztitel anzunehmen.

3.a) Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG enthält auch außerhalb des Kernbereichs des Garantie ein verfassungsrechtliches **Aufgabenverteilungsprinzip** hinsichtlich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zugunsten der Gemeinden, das der zuständigkeitsverteilende Gesetzgeber zu berücksichtigen hat. Dieses Prinzip gilt **zugunsten kreisangehöriger Gemeinden** auch gegenüber den Kreisen.

b) Der Gesetzgeber darf den Gemeinden danach eine **Aufgabe** mit relevantem örtlichen Charakter nur aus Gründen des Gemeininteresses, vor allem also etwa dann **entziehen**, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre, und wenn die den Aufgabenentzug tragenden Gründe gegenüber dem verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilungsprinzip des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG überwiegen.

4. **Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft** im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG sind diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft **wurzeln oder** auf sie einen **spezifischen Bezug** haben, die also den Gemeindegewohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen; auf die Verwaltungskraft der Gemeinde kommt es hierfür nicht an.

Selbstverwaltungsgarantie ist eine sog. institutionelle Garantie, d.h. Abschaffung des Selbstverwaltungsrechts durch einfaches Gesetz ist nicht möglich;  
Möglichkeit der Ableitung von konkreten Rechten/Pflichten aus Art.28 Abs.2 S.1 GG

BVerfGE 50, 50 - Recht auf Anhörung der an der Neugliederung beteiligter Gemeinden (vgl. dazu die entsprechende landesrechtliche Regelung in Art.11 Abs.1 S.5, Abs.4 BayGO)

S.50 f.: „**Art.28 Abs.2 S.1 GG gewährleistet die Gemeinde nur institutionell aber nicht individuell.** Das Grundgesetz steht Eingriffen in die gemeindliche Gebietshoheit, auch soweit sie gegen den Willen der betroffenen Gemeinde erfolgt, nicht von vornherein entgegen. Auflösungen von Gemeinden, Gemeindegewohnenszusammenschlüssen, Eingemeindungen und sonstige Gebietsänderungen beeinträchtigen den verfassungsrechtlich geschützten **Kernbereich des Selbstverwaltungsrechts** grundsätzlich nicht (...). Indessen gehört zum verfassungsrechtlich garantierten Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung, so wie sie sich geschichtlich entwickelt hat (vgl. BVerfGE 11, S.266, 274; 26, S.282, 238; 38, S.258, 278 f.), daß **Bestands- und Gebietsänderungen** von Gemeinden **nur aus Gründen des öffentlichen Wohls** und nach vorheriger **Anhörung der betroffenen Gebietskörperschaft** zulässig sind (vgl. auch §§ 17, 18 der Niedersächsischen Gemeindeordnung). Diese Begrenzung der Befugnisse des staatlichen Gesetzgebers gegenüber den Gemeinden folgt auch aus dem Rechtsstaatsprinzip“.

## Eingriff durch Verwaltungshandeln

BVerwGE BayVBl.1982, S.216 = DÖV 1982, S.283 – Beeinträchtigung der Gemeinde durch ein Handeln der Widerspruchsbehörde, das u.a. gegen Ortsrecht (Bebauungsplan) verstößt

Eine Gemeinde wird in ihrer **Planungshoheit** verletzt, wenn die einem anderen Rechtsträger angehörende Widerspruchsbehörde ein Vorhaben entgegen den planerischen Festsetzungen ohne Rechtfertigung zuläßt (Weiterführung der Rechtsprechung ... BVerfGE 45, S.207, 211).

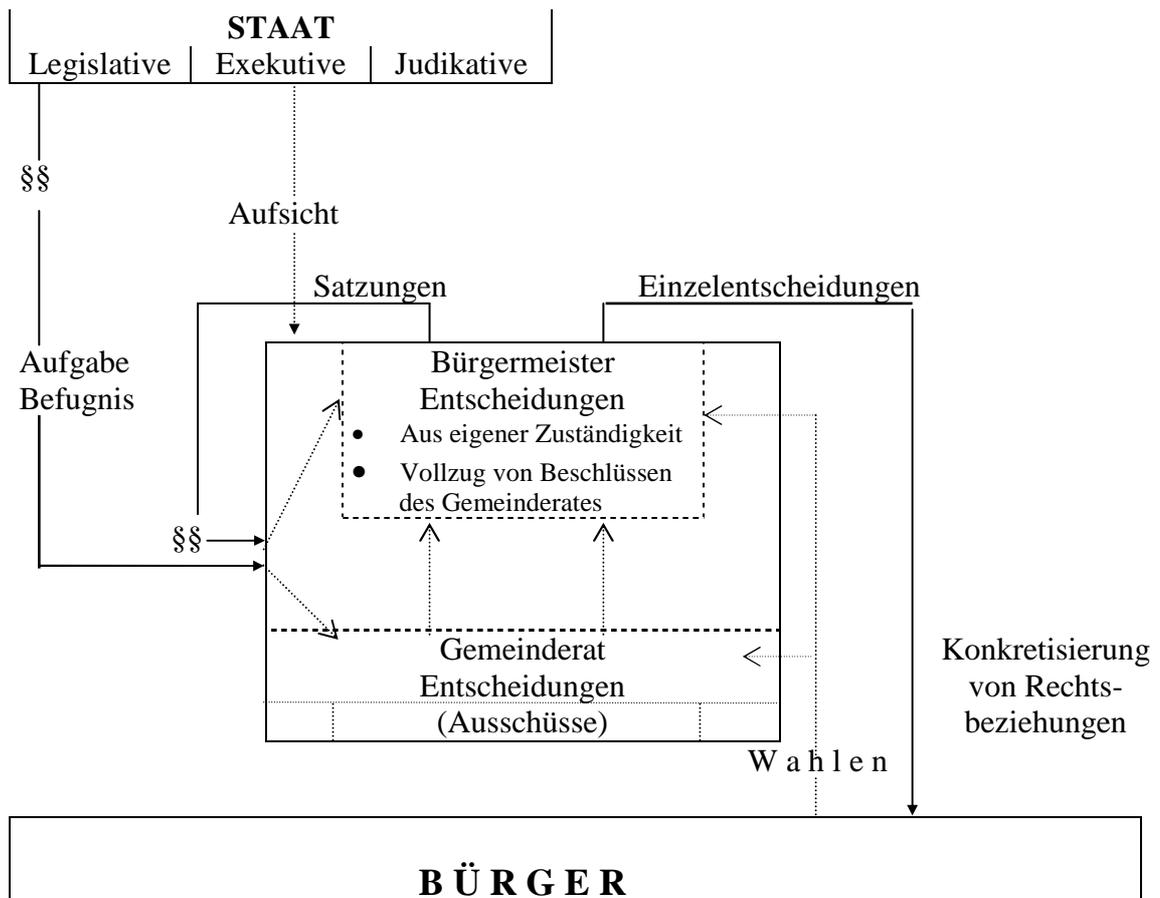
**Sachverhalt:** Im Widerspruch zu bestehenden ortsrechtlichen Vorschriften (Stadtbauplan aus dem Jahre 1919 und Ortsbausatzung von 1935) legten die Beigeladenen des Rechtsstreites in ihren Vorgärten Kraftfahrzeug-Stellplätze an. Klägerin ist die betreffende **Gemeinde**; sie lehnte den Antrag der Beigeladenen, diese Stellplätze nachträglich zu genehmigen, ab und **untersagte die Nutzung der Stellplätze und ordnete ihre Beseitigung an**. Auf den dagegen erhobenen **Widerspruch** der Beigeladenen hin hob das **Regierungspräsidium** (als Widerspruchsbehörde) diese Verfügung auf und **erteilte** den Beigeladenen zum Teil die **beantragte Baugenehmigung**, zum Teil wies es die Gemeinde an, über den Bauantrag erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung der Widerspruchsbehörde zu entscheiden. Die Gemeinde siegte letztendlich in vollem Umfang.

**Aus der Begründung:** Als Recht der Gemeinde kam hier **Art.28 Abs.2 S.1 GG** in Betracht. Diese Vorschrift normiert neben der institutionellen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung auch eine **subjektive Rechtsstellung der Gemeinden**. Zum Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden gehört unstreitig die **Planungshoheit**; damit bezeichnet man die Befugnis, grundsätzlich **eigenverantwortlich das Gemeindegebiet** zu ordnen und zu **gestalten**, insbesondere **verbindliche Planungen** bezüglich der baulichen und sonstigen Nutzung der Gemeindegrundstücke vorzunehmen. Dieses gemeindliche Recht könnte durch die Widerspruchsbehörde dadurch **beeinträchtigt** worden sein, daß sie in dem einen Fall die **Genehmigung** für die Einrichtung eines Stellplatzes erteilte und in dem anderen Fall die **Weisung** gab, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Widerspruchsbehörde, erneut über den Genehmigungsantrag zu entscheiden.

Die **Anfechtungsklage** war **begründet**, weil die **Entscheidungen der Widerspruchsbehörde** in der Sache sowohl gegen Ortsrecht der Gemeinde als auch gegen Vorschriften der Reichsgaragenordnung verstießen, also **rechtswidrig** waren und die **Gemeinden in ihrem eigenen Recht verletzten**: „Die gleichwohl - mithin rechtswidrig - erteilte Baugenehmigung und die im anderen Fall erteilte Weisung, über den Genehmigungsantrag neu zu entscheiden, verletzen die Planungshoheit der Klägerin. Zur **Planungshoheit** der Gemeinde gehört nicht nur das Recht, Bauleitpläne aufzustellen, zu ändern oder aufzuheben, sondern auch ein **Abwehranspruch gegen Baumaßnahmen, die ihren planerischen Festsetzungen widersprechen**. Wäre es anders, so könnten die Bebauungspläne einer Gemeinde durch planwidrige Genehmigungen der Baugenehmigungsbehörde, sofern diese nicht mit der Gemeinde identisch ist, oder - wie im vorliegenden Fall - der Widerspruchsbehörde unterlaufen werden. Insoweit liegt es im Ergebnis nicht anders als in den Fällen der §§ **31, 33-35 BBauG** (nunmehr: **BauGB**), wenn Baugenehmigungen ohne das erforderliche Einvernehmen der Gemeinde erteilt werden ... Auch das in § **36 BBauG** bestimmte Mitwirkungsrecht dient der Verwirklichung der Planungshoheit der Gemeinde. Es ist im Falle des § 30 BBauG nur deshalb entbehrlich, weil hier die Gemeinde selbst geplant hat und folglich nur noch die **Verwirklichung** dieser **gemeindlichen Planung** durch Baumaßnahmen bei der Erteilung einer Baugenehmigung in Rede steht. Setzt sich die Baugenehmigungs- oder Widerspruchsbehörde über die Festsetzungen des Bebauungsplanes hinweg, so stellt sich dies als ein unmittelbarer Eingriff in die Planungshoheit dar, weil durch die Genehmigung Zustände geschaffen werden, die der gemeindlichen Planung widersprechen“.

- Lit.: Knemeyer, Rdnr. 4 ff.  
 Seewald, Rdnr. 43 ff.  
 Lissack, S. 15 ff.  
 Becker, Rdnr. 46 ff.  
 Hennecke, Rdnr. 825 ff.

## „Selbstverwaltung“

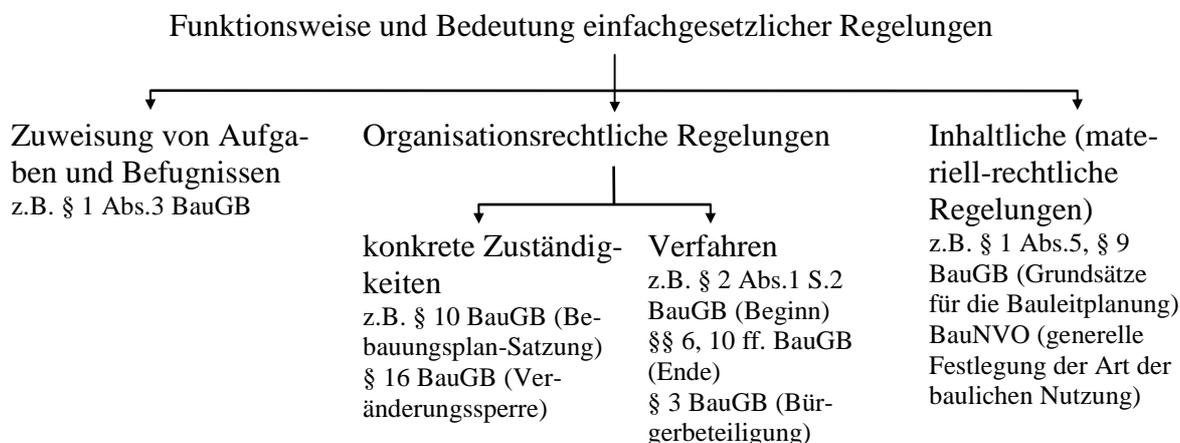


### III. Bundesrecht

- Gesetze, z.B. BauGB
- „Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung“ am 15.10.1985, in Bundesrecht umgesetzt durch Gesetz vom 22.1.1987 (BGBl. II 1987 S.65).  
Art.3 Abs.1: „Kommunale Selbstverwaltung bedeutet das Recht und die tatsächliche Fähigkeit der kommunalen Gebietskörperschaften, im Rahmen der Gesetze einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zum Wohle ihrer Einwohner zu regeln und zu gestalten“.  
Somit besteht in soweit eine zusätzliche bundesrechtliche Konkretisierung für die „kommunale Selbstverwaltung“; insbesondere dürfte das Merkmal „wesentlicher Teil der öffentlichen Angelegenheiten“ (oder: bedeutender Anteil...) zumindest als Auslegungshilfe Bedeutung erlangen. Das gilt im übrigen auch im Verhältnis von Kreisen zu Gemeinden.
- Verordnungen, z.B. BauNVO; StVO §§ 44, 45 i.V.m. ZustGV Art.2-6 (Z/Tr 860) und BefugVO-StVO Art.2-4 (Z/Tr 786)

verfassungsrechtlicher Bezug: Art.83-85 GG:  
Kommunalverwaltung ist Landesverwaltung

Möglichkeit des Durchgriff des Bundes auf das Kommunalrecht und die kommunale Organisation, aber nur durch punktuelle Annexregelungen zu einer materiellen, zur Kompetenz des Bundesgesetzgebers gehörenden Materie



Lit.: Seewald, Rdnr.22 ff.

## IV. Landesrecht

### 1. Bayerische Verfassung

Art. 10-12 BV – Regelungen für das Kommunalrecht (beachte Terminologie: Kreis = Bezirk, Bezirk = Landkreis)

Art. 98 S.4 BV i.V.m. Art.55 VerfGHG - Popularklage

Popularklagebefugnis: „Jedermann“ i.S.d. Art. 55 Abs.1 S.1 VerfGHG auch Gemeinden, denen „Grundrecht“ (grundrechtsgleiches Recht) aus Art. 11 Abs.2 S.2 BV zusteht

BayVerfGH BayVBl. 1976, 589

Art. 77 Abs.2 BV - Pflicht zur Dezentralisation von Verwaltungsaufgaben

Lit.: Seewald, Rdnr. 25 ff.

Meder, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 3.Aufl. 1985

### 2. Weiteres Landesrecht

Gemeinderecht: Bayerische Gemeindeordnung (BayGO)

Recht für die Landkreise: Landkreisordnung (LKrO)

Recht für die Bezirke: Bezirksordnung (BezO)

Regelungen des Zusammenwirkens von Gemeinden:

- Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit (KommZG)
  - \* kommunale Arbeitsgemeinschaften
  - \* Zweckvereinbarungen
  - \* Zweckverbände
- Verwaltungsgemeinschaftsordnung für den Freistaat Bayern (VGemO)

## Wahlrecht:

- Gesetz über die Wahl der Gemeinderäte, der Bürgermeister, der Kreistage und der Landräte (Gemeinde- und Landkreiswahlgesetz - GLKrWG)
- Gesetz über die Wahl der Bezirkstage (Bezirkswahlgesetz - BezWG)

## Abgabenrecht: Kommunalabgabengesetz (KAG)

## sonstiges:

- Verordnungen (z.B. GemHVO)
- weitere untergesetzliche, verbindliche Normen/Festsetzungen (z.B. LEP; Landesplanerische „Ziele“, vgl. § 1 Abs.4 BauGB)

## von den kommunalen Körperschaften gesetztes Recht:

- Satzungen (vgl. Art.23, 24 BayGO, Art.2 KAG)
- Rechtsverordnungen (z.B. gemäß § 42 LStVG)

## Die Regelungen für die kommunalen Körperschaften im Überblick:

| Regelungsgegenstand                              | Regelung |          |         |
|--|----------|----------|---------|
|  | GO       | LKrO     | BezO    |
| I. Wesen und Aufgaben                            | 1-28     | 1-21     | 1-20    |
| 1. Begriff, Benennung, Hoheitszeichen            | 1-4      | 1-3      | 1-3     |
| 2. Rechtsstellung, Wirkungskreis                 | 5-9      | 4-6      | 4-6     |
| 3. Gebiet  | 10-14    | 7-10     | 7-10    |
| 4. Rechte und Pflichten der Angehörigen          | 15-21    | 11-15    | 11-15   |
| 5. Hoheit  | 22-28    | 16-21    | 16-20   |
| II. Verfassung und Verwaltung                    | 29-60a   | 22-54    | 21-52   |
| 1. Organe und ihre Hilfskräfte                   | 29-44    | 22-39    | 21-36   |
| 2. Geschäftsgang                                 | 45-55    | 40-49    | 37-46   |
| 3. Verwaltungsgrundsätze und Verwaltungsaufgaben | 56-59    | 50-54    | 47-52   |
| III. Wirtschaft                                  | 61-107   | 55-93    | 53-89   |
| 1. Haushaltswirtschaft                           | 61-70    | 55-64    | 53-62   |
| 2. Kreditwesen                                   | 71-73    | 65-67    | 63-65   |
| 3. Vermögenswirtschaft                           | 74-85    | 68-73    | 66-71   |
| 4. Unternehmensrecht                             | 86-96    | 74-84    | 72-81a  |
| 5. Kassen- und Rechnungswesen                    | 100-102  | 86-88    | 82-84   |
| 6. Prüfungswesen                                 | 103-107  | 89-93    | 85-89   |
| IV. Staatliche Aufsicht und Rechtsmittel         | 108-120  | 94-106   | 90-100  |
| 1. Rechtsaufsicht und Fachaufsicht               | 108-117a | 94-103a  | 90-99a  |
| 2. Rechtsmittel                                  | 119, 120 | 105, 106 | 100     |
| V. Übergangs- und Schlußvorschriften             | 121-124  | 108-110  | 102-104 |

Lit.: Seewald, Rdnr. 28 ff.

## B. Die Aufgaben der Gemeinden

### I. Das System der gemeindlichen Aufgaben

#### 1. Überblick

Rechtsquellen :

BV: Art.11, Abs.2 S.2, Abs.3; Art.10 Abs.2 Abs.3; Art.83.

BayGO: Art.6 Abs.1 S.1, Abs.2, Art.7-9, Art.57, 58, 59; vgl. auch Art.109.

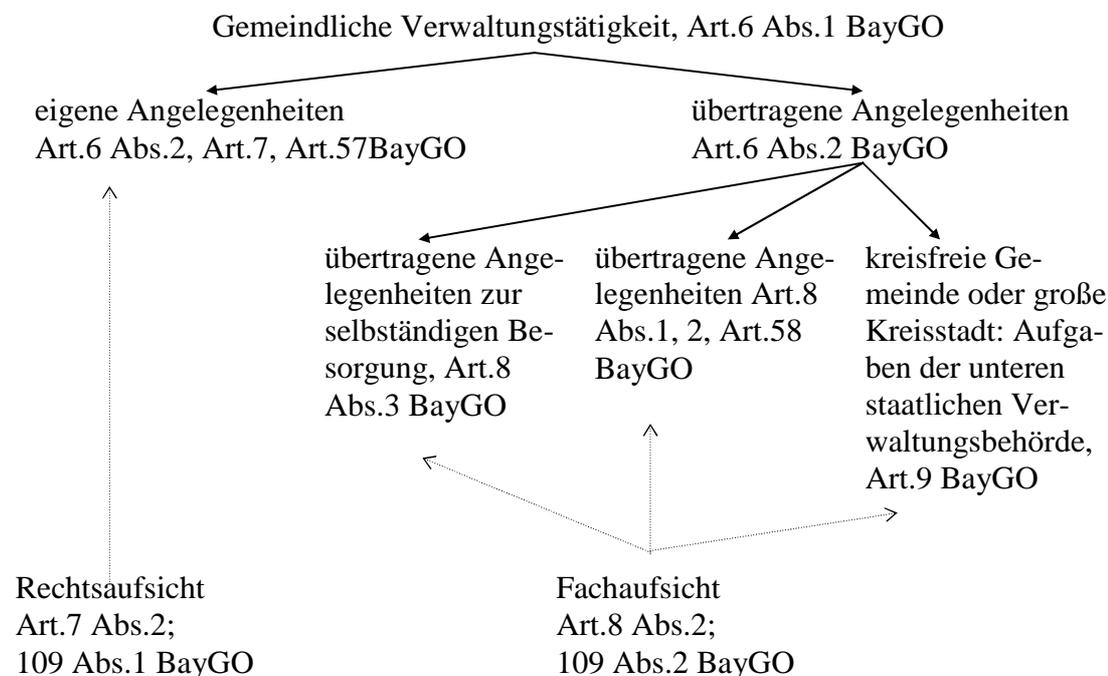
Aufgabenzuweisungen in zahlreichen Gesetzen (Bundes- und Landesrecht).

Grundsätzliche Unterscheidung in „eigene“ und „übertragene“ Aufgaben (und von entsprechendem „eigenen“ und „übertragenen“ Wirkungskreis)

Rechtliche Bedeutung der Unterscheidung von „eigenen“ und „übertragenen“ Aufgaben: unterschiedliche „Gestaltungsfreiheit“ und Freiheit von staatlicher Aufsicht:

- Im eigenen Wirkungskreis:
  - \* Freiheit im Rahmen der Selbstverwaltungsgarantie und im Rahmen der Gesetze, die diese Garantie konkretisieren (begrenztes Aufgabenerfindungsrecht)
  - \* Freiheit im Rahmen von sog. Ermessensregelungen (und -bindungen)
  - \* Von Rechts wegen keine Freiheit bei Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe
- Im übertragenen Wirkungskreis bestehen diese Freiheiten grundsätzlich nicht, vgl. Art.109 Abs.2 BayGO

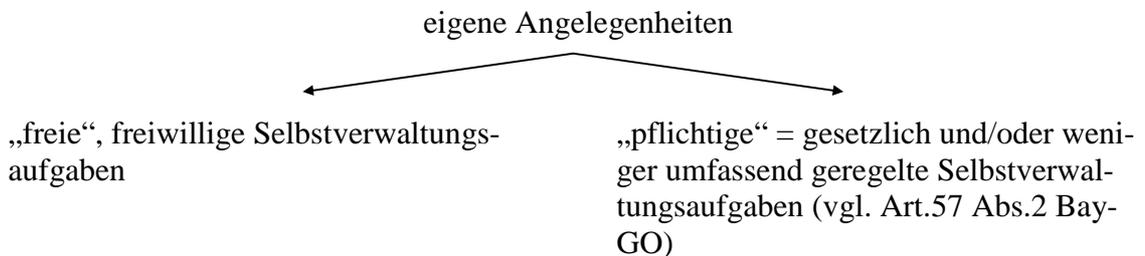
Die Struktur der Aufgaben der Gemeinde nach der BayGO



Lit.: Knemeyer, Rdnr. 141 ff.  
Seewald, Rdnr. 95 ff.  
Becker, Rdnr. 339 ff.  
Lissack, S. 40 ff.

## 2. Die Wahrnehmung der Aufgaben des eigenen Wirkungskreises

Art.83 Abs.1 BV, Art.7, 57 BayGO



### a) Die freien (freiwilligen) Selbstverwaltungsaufgaben

Keine inhaltlichen Vorgaben durch Rechtsvorschriften  
rechtliche Selbstbindung, z.B. durch Satzungen

#### Beispiele:

- kommunale Wirtschaftsförderung, Sparkassen, Städtepartnerschaften, Musikwochen
- wohl grundsätzlich auch die Materien des Art.57 Abs.1 BayGO: keine Pflicht, nur Empfehlung an Gemeinde. Allerdings: „verpflichtende“ Regelungen in speziellen Gesetzen möglich

**Schranken** dieser Aufgabenwahrnehmung (und entsprechende Kontrolle durch Aufsicht und Gerichte):

- Verbandskompetenz
- Leistungsfähigkeit, Finanzierbarkeit (vgl. Art. 57 Abs.1 BayGO)
- „negative Gesetzmäßigkeit“ (vgl. z.B. früher § 4 AFG - Arbeitsvermittlungsmonopol bei der BA); Vorrang des Gesetzes: Art.20 Abs.3 GG

Einflußmöglichkeit durch den „goldenen Zügel“ - zweckgebundene Finanzaufweisungen mit Auflagen

### b) Pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 156 ff.  
Becker, Rdnr. 346 ff.  
Lissack, S. 130

#### „Weisungsfreie Pflichtaufgaben“

Ermessen der Gemeinde - vgl. Art.7 Abs.2 BayGO

Kein Ermessen hinsichtlich der Frage, „ob“ Gemeinde diese Aufgaben wahrnehmen will (kein „Entschließungsermessen“); insoweit Einflußnahme durch Aufsicht - vgl. Art.109 Abs.1 BayGO - und Gericht gegeben.

Ermessen der Gemeinde hinsichtlich der Frage, „wie“ Aufgabe wahrzunehmen ist („Auswahlermessen“); insoweit keine aufsichtliche - vgl. Art. 109 Abs.1 BayGO - oder gerichtliche - vgl. § 114 VwGO - Kontrolle.

**Beispiele** für (weisungsfreie) Pflichtaufgaben:

**BayGO:**

- Allgemeine Verwaltung - Anstellung von Gemeindebediensteten mit bestimmter Qualifikation (Art.42 BayGO); Sorge für ordnungsgemäßen Geschäftsgang und Schaffung der dafür erforderlichen Einrichtungen (Art.56 Abs.2 BayGO); für kreisfreie Gemeinden und Gemeinden mit mehr als 20.000 Einwohnern: Unterhaltung eines Rechnungsprüfungsamtes (Art.104 BayGO)
- Aufgaben der sog. Daseinsvorsorge - Schaffung von Einrichtungen für die Trinkwasserversorgung (Art.57 Abs.2 BayGO)
- Vermögenswirtschaft - pflegliche und wirtschaftliche Verwaltung der gemeindlichen Vermögensgegenstände (Art.74 Abs.2 BayGO); Bildung von Rücklagen (Art.76 BayGO)
- Haushaltswirtschaft - Sicherung der Erfüllung von gemeindlichen Aufgaben (Art.61 BayGO); Erlaß einer Haushaltssatzung (Art.63 ff. BayGO)

**Landesrecht:**

- Sicherheitsverwaltung - Sicherstellung ausreichenden Feuerschutzes (Art.1 FeuerwehrG)
- Straßenwesen - Herstellung und Unterhaltung der Gemeindeverbindungs- und Ortsstraßen im Sinne von Art.47 BayStrWG (Art.47 Abs.1, Abs.2 BayStrWG); Beleuchtung der Straßen, Reinigung der Straßen und Schneeräum- und Streupflicht innerhalb geschlossener Ortslage (Art.51 BayStrWG)
- Schulwesen - Aufbringung des sachlichen Bedarfs für Volksschulen (Art.40 Abs.2 VolksschulG)
- Totenbestattung - Herstellung und Unterhaltung der erforderlichen Einrichtungen für das Bestattungswesen (Art.7 BestattungG)
- Gewässerwesen - Unterhaltung und Ausbau der Gewässer dritter Ordnung (Art.43 Abs.3 Nr.3, 45, 54 Abs.1 BayWG)
- Abhalten von Gemeindewahlen - Sorge für die Gemeindewahlen (Art.4 GLKrWG).

**Bundesrecht:**

- Bauplanungsrecht - Pflicht zur Aufstellung von Bauleitplänen (Flächennutzungsplänen, Bebauungsplänen - § 1 Abs.3, § 2 Abs.1 S.1 BauGB); Erschließungsmaßnahmen (§ 123 BauGB)
- Sozialhilfe - örtliche Träger der Sozialhilfe sind die kreisfreien Städte und die Landkreise. Die Länder können bestimmen, daß die Landkreise ihnen zugehörigen Gemeinde zur Durchführung von Aufgaben nach dem BSHG heranziehen und ihnen dabei Weisungen erteilen können (§ 96 Abs.1 BSHG)

**Grenzen:**

Leistungsfähigkeit, Art.57 Abs.1 BayGO

Vgl. auch Art.57 Abs.2 BayGO sowie Art.57 Abs.3 BayGO

**Problemfälle**

- Erledigung der Aufgaben der Gemeinden als Sicherheitsbehörde („Polizei“ im materiellen Sinne) gem. Art.6 LStVG; vgl. hierzu ausführlich Gallwas/Möble, Bayeri-

ches Polizei- und Sicherheitsrecht, 1990, Rdnr.69-79; s. auch Art.42 Nr.1 S.2 LStVG für Verordnungen i.V.m. - z.B. - Art.18 LStVG: übertragener Wirkungskreis

- Sicherstellung der notwendigen Beförderung von Schülern gem. Schülerbeförderungsverordnung (SchBefV - Z/Tr 689) durch den Träger des Schulaufwandes (= Aufgabenträger bei Volks- und Sonderschulen) - s. dazu Art.3 Abs.4, Art.8 Abs.1 S.2, Art.15 (Bay)Schulfinanzierungsgesetz (Z/Tr 685) (i.d.R. Gemeinden)  
 „Überwachung“ des Vollzugs des Schulfinanzierungsgesetzes gem. Art.52 durch Schulaufsichtsbehörde: Rechtsaufsicht  
 Unterstellung dieser Träger unter die Schulaufsicht (Art.87-91 BayEUG, Z/Tr 670): Rechtsaufsicht, zusätzlich Sonderbefugnisse?

Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeinden  
 Art.83 Abs.1 BV, Art.7, 57 BayGO

|                           | Pflichtaufgaben<br>Art.57 Abs.2 BayGO  | freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben,<br>Art.57 Abs.1 BayGO, Art.83 Abs.1 BV  |
|---------------------------|--|--|
| Basisver- und -entsorgung | Trinkwasserversorgung (Art.57 Abs.2 S.1 BayGO)<br>Abwasserbeseitigung (Art.41b Abs.1 BayWG)  | Energie- und Verkehrsversorgung  |
| Soziales und Gesundheit   | Errichtung von Kindergärten (Art.5 Abs.1 BayKiG)<br>Bestattungseinrichtungen (Art.7 BestG)   | Aufrechterhaltung der Gesundheit von Menschen und Tieren allgemein<br>Errichtung und Unterhalt von Altenheimen, Kranken- und Waisenhäusern, Obdachlosenheimen...<br>Jugendfürsorge und -pflege |
| Bildung und Kultur        | Schulaufwand für staatliche Volksschulen (Art.8 Abs.1 S.2 Nr.1 BaySchFG)   | Schulträgerschaft, Erwachsenenbildung<br>Kulturpflege: Theater, Orchester, Museen, Bibliotheken<br>Denkmalschutz, Heimatpflege   |
| Sport, Freizeit, Erholung |  | Jugendsport: Turnhallen, Sportplätze, Schwimmbäder   |
| Bauwesen                  | Bauleitplanung (§§ 1, 2 BauGB)<br>Straßenbaulast (Art.47 BayStrWG)<br>Unterhaltung und Ausbau von Gewässern 3.Ordnung (Art.43 Abs.1 Nr.3, Art. 54 Abs.1 BayWG)<br>Baulandbereitstellung (§ 4 WoFG)<br>Straßen- und Wegebau   |  |
| Wirtschaft                | Aufstellen eines Haushaltsplans (Art.83 Abs.2 BV)  | Fremdenverkehr, Wirtschaftsförderung (insb. Subventionen)<br>Errichtung von Sparkassen (Art.1 Abs.1 SpKG)  |
| Gefahrenabwehr            | Beleuchtung, Reinigung u.s.w. von Straßen (Art.51 BayStrWG)<br>Abwendung von Wasser- und Eisgefahr (Art.66 BayWG)<br>Wasser- und Dammwehr (Art.66 Abs.2 BayWG)<br>einige Aufgaben im Zusammenhang mit der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen (§ 30 Abs.7 S.1 IfSG, vgl. auch Art.12 LStVG)<br>Feuersicherheit (§ 23 VVB), Feuerschau (§ 3 Abs.1 FBV)<br>„abwehrender Brandschutz“ und „technischer Hilfsdienst“ (Art.1 BayFwG) | allgemeine öffentliche Sicherheit und Ordnung  |
| Öffentlichkeitsarb.       |  | Beratung, Information, Werbung   |



**Aufsicht** im Bereich der Aufgaben des eigenen Wirkungskreises: nur „Rechtsaufsicht“  
 vgl. unten J.II.1.a)

### 3. Die Wahrnehmung der Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 160 ff.  
 Seewald, Rdnr. 113 f.  
 Becker, Rdnr. 354 ff.  
 Lissack, S. 131 ff.

Art.8, 58 BayGO  

- Alternative zu staatlichen (Sonder-)Behörden: „Kommunalisierte staatliche Aufgabenwahrnehmung“
- entspricht weitgehend der sog. Auftragsverwaltung bzw. der „Erfüllung von Pflichtaufgaben nach Weisung“ in anderen Bundesländern

Gegenstände des übertragenen Wirkungsbereiches:

vgl. die Aufzählung bei Widtmann/Grasser, Art.58 Anm.3, sowie Seewald, Rdnr.118.

#### Beispiele:

- Tätigkeit der Gemeinde als Straßenverkehrsbehörde (z.B. zum Schutz der Bevölkerung vor Lärm und Abgasen gem. § 45 Abs.1b S.1 Nr.5 StVO) - § 44 StVO - Art.2 Nr.1, 2, Art.3, 4 ZustGVerk (Z/Tr 860) - Art.6 ZustGVerk (gem. § 44 Abs.1 S.2 StVO)
- Leistung von Katastrophenhilfe (Art.2 Abs.1 S.2 BayKSG)
- Mitwirkung bei Vollzug des Tierseuchengesetzes (Art.3 G über den Vollzug des TierseuchenG)
- Maßnahmen auf dem Gebiet des Gewerberechts (§ 14 Abs.1 S.1, § 15a Abs.4 S.2 GewO)
- Errichtung öffentlicher Schutzräume, Schlachtier- und Fleischschau
- Tätigkeit als Ausweisbehörde und Paßbehörde
- statistische Erhebungen, Erledigung der Aufgaben der Standesämter (§ 51 PStG)
- Aufstellung der Vorschlagsliste für Schöffen und Geschworene (§ 36 GVG)
- Personenstands- und Betriebsaufnahme (§ 134 AO)
- Mitwirkung bei der Durchführung der Bauaufsicht (Art.69 Abs.1, 72 Abs.6, 86 Abs.3 BayBO)

**Aufsicht** im Bereich der übertragenen Angelegenheiten: „Fachaufsicht“

- vgl. dazu grundsätzlich Art.10 Abs.3 S.2 BV, Art.8 Abs.2 BayGO

- eingeschränktes Weisungsrecht gem. Art.109 Abs.2 S.2 Nr.1 und 2 BayGO  
vgl. auch unten J.II.1.b)
- zum **Rechtsschutz** gegen Aufsichtsmaßnahmen vgl. unten J.II.5.

**Finanzierung** der „Fremdverwaltung“: Art.83 Abs.3 BV; Art.8 Abs.4 BayGO, FAG  
Kommunen tragen Kostenaufwand; Staat ist verpflichtet, bei der Übertragung einer Aufgabe, auch die zu ihrer Erfüllung notwendigen Mittel zur Verfügung zu stellen

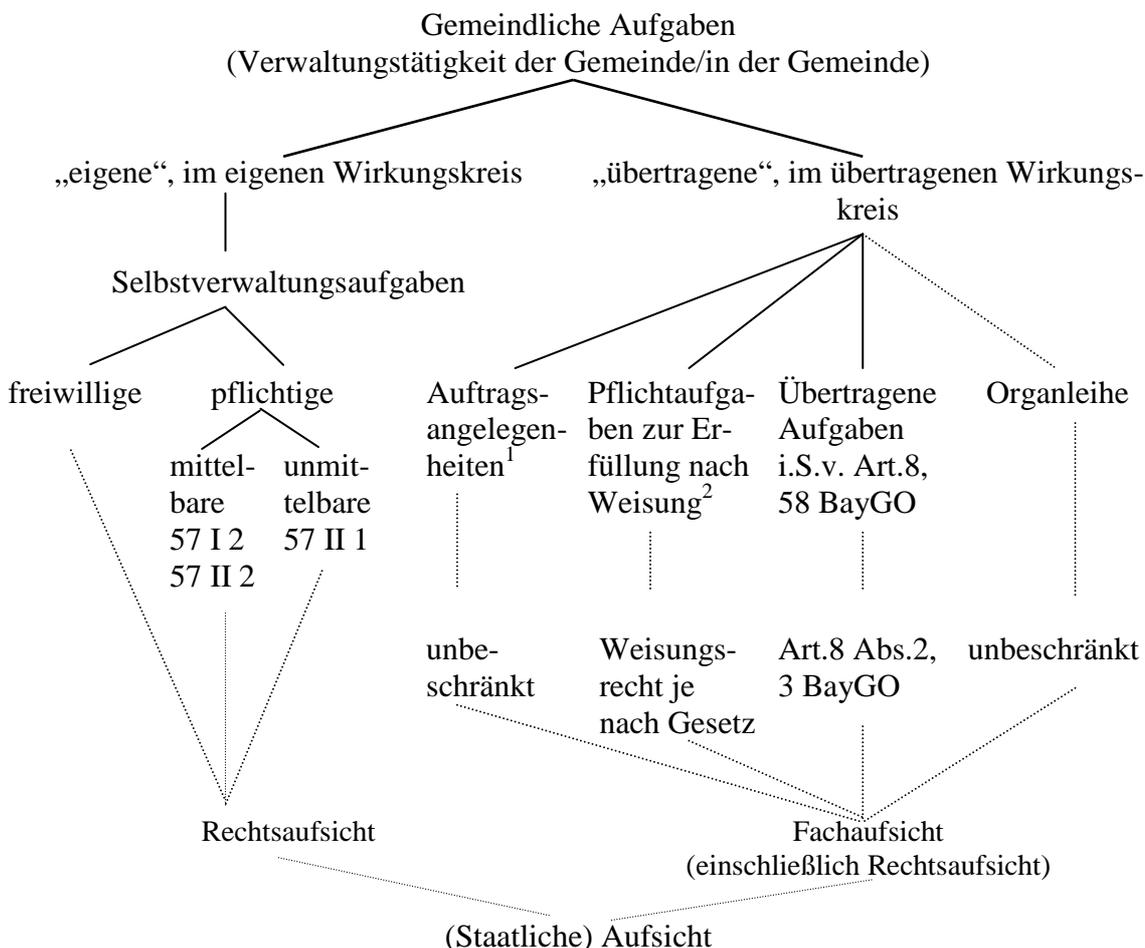
## II. Verwaltungstätigkeit eines Gemeindeorgans als staatlich geliehenes Organ

Lit.: Seewald, Rdnr.117

Organleihe/Institutionsleihe/Organwalterleihe:

- „rein“ staatliche Aufgaben werden durch ein Organ der Gemeinde als dem Staat geliehenes Organ erledigt
- vgl. Art.37 Abs.1 Nr.2, 3 BayGO (str., zur a.A. vgl. VGH Kassel VerwRspr 23, 90: Auftragsverwaltung)
- ausgeprägt findet sich dieses Regelungssystem im Landkreis, vgl. Art.37 Abs.1 S.2 LKrO

Haftung bei Amtspflichtverletzung gemäß der sog. Amtsübertragungstheorie, vgl. hierzu Maurer § 25 Rdnr.42 mit Hinweis auf BGHZ 53, 217, 218 f. und BGHZ 99, 326, 330; anders - für den Landkreis - Art.35 Abs.3 LKrO (Funktionstheorie)



1 in seltenen Fälle

2 nicht in Bayern, aber in anderen Bundesländern

### III. Staatlich-kommunale Gemeinschaftsaufgaben

Lit.: Seewald, Rdnr. 115 ff.

Parallele: Art.91a GG

**Beispiel:** Schulwesen, insb. die Tragung der Lasten (vgl. im einzelnen Bay. Schulfinanzierungsgesetz - BaySchFG; Z/Tr 685).

- Grundsatz: Art.4 SchFG: Zusammenwirken von Staat und kommunaler Körperschaft
- Staatliche Schulen: Staat trägt „Personalaufwand“, kommunale Körperschaften tragen „Schulaufwand“ (Art.6, 8 SchFG)
- Kommunale Schulen: kommunale Körperschaft trägt „Personal-“ und „Schulaufwand“; Staat gewährt „Lehrpersonalzuschuß“ (Art.15, 16 SchFG)

### IV. Aufgabenbestand und Gemeindearten (Gemeindetypen)

#### 1. Gemeindearten nach der BayGO

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 47 ff.  
Seewald, Rdnr. 121  
Becker, Rdnr. 6 ff.  
Lissack, S. 5f.

Art. 5-9 BayGO  

Kreisangehörige Gemeinden

- „normale“ kreisangehörige Gemeinde
- „große Kreisstadt“ (mit erweitertem Aufgabenbestand); vgl. Art.5a Abs.3, 4; Art.9 Abs.2 BayGO; GrKrV (Z/Tr 284)
- Mitgliedsgemeinden von „Verwaltungsgemeinschaften“ (mit reduziertem Aufgabenbestand); vgl. (Bay) VGemO (Z/Tr 285), insb. Art.4; siehe unten K. II. Die Verwaltungsgemeinschaft

Kreisfreie Gemeinden

Art.5 Abs.2, 3; Art.9 Abs.1 BayGO i.V.m. Art.5, 6, 51-53, 37 Abs.1 S.2, Abs.6 LKrO  
Unterscheidungsmerkmale: Leistungsfähigkeit, Einwohnerzahl, Aufgabenbestand, Rechtsaufsicht

### Aufgabenstruktur der kreisfreien Gemeinde Art.7-9 BayGO

#### eigener Wirkungskreis:

- Aufgaben des eigenen Wirkungskreises einer Gemeinde, Art.7 BayGO
- Aufgaben des eigenen Wirkungskreises eines Landkreises, Art.9 Abs.1 S.2 BayGO, Art.5 LKrO

#### übertragener Wirkungskreis:

- Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises einer Gemeinde, Art.8 BayGO
- Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises eines Landkreises, Art.9 Abs.1 S.2 BayGO, Art.6 LKrO
- Aufgaben des Landratsamtes als unterer staatlicher Verwaltungsbehörde, Art.9 Abs.1 S.1 BayGO, Art.37 Abs.1 S.2 LKrO (aus „rein staatlichen Aufgaben werden solche des übertragenen Wirkungskreises)

## 2. Gemeindetypen nach dem BayLPIG

Lit.: Seewald, Rdnr. 63, 149 m.w.N.

### Bildung von Gemeindetypen durch landesplanerische Entscheidungen

Qualitativ unterschiedliche Aufgabenzuweisungen gemäß dem System der „zentralen Orte“ (vgl. Art.2 Nr.3, 4 Bay. Landesplanungsgesetz - Bay LPIG) durch Landesentwicklungsprogramm (vgl. § 13 Abs.2 Nr.3, 14 Abs.3 BayLPIG) und Regionalpläne (vgl. Art.17 Abs.2 Nr.1, 18 Abs.2 BayLPIG):

Kleinzentren, Untertzentren, mögliche Mittelzentren, Mittelzentren, mögliche Oberzentren, Oberzentren

VGH München, BayVBl.1984, 240 und BayVBl.1989, 602 - zum Rechtsschutz (Normenkontrolle) gegen Zentralitäts-Festsetzung

## C. Das Gemeindegebiet

### I. Die Regelungen der Gemeindeordnung

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 71 ff.  
Seewald, Rdnr. 121 ff.  
Becker, Rdnr. 107 ff.  
Lissack, S. 5

Art.11 Abs.1 S.1 BV; Art.10-14 BayGO  

Grundsatz: jeder Teil des Staatsgebietes ist einer Gemeinde zugewiesen  
Ausnahme: Gemeindefreie - „ausmärkische“ - Gebiete: Art.10a BayGO

Stadtbezirke und Gemeindeteile: Art.60, 60a BayGO

### II. Rechtsprobleme bei Gebietsänderungen

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 76 ff.  
Seewald, Rdnr. 131 ff.  
ders., Juristische und verwaltungswissenschaftliche Maßstäbe in der kommunalen Gebietsreform, Die Verwaltung 1973, 389  
Becker, Rdnr. 114 ff.  
Lissack, S. 30f.

BVerfGE 50, 50 - Selbstverwaltungsgarantie keine absolute, sondern relative Bestandsgarantie

materiell-rechtlichen Maßstäbe: Art.10 Abs.2, 11, 12-14 (BayGO); Art.11 Abs.2 BV  
Art.28 Abs.2 GG; Willkürverbot; Übermaßverbot, aber: weiter Einschätzungsspielraum vom Gesetzgeber

VGH München BayVBl. 1977, 433, 436 f. - Abwägung der u.U. widersprechenden Kriterien

VGH München VGHE 7, 127, 131 und 18, 91, 97 - die für die Änderung sprechenden Gründe müssen erheblich überwiegen

Übersicht über die Rechtsprechung des BayVerfGH: Tilch, JöR Bd.30, 345

Verfahrensrechte (insb. Recht auf Anhörung; Begründungspflicht)

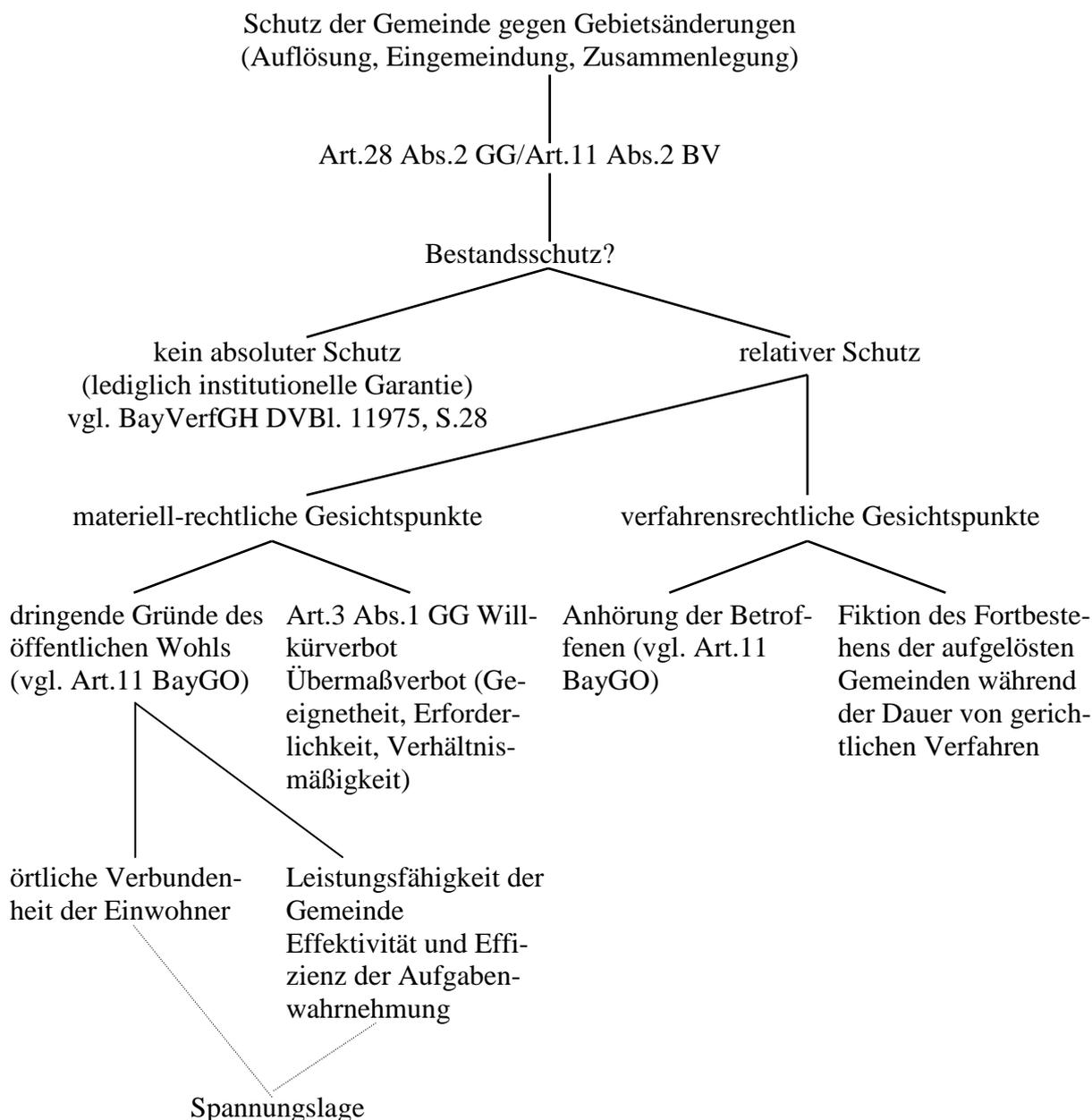
vgl. auch Art.10 Abs.2, Art.11 Abs.1 S.5 BayGO

Fiktion des Fortbestehens einer klagenden Gemeinde über Datum des Inkrafttretens des Neugliederungsgesetzes hinaus

Bilanz der kommunalen Gebietsreform in Bayern (SZ v.7.1.88):

- 1969: 7073 selbständige Gemeinden (davon ca. 50 % mit weniger als 500 Einwohnern)
- nach Abschluß der Gebietsreform: 2052 (heute 2056) selbständige Gemeinden

- Der BayVerfGH wurde in 232 Verfahren in Anspruch genommen: 69 Urteile der BayVerfGH; 169 Urteile des VGH München; 4 Gemeinden waren mit ihren Klagen erfolgreich
- „Korrekturgesetz“ von 1979 löste 42 der ursprünglich 393 Verwaltungsgemeinschaften auf; 210 Gemeinden erhielten ihre volle Selbständigkeit zurück.



## Statistische Angaben zur Gemeinde- und Kreisstruktur (Stand 1996)

| <b>1. Zahlenangaben</b>                      |           |
|--|-----------|
| Zahl der Gemeinden                           | 2.056     |
| davon: kreisfreie Städte                     | 25        |
| Große Kreisstädte                            | 24        |
| Angehörige von Verwaltungsgemeinschaften     | 1.021     |
| Zahl der Verwaltungsgemeinschaften           | 325       |
| Zahl der Landkreise                          | 71        |
| Zahl der Regierungsbezirke                   | 7         |
| <b>2. Einwohnerzahlen</b>                    |           |
| Kreisfreie Städte insgesamt                  | 3.447.546 |
| Größte Stadt (München)                       | 1.236.370 |
| Landkreise insgesamt                         | 8.545.939 |
| Größter Landkreis (München)                  | 279.007   |
| Kleinster Landkreis (Lichtenfels)            | 70.512    |
| <b>3. Flächenangaben (in km<sup>2</sup>)</b> |           |
| Kreisfreie Städte insgesamt                  | 2.084,72  |
| Größte Stadt (München)                       | 310,47    |
| Landkreise insgesamt                         | 68.466,01 |
| Größter Landkreis (Ansbach)                  | 1.972,13  |
| Kleinster Landkreis (Fürth)                  | 307,60    |

## BVerfGE 86, 90 - Rück-Neugliederungsgesetze

LS 1. „Es gehört zum verfassungsrechtlich gewährleisteten **Kernbereich** der kommunalen Selbstverwaltung, daß Bestands- und Gebietsänderungen von Gemeinden nur aus **Gründen des öffentlichen Wohls** und nach **Anhörung** der betroffenen Gebietskörperschaften zulässig sind.

2. Bei Rück-Neugliederungsgesetzen ist im Blick auf die Rechtfertigung aus Gründen des öffentlichen Wohls in der gesetzgeberischen Abwägung insbesondere ein **Vertrauen** der bereits einmal neugegliederten **Gemeinde** wie auch der **Bürger** in die **Beständigkeit** staatlicher Organisationsmaßnahmen in Rechnung zu stellen.

3. Der Gesetzgeber muß sich über die **tatsächlichen Grundlagen** seiner **Abwägung** aufgrund verlässlicher Quellen ein eigenes Bild verschaffen.“

S.107 ff.: Die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG steht Veränderungen des Gebietsbestandes einzelner Gemeinden nicht entgegen. **Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet Gemeinden nur institutionell, nicht individuell.** Auflösungen von Gemeinden, Gemeindezusammenschlüsse, Eingemeindungen und sonstige Gebietsänderungen beeinträchtigen den verfassungsrechtlich geschützten Kernbereich des Selbstverwaltungsrechts deshalb grundsätzlich nicht.

....

1. Das **Gebot der Anhörung** der von Neugliederungs- oder Gebietsänderungsmaßnahmen betroffenen Gemeinde fordert, daß die Gemeinde von der beabsichtigten Regelung **Kenntnis** erlangt. Diese Information muß den **wesentlichen Inhalt des Neugliederungsvorhabens** und der dafür gegebenen **Begründung** umfassen (vgl. BVerfGE 50, 195 [203]). Sie muß so **rechtzeitig** erfolgen, daß es der Gemeinde möglich ist, sich aufgrund eigener fundierter Vorbereitung unter Mitwirkung der gewählten Bürgervertretung zur geplanten Gebietsänderung als einer für sie existentiellen Entscheidung sachgerecht zu äußern und ihre Auffassung zur Geltung zu bringen. ...

2. Mit Organisationsgesetzen über eine **Neugliederung** oder eine anderweitige Gebietsänderung von Gemeinden strebt der Gesetzgeber an, die Voraussetzungen für eine **funktionstüchtige kommunale Selbstverwaltung** zu verbessern. Der finale Charakter einer solchen Regelung eines komplexen Sachverhalts verleiht ihr einen deutlichen **planerischen Einschlag**. Dies wirkt sich auf die **verfassungsrechtlichen Anforderungen** aus, denen die Entscheidung des Gesetzgebers unter

dem Gesichtspunkt des öffentlichen Wohls zu genügen hat.

Über die Ausrichtung einer gemeindlichen Gebietsänderung oder Neugliederung an Gründen des öffentlichen Wohls hat der **Gesetzgeber** allerdings nach Zielen, Leitbildern und Maßstäben, die er selbst gesetzt hat, **grundsätzlich frei** zu entscheiden. Um dem Gemeinwohl zu entsprechen, muß die in den Gebietsbestand einer Gemeinde eingreifende gesetzliche Regelung aber schon in ihrem Zustandekommen bestimmten prozeduralen Anforderungen genügen. Ferner muß sich die gesetzgeberische Problemlösung auch in ihrem Ergebnis **an gewissen unverzichtbaren**, aus dem Grundgesetz abzuleitenden **Wertmaßstäben** orientieren. Demgemäß hat das Bundesverfassungsgericht nachzuprüfen, ob der Gesetzgeber den für seine Regelung erheblichen **Sachverhalt ermittelt** und dem Gesetz zugrundegelegt hat und ob er die im konkreten Fall angesprochenen Gemeinwohlgründe sowie die **Vor- und Nachteile** der gesetzlichen Regelung in die vorzunehmende **Abwägung** eingestellt hat. Auf der Grundlage eines in dieser Weise ermittelten Sachverhalts und der Gegenüberstellung der daraus folgenden verschiedenen - **oft gegenläufigen - Belange** ist der Gesetzgeber befugt, sich letztlich für die Bevorzugung eines Belangs (oder mehrerer Belange) und damit notwendig zugleich für die Zurückstellung aller anderen betroffenen Gesichtspunkte zu entscheiden. Insoweit hat sich die **verfassungsgerichtliche Kontrolle** eines Neugliederungsgesetzes auf die Prüfung zu beschränken, ob der gesetzgeberische Eingriff in den Bestand einer einzelnen Gemeinde **offenbar ungeeignet oder unnötig** ist, um die mit ihm verfolgten Ziele zu erreichen, oder ob er zu ihnen deutlich **außer Verhältnis** steht und ob das Gesetz **frei von willkürlichen Erwägungen** und Differenzierungen ist. Soweit **Ziele, Wertungen und Prognosen des Gesetzgebers** in Rede stehen, hat das Verfassungsgericht darauf zu achten, ob diese offensichtlich oder eindeutig widerlegbar sind oder ob sie den Prinzipien der verfassungsrechtlichen Ordnung widersprechen.

3. Die vorgenannten Anforderungen gelten grundsätzlich **auch für solche Gesetze**, die eine frühere **Gemeindeneugliederung korrigieren oder rückgängig** machen.

... Der **besondere Charakter** solcher Gesetze wirkt sich indes auf die **verfassungsrechtlichen Maßstäbe** aus, denen sie zu genügen haben.

a) Die Anhörung der Gemeinde muß bei einem Rück- Neugliederungsvorhaben der Besonderheit des Sachverhalts angepaßt sein. Der Gesetzgeber muß der Gemeinde insbesondere die Gründe nachvollziehbar mitteilen, die ihn veranlassen, seine grundsätzlich auf dauerhaften Bestand angelegte Neugliederung schon nach einer - gemessen an der zunächst ins Auge gefaßten Kontinuität - verhältnismäßig kurzen Zeit rückgängig zu machen.

b) Auch im Blick auf die **Rechtfertigung aus Gründen des öffentlichen Wohls** erfordert eine Rück-Neugliederungsmaßnahme eine **besondere Beurteilung**. Wiederholte gesetzliche Änderungen im Bestand oder im gebietlichen Zuschnitt von Gemeinden sind geeignet, die rechtsstaatlich gebotene Rechtssicherheit zu beeinträchtigen. **Rechtssicherheit** bedeutet hier auch **Bestands- und Vertrauensschutz** (vgl. BVerfGE 30, 392 [403 f.]). In Betracht zu ziehen ist in diesem Zusammenhang zum einen das **Vertrauen** der bereits einmal nach den Zielvorstellungen des Gesetzgebers neugegliederten Gemeinde, wenn sie etwa bestimmte auf den neuen Gebietsbestand ausgerichtete und längerfristig wirksame Entscheidungen getroffen und Entwicklungen in die Wege geleitet hat. Zum anderen ist auch das für eine **Identifikation** mit der Gemeinde und eine **Bereitschaft zur Beteiligung an den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft** notwendige Vertrauen der Bürger in die Beständigkeit einmal getroffener staatlicher Organisationsmaßnahmen in Rechnung zu stellen. ...“

## D. Die Gemeindeangehörigen

### I. Die kommunalrechtlich erfaßten Personengruppen

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 81 ff.  
Seewald, Rdnr.133 ff.  
Becker, Rdnr. 127 ff.

Art.15-21 BayGO  

#### 1. Einwohner; Bürger

„Einwohner“ wird nach Ablauf von drei Monaten „Bürger“, Art.15 Abs.2 BayGO i.V.m. Art.1 Abs.1 Nr.2 GLKrWG (Z/Tr 290)

Verlust und Wiedergewinnung des Wahlrechts gem. Art.1 Abs.2 GLKrWG

Wählbarkeit in den Gemeinderat nur für Wahlberechtigte; Art.20 GLKrWG

#### 2. „Forensen“

Vgl. Art.21 Abs.3, 4 BayGO - Grundbesitzer und Gewerbetreibende; nicht z.B. Berufspendler

#### 3. Ehrenbürger

Art.16 BayGO (nicht zu verwechseln mit der Pflicht zur Übernahme ehrenamtlicher Tätigkeit, Art.19-20a BayGO).

Problem: Widerruf gem. Art.16 Abs.2 BayGO nach dem Tode des Geehrten.

#### 4. Ausländer

Lit.: Seewald, Rdnr. 181 ff.

#### BVerfGE 83,37 - Wahlrecht für Ausländer bei Gemeinde- und Kreiswahlen

LS. 5: „Auch soweit Art.28 Abs.1 Satz 2 GG eine Vertretung des Volkes für die Kreise und Gemeinden vorschreibt, **bilden ausschließlich Deutsche das Volk und wählen dessen Vertretung.** Die Vorschrift gewährleistet für alle Gebietskörperschaften auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland die Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage und trägt damit der besonderen Stellung der kommunalen Gebietskörperschaften im Aufbau des demokratischen Staates Rechnung.“

Das Wahlrecht der EG-Ausländer ist in Art.28 Abs.1 Satz 2 GG geregelt, und zwar konkret „nach Maßgabe von Recht der Europäischen Gemeinschaft“. Diese „Öffnungsklausel“ war notwendig, um den Vertrag von Maastricht, der in Art.8b Abs.1 EGV (Art.19 Abs.1 EGV n.F.) das Wahlrecht der EU-Bürger auf kommunaler Ebene garantiert, überhaupt ratifizieren zu können. Dazu existiert die Richtlinie 94/80/EG (EG-Kommunalwahlrichtlinie für Unionsbürger – ABLEG Nr. I 368/38, NVwZ 1995, 462), die in Bayern im BayGLKrWG umgesetzt wurde, vgl. z.B. Art.36 Abs.1 S.1 BayGLKrWG, dazu VG Ansbach NVwZ 1999, 324 ff.

Einem Ausländer kann das Ehrenbürgerrecht verliehen werden (Art.16 BayGO).

Weiterhin können Ausländer durch „Ausländerbeiräte“ mitwirken, indem sie beim Stadtrat „Anträge, Anfragen, Anregungen und Empfehlungen“ einbringen.

Mit „Beirat“ wird allgemein eine Einrichtung bezeichnet, die nicht obligatorisch ist, sondern fakultativ gebildet wird (in der Gemeinde durch eine entsprechende Satzung); ein Beirat hat die Aufgabe, in bestimmten Fragen beratend mitzuwirken (vgl. Art.4 Abs.1 Gesetz zur Durchführung der Kriegsopferfürsorge - Beiräte für Kriegsopferfürsorge, Z/Tr 707).

Beispiel: In München wurden Beiräte zunächst berufen, dann direkt gewählt. Im Jahr 1991 haben fast 165.000 Ausländer in München die Wahl zwischen 610 Kandidaten gehabt, die sich auf 20 Listen um 40 Beiratssitze beworben haben (SZ v.9.10.1991).

## 5. Jedermann

Vgl. Art.21 Abs.5 BayGO - lediglich hinsichtlich „Gemeingebrauches“ an den „öffentlichen Einrichtungen“

siehe dazu unten D.II.2.b)aa)(3) Einrichtungen im Gemeingebrauch

## II. Die Rechte der Gemeindeangehörigen

- Lit. Knemeyer, Rdnr. 82, 183 ff.  
Seewald, Rdnr. 139 ff.  
Becker, Rdnr. 132 ff., 282 ff.  
Lissack, S. 61, 116 ff.

### 1. Politische Rechte

#### a) Überblick

- aktives und passives Wahlrecht, Art.17 BayGO; GLKrWG  
Inkompatibilitätsregelungen in Art.31 Abs.3 und 4 BayGO
- Mitberatungsrecht (Bürgerversammlung), Art.18 BayGO  
Problem: Ergebnisse von Bürgerversammlung (sowie im übrigen auch „Bürgerbefragung“) sind keine Entscheidung der Gemeinde (zuständiges Organ hierfür insb. der Gemeinderat, s. Art.10 Abs.4 und Art.29 BayGO)  
vgl. dazu VG Ansbach BayVBl. 1971, 194
- Abstimmungsrecht bei Gebietsänderungen („Gemeindevolks-Entscheidung“), Art.11 Abs.4 BayGO
- Petitionsrecht  
Art.17 GG, Art.115 BV, Art.56 Abs.3 BayGO;  
(str.; Gemeinderat = Volksvertretung? vgl. Schmidt-Jortzig, Rdnr.132 m.w.N.)
- Bürgerbegehren und Bürgerentscheid Art.18a BayGO
- Bürgerantrag Art.18b BayGO

#### b) Insbes. Bürgerbegehren und Bürgerentscheid

Art.18a BayGO eingefügt durch Gesetz vom 27.10.1995 (GVBl. S.730)

ursprüngliche Regelung aufgrund Verstoßes gegen das Selbstverwaltungsrecht teilweise verfassungswidrig - BayVerfGH BayVBl. 1997, 622

Neuregelung mit Wirkung vom 1.4.1999 durch Gesetz vom 26.3.1999 (GVBl. S.86)

Ablauf und Voraussetzungen:

**Bürgerbegehren** = Antrag der Gemeindeglieder auf einen Bürgerentscheid, Art.18a Abs.1 BayGO



**formelle Voraussetzungen:**

- Art.18a Abs.4 BayGO: Antrag mit Fragestellung, die mit Ja/Nein zu beantworten ist, Begründung, Benennung von bis zu drei Vertretern
- Art.18a Abs.5, 6 BayGO: Unterstützungsunterschriften (Quorum; Anzahl nach Gemeindegröße gestaffelt)



**materielle Voraussetzungen:**

- Art.18a Abs.1 BayGO: Angelegenheit des eigenen Wirkungskreises
- Art.18a Abs.3 BayGO = Negativkatalog: kein ausgeschlossener Gegenstand
- Bestimmtheit
- entsprechender Bürgerentscheid verletzt keine Rechtsvorschriften
- Vollziehbarkeit



**Entscheidung des Gemeinderats** über die Zulässigkeit, Art.18a Abs.8 S.1 BayGO

- unverzüglich, spätestens innerhalb eines Monats ab Antragstellung mit einfacher Mehrheit
- Prüfung der formellen und materiellen Voraussetzungen

**Unzulässigkeit**

**Zulässigkeit**

**Klage** der Vertreter des Bürgerbegehrens gegen die Gemeinde auf Zulassung vor dem VG, Art.18a Abs.8 S.2 BayGO  
Vorverfahren entfällt

**Antrag des Gemeinderats** auf Bürgerentscheid, Art.18a Abs.2 BayGO



**Formelle Voraussetzung:**

- Art.18a Abs.2 BayGO: Gemeinderatsbeschluss mit einfacher Mehrheit



**materielle Voraussetzungen:**

- wie für Bürgerbegehren



**Bürgerentscheid**

- Art.18a Abs.10 S.1, Abs.14 BayGO: innerhalb von drei Monaten, Ausnahme: Gemeinderat vollzieht begehrte Maßnahme
- Art.18a Abs.12 BayGO: Mehrheit der abgegebenen gültigen Stimmen entscheidet, sofern Quorum erfüllt
- Art.18a Abs.16 BayGO: ortsübliche Bekanntmachung des Ergebnisses

## 2. Rechte (Ansprüche) auf Leistungen der Gemeinde

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 316 ff.  
 Seewald, Rdnr. 139 ff.  
 Becker, Rdnr. 448 ff.  
 Lissack, S. 52f.

### a) „Leistungen“ der Gemeinde

- Leistungen i.e.S.: Geld-, Sach- und Dienstleistungen einschließlich persönlicher und erzieherischer Hilfe - vgl. § 11 SGB I (AT)
- sog. Daseinsvorsorge (vgl. Art.87 Abs.1 Nr.4 BayGO); „Leistungsverwaltung“; Leistungs- und Benutzungsverhältnisse, insb. die Erbringung von „Leistungen“ durch öffentliche Einrichtungen

### b) Insbes. Recht auf Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtungen

#### aa) Begriff der öffentlichen Einrichtung

##### (1) Überblick

Rechtsquellen in der BayGO:

- Art.21 Abs.1, 4 BayGO - Recht auf Benutzung; u.U.: Pflicht zur Benutzung s.u. - sog. Anschluß- und Benutzungszwang von öffentlichen Einrichtungen
- Art.21 Abs.5 BayGO anspruchsberechtigt ist „jedermann“
- Art.24 Abs.1 Nr.1, 2 BayGO - Regelung der Benutzung von öffentlichen Einrichtungen durch Satzung
- Art.56 Abs.2 BayGO - Verpflichtung zur Schaffung der gesetzlich erforderlichen Einrichtungen (vgl. im einzelnen die gesetzlich festgelegten Pflichten im eigenen und übertragenen Aufgabengebiet)
- Art.57 Abs.1 BayGO - Schaffung von öffentlichen Einrichtungen im eigenen Wirkungskreis
- Art.86 ff. BayGO - Unternehmensrecht (stellt Rechtsformen für den Betrieb öffentlicher Einrichtungen zur Verfügung)
- Art.5, 8 KAG - Erhebung von Beiträgen und Gebühren für die Benutzung öffentlicher Einrichtungen

**Öffentliche Einrichtung:** jede Einrichtung, die von der Gebietskörperschaft durch Widmungsakt der allgemeinen Benutzung durch ihre Angehörigen und in ihrem Gebiet niedergelassene Vereinigungen oder auch jedermann zugänglich gemacht und von der Gebietskörperschaft im öffentlichen Interesse unterhalten wird.

Eine umfassende Aufzählung der kommunalen Einrichtungen bei Bauer/Böhle/Mason/Samper Art.21 GO Rdnr.19

Vgl. auch die Beispiele in der nachfolgenden Übersicht

### Öffentliche Einrichtungen (Beispiele)

| Basisversorgung und Entsorgung         | Soziales und Gesundheit | Bildung und Kunst    | Sport, Freizeit, Erholung  | Bauwesen  | Wirtschaft                          | Gefahrenabwehr                | Öffentlichkeitsarbeit              |
|--|-------------------------|----------------------|--|---|-------------------------------------|-------------------------------|------------------------------------|
| Stadtwerke                             | Gesundheitsämter        | Theater              | Sporthallen  | Bauhof  | Fremdenverkehrsamt                  | Schlachthöfe                  | Beratungsstellen                   |
| Verkehrsbetriebe                       | Krankenhäuser           | Museen               | Sportanlagen   | Wohnungsbaugesellschaften und -genossenschaften | Marktplätze                         | Tierkörperbeseitigungsanlagen | Informationszentren                |
| Parkstättengesellschaften (Parkhäuser) | Beratungsstellen        | Kleinkunstzentren    | Stadtgärtnerei   |   | Innovationszentren                  | Kläranlagen                   |                                    |
| Energieversorgungsunternehmen          | Jugendzentren           | Konservatorium       | Freizeiteinrichtungen, z.B. Eishallen, Schullandheime, Kommunikationszentren |   | Öffentliche Waagen                  | Friedhöfe                     | Gemeindemedien (Zeitung/Fernsehen) |
| Häfen                                  | Begegnungshäuser        | Zoo                  | Schwimmbäder   |   | Sparkassen                          | Bedürfnisanstalten            |                                    |
| Flughäfen                              | Altenheime              | Kommunales Kino      | Parkanlagen  |   | Wirtschaftsförderungsgesellschaften | Müllabfuhr                    |                                    |
|  | Kindergärten/-horte     | Oper                 |  |   | Messegesellschaften                 | Abfalldeponien                |                                    |
|  | Spielplätze             | Schulen              |  |   | Datenverarbeitungszentrale          |                               |                                    |
|  | Obdachlosenheime        | Volkshochschulen     |  |   |                                     |                               |                                    |
|  | Kurhäuser               | Kommunales Reisebüro |  |   |                                     |                               |                                    |
|  | Asylbewerberheime       | Bibliothek           |  |   |                                     |                               |                                    |
|  | Tierheime               | Mediothek            |  |   |                                     |                               |                                    |
|  |                         | Planetarium          |  |   |                                     |                               |                                    |
|  |                         | Sternwarte           |  |   |                                     |                               |                                    |
|  |                         | Stadthalle           |  |   |                                     |                               |                                    |

## (2) Die Widmung

Lit.: Seewald, Rdnr.155  
Reichel, Die Kommunalen Einrichtungen in der Rechtsprechung des BayVGH  
BayVBl. 1988, 97  
Knemeyer, Rdnr. 311  
Becker, Rdnr. 455 ff.  
Lissack, S. 55

Fall des Art.35 S.2 2.Alt. BayVwVfG - sachbezogene Allgemeinverfügung (vgl. dazu Maurer § 9 Rdnr.33)

### **Vorliegen einer Widmung:**

- Ausdrücklicher Widmungsakt; z.B. Satzung, Beschluß (des Gemeinderates), förmliche Indienststellung
- Widmung durch konkludentes Handeln („stillschweigend“)

An die Ausgestaltung eines Widmungsaktes sind keine hohen Anforderungen zu stellen (vgl. VGH München in BayVGH n.F. 22, 20, 22).

Wenn die Widmung durch Satzung oder durch einen Beschluß des Gemeinderates für einen Einzelfall erfolgt (z.B. wenn ein gemeindeeigenes, sonst nicht öffentliches benutztes Grundstück, für ein bestimmtes Volksfest gewidmet wird), ergeben sich kaum Zweifel.

Stellt man auf konkludentes Handeln ab, dann muß aber der Wille der Gemeinde im Hinblick auf die Einrichtung und das Ziel, diese der Allgemeinheit zur Benutzung zur Verfügung zu stellen, in irgendeiner Weise ersichtlich sein.

Vgl. VGH München a.a.O.; vgl. weiter OVG Koblenz GewArch 82, 198.

### **Vermutung des Vorliegens einer Widmung**

Vgl. VGH München BayVBl. 1955, 59; OVG Münster NJW 1976, 820

Fehlen sowohl eine Satzung (oder eine konkrete Anordnung) und auch Anzeichen (Indizien) für eine Widmung durch konkludentes Handeln, so kann gleichwohl eine öffentliche Einrichtung vorliegen; sie wird dann im Sinne des Art.21 Abs.1 BayGO vermutet. Voraussetzung für eine Vermutung (eines Widmungsaktes) ist, daß die Einrichtung durch ihre Ausgestaltung und Organisation der Erfüllung öffentlicher Aufgaben effektiv zu dienen geeignet ist und auch dient.

Nicht unproblematisch ist diese Ansicht im Hinblick darauf, daß rein tatsächliche Verwaltungshandlungen (Realakte) keine Verwaltungsakte sind (vgl. Maurer, § 9 Rdnr.8, § 15). Die Bedenken könnten entfallen angesichts der Tatsache, daß es sich um einen Verwaltungsakt handelt, der die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache betrifft, sich also primär nicht an eine Person richtet. Mittelbar sind jedoch personale Rechte (und Pflichten) betroffen - s. Art.21 BayGO. Die sachenrechtliche Regelung hat somit personale Auswirkungen.

### **Wirkung der Widmung**

Konkrete Ausgestaltung und Begrenzung des Benutzungsanspruches (s.u.)

## **Entwidmung**

Der Status einer Sache (Sachgesamtheit) als „öffentliche Einrichtung“ entfällt durch die „Entwidmung“; damit wird die Sache in das Finanzvermögen der Verwaltung zurückgeführt.

Vgl. hierzu die ausdrücklichen Regelungen im Straßen- und Wegerecht: § 2 Abs.4-7 Bundesfernstraßengesetz (FStrG); Art.8 Bayerisches Straßen- und Wegegesetz (BayStrWG); das Straßen- und Wegerecht bezeichnet die (völlige) Entwidmung als „Einziehung“. Daneben kennt es die Teilentwidmung, die als „Abstufung“ bezeichnet wird (vgl. §7 Abs.4 FStrG, Art.7 BayStrWG).

Auch im allgemeinen Recht der öffentlichen Sache ist eine Widmungsänderung entsprechend der straßenrechtlichen „Abstufung“ (oder auch „Aufstufung“) möglich; ihr Vorliegen ist nach den gleichen Kriterien wie die „eigentliche“ Widmung zu beurteilen.

Die Widmung - und damit die Eigenschaft einer Sache oder Sachgesamtheit als „öffentliche Einrichtung“ - entfällt nicht dadurch, daß die Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses, also der Betrieb dieser Einrichtung, in privatrechtlicher Form vorgenommen wird; das kann dadurch geschehen, daß die Gemeinde selbst in soweit sich der privatrechtlichen Handlungsmöglichkeiten bedient (dann kann aber zumeist ohnehin der Status der „öffentlichen Einrichtung“ nicht angezweifelt werden). Denkbar ist aber auch, daß die Gemeinde die Einrichtung z.B. verpachtet (Rathauskeller); dadurch verliert die Sache (Sachgesamtheit) nicht die Eigenschaft als „öffentliche Einrichtung“. Etwas anderes gilt, wenn der Ratskeller nicht gewidmet war oder entwidmet worden ist!

Wird eine Beseitigung der Zweckbestimmung (Entwidmung) oder eine Änderung des Widmungszweckes (Umwidmung) vorgenommen, dann ist auch eine solche Maßnahme an den allgemeinen Maßstäben des Verwaltungsrechts sowie des Grundgesetzes zu messen. Das diesbezügliche Ermessen der Verwaltung ist durch ausdrückliche gesetzliche Regelungen u.U. eingeschränkt.

Beispielsweise darf eine solche Maßnahme (z.B. eine Teilentwidmung) nicht als gleichheitswidrige Manipulation funktionieren; insbesondere müssen vor einer derartigen Widmungseinschränkung vorliegende Benutzungsanträge noch nach dem bisherigen Benutzungsgrundsätzen entschieden werden - vgl. BVerwGE 31, 368

### **(3) Einrichtungen im Gemeingebrauch**

Gemeingebrauch ist ein Begriff aus dem öffentlichen Sachenrecht.

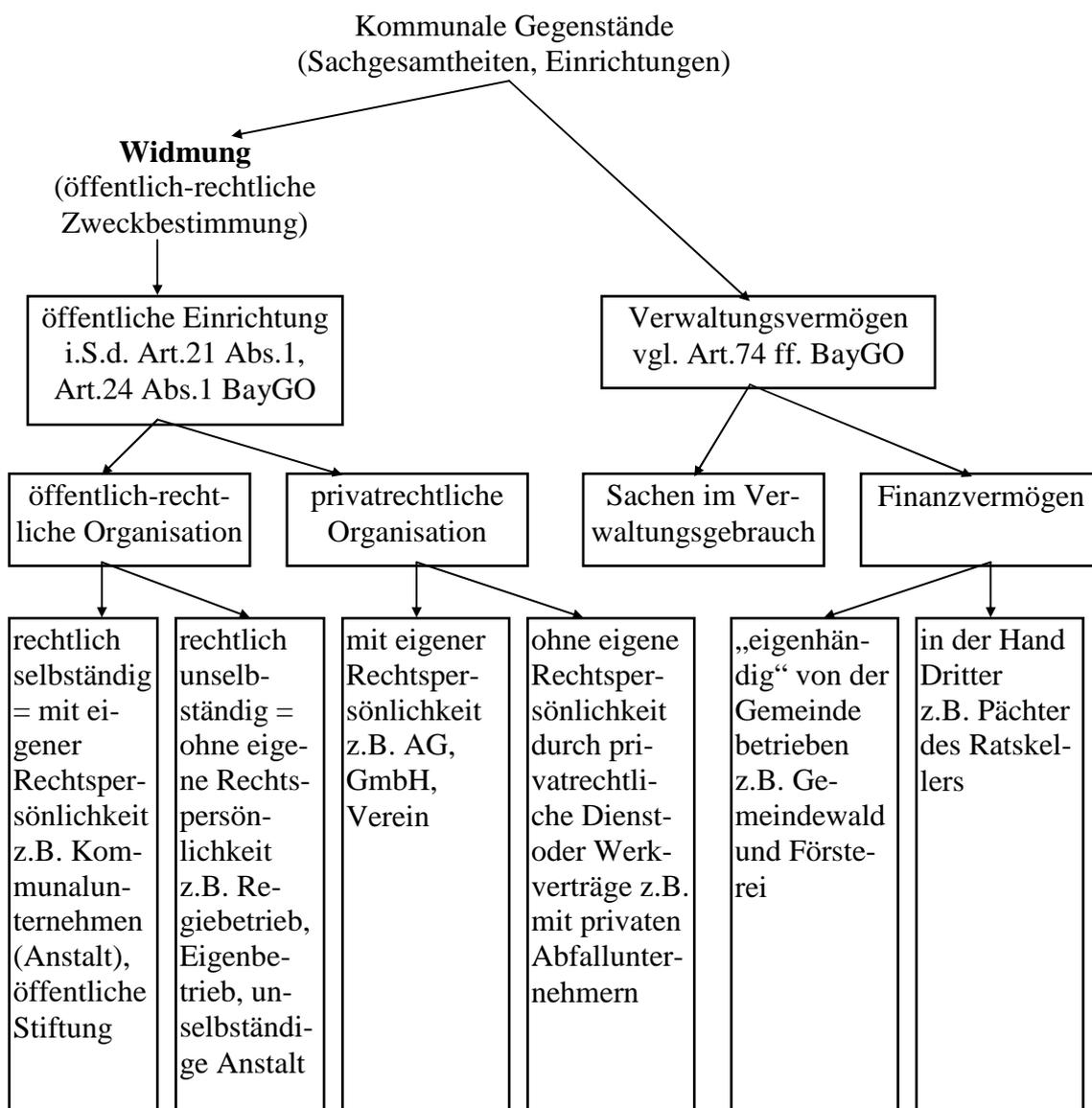
Danach besteht an einer (öffentlichen) Sache Gemeingebrauch, wenn sie kraft Hoheitsakt (Widmung durch normativen oder administrativen Rechtsakt) einer unbeschränkten Öffentlichkeit unmittelbar und ohne besondere Zulassung zur bestimmungsgemäßen Benutzung zur Verfügung steht. Diese von der Wissenschaft für den Gemeingebrauch an öffentlichen Sachen entwickelte Definition ist für die wichtigsten öffentlichen Sachen, nämlich für die öffentlichen Gewässer und Straßen, von dem Gesetzgeber einengend näher bestimmt worden, vor allem durch die Regelungen des (Bundes- und Landes-) Straßen- und Wegerechts sowie des (Bundes- und Landes-) Wasserrechts. (Näheres bei Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I § 58 I, II).

Die Nutzung öffentlicher Einrichtungen (mit Ausnahme von Straßen und Gewässern) durch „jedermann im Rahmen der Widmung“ gemäß Art.21 Abs.5 BayGO wird von der h.M. nicht als Gemeingebrauch bezeichnet, obwohl sie u.U. ebenfalls der Allgemeinheit zur Verfügung stehen (z.B. Museum, Spielplatz).

## bb) Rechtsformen kommunaler öffentlicher Einrichtungen

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 313 ff.  
 Seewald, Rdnr.141  
 Becker, Rdnr. 445 ff.  
 Lissack, S. 56 ff.

Die Gemeinde hat bei der Erledigung ihrer Aufgaben die Wahl zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Organisationsform; näheres zu den möglichen Rechtsformen siehe unten I.III.



## cc) Das Nutzungsrecht

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 316 ff.  
 Seewald, Rdnr. 155  
 Becker, Rdnr. 448 ff.  
 Lissack, S. 60 ff.

### (1) Gesetzliche Ausgangslage

Art.21 BayGO  

- betrifft gemäß dem Wortlaut nur vorhandene Einrichtungen (vgl. zum Anspruch auf Fortführung bestehender oder Schaffung neuer Einrichtungen unten D.II.2.b)dd))
- Anwendungsfall der sog. Zweistufentheorie (h.M.):
  - \* hinsichtlich des „Ob“ der Benutzung ist Rechtsanspruch „dem Grunde nach“ zwingend, nicht disponibel, d.h. Anspruch auf Benutzung besteht auch, wenn die kommunale Einrichtung privatisiert wurde, Streit ist immer öffentlich-rechtlicher Natur
  - \* hinsichtlich des „Wie“ der Benutzung (der „Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses“) hat Gemeinde Wahlfreiheit zwischen öffentlichem und privatem Recht
- Gestaltungsspielraum der Gemeinde hinsichtlich organisatorischer und materiell-rechtlicher Regelung des Benutzungsanspruchs; u.U. konkrete Pflichten in speziellen Regelungen (z.B. hinsichtlich Schulen; Kindergärten - vgl. Art.5 Bay. Kindergarten-gesetz, Z/Tr 368)

### (2) Grenzen infolge der Widmung

Widmung legt Grenzen der Benutzung fest.

Benutzung über Widmung hinaus steht im Ermessen der Gemeinde (wohl h.M., zurückhaltend Ehlers, DÖV 1986, 905); das bedeutet aber praktisch eine teilweise (und/oder zeitweilige) Umwidmung.

Zu den Möglichkeiten einer faktischen Widmungserweiterung durch eine über den Gemeinderatsbeschluß hinausgehende Vergabepaxis, vgl. VGH Mannheim NVwZ 1998, 540

OVG Münster, E 33, 270 - Beschränkung der Benutzung eines Wiesengeländes auf Erholungszwecke (UZ-Pressesfest der DKP auf den Rheinwiesen)

OVG Münster NJW 1980, 901 - Zum Ausschluß politischer Parteien von der Benutzung eines Schulhofes zu außerschulischen Veranstaltungen

VGH München NJW 1985, 1663 - Benutzung von kommunalen Archiven

**Sachverhalt:** Die Ast. wandten sich mit ihrem Normenkontrollantrag gegen § 4 II 2 lit. a,b,c, V der Satzung für das **Stadtarchiv Passau** (ArchS). § 4 ArchS lautet u. a.:

„§ 4 Benutzungserlaubnis.

(1) Über die Erlaubnis zur Archivbenutzung entscheidet die Stadt.

(2) Sie kann die Benutzung des Stadtarchivs oder einzelner Archivalien dauernd oder zeitweise versagen, wenn dafür erhebliche Gründe vorliegen. Diese sind insbesondere dann gegeben, wenn

- (a) der Antragsteller nicht die für seine Forschung notwendigen Kenntnisse besitzt oder nicht vertrauenswürdig ist, oder
- (b) durch die Benützung Rechte Dritter oder Interessen der Stadt P verletzt werden können, oder
- (c) das Archivgut besonders wertvoll ist, oder
- (d) aufgrund des Alters oder der besonderen Beschaffenheit des Archivguts eine erhöhte Gefahr besteht, daß es durch die Benützung Schaden nimmt, oder
- (e) der Benutzer gegen diese Satzung gröblich verstößt oder den Anordnungen des zuständigen Archivpersonals nicht nachkommt...

Die Benützung von Archivgut, das jünger als 50 Jahre ist, wird zur Einsichtnahme nicht freigegeben. Begründete Ausnahmen sind dem Kulturausschuß zur Entscheidung vorzulegen. Die Benutzung von unbedenklichem Archivgut wird vom Kulturreferenten gestattet.“

Der Antrag wurde zurückgewiesen.

**Aus den Gründen:** ... II. ... Die angefochtenen Vorschriften der **Satzung** für das Stadtarchiv P. verstoßen weder gegen das **Rechtsstaatsgebot** und insbesondere die von den Ast. genannten Grundsätze der **Normenklarheit**, der **Verhältnismäßigkeit** und des Verbots der Verfolgung normfremder Zwecke, noch stehen sie sonst in **Widerspruch zu höherrangigem Recht**. ...

2. Die so auszulegenden Bestimmungen verstoßen auch sonst nicht gegen übergeordnetes Recht. **Einrichtungen der Archivpflege** zählen nach **Art. 57 I 1 GO** zu den öffentlichen Einrichtungen, welche die Gemeinden schaffen sollen, wenn dies nach den örtlichen Verhältnissen zum Wohl ihrer Einwohner erforderlich ist. Das Stadtarchiv P. wird als **öffentliche Einrichtung** i. S. dieser Vorschrift geführt. Die der Stadt obliegende Regelung seiner **Ausgestaltung** und **Benützung** (Art. 24 I Nr. 1 GO) steht wie bei jedem öffentlichen Archiv vor der Aufgabe, nicht nur die Erhaltung und Verwaltung der Archivalien allgemein und für Zwecke der städtischen Verwaltung (§ 1 II, III 1 ArchS) ins Auge zu fassen, sondern im Rahmen der vorgesehenen Benutzung durch die Öffentlichkeit (vgl. § 1 III ArchS) vor allem das **Benutzerinteresse**, insbesondere das der **historischen Forschung**, mit dem **Persönlichkeitsschutz** und den **Rechten Dritter** zum Ausgleich zu bringen. Nach der ständigen Rechtsprechung des VGH steht dem örtlichen Normgeber bei der Regelung der Rechtsverhältnisse und der Benutzung der öffentlichen Einrichtungen nach Art. 24 I Nr. 1 GO ein weiter **Gestaltungsspielraum** zu. Die Gerichte haben nicht zu überprüfen, ob die Gemeinde die zweckmäßigste oder beste Gestaltung gewählt hat, sondern nur, ob rechtliche Begrenzungen des Gestaltungsspielraums überschritten sind. Solche **Begrenzungen** ergeben sich daraus, daß Art. 21 GO nach Maßgabe der bestehenden Vorschriften einen **grundsätzlichen Zulassungsanspruch** vorschreibt und daß sich **Zulassungsschranken im Rahmen des Einrichtungszwecks und der Grundrechte** halten müssen. Diese Begrenzungen hat die Stadt P. zu beachten, weil sie das Archiv zu einer öffentlichen Einrichtung erklärt hat (§ 1 III 2 ArchS), so daß der Frage nicht nachzugehen ist, wie sich die Rechtslage bei Vorliegen einer **bloßen Verwaltungseinrichtung** darstellen würde.

Allerdings wird der **Grundrechtsbereich des Benutzers** bei der Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung Stadtarchiv nur ausnahmsweise berührt: Aus dem Grundrecht der **Informationsfreiheit** (Art. 5 I 1 GG), einem **Abwehrrecht**, kann **nicht** die **Verpflichtung** des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften hergeleitet werden, **allgemein zugängliche Informationsquellen** einzurichten oder einem Bürger **bestimmte Informationen** zu übermitteln (vgl. BVerwG, DÖV 1979, 102). Eine aus dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit nach **Art. 5 III GG** herzuleitende Verpflichtung zur Bereitstellung von Leistungen, wie sie das BVerfG im Hochschulurteil (BVerfGE 35, 79 (114 ff.) = NJW 1973, 1176) annimmt, bezieht sich **wohl nur auf die Universitäten** (vgl. Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, aaO, Art. 5 III Rdnr. 116 lit. b a. E.). Aber auch wenn man kommunale Einrichtungen einbeziehen wollte, gilt ein **Teilhaberecht** nach der Rechtsprechung des BVerfG nur für Maßnahmen, die **zum Schutz des Freiheitsraums unerlässlich** sind. Ebenso ist Art. 12 I GG nur dann Grundlage für Ansprüche auf behördliche Leistungen, wenn die begehrte und der Behörde mögliche Leistung zum Schutz des grundrechtlich gesicherten Freiheitsraums unabdingbar ist (vgl. VGH München, BayVBl 1983, 374 m. Nachw.). Im allgemeinen aber ist es für die **Betätigung etwa eines Historikers**, Soziologen oder Heimatforschers **nicht** unabwendbar, auf Quellen gerade des **Stadtarchivs P.** zurückzugreifen.

Auf dieser Grundlage ist zu den von den Ast. angegriffenen Versagungsmöglichkeiten auszuführen:

- a) Es liegt innerhalb des **Einrichtungszwecks**, der auch den **Schutz der Archivalien** und einen **ungestörten reibungslosen und funktionsgerechten Betriebsablauf** fordert, daß der **Benutzer vertrauenswürdig** in dem oben beschriebenen Sinne des Gewährbietens für die Einhaltung der

Benutzungssatzung sein muß (§ 4 II 2 lit. a) ArchS).

b) Hinsichtlich der **Benutzungsversagung wegen möglicher Verletzung der Rechte Dritter oder der Interessen der Stadt P.** (§ 4 II 2 lit. b ArchS) ist zu berücksichtigen, daß der an Gesetz und Recht gebundene Träger der öffentlichen Einrichtung (Art. 20 GG, Art. 56 I GO) auch die Rechte Dritter zu wahren hat, hier insbesondere das **Persönlichkeitsrecht** in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung' (Art. 2 GG). Nicht sachwidrig erscheint es, einen **Konflikt** zwischen einem **Benutzungsinteresse** und dem **Persönlichkeitsschutz** im Ansatz **zugunsten des letzteren** zu lösen. Diese Lösung des kommunalen Satzungsgebers entspricht im übrigen Vorschlägen, wie sie für Archivgesetze unterbreitet wurden (vgl. den 5. Tätigkeitsbericht des Landesbeauftragten für den Datenschutz, LT-Dr 10/1664, S. 48 Nr. 10 lit. b sowie den 6. Tätigkeitsbericht, LT-Dr 10/4383 Anh. Nr. 10 § 6 I des Entwurfs). Es ist auch **nicht der Auftrag einer öffentlichen Einrichtung, gegen (wesensmäßig öffentliche) Interessen seines Trägers zu handeln**. Die **Versagungstatbestände** sind daher **gerechtfertigt**. Wenn sie vorliegen, ermöglicht es das vom Normgeber durch Kannvorschrift eingeführte Versagungsermessen, eine **Abwägung der Belange** durchzuführen und je nach dem Ergebnis eine Benützung zu versagen oder bei überwiegendem Benutzerinteresse zu gestatten. Ob diese **Abwägung im Einzelfall** richtig vorgenommen wird, ist nicht eine **Frage** der Gültigkeit der Norm, sondern **der Rechtmäßigkeit ihres Vollzugs**. ... d) Auch die in § 4 V ArchS für Archivgut **aus jüngerer Zeit getroffene Sonderregelung** überschreitet den Gestaltungsspielraum des gemeindlichen Satzungsgebers nicht.

Satz 1 der Vorschrift stellt, wie dargelegt, für **Archivgut**, das **jünger als 50 Jahre** ist, abweichend von der allgemeinen Regelung den Grundsatz auf, daß es **zur Einsicht nicht freigegeben** wird. Dem liegt erkennbar die Erwägung zugrunde, daß von weniger als 50 Jahre alten Archivvorgängen unmittelbar oder - etwa als Anverwandte - mittelbar Betroffene am Leben sein werden und daß deswegen der **Persönlichkeitsschutz verstärkt** werden müsse. Die **Benützung** dieses jüngeren Archivguts wird jedoch **nicht schlechthin ausgeschlossen**. Vielmehr sind nach § 4 V 2 ArchS begründete, d. h. aus besonderen Gründen mögliche **Ausnahmen** vorgesehen. Das bedeutet, daß auch bei Anträgen auf Einsicht in Archivgut der letzten 50 Jahre eine **Abwägung eines Benutzungsinteresses** mit den etwa entgegenstehenden Belangen insbesondere von Betroffenen möglich und gegebenenfalls **geboten** ist. ...

Ob die in § 4 V 1 ArchS festgelegte **Schutzfrist von fünfzigjähriger Dauer** zur Erreichung des angestrebten Zwecks zwingend geboten ist, ist vom VGH nicht zu entscheiden. Sie ist, wie auch der Vergleich mit anderen im Normenkontrollverfahren genannten staatlichen und kommunalen Regelungen bestätigt, **mindestens nicht sachwidrig** und hält sich jedenfalls i. V. mit der Ausnahmemöglichkeit nach § 4 V 2 ArchS im Rahmen des **Gestaltungsspielraumes**, der dem gemeindlichen Satzungsgeber zukommt. Damit ist sie rechtlich nicht zu beanstanden. **Grundrechte** werden, wie dargelegt, hier **im allgemeinen nicht berührt**. Für die Fälle aber, in denen eine Forschung ohne Benützung gerade des Stadtarchivs von P. und des weniger als fünfzigjährigen Archivguts nicht möglich ist, greift die Ausnahmeklausel in § 4 V 2 ArchS ein. Ferner berührt der **Einwand**, in **anderen Archivsatzungen** seien **kürzere Schutzfristen** vorgesehen, nicht die Gültigkeit der Satzung. **Unterschiedliche Regelungen** sind, soweit sie sich im Rahmen des übergeordneten Rechts halten, Ausfluß der den Gemeinden übertragenen **Satzungshoheit**. Schließlich führt der Umstand, daß die **Ausschlußfrist aus einem bestimmten Anlaß eingeführt** worden sein mag, nicht zur Ungültigkeit der Norm: Es besteht kein rechtliches Verbot, daß der Normgeber einen Einzelfall zum Anlaß für ein Tätigwerden nimmt.

### (3) Tatsächliche Grenzen des Anspruchs

Ausschluß von Interessenten an einer Benützung angesichts **begrenzter Kapazität** z.B. Besucher von Museen oder Theater u.ä.

Bewerber (Aussteller) für Volksfeste:

Plätze für Volksfeste und Märkte (Münchner Oktoberfest, Augsburger Plärrer, Dulten u.ä.) gelten als „öffentliche Einrichtungen“ im Sinne des Kommunalrechts, sind u.U. aber (auch) straßenrechtlich gewidmet (dann an sich Recht auf Sondernutzung gem. Art.18 BayStWG einschlägig).

Gegebenenfalls sind für derartige Veranstaltungen zu beachten: §§ 64 ff., insb. 70 ff. GewO. Die Grundsätze in diesen Normen lassen sich ins Kommunalrecht übertragen.

Grundsatz: Ausschluß ist nur durch „sachliche Gründe“ zu rechtfertigen.  
Vgl. § 70 Abs.2, 3 GewO und - vor allem - Art.3 Abs.1 i.V.m. Art.1 Abs.3 GG („Willkürverbot“ als Verbot von Ungleichbehandlungen „ohne sachlichen Grund“)

von der Rechtsprechung anerkannte „sachliche Kriterien“:

- Zuverlässigkeit (i.S. „erprobter Eignung“); vgl. auch § 70a GewO
- Bekanntheits- und Bewährungsgrad
- Prioritätsprinzip

umfangreiche Rechtsprechung, z.B.:

VGH München BayVBl.1980, 403; BVerwG DÖV 1982, 82 - „Augsburger Plärre“

VGH München NVwZ 1982, 120 - Münchner Oktoberfest

Die bisherigen Kriterien in Frage stellend OVG Münster WUR 1991, 105

LS: Eine Verwaltungsübung, bei der die Auswahl unter mehreren Bewerbern zur Zulassung zu einem Volksfest bei gleicher Attraktivität und Neuheit des Angebots wegen Platzmangels ausschließlich nach dem Grundsatz „bekannt und bewährt“ erfolgt, wird dem in § 70 Abs.1 GewO verankerten Grundsatz der Marktfreiheit nicht gerecht

#### (4) Kein Anspruch bei „schadensgeneigten“ Veranstaltungen?

Anspruch auf Benutzung einer öffentlichen Einrichtung kann entfallen bei „gefahr- oder schadensgeneigter Veranstaltung“, wenn der Veranstalter keine angemessene Sicherheit (Kautio, Bürgschaft, Versicherung) für die erwarteten Schäden bieten kann und wenn es der Gemeinde unmöglich ist, diese Schäden auf andere Weise abzuwenden.

**Beispiel:** Popmusik-Veranstaltungen (Gefahr der Demolierung von Einrichtungen); Wahlkampfveranstaltungen (Auseinandersetzungen durch das Auftreten militanter politischer Gegner).

**Problem:** Verpflichtung der Polizei, für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu sorgen. Soweit dies geschehen kann, kann sich Gemeinde nicht auf den Verlust des Anspruchs entsprechend den eben genannten Grundsätzen berufen. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art.9 Abs.2 POG, Art.10 S.2 LStVG.

BVerwGE 32, 333 - Ausschluß einer Partei von der Benutzung bei drohenden Beschädigungen

Vgl. auch VGH München BayVBl.1987, 403 - kein Recht auf Überlassung öffentlicher Einrichtungen für Veranstaltungen, bei denen voraussichtlich zur Begehung von Ordnungswidrigkeiten aufgerufen werden soll („Volkszählungsboykott“).

#### (5) Die Anspruchsberechtigten

##### **Einwohner und Bürger**

Kein Problem, abgesehen von den allgemeinen Grenzen (s.o.)

VGH München NJW 1969, 1078

LS: Bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen haben alle Gemeindeangehörigen einen Rechtsanspruch auf Benutzung der öffentlichen Einrichtung und nicht nur einen Anspruch darauf, daß über ihren Zulassungsantrag ohne Ermessensfehler entschieden wird.

## VGH München BayVBl.1983, 374 - Stadtbücherei

LS. 1: „Insassen einer“ im Gemeindegebiet befindlichen „Justizvollzugsanstalt sind nicht Gemeindeglieder i.S. von Art.21 Abs.1, 15 GO; ein Anspruch auf Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung (hier: Stadtbücherei) besteht daher nicht auf Grund Art.21 Abs.1 GO.“

LS.2: „Ein Zulassungsanspruch kann auch nicht aus Art.5 Abs.1, Art.12 Abs.1 GG hergeleitet werden.“

### „Forensen“ (Art.21 Abs.3, 4 BayGO)

„Auswärtswohnende Personen“ haben eine gegenständlich eingeschränkte Rechtsstellung, nämlich nur Rechte im Hinblick auf ihren Grundbesitz oder ihre gewerblichen Niederlassungen im Gemeindegebiet.

Zur „gewerblichen Niederlassung“ vgl. § 42 Abs. 2 GewO.

Es ist gleichgültig, ob die auswärtswohnenden Personen ihren Wohnsitz in Bayern, im übrigen Bundesgebiet oder im Ausland haben; auch kommt es nicht darauf an, ob sie Deutsche im Sinne des Art.116 GG sind.

Mit „Pflichten wie ortsansässige Grundbesitzer und Gewerbetreibende“ (Art.21 Abs.3 BayGO) sind vor allem die Zahlung von Gemeindesteuern und sonstigen Gemeindeabgaben gemeint.

### Übrige auswärtige Personen(gruppen)

Lit.: Seewald, Rdnr. 149  
Ossenbühl, DVBl. 1973, 296  
Lissack, S. 61

Problem: einerseits kein ausdrückliches Nutzungsrecht für Nicht-Einwohner; andererseits beabsichtigte Wirkung von öffentlichen Einrichtungen (landesrechtliche Finanzzuweisungen!) über das Gebiet der Standort-Gemeinde hinaus.

Spezialgesetzliche Anspruchsgrundlagen bieten teilweise Ersatz, z.B. § 6 EnergiewirtschaftsG; § 22 PersonenbeförderungsgG, § 64 GewO, Art.43 BayEUG (Z/Tr 670), Art.10, 19 Schulfinanzierungsgesetz (Z/Tr 685).

#### 1. Personen im Einzugsgebiet öffentlicher Einrichtungen

Das sogenannte zentralörtliche Gliederungsprinzip müßte eine Erweiterung des Zulassungsanspruches für Personen mit sich bringen, die im Einzugsbereich einer über das Gemeindegebiet hinaus wirkenden öffentlichen Einrichtung ihren Wohnsitz haben.

Zu diesem Prinzip vgl. Art.2 Nr.3 und 4 BayLandesplanungsg (Z/Tr 417).

Eventuell: Benutzungsgebühren und -entgelte (vgl. Art.10 BaySchulfinanzierungsg);  
oder: Finanzausgleich

#### 2. die übrigen gebietsfremden Personen

grundsätzlich kein Nutzungsrecht

Ausnahme: Benutzung der „öffentlichen, dem Gemeindegebrauch dienenden Einrichtungen“ (Art.21 Abs.5 BayGO)

## Politische Parteien und Gruppen

- Lit.: Knemeyer, Rdnr. 317, 327  
 Seewald, Rdnr. 151  
 Becker, Rdnr. 449  
 Lissack, S. 66 ff.  
 Brand, Zur Gleichbehandlung von Parteien bei der Überlassung kommunaler Einrichtungen auf der vertraglichen Ausgestaltungsstufe, BayVBl. 2001, S. 104

Parteien, die in der Gemeinde keinen Ortsverband haben, können einen Benutzungsanspruch aus § 5 Abs.1 (Bundes-) Parteiengesetz ableiten.

BVerwGE 31, 369 - zur Vergabe von Räumen einer Gemeinde an eine politische Partei für eine öffentliche Parteiveranstaltung  
 BVerwGE 47, 280 - Sondernutzungserlaubnis zur Wahlsichtwerbung auf Plakatwänden; Grundsatz der abgestuften Chancengleichheit

VGH München BayVBl. 1969, 102

LS.2: „Die Zulassung zur Benutzung einer zur Abhaltung öffentlicher Versammlungen gewidmeten gemeindlichen Halle kann nicht ohne weiteres mit der Begründung abgelehnt werden, daß es zu Unruhen kommen werde.“

### (6) Rechtsform der Benutzung

- Lit.: Knemeyer, Rdnr. 316 ff.  
 Maurer, § 3 Rdnr. 26  
 Seewald, Rdnr. 144 ff.  
 Becker, Rdnr. 466 ff.  
 Lissack, S. 59f.

Unterscheidung

- **Organisationsform** (betr. Entscheidung für Organisation der Einrichtung in ihrer - äußerlichen - rechtlichen Gestalt)  
 Wahlfreiheit zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Organisationsform - z.B. Eigenbetrieb (Art.88 BayGO), selbständiges Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts (Art.89 ff. BayGO) oder GmbH (vgl. Art.92 ff. BayGO)
- **Benutzungsform** (Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses zwischen Einrichtung und Benutzern im einzelnen)
  - \* bei öffentlich-rechtlicher Organisationsform besteht hinsichtlich der Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses Wahlfreiheit zwischen privatrechtlicher (z.B. AGBs) und öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung (z.B. Benutzungs- und Gebührensatzung)
  - \* bei privatrechtlicher Organisationsform nur privatrechtliche Benutzungsform zulässig

Bindung der Verwaltung auch dort, wo formal das Privatrecht gewählt wurde, nach den Grundsätzen des „**Verwaltungsprivatrechts**“, vgl. dazu Maurer § 17 Rdnr. 1 ff.

## BGH NJW 1969, 2195 - Zur Frage der Bindung an **Grundrechte**

LS: Der **Verkehrsbetrieb einer Stadtgemeinde** hat bei der Gestaltung seiner Tarife auch dann die die öffentliche Verwaltung bindenden Grundsätze, vor allem den **Gleichheitssatz (Art.3 GG)** zu beachten, wenn der Betrieb zwar in der Form einer Gesellschaft des Privatrechts gebührt wird, deren Anteile aber in der Hand der Gemeinde sind

„Daß der Gleichheitssatz für die **Versorgungs- und Verkehrsbetriebe** der Gemeinden **unmittelbar** gilt (Art.1 Abs.3 GG), bedarf dann keiner näheren Begründung, wenn man annimmt, daß diese Betriebe nicht zu den „wirtschaftlichen Unternehmen“ i.S. der §§ 69 ff. GemO (hier: Nordrhein-Westfalen) gehören, sondern ein **Stück der Gemeinden** sind, weil sie zu deren **Funktionskern** gehören und damit unmittelbar zu der ihnen obliegenden **Daseinsvorsorge** (so BayVerfGH 10, II 113 = DÖV 1958, 260; Hüttel, DÖV 1958, 198). Nichts anderes gilt, wenn man die Verkehrsbetriebe zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde rechnet (...). Denn auch diese Betätigung der Gemeinden dient lebenswichtigen Bedürfnissen der Gemeinschaft, gehört daher zur Daseinsvorsorge und ist deshalb öffentliche Verwaltung und nicht privatwirtschaftliche Tätigkeit (...). Zu Unrecht beruft sich die Beklagte darauf, daß die Stadt D. ihr Verkehrsunternehmen nicht in der Form eines Eigenbetriebes (§ 74 GemO NRW), sondern als rechtlich selbständiges Wirtschaftsunternehmen (§ 72 GemO NRW: Eigengesellschaft) organisiert hat. Die **Rechtsform entscheidet nicht darüber, ob die öffentliche Hand dem Verwaltungs- und nicht dem Privatrecht unterworfen und damit an den Gleichheitssatz gebunden ist**. Alles, was **funktionell zur Daseinsvorsorge** gehört, ist nach den **Grundsätzen des Öffentlichen** und nicht des Privaten **Rechts** zu beurteilen (...). Infolgedessen ist die **Tarifgestaltung** der Beklagten nicht Sache des privaten Beliebens, sondern gehört zur **öffentlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge**. Daher kann sie nicht einzelne Schulen oder Gruppen von Schulen ohne sachlichen Grund bevorzugen oder benachteiligen ...“.

### „Zwei-Stufen-Theorie“ (h.M.)

- Zulassung zur Einrichtung (Frage des „**ob**“ der Benutzung) stets nach Öffentlichem Recht zu beurteilen, d.h.: Art.21 BayGO kann nicht durch Wahl der Organisationsform beseitigt werden; Streit um Zulassung ist somit stets öffentlich-rechtliche Streitigkeit, § 40 VwGO

BVerwG NJW 1990, 134

LS.1: „Streitigkeiten zwischen Bürger und Gemeinde über den Zugang zu einer gemeindlichen Einrichtung sind auch dann öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, wenn die Gemeinde die Einrichtung nicht selbst betreibt, sondern durch eine juristische Person des Privatrechts betreiben läßt.“

- Benutzungsmodalitäten (Frage des „**wie**“ der Benutzung) abhängig von Benutzungsform: privatrechtlich - Zivilgericht; öffentlich-rechtlich - Verwaltungsgericht

### **Mindermeinung: öffentlich-rechtliches Einheitsmodell**

Lit.: Pappermann, JZ 1969, 484  
Ossenbühl, DVBl. 1973, 289  
Seewald, Rdnr. 162

„Einheitlichkeitstheorie“ - Theorie der einheitlichen Deutung der Leistungsabwicklung: Erbringung von Leistungen durch öffentliche Einrichtungen der Gemeinde ist durchgehend (und nur) nach öffentlich-rechtlichen Maßstäben zu beurteilen.

VG Wiesbaden DVBl.1974, 243 - gemeindliche Anstalt (Kindergarten)

LS: „Das gesamte **Rechtsverhältnis über die Benutzung einer** von einem Träger öffentlicher Gewalt im Rahmen ihrer öffentlichen Aufgaben zu öffentlichen Zwecken bereitgestellten **öffentlichen Einrichtung** ist **einheitlich** als **öffentlich-rechtlicher Vertrag** zu beurteilen.“

Gegen ein solches „öffentlich-rechtliches Einheitsmodell“ spricht die tatsächlich vorzufindende Typenvielfalt öffentlicher Einrichtungen.

Für das Subventionsrecht (auch außerhalb des kommunalen Bereiches), für das die Zwei-Stufen-Theorie (wohl von H. P. Ipsen) entwickelt wurde, wird auf die rechtliche Bewältigung durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag hingewiesen.

vgl. dazu Knack VwVfG, 6.Aufl. 1998 § 54 Rdnr.6.2.

### (7) Feststellung der Rechtsbeziehung im Einzelfall

Lit.: Seewald, Rdnr. 147  
Schulze-Osterloh, Jus 1979, 826

Indizien - „Berücksichtigung aller Umstände“: Satzung, Gebühr; Vertrag, Entgelt; Gleichordnung, Unterordnung

Vermutung spricht - im Zweifelsfall - für öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis - a.A. noch BGHZ 41, 264

BayVerfGH BayVBl. 1956, 274 - Straßenbahntarif der Landeshauptstadt München ist bürgerlich-rechtliche Regelung

VGH Mannheim NJW 1979, 1900 – Bademützen; Badeordnung ist öffentlich-rechtliche Regelung

OVG Münster OVGE 24, 175 - städtisches Theater; privatrechtlich ausgestaltetes Benutzungsverhältnis

BGH DVBl.1976, 210 - Bolzplatz

LS: „Für die Abwehrklage gegen die von einem Kinderspielplatz („Bolzplatz“) ausgehenden Geräuschmissionen ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben, wenn der Spielplatz im Bebauungsplan vorgesehen, im Vollzug dieser Planung von der Gemeinde eingerichtet sowie in Dienst gestellt und damit einem öffentlichen Zweck gewidmet worden ist.“

### (8) Insbesondere: Regelungen zur Friedhofsbenutzung

BVerwGE 45, 224 - Friedhofsbenutzung allgemein

BVerwGE 17, 119 - insbesondere: Gestaltung von Grabmälern

VGH Kassel NVwZ-RR 1989, 505 - Grenzen der Zulässigkeit von Einschränkungen der Grabgestaltung in Friedhofssatzung

LS.1: Der Schutzbereich des **Grundrechts der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art.2 I GG)** umfaßt das Recht, eine zur Nutzung überlassene Grabstätte nach eigenen Vorstellungen zu gestalten....

LS.2: § 26 III 1 der Friedhofssatzung der Landeshauptstadt Wiesbaden ist ungültig, da das ausnahmslos für alle öffentlichen Friedhöfe geltende **Verbot von Vollabdeckungen aus Stein** und anderen wasserundurchlässigen Werkstoffen nach den tatsächlichen Verhältnissen **nicht erforderlich** ist, um eine ordnungsgemäße Bestattung sicherzustellen.

**dd) Anspruch auf Fortführung bestehender oder Schaffung neuer Einrichtungen**

Grundsatz: kein Anspruch auf Fortführung bestehender oder Schaffung neuer Einrichtungen

Ausnahme: Einrichtung ist zum Schutz eines grundrechtlich erfaßten Freiheitsraumes unerlässlich.

VGH Kassel NJW 1979, 886 – Kindertagesstätten mit kollegialer Arbeitsform (pädagogisch-organisatorische Konzeption mit komplementärer, emanzipatorischer Erziehung, Mitwirkung der Eltern)

LS.2: Ein Anspruch auf Fortführung einer bestimmten Einrichtung der Jugendhilfe (hier: Projekt KITA) läßt sich weder aus Art.2 Abs.1 und Art.6 Abs.2 S.1 GG noch aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes ableiten.

Vgl. BVerfGE 35, 79 - Mitbestimmung an Hochschulen, Gruppenuniversität

**ee) Abwehr von Störungen öffentlicher Einrichtungen**

Lit.: Seewald, Rdnr. 161  
Becker, Rdnr. 261  
Knemeyer, Rdnr. 240

**„Hausverbot“**

Rechtsgrundlage: privatrechtliche Besitz- und Eigentumsrechte oder öffentlich-rechtliche „Anstaltsgewalt“(str.)

Rechtsprechung: Zweck des Besuches maßgebend  
z.B. BGHZ 33, 230 - Untersagung der Tätigkeit des Fotografen im Standesamt, privatrechtliche Angelegenheit

BVerwGE 35, 103 - Vergabe von Entwicklungs- und Forschungsaufträgen durch ein Bundesministerium, ebenfalls privatrechtliche Angelegenheit

a.A. Schrifttum: Zweck des Hausverbots ist maßgebend - Sicherung öffentlicher Aufgaben - öffentlich-rechtliche Angelegenheit

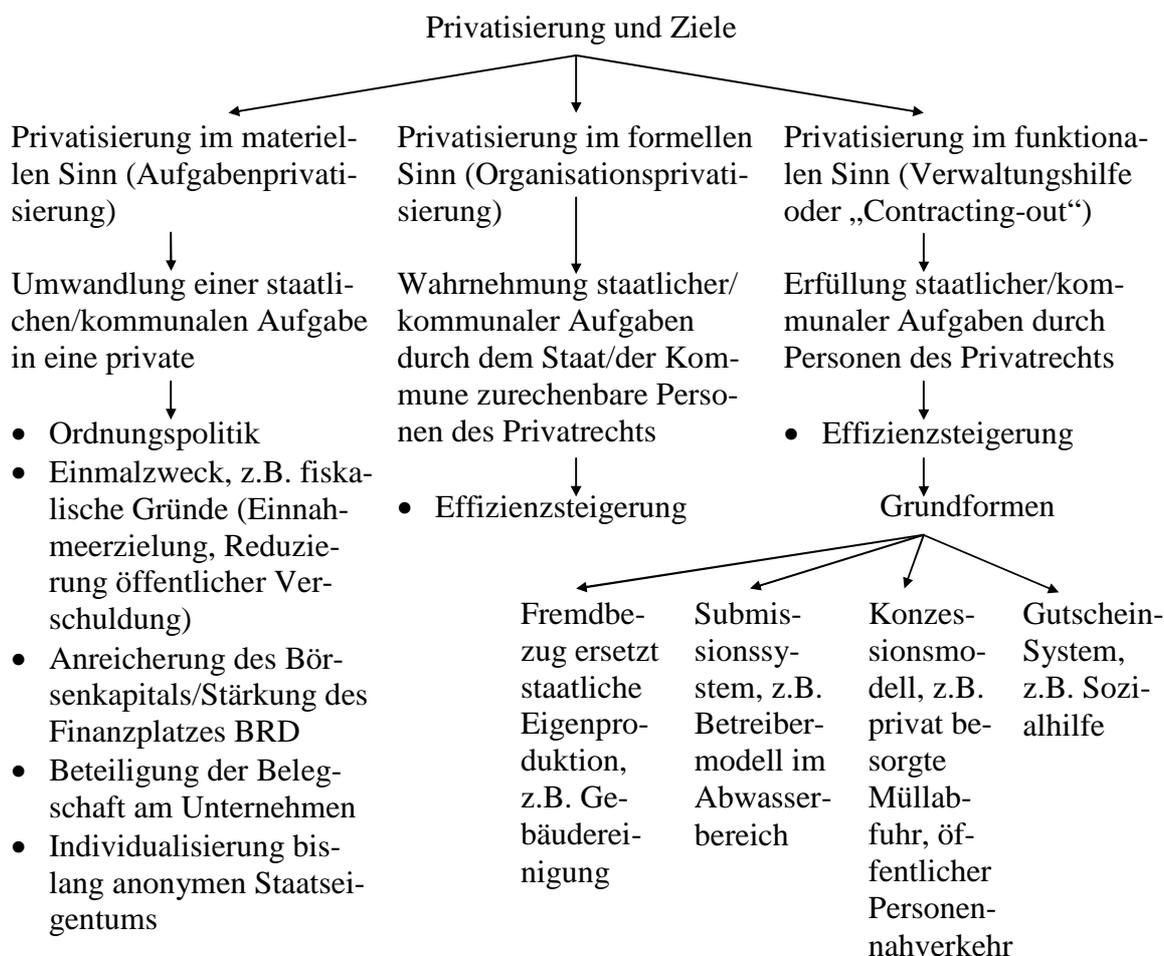
## ff) Exkurs: „Privatisierung“ von öffentlichen Aufgaben/Leistungen

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 350 f.

Seewald, Rdnr. 307

Becker, Rdnr. 357

Lissack, S. 214



Ziele von Privatisierung/der „Flucht in das Privatrecht“:

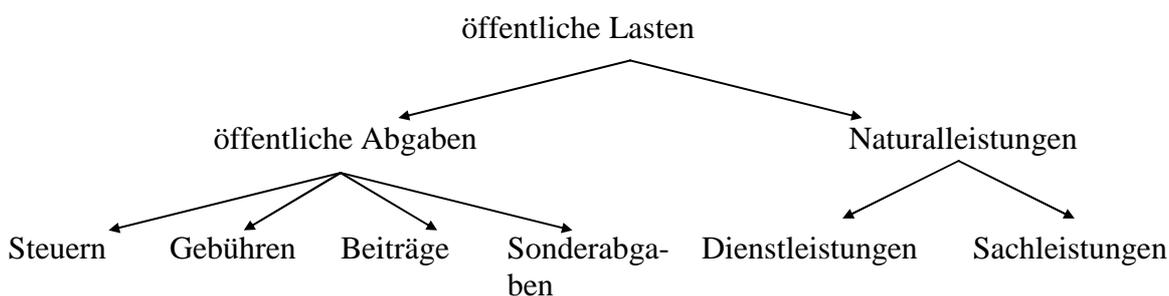
- Freistellung von Bindungen des Öffentlichen Rechts
  - \* früher: hinsichtlich des Benutzungsanspruchs „dem Grunde nach“
  - \* heute: nur noch hinsichtlich der übrigen Benutzungsregelungen (AGBen statt Satzung; Verfahrensregelungen)
- Vermeidung gewisser öffentlich-rechtlicher Bindungen möglich, insb. auch öffentliches Dienstrecht, vor allem Beamtenrecht (Einstellung, Entlassung, Entlohnung, Versorgung)
- steuerrechtliche Vorteile

### III. Pflichten der Gemeindebewohner

#### 1. Verpflichtung zur Tragung der Gemeindelasten

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 353 ff. (kommunales Finanzrecht)  
 Seewald, Rdnr.165 ff., 245 ff. (Finanzierung der gemeindlichen Aufgaben)  
 Becker, Rdnr. 513 ff.  
 Lissack, S. 185 ff.

Quellen: Art.19, 20, 21 Abs.1 S.2, 24 BayGO



#### a) Dienst- und Sachleistungen

Beispiele:

- (ehrenamtlicher) **Dienst in der Feuerwehr**, Art.4, Art.13 BayFwG (Z/Tr 201); zur Verfassungswidrigkeit der früheren Regelung vgl. BVerfGE 92, 91
- Heranziehen von Personen und Sachen, Art.24 BayFwG
- **Hand- und Spanndienste**, Art.24 Abs.1 Nr.4 BayGO (vgl. Anm. dazu in Z/Tr), z.B.: Pflicht „zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Reinlichkeit“ von Gemeindestraßen (vgl. Art.51 Abs.4 BayStrWG, Z/Tr 790), Sportanlagen, Jugendheimen; Fällen und Abfahren von Gemeindeholz

VGH München BayVBl.1961, 381 - Grundsätze zum Hand- und Spanndienst; auch unter Berücksichtigung des Art.12 Abs.2 GG, insb.

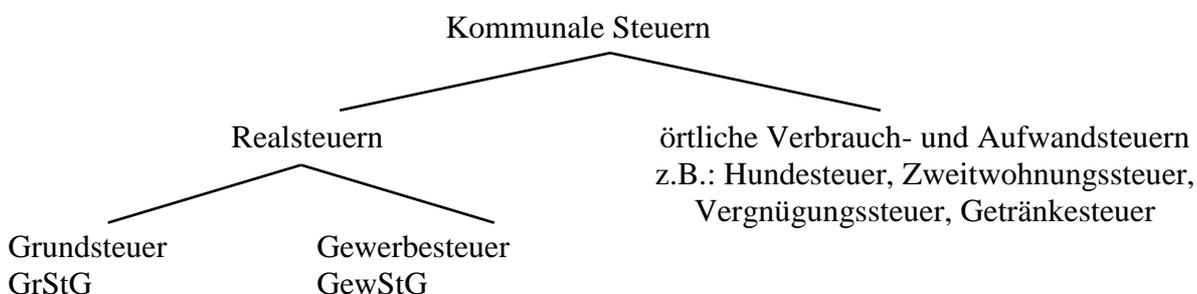
- Gebot der Herkömlichkeit
- Gebot der Allgemeinheit
- Gebot der Gleichheit

## b) Öffentliche Abgaben

### aa) Steuern

Lit.: Seewald, Rdnr. 249 ff.  
 Knemeyer, Rdnr. 356 ff.  
 Becker, Rdnr. 518 ff.  
 Lissack, S. 186 ff.  
 Tipke/Lang, Steuerrecht, 16. Aufl. 1998, § 3 Rdnr. 9 ff.

Allgemeine **Legaldefinition** in § 3 Abs.1 AO: „Steuern sind Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zu Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft; die Erzielung von Einnahmen kann Nebenzweck sein“.



### örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuern

Rechtsquellen: Art.105 Abs.2a, 3; Art. 106 Abs.6 GG; Art.3 KAG (Z/Tr 373)

- Verbot der Gleichartigkeit zu bundesgesetzlich geregelten Steuern
- Subsidiaritätsprinzip, vgl. Art.62 Abs.2 KAG
- kein originäres „Steuerfindungsrecht“ aus Art.28 Abs.2 GG, sondern nur wenn und soweit durch KAG eingeräumt
- nach bay. Recht (Art.3 Abs.3 KAG) sind verboten: Getränkesteuer, Jagdsteuer, Speiseeissteuer, Vergnügungssteuer, Steuer auf das Innehaben einer Wohnung

### BVerfGE 16, 306 - Begriff der örtlichen Steuer

LS: „Verbrauch- und Verkehrsteuern mit örtlich bedingtem Wirkungskreis im Bereich der Gemeindesteuern sind nur solche **Steuern, die an örtliche Gegebenheiten**, vor allem an die Belegenheit einer Sache oder an einen Vorgang im Gebiet der steuererhebenden Gemeinde **anknüpfen und** wegen der **Begrenzung ihrer unmittelbaren Wirkungen auf das Gemeindegebiet** nicht zu einem die Wirtschaftseinheit berührenden Steuerefälle führen können.“

### VGH Mannheim NVwZ 1990, 395 - Heranziehung zu einer Einwohnersteuer

LS: 1. **Aufwandsteuern** i.S. des Art.105 Abs.2a GG, § 6 Abs.3 BadWürttKAG sind **Steuern auf** die in der Einkommensverwendung für den persönlichen Lebensbedarf zum Ausdruck kommende **wirtschaftliche Leistungsfähigkeit**.

2. Läßt die Einkommensverwendung nicht typischerweise auf eine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit schließen, darf diese Verwendung finanzieller Mittel für den persönlichen Lebensbedarf nicht zum Gegenstand einer Aufwandsteuer gemacht werden.

3. Die schlichte „Inanspruchnahme von Wohnraum“ indiziert nicht die wirtschaftliche Leistungs-

fähigkeit des Wohnenden.

4. Die Gemeinden überschreitet die Grenzen ihres **Steuerfindungsrechts**, wenn sie für die Inanspruchnahme von Wohnräumen schlechthin eine Steuer erhebt.

Vgl. auch BVerfGE 69,174 - Verfassungsmäßigkeit der Hamburger Getränkesteuer  
BVerfG DVBl. 1998, 705 - Verfassungswidrigkeit kommunaler Verpackungssteuern

## bb) Gebühren

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 362 ff.  
Seewald, Rdnr. 156, 245  
Lissack, S. 195 ff.  
Becker, Rdnr. 531 ff.

Definition und Rechtsgrundlagen: Art.22, 62 BayGO, Art.8 KAG, Art.1, 6, 7, 21 Kostengesetz (Z/Tr 380)

- **Gebühren:** öffentliche Abgaben, die von den Kommunen als **Gegenleistung für konkrete Amtshandlungen** und sonstige Tätigkeiten (**Verwaltungsgebühr**) oder für die **tatsächliche Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen** oder Anlagen (**Benutzungsgebühr**) erhoben werden; die bloße Möglichkeit einer Verwaltungsleistung reicht für die Erhebung einer Gebühr nicht aus – vgl. VGH München VerwRSpr 10, 93, 100
- Beispiele:
  - Gebühren für die Erteilung von Genehmigungen und Abschriften
  - Müllabfuhrgebühren, Kindergartenbenutzungsgebühren
- Gebührenbemessung: Art.8 Abs.2-4 KAG – **Kostendeckungsprinzip** – **Kostenüberdeckungsverbot** (Gebührenaufkommen soll gesamten Aufwand für die öffentliche Einrichtung decken, aber auch nicht mehr); **Äquivalenzprinzip** (zwischen Leistung und Gebühr muß ein angemessenes Verhältnis bestehen)
- Gebührenmaßstab: Wirklichkeitsmaßstab, sekundär Wahrscheinlichkeitsmaßstab

VGH Kassel NJW 1977, 452 - Unzulässigkeit der Staffelung von Gebühren für die Benutzung kommunaler Kindergärten nach dem Einkommen der Eltern

LS 3: Die Staffelung von Gebühren für die Benutzung von Kindergärten nach dem Brutto- oder Nettoeinkommen der Eltern verstößt gegen die **Gebührenprinzipien** der **speziellen Entgeltlichkeit** und der **Gleichheit**.

LS 4: Der Grundsatz der speziellen Entgeltlichkeit kann nicht dadurch umgangen werden, daß Höchstsätze festgesetzt werden, von denen aus sozialen Gründen Nachlässe gewährt werden.

LS 5: Der für die Gebührenbemessung gewählte Maßstab muß einen Schluß auf den Umfang der Inanspruchnahme zulassen und gewährleisten, daß bei gleichhoher Inanspruchnahme etwa gleichhohe Gebühren zu zahlen sind.

LS 6: Die **Gebühren** dürfen jedenfalls solange **keinen umverteilenden Nebenzweck** haben, wie der Gesetzgeber nicht zu erkennen gibt, daß er einen solchen gestattet.

LS 7: Das **hessische Kommunalabgabengesetz** läßt keinen Raum für die verfassungskonforme Interpretation am **Sozialstaatsprinzip** mit dem Ziel, Kindergartenengebühren nach dem Einkommen der Erziehungsberechtigten zu staffeln.

Vgl. zur heutigen Rechtslage § 90 Abs.1 S. 2 SGB VIII und § 10 HessKiGaG;  
zur Rechtslage in Bayern vgl. Art.8 Abs.4 KAG

BVerfGE 97, 332 - Staffelung von Kindergartengebühren gemäß bundes- und landesgesetzlicher Ermächtigung

LS: **Kindergartengebühren können grundsätzlich nach dem Familieneinkommen gestaffelt werden.**

OVG Münster E 14, 81

LS.1: „Die Gemeinden können eine Benutzungsgebühr nach § 4 Abs.1 KAG nur von denjenigen Benutzern erheben, die die gemeindliche Einrichtung **auf Grund öffentlichen Rechts benutzen.**“

OVG Münster DÖV 1980, 843

LS.1: „Benutzungsgebühren können nur für eine solche **Inanspruchnahme** einer öffentlichen Einrichtung der Gemeinde erhoben werden, **die dem Zweck der Einrichtung entspricht.**“

OVG Münster NJW 1979, 565 - Verbot von Auswärtigenzuschlägen

LS: „In Gebührensatzungen für kommunale Friedhöfe dürfen die Benutzungsgebühren nicht um sogenannte Auswärtigenzuschläge erhöht werden.“

VG Frankfurt NJW 1977, 455 - Unzulässigkeit der Staffelung von Friedhofsbenutzungsgebühren nach dem Einkommen oder Vermögen; Schlechterstellung von Ortsfremden; Wahlgrabstätte

LS 1: Eine **ortsrechtliche Gebührenregelung**, nach der die Höhe der Bestattungsgebühren für die Benutzung eines von der Gemeinde betriebenen Friedhofes nach dem Einkommen oder dem Vermögen (des Verstorbenen) gestaffelt ist, verstößt gegen die **Grundsätze der speziellen Entgeltlichkeit** (vgl. § 10 III 1 Hess-KAG) und der **gleichmäßigen Behandlung** aller Benutzer.

LS 2: Aus dem gleichen Grund ist es **unzulässig**, die **Bestattungsgebühr** für dieselbe Leistung nur deshalb zu **erhöhen**, weil der **Verstorbene keinen Wohnsitz im Gemeindegebiet** hatte. Dies gilt auch für das zum Erwerb des Nutzungsrechts an einer **Wahlgrabstätte** zu entrichtende Entgelt, da insoweit ebenfalls gebührenrechtliche Grundsätze anzuwenden sind.

BVerwGE 104, 60 - Einheimischenabschlag bei Benutzungsgebühr

LS 1: Es verstößt nicht gegen den **allgemeinen Gleichheitssatz** des Art.3 Abs.1 GG, wenn in einer kommunalen Satzung für den Besuch einer - nicht kostendeckend betriebenen - Musikschule von **Einheimischen** eine um einen Zuschuß der Gemeinde **abgesenkte Gebühr** erhoben wird, während **auswärtige Benutzer** die **nicht bezuschufte Gebühr** bezahlen müssen.

Vgl. auch die **Sondernutzungsgebühren** für Benutzung von Straßen und Wegen über den Gemeingebrauch hinaus: Art.18 Abs.2a BayStrWG; § 8 Abs.3 FStrG.

## cc) Beiträge

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 362 ff.  
Seewald, Rdnr. 247  
Lissack, S. 200 ff.  
Becker, Rdnr. 531 ff.

Rechtsquellen: Art.5, 5a, 6 (Fremdenverkehrsbeitrag), 7 (Kurbeitrag) KAG; weitere Ermächtigungsgrundlagen in Regelung des Besonderen Verwaltungsrechts, z.B. § 127 ff. BauGB (Erschließungsbeitrag).

- **Legaldefinition** des Beitrags: Art.5 Abs.1 S.1 KAG
- **Beitrag**: Geldleistung, die eine Kommune als **Gegenleistung** für die **Möglichkeit der Inanspruchnahme einer öffentlichen Einrichtung** erhebt.

- Beitragsbemessung: Art. 5 Abs.2 KAG – **Vorteilsprinzip** (Höhe der Gebühr orientiert sich am wirtschaftlichen Nutzen oder Vorteil), **Äquivalenzprinzip**
- Beispiele:  
Herstellungsbeitrag, Erschließungsbeitrag, Kurbeitrag, Fremdenverkehrsbeitrag;  
Abgabe, die Ansiedlungswillige an eine Gemeinde zahlen müssen, um solche Aufwendungen mit abzudecken, die durch eine Neuordnung der Gemeinde- und Schulverhältnisse oder die Schaffung zusätzlicher sozialer Einrichtungen erforderlich werden; zur Rechtmäßigkeit einer solchen „Ansiedlungsgebühr“ vgl. BVerwGE 44, 202.

#### dd) **Sonderabgaben, Abgaben sui generis**

Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Sonderabgabe:

- Homogenität der belasteten Gruppe
- Sachnähe/besondere Finanzierungsverantwortung der belasteten Gruppe
- Gruppennützigkeit der Abgabe

kommunale Sonderabgaben:

- Stellplatzabläse (BVerwG NJW 86, 600)
- Kleineinleiterabgabe, vgl. Art.8 Abs.3 BayAbwG
- Früher: Feuerschutzabgabe - zur Verfassungswidrigkeit vgl. BVerfGE 92, 91

zu den Sonderabgaben allgemein vgl. BVerfGE 55, S. 274 - Ausbildungsplatzförderungsabgabe; BVerfGE 82, S. 159 – Absatzfondsabgabe

#### ee) **Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Abgabenerhebung**

Die Erhebung von Abgaben ist nur dann rechtmäßig, wenn sie auf einer formell und materiell einwandfreien Rechtsgrundlage beruht (Gesetz; Rechtsverordnung; Satzung); ein Fehler in der Rechtsgrundlage führt grundsätzlich zur Nichtigkeit.

Kommunalabgaben werden i.d.R. aufgrund kommunaler Satzung erhoben, für die wiederum eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage bestehen muß, Art.62 Abs.1 BayGO, Art.1, 2 Abs.1 S.1 KAG

Mindestinhalt: vgl. Art.2 Abs.1 S.2 KAG

Neben der Beitrags- oder Gebührensatzung ist eine Benutzungs- oder Stammsatzung erforderlich, die das (öffentlich-rechtliche) Benutzungsverhältnis regelt.

#### c) **Durchsetzung von Ansprüchen**

##### aa) **Dienst- und Sachleistungen**

Festsetzung durch VA; Vollstreckung gem. (Bay) Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz - VwZVG (Z/Tr 912)

##### bb) **Geldleistung**

Verfahren gem. Art.13 KAG i.V.m. AO

Festsetzung durch VA (Abgabenbescheid, Art.12 KAG)

Vollstreckung s.o., insb. Art.23 ff., 26 VwZVG

Vgl. auch § 80 Abs.2 Nr.1 VwGO – keine aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage.

#### d) Exkurs: Privatrechtliche Ansprüche

für die Inanspruchnahme von Einrichtungen bei privatrechtlicher Organisations- und/oder Benutzungsform

vgl. auch Art.22 BayStrWG - „Sondernutzung nach Bürgerlichem Recht“ (ebenso: § 8 Abs.10 FStrG)

Klage vor dem Zivilgericht; Vollstreckung nach ZPO

## 2. Anschluß- und Benutzungszwang

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 320 ff.

Seewald, Rdnr. 170 ff.

Lissack, S. 63 ff.

Becker, Rdnr. 474 ff.

#### a) Begriff; gesetzliche Grundlagen; Grundproblematik

**Anschlußzwang:** hoheitlich angeordnete Verpflichtung zum Anschluß eines Grundstückes an kommunale Einrichtungen; z.B. an Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung, Abfallentsorgung, Fernwärme, Gas usw.

**Benutzungszwang:** hoheitlich angeordnete Verpflichtung zur ausschließlichen Benutzung kommunaler Einrichtungen, u.U. auch ohne Anschlußzwang (s. Art.24 Abs.1 Nr.2 BayGO a.E.: Schlachthöfe, Bestattungseinrichtungen); stellt insoweit die Kehrseite zum Benutzungsrecht Art.21 BayGO dar

Rechtsquellen: Art.24 Abs.1 Nr.2, 3, Abs.2, 3 BayGO



Problematik:

- unbestimmte Anordnungsvoraussetzungen („Gründe des öffentlichen Wohls“ - Abs.1 Nr.2)
- Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG, vgl. BVerfGE 33, 125 - Facharztbeschuß
- das im Anschluß- und Benutzungszwang steckende Monopol der entsprechenden kommunalen Betätigung, s. dazu unten d)

#### b) Voraussetzungen

##### aa) „Gründe des öffentlichen Wohls“

- unbestimmter Rechtsbegriff, der der uneingeschränkten Prüfung durch Rechtsaufsichtsbehörde und Verwaltungsgericht unterliegt - vgl. VGH München VGHE 7, 139

a.A. OVG Münster OVGE 18, 71 - Entscheidungsspielraum für Satzungsgeber, nur beschränkt gerichtlich überprüfbar

VGH München VGHE 7, 12

LS: „3. **Fiskalische Erwägungen**, d.h. das Ziel, daß die Wasserleitung erhöhte allgemeine Deckungsmittel für die Gemeindekasse abwerfen soll, **rechtfertigen** für sich **allein** grundsätzlich die **Anordnung des Benutzungszwanges nicht**. Die Notwendigkeit der Sicherung der für die finanzielle Selbsttragung der Wasserleitung erforderlichen Einnahmen rechtfertigt die Anordnung des Benutzungszwanges dann, wenn die Einrichtung einer notwendigen Wasserleitung infolge des Widerstands einer ins Gewicht fallenden Minderheit an der mangelnden Leistungsfähigkeit der Gemeinde scheitern müßte.“

4. Die **Notwendigkeit**, den **Benutzungszwang zur Verhütung gesundheitlicher Gefährdungen** der Bevölkerung anzuordnen, **muß im allgemeinen, und nicht** etwa nachweislich **für jedes einzelne Grundstück** des Gemeindegebiets **gegeben sein**.“

Einrichtungen für die Versorgung mit Fernwärme: Art.24 Abs.1 Nr.3 BayGO als speziellere Ermächtigung

- für Neu-Anlagen und in Sanierungsgebieten
- Voraussetzungen: „Gesundheits- und Umweltschutz“

## bb) Ausnahmen vom Anschluß- und Benutzungszwang

Faktische „Ausnahmen“ angesichts der räumlich beschränkten Leistungsfähigkeit/Kapazität einer Einrichtung

VGH München VGHE 8, 15

LS:2: „Die Gemeinde hat wohl die Möglichkeit, den **Anschluß- und Benutzungszwang** durch Satzung **zunächst nur für einen Teil des Gemeindegebiets** anzuordnen und erst später durch Änderung der Satzung entsprechend der Leistungsfähigkeit der Wasserleitung und der Belegung der Straßen mit Leitungsrohren auf weitere Teile des bebauten Gemeindegebietes auszudehnen. **Niemals** aber darf die Gemeinde den Anschluß- und Benutzungszwang nach ihrer **Auswahl** lediglich **von einzelnen Grundbesitzern** fordern. Umgekehrt kann **nur Einzelnen** auf Antrag **Befreiung** vom Anschluß- und Benutzungszwang gewährt werden.“

Gesetzliche Ermächtigung zu Ausnahmen und Befreiungen: nicht in der BayGO, jedoch u.U. aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten geboten, vgl. unten d)

VGH München BayVBl.1966, 248

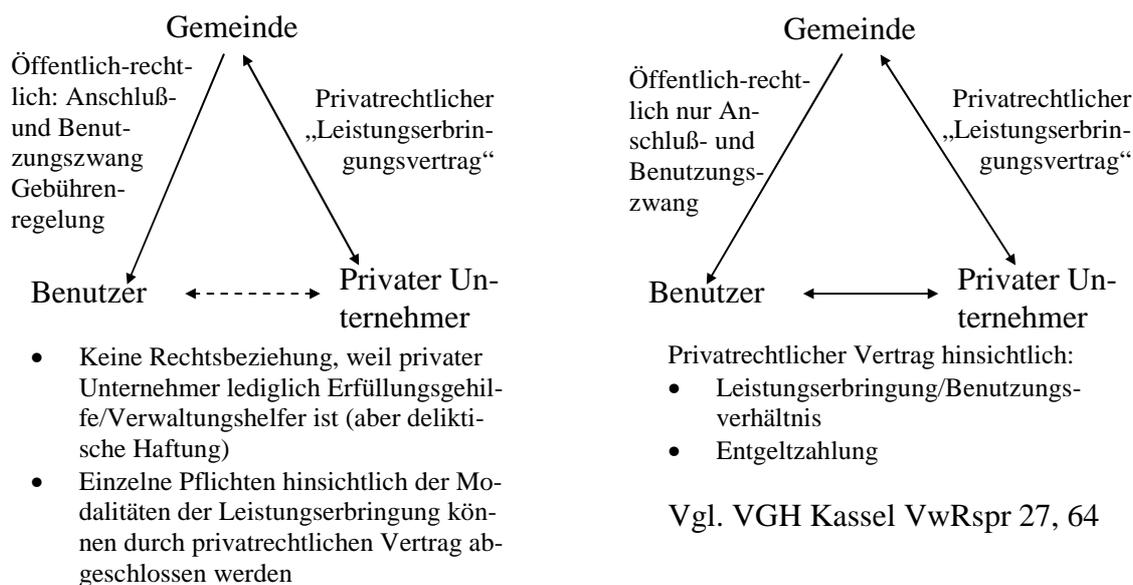
„Der Besitz einer **eigenen Wasserversorgungsanlage**“ verleiht **„nicht** ohne weiteres ein **Recht auf Befreiung** vom Zwang zum Anschluß an die gemeindliche Versorgungsanlage... **Besondere Gründe** können im Zusammenhang mit dem Vorhandensein einer eigenen Anlage oder eines Wasserbezugsrechts aus einer privaten Anlage dann gegeben sein, wenn das aus der gemeindlichen Wasserleitung gelieferte Wasser nicht die für die besonderen Zwecke des Pflichtigen (etwa einer **Brauerei**) erforderlichen Eigenschaften besitzt oder wenn hohe Aufwendungen für eine eigene Versorgungsanlage oder ein Wasserbezugsrecht gemacht wurden, die sich im Betrieb des Pflichtigen noch nicht amortisiert haben.“

### c) Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses

Anschluß- und Benutzungszwang ist immer öffentlich-rechtlich: GO; Satzung

Wenn sich Gemeinde eines privaten Unternehmens als Erfüllungsgehilfen bedient, ist strittig, ob und wenn ja welche Rechtsbeziehungen zwischen dem privaten Unternehmen und demjenigen, der dem Anschluß- und Benutzungszwang unterworfen ist, bestehen.

#### Gestaltungsmöglichkeiten



Vgl. OVG Lüneburg E 25, 345

OVG Lüneburg NJW 1977, 450 - Zulässigkeit einer privatrechtlichen Ausgestaltung kommunaler Nutzungsverhältnisse bei Anschluß- und Benutzungszwang;

**Sachverhalt:** Ein **Zweckverband**, der Wasserversorgungs- und Abwasseranlagen unterhält, hat durch Verbandssatzung für diese Anlagen einen Anschluß- und Benutzungszwang angeordnet, während die Einzelheiten des Benutzungsverhältnisses, insbesondere die **Entgelte**, in gesonderten (privatrechtlich) ausgestalteten „**allgemeinen Ver- und Entsorgungsbedingungen**“ geregelt wurden.

LS 1: Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, sind Gebietskörperschaften und Zweckverbände nach ihrem **Ermessen** befugt, die Nutzungsverhältnisse bei den öffentlichen Einrichtungen privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich zu regeln.

LS 2: Die **Regelung der Nutzungsverhältnisse**, insbesondere die des Entgelts für die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung, kann grundsätzlich auch dann **privatrechtlich** (z.B. in „allgemeinen Versorgungsbedingungen“) erfolgen, wenn für die Einrichtung ein Anschluß- und Benutzungszwang besteht.

LS 3: In diesem Fall ist die **privatrechtliche Ausgestaltung** des Nutzungsverhältnisses, insbesondere der Leistungsentgelte dann ermessensfehlerfrei, wenn **sachliche Gründe** dafür sprechen.

Haftung aus dem Leistungsverhältnis (bei Leistungsstörungen)

- Maßgeblich ist auch hier das Rechtsverhältnis zwischen Gemeinde und dem durch den Anschluß- und Benutzungszwang Verpflichteten.

- Problem: Haftung, wenn die Gemeinde die mit Benutzungszwang belegte Einrichtung durch einen privaten Unternehmer betreiben läßt.  
Lösung: Bürger darf durch Einschaltung eines Unternehmers nicht schlechter gestellt werden als für den Fall, daß die Gemeinde „eigenhändig“ tätig wird.

BGH DVBl.1983, 1062 - Haftung der Gemeinde aus pFV des öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses für Nässeschäden, die ein fehlerhaftes Kanalanschlußrohr, das ein privater Unternehmer bei der Herstellung der Abwassereinrichtung im Auftrag der Gemeinde eingesetzt hatte, auf dem Nachbargrundstück verursacht hat.

#### d) Verfassungsrechtliche Probleme des Anschluß- und Benutzungszwangs

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 325 ff.  
Seewald, Rdnr. 170 ff.  
Lissack, S. 92  
Becker, Rdnr. 489 ff.

Grundrechte (insb. Art.12, Art.14, Art.2 Abs.1 GG); „Willkürverbot“; Übermaßverbot

##### **Eigentumsfreiheit:**

Anordnung eines Anschluß- und Benutzungszwangs stellt für den betroffenen Grundstückseigentümer regelmäßig eine (nicht entschädigungspflichtige) Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art.14 Abs.1 GG dar. Um die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall zu wahren, sind Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten in der den Anschluß- und Benutzungszwang anordnenden Satzung vorzusehen.

BVerwG BayVBl.1972, 669 (Vorinstanz: VGH München FSt 1972, Rdnr.488)

„Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerwG ist der ortsrechtlich vorgeschriebene Zwang zum Anschluß an die gemeindliche Wasserleitung und deren gebührenpflichtiger Benutzung für den betroffenen Grundstückseigentümer auch dann **grundsätzlich kein enteignender Eingriff**, wenn in Ausübung des **Anschluß- und Benutzungszwangs** private unentgeltliche Wasserbezugsrechte nicht mehr ausgeübt werden können („Oberstdorfer Brunnenrechte“).“

BGHZ 54, 293 – Wasserrechte

LS: Ein **entschädigungspflichtiger enteignender Eingriff liegt nicht** vor, wenn das vor Jahrzehnten begründete Recht des Grundstückseigentümers, die in seinem städtischen Haushalt anfallenden Abwässer unentgeltlich in einen Wasserlauf dritter Ordnung einzuleiten, dadurch gegenstandslos wird, daß die Stadt später die unschädliche Ableitung aller Abwässer und Fäkalien übernimmt und dazu einen Anschluß- und Benutzungszwang einführt.

S.297: „2. Die Einführung eines **Anschluß und Benutzungszwangs** für die Abwässerbeseitigung durch eine Gemeindegatsung ist in diesem Sinne bloße **Sozialbindung des Eigentums** und enthält die **Festlegung der allgemeinen Eigentumsschranken** für Grundstücke und auch für mit dem Grundeigentum verbundene Rechte **aus Gründen der öffentlichen Gesundheitspflege**.“

BayObLG BayVBl.1985, 285 - Berücksichtigung der Grundrechte und der Grundsätze des „Übermaßverbots“ durch Möglichkeiten der „Ausnahme“ oder „Befreiung“ von Anschluß- und Benutzungszwang („Kachelofen“).

VGH München VGHE 8, 15

LS.3: „ Hinweis auf VGH n.F. 7, 12, daß eine **Satzung**, wonach der Bürgermeister im Einzelfall aus wichtigen Gründen in jederzeit widerruflicher Weise Befreiung vom Anschluß- und Benut-

zungszwang gewähren kann, den **verfassungsrechtlichen Erfordernissen** nicht genügt. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn dem Betroffenen“ in der Satzung „ein **Rechtsanspruch auf Befreiung vom Anschluß- und Benutzungszwang aus besonderen Gründen, die die Verpflichtung als nicht zumutbar erscheinen lassen**, eingeräumt ist.“

Gegenüber privaten Konkurrenten der durch den Anschluß und Benutzungszwang begünstigten Einrichtung liegt i.d.R. kein unzulässiger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vor, vgl. VGH BayVBl. 1961, 221

### **Berufsfreiheit:**

Durch die Begründung eines Benutzungszwanges wird ein Monopol zugunsten der kommunalen Einrichtung angeordnet, dies bedeutet einen Eingriff in die Berufsfreiheit, der gerechtfertigt werden muß (Drei-Stufen-Theorie)

VGH München BayVBl.1960, 56 (ebenso: BayVerfGH BayVBl.1973, 379)

LS: „1. Die Betätigung **privater Gewerbetreibender** auf **öffentlichen Friedhöfen** kann **nicht** durch Maßnahmen der „Anstaltsgewalt“, sondern **nur** durch **Rechtsvorschriften** eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, die allgemein unter Selbstbindung des Friedhofsträgers die Betätigung auf dem Friedhof regeln.  
2. Rechtsvorschriften dieser Art verstoßen, auch wenn sie bis zur Schaffung eines gemeindlichen Monopols gehen, nicht gegen Art.12 Abs.1 GG, da es sich hier um die Wahrung von Interessen der **öffentlichen Ordnung** handelt, **also** der **Schutz eines überragenden Gemeinschaftsgutes** (s. BVerfGE 7, 377) auf dem Spiele steht.“

VGH Kassel NVwZ 1988, 847 - Kein Benutzungszwang für Leichenhallen auf kommunalen Friedhöfen.

LS.2: Die §§ 1 und 10 des HessFriedhBestG und § 19 Abs.2 HessGO ermöglichen die Einführung des **Benutzungszwanges für die Leichenhallen** der Landeshauptstadt Wiesbaden **nicht**, weil weder der Schutz der Totenruhe noch der der menschlichen Gesundheit bei Unterhaltung eigener Leichenhallen durch Bestattungsunternehmen gefährdet sind.

OVG Weimar GewArch 1998, 26

LS: „Ein **Benutzungszwang** für eine **gemeindliche Leichenhalle** ist **unzulässig**. Er greift in die Berufsausübungsfreiheit, Art.12 GG, privater Bestattungsunternehmen ein. Dieser Eingriff wird weder durch Gesichtspunkte des Gesundheitsschutzes (...) noch durch Gesichtspunkte der Funktionsfähigkeit kommunaler Bestattungsunternehmen gerechtfertigt.“

VGH München BayVBl. 1982, 594

LS.1: „Bestimmt die Gemeinde durch Satzung, daß für die **Ausübung gewerblicher Tätigkeit auf dem Friedhof** ein **Berechtigungsschein** erforderlich ist, so müssen die Voraussetzungen durch den Friedhofszweck gerechtfertigt sein und dürfen den Gewerbetreibenden nicht unverhältnismäßig belasten.“

### 3. Übernahme und Ausübung ehrenamtlicher Tätigkeiten

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 196, 209, 211  
Seewald, Rdnr. 179

- **Rechtsquellen:** Art.19; Art.20; Art.20a; Art.31 Abs.2, 4; Art.34 Abs.2; Art.35; Art.48, insb. Abs.3 BayGO
- **Beispiele:** ehrenamtliche Gemeinderatsmitglieder, ehrenamtliche Bürgermeister
- Ablehnung der Übernahme gemeindlicher Ehrenämter nur aus „wichtigem Grund“, Art.19 Abs.2 S.1 BayGO; Regelbeispiele: Art.19 Abs.2 S.2 BayGO
- **Pflichten:** Gewissenhaftigkeit (Art.20 Abs.1 BayGO), Verschwiegenheit (Art.20 Abs.2 S.1 BayGO), Verwertungsverbot (Art.20 Abs.2 S.2 BayGO), Herausgabepflicht (Art.20 Abs.2 S.3, 5 BayGO), Verbot von Aussagen vor Gericht oder Abgabe von Erklärungen ohne Genehmigung (Art.20 Abs.3 S.1 BayGO)
- Verantwortlichkeit (Haftung) bei Pflichtverletzungen der ehrenamtlich tätigen Gemeindemitglieder (Art.20 Abs.4 BayGO)

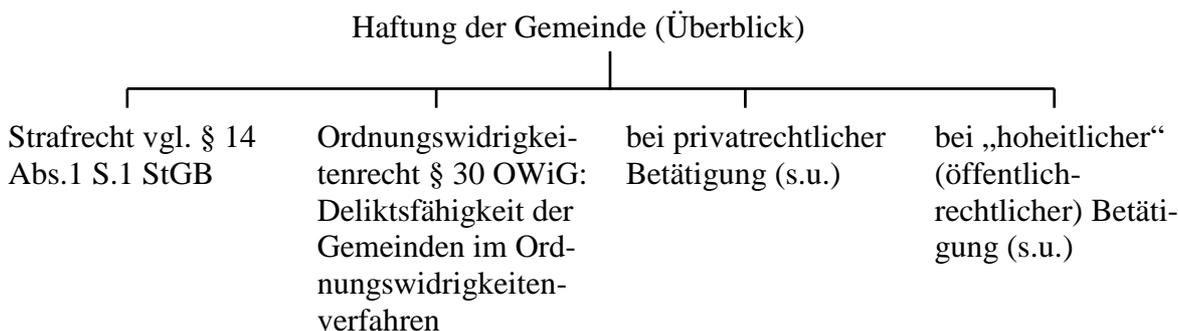
## E. Haftungsfragen

- Lit.: Knemeyer, Rdnr. 296 ff.  
 Seewald, Rdnr. 219 ff.  
 Teschner, Die Amtshaftung der Gemeinde nach rechtswidrigen Beschlüssen ihrer Kollegialorgane, 1990  
 Maurer, §§ 25-30  
 Becker, Rdnr. 414 ff.  
 Lissack, S. 7

## I. Haftung der Gemeinde

### 1. Überblick

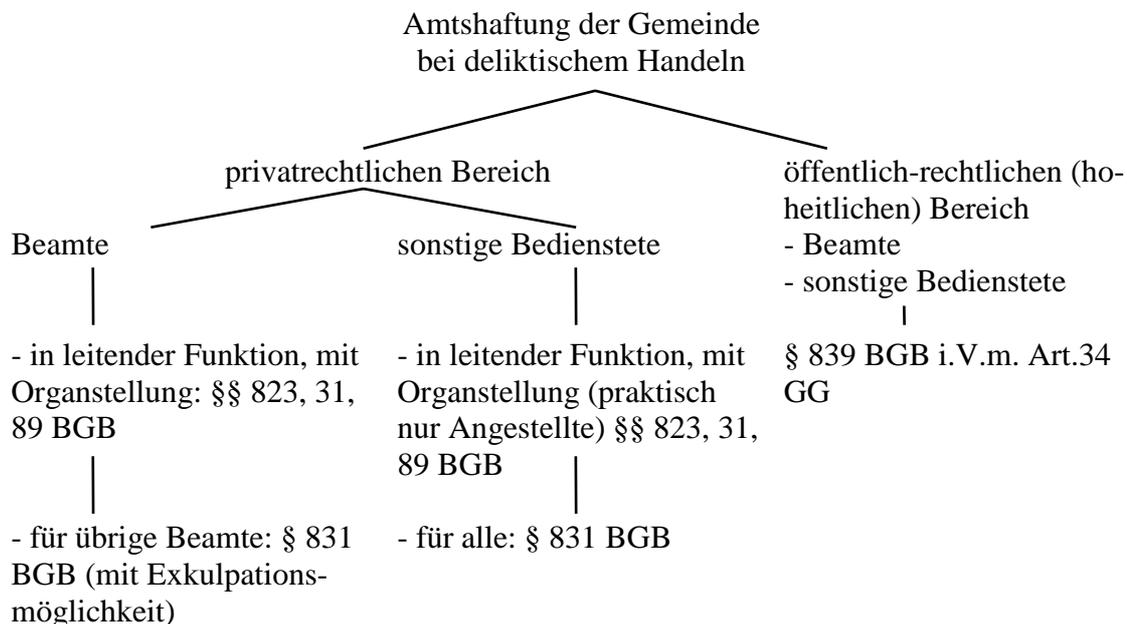
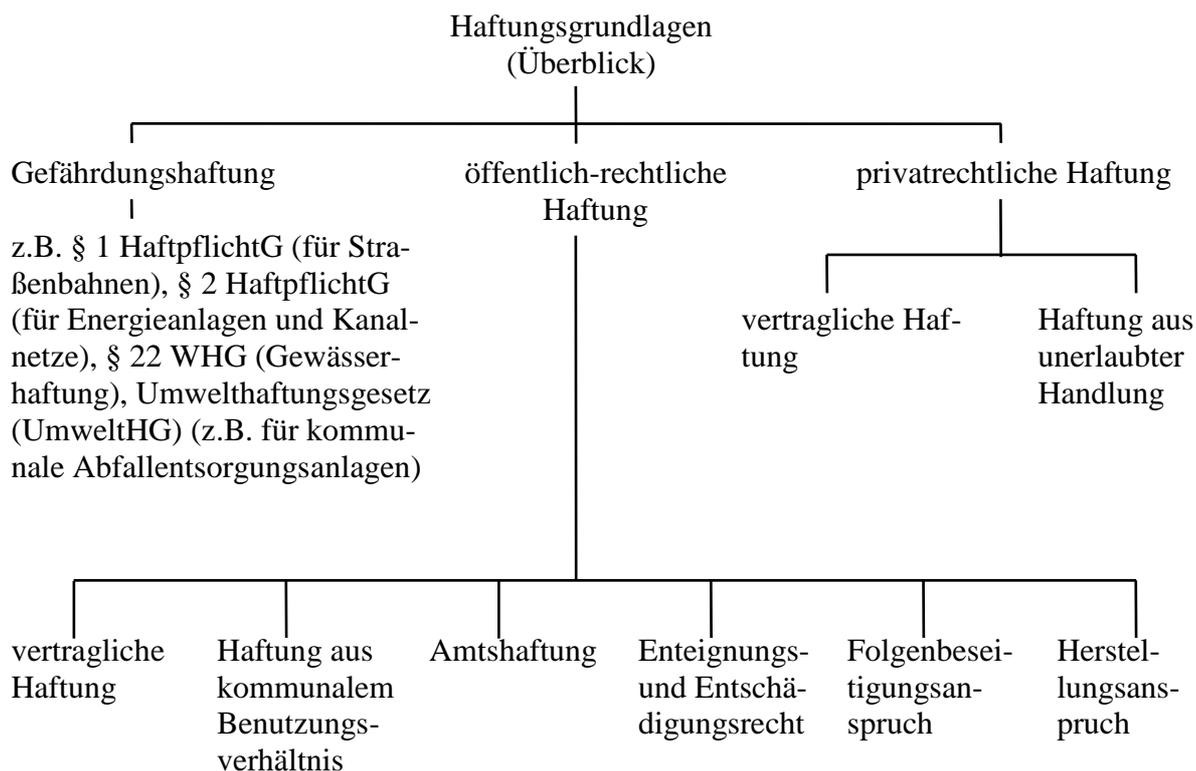
Haftung der Gemeinde im Außenverhältnis (gegenüber geschädigtem Bürger)

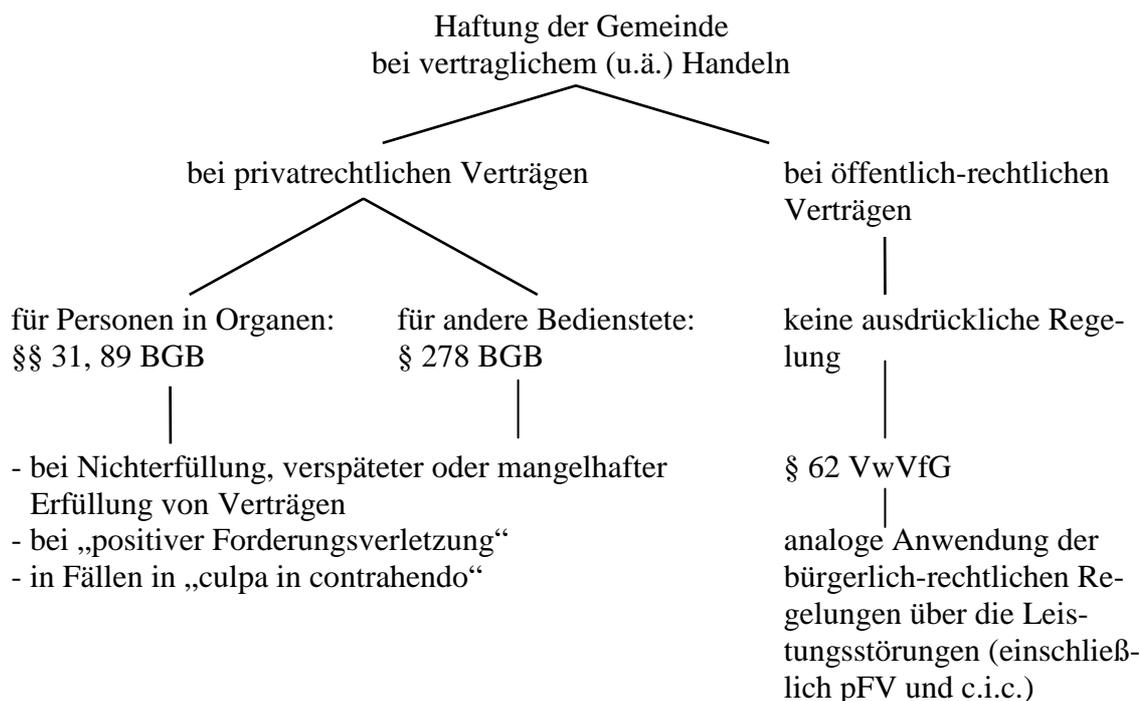


Kein spezielles, abschließendes System des kommunalen Haftungsrechts  
 Maßgebend: das allgemeine „System“ des Staatshaftungsrechts (ggf. mit ergänzenden Regelungen im Kommunalrecht)

Haftungsrecht der Kommunen in den neuen Bundesländern richtet sich nach Maßgabe des Einigungsvertrages nach dem Staatshaftungsgesetz der DDR (aus dem Jahre 1969), das als Landesrecht weitergilt; dieses Gesetz sieht - wie auch das nur kurze Zeit geltende Staatshaftungsgesetz für die alten Bundesländer (vgl. hierzu BVerfGE 61, 149) - eine unmittelbare und verschuldensunabhängige Staatshaftung für schädigende Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Handelns vor.

Vgl. im einzelnen Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5.Aufl. 1998, 14.Teil, S. 457 ff.





## 2. Haftung der Gemeinde nach deliktischem Verhalten ihrer Bediensteten

### Amtspflichtverletzung

BGH NJW 1986, 2939 - Zur Haftung einer Gemeinde infolge von Betrugshandlungen ihres Bürgermeisters. (Deliktische Haftung der Gemeinde für Bürgschaftserklärung des Bürgermeisters)

LS: Für Betrugshandlungen eines Bürgermeisters **bei rechtsgeschäftlicher Betätigung für die Gemeinde** hat diese grundsätzlich auch dann deliktisch einzustehen, wenn die Täuschung gerade darin bestand, die nach der Gemeindeordnung fehlende rechtliche Verbindlichkeit der allein vom Bürgermeister abgegebenen Erklärungen vorzuspiegeln. Dem **Anspruch einer geschädigten Bank** auf Ersatz ihres Vertrauensschadens kann in diesem Falle jedoch ein erhebliches Mitverschulden entgegenstehen.

### Drittgerichtetheit der Amtspflicht

BGHZ 84, 292 - Amtshaftung aufgrund Nichtigkeit eines Bebauungsplans, Drittgerichtetheit der Amtspflicht

S. 298 ff.: Die Gemeinde haftet „gemäß § 839 BGB i.V.m. Art.34 GG für „**legislative**“ Akte ihres Gemeinderates. Jedem **Mitglied des Gemeinderates** ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (III. Senat des BGH) ein „**öffentliches Amt**“ i.S.v. Art.34 GG anvertraut; es gilt daher als „**Beamter im haftungsrechtlichen Sinne**“ (std. Rspr.; Nach BGHZ 11, 192, 197 gilt das gleiche auch für Kreistagsmitglieder.)

**Problematisch** ist - auch in solchen Fällen -, ob die „einem Dritten gegenüber“ obliegende Amtspflicht verletzt worden ist. „Ob der **Geschädigte** i.S.d. § 839 Abs.1 BGB „**Dritter**“ ist, richtet sich danach, ob die **Amtspflicht** - auch - den **Zweck** hat, gerade seine Interessen wahrzunehmen. ... Es muß mithin eine besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem geschädigten „Dritten“ bestehen“ (std. Rspr.).

In früheren Urteilen hat der **BGH** „erwogen, ob die Mitglieder eines Gemeinderates bei der Verabschiedung von **Bebauungsplänen** Amtspflichten zu erfüllen haben, die ihnen den **Planbetroffenen** als „**Dritter**“ gegenüber obliegen. Gesetze und Verordnungen - so hatte der Senat ausgeführt - enthielten durchweg generelle und abstrakte Regeln und dementsprechend nehme der Gesetzgeber

i.d.R. nur Aufgaben wahr, die ihm gegenüber der Allgemeinheit oblägen, denen die Richtung auf bestimmte Personen und Personenkreise mangle. Nur **ausnahmsweise** - bei sog. **Maßnahmege-  
setzen oder Einzelfallgesetzen** - könne etwas anderes in Betracht kommen und könnten Belange bestimmter Einzelner berührt sein, so daß sie als „Dritte“ i.S.d. § 839 BGB angesehen werden könnten. **Die durch einen verbindlichen Bauleitplan betroffenen Grundeigentümer** und sonst dinglich Berechtigten stellten eine durch die räumlichen Grenzen des Planes und ihre rechtlichen Beziehungen zu den erfaßten Grundstücken bestimmte Personengruppe dar, die allein Adressat dieses Ortsgesetzes sei.

Jedenfalls können - ... - von den bei der Verabschiedung eines Bebauungsplanes zu beachtenden **Amtspflichten** nur solche als »drittgerichtet« in Betracht kommen, die eine **Berücksichtigung konkreter besonderer Interessen des einzelnen Bürgers** oder einer Gruppe von Bürgern erfordern.

#### BGHZ 106, 323 - Altlasten

LS 1: „Die Amtsträger einer Gemeinde haben die **Amtspflicht**, bei der Aufstellung von Bebauungsplänen **Gesundheitsgefährdungen** zu **verhindern**, die den zukünftigen Bewohnern des Plangebiets aus dessen Bodenbeschaffenheit drohen (hier: Verunreinigungen des Bodens durch „**Altlasten**“ aus einer ehemaligen Nutzung als **Mülldeponie**).“

LS 2: „Diese Amtspflicht besteht jedenfalls gegenüber demjenigen als „Dritten“, der eine nach der planerischen Ausweisung dem Wohnen dienendes Grundstück mit noch zu errichtendem Wohnhaus erwirbt.“

LS 3: Die Haftung wegen einer Verletzung dieser Amtspflicht umfaßt **auch Vermögensschäden**, die die Erwerber dadurch erleiden, daß sie im Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Planung Wohnungen errichten oder kaufen, die nicht bewohnbar sind.“

Weiterführung dieser Rechtsprechung durch BGHZ 108, 224 = NJW 1990, 381; BGHZ 109, 380 = NJW 1990, 1038

BayObLG BayVBl.1964, 59 - Zur Haftung der Gemeinde bei der Vorbehandlung von Bauanträgen

#### Verschuldensmaßstab

ist im Beamtenrecht nach objektiven Kriterien eines „pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten“ festzulegen; diese Kriterien gelten auch für Mitglieder des Gemeinderates, die demnach nicht nach lediglich „grundsätzlich laienhaftem“ Ermessen entscheiden dürfen

BGHZ 106, 323 – Altlasten, vgl. auch oben

S.329 f: „Für die **Verschuldensfrage** kommt es auf die **Kenntnisse und Einsichten an, die für die Führung des übernommenen Amtes im Durchschnitt erforderlich sind**, nicht auf die Fähigkeiten, über die der Beamte tatsächlich verfügt. Jeder Beamte muß die zur Führung seines Amtes notwendigen Rechts- und Verwaltungskenntnisse besitzen oder sie sich verschaffen (Hinweis auf Urteile von 1979 und 1986). Für die Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften gelten **keine mildereren Sorgfaltsmaßstäbe**. Im sozialen Rechtsstaat kann der Bürger auch von Gemeinde- und Stadträten erwarten, daß sie bei ihrer Amtstätigkeit den nach § 276 BGB zu verlangenden Standard der verkehrserforderlichen Sorgfalt einhalten. **Andernfalls** würde das **Schadensrisiko in unzumutbarer Weise auf den Bürger verlagert**. Die Mitglieder von Ratsgremien müssen sich auf ihre Entschlüsse sorgfältig vorbereiten und, soweit ihnen die eigene Sachkunde fehlt, den Rat ihrer Verwaltung oder die Empfehlung von sonstigen Fachbehörden einholen bzw. notfalls sogar außerhalb der Verwaltung stehende Sachverständige zuziehen.“

## Mitverschulden

BGH NJW 1988, 266 - Verkehrssicherungspflicht auf einem öffentlichen Spielplatz.

LS 2: Die Benutzung eines **Kinderspielplatzes** begründet **kein** Sonderrechtsverhältnis, aus dem sich das Kind, das durch ein nicht verkehrssicheres Spielgerät verletzt wird, ein **Mitverschulden** seines **gesetzlichen Vertreters nach § 278 BGB zurechnen** lassen muß.

LS 3: Die Ersatzpflicht des Schädigers für die Verletzung eines Kindes wird **nicht** dadurch berührt, daß an der Schädigung die Eltern des Kindes mitbeteiligt gewesen sind, diese aber wegen des **milderen Sorgfaltsmaßstabes des § 1664 I BGB** dem Kind nicht haften. Dem Schädiger steht in diesem Falle auch nicht ein (fingierter) Ausgleichsanspruch gegen die Eltern zu (Aufgabe von BGHZ 35,317 = NJW 1961, 1966).

## Weitere Beispiele

BGH NVwZ 1986, 504 - Haftung bei rechtswidriger Versagung des Einvernehmens nach § 36 BauGB; zu den diesbezüglichen Sorgfaltspflichten einer Gemeinde

VGH Kassel DÖV 1988, 468 - Pflicht zum Widerruf einer ehrverletzenden Äußerung ihrer Organe (Organwalter) und zur Publizierung eines solchen Widerrufs („Folgenreue“).

Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht (z.B. Art.51 BayStrWG, Z/Tr 790) - vgl. BGH NJW 1991, 33 (zu § 1 Straßenreinigungsg Nordrhein-Westfalen)

Pflicht zur Unterlassung und Beseitigung von (privatrechtlich zu beurteilenden) Eingriffen in Rechtspositionen Privater, vgl. BGH NJW 1989, 1032 (Wurzeln von Gemeindebäumen dringen in die Abwasserleitung eines privaten Nachbargrundstücks ein).

Zur Amtshaftung wegen falscher Auskunft eines Bürgermeisters – vgl. BGH NVwZ 2002, S. 373

### 3. Haftung der Gemeinde nach vertraglichen/„vertragsähnlichen“ Regelungen

BGHZ 61, 7 - „Schlachthofbenutzung“

LS: „1. a) Die Zuweisung von Tier-Einstellplätzen in einem **kommunalen Schlachthof**, der **schlicht-hoheitlich betrieben** wird, kann bei mangelhafter baulicher Beschaffenheit der Einstellplätze zur **Haftung des Schlachthofträgers nach vertragsähnlichen Grundsätzen** führen.  
b) Die vertragsähnliche **Haftung** kann auch für Schlachthöfe mit Monopolstellung **für leicht fahrlässige Schadenshandlungen durch Ortssatzung ausgeschlossen** werden, soweit dies **durch sachliche Gründe gerechtfertigt** ist und den Benutzern **keine unverhältnismäßigen Opfer** abverlangt werden.

2. Ist die **Sorge für den verkehrssicheren Zustand** eines solchen Schlachthofs den kommunalen Bediensteten als **Ampflicht** auferlegt, so kann die sich daraus ergebende gesetzliche **Haftung** der Gemeinde aus **Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB** ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung **durch Ortssatzung nicht beschränkt** werden. Die Ermächtigung durch den Landesgesetzgeber, für bestimmte kommunale Einrichtungen den Anschluß und Benutzungszwang durch Satzung zu regeln, reicht hierfür nicht aus.“

Ebenso VGH München BayVBl.1985, 407 - Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit durch Satzung ist zulässig

BGH DVBl.1989, 1094 - Übernahme einer vertraglichen Haftung für Bebaubarkeit eines Grundstückes (Ergänzung zu BGHZ 76,16).

BGH NJW 1970, 975 - Zur Haftung einer Gemeinde wegen arglistigen Verschweigens von Mängeln bei einem Grundstückskauf

BayObLG BayVBl. 1989, 571 - Zur Haftung einer Gemeinde für ihre Freiwillige Feuerwehr bei Inanspruchnahme eines der FFW gehörenden Kranwagens zum Verladen einer Maschine ( mit Entgegnung von Rozek, BayVBl.1989, 761)

#### 4. Passivlegitimation

Zur Frage der Passivlegitimation bei der Amtshaftung (Haftungsobjekt)

- i.d.R. nicht „**Funktionstheorie**“ (Ausnahme: z.B. Art.35 Abs.3 BayLKrO): Haftung derjenigen Körperschaft, deren Aufgaben der Amtswalter wahrgenommen hat
- sondern i.d.R. „**Anstellungstheorie**“: Haftung derjenigen Körperschaft, die den Amtsträger angestellt hat

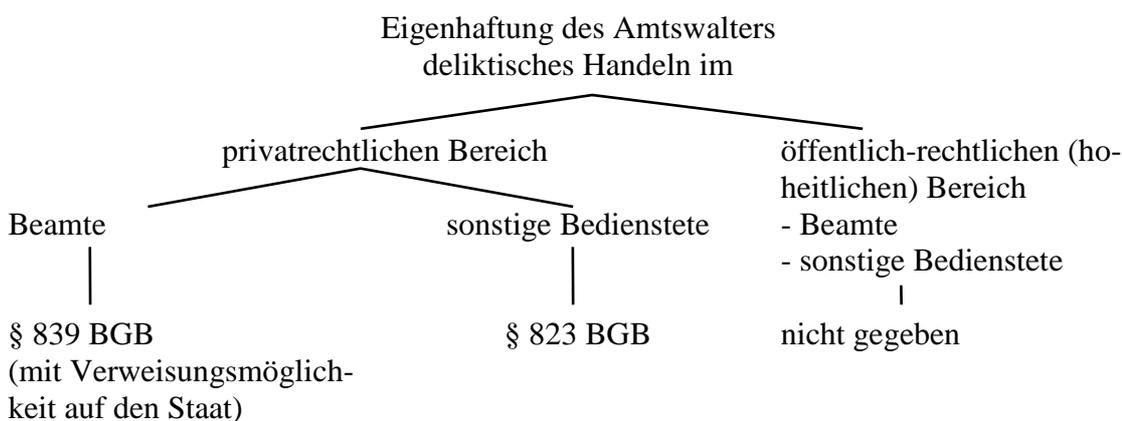
BGHZ 87,202 = DVBl.1983, 1003 und BGH NJW 1987, 2737 - In Rheinland-Pfalz (und Hessen) haftet für Amtspflichtverletzungen der bei der unteren Straßenverkehrszulassungsbehörde (Kreisverwaltung bzw. Landrat) tätige Bedienstete nicht das Land, sondern der Landkreis, wenn der handelnde Amtsträger in seinen Diensten steht.

- modifiziert i.S.d. (vermittelnden) **Amtsübertragungstheorie** („Anvertrauentheorie“): Haftung derjenigen Körperschaft, die dem Amtsträger das Amt, bei dessen Ausübung er fehlsam handelt, anvertraut hat  
BGHZ 53, 217, 218 f. und BGHZ 99, 326, 330 - wenn Anknüpfung an die Anstellung versagt, weil kein Dienstherr oder mehrere Dienstherrn vorhanden sind

## II. Haftung des Schädigers

hier (insb.) der ehrenamtlich Tätigen

Haftung des Schädigers im **Außenverhältnis** zu dem Geschädigten



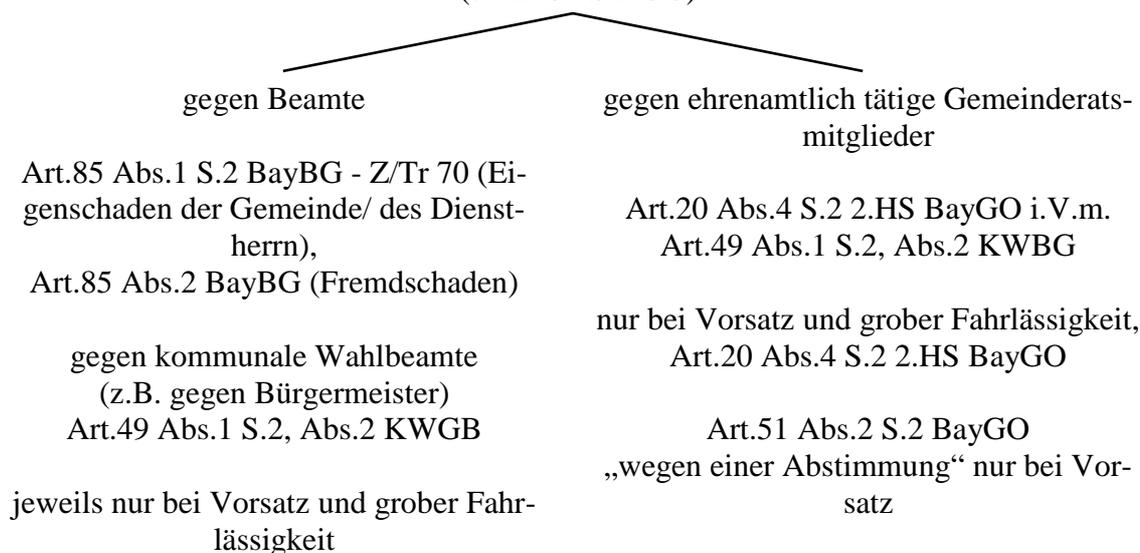
im vertraglichen Bereich Haftung u.U. über § 179 BGB

(Persönliche) strafrechtliche Haftung des Schädigers:

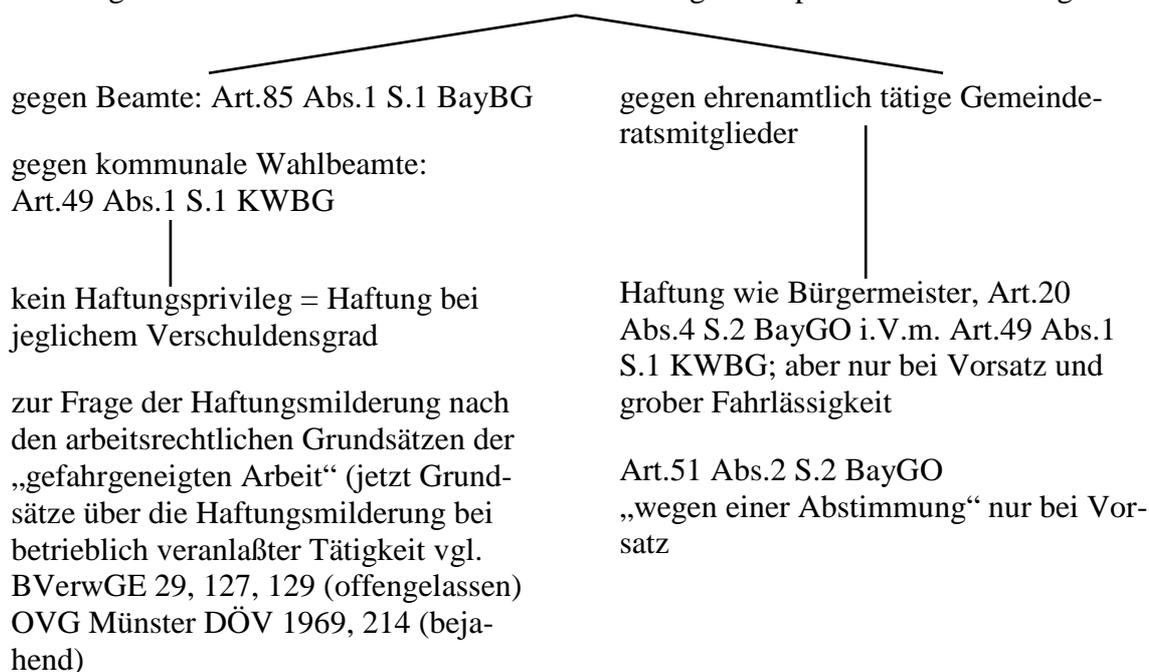
z.B. gem. §§ 331 ff. StGB (Straftaten im Amt), z.B. § 353 b (Verletzung des Dienstgeheimnisses und einer besonderen Geheimhaltungspflicht), auch gem. § 266 StGB (Untreue)

Haftung des Schädigers im **Innenverhältnis** (gegenüber der Gemeinde)

- Sanktionsmöglichkeit „Ordnungsgeld“: Art.20 Abs.4 S.1 BayGO  
Voraussetzung u.a.: Verschulden (Vorsatz; Fahrlässigkeit)
- Verantwortlichkeit nach Disziplinarrecht  
Kommt für ehrenamtlich tätige Gemeindeglieder nicht in Betracht; Ausnahme: ehrenamtliche erste und weitere Bürgermeister (Art.1 Abs.1 Bay Disziplinarordnung (Z/Tr 150) i.V.m. Art.1 Nr.1 Gesetz über kommunale Wahlbeamte (KWBG, Z/Tr 375)
- Insb. Rückgriff (Regreß) der Gemeinde

Rückgriff der Gemeinde bei Schadensverursachung durch hoheitliche Tätigkeit  
(s. Art.34 S.2 GG)

## Rückgriff der Gemeinde bei Schadensverursachung durch privatrechtliche Tätigkeit



Vgl. im übrigen auch § 46 BRRG.

## F. Die Verfassung der Gemeinden

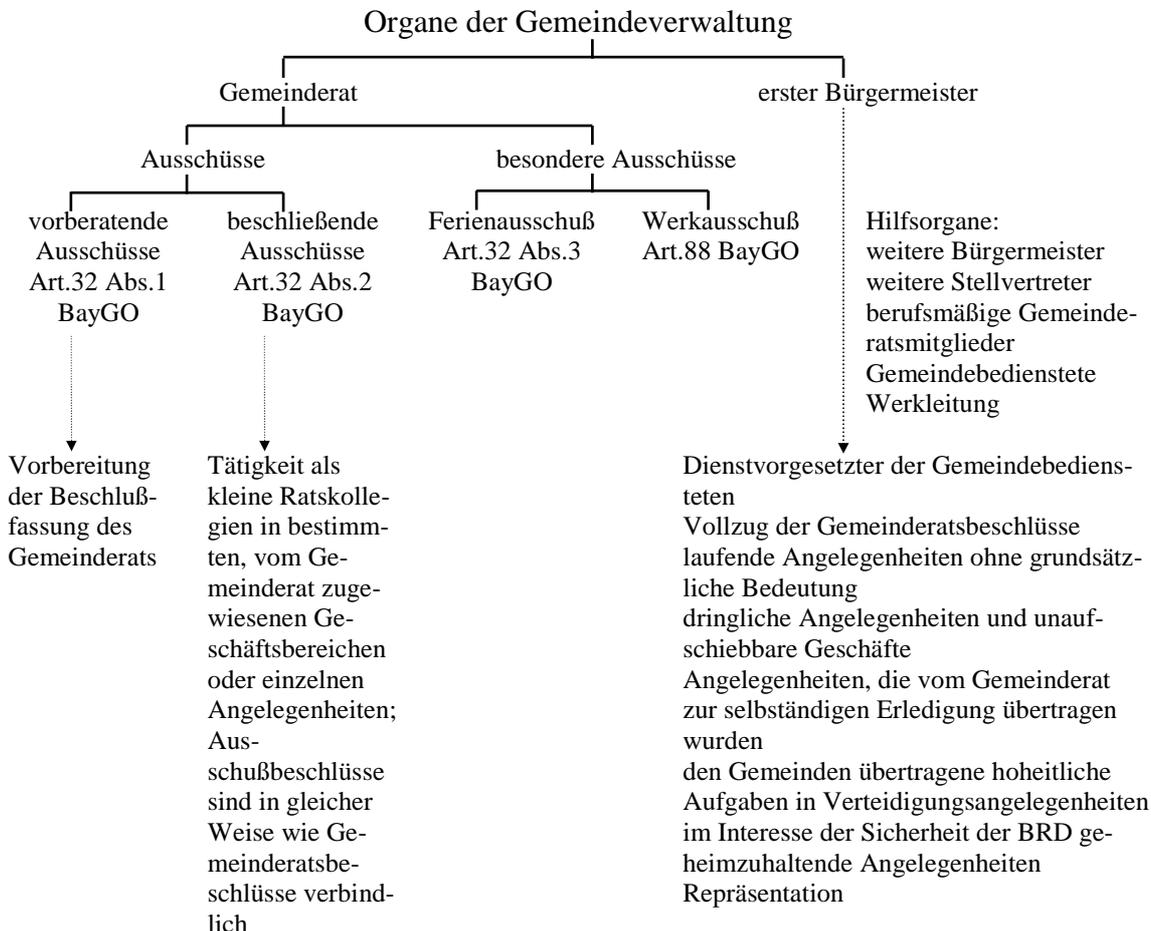
### I. Organe; Organisationsmodelle

#### 1. Verfassung der Gemeinde nach der BayGO

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 180 ff., 291 ff.  
 Becker, Rdnr. 136 ff.  
 Lissack, S. 98 ff.

Rechtsquellen: Art.29-41 BayGO  

- **Gemeinderat** (Kollegiales Vertretungsorgan „Hauptorgan“, Art.29 BayGO) - s.u. F.III - und Ausschüsse (Art.32, 33 BayGO)
- **Erster Bürgermeister** (monokratisches „Hauptorgan“, Art.29 BayGO) - in kreisfreien Städten und Großen Kreisstädten „**Oberbürgermeister**“ (Art. 34 Abs.1 S.2 BayGO)
- **weitere Organe:**
  - \* Werkausschuß und Werkleitung von Eigenbetrieben, Art.88 Abs.2 BayGO
  - \* Ortssprecher, Art.60a BayGO (str.)
  - \* Rechnungsprüfungsamt, Art.104 BayGO
  - \* Kassenverwalter, Art.100 Abs.2, 3 BayGO
  - \* Bürgerversammlung, Art.18 BayGO (str.)



## 2. Andere Organisationsmodelle

Lit.: Seewald, Rdnr. 224 ff.

- Kollegialer „Gemeindevorstand“ (Magistrat; Verwaltungsausschuß; Stadtvorstand)
- Früher: Aufteilung der Funktionen auf mehrere Aufgabenträger (z.B. auf Stadtdirektor und Bürgermeister in Niedersachsen oder Nordrhein-Westfalen)

## II. Zuständigkeiten; Zusammenwirken

### 1. Rechtlich geregelte Tätigkeiten/Maßnahmen der Gemeindeorgane

Rechtsquellen:

Art.29 ff. BayGO - „Verfassung und Verwaltung der Gemeinde“

Geschäftsordnung(en) - Mindestinhalt: vgl. Art.45 Abs.2 BayGO

- Überwachung (der Gemeindeverwaltung und Gemeinderat, Art.30 Abs.3 BayGO, insb. des Vollzugs der Beschlüsse)
- Sitzungen (Art.46 Abs.2 S.4, Art.47 Abs.1, Art.48 Abs.1, Art.52 BayGO)
- Beratungen (Art.46 Abs.2, 49 Abs.1 BayGO)
- Abstimmungen (Art.48 Abs.1 BayGO)
- Vor-Beratung (durch Ausschüsse, Art.32 Abs.1 BayGO; vgl. auch Art.55 Abs.1 BayGO)
- Aufstellung von Richtlinien (durch Gemeinderat, für Gemeindeverwaltung, Art.37 Abs.1 S.2 BayGO)
- Übertragung von Befugnissen an Ausschuß (Art.32 Abs.2 BayGO, z.B. Art.43 Abs.1 S.2 BayGO)
- „Handhabung der Ordnung“ (in den Sitzungen des Gemeinderats durch den Vorsitzenden, Art.53 i.V.m. Art.36, Art.39 BayGO)
- Protokollierung (der Sitzungen - „Verhandlungen“ - des Gemeinderats, Art.54 BayGO)
- Übertragung von Befugnissen (des Gemeinderats auf den ersten Bürgermeister) und deren Rückholung (Art.37 Abs.2, Art.43 Abs.2 BayGO)
- Wahlen (des Gemeinderats zur Bestellung z.B. weiterer Bürgermeister, Art.35 BayGO, oder berufsmäßiger Gemeinderatsmitglieder, Art.40 S.1; 51 Abs.3, 4 BayGO)
- Ernennung, Beförderung, Versetzung u.ä. (von Beamten; entsprechendes gilt für Arbeiter und Angestellte; Art.43 Abs.1 BayGO)
- Vertretung der Gemeinde (nach außen durch den ersten Bürgermeister, Art.38 Abs.1 BayGO)
- Rechtskontrolle der Entscheidungen des Gemeinderats durch den ersten Bürgermeister (Art.59 Abs.2 BayGO); ggf. Herbeiführung einer Entscheidung der Aufsichtsbehörde
- Vollzug von Beschlüssen (des Gemeinderates durch Bürgermeister, auch soweit es sich nicht um Verfügungen i.S.d. Art.27 BayGO handelt, z.B. Ausfertigung von Gemeindeverordnungen, vgl. z.B. Art.51, 52 LStVG)

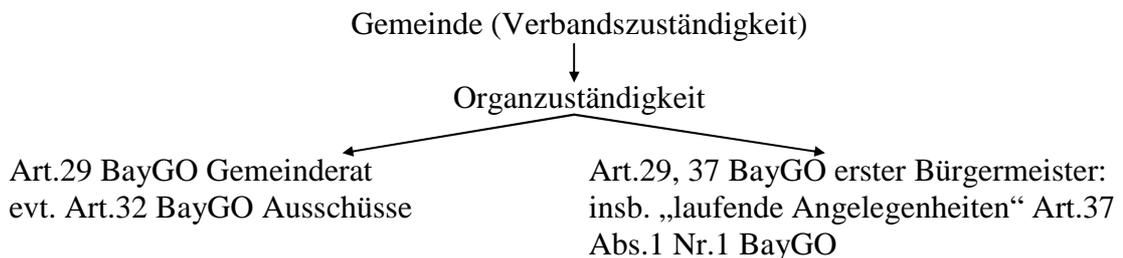
## 2. Unterscheidung im Hinblick auf Fragen der Zuständigkeit

### Verbandszuständigkeit:

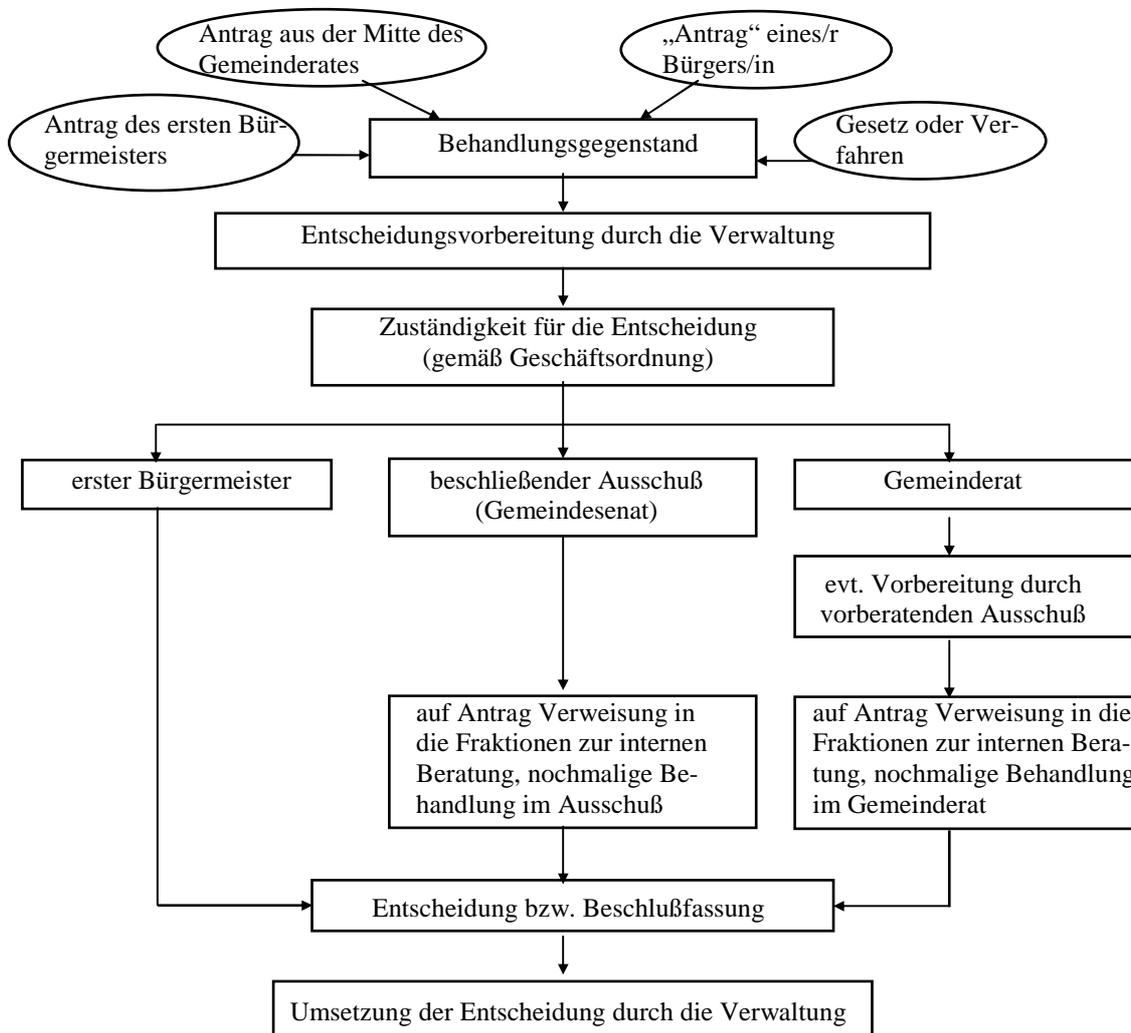
- regelt, ob und welche kommunale Körperschaft zuständig ist
- allgemeine Regelungen in Art.1, 7, 8, 9, 57, 58 BayGO (sowie in Art.10 Abs.2-4; 11 Abs.2, 3; 83 BV und Art. 28 Abs.2 S.1 GG)
- zahlreiche spezielle Regelungen in Aufgabenzuweisungs- (und Befugnis-)normen - z.B. §§ 1 Abs.3, 2 Abs.1 S.1 BauGB; Art.91 BayBO; Art.6, 23, 24 usw. LStVG
- Verhältnis dieser Regelungen zueinander: Bundesrecht vor Landesrecht; Verfassungsrecht vor einfachgesetzlichem Recht; spezielle Regelungen (einer Rechtsebene) vor allgemeinen Regelungen (derselben Rechtsebene)

### Organzuständigkeit:

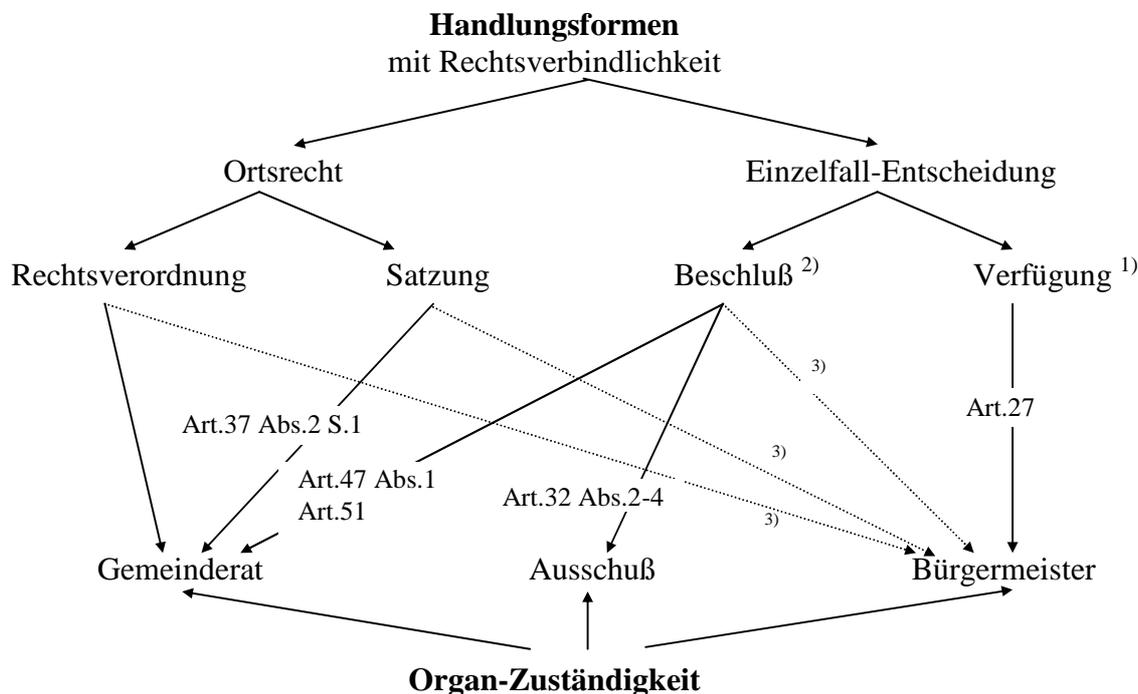
- regelt, welches Organ innerhalb der kommunalen Körperschaft zuständig ist
- (selbstverständlich) nur im Rahmen der Verbandszuständigkeit
- Aufteilung der Aufgaben und Funktionen der Körperschaft/des Verbandes auf einzelne Organe nach Maßgabe des Gesetzesrechts sowie von Satzungen und Beschlüssen (Einzelfallentscheidungen), soweit derartige Veränderungen, Verlagerungen der Zuständigkeit gesetzlich erlaubt sind



### 3. Der Entscheidungsablauf in der Gemeinde



#### 4. Die Instrumente gemeindlichen Handelns und die Zuständigkeit der Organe



- 1) Ausführung (Vollzug) der Beschlüsse des Gemeinderats (Art.36)  
Entscheidungen in eigener Zuständigkeit (vgl. Art.37)
- 2) Kann auch VO- oder Satzungsverfahren betreffen.
- 3) Eilzuständigkeit (Art.37 Abs.3 z.B. gem. Art.42 Abs.2 LStVG)

### III. Insb.: Der Gemeinderat

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 195 ff.  
Seewald, Rdnr. 188 ff.  
Becker, Rdnr. 177 ff.  
Lissack, S. 118 ff.

#### 1. Die Wahl zum Gemeinderat

Rechtsquellen:

Art.15 Abs.2, 17 BayGO

Gemeinde- und Landkreiswahlgesetz (GLKrWG - Z/Tr 290)

Gemeinde- und Landkreiswahlordnung (GLKrWO- Z/Tr 291)

Wahlsystem: Verbindung von Listen- und Persönlichkeitswahl mit der Möglichkeit des Kumulierens (Art.31 Nr.4 GLKrWG – bis zu drei Stimmen können auf einen Kandidaten „gehäufelt“ werden) und Panaschierens (Art.31 Nr.5 GLKrWG – Wähler hat so viele Stimmen wie Gemeindevertreter zu wählen sind und kann Bewerber aus verschiedenen Listen wählen)

Regelung der Inkompatibilität (Art.31 Abs.4 BayGO) – Gewählter muß sich zwischen Mandat und Amt im dienstrechtlichen Sinn entscheiden

Problem: sog. Tarnlisten (vgl. Art. 19 Abs.1 S.2 GWG) - Gültigkeit von Wahlen (zum Gemeinderat oder zum Kreistag), zu denen der Wahlausschuß u.a. die Wahlvorschläge „Christlich Soziale Union“ (CSU) und „Junge Liste“ zugelassen hatte; Verstoß gegen das Verbot des Doppelauftretens von Parteien und Wählergruppen?  
s. hierzu u.a. BayVerfGH v. 28.1.1993 NVwZ-RR 1993, 569 = BayVBl. 1993, 206; BVerwG v. 12.11.1993, NVwZ 1994, 496

Kein Recht des Gemeinderats auf Selbstauflösung  
vgl. Art.19 BayGO sowie Knemeyer, Rdnr. 168, 169, Seewald, Rdnr. 191  
(anders z.B. Art.18 Abs.1 BV - Recht des Bayer. Landtags zur Selbstauflösung)

Amtsperiode: Art.31 Abs.2 S.1 BayGO - 6 Jahre.

## 2. Rechtsstellung der Gemeinderats

BayVerfGH BayVBl. 1984, 667, m. Anm. Hofmann S. 668 ff. - Gemeinderat ist kein „kommunales Parlament“, sondern Verwaltungsorgan

### a) Gemeinderat als Kollegialorgan

- Anzahl der Mitglieder abhängig von Einwohnerzahl, vgl. Art.31 Abs.2 BayGO
- Art.47, 51 BayGO: Beschlußfassung in Sitzungen
- Handeln in Beratungen, Wahlen, Abstimmungen (Beschlußfassungen)
- Ausführung der Beschlüsse durch ersten (Ober-)Bürgermeister, Art.36 S.1 BayGO
- Vorsitz im Gemeinderat führt der Bürgermeister, Art.36 S.1 BayGO
  - \* Der Bürgermeister ist Mitglied des Gemeinderats, jedoch nicht „Gemeinderatsmitglied“ (so die differenzierende Formulierung des Art.31 Abs.1 GO; das ist notwendig wegen Art.36 S.1 GG). In dieser Eigenschaft gleiche Rechte wie die übrigen Gemeinderatsmitglieder; daneben: besondere Befugnisse und Verpflichtungen, s.u.
  - \* Einen Stichentscheid kennt das bayerische Kommunalrecht nicht.

### b) Zuständigkeiten des Gemeinderats

- Regelungssystem: Art.30 Abs.2, Art.29, Art.32; Art.34 Abs.2, Art.43, Art.45 Abs.1, Art.65 Abs.1 u.s.w. BayGO;  
Gemeinderat als Organ zuständig (Art.29 BayGO), soweit nicht der erste Bürgermeister entscheidet (Art.37 BayGO) oder beschließende Ausschüsse gebildet sind (Art.32 BayGO)
- Überwachung der gesamten Gemeindeverwaltung, insb. im Hinblick auf die Ausführung der Beschlüsse des Gemeinderates (Art.30 Abs.3 BayGO)
- Zuweisung von Aufgaben und Befugnissen durch Bundes- oder (sonstiges) Landesrecht, z.B. § 1 Abs.3, § 2 Abs.1 S.1, § 10 BauGB

### c) Verfahren

Geschäftsordnung Art.45 BayGO

- Regelt Geschäftsgang
- Wirkung wie eine Norm: sie gilt auch jeweils für einen neuen Gemeinderat, vgl. VGHE n.F. 21, 71
- Mindestinhalt: Art.45 Abs.2 BayGO
- Verstöße gegen die Geschäftsordnung berühren die Gültigkeit eines Gemeinderatsbeschlusses nicht, auch nicht einen Verwaltungs- oder Satzungsbeschluss; scheinbare Ausnahme: Geschäftsordnung enthält zwingende gesetzliche Vorschriften, gegen die verstoßen wird (OVG Münster NVwZ-RR 1997, 184)

Geschäftsgang, Art.45-54, 56-59 BayGO

- Einberufung des Gemeinderats durch den ersten Bürgermeister - „Ladung“, Art.46 Abs.2 BayGO
  - \* Kein Selbstversammlungsrecht
  - \* Festlegung des Zeitpunktes der Sitzung und des Sitzungsortes
  - \* Festsetzung der Tagesordnung

**Problem:** Anspruch eines Gemeinderatsmitgliedes auf Aufnahme eines Gegenstandes in die Tagesordnung?

Vgl. Art. 46 Abs. 2 BayGO sowie VGH München BayVBl. 1987, 239

LS.1: „Ein **Gemeinderatsmitglied** hat **grundsätzlich** einen **Anspruch** darauf, daß der Beratungsgegenstand eines von ihm gestellten Antrags in die schriftliche Tagesordnung der Gemeinderatsitzung wenigstens stichwortartig aufgenommen wird. Dieser Anspruch ist Bestandteil des **mitgliedschaftlichen Rechts**, dem Gemeinderat Anträge zur Beschlußfassung vorzulegen, das nach bayerischem Gemeinderecht (auch) dem einzelnen Gemeinderatsmitglied zusteht.“

BVerfG NVwZ 1990, 355 - „Kernwaffenfreie Zone“ auf Tagesordnung einer Gemeindevertretung (GG Art.19 Abs.4, HessGO § 56, 58)

**Sachverhalt:** Die Bf. zu 1 ist die SPD-Fraktion in der Stadtverordnetenversammlung der Stadt Frankfurt am Main, die Bf. zu 2 bis 33 sind deren Mitglieder. Den **Antrag der Fraktion**, die Vorschläge der sogenannten Palme-Kommission auf **Schaffung einer kernwaffenfreien Zone** in Mitteleuropa unter Einschluß des Stadtgebietes zu unterstützen, nahm der Vorsteher nicht in die **Tagesordnung** der Stadtverordnetenversammlung auf. Die hiergegen gerichtete **Klage** wurde vom VGH Kassel abgewiesen (DVBl. 1988, 793 m. abl. Anm. Würkner), die **Nichtzulassungsbeschwerde** vom BVerwG (NVwZ 1989, 470) zurückgewiesen. Hiergegen richteten sich die **Verfassungsbeschwerden**, die nicht zur Entscheidung angenommen wurden.

**Aus den Gründen:** „2. Ob die Verfassungsbeschwerde der **Bf. zu 1** zulässig ist, mag dahinstehen. Sie besitzt jedenfalls **keine hinreichende Aussicht auf Erfolg**.

Die Rüge, Art.20 I, II GG sei verletzt, ist schon unzulässig. Insoweit fehlt es an einer zureichenden Darlegung (§ 92 BVerfGG). Zwar enthält die Verfassungsbeschwerdeschrift Ausführungen zum **Demokratieprinzip** und - in dieser Hinsicht über den Streitstoff des Ausgangsverfahrens hinaus (§ 90 II 1 BVerfGG) - zum **Parlamentarismus**. Diese Ausführungen bleiben jedoch rein objektiv-rechtlich. Inwiefern selbst bei einer Verkennung dieser Verfassungsprinzipien das Urteil des VGH eigene Grundrechte der Bf. verletzt, wird - über die bloße Nennung von Art.2 I GG hinaus - nicht dargelegt. Eine solche Darlegung ist jedoch jedenfalls dort unverzichtbar, wo - wie hier - Organe **öffentlich-rechtlicher Körperschaften** oder Teile solcher Organe sich der Fähigkeit berühen, **Träger von Grundrechten** - auch von Art.2 I GG - zu sein (vgl. BVerfGE 78, 344, 347f.). Die Bf. rügt jedoch auch eine **Verkürzung ihrer prozessualen Rechtsstellung**. Ob damit in zulässiger Weise die Verletzung von Art.19 IV 1 GG dargetan ist, mag dahinstehen. Ebenso mag unentschieden bleiben, ob dieses Grundrecht die Zulassung sogenannter Kommunalverfassungstreitigkeiten durch die Gerichte erfordert, gegebenenfalls auch über denjenigen Bereich hinaus,

für den sich das betreffende Kommunalorgan oder der jeweilige Organteil auf materielle Grundrechte berufen können (vgl. dazu aber BVerfG, NJW 1990, 37). **Art. 19 IV 1 GG** gebietet nämlich nur die Gewährung von Rechtsschutz für anderweitig begründete subjektive Rechte selbst (vgl. BVerfGE 61, 82, 110, BVerfGE 51, 176, 185). Das hat der VGH nicht verkannt. Daß es in **Auslegung der ... Gemeindeordnung** zu dem Ergebnis gelangt ist, Gemeindevertretern sei über das Recht, Anträge zu stellen hinaus nur dann auch das Recht auf Aufnahme dieser Anträge in die Tagesordnung der Gemeindevertretung eingeräumt, wenn sie - (S.356) abgesehen von weiteren Erfordernissen - von einem Viertel der Gemeindevertreter unterstützt werden, läßt sich unter dem Gesichtspunkt von Art.19 IV 1 GG daher nicht beanstanden.“

**Problem:** materielles (Vor-)Prüfungsrecht des ersten Bürgermeisters?

(1) verneinend:

OVG Münster DVBl. 1984, 155-157 = mit Anm. Hofmann, aaO., S. 116 ff., S. 118 f. = NVwZ 1984, 325-327

OVG Lüneburg DVBl. 1984, 734-736

(2) bejahend:

VGH Mannheim BWGZ 1984, 450

(3) differenzierend: i.d.R. - nein; ausnahmsweise - bei Mißbrauch: ja; „offensichtliche“ Unzuständigkeit reicht nicht aus, so: OVG Koblenz DVBl. 1985, S. 906; BayVGH BayVBl.1987, 239

(4) Schrifttum:

Theis, JuS 1984, 428 ff. m.w.N. (zur Frage der Verpflichtung von Vorsitzenden kommunaler Körperschaften, bestimmte Anträge auf die Tagesordnung zu setzen);

Erichsen, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 1988, S. 82 Fußn. 89 m.w.N.

• Beschlußfähigkeit, Art.47 Abs.2 BayGO

\* ordnungsgemäße Ladung, Art. 46 Abs.2 BayGO

Heilungsmöglichkeit, soweit alle Gemeinderatsmitglieder erschienen sind und nicht ordnungsgemäße Ladung nicht rügen (std. Rspr.)

\* Mehrheit der Mitglieder anwesend und stimmberechtigt, Art.49 Abs.1, Art.53 Abs.1 S.3, Abs.2 BayGO

\* bei jeder Beschlußfassung erneut zu prüfen, deshalb kein Fortbestehen der Beschlußfähigkeit bei Unterschreiten einer Mindestzahl von anwesenden Gemeinderatsmitgliedern

• Aufrechterhaltung der Ordnung im Gemeinderat

\* gegenüber Mitgliedern des Gemeinderates (Art.53 Abs.1 S.3, Abs.2 BayGO - Zuständigkeit des Gemeinderats)

\* gegenüber anderen Personen (Art.53 Abs.1 S.2 BayGO - Zuständigkeit des Vorsitzenden)

• Öffentlichkeit, Art.52 Abs. 2 S. 1 BayGO



**d) Ausschüsse des Gemeinderats**

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 225 ff.  
 Seewald, Rdnr. 194 ff.  
 Becker, Rdnr. 218 ff.  
 Lissack, S. 125 ff.

**aa) Überblick**

Rechtsquellen: Art. 32, 33 BayGO  

Sonderregelungen/obligatorische Ausschüsse:

- Werkausschuß beim Vorhandensein von Eigenbetrieben (Art.88 BayGO)
- Rechnungsprüfungsausschuß (Art.103 Abs.2 BayGO)
- sondergesetzlich vorgeschriebene beschließende Ausschüsse, z.B. Sozialhilfeausschuß (Art.2 AGBSHG, Z/Tr 126), Jugendhilfeausschuß (Art.5 BayKJHG, Z/Tr 360).

Jederzeitige Auflösung und Neubildung möglich: Art.32 Abs.5 BayGO  
 Keine Ausschüsse sind die Kommunalen Beiräte, s. o. D.I.4. a.E.

**Stadtratsausschüsse in Passau****Ausschüsse nach der GO**

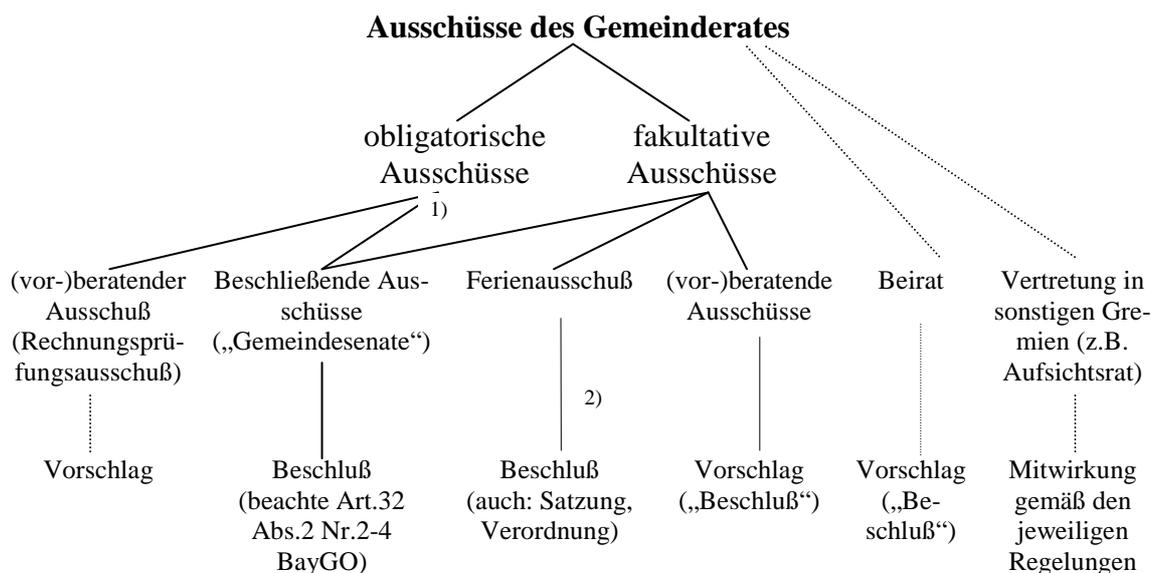
Finanzausschuß  
 Verwaltungs- und Personalausschuß  
 Stadtentwicklungsausschuß  
 Umwelt- und Energieausschuß  
 Grundstücksausschuß  
 Bauausschuß  
 Ordnungsausschuß  
 Wirtschaftsausschuß  
 Werkausschuß Seniorenstift Stadt Passau  
 Klinikumsausschuß (Werkausschuß)  
 Stiftungsausschuß  
 Vergabeausschuß  
 Kulturausschuß  
 Schul- und Sportausschuß  
 Rechnungsprüfungsausschuß  
 Ausschuß für Aufgabenkritik und Prozeßoptimierung  
 Ferienausschuß

**Ausschüsse nach Sondervorschriften**

Ausschuß für soziale Angelegenheiten  
 Ausschuß für Kinder, Jugend und Familie

**Vertretung der Stadt/Stadtrat in „sonstigen Gremien“**

Aufsichtsrat Stadtwerke Passau GmbH  
 Aufsichtsrat Wohnungsaufbau  
 Zweckverband Sparkasse  
 Südostbayerisches Städtetheater  
 Berufsschulverband  
 Zweckverband Abfallwirtschaft Donau-Wald  
 Regionaler Planungsverband  
 Kreiswohnungsbau - Gesellschafterversammlung  
 Kreiswohnungsbau - Aufsichtsrat  
 Beirat Schlachthof Passau GmbH  
 Zweckverband Verkehrslandeplatz Vilshofen-Passau  
 Passau Tourismus e.V.  
 Aufsichtsrat Passau Event GmbH  
 Sicherheitsbeirat  
 Zweckverband für Tierkörper- und Schlachtabfallbeseitigung Plattling  
 Verwaltungsrat des Kommunalunternehmens „Städtisches Veterinärwesen Passau“  
 Beirat Grundstücksverwertungsgesellschaft Passau mbH  
 Rettungszweckverband  
 Zweckverband Volkshochschule Passau



- 1) Erforderlichkeit nach speziellen Regelungen:  
 § 96 BSHG und Art.2 - s. auch Art.4 AGBSHG (Z/Tr 126) - Sozialhilfeausschuß  
 Art.5 BayKJHG (Z/Tr 360) - Jugendhilfeausschuß  
 Art.88 Abs.4 BayGO - Werkausschuß
- 2) Art.32 Abs.4 S.2 BayGO

## bb) Zusammensetzung

### Art.33 BayGO

- Geschäftsordnung gemäß Art.33 Abs.1 S.1 BayGO
- Verkleinertes Abbild des Plenums gemäß Art.33 Abs.1 S.2 BayGO

### VGH München BayVBl. 1962, 24

LS: „Ein **Fraktionswechsel von Gemeinderatsmitgliedern** mit der Folge, daß deren Partei im Gemeinderat nicht mehr vertreten ist, hat Einfluß auf die Besetzung der Ausschüsse des Gemeinderats.

**Aus den Gründen:** „1. a) Mit der Klage greift die Stadtratsfraktion der SPD den **Beschluß des Stadtrats** vom 5.5.1960 insoweit an, als darin die **Verteilung der Sitze** in den auf 7 Mitglieder neben dem Oberbürgermeister als Vorsitzendem besetzten Ausschüssen des Stadtrats vorgenommen wurde; dabei ist nach Ansicht der Klägerin entgegen der Rechtslage von einer Fraktionsstärke der CSU von 13 Mitgliedern ausgegangen worden, weil zu Unrecht die zur CSU-Fraktion übergetretenen auf den Wahlvorschlag der UdV gewählten 2 Stadtratsmitglieder dieser Fraktion zugezählt worden seien.

Gemäß Art.33 Abs.1 Satz 2 GO müssen - unbeschadet der Regelung der **Besetzung der Ausschüsse** in der Geschäftsordnung - die den Gemeinde-(Stadt-)Rat bildenden Fraktionen und Gruppen aufgrund deren Vorschlägen nach dem Verhältnis ihrer Stärke besetzt sein; die Ausschüsse haben infolgedessen nach der ständigen **Rechtsprechung** des Senats stets ein **verkleinertes Abbild des Stadtrats** zu sein (Vgl. u.a. VGH n.F. 8,5). Jede Fraktion oder Gruppe hat hiernach einen Rechtsanspruch darauf, daß ihr im Ausschuß so viele Sitze zugeteilt werden, als dem Verhältnis der Größe der Gruppen und Fraktionen zueinander entspricht. Dieser Anspruch ist der Fraktion oder Gruppe als solcher eingeräumt, so daß sie ihn auch als solche schließlich verwaltungsgerichtlich durchsetzen kann; die **Fraktion (Gruppe)** ist in diesem Rechtsstreit parteifähig (§ 61 Nr.2 VwGO) und auch als solche **zur Erhebung der Klage** mit der Begründung **legitimiert**, ihr Recht auf Zuteilung der Ausschußsitze nach vorstehenden Grundsätzen sei verletzt. Dem einzelnen Mitglied des Stadtrats als solchem kommt dieses Recht nicht zu.

S.25: „Die Klägerin hat zum Ausdruck gebracht, daß durch die **verschiedenartige Regelung** der Zusammenschlüsse von Mitgliedern der Gemeinde und Stadträte zu Gruppen und Fraktionen und der Folgen eines Parteiwechsels unlauteren Machenschaften dadurch Vorschub geleistet werde, daß danach letzten Endes auf eine innere Gewissensentscheidung abgestellt sei, die zum Zwecke der **Umgehung des Gesetzes** nur vorgetäuscht werden könne, zumal in Fällen wie dem vorliegenden, in dem die zur Fraktion der CSU übergewechselten Stadträte der UdV bereits seit langer Zeit Mitglieder der CSU gewesen seien. Dieser Einwand übersieht aber, daß das Gesetz, wenn es aus dem Wechsel der Fraktions=(Partei-)Zugehörigkeit rechtliche Folgerungen nur hinsichtlich der Zusammensetzung der Ausschüsse zieht, aber nicht den Mandatsverlust folgert, nicht die parteipolitische Zusammensetzung des Vertretungskörpers im Auge hat, sondern dem Umstand Rechnung trägt, daß das **bayerische Kommunalwahlrecht** eine Verbindung von **Listen- und Persönlichkeitswahl** darstellt, die den Gewählten nicht mehr nur als Exponenten einer Partei als vielmehr als Eigenpersönlichkeit herausstellt. Dem Charakter der Wahl als **Persönlichkeitswahl** würde es sowohl widersprechen, wenn die Frage der Beibehaltung des Mandats von der Beibehaltung der Zugehörigkeit zu der Partei abhinge, der der Gewählte zur Zeit der Wahl angehörte, als auch, wenn der Parteiwechsel als solcher ignoriert würde. Das politische Verhalten des Gewählten selbst, für das der Fraktionswechsel Ausdruck sein kann, steht damit außerhalb der rechtlichen Betrachtung; der Grundsatz, daß eine Handlungsweise nicht dazu dienen darf, wider **Treu und Glauben** einem anderen Nachteile zuzufügen, an dem der Senat festhält, kann darauf nicht angewendet werden. Auf den Zeitpunkt des Übertritts (nach oder vor der Bildung der Ausschüsse) kommt es angesichts dessen ebenfalls nicht an.

Die Fraktion der CSU im Stadtrat zählte daher zur Zeit der Bildung der Ausschüsse am 5.5.1960 13 Mitglieder unter Einschluß der auf den Wahlvorschlag der UdV gewählten beiden Stadtratsmitglieder. Da der angefochtene Beschluß zutreffend von dieser Zahl ausging, war die Klägerin durch ihn nicht in ihren Rechten verletzt.

BVerwG DÖV 1978, 415

Die Anwendung des **d'Hondt'schen Verfahrens** bei der Besetzung eines Ausschusses verstößt auch dann nicht gegen Bundesrecht, wenn eine kleine Gruppierung keinen Sitz erhält; dies gilt auch dann, wenn eine andere, kleine Gruppierungen überdimensional begünstigende Berechnungsweise zur Zuteilung eines Sitzes führen würde.

Ebenso ist das Restzahlverfahren nach Hare-Niemeyer zulässig; Berechnungsbeispiele mit Gegenüberstellung der beiden Verfahren bei Knemeyer, Rdnr.187

BVerwG vom 7.12.1992 Buchholz 11 Art.28 Nr.87

Eine **Ratsfraktion** hat keinen bundesrechtlichen Anspruch, in jedem **Ausschuß** mit Sitz und Stimme vertreten zu sein.

VGH München BayVBl. 1993, 180

Anwendbarkeit des d'Hondt'schen Verfahrens bei der **Ausschußbesetzung**. Anknüpfung an das **Stärkeverhältnis im Gemeinderat**, nicht an das Wahlergebnis. 6 Ausschußmitglieder bei 20 Gemeinderatsmitgliedern. Kein Anspruch auf einen Ausschußsitz bei Inhabung von 10 % der Gemeinderatssitze, auch nicht aus Art.38 Abs.1 Satz 2 GG; Minderheitenschutz.

- Die Möglichkeit, „sachkundige Bürger“ in den Ausschüssen mitwirken zu lassen, besteht nach bayerischem Recht nicht

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 230

Seewald, Rdnr. 196

Streinz, Die Rechtsstellung der Mitglieder kommunaler Ausschüsse, BayVBl. 1983, 705 ff., 710, 746 ff.

Becker, Rdnr. 228 ff.

Lissack, S. 127 ff.

### cc) Einflußnahme des Gemeinderates auf Tätigkeit des Ausschusses

- „Rückholrecht“ einer einem Gemeindegremium übertragenen Aufgabe im Einzelfall? Str., vgl. Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art.32 BayGO Rdnr.10 (verneinend); Kne-meyer, Rdnr.185 (grundsätzlich kein Rückholrecht, An-sich-ziehen lediglich in be-sonders gelagerten Einzelfällen statthaft)
- „Reklamationsrecht“ des Gemeinderates: Art.32 Abs.3 S.1 2.HS BayGO  
Ausschußbeschlüsse sind bis zum Ablauf der einwöchigen Nachprüfungsfrist schwe-bend unwirksam
- daneben jederzeitige Möglichkeit der Nachprüfung, Abänderung und Aufhebung der Entscheidungen von Ausschüssen durch den Gemeinderat (z.B. nach Beanstandun-gen der Rechtsaufsicht); besonderes Antragsrecht gem. Art.32 Abs.3 S.1 BayGO
- Kein „Instanzenweg“ hinsichtlich der Entscheidungen beschließender Ausschüsse („Gemeindegremien“) - Ausschüsse erledigen die ihnen übertragenen Angelegenheiten anstelle des Gemeinderats
- Sonderregelung: Beschlüsse des Sozialhilfeausschusses kreisfreier Städte bedürfen in gewissen Fällen der Genehmigung durch Gemeinderat (Art.4 Abs.2, 3 AG BSHG - Z/Tr 126)

### dd) Ferienausschuß

Art. 32 Abs. 4 BayGO

- Volle Kompetenz des Gemeinderats, also: weitergehende Zuständigkeit als „Ge-meindegremium“; handelt wie übrige beschließende Ausschüsse anstelle des Gemein-derates
- Möglichkeit der Beschränkung der gesetzlich eingeräumten Kompetenzen durch Ge-schäftsordnung, Art.32 Abs.4 a.E. BayGO
- Problem: Recht des Gemeinderates entsprechend Art.32 Abs.3 BayGO (Reklamati-onsrecht) im Hinblick auf Ferienausschuß?  
str.; bejahend: Grasser, BayVBl. 1989, 385; a.A.: Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art.32 Rdnr.27

### ee) Kontrolle des Gemeinderats/der Ausschüsse

- durch (Ober-)Bürgermeister: Art.59 Abs.2 BayGO - Beanstandungspflicht
- durch Aufsichtsbehörde: Art.108 ff. BayGO, s. dazu unten J.II. Staatliche Aufsicht
- durch einzelne oder mehrere Mitglieder des Gemeinderats?  
VGH München BayVBl. 1970, 222

LS: „Dem **einzelnen Gemeinderatsmitglied** steht **kein** im Rechtsweg verfolgbarer **Anspruch** gegen den Gemeinderat auf Fassung gesetzmäßiger Beschlüsse und gegen die Gemeinde auf die Erteilung von Auskünften zu.“

„Zur gewählten **Klageart** ist folgendes zu bemerken: Der Senat hat in seinem Urteil vom 8.5.1968 (VGH n.F. 21, 74 ff.) ausgeführt, daß es unter der Geltung der Generalklausel des § 40 Abs.1 VwGO, die den Rechtsschutz nicht auf Verwaltungsakte beschränke, nicht veranlaßt sei, **organi-sationsrechtliche kommunalverfassungsrechtliche Entscheidungen eines Gemeinderats** dem Begriff des Verwaltungsakts unterzuordnen; deshalb bestimme sich auf das Rechtsschutzverfahren nicht nach den speziell für Anfechtungssachen bestimmten Klagearten der Anfechtungs- und Ver-

pflichtungsklage. Diese Ausführungen gelten auch für andere **Streitigkeiten zwischen Mitgliedern eines kommunalen Kollegialorgan und dem Organ** über die Rechtmäßigkeit von Beschlüssen zumindest dann, wenn nicht ein dem Einzelmitglied ausdrücklich auferlegtes Gebot oder Verbot umstritten ist (wie z.B. in den Fällen der Art.19 Abs.3, Art.48 Abs.2 und 3, Art.49 Abs.2, Art.53 Abs.1 und 2 GO). Geeignete Klageform für das Begehren des Klägers auf Aufhebung der beiden Gemeinderatsbeschlüsse ist deshalb die **allgemeine Leistungsklage**, die ohne Durchführung eines Vorverfahrens erhoben werden konnte.

**Voraussetzung** für den Erfolg dieser Leistungsklage wäre freilich, daß der Kläger durch die beiden umstrittenen Gemeinderatsbeschlüsse in einer ihm als Gemeinderatsmitglied zustehenden schützenswerten **Rechtsposition** verletzt worden wäre. Eine solche Rechtsposition steht ihm jedoch nicht zu. ... Das einzelne Gemeinderatsmitglied hat zwar ein Recht auf Anwesenheit in den Sitzungen, auf Teilnahme an der Beratung und auf Stimmabgabe. Ein im Rechtsweg verfolgbare Anspruch darauf, daß der Gemeinderat nur gesetzmäßige Beschlüsse faßt, steht dem einzelnen Gemeinderatsmitglied oder der überstimmten Minderheit im Gemeinderat aber nicht zu (vgl. VGH n.F. 13, 85, 88). Der **Gemeinderat** ist in seiner Gesamtheit **Verwaltungsorgan** der Gemeinde und Vertretung der Gemeindebürger (Art.29, 30, Abs.1 GO). Er faßt seine **Beschlüsse nach dem Mehrheitsprinzip**; d.h. der Wille der Mehrheit der abstimmenden Mitglieder ist der Wille des Gemeinderats selbst. Die überstimmte Minderheit muß diese Entscheidung für sich gelten lassen, soweit diese nicht gerade in gesetzlich verankerte Rechte der Minderheit oder der einzelnen Fraktionen oder in das oben erwähnte Recht auf Teilnahme an der Sitzung und Abstimmung eingreift. **Etwas anders kann auch dann nicht gelten, wenn der Gemeinderatsbeschluß ... Gemeindebürger nur begünstigt**, so daß die Möglichkeit einer gerichtlichen Nachprüfung auf Grund einer Klage dritter Personen nicht besteht. Die Ansicht des Klägers, daß wenigstens in einem solchen Fall der Gemeinderatsminderheit nach Art.19 Abs.4 GG ein Klagerecht zustehen müßte, um eine gerichtliche Nachprüfung der Gesetzmäßigkeit des beschlossenen Bescheids zu erreichen, geht fehl. Die **Rechtsweggarantie des Art.19 Abs.4 GG** greift - nur - dann ein, wenn 'jemand' in 'seinem Rechten' durch die 'öffentliche Gewalt' verletzt wird. Sie **setzt also bereits eine durch die öffentliche Gewalt verletzbare Rechtsposition voraus** (vgl. BVerfGE 15, 281), begründet aber nicht selbst eine solche. Deshalb kann nicht aus dem Wunsch, einen durch Dritte nicht anfechtbaren, etwa weil begünstigenden, Beschluß des Gemeinderats einer gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen, die Rechtsweggarantie selbst als Grundlage für eine einklagbare materielle Rechtsposition des überstimmten Gemeinderatsmitglieds herangezogen werden. **Auch** in Verbindung mit dem **in Art.20 Abs.3 GG** verankerten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung läßt sich **ein solches Recht nicht herleiten**. Diesem Grundsatz wird in bezug auf Gemeinderatsbeschlüsse durch die Regelung des Art.59 Abs.2 GG Rechnung getragen. ...“

#### e) Fraktionen im Gemeinderat

Lit.: Seewald, Rdnr. 197  
Erstmann, DÖV 1988, 907 ff.  
Becker, Rdnr. 214 ff., 230 ff.

#### aa) Rechtsnatur des Zusammenschlusses von Ratsmitgliedern zu Fraktionen

VGH München NJW 1988, 2754 - privatrechtliche Angelegenheit

LS: „Die Klage eines kommunalen Mandatsträgers gegen seine Fraktion wegen seines Ausschlusses aus der Fraktion stellt keine öffentlichrechtliche Streitigkeit dar. ...“

**Aus den Gründen:** „... Nach Ansicht des Senats gehören **Rechtsfragen der Gründung von Fraktionen** kommunaler Vertretungskörperschaften in Bayern, der **Aufnahme**, des **Austritts** und des **Ausschlusses** aus solchen Fraktionen, die **innere Ordnung** dieser Fraktionen, sowie solche Fragen, die das Verhältnis der Fraktionen zu ihren Mitgliedern betreffen, wie z.B. Beitragszahlung, Sitzungsausschluß, etc., nicht dem öffentlichen, sondern dem **bürgerlichen Recht** an (im Ergebnis ebenso Hahn, DVBl 1974, 509; Achterberg ParlamentsR, 2.Aufl. [1984], S.278; a.A.

Schuegraf, BayVBl 1969, 116; Zuleeg, JuS 1978, 240; VGH Kassel, Beschl. v. 2.8.1984 - TG 607/84; VG Minden, Urt. v. 19.4.1979 - 2 K 1072/78). Von den genannten **Innenrechtsbeziehungen der Fraktionen** zu unterscheiden sind ihre **Außenrechtsbeziehungen**, d.h. ihre Rechtsbeziehungen zu den Gemeinden, Landkreisen und Bezirken sowie deren Organen. Während die Außenrechtsbeziehungen Anteil an der **öffentlichrechtlichen Qualität** der kommunalen Gebietskörperschaften und ihrer Organe haben, gilt dies nicht auch für die Innenrechtsbeziehungen. Zur Regelung der Außenrechtsbeziehungen bestehen nämlich vereinzelte **Vorschriften des öffentlichen Rechts** (vgl. Art.33 I 4 BayGO, Art.27 II 4 BayKreisO und Art.26 II 4 BayBezO hinsichtlich des Stärkeverhältnisses und des Vorschlagsrechts der Fraktion bei der Besetzung von Ausschüssen; s. dazu VGH n.F. 4, 114, L.2; VGH n.F. 8, 82, L.1), oder es können in der Geschäftsordnung Regelungen hierzu getroffen werden (Art.45 BayGO, Art.40 BayKreisO, Art.37 BayBezO). Im Hinblick auf die Ausschlußbesetzung entsprechend dem Stärkeverhältnis der Parteien und Wählergruppen konnte der VGH deshalb auch Fraktionswechsel als „Vorgänge im Bereich des öffentlichen Rechts“ bezeichnen (VGH n.F. 15, 82[91]).

1. Für die **Regelung der Innenrechtsbeziehungen** der Fraktionen enthält das bayerische Kommunalrecht dagegen **keinerlei Rechtsvorschriften**. Dies **spricht für die Zuordnung** des vorliegenden Rechtsstreits **zum privaten Recht ...**“

a.A.: VGH Kassel NVwZ 1990, 391 - Zum Ausschluß eines Mitglieds einer Fraktion in der Gemeindevertretung.

„Für den vorliegenden Rechtsstreit um die Wahrnehmung der Rechte eines Fraktionsmitgliedes ist der **Verwaltungsrechtsweg** gegeben. Der Streit um die Mitgliedschaft in einer Fraktion der Gemeindevertretung ist eine öffentlichrechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art i.S. des § 40 I 1 VwGO, die keinem anderen Gericht zugewiesen ist. Die **Fraktion** ist eine **ständige Gliederung der Gemeindevertretung**, deren Zweck die politisch gleichgerichtete Ausübung der den Gemeindevertretern zustehenden Rechte ist (VGH Kassel, HSGZ 1987, 209; OVG Münster, NJW 1989, 1105 = NVwZ 1989, 496 L = DVBl.1989, 940; Rehn-Cronauge, NRWGO, Stand: August 1989, § 30 Anm. VI, 1). Diese Rechte haben ihre Grundlage in der **Hessischen Gemeindeordnung**, in der auch der **Zusammenschluß der Gemeindevertreter in § 36a** geregelt ist (**anders z.B. die Bayerische Gemeindeordnung**, die die Fraktion an keiner Stelle erwähnt; auch unter Hinweis darauf qualifiziert der VGH München den Zusammenschluß von Gemeindevertretern zu einer Fraktion als privatrechtliche Angelegenheit, s. Urt. v.9.3.1988, NJW 1988, 2754 [2755]). Nach § 36a I HessGO können sich Gemeindevertreter zu einer Fraktion zusammenschließen. Das Nähere über die Bildung einer Fraktion, die Fraktionsstärke, ihre Rechte und Pflichten innerhalb der Gemeindevertretung sind in der **Geschäftsordnung** zu regeln. Diese Regelung spricht dafür, daß der Zusammenschluß von Gemeindevertretern zu einer Fraktion und damit auch das Innenverhältnis seiner Rechtsgrundlage in öffentlichrechtlichen Vorschriften findet (OVG Münster, NJW 1989, 1105 = NVwZ 1989, 496 L = DVBl.1989, 940; für den öffentlichrechtlichen Charakter einer Streitigkeit über einen Fraktionsausschluß im Ergebnis auch: Erdmann DÖV 1988, 907 [909]; Zuleeg, JuS 1978, 240 [241]). ...“

## bb) Mindeststärke

OVG Koblenz DVBl. 1988, 798

Die Festsetzung einer **Fraktionsmindeststärke** von zwei Abgeordneten in einem rheinland-pfälzischen Kreistag mit 37 Mitgliedern ist rechtlich nicht zu beanstanden.

**Sachverhalt:** Der **Antragsteller** - Ast. - hat im Kreistag des Landkreises C. in Rheinland-Pfalz das **einzige Mandat** inne, das bei der letzten Kreistagswahl auf die Partei „**Die Grünen**“ entfallen ist. Wegen der Bestimmung des § 10 Abs.1 S. 2 der für den Kreistag C. geltenden MusterGeschO des Ministers des Innern für die Gemeinderäte und Kreistage ... über die Fraktionsmindeststärke von zwei Abgeordneten wurde ihm der **Fraktionsstatus nicht zugebilligt**.

**Aus den Gründen:** „Der ... zulässige Antrag auf gerichtliche Normenkontrolle bleibt in der Sache ohne Erfolg. Die Bestimmung des § 10 Abs.1 Satz 2 der MusterGeschO für die Gemeinderäte und

Kreistage ... ist aus der Sicht des höherrangigen Rechts nicht zu beanstanden. Auszugehen ist davon, daß **Fraktionen** in aller Regel **notwendige Bestandteile eines Parlaments** sind. Sie tragen dazu bei, den **Meinungsbildungsprozeß** in der Vertretungskörperschaft zu straffen und zu erleichtern, weil bei der Entscheidungsfindung Abgeordnete mit im wesentlichen gleicher politischer Grundauffassung die anstehenden Entscheidungen gemeinsam vorbereiten können (OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15.12.1981 - 7 A 70/81 -, Die Gemeindeverwaltung in Rh.-Pf. 1982, Nr.103 unter Hinweis auf BVerwG ... DÖV 1979, 790; vgl. ferner BayVerfGH ... BayVBl. 1976, 431, 434). Die Existenz und Organisation der Fraktionen liegt daher nicht nur im Interesse der politischen Parteien; sie sind nach ihrem Sinn und Zweck nicht in erster Linie Parteien im Parlament, sondern um die **Sicherung der Funktionsfähigkeit der Parlamentsarbeit** willen geschaffene Gliederungen des Parlaments, die als solche auch dem Recht des jeweiligen Parlaments unterliegen (vgl. BayVerfGH, aaO, VGH Bad.-Württ. ... BWVPr. 1978, 88,89). Daraus ergibt sich, daß ein Rechtsgrundsatz des vom Ast. geltend gemachten Inhalts, jeder in eine kommunale Vertretungskörperschaft gewählten Partei sei unabhängig von der Zahl der ihr zugefallenen Mandate der **Fraktionsstatus** zuzusprechen, nicht besteht. Für den Fall, daß darüber keine gesetzliche Regelung getroffen worden ist, steht es vielmehr im **Ermessen der jeweiligen Vertretungskörperschaft**, die Bedingungen der Fraktionsbildung festzulegen und dabei auch eine Bestimmung über die Mindeststärke einer Fraktion zu treffen (BVerwG, s.u...)“

VGH Mannheim NVwZ-RR 1989, 425 - bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung weites Ermessen der Gemeindevertretung, gebunden durch allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze, höherrangiges Recht (z.B. Willkürverbot, Chancengleichheit, Minderheitenschutz) und Normzweck

BVerwG DÖV 1979, 790 - **Kein Verstoß gegen das Grundgesetz**, wenn ein aus 32 Mitgliedern bestehender Gemeinderat in seiner **Geschäftsordnung** bestimmt, daß eine **Fraktion mindestens drei Stadträte** umfassen muß.

Das BVerwG war mit diesem Fall aufgrund einer **Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision** gem. § 132 Abs.3 VwGO befaßt. Deshalb war entscheidungserheblich, ob der Rechtssache **grundsätzliche Bedeutung** zukam (vgl. § 132 Abs.2 Ziff. 1 VwGO); die anderen Revisionszulassungsgründe kamen von vornherein nicht in Betracht; außerdem mußte ein Revisionsgrund vorliegen (vgl. § 137 Abs.1 Nr.1 VwGO).

„... die Frage, welches **Quorum für die Bildung einer Fraktion in einem Parlament oder einer Gemeindevertretung** vorausgesetzt werden darf, läßt sich - soweit eine generelle landesgesetzliche Regelung fehlt - nur für den jeweiligen **Einzelfall** beurteilen, wobei auch die Gesamtzahl der Mitglieder des Parlaments Berücksichtigung finden darf. So wäre es angesichts des **Zwecks der Fraktionen**, durch kollektive Vorbereitung der Willensbildung in Gruppen politisch Gleichgesinnter die Arbeit im Plenum zu straffen und zu konzentrieren, unbedenklich, in kleineren Gemeinden mit einer geringen Zahl von Gemeinderäten ... Fraktionen mit einer Mindeststärke von 2 Gemeinderäten zuzulassen, während die Anlegung dieses Maßstabes in größeren Gemeinden, deren Volksvertretung wie im vorliegenden Falle aus 32 oder aus noch mehr Gemeinderatsmitgliedern besteht, dem Zweck der Fraktionsbildung zuwiderlaufen und die Arbeit im Plenum erschweren könnte. Der Umstand, daß **Vertretungen anderer Gemeinden gleicher Größe** wie der Bekl. eine **Fraktionsbildung bei nur zwei Gemeinderatsmitgliedern** zulassen, besagt im übrigen nichts dafür, daß die Regelung des Bekl. verfassungsrechtlich unzulässig sei. Insbesondere läßt sich daraus **kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art.3 Abs.1 GG** herleiten, da der jeweiligen Normengeber nur verpflichtet ist, in seinem Herrschaftsbereich den Gleichheitssatz zu wahren und die Zulässigkeit seiner Regelung deswegen nicht davon abhängt, daß andere Normengeber eine abweichende oder gleichartige Regelung getroffen haben (vgl. BVerfGE 33, 224/231).“

## cc) Rechte der Fraktionen

- Rechte im Hinblick auf die Vorlage und Erläuterung von Tagesordnungspunkten OVG Münster NVwZ-RR 1989, 380 - Das Initiativrecht der Ratsfraktionen umfaßt die Befugnis, ihre Vorschläge vor dem Rat in angemessenem Umfang mündlich zu erläutern.

**Sachverhalt:** Der **Oberbürgermeister** der Stadt X. nahm in die Tagesordnung der Ratssitzung auf Vorschlag der klagenden Fraktion folgenden Punkte auf:

- Einrichtung einer Untersuchungskommission (betreffend „Übergriffe der Polizei“ anlässlich einer Demonstration in X).
- Nicaragua-Kaffee in Stadtkantinen (Beschlüßvorlage, für die Kantinen der Stadt X nur noch Kaffee aus Nicaragua und Tansania zu bestellen)
- Veröffentlichung der Deponiestandorte in X.

In der Sitzung stellte der **Vorsitzende der Mehrheitsfraktion** vor Eintritt in die Tagesordnung den **Antrag**, die Vorschläge der Kl. von der Tagesordnung abzusetzen. Ohne der Kl. Gelegenheit zur mündlichen Begründung ihrer Vorschläge gegeben zu haben, gab der beklagte **Rat** gegen die Stimmen der Kl. diesem Antrag statt.

Die darauf erhobene **Klage** mit dem Antrag, festzustellen, daß dieser Beschluß des Bekl. rechtswidrig war, hatte vor dem VG Erfolg. Die Berufung des Bekl. wurde vom OVG zurückgewiesen.

**Aus den Gründen:** „Die vom Bekl. beschlossene **Absetzung der Punkte** ... von der Tagesordnung verletzte die Kompetenzen der Kl. und war aus diesem Grund **rechtswidrig**. Der Kl. hätte vor der Abstimmung über den Geschäftsordnungsantrag des Vorsitzenden der A-Fraktion Gelegenheit gegeben werden müssen, ihre dem Rat unterbreiteten Vorschläge mündlich zu erläutern. Das VG hat zutreffend eine dahingehende Befugnis der Kl. hauptsächlich aus § 33 I 2 NRWGO hergeleitet.

Nach der Rechtsprechung des Senats begründet § 33 I 2 NRWGO (a.F.; in Bayern keine entsprechende Regelung) einen grundsätzlich uneingeschränkten **Anspruch der Ratsfraktionen** darauf, **daß der Bürgermeister** die von ihnen fristgemäß eingereichten **Vorschläge in die Tagesordnung der Ratssitzung aufnimmt**. Eine Befugnis zur inhaltlichen Prüfung und eventuellen Zurückweisung solcher Vorschläge steht dem Bürgermeister nicht zu (vgl. dazu im einzelnen Senat, NVwZ 1974, 325 = OVG 37, 68).

Soll das so ausgestaltete **Initiativrecht** sich **nicht** in einer **Formalie** ohne inneren Sinn erschöpfen, so darf es den Fraktionen nicht verwehrt werden, ihre Vorschläge vor einer etwaigen Entscheidung über deren Absetzung von der Tagesordnung in angemessenem Umfang mündlich zu erläutern. Das Initiativrecht **dient dem Minderheitenschutz** (vgl. den Gesetzentwurf der Landesregierung vom 6.4.1978, LT-Dr.8/3152, S.2 und 62) und soll gewährleisten, daß die politischen Vorstellungen auch der kleinen Fraktionen vor den Rat gebracht werden können und allein dieser darüber befindet, ob und in welcher Weise er sich mit der jeweiligen Angelegenheit befassen will. Eine **an Sachkriterien orientierte Entscheidung des Rates** erfordert in der Regel, daß er nicht nur den im Einzelfall gestellten Antrag, sondern auch die wesentlichen **Gründe** für die Antragstellung zur Kenntnis nimmt. Anderenfalls wäre die Ratsmehrheit in der Lage, ohne jegliche Auseinandersetzung mit dem von der Minderheit gestellten Antrag zur weiteren Tagesordnung überzugehen; es liegt nahe, daß sie davon nicht selten - je nach den politischen Verhältnissen in einer Gemeinde gewissermaßen schematisch - Gebrauch machen würde. Das **Initiativrecht** hat aber den Sinn, den **Minderheiten im Rat eine Chance** zu geben, die **Mehrheit** davon **zu überzeugen**, daß eine Befassung mit und eine Entscheidung zu dem Gegenstand des jeweiligen Vorschlages zulässig und geboten sind. Das ist **ohne das Recht zu einer sachangemessenen Begründung des Vorschlages nicht erreichbar** (ebenso: OVG Lüneburg, Rechtsprechung zum kommunalen Verfassungsrecht § 33 GO Nr.13 und NVwZ 1984, 460 = DVBl. 1984, 734 [735]; OVG Koblenz, NVwZ 1985, 673 = DVBl.1985, 906 [907 ff.]; Scheck, DÖV 1986, 137; Buhren, VerwRdsch 1986, 412; Rothe, DVBl.1988, 386). Hieraus folgt zugleich, daß es im Grundsatz der antragstellenden Fraktion überlassen bleiben muß, ob sie statt (oder neben) einer schriftlichen Begründung ihre Vorschläge auch eine mündliche Erläuterung in der Ratssitzung geben will. ...

Ein so verstandenes Initiativrecht auch der Minderheitsfraktion führt **nicht** etwa zu **unvertretbaren Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Rates**. Vorschläge, die über die Befas-

sungskompetenz der Gemeinde hinausgreifen (vgl. dazu u.a. das bereits erwähnte Urt. des Senats, NVwZ 1984, 325 oder die aus anderen Gründen - z.B. wegen Mißachtung einer der Gemeinde obliegenden Handlungspflicht - rechtswidrig sind (vgl. dazu etwa den Beschl des Senats v. 26.8.1987 - 15 B 1395/87), kann der Rat ebenso zügig erledigen wie sonstige Angelegenheiten, mit denen er sich sachlich nicht weiter befassen will. Die **Redezeit** bei der mündlichen Erläuterung eines Vorschlags kann zu diesem Zweck in der Geschäftsordnung oder zu deren Grundlage - **in den Grenzen des Willkürverbots - eingeschränkt** werden. Ein **weiteres Korrektiv** liegt im **Verbot des Rechtsmißbrauchs**: Soll die mündliche Erläuterung ihrer Vorschläge einer Fraktion offenkundig z.B. nur den Vorwand dafür bieten, sich ohne Sachbezug - etwa zum Zweck politischer Werbung - in öffentlicher Sitzung darzustellen, so muß das nicht hingenommen werden. Vielmehr kann der Bürgermeister als Sitzungsleiter (§ 36 I NRWGO) in solchen Fällen, wie dies etwa in § 15 II GeschO vorgesehen ist, den betreffenden Redner zur Sache rufen und ihm notfalls das Wort entziehen. **Darüber hinaus** kann einer Fraktion die mündliche Erläuterung eines Antrages ausnahmsweise überhaupt verwehrt werden, wenn die **Absicht zur rechtsmißbräuchlichen Ausnutzung des Vorschlagsrechtes schon von vornherein eindeutig** ist. Wann die dem Initiativrecht insoweit gezogenen Grenzen überschritten sind, läßt sich nicht allgemeingültig feststellen, sondern ist eine Frage des Einzelfalles. ...“

VGH Mannheim NVwZ 1990, 893

LS: „Ein **fraktionsloses Gemeinderatsmitglied**, das in keinem der beschließenden Ausschüsse des Gemeinderats vertreten ist, hat **keinen Anspruch** darauf, daß ihm gestattet wird, in den Sitzungen dieser Ausschüsse **Anträge mündlich zu stellen**, zu begründen und an der Diskussion teilzunehmen.“

- **Recht auf Einberufung außerordentlicher Gemeinderatssitzungen**  
Früher eine unvollständige Regelung, vgl. VGH München NVwZ-RR 1990, 99 - Zum Anspruch eines Viertels der Mitglieder eines Gemeinderats, eine außerordentliche Sitzung des Gemeinderats zu erzwingen.  
heutige Rechtslage - Art.46 Abs.2 S.3, 4 BayGO
  - \* unverzügliche Einberufung der Sitzung durch ersten Bürgermeister
  - \* Sitzung muß spätestens am 14.Tag nach Eingang des Verlangens stattfinden
- **Recht auf finanzielle Leistungen**  
VG Gelsenkirchen NWVBl. 1987, 53 - **Verdeckte Parteienfinanzierung** durch gemeindliche Zuwendungen an Ratsfraktionen

LS: „1. Eine **Ratsfraktion** kann im Wege der kommunalverfassungsrechtlichen **Feststellungsklage** geltend machen, **bei der Gewährung gemeindlicher Zuwendungen** an die Ratsfraktionen **benachteiligt** zu werden.

2. **Geschäftsführung der Fraktionen** im Sinne des § 30 Abs.7 Satz 6 GO NW ist die Wahrnehmung der den Fraktionen durch das Gemeinderecht übertragenen Aufgaben.

3. Öffentlichkeitsarbeit, Repräsentation, Herstellung von Informationsschriften, Durchführung von Informationsveranstaltungen sowie die Fortbildung der Fraktionsmitglieder gehören nicht zu den **gesetzlichen Aufgaben der Ratsfraktionen**.

4. Werden Zuwendungen an Ratsfraktionen im voraus pauschal gewährt, so muß die **Pauschale** in regelmäßige Abständen an Hand der nachgewiesenen tatsächlichen **Aufwendungen** auf ihre Angemessenheit hin **überprüft** werden.“

### 3. **Rechtsstellung der Mitglieder des Gemeinderats**

- Lit.: Knemeyer, Rdnr. 207 ff.  
Seewald, Rdnr. 199 ff.  
Becker, Rdnr. 192 ff.  
Lissack, S. 120 ff.

### a) Allgemeines; Status der Gemeinderatsmitglieder

- Voraussetzung für Wählbarkeit: Art.20 i.V.m. Art.1 GLKrWG
- Kein imperatives Mandat = keine Bindung an einen bestimmten Auftrag der Wähler oder der den Kandidaten aufstellenden Partei
- Inkompatibilitätsregelung: Art.31 Abs.4 BayGO

### b) Einzelne Rechte

- Rederecht  
Regelung von Rederecht und Redezeit durch Geschäftsordnung

OVG Lüneburg DVBl. 1990, 159 - ein kommunaler Mandatsträger, der eine von seiner Fraktion abweichende Auffassung vertritt, muß das Recht haben, diese öffentlich in einer Sitzung des Gemeinderates darzulegen.

VG Stuttgart NVwZ 1990, 190 - Entziehung des Rederechts eines Kreistagsmitglieds (Kläger) durch den Vorsitzenden des Kreistags (Beklagter)

- Informationsrecht  
BVerwG NVwZ 1990, 208 - Überlassung von kommunalinternen Verwaltungsrichtlinien an Ratsmitglied bzw. Ratsfraktion

LS: „Es gibt **keinen** aus dem Grundgesetz herzuleitenden **Anspruch** auf **Überlassung gemeinde-eigener Verwaltungsvorschriften** an einzelne Mitglieder oder Fraktionen der Gemeindevertretung.“

**Sachverhalt:** Die Kl., eine Ratsfraktion und ein dieser Fraktion angehörendes Ratsmitglied, verlangten von dem Bekl. Oberstadtdirektor Kopien der für den Geschäftsbereich seines Sozialdezernats bestehenden Verwaltungsvorschriften und sonstigen Richtlinien. Der Bekl. lehnte das mit dem Hinweis auf die Gemeindeordnung ab, nach der ein solches Begehren von mindestens einem Fünftel der Ratsmitglieder unterstützt werden müsse. Die Klage blieb in den Vorinstanzen erfolglos. Die Beschwerde der Kl., mit der sie die Zulassung der Revision gegen das Berufungsurteil erstrebten, blieb erfolglos.

**Aus den Gründen:** „... **Grundsätzliche Bedeutung** sei, so meint die Beschwerde, der Rechtssache beizumessen, weil in ihrem Rahmen die höchstrichterlich noch ungeklärte Frage, 'ob einzelne Mitglieder oder Fraktionen einer parlamentarischen Vertretung, sei es auf Bundes-, auf Landes- oder auf kommunaler Ebene, einen Anspruch auf Einsicht in Allgemeine Verwaltungsvorschriften bzw. auf Überlassen von Kopien derselben haben', zu entscheiden sei. Ein solcher Anspruch ergebe sich aus einem **übergeordneten, ungeschriebenen Grundsatz des Parlamentrechts**, der darauf beruhe, daß die **Kenntnis von den verwaltungsinternen Regelungen** notwendig sei, damit der einzelne **Mandatsträger** und die Fraktion ihre Aufgaben **demokratischer Entscheidungsfindung und -kontrolle** erfüllen könnten. Dieser Grundsatz beruhe auf **Bundesrecht** und stehe nicht zur gesetzgeberischen Disposition; die im Berufungsurteil herangezogenen Regelungen der Gemeindeordnung stünden dem Klagebegehren daher nicht entgegen.

Eine in einem Revisionsverfahren zu klärende rechtliche Frage von **grundsätzlicher Bedeutung** zeigt die Beschwerde mit diesem Vorbringen **nicht** auf. ...

Ein im revisiblen Recht des Grundgesetzes begründeter **Anspruch** auf Überlassung der gemeindeeigenen Verwaltungsvorschriften an einzelne Mitglieder oder Fraktionen der Gemeindevertretung ist **ersichtlich nicht gegeben**; deshalb besteht auch insoweit **kein Anlaß zur Zulassung der Revision**; die von der Beschwerde angeführten Grundsätze des Rechts- und Sozialstaats in Art.20 II, III GG sowie die Rechtsschutzgewährleistung des Art. 19 IV GG geben nichts für einen solchen Anspruch her. Die **landesrechtliche Regelung der Akteneinsicht in § 40 III NRWGO** wird entgegen der Beschwerde **nicht** dadurch **revisibel**, daß die Begriffe der Akte und der Akteneinsicht in

einer Anzahl bundesweit geltender Gesetze wie z.B. den gerichtlichen Verfahrensordnungen vorzufinden sind.“

Das Recht auf Akteneinsicht ist in Bayern der Gemeindevertretung (nicht einzelnen Mitgliedern des Gemeinderats) eingeräumt als Annexrecht zum Recht auf umfassende Überwachung der Verwaltung, Art.30 Abs.3 BayGO (vgl. VGH München BayVBl. 1970, 222).

VGH München BayVBl. 1990, 278

„Ein Gemeinderatsmitglied hat nach bayerischen Kommunalrecht keinen gerichtlich einklagbarer Anspruch, von der Gemeindeverwaltung bestimmte Informationen (hier: Anspruch auf persönliche Vorstellung von Stellenbewerbern im Gemeinderat) zu erhalten.“

- **Unterlassungsanspruch**

Anspruch des Ratsmitgliedes gegenüber dem Vorsitzenden des Gemeinderats (Bürgermeister, Art.36 BayGO) auf Unterlassung böswilliger oder gehässiger Schmähkritik

Rechtsnatur dieses Anspruchs str.:

VGH München NVwZ 1990, 213 - öffentlich-rechtliche Streitigkeit

a.A.: VGH Mannheim NJW 1990, 1808

LS: „1. Die Klage eines Gemeinderatsmitglieds auf Widerruf von Äußerungen mit persönlichen Vorwürfen, die ein anderes Mitglied des Gemeinderats ihm gegenüber in einer Gemeinderatssitzung anlässlich einer Aussprache über einen kommunalpolitischen Gegenstand abgegeben hat, ist **keine öffentlichrechtliche Streitigkeit**. ...“

- **Finanzielle Ansprüche:**

Auslagenersatz, Verdienstausfall, Aufwandsentschädigung, Art.20a BayGO

- **Indemnität: Art.51 Abs.2 BayGO; eng auszulegen; umfaßt z.B. nicht Beratungen vor einer Abstimmung**

Verantwortlichkeit nach Bundesrecht: z.B. §§ 823, 824, 826 BGB; §§ 185 ff. StGB  
BGH BayVBl. 1984, 636 - Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Entscheidungen des Gemeinderats in Planungs- und Bausachen (Amtspflichtverletzung der einzelnen Gemeinderatsmitglieder)

- **Immunität (vgl. für Landtags- oder Bundestagsabgeordnete Art.28 BV, Art.46 GG) gibt es bei Gemeinderatsmitgliedern nicht.**

- **Recht auf ordnungsgemäße Ladung: Art.47 Abs.2 GO**

#### **4. Beschränkung/Grenzen der Rechte**

##### **a) Ausschluß von der Mitwirkung bei Beratungen und Abstimmungen wegen persönlicher Beteiligung**

Lit.: v.Arnim, JA 1986, 1 ff.  
Knemeyer, Rdnr. 215 ff.  
Seewald, Rdnr. 206  
Lissack, S.165 ff.  
Becker, Rdnr. 249 ff.

Art.49 BayGO  

- Zweck:  
Vermeidung von Interessenkonflikten und Entscheidungen in eigener Sache, auch bereits Vermeidung des Anscheins einer solchen Entscheidung in eigener Sache
- Persönlicher Anwendungsbereich: erster Bürgermeister, ehrenamtliche Gemeinderatsmitglieder, berufsmäßige Gemeinderatsmitglieder, soweit sie gem. Art.40 Abs.2 BayGO zur beratenden Mitwirkung befugt sind.
- Nur bei „Beratung und Abstimmung“, nicht bei Wahl: so VGHE n.F. 8, 42
- Verhältnis Art.49 BayGO/Art.38 Abs.1 KWBG umstritten (vgl. Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art.36 GO Rdnr.4-7)

### Unmittelbarer Vor- oder Nachteil

VGH München BayVBl. 1960, 21 - Der Vor- oder Nachteil muß sich **aus dem Beschluß selbst** ergeben (oder aus einem Vollzug oder auch aus einem durch den Beschluß in Gang gesetztes Verfahren)

Entscheidend ist, daß das **individuelle (Sonder-)Interesse** betroffen wird, **nicht nur** das **Interesse einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe**. Ausnahmsweise kann jedoch auch ein individuelles Interesse dann getroffen sein, wenn ein Beschluß sich zwar nicht ausdrücklich an das Gemeinderatsmitglied (oder die ihm soweit gleichgestellten natürlichen oder juristischen Personen) wendet, aber anderweitige gleichgelagerte Fälle nicht in Betracht kommen, der Beschluß sich also zwangsläufig auf das individuelle Interesse eines Gemeinderatsmitgliedes auswirkt und auch darauf beschränkt.

Die **Vor- und Nachteile** können **materieller (wirtschaftlicher) oder ideeller Art** sein. Beispiele für Vorteile materieller Art: Gewährung eines Darlehens, Verkauf eines Grundstücks eines Gemeinderatsmitgliedes, Kauf eines Grundstückes; Beförderung eines Gemeindebeamten, der mit einem Gemeinderatsmitglied verwandt ist; Verleihung eines Auftrages an ein Gemeinderatsmitglied (z.B. an einen Architekten; Kauf von Büromaterial bei einer Firma, deren Inhaber oder Mitinhaber Gemeinderatsmitglied ist)

**Vorteil** (i.S. des Art.49 Abs.1 BayGO) ist auch die **Vermehrung von Einflußmöglichkeiten** und Ansehen; ein typischer Fall ist insoweit die Verleihung des Ehrenbürgerrechts nach Art.16 BayGO  
vgl. VGH München BayVBl. 1959, 351

Besondere **Schwierigkeiten** bereitet die Frage des Ausschlusses bei der **Aufstellung von Bauleitplänen** (vgl. §§ 1 Abs.2, 5 ff., 8 ff. BauGB) im Hinblick auf Gemeinderatsmitglieder, die Grundbesitzer sind.

Hinsichtlich des **Flächennutzungsplanes** soll folgendes gelten: Die Beteiligung ist grundsätzlich zu verneinen, es sei denn, daß bisheriges Grünland bereits im Flächennutzungsplan als Bauland vorgesehen und dadurch zum sog. Bauerwartungsland wird (Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art.49 BayGO Rdnr.12).

Bei **Bebauungsplänen** (§§ 8 ff. BauGB) sind Gemeinderatsmitglieder, die in dem betreffenden Gebiet Grundbesitz haben, von der Beratung und Beschlußfassung ausgeschlossen

VGH München BayVBl. 1976, 341 - Nicht ausgeschlossen sind Gemeinderatsmitglieder bei der Beschlußfassung über Hebesätze, auch wenn sie dadurch unmittelbar betroffen werden.

VGH München BayVBl. 1986, 49 - Art.49 Abs.1 gilt nicht für die Beschlußfassung über den Erlaß von Abgabensatzungen.

**Entscheidung des Gemeinderats** gem. Art.49 Abs.2 (oder - gemäß Art.55 Abs.2 - auch eines beschließenden Ausschusses) über den Ausschluß

- Frühere Ansicht: Verwaltungsakt, dem mit einer Anfechtungsklage begegnet werden kann, vgl. VGH München BayVBl. 1960, 21
- Heute insoweit strittig: Nach herrschender Meinung wohl **kein VA**; somit kann allgemeine Leistungsklage, subsidiär Feststellungsklage erhoben werden (vgl. Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art.49 BayGO Rdnr.15 m.w.N.). So auch VGH München BayVBl. 1976, 753 ff.

Die Entscheidung nach Art.49 Abs.3 BayGO ist nicht unbedingte Voraussetzung für den Ausschluß eines Mitglieds und für die Rechtsfolge des Art.49 Abs.4 BayGO. Ein Mitglied ist somit bei vorliegender Voraussetzung des Art.49 Abs.1 BayGO auch dann von der Beratung und Abstimmung ausgeschlossen, wenn eine Beschlußfassung nach Art.49 Abs.3 BayGO nicht stattgefunden hat. Der Beschluß kann dann ebenfalls nach Art.49 Abs.4 BayGO ungültig sein (Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art.49 Rdnr.16 a.E.).

#### **Rechtsfolgen:**

- Rechtsfolge der verbotenen Mitwirkung: Art.49 Abs.4 BayGO - Unwirksamkeit des Beschlusses, wenn die verbotene Mitwirkung für das Abstimmungsergebnis entscheidend war
- Rechtsfolge eines zu Unrecht vorgenommenen Ausschlusses gem. Art.49 Abs.2 BayGO: str., VGH München: BayVBl. 1976, 753: Gemeinderat wird beschlußunfähig (Art.47 Abs.2 BayGO analog); keine entsprechende Anwendung von Art.49 Abs.4 BayGO.

#### **Rechtsschutz** des (u.U. zu Unrecht) Ausgeschlossenen

Das betroffene Gemeinderatsmitglied hat die Verletzung seiner Mitgliedschaftsrechte, d.h. die Verhinderung der Ausübung dieser Mitgliedschaftsrechte, geltend zu machen (BVerwGE 3, 30; BVerfGE 8, 122).

Nicht jedoch können andere Gemeinderatsmitglieder (oder auch der Erste Bürgermeister) einen Gemeinderatsbeschluß anfechten, den sie für rechtswidrig halten, weil Mitglieder mitgewirkt haben, die ihrer Meinung nach hätten ausgeschlossen werden müssen. Begründung: Kläger können insoweit nicht geltend machen, in eigenen Rechten verletzt zu sein (BayVGH BayVBl. 1977, 182).

#### **b) Amtsentzug**

Art.48 Abs.3 BayGO

Aberkennung ist Verwaltungsakt; bei Unanfechtbarkeit oder Anordnung der sofortigen Vollziehung rückt Listennachfolger nach (Art.45 Abs.1 S.2 GLKrWG).

Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung des Art.48 Abs.3 BayGO s. VGH München, BayVBl. 1960, 224 - keine verfassungswidrige Beeinträchtigung des passiven Wahlrechts.

#### **c) Ende der Mitgliedschaft in weiteren Fällen**

- Tod
- Verlust der Wählbarkeit (und damit u.U. des Bürger-Status) z.B. bei Wohnsitzwechsel, Art.45 Abs.1 Nr.1 i.V.m. Art.20, 1, 2 GLKrWG
- „Rücktritt“  
materiell-rechtliche Voraussetzungen entspr. Art.19 Abs.4 i.V.m. 2 S.1 BayGO  
Seit 1.1.2000 entscheidet der Gemeinderat nicht mehr konstitutiv darüber, ob ein wichtiger Grund vorliegt; er kann jedoch über die Verhängung eines Ordnungsgeldes beschließen, wenn er die Gründe nicht für ausreichend hält, vgl. Art. 19 Abs. 3 BayGO  
Problem: „Verzicht“ auf Mandat zum Zwecke der „Rotation“

Lit.:Reigl, Kommunalpraxis 1985, 251; Knemeyer, Rdnr.168 m.w.N.

- Verlust nach strafgerichtlicher Verurteilung, vgl. § 45 StGB, Art.2 Nr.1, Art.20 S.2 GLKrWG
- Verlust bei Verweigerung der Eidesleistung Art.31 Abs.5 BayGO, Art.45 Abs.1 Nr.2 GLKrWG
- Verlust bei Übernahme einer Tätigkeit als Beamter oder Angestellter derselben Gemeinde, Art.31 Abs.4 GO, Art.45 Abs.1 Nr.3 i.V.m. Art.34 Abs.3 GLKrWG.  
Insoweit verfassungsrechtliche Spannungslage zwischen Grundsatz der Gewaltenteilung (fraglich, letztlich wohl nur in entsprechender Anwendung) und Grundsatz des allgemeinen Zugangs zu öffentlichen Ämtern (Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 94 Abs. 2 BV).

Lit.: Kratzer, BayVBl. 1992, 293  
Kollmann, BayVBl. 1966, 145

Rspr.: BayVerfGH BayVBl. 1965, 94

## 5. Das „Kommunale Vertretungsverbot“ - Art.50 BayGO

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 220  
Seewald, Rdnr. 206  
Menger, NJW 80, 1828  
Schoch, Jus 1989, 531  
Stühler, VBIBW 1993, 1  
Becker, Rdnr. 211 ff.

### a) Sinn und Zweck

Vermeidung von Interessenkonflikten

BVerfGE 41, 231

S.242: „Derartige Regelungen ... sind typische **kommunalrechtliche Kollisionsnormen**. Durch ihre Setzung sollen Gemeinde- und Kreisverwaltung vor allen Einflüssen bewahrt werden, die eine **objektive, unparteiische** und einwandfreie **Führung der Gemeinde- und Kreisgeschäfte** gefährden könnten. ...“

## BVerfGE 52, 42

S.55: Das Vertretungsverbot soll verhindern, „daß die **Stellung als Ratsherr** für die **berufliche Tätigkeit** ausgenutzt wird, indem interne Kenntnisse von Gemeindeangelegenheiten zugunsten von Mandanten verwertet werden oder indem versucht wird, im Interesse der Mandanten auf Entscheidungen der Gemeindeorgane Einfluß zu nehmen ...“;

b) **Verfassungsmäßigkeit**

- Gesetzgebungskompetenz  
BVerfGE 41, 231

S.241 ff.: Kompetenzrechtliche Bedenken bestehen gegen die Vorschriften nicht; denn das **Land** war zum Erlaß dieser Vorschriften **befugt**; sie gehören zum traditionellen **Gemeindeverfassungsrecht**; im engen Zusammenhang mit anderen Normen des Gemeindeverfassungsrechts regeln sie die mit dem Ehrenamt verbundene Treuepflicht in Gestalt des Vertretungsverbots; derartige Regelungen sind typisch kommunalrechtliche Kollisionsnormen.

BVerfG NJW 1988, 694 ff.

Zugehörigkeit dieser Regelungen zum Gebiet des Kommunalrechts und **nicht** zu den anderen Gebieten des **Rechts der Rechtsanwaltschaft**, für welches dem Bund die vorrangige Gesetzgebung zusteht (Art.72, 74 Nr.1 GG).

OVG Münster OVGE 35, 217 ff.

Ein Vertretungsverbot für den anwaltlichen Sozius oder den in Bürogemeinschaft tätigen Kollegen ist keine Inkompatibilitätsregelung im Sinne einer kommunalrechtlichen Kollisionsnorm, sondern eine **allgemeine Berufsausübungsregelung** i.S.v. Art.12 Abs.1 Satz 1 GG; der Bund hat jedoch mit § 3 Abs.2 BRAO die ihm zustehende **Gesetzgebungskompetenz gem. Art.74 Nr.1, 72 Abs.1 GG abschließend genutzt**.

- Rechtsstaatsprinzip ( Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)  
BVerfG NJW 1988, 694 ff.

„Das kommunale Vertretungsverbot dient der Wahrung vernünftiger **Belange des allgemeinen Wohls**.“

„Zur Erreichung dieses Zweckes ist die gesetzliche Regelung **geeignet**.“ Der Begriff des Geltendmachens wird weit ausgelegt; er umfaßt „auch die bloße Beratung, da auch diese auf die Durchsetzung von Ansprüchen gegen die Behörde abziele. Diese Auslegung ist verfassungsrechtlich beanspruchungsfrei.“

Die Vorschrift „ist zur Erreichung des Zweckes auch **erforderlich**. Zunächst ist es im Hinblick auf die besonderen Einflußmöglichkeiten kommunaler Mandatsträger gerechtfertigt, für diese ... das Vertretungsverbot abstrakt und also nicht nur dann anzuordnen, wenn der Auftrag mit den Aufgaben der ehrenamtlichen Tätigkeit konkret zusammenhängt. Aus demselben Grunde reichen die bloßen Befangenheitsvorschriften zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht hin.“

Die Vorschrift ist auch **im engeren Sinne verhältnismäßig**. „Daß aber an einer aktiven Mitwirkung im Kreis interessierte Bürger persönliche Nachteile, die mit der Übernahme kommunaler Mandate und den hieraus erwachsenen besonderen Pflichten verbunden sind, in Kauf nehmen ... erscheint angesichts der das kommunale Vertretungsverbot rechtfertigenden Gründe als **zumutbar**.“

- Art.12 GG  
BVerfGE 41, 231

S.241: Das Vertretungsverbot „zielt darauf ab, **Kollisionen zwischen der geschäftsmäßigen beruflichen Interessenvertretung durch Ehrenbeamte unterschiedlicher Berufe und ihren Amtspflichten gegenüber Gemeinde und Kreis zu verhindern**, ihnen also zu verwehren, ihre Stellung als Ehrenbeamter im öffentlichen Leben für ihre Berufsausübung auszunutzen. Das Verbot bezweckt also nicht, diese Inhaber von Ehrenämtern in ihrer jeweiligen Berufsausübung zu be-

schränken. Es stellt vielmehr eine durch andere gesetzliche Zwecke gebotene **allgemeine Begrenzung der Berufsfreiheit** u.a. auch der Rechtsanwälte dar, die hier nicht in den Schutzbereich des Art.12 Abs.1 Satz 1 GG eingreift.“

BVerfG NJW 1988, 694

Ob an der bisherigen Rechtsprechung „festzuhalten ist, mag dahinstehen. Denn **selbst wenn** das kommunale Vertretungsverbot infolge einer **objektiv deutlich erkennbaren berufsregelnden Tendenz** ... als Berufsausübungsregelung anzusehen und deshalb an Art.12 Abs.1 GG zu messen sein sollte, so wäre es durch hinreichende **Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt** und auch mit dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit vereinbar**.“

Weitere Rechtsprechung: BVerwG NJW 1988, 1994

- Art.3 GG, Art.118 BV  
BVerfG NJW 1988, 694 ff.

„Daß der allgemeine **Gleichheitssatz nicht** dadurch **verletzt** ist, daß zwar **kommunale Mandatsträger** dem Vertretungsverbot für Ansprüche gegen den Kreis oder den Landrat unterliegen, nicht aber **Landtagsabgeordnete** für Ansprüche gegen das Land, hat das BVerwG zutreffend entschieden.“

BVerwG NJW 1984, 377, 378

Denn „im **kommunalen Bereich** sind die **Interessenverflechtungen** dichter und die Einflußmöglichkeiten von Mitgliedern der kommunalen Vertretungskörperschaften auf die Exekutive erfahrungsgemäß und typischerweise größer als in überörtlichen Bereichen. Eine unterschiedliche Regelung hinsichtlich des Vertretungsverbots ist daher insoweit offensichtlich durch sachliche Gründe gerechtfertigt.“

BayVerfGH 8, 34

Damit bleibt zu prüfen, ob etwa insoweit eine verfassungswidrige ungleiche Behandlung vorliegt, als einem **Gemeinderatsmitglied** eine **Befugnis untersagt** wird, die einem **Nichtmitglied** zusteht. Auch dies ist zu verneinen. Durch die **Zugehörigkeit zum Gemeinderat** entstehen besondere Rechte und Pflichten, die eine **ungleiche Behandlung rechtfertigen**.

- Art.3 (i.V.m. Art.28 Abs.2, 3) 33 Abs.2 GG  
BVerfG NJW 1988, 694, 695

„Denn auch diese Rechte sind nicht verletzt. Allerdings werden die Angehörigen solcher Berufe ... bei einer Bewerbung um ein **kommunales Mandat** der Gefahr **beruflicher Nachteile und damit größeren Belastungen ausgesetzt als andere Bewerber**. Dies ist aber mit der Verfassung zu vereinbaren. ... angesichts der besonderen Verhältnisse im kommunalen Bereich“ ist „der **faktische Ausschluß von der Wählbarkeit** zu einem kommunalen Ehrenamt - und maiore ad minus demzufolge auch deren **faktische Erschwerung** - als eine mit dem Grundsatz der Wahlgleichheit vereinbare Folge anzuerkennen ..., wenn ansonsten der **Gefahr von Interessenkollisionen** nicht wirksam zu begegnen ist.“

## c) Anwendungsbereich

### aa) personell

BVerfGE 61, 68

LS: „Zur Unanwendbarkeit des kommunalen Vertretungsverbots auf einen Rechtsanwalt, der mit einem Ratsmitglied in einer **Sozietät** verbunden ist.“

S.73 „Allein der **ratsangehörige Rechtsanwalt** ist **Adressat des in** den §§ 24, 30 GO NW (vgl. **Art.50 BayGO**) **geregelten Vertretungsverbots**. Denn ihm obliegt aufgrund seines kommunalen Amtes eine besondere Treuepflicht gegenüber der Gemeinde, die sich in dem Vertretungsverbot

konkretisiert. ... Die Beschwerdeführer, die dem Gemeinderat nicht angehören, sind der Gemeinde zu keiner besonderen Treue verpflichtet. Sie werden folglich von dem als Bestandteil der Treuepflicht statuierten Vertretungsverbot nicht erfaßt.“

#### BVerfGE 56, 99

LS: „Zur Unanwendbarkeit des kommunalen Vertretungsverbots ... der Gemeindeordnung ... auf einen **Rechtsanwalt**, der mit einem Ratsmitglied in **Bürogemeinschaft** verbunden ist.“

S.107 f.: „Weder **Wortlaut** noch **Sinn und Zweck** dieser Regelung geben zureichende Anhaltspunkte dafür her, daß auch Personen, die kein kommunales Amt bekleiden, in einem **besonderen Treueverhältnis** zur Gemeinde stehen und damit dem kommunalrechtlichen Vertretungsverbot unterliegen könnten.“

Vgl. hierzu auch OVG Münster OVGE 35, 217, 221 (s.o.).

#### bb) sachlich

##### OVG Münster OVGE 35, 277 - Ansprüche gegen die Gemeinde

LS: „Das für Ratsmitglieder geltende kommunalrechtliche Vertretungsverbot besteht nur, wenn ein **unmittelbar gegen die Gemeinde selbst gerichteter Anspruch** geltend gemacht wird. Seine Voraussetzungen sind nicht gegeben, wenn der Anspruch sich gegen einen Dritten richtet und die Erfüllung des Anspruchs lediglich Auswirkungen auf Rechte oder Interessen der Gemeinde hat.“

##### BVerfGE 41, 231 - Vertretung Dritter in Bußgeldverfahren vor der Kreisordnungsbehörde

„Schon vom Wortlaut und Zweck ... her ist die Vertretung in Bußgeldsachen kein Geltendmachen von Ansprüchen eines anderen gegen Gemeinde oder Kreis.“

##### BVerwG NJW 1984, 377 - Weisungs- und übertragene Angelegenheiten

Der Zweck der Vorschrift rechtfertigt „es offensichtlich ohne Verstoß gegen Art.12 Abs.1 GG ... das kommunale Vertretungsverbot **nicht nur auf Selbstverwaltungsangelegenheiten**, sondern auch auf Aufgaben zur Erfüllung nach Weisung und Angelegenheiten, die ... dem Landrat als unterer staatlicher Landesbehörde übertragen sind, **zu erstrecken**.“

Eine vergleichbare Konstellation tritt in Bayern gemäß Art.9 Abs.1 S.1 BayGO auf.

##### OVG Münster OVGE 38, 14 - Kommunalverfassungsstreitigkeit

„Bei derartigen kommunalverfassungsrechtlichen **Innenrechts- oder Organstreitigkeiten** besteht der dem Verbot ... zugrundeliegende Gegensatz zwischen der Gemeinde und einem außerhalb ihrer Interessensphäre stehenden Rechtssubjekt nicht, so daß die von dem Verbot zu verhindernde Interessenkollision in der Person des Vertreters nicht auftreten kann.“

ebenso: BVerwGE 3, 30; VGH München BayVBl. 1966, 322; VGH Kassel NVwZ 1987, 919

#### d) Rechtsfolgen

- Zurückweisung des ratsangehörigen Anwalts in einem gerichtlichen Verfahren  
BVerfGE 52, 42 ff.

LS: „Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das **Gericht einen Rechtsanwalt**, der dem Rat einer Gemeinde angehört, als Prozeßbevollmächtigten **zurückweist**, weil er gegen das Vertretungsverbot in § 24 Abs.1 Satz 2 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen verstößt.“

S. 55: „Die Zurückweisung eines Anwalts im gerichtlichen Verfahren ist zwar ein **prozessualer Akt**, während es sich bei § 24 Abs.1 GONW um eine **Vorschrift des Gemeindeverfassungsrechts** handelt. Diese Bestimmung **entfaltet** aber nicht nur **Wirkungen** im gemeindeverfassungsrechtlichen Bereich. .... Das Vertretungsverbot, das auf sachgerechten Erwägungen beruht, kann jedenfalls seinen Sinn nur dann voll erfüllen, wenn es **auch im Gerichtsverfahren** durchsetzbar ist.“

Sondervotum Rottmann, BVerfGE 52, 58 ff.:

„Die Feststellung, das kommunale Vertretungsverbot sei mit dem Grundgesetz vereinbar ....., besagt noch nichts über die Verfassungsmäßigkeit einer auf dieser Vorschrift gestützten Zurückweisung eines Rechtsanwalts im Prozeß ... Schon der Umstand, daß die **Gemeindeordnung** ... überhaupt **keine Rechtsfolgenregelung** enthält und sich die Befugnis, den ratsangehörigen Rechtsanwalt im gerichtlichen Verfahren zurückzuweisen, nicht einmal andeutungsweise aus dem Wortlaut“ ... vgl. für Bayern Art.50 GO ... „ergibt, führt aus **rechtsstaatlichen Erwägungen zu erheblichen Bedenken**. ... Vor allem aber ist es aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht möglich, aus einem Verstoß gegen eine kommunalrechtliche Vorschrift prozessuale Konsequenzen zu ziehen. ...“

- Kommunalrechtliche und disziplinarrechtliche Folgerungen  
BVerfG NJW 1988, 694, 695
- Wirksamkeit der Verfahrenshandlungen  
VGH München VGHE n.F. 6, 64

LS.2: **Rechtshandlungen**, die ein Gemeinderatsmitglied entgegen dem Verbot des Art.50 GO vorgenommen hat, sind **nicht schlechthin nichtig**. Das Gericht ist aber ... verpflichtet, ein Gemeinderatsmitglied, das einen Dritten in einem Verfahren gegen die Gemeinde aufgrund Vollmacht vertritt, von Amts wegen zurückzuweisen... **Vor der Zurückweisung** von dem bevollmächtigten Gemeinderatsmitglied vorgenommene **Rechtshandlungen** werden dadurch **in ihrer Wirksamkeit nicht berührt**.

## 6. Pflichten der Gemeinderatsmitglieder; Sanktionen wegen Pflichtverletzungen

Lit.: Seewald, Rdnr. 207 f.

### a) Spezielle kommunalrechtliche Pflichten

- Sorgfaltspflicht (Pflicht zur gewissenhaften Wahrnehmung der „Obliegenheiten“) Art.20 Abs.1 BayGO
- Amtsverschwiegenheit, Art.20 Abs.3 BayGO  
vgl. dazu BVerwG NVwZ 1989, 975 - Verstoß eines Gemeinderatsmitglieds gegen die kommunalrechtliche Verschwiegenheitspflicht

Kommunale **Sanktionen** bei Verletzungen der Pflichten aus Art.20 Abs.1, 2 oder 3

S.1: Art.20 Abs.4 BayGO

Strafrecht: vgl. §§ 331 ff. StGB

Zur Haftung im Innenverhältnis s.o. E. II. Haftung des Schädigers

- Pflicht zur Einhaltung der Ordnung in den Sitzungen der Gemeindegremien  
Art.53 Abs.1 S.3, Abs.2 BayGO

## OLG Karlsruhe JR 1980, 342 (m. Anm. Schwabe)

LS: „Ein Mitglied des **Gemeinderats**, das wegen schwerwiegender Störung der Ordnung von dem Vorsitzenden rechtswirksam aus dem Beratungsraum verwiesen worden ist, kann sich eines strafbaren **Hausfriedensbruchs** schuldig machen.“

**Aus den Gründen:** „... In den aufgeführten Fällen verweilte die Angeklagte unbefugt in dem Sitzungssaal, obwohl sie zur jeweiligen Tatzeit noch als Stadträtin dem Gemeinderat der Stadt H. angehörte. Sie war nämlich von der jeweiligen Sitzung rechtmäßig ausgeschlossen.

§ 36 Abs.1 Satz 2 der **Gemeindeordnung** für Baden-Württemberg (bwGO) stellt fest, daß der Vorsitzende des Gemeinderats sowohl **die Ordnung handhabt** als auch das **Hausrecht ausübt**. In diesem Zusammenhang sind Maßnahmen gegenüber Mitgliedern des Gemeinderats besonders geregelt. Gemäß § 36 Abs.3 S.1 Halbs.1 bwGO kann ein Gemeinderat bei grober Ungebühr oder wiederholten Verstößen gegen die Ordnung vom Vorsitzenden aus dem Beratungsraum verwiesen werden. Eine solche **Anordnung** hatte der **Oberbürgermeister** jeweils gegenüber der Angeklagten getroffen.

Die entsprechenden Anordnungen waren **keinesfalls nichtig** im Sinne des § 44 des Verwaltungsverfahrensgesetzes für Baden-Württemberg (LVwVfG), sondern entfalteten eine **Tatbestandswirkung** (vgl. dazu Gerhards, NJW 1978, 89). Sie waren zunächst **rechtswirksam**, was ausreicht (OLG Hamburg, MDR 1968, 1027, 1028; Preisendanz, StGB, 30.Aufl., § 123 Anm. 3d), und auch den Umständen nach, wie sie tatrichterlich festgestellt sind, in vollem Umfang gerechtfertigt.

§ 36 Abs.3 bwGO dient nicht dazu, temperamentvollen Ausführungen oder einzelnen Ordnungswidrigkeiten von Gemeinderatsmitgliedern entgegenzutreten; hierzu reichen gegebenenfalls die normalen Mittel der Verhandlungsleitung aus; der Bürgermeister kann deshalb einem Gemeinderat - außer im Falle grober Ungebühr - nur bei wiederholten Verstößen gegen die Ordnung aus dem Beratungsraum verweisen; dies ist dann anzunehmen, wenn der **Fortgang der Beratungen unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert** wird ...“

## OVG Koblenz NVwZ 1985, 673

LS: „Die rein **optische Kundgabe einer Meinung** durch ein Ratsmitglied, z.B. mittels Transparenten, Plakaten oder Aufklebern, **stört** die in den Sitzungen des Gemeinderats einzuhaltende Ordnung. Die Meinungsfreiheit des einzelnen Ratsmitglieds ist insoweit eingeschränkt.“

**Sachverhalt:** Der Ast. ist Mitglied des Stadtrats der Stadt L. Er hat beantragt, im Wege der einstweiligen Anordnung festzustellen, daß der Vorsitzende des Stadtrates bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache zu dulden hat, daß er - der Ast. - auf den Sitzungen des Stadtrates der Stadt L. einen **Aufkleber mit der Aufschrift „L. Atomwaffenfreie Stadt“ an seiner Kleidung** trägt. Der Antrag ist in beiden Instanzen ohne Erfolg geblieben.

**Aus den Gründen:** „Ein vom Vorsitzenden des Stadtrates zu beachtendes Recht des Ast., in den Ratssitzungen einen Aufkleber mit der Aufschrift ‘L. Atomwaffenfreie Stadt’ an der Kleidung zu tragen, besteht nicht.

Zwar beruft sich der Ast. insoweit zu Recht auf sein **Grundrecht aus Art. 5 I 1 GG**; denn er will mit dem Tragen des Aufklebers seiner Meinung Ausdruck geben, daß er den Inhalt der Aufschrift für erstrebens- und unterstützenswert hält (vgl. BayVerfGH, NJW 1982, 1089 [1090]). Das Recht aus Art.5 I 1 GG findet indes nach Art.5 II GG seine **Schranken** u.a. in den **Vorschriften der allgemeinen Gesetze**; diese Bestimmungen sind im Blick auf die wertsetzende Bedeutung der Meinungsfreiheit im freiheitlichen demokratischen Staat **auszulegen** und daher in ihrer diese beschränkenden Wirkung gegebenenfalls selbst wieder einzuschränken (vgl. BVerfG E 42, 133 [1417]). Hiernach ergibt sich vorliegend:

‘Vorschriften der allgemeinen Gesetze’ i.S. des Art.5 II GG sind auch die Bestimmungen der **Gemeindeordnung** über die in den Sitzungen des Gemeinderates **einzuhaltende Ordnung**. Nach § 36 II RhPfGO sorgt der Vorsitzende des Gemeinderates für die „Aufrechterhaltung der Ordnung“; gem. § 38 I 1 RhPfGO ist er u.a. bei „grober Ungebühr“ berechtigt, bestimmte **Sanktionen** auszusprechen. Aufgrund dieser Vorschriften kann der Ratsvorsitzende durch geeignete, in seinem Ermessen stehende Maßnahmen auf einen äußerlichen Ablauf der Ratssitzungen hinwirken, der ein ordnungsmäßiges Tätigwerden des Gemeinderates ermöglicht. Zur äußeren Ordnung in diesem Sinne zählt in erster Linie die **Schaffung und Sicherung einer Atmosphäre von Ruhe und Sachlichkeit**. Dazu gehört, daß die Darlegung von Auffassungen zu einem bestimmten Beratungs-

gegenstand auf Rede und Gegenrede beschränkt ist; entscheidend ist hierbei nämlich die Überzeugungskraft der vorgetragenen Argumente (vgl. hierzu BVerfGE 25, 256 [264f.]). Die rein **optische Kundgabe** einer Meinung durch ein Ratsmitglied, z.B. mittels Transparenten, Plakaten oder Aufklebern, **stört diese Ordnung**: Zum einen werden damit i.d.R. keine Argumente für diese Meinung vorgebracht, denen andere Argumente entgegengehalten werden könnten. Zum anderen ist die **ständige augenfällige Präsenz** einer optisch kundgegebenen Meinung in besonderem Maße geeignet, **von dem jeweiligen Gegenstand der Beratung abzulenken** und den hierauf bezogenen sachlichen Vortrag von Erwägungen zu erschweren oder zu verhindern. Schließlich schreibt diese Art der Meinungskundgabe den eigenen Standpunkt - gleichsam bindend - fest, ohne Raum für einen offenen Austausch von Überlegungen und gegebenenfalls die Änderung der bekundeten Auffassung zu lassen.

Diese Auslegung der §§ 36 II, 38 I 1 RHPfGO wird der **besonderen Bedeutung des Grundrechts des Art.5 I 1 GG gerecht**. Die Einschränkung der Meinungsfreiheit in dem bezeichneten Umfang ist **gerechtfertigt**. Sie **dient** der Aufrechterhaltung einer funktionierenden kommunalen Selbstverwaltung (vgl. Art.28 II 1 GG; Art.49 RHPfVerf.), die ohne die ordnungsmäßige Tätigkeit des Gemeinderates nicht denkbar ist. Der Ast. wird auch **nicht unverhältnismäßig** beeinträchtigt: Seine Meinungsfreiheit ist lediglich während der Ratssitzungen, an denen er teilnimmt, und auch nur hinsichtlich einer bestimmten Art der Meinungskundgabe eingeschränkt; zudem ist zu berücksichtigen, daß sich diese Art der Meinungskundgabe nicht auf die Überzeugungskraft einzelner vorgetragener Argumente stützt (vgl. BVerfGE 25, 256 [264f.]).“

- Anwesenheitspflicht Art.48 Abs.1 S.1 BayGO
- Pflicht zur Abstimmung (Verbot der Stimmenthaltung) Art.48 Abs.1 S.2 BayGO

**Sanktionen** bei Verletzung der Pflichten aus Art.48 Abs.1 BayGO: Art.48 Abs.2 BayGO (Ordnungsgeld; u.U. Verlust des Amtes)

- Pflicht zur Enthaltung bei Beratungen und Abstimmungen - Mitwirkungsverbot Art.49 BayGO, s.o. F. III. 4. a)

## b) Allgemeine Rechtspflichten

- Gebot, sich bei allen Entscheidungen im Rahmen des geltenden Rechts (z.B. Besoldungs- und Vergütungsrecht für Bedienstete; Bauplanungs- und Bauordnungsrecht, Gewerberecht usw.) zu halten
- Verbot, andere - insb. „Dritte“ - zu schädigen, zur Haftung siehe oben E. Haftungsfragen
- Rauchverbot in den Sitzungen aufgrund Geschäftsordnung oder auf Verlangen eines Mitglieds, vgl. Knemeyer, Rdnr. 193 m.w.N.

## 7. „Berufsmäßige Gemeinderatsmitglieder“

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 235f.  
Seewald, Rdnr. 234  
Becker, Rdnr. 236  
Lissack, S. 122

Art.40, 41 BayGO    
KWBG

- auf höchstens 6 Jahre gewählt, Beamte auf Zeit
- Zuständigkeit für Wahl sowie Zahl und Aufgabengebiet: Gemeinderat; keine Übertragung an beschließenden Ausschuß zulässig.

VGH München VGHE n.F. 11,10 - Wahlakt hat - anders als Bürgermeister, Landräten und ihren gewählten Stellvertretern - keine konstitutive (rechtsbegründende) Wirkung; ist jedoch Voraussetzung für Ernennung gem. Art.5, 6 KWBG (Z/Tr 375).

- Nur beratende Funktion im Gemeinderat; kein Recht auf Mitwirkung bei Abstimmungen oder Wahlen

- Befugnis zur Antragstellung

VGH München BayVBl. 1980, 656

LS.: „Den berufsmäßigen Gemeinderatsmitgliedern steht nach bayerischem Kommunalrecht **ein eigenes, weisungsunabhängiges** und durch die Geschäftsordnung des Gemeinderats **nicht abdingbares Antragsrecht** zu. ...“

**Aus den Gründen:** „Gegenstand der Verwaltungsstreitsache im Berufungsverfahren ist die **Anweisung der Beklagten ... an den Kläger**, ein berufsmäßiges Gemeinderatsmitglied, in der Beschlusvorlage in Sachen „Ausländerarbeit“ einen bestimmten, vom Vorschlag des Klägers abweichende **Antrag im Auftrag des Oberbürgermeisters** zu stellen und das hierin konkludent enthaltene **Verbot**, einen anderen, **eigenen Antrag einzubringen**. In diesem Sinne ist der in der mündlichen Verhandlung des Senats gestellte Hauptantrag auszulegen. ...

... Die **Berufung** ist auch **begründet**. Der Senat ist der Ansicht, daß dem Kläger das von ihm geltendgemachte eigene, weisungsunabhängige Antragsrecht zusteht.

Die streitgegenständliche **Anweisung** der Beklagten vom 14.7.1978 an den Kläger, welche ihm eine vom Antrag des Oberbürgermeisters abweichende Antragstellung untersagte, **verstößt gegen Art.40 der Gemeindeordnung (GO)** ..., und ist deshalb rechtswidrig. Die Anweisung steht zwar im Einklang mit § 40 Abs.2 Satz 4 GeschO n.F.; diese Vorschrift verstößt jedoch ihrerseits gegen die Gemeindeordnung insofern, als die berufsmäßigen Stadtratsmitglieder - nur - im Auftrag des Oberbürgermeisters Anträge stellen dürfen und ist insoweit ungültig. Denn das Gesetz gibt den berufsmäßigen Gemeinderatsmitgliedern in Angelegenheiten ihres Aufgabengebietes ein eigenes, weisungsgebundenes Antragsrecht, das durch die Geschäftsordnung nicht abdingbar ist. Der Senat schließt sich mit dieser Entscheidung der einheitlichen Ansicht in der Literatur an ...

1. **Das Antragsrecht** der berufsmäßigen Gemeinderatsmitglieder ist - ebenso wie das der ehrenamtlichen - allerdings in der Gemeindeordnung **nicht ausdrücklich** angesprochen. Daraus kann jedoch **nicht** geschlossen werden, daß die Gemeindeordnung selbst keine Regelung enthält, sondern diese etwa der **Geschäftsordnungsautonomie des Gemeinderats** überläßt. Gegen die Ansicht spricht, daß die Gemeindeordnung die Mitgliedschaftsrechte - im Unterschied zum Geschäftsgang - grundsätzlich abschließend geregelt hat und für die Geschäftsautonomie ein Regelungsspielraum im Bereich der Mitgliedschaftsrechte nur besteht, soweit ihn die Gemeindeordnung ausdrücklich eingeräumt hat (vgl. Art.33 Abs.1, Art.37 Abs.2, Art.32 Abs.3 GO). Dies hat der Senat in seinem Urteil vom 16.2.1960 (BayVBl. 1960, 192) bereits grundsätzlich ausgesprochen.

Dem Gemeinderat steht gemäß Art.40 und Art.41 Abs.1 GO die Entscheidung darüber zu, ob **berufsmäßige Gemeinderatsmitglieder** überhaupt gewählt werden sollen, sowie die Entscheidung über ihre Amtsdauer und ihre Aufgabengebiete. Ihre im einzelnen noch darzulegende **Doppelstellung als kommunale Wahlbeamte und als Mitglieder des Gemeinderats** dagegen ist den Gemeinden nicht zur Eigenregelung übertragen. Sie ist ihnen vielmehr als eine Rechtsfigur vorgegeben, von der die Gemeinden Gebrauch machen, die sie aber nicht abändern können.

In diesem Zusammenhang ist auch hervorzuheben, daß das **Anwesenheitsrecht**, das **Rederecht** und der **Stimmrechtsausschluß** der berufsmäßigen Gemeinderatsmitglieder in der Gemeindeordnung grundsätzlich festgelegt sind und nicht durch die Geschäftsordnung abdingbar sind. Es wäre nicht einzusehen, warum für das damit in unmittelbarem **Sachzusammenhang** stehende **Antragsrecht** etwas anderes gelten sollte. Vielmehr muß davon ausgegangen werden, daß auch das **Antragsrecht in der Gemeindeordnung unabdingbar geregelt** ist. ...

In funktioneller Hinsicht ist davon auszugehen, daß den berufsmäßigen Gemeinderatsmitgliedern insofern eine **Doppelstellung** eingeräumt ist, als sie einerseits nur dem Gesetz unterworfenen Mitglieder des Gemeinderats (wenn auch mit beschränkten Rechten, vgl. Art.35 Abs.2 Satz 2

2.Halbsatz KWBG) und andererseits kommunale Wahlbeamte sind, die dem Weisungsrecht des Vorgesetzten unterliegen (Art.3 Abs.2 und Art.35 Abs.2 Satz 2, 1. Halbsatz KWBG). Dies unterscheidet die berufsmäßigen Gemeinderatsmitglieder von den Gemeindebediensteten gemäß Art.42 ff. GO. Letztere sind nicht Mitglieder im Gemeinderat und unterliegen in allen Fällen dem Weisungsrecht des ersten Bürgermeisters (vgl. Art.46 Abs.1 Satz 1 und Art.37 Abs.4 GO). ...

Die Doppelstellung des berufsmäßigen Gemeinderatsmitglieds mag zu **Konflikten** führen, insbesondere in der Weise, daß das berufsmäßige Gemeinderatsmitglied in den Sitzungen des Gemeinderats und der Ausschüsse Auffassungen und Anträgen des ihm außerhalb der Sitzungen vorgeetzten ersten Bürgermeisters abweichen. Daraus ergibt sich jedoch **kein durchgreifendes Argument gegen das Antragsrecht**.

Zunächst ist zu bedenken, daß der **mögliche Konflikt zwischen erstem Bürgermeister und berufsmäßigen Gemeinderatsmitglied** auch bei dem allseits unbestrittenen originären Rederecht des berufsmäßigen Gemeinderatsmitglieds auftreten kann. Es muß deshalb davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber aus den bereits dargelegten Erwägungen diesen Konflikt in Kauf genommen hat. Dabei muß auch berücksichtigt werden, daß das geltende bayerische Gemeindeverfassungsrecht - im **Unterschied zum staatlichen Verfassungsrecht** (für dieses vgl. Art.55 Nr.5 BV) - **keine einheitliche Verwaltungsspitze** kennt, sondern zwei nebengeordnete Organe (den Gemeinderat und den ersten Bürgermeister) mit der Verwaltung der Gemeinde betraut, wobei in der Person der ersten und der weiteren Bürgermeister sowie der berufsmäßigen Gemeinderatsmitglieder personelle Verflechtungen zwischen beiden Verwaltungsorganen bestehen, so daß Konflikte allgemein nicht ausgeschlossen sind. ...“

- Haftung: Art.1 Nr.4, 49 KWBG (Z/Tr 375)

#### IV. Der erste Bürgermeister

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 237f.  
Seewald, Rdnr. 224 ff.  
Schmidt-Jortzig, Rdnr. 178, 242 - 248 m.w.N.  
Becker, Rdnr. 140 ff.  
Lissack, S. 100 ff.

##### 1. Allgemeines

Rechtsquellen: Art.34-39 BayGO; KWBG (Z/Tr 375); GLKrWB (Z/Tr 290)

Amtszeit: 6 Jahre Art.38 Abs.1, 39 Abs.1 S.1 GLKrWG

##### **Funktionen und Zuständigkeiten** (Überblick):

- Vertretung der Gemeinde nach außen (Art.38 Abs.1 BayGO)
- Vorsitz im Gemeinderat (Art.36 S.1 BayGO)
- Vorsitz in den Ausschüssen (Art.33 Abs.2 BayGO)
- Kontrolle des Gemeinderats (Art.59 Abs.2 BayGO)
- Vollzug der Gemeinderatsbeschlüsse (Art.36 S.1 BayGO)
- Wahrnehmung originär eigener Aufgaben (Art.37 Abs.1 BayGO)
- Vollzug der Aufgaben gem. Art.37 Abs.1 (Art.59 Abs.1 BayGO)
- Wahrnehmung übertragener Aufgaben (Art.37 Abs.2 BayGO)
- Insb. umfassende Eilzuständigkeit (Art.37 Abs.3 BayGO)
- Behördenleiter (Dienstaufsicht Art.37 Abs.4 BayGO)
- Handhabung der Ordnung in den Sitzungen und Ausübung des Hausrechts (Art.53 Abs.1 BayGO)
- Örtliche Kassenprüfung (Art.103 Abs.6 BayGO)
- Vorsitzender des Verwaltungsrates der gemeindlichen Sparkassen (Art.7 Abs.1 Buchst.a SpKG-Z/Tr 740)

##### **Wahl**

Art.17 BayGO - Direktwahl  
Art.36 ff. GLKrWG (Z/Tr 290)  
GLKrWO z.B. §§ 44, 84, 87 (Z/Tr 291)

BayVerfGH BayVBl.1968, 313 und 1984, 301: **Altersbegrenzung** (Art.36 Abs.2 S.2 GLKrWG) ist verfassungsgemäß unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes (Art.118 BV), des Rechts auf allgemeinen Zugang zu öffentlichen Ämtern (Art.94 Abs.2 S.1, Art.116 BV), des allgemeinen passiven Wahlrechts (Art.12 Abs.1, Art.14 BV), der Menschenwürde (Art.100 BV), der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art.101 BV). Vgl. auch BVerfG NVwZ 1997, 1207

### **Abwahl?**

Häufig räumen die Gemeindeordnungen die Möglichkeit einer **Abwahl** des Bürgermeisters (Gemeindedirektors) **durch die Gemeindevertretung** ein; nicht so in Bayern.

VGH Kassel NVwZ - RR 1990, 208 - Abberufungsbeschluß der Gemeindevertretung ist kein VA, da die unmittelbare Rechtswirkung bereits kraft Gesetzes eintrete.

Vgl. auch Art.43 Abs.2 Weimarer RV (Volks-Abwahl für den Reichspräsidenten): „Vor Ablauf der Frist (= Amtszeit) kann der Reichspräsident auf Antrag des Reichstages durch Volksabstimmung abgesetzt werden. Der Beschluß des Reichstages erfordert Zweidrittelmehrheit. Durch den Beschluß ist der Reichspräsident an der ferneren Ausübung des Amtes verhindert. Die Ablehnung der Absetzung durch die Volksabstimmung gilt als neue Wahl und hat die Auflösung des Reichstages zur Folge.“

In den Gemeindeordnungen mit Direktwahl des Gemeindevorstehers ist zuweilen auch die **Abwahl durch das Gemeindevolk** vorgesehen, vgl. § 62 GO für das Land Brandenburg i.V.m. § 81 BbgKWahlG (und das dadurch ermöglichte „Bürgermeisterkegeln“).

In Bayern gibt es dazu keine Regelung.

**Beendigung** des Amtsverhältnisses **nach beamtenrechtlichen**, insb. auch disziplinarrechtlichen **Regeln:**

- kraft Gesetzes oder Verfügung des Dienstherrn (Entlassung Art.16-21 KWBG)
- auch: Entlassung auf eigenen Antrag (Art.19 KWBG)
- Entlassung bei Verlust der Beamtenrechte (§§ 22-25 KWBG)
- Eintritt in den einstweiligen Ruhestand (Art.26 KWBG) mit dem Zeitpunkt der Unanfechtbarkeit der Entscheidung über die Umbildung von Gebietskörperschaften
- Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit (Art.30 ff. KWBG)
- Entfernung aus dem Dienst als Folge der Nichterfüllung von Pflichten/bei Dienstvergehen (Art.48 Abs.1, 3 KWBG i.V.m. Art.1 Abs.1, Art.6, 12 BayDO)
- Tod (Art.15 Abs.1 KWBG)
- Verlust der Wählbarkeit (Art.45 Abs.1 S.1 Nr.1 GLKrWG)

**Vertretung** des Bürgermeisters: Art.39 BayGO

## **2. Persönliche Rechtsstellung, Rechte und Pflichten**

Maßgebend: Gesetz über Kommunale Wahlbeamte (KWBG; Z/Tr 375)

Zahlreiche beamtenrechtliche Gesetze (Bundes-, insb. Landesrecht) und Verordnungen

**Pflichten** - Art.34-47 ff. KWBG:

- Allgemeine Pflichten (Art.34-36 KWBG)
- Besondere Pflichten (Art.37-47 KWBG)
- Haftung (Art.49 KWBG vgl. auch Art.85 BayBG, Z/Tr 703)
- Disziplinarische Verantwortlichkeit (Art.48 KWBG i.V.m. der Bayerischen Disziplinarordnung - Bay DO, Z/Tr 150)

**Rechte - Art.50 ff. KWBG**

- z.B. Besoldung, vgl. BBesG, LBesG sowie Bayerische Kommunalbesoldungsverordnung - BayKomBesV - Z/Tr 92
- Versorgung, Art.56 Abs.2; BeamtVG (Sart.I 155) und weitere beamtenrechtliche Rechte, vgl. Art.50 ff. KWBG und Z/Tr 76, 77, 95-98

**3. Zuständigkeiten im einzelnen**

Erledigung von „laufenden Angelegenheiten“ (Art.37 Abs.1 Nr.1 BayGO)

- Angelegenheiten - alle Tätigkeiten, unabhängig davon, ob es sich um solche des eigenen oder des übertragenen Wirkungskreises handelt.
- Laufende Angelegenheiten
  - \* ohne „grundsätzliche“ Bedeutung
  - \* keine „erheblichen“ Verpflichtungen
 Unbestimmte Rechtsbegriffe; Konkretisierung im Hinblick auf Einzelfall, insb. auch Berücksichtigung von Größe (und Haushaltsvolumen) der betreffenden Gemeinde.

BGH NJW 1986, 1778

„...regelmäßig wiederkehrende und nach Größe, Umfang der Verwaltungsfähigkeit für die Gemeinde sachlich weniger bedeutsame Geschäfte hoheitlicher und fiskalischer Art.“

Eilzuständigkeit (Art.37 Abs.3 BayGO)

- Ausnahmeregelung, die eng auszulegen ist - vgl. VGH München BayVBl. 1980, 225
- Beispiele für Eilzuständigkeit:
  - \* Maßnahmen zur Bekämpfung von Naturkatastrophen oder plötzlich auftretender Notstände
  - \* sofortige Dienstenthebung eines Beamten nach Aufdeckung einer Unterschlagung
  - \* u.U. Einlegung von Rechtsmitteln mit kurzer Frist, dazu: VGH München BayVBl. 1958, 124
  - \* grundsätzlich nicht bei Einlegung eines Widerspruchs (s. § 70 VwGO), dazu VGH München BayVBl. 1973, 296.
- Dringlichkeitsmaßnahmen auch zulässig während des Schwebezustandes von Ausschlußbeschlüssen, vgl. Art.32 Abs.4 BayGO, und im Bereich der Verwaltung der Eigenbetriebe (Art.88 BayGO) hinsichtlich Zuständigkeitsbereich von Werkausschuß und Gemeinderat.
- Problem: Befugnis zum Erlaß von Satzungen oder Rechtsverordnungen? Ausdrücklich nicht ausgeschlossen. Zulässigkeit im Einzelfall denkbar.

Geschäftsleitung des Gemeinderats (Art. 46 BayGO)

- Problem: Prüfungsrecht des ersten Bürgermeisters bei Festlegung der Tagesordnung? vgl. oben F. III. 2. c)

Kontrolle des Gemeinderats (Art.59 Abs.2 BayGO)

- Wortlaut - „... soweit erforderlich ...“ - und „Verhältnismäßigkeits-Prinzip“ fordern nochmalige Befassung des Gemeinderats und erneute Entscheidung nach einer Beanstandung (entsprechende ausdrückliche Regelungen in anderen GOen)
- Aussetzung des Vollzugs - Vorrang vor Art.36 S.1 BayGO (nur für vollzugsfähige Beschlüsse)

- Beanstandung und Vollzugsaussetzung sind Verwaltungsinterna, keine VAe, aber einer Rechtskontrolle gleichwohl zugänglich
- Beanstandung und Herbeiführung einer Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde sind Amtspflichten des ersten Bürgermeisters, dessen Verletzung disziplinarrechtliche Maßnahmen und bürgerlich-rechtliche Haftungsansprüche zur Folge haben kann.

#### Rechtsfragen bei Überschreitung der (innergemeindlichen) Kompetenzen

- Art.38 Abs.1 BayGO – Außenvertretungsbefugnis des ersten Bürgermeisters:  
Problem: nur Vertretungsrecht im Außenverhältnis oder auch Vertretungsmacht im Innenverhältnis (z.B. im Fall eines Tätigwerdens außerhalb der eigenen Organzuständigkeit ohne diesbezüglichen positiven Beschluß des Gemeinderats)?
- H:M.: Vertretungsmacht im Innenverhältnis ergibt sich aus der Organzuständigkeit des ersten Bürgermeisters oder eines entsprechenden Gemeinderats-/Ausschußbeschlusses (vgl. BayObLG 97, 41, NJW-RR 1986, 1080)
- Folgen vollmachtlosen Handelns des ersten Bürgermeisters:
  - \* Gemeinde wird grundsätzlich weder berechtigt noch verpflichtet, kein genereller Gutgläubenschutz
  - \* bei bürgerlich-rechtlichen Geschäften - Regeln über die Vertretung ohne Vertretungsmacht (§§ 177 - 181 BGB): Verträge sind schwebend unwirksam, einseitige Rechtsgeschäfte sind unzulässig = rechtswidrig = unwirksam = nichtig (Ausnahme: Vorschriften über Verträge finden entsprechende Anwendung).
  - \* Verwaltungsakte sind - je nach Schwere des Fehlers - (schlicht-)rechtswidrig und somit wirksam, aber anfechtbar oder nichtig (= unwirksam), vgl. Art.44 VwVfG.
  - \* Öffentlich-rechtliche Verträge vgl. Art.59 VwVfG i.V.m. BGB (§§ 105, 125, 134, 164, 177 ff.); vgl. dazu allgemein Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11.Aufl. 1994, § 14 Rdnr.36 ff., 42
- A.A. Art.38 Abs.1 BayGO begründet unbeschränkte Vertretungsmacht (vgl. z.B. Hölzl/Hien, Art.38 GO Anm.2a, Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art.38 GO Rdnr.3 – damit wird allerdings die Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Gemeinde umgangen)

## V. Organstreitigkeiten = Kommunalverfassungsstreitigkeiten

- Lit.: Knemeyer, Rdnr. 279 ff.  
Lissack, S. 141 ff.  
Seewald, Rdnr. 220 a.E., 242 ff.  
Schoch, Der Kommunalverfassungsstreit im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes - OVG Koblenz NVwZ 1985, 283, JuS 1987, 783  
Becker, Rdnr. 271 ff.  
Lissack, S. 141 ff.

### 1. Allgemeines

- Begriff: Streitigkeit zwischen Organen, Mitgliedern oder Gruppen von Organen einer kommunalen Körperschaft über die Rechte und Pflichten, die sich aus dem Kommunalverfassungsrecht ergeben.
  - \* **inter**organschaftliche Streitigkeit - Streitigkeit zwischen Organen, z.B. im Verhältnis zwischen erstem Bürgermeister und Gemeinderat
  - \* **intra**organschaftliche Streitigkeit - Streitigkeiten innerhalb eines Organs, z.B. über die Bildung und Besetzung von Ausschüssen

- Beispiele: Klagen von Mitgliedern kommunaler Vertretungskörperschaften gegen Beschlüsse, wie die Aberkennung von Mitgliedschaftsrechten, Abstimmungen, Wahlhandlungen, Nichtvollziehung von Beschlüssen
- **Probleme:** Insichprozeß?, Rechtsnatur des angegriffenen Aktes, statthafte Klageart, Klagebefugnis, Beteiligtenfähigkeit

Bereich der „Kommunalverfassungsrechtlichen Entscheidung“ erstreckt sich auf alle Entscheidungen, die ein Gemeinde(verfassungs)organ gegen Einzelmitglieder oder Gruppen innerhalb dieser Organe sowie gegen andere Organe trifft.

Die typische kommunalverfassungsrechtliche Relevanz ergibt sich nicht aus dem sachlichen Inhalt der Entscheidung (z.B. Festsetzung eines Bebauungsplans, bei der Minderheit überstimmt wird), sondern aus der spezifischen Verletzung einer mitgliedschafts- oder organisationsrechtlichen Position einzelner oder einer Gruppe.

Soweit derartige Maßnahmen Sanktionscharakter haben (z.B. Verhängung von Ordnungsgeld, Anspruch des Verlustes des Amtes, Ausschluß aus der Sitzung, Untersagung der Teilnahme an zwei weiteren Sitzungen) kann Vorliegen eines VA i.S.d. Art.35 BayVwVfG angenommen werden.

Vgl. VGH München BayVBl. 1979, 685 - Verhängung von Ordnungsgeld ist VA.

## 2. Zulässigkeit

### a) Verwaltungsrechtsweg

§ 40 Abs.1 S.1 VwGO - Bezeichnung als **Kommunalverfassungsstreit** irreführend, weder Verfassungsorgane beteiligt, noch Streit um spezifisches Verfassungsrecht, also an sich überflüssig.

### b) Statthafte Klageart

Kommunalverfassungsstreit bezeichnet keine eigene Klageart. Klageart muß in jedem Einzelfall nach dem Klagebegehren und der Rechtsnatur der angegriffenen Maßnahme anhand des Systems der VwGO bestimmt werden.

#### frühere Rechtslage:

z.B. VGH München, VGHE n.F. 8, 97 - **Anfechtungsklage**

Der VGH hat die Notwendigkeit des Rechtsschutzes im Hinblick auf Art.19 Abs.4 GG bejaht; da seinerzeit das Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG) nur die Anfechtungsklage, Normenkontrolle und Parteistreitigkeiten kannte (§§ 25, 35, 85), mußte die Zulässigkeit einer dieser Klagearten bejaht werden; das tat der VGH München dadurch, daß er die Interessenentscheidung des Gemeinderates als Verwaltungsakt qualifizierte. Nach heutiger Rechtslage besteht für die Annahme eines Verwaltungsaktes und somit für die Notwendigkeit einer Anfechtungsklage kein Bedürfnis mehr.

a.A. **Klage „sui generis“:** Kommunalverfassungsrechtliche Streitigkeit, da die Maßnahmen mangels Über-/Unterordnungsverhältnisses oder Außenwirkung i.d.R. keine Verwaltungsakte darstellen, z.B. OVG Münster DÖV 1962, 710 („Kommunalrechtliche Organstreitigkeit“, vgl. Bethge, Der Staat, 1975, S.459-467)

### heutige Rechtslage:

Nach Einführung der VwGO ist der VGH München von seiner früheren Rechtsprechung abgerückt:

VGH München BayVBl. 1968, 324 (= BayVGH n.F. 21, 74) - Bildung und Besetzung von Ausschüssen; die Entscheidung über die Mitgliederzahl der Ausschüsse steht grundsätzlich im Ermessen des Gemeinderates

S.325: „An dieser Auffassung, die dem **Bedürfnis nach einer gerichtlichen Überprüfung dieser Beschlüsse** Rechnung tragen wollte und die von dem **früheren VGG** beherrschenden Grundsatz geprägt war, daß vor die Verwaltungsgerichte **nur Anfechtungssachen oder Streitigkeiten gleichgeordneter Rechtsträger** gebracht werden konnten, hält der Senat nicht mehr fest ... Die Entscheidung über die Ausschußbesetzung ist trotz des mit ihr verbundenen Eingriffes ... in das Recht auf eine zahlenmäßig entsprechende Vertretung in den Ausschüssen ihrer Zweckbestimmung und ihrem Wesen nach nicht eine nach außen hin einen Einzelfall regelnde Verwaltungstätigkeit, sondern ein im Gemeindeverfassungsrecht wurzelnder Organisationsakt als eigenständige hoheitliche Maßnahme.“

Bei Vorliegen einer derartigen kommunalverfassungsrechtlichen Streitigkeit ist - abhängig vom Klageziel - die **allgemeine Leistungsklage** - und **subsidiär** - die **Feststellungsklage** zulässig. Streitig ist, ob eine gerichtliche Gestaltungsentscheidung (Kassation) zulässig ist. Der VGH München hat sich für eine derartige Kassation entschieden für den Fall, daß dem Rechtsschutzbedürfnis des Klägers auf andere Weise nicht Rechnung getragen werden könne: VGHE n.F. 21, 74; dies entspräche dem Gedanken eines effektiven Rechtsschutzes, ohne daß das entscheidende Gericht von der Pflicht zur Abwägung entbunden wäre, ob die Kassation im Einzelfall geboten ist oder ob eine feststellende Entscheidung ausreicht.

Dazu: Renck-Laufke, BayVBl. 1982, 75 (ablehnend); Erwiderung von Graf, BayVBl. 1982, 332.

Auch die **Klageart „sui generis“** wird weiterhin befürwortet.

### c) Klagebefugnis

§ 42 Abs.2 VwGO (analog)

möglicherweise verletzte Rechte - Ansprüche:

- Mitgliedschaftsrechte  
z.B. der Mitglieder eines Gemeinderats gegenüber Gemeinderat
- Organwalterrechte  
z.B. des ersten Bürgermeisters gegenüber Gemeinderat
- nicht: „persönliche“ Rechte (z.B. können Mitglieder eines Gemeinderats in dieser Funktion keine Grundrechte als verletzt geltend machen)

OVG Koblenz DÖV 1985, 155 - zum Recht eines Mitglieds eines Gemeinderats auf Teilnahme an den Sitzungen, an der Beratung und der Beschlußfassung des Gemeinderats, auf Antragstellung sowie darauf, sich mit anderen zu einer Fraktion zusammenzuschließen.

OVG Koblenz DVBl. 1985, 177 - Kein Recht eines Gemeinderatsmitglieds darauf, daß ein anderes Gemeinderatsmitglied, das befangen ist, nicht an einer Beschlußfassung mitwirkt.

Aus den nachfolgend zitierten Bestimmungen ergeben sich Rechte von einzelnen oder Gruppen

- (1) Bildung und Zusammensetzung von (vorberatenden und beschließenden) Ausschüssen  
Ermessen des Gemeinderats, soweit nicht Art.33 Abs.1 S.2-5 BayGO zwingendes Recht enthält, Bindung durch Geschäftsordnung
- (2) Beschlüsse des Gemeinderats:
  - gemäß Art.48 Abs.2 BayGO - Verhängung eines Ordnungsgeldes
  - gemäß Art.48 Abs.3 BayGO - Verlust des Amtes des Gemeinderats (der Mitgliedschaft im Gemeinderat)
  - gemäß Art.53 Abs.2 BayGO - Untersagung der Teilnahme an Sitzungen
  - gemäß Art.19 Abs.3 S.2 BayGO- Verhängung von „Ordnungsgeld“ bei unbegründeter Ablehnung eines Ehrenamtes
  - gemäß Art.54 Abs.1 S.3 BayGO- Verweigerung eines Vermerkes über die Ablehnung eines Antrags
  - gemäß Art.54 Abs.3 S.1 BayGO - Verweigerung der Einsichtnahme in Niederschriften; Verweigerung der Anfertigung von Abschriften der Beschlüsse des Gemeinderats
- (3) Einberufung der Sitzung gem. Art.46 Abs.2 S.2
- (4) Weitere Maßnahmen im Verlauf einer Sitzung:
  - Eröffnung
  - Eintritt in die Tagesordnung
  - Beratung der Tagesordnungspunkte
  - Abstimmung
  - Behandlung von Anfragen
  - Ordnungsmaßnahmen gemäß Art.53 Abs.1 S.3 BayGO
  - Herstellung (oder Ausschluß) der Öffentlichkeit
  - Beendigung der Sitzung

#### **d) Beteiligtenfähigkeit**

§ 61 Nr. 2 VwGO, evtl. analog - „Vereinigungen“  
nicht § 61 Nr.1 VwGO

Im einzelnen ist vieles str., vgl. z.B. Kopp/Schenke, § 61 Rdnr.8 ff. und Schenke, Rdnr.456-458, jeweils m.w.N.

- jedes Organ (insb. erster Bürgermeister; Gemeinderat; Ausschüsse)
- Teile dieser Organe (einzelne Gemeinderatsmitglieder, Ausschußmitglieder, Fraktionen)
- „soweit ihnen ein Recht zustehen kann“ (§ 61 Nr. 2 VwGO) siehe dazu oben c)

## G. Die Verwaltung der Gemeinden

### I. Die Handlungsformen kommunaler Tätigkeiten

Lit.: Seewald, Rdnr. 45, 192 ff.

**Gesamte Tätigkeit der Gemeinde** und aller ihrer Organe ist „**Verwaltungstätigkeit**“ (Exekutiv-Tätigkeit), auch die Tätigkeit der Selbstverwaltungsorgane (Gemeinderat, Ausschüsse)

Rechtsquellen: Art. 56, 56a BayGO

Tätigwerden der Gemeinde mit Wirkung „nach außen“:

- Rechtsnormen: Verordnungen, Satzungen
- Verwaltungsakte („Verfügungen“)
- öffentlich-rechtliche Verträge
- privatrechtliche Verträge (insb. Beschaffungsverwaltung, erwerbswirtschaftliche Betätigung, Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit privatrechtlichen Mitteln – dabei ist Verwaltungsprivatrecht zu beachten)

#### 1. Einzelakte

Beschluß; Verfügung

**Beschluß - Entscheidung** einer Personenmehrheit (Gesellschaft, **Kollegialorgan**) aufgrund von Erklärungen ihrer Mitglieder (z.B. Gesellschafterbeschuß, Beschluß eines Gemeinderats); **mehrseitiges Rechtsgeschäft**, das sich auf die Regelung der inneren Verhältnisse der betreffenden Personenmehrheit bezieht; nicht bezieht sich dieser Beschluß auf das Verhältnis des Organs oder seiner Körperschaft zu Dritten, zu „Außenstehenden“.

Ein Beschluß bindet die an der Beschlußfassung beteiligten Personen, ohne Rücksicht darauf, ob sie selbst dem Beschluß zugestimmt haben; er bindet auch die an der Beschlußfassung nicht beteiligten Mitglieder. Für die Umsetzung des Beschlusses gegenüber Dritten bedarf eines (zusätzlichen) Rechtsgeschäftes - vgl. für das Kommunalrecht Art.36 Satz 1 BayGO, wonach der erste Bürgermeister die Beschlüsse des Gemeinderats „vollzieht“.

Im Kommunalrecht bezeichnet man Beschlüsse auch als „**Abstimmungen**“. Einem solchen Beschluß (Abstimmung) geht in der Regel eine Beratung über den Verhandlungsgegenstand voraus; danach erfolgt die Stimmabgabe.

Einzelheiten zur Beschlußfähigkeit, zur Beratung (öffentliche/nicht-öffentliche Beratung), zur Abstimmung im einzelnen, zu den erforderlichen Mehrheiten usw. regeln die Gemeindeordnungen sowie die Geschäftsordnungen (vgl. Art.45-55 BayGO).

„**Verfügung**“ - vgl. Art.27 Abs.1 BayGO - als Beispiel für eine synonyme Verwendung der Begriffe „Verfügung“ und „Verwaltungsakt“.

Nach heutiger Terminologie bedeutet „Verfügung“ nicht gleichsam automatisch das Vorliegen eines Verwaltungsakts, wie sich im übrigen auch aus Art.35 BayVwVfG und gleichlautenden Vorschriften des Bundesrechts (§ 35 VwVfG; § 31 SGB X) ergibt. Der Begriff „Verfügung“ ist auch in einem anderen, **weiteren Sinn** gebräuchlich, nämlich als innerbehördliche **Maßnahme ohne rechtliche intendierte Außenwirkung**.

Beispiele: Der Bürgermeister „verfügt“ über Haushaltsmittel; der Sachbearbeiter „verfügt“ über die (Wieder-)Vorlage einer Akte und weist damit die Geschäftsstelle seiner Behörde an, ihm diese Akte zu einem genannten Termin (wieder) in sein Dienstzimmer zu bringen und vorzulegen.

## 2. Erlaß von Rechtsnormen

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 87 ff.  
Seewald, Rdnr. 73 ff.  
Lissack, S. 78 ff.  
Becker, Rdnr. 358 ff.

Rechtsverordnungen; Satzungen

### a) Verordnung

Vgl. hierzu allgemein Maurer § 4 Rdnr.10 ff., § 13 Rdnr.1 ff.

Zuständigkeit der Gemeinden z.B. gem. Art.23 S.2, 3 BayGO i.V.m. speziellen Ermächtigungsgrundlagen (Grundsatz der Einzelermächtigung oder „Spezialdelegation“) z.B. nach dem LStVG (vgl. Art.12, 15 LStVG - für kreisfreie Gemeinden; Art.16, 18, 19 Abs.7, 23-26 LStVG - für alle Gemeinden)

BayObLG NVwZ-RR 1990, 215

„Die **Bußgeldbewehrung einer gemeindlichen Rechtsverordnung**, die aufgrund einer landesrechtlichen Ermächtigungsnorm erlassen wurde, ist unwirksam, wenn sie keine Verweisung auf die ihr zugrundeliegende gesetzliche Bußgeldvorschrift enthält.“

**Sachverhalt:** Der Betroffene klebte am 7.4.1989 mit einem Klebestreifen ein **Plakat** an die **Hauswand** des Anwesens H.-Straße 13 in B., nachdem er bereits ein weiteres Plakat am oberen Rand und an der Seite angeklebt hatte. Die Plakate wiesen auf **Veranstaltungen** hin. Wegen dieses Sachverhalts verhängte das AG gegen den Betroffenen wegen vorsätzlichen Anbringens von Anschlägen außerhalb der insoweit zugelassenen Plakatsäulen oder Tafeln eine **Geldbuße** von 300 DM.

Mit seiner Rechtsbeschwerde rügte der Betroffene die Verletzung materiellen Rechts. Sie hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:** „... Zwar ist die Auffassung des Betroffenen, die gesamte **Plakatverordnung** der Stadt B. vom 3.4.1978 sei schon deshalb unwirksam, weil in ihr nicht angegeben sei, welches der in der **Ermächtigungsnorm** des Art.28 I Bay Straf- und Verordnungsgesetz (BayStVG = LStVG) angeführten Rechtsgüter hier geschützt werden sollte, unzutreffend. Schon in der Überschrift dieser Verordnung ist nämlich klargestellt, daß sie zum **Schutz des Ortsbilds** der Stadt B. erlassen wurde. In der Verordnung ist außerdem ausreichend auf die Ermächtigungsgrundlage des Art. 28 I BayStVG hingewiesen.

**Unwirksam** ist jedoch die **Bußgeldnorm des § 2 der angeführten Plakatverordnung** der Stadt B., da sie **gegen höherrangiges Recht**, nämlich **Art.4 I BayStVG verstößt**. Nach dieser Bestimmung, die ... im Zeitpunkt des Erlasses der Plakatverordnung der Stadt B. vom 3.4.1978 galt, können Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften im Rang unter dem Gesetz aufgrund eines Landesgesetzes mit Strafe oder Geldbuße nur geahndet werden, wenn die Rechtsvorschrift für einen bestimmten Tatbestand auf die zugrunde liegende gesetzliche Straf- oder Bußgeldvorschrift verweist. An einer derartigen **ausdrücklichen Verweisung** (vgl. hierzu VollzBek BayStVG MABl 1986, 4.2) fehlt es hier, obwohl noch in der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 28.10.1974 (Nr. I Z6-1004-3/5-MABl 1974, 808) auf die Wichtigkeit der Verweisung hingewiesen worden war. **Zweck der angeführten Vorschrift** des Art. 4 I BayStVG ist es

sicherzustellen, daß alle landesrechtlichen Ahndungsvorschriften im Rang unter dem Gesetz eine zutreffende Verweisung auf die zugrunde liegenden Straf- oder Bußgeldvorschriften enthalten (Bengl-Berner-Emmerig, BayStVG, Stand: Oktober 1987, Art.4 Rdnr.5; Die Fundstelle 1975, Rdnr.125). Nur so ist es dem **Bürger** möglich, unschwer festzustellen, ob die Bußgeldnorm einer im Rang unter dem Gesetz stehenden Rechtsvorschrift sich auf eine **gesetzliche Grundsatzentscheidung** stützen kann, sich also im Rahmen der **Landesgesetze** hält. Diesen Anforderungen genügt hier die Bußgeldnorm des § 2 der angeführten Plakatverordnung der Stadt B., die eine Rechtsvorschrift im Rang unter dem Gesetz ist, da sie aufgrund einer landesgesetzlichen Ermächtigungsnorm erlassen wurde, nicht. Der **Hinweis auf die Ermächtigungsnorm des Art.28 I BayStVG**, die **selbst keine Bußgeldandrohung** enthält, und die Wiederholung des Wortlauts des Art.28 II BayStVG vermag die **gesetzliche Verweisungspflicht** des Art.4 I BayStVG **nicht** zu erfüllen. § 2 der angeführten Plakatverordnung stellt somit **keine wirksame Rechtsgrundlage** für die Verhängung einer Geldbuße gegen den Betroffenen dar.“

## b) Satzung

Vgl. hierzu allgemein Maurer, § 4 Rdnr.14 ff.

### Rechtsgrundlage:

- Allgemeine Satzungsbefugnis gemäß **Art.23 BayGO** sowie nach zahlreichen Regelungen im Besonderen Verwaltungsrecht:
  - \* z.B. Art.27 Abs.2 BayEUG (Z/Tr 670) hinsichtlich Errichtung und Auflösung einer Kommunalen Schule
  - \* z.B. § 10 BauGB - Bebauungspläne
  - \* z.B. Art.91 Abs.1, 2 BayBO - „örtliche Bauvorschriften“
- für Satzungen, die in Freiheit und/oder Eigentum eingreifen ist besondere gesetzliche Ermächtigung erforderlich (traditioneller „Vorbehalt des Gesetzes“), z.B. Art.24 Abs.1 BayGO – Anschluß- und Benutzungszwang, Art.2 KAG – Abgabesatzungen, Art.10 BauGB – Bebauungspläne
- bei „Berührung“ von Grundrechten ist ebenfalls ein Gesetz erforderlich (Wesentlichkeitstheorie des BVerfG)

### obligatorische Satzungen:

- Art.20a Abs.1 BayGO - Entschädigung für ehrenamtlich tätige Gemeindebürger
- Art.60 Abs.5 BayGO - Einteilung in Stadtbezirke
- Art.63, 68 Abs.1 BayGO - Haushalts- und Nachtragshaushaltssatzung
- Art.88 Abs.5 BayGO - Betriebssatzung für Eigenbetriebe; vgl. dazu auch die Eigenbetriebsverordnung - Z/Tr.378

### fakultative Satzungen:

- Art.24 Abs.1 BayGO - z.B. Regelungen für die Benutzung kommunaler Einrichtungen
- Art.34 Abs.2 BayGO - Status des ersten Bürgermeisters in Gemeinden bis zu 5000 Einwohnern
- Art.35 Abs.1 S.2 BayGO - Bestellung von berufsmäßigen weiteren Bürgermeistern

### bewehrte Satzungen:

- vgl. Art.24 Abs.2 GO - Zuwiderhandlungen können als Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße bedroht werden
- Problem der **Rückwirkung** bewehrter Satzungen: vgl. Art.26 Abs.1 GO, Art.103 Abs.2 GG, Art.104 Abs.1 BV
- Problem der **Bestimmtheit** der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, vgl. die „Wesentlichkeits-Lehre“ des BVerfG (seit E 33, 125 – Facharztwesen), s. Skript Staatsrecht I E. I. 5. b)

## Verfahren

- Art.29, 30 Abs.2 BayGO - Einbringung; Beschluß im Gemeinderat („Sitzungszwang“), evt. Ferienausschuß, (seit 1992) nicht (mehr) beschließender Ausschuß (s. Art.32 Abs.2, 4 BayGO), „Geschäftsgang“ - Art.45 ff. BayGO
- Art.26 BayGO - Bekanntmachung („Verkündung“); Voraussetzung für Rechtswirksamkeit gemeindlicher Satzungen
- Art.26 Abs.2 S.1, 36 BayGO - Ausfertigung (= handschriftliche Unterzeichnung durch ersten Bürgermeister oder Stellvertreter)
- Art.26 Abs.2 BayGO - „fünf Wege“ der Bekanntmachung („Verkündung“)

## Rechtsfolgen von Verfahrensfehlern

Grundsatz: Nichtigkeit

Ausnahme: Satzungen nach dem BauGB - Unbeachtlichkeit bestimmter Mängel oder Möglichkeit eines ergänzenden Verfahrens, vgl. §§ 214 ff. BauGB, § 47 Abs.5 S.4 VwGO.

Prüfungsschema für eine sog. mittelbare (inzidente) Satzungsüberprüfung (einschließlich der Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit der Satzung selbst) bei Knemeyer, Rdnr.102.

## Kontrolle von Satzungen

- durch ersten Bürgermeister (Art.59 Abs.2 BayGO)
- durch Rechtsaufsichtsbehörde (Art.110 BayGO)
- durch Verwaltungsgerichtsbarkeit
  - \* (direkte) Normenkontrolle gem. § 47 VwGO, Art.5 AGVwGO
  - \* inzidente (mittelbare) Normenkontrolle im Zusammenhang mit einem Rechtsstreit (z.B. Anfechtungsklage), für den eine Satzung(sregelung) maßgeblich ist
- Popularklage bei Verletzung von Grundrechten der BV gem. Art.98 S.4 BV i.V.m. Art.2 Nr.7, 55 VerfGHG - entgegen dem Wortlaut auch bei Satzungen: BayVerfGH E 34, 135
- Verfassungsbeschwerde, §§ 90 ff. BVerfGG, wenn Beschwerdeführer „selbst, gegenwärtig und unmittelbar“ betroffen ist

**Problem:** Prüfungspflicht/-kompetenz und Verwerfungskompetenz von Verwaltungsbehörden

vgl. dazu Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11.Aufl., § 4 Rdnr.44 ff., 47

VGH Kassel NVwZ 1990, 885 - Prüfungskompetenz der Bauaufsichtsbehörden gegenüber Satzungsrecht

LS: „Die **Bauaufsichtsbehörde hat**, sofern dazu Anlaß besteht, als Teil der an Recht und Gesetz gebundenen vollziehenden Gewalt die anzuwendenden Rechtsnormen und somit auch die **als Satzungsrecht beschlossenen Bebauungspläne** auf ihre Gültigkeit hin **zu überprüfen**, auch ohne daß diese bisher von der Gemeinde oder in einem gerichtlichen Normenkontrollverfahren aufgehoben worden sind, sofern nicht landes- oder bundesrechtlich ausgestaltete Vorbehalte (Verwerfungskompetenz) zu Gunsten der Verfassungsgerichte eingreifen. Anlaß zur Überprüfung besteht insbesondere dann, wenn das Vorliegen einer im Schrifttum oder in der Rechtsprechung geklärten Problematik bereits eindeutige Schlüsse zuläßt.

**Sachverhalt:** Der Kl. ist Eigentümer eines **Grundstücks**, das mit einem Doppelwohnhaus bebaut ist. Das Grundstück liegt im Bereich eines 1966 vom Regierungspräsidenten genehmigten **Bebauungsplanes**. Im Jahre 1986 verkaufte der Kl. eine Doppelhaushälfte und verpflichtete sich gegenüber den Käufern, die **Teilung** des Grundstücks zu erwirken. Er beantragte die Teilung eines Grundstückes in zwei gleich große Hälften zu je 319 qm. Unter Hinweis auf die textlichen **Festsetzungen des Bebauungsplanes**, wonach die Mindestgröße der Baugrundstücke 600 qm betragen soll, **versagte die Beigel. ihr Einvernehmen zu der beantragten Teilung**. Demgemäß lehnte der Bekl. den Teilungsantrag ab. Das VG wies die Klage ab. Die Berufung hatte i.S. eines Bescheidungsurteils Erfolg.

**Aus den Gründen:** „... Insbesondere stehen der beantragten Teilung nicht die textlichen Festsetzungen des Bebauungsplanes ... entgegen. Dieser **Bebauungsplan ist nicht rechtswirksam zustande gekommen**, da er nicht entsprechend dem damals geltenden Satzungsrecht der Gemeinde ... ordnungsgemäß offengelegt worden ist ...

Entgegen der vom Bekl. ... vertretenen Auffassung wäre seine **Bauaufsichtsbehörde nicht gehindert** gewesen, den Antrag des Kl. auf Teilungsgenehmigung von sich aus auf der Grundlage der **Unwirksamkeit des Bebauungsplanes zu beurteilen**. Dem steht nicht entgegen, daß der Bebauungsplan weder von der Gemeinde noch im gerichtlichen Normenkontrollverfahren -, das auch durch die hier ergehende Entscheidung nicht ersetzt wird, - aufgehoben worden ist. Es steht auch nicht entgegen, daß die **Kreisbauverwaltung** ebenso wie das **Gericht außerhalb des Normenkontrollverfahrens die gemeindliche Satzung weder aufheben noch förmlich für nichtig erklären und damit aus der Welt schaffen kann**. Denn dies alles hindert den Bekl. in seiner Eigenschaft als Bauaufsichtsbehörde nicht, das anzuwendende Recht auf seine Gültigkeit zu prüfen, wenn dazu Anlaß besteht. Als Teil der vollziehenden Gewalt ist die Verwaltung des bekl. Kreises grundsätzlich in gleicher Weise wie die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden; Art.20 III GG, im Grundgedanken gleich mit Art.2 II HessVerf.

Unter **Beachtung der** bundes- und landesrechtlich unterschiedlich ausgestalteten **Vorbehalte zugunsten der Verfassungsgerichte** - nur insoweit hat der **oft falsch angewandte Begriff der Verwerfungskompetenz** seinen Sinn - hat jede Verwaltungsbehörde den zu regelnden Sachverhalt im übrigen rechtlich umfassend zu beurteilen und dabei auch Vorschriften, die nicht ordnungsgemäß verkündet oder trotz Verkündung aus anderen Gründen ungültig sind, ohne einer förmlichen Aufhebung zu bedürfen, auszuschneiden. Es ist verständlich, wenn in Zweifelsfällen die Verwaltungsbehörde von der Gültigkeit einer förmlich in Kraft gesetzten Norm ausgeht und die Klärung strittiger Rechtsfragen den Gerichten überläßt. Es darf und muß aber erwartet werden, daß ein **bei klarem Sachverhalt und bei** im Schrifttum oder in der Rechtsprechung **schon geklärter rechtlicher Problematik** möglicher eindeutiger Schluß bereits von der zuständigen Verwaltungsbehörde gezogen und nicht den VGen zugeschoben wird. Dies trifft auch **im vorliegenden Fall** insoweit zu, als es zur **Frage der ordnungsgemäßen Bekanntmachung** eines Bebauungsplanes unter der Geltung des Bundesbaugesetzes in der Erstfassung von 1960 i.V. mit § 5 IV HessGO a.F. eine **langjährig bekannte ständige Rechtsprechung des VGH Kassel** gibt, an Hand deren bei Überprüfung der Formalien des Aufstellungsverfahrens ohne weiteres zu erkennen ist, daß der Bebauungsplan ... nicht wirksam verkündet worden ist . ...“

## II. Organisation und Tätigwerden der Gemeindeverwaltung i.e.S.

Art.56 - 59 BayGO Verwaltungsgrundsätze und Verwaltungsaufgaben

Entscheidungen im „Innenbereich“ der Verwaltung (ohne Tätigkeiten der Kommunalorgane):

Entscheidungen von einzelnen Bediensteten, Behördenteilen, Ämtern, Behörden usw. sind - im Hinblick insb. auf ihre Auswirkungen im „Innenbereich der Verwaltung“ - rechtlich interessant bezüglich der dabei zu beachtenden

- organisationsrechtlichen Bestimmungen (Zuständigkeit, Verfahren; Zusammenwirken der Verwaltungsteile; Abstimmungserfordernisse; Delegation usw.) sowie
- dienstrechtliche Regelungen (des Rechts der Beamten sowie der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst)
- Konkretisierung der materiellrechtlichen Regelungen durch „Verwaltungsvorschriften“, die innerbehördlich – auch dienstrechtlich verbindlich - sind

Über das nur rechtliche Interesse hinaus gehen Fragestellungen der Verwaltungswissenschaft, die sich - gleichsam wie eine „Betriebswirtschaft für die öffentliche Verwaltung“ - mit Problemen von Organisation, Personal und Entscheidungsfindung in allen Bereichen der öffentlichen Verwaltung, auch der Kommunalverwaltung befaßt. Ziel der ver-

waltungswissenschaftlichen Analysen und darauf beruhende Vorschläge ist die Optimierung von Strukturen, Prozessen und Ergebnissen in der Verwaltung.

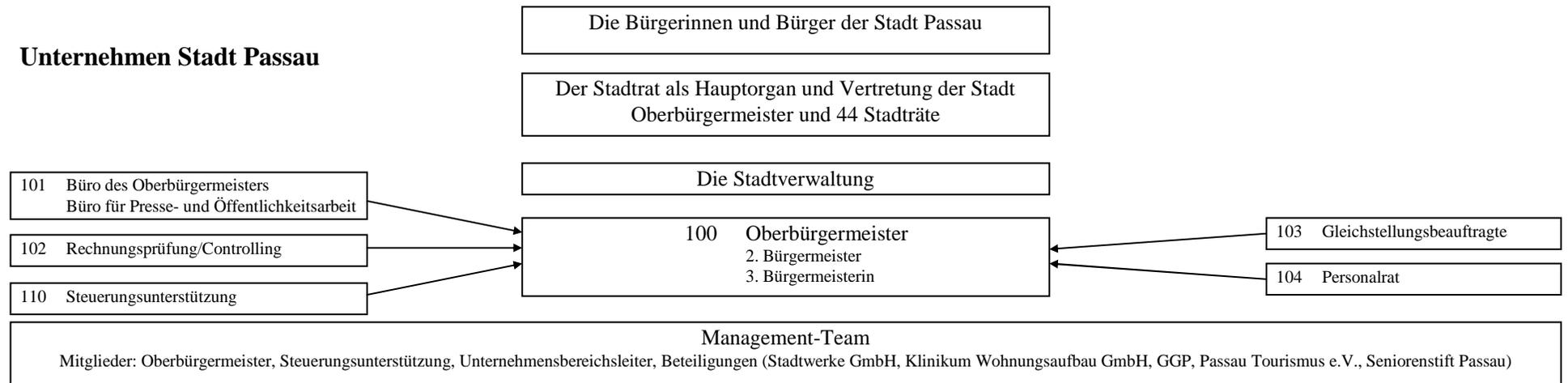
Lit.: Seewald, Rdnr. 33 ff. („Kommunalwissenschaften“)  
ders., Probleme der Optimierung des kommunalen Verfassungsrechts, 1978  
Fälle und Lösungen aus verwaltungswissenschaftlicher Sicht - und auch aus dem Bereich des Kommunalrechts, in Thieme/Huß/Herms, Entscheidungsfälle mit Lösungen (Verwaltungswissenschaftliche Fälle, Bd. 2), 1976;  
Thieme/Seewald/Huß/Engler/Herms, Fallstudien (Verwaltungswissenschaftliche Fälle, Bd. 3), 1978

## Verwaltungsgliederungsplan für Gemeinden

| 1                        | 2                              | 3                                 | 4                           | 5                                    | 6   | 7  | 8   |
|--------------------------|--------------------------------|-----------------------------------|-----------------------------|--------------------------------------|---|--|---|
| Allgemeine Verwaltung    | Finanz- und Ordnungsverwaltung | Rechts- und Sicherheitsverwaltung | Schul- und Kulturverwaltung | Gesundheits-, Sozial- und Arbeitsamt | Bauverwaltung und Verkehrsamt, Stadtplanung | Verwaltung für öffentliche Einrichtungen | Verwaltung für Wirtschaft                     |
| 10 Hauptamt              | 20 Kämmerei                    | 30 Rechtsamt                      | 40 Schulverwaltungsamt      | 50 Sozialamt                         | 60 Bauverwaltungsamt                        | 70 Stadtreinigungsamt                    | 80 Amt für Wirtschafts- und Verkehrsförderung |
| 11 Personalamt           | 21 Kasse                       | 31                                | 41 Kulturamt <sup>1</sup>   | 51 Jugendamt                         | 61 Stadtplanungsamt                         | 71 Schlacht- und Viehhof                 | 81  |
| 12                       | 22                             | 32 Ordnungsamt                    | 42                          | 52 Sportamt                          | 62  | 72                                       | 82 Forstamt <sup>3</sup>                      |
| 13                       | 23 Liegenschaftsamt            | 33                                | 43                          | 53 Gesundheitsamt <sup>2</sup>       | 63 Bauordnungsamt                           |  |   |
| 14 Rechnungsprüfungsammt | 24 Amt für Verteidigungslasten | 34 Standesamt                     | 44                          | 54 Krankenhäuser                     | 64 Wohnungsförderungsamt                    |  |   |
|                          |                                | 35 Versicherungsamt               | 45                          | 55 Ausgleichsamt                     | 65 Hochbauamt                               |  |   |
|                          |                                | 36                                | 46                          |                                      | 66 Tiefbauamt                               |  |   |
|                          |                                | 37 Feuerwehr                      | 47                          |                                      | 67 Grünflächenamt                           |  |   |
|                          |                                | 38                                |                             |                                      |   |  |   |

<sup>1</sup> Soweit Aufgaben übertragen<sup>2</sup> Soweit Aufgaben wahrgenommen werden<sup>3</sup> Je nach örtlichen Verhältnissen

**Unternehmen Stadt Passau**



**Unternehmensbereiche**

**Unternehmen**



Stand 1.1.1999

## Organigramm der Stadtverwaltung Passau

| Oberbürgermeister Albert Zankl  |  | Fachbereiche  |  |   |
|---|--|---|--|---|
|   |  | Referat 3<br>Sicherheit und Ordnung,<br>Jugend und Soziales<br>Umwelt, Universitätsang.   | Referat 4<br>Kultur, Schulen und Sport   | Referat 5<br>Bauwesen   |
| 101 OB-Büro, Pressestelle<br>Büro des Oberbürgermeisters<br>Pressestelle<br>Öffentlichkeitsarbeit, Neue Medien<br>(KMZ) | 210 Hauptamt<br>Organisation, Steuerung<br>Zentraler Service<br>Standesamtsaufsicht<br>EDV, Inernet-Server<br>Rathaussäle  | 320 Amt für öffentliche Ordnung<br>Sicherheit und Ordnung<br>Lebensmittelüberwachung<br>Brand- und Katastrophenschutz<br>Fahrerlaubnisse<br>Ausländeramt<br>Straßenverkehr<br>Parkraumüberwachung | 410 Kultur, Schulen und Sport<br>Schulen und Sport<br>Kulturamt<br>Theater und Redoute<br>Musikschule<br>Europabücherei<br>Archiv und Bildstelle | 510 Bauverwaltung<br>(wie bisher)   |
| 102 Rechnungsprüfungsamt  | 220 Personalamt<br>Personalverwaltung und -entwicklung<br>Personalcontrolling<br>Arbeitssicherheit und Arbeitsmedizin<br>Gleichstellungsstelle                       | 330 Bürgerämter<br>Melde- und Paßwesen<br>Kfz-Zulassung<br>Staatsangehörigkeitsrecht<br>Standesamt  | 480 Museen und Achäologie<br>Oberhaus<br>Boiotro<br>Archäologie  | 520 Bauordnungsamt<br>(wie bisher)  |
|   | 230 Rechts- und Stiftungsamt<br>Rechtsamt<br>Stiftungsverwaltung<br>Wahlen<br>Zweckverbände  | 360 Sozial- und Versicherungsamt<br>(wie bisher)  |  | 530 Gebäude- und Grundstücks-<br>verwaltung<br>Hochbau<br>Liegenschaften<br>Gebäude- und Energiemanage-<br>ment |
|   | 240 Finanzwesen, Controlling<br>Kämmerei<br>Kasse<br>Finanz- und Beteiligungscontrolling   | 370 Jugend, Kinder, Familie<br>(wie bisher)   |  | 541 Straßen- und Brückenbau<br>(wie bisher)   |
|   | 250 Wirtschaft und Stadtmarketing<br>Stadtmarketing<br>Wirtschaftsförderung<br>Kordinierungsstelle für alle Veranstaltungen<br>Zentrale Vermarktung von Grundstücken | 380 Umweltschutz<br>(wie bisher)  |  | 542 Stadtentwässerung<br>(wie bisher)   |
|   | 260 Stadtplanung<br>Stadtplanung<br>Stadtgestaltung<br>Verkehrsplanung<br>Vermessung   |   |  | 550 Bestattungswesen<br>(wie bisher)  |
|   |  |   |  | 560 Bauhof<br>Bauhof<br>Straßenreinigung  |
|   |  |   |  | 580 Gärtnerei<br>(wie bisher)   |

**Personalvertretung**

Gesamtpersonalrat  
Personalrat Innere Verwaltung  
Personalrat Bauhof

**Beteiligungen**

Stadtwerke Passau GmbH  
Wohnungsaufbau GmbH  
Grundstücksverwertung GmbH  
Telepark GmbH  
Passau Event GmbH

**Sonstige Betriebe:**

Klinikum  
Seniorenstift  
Fleischhygiene

Stand: 01.08.2002

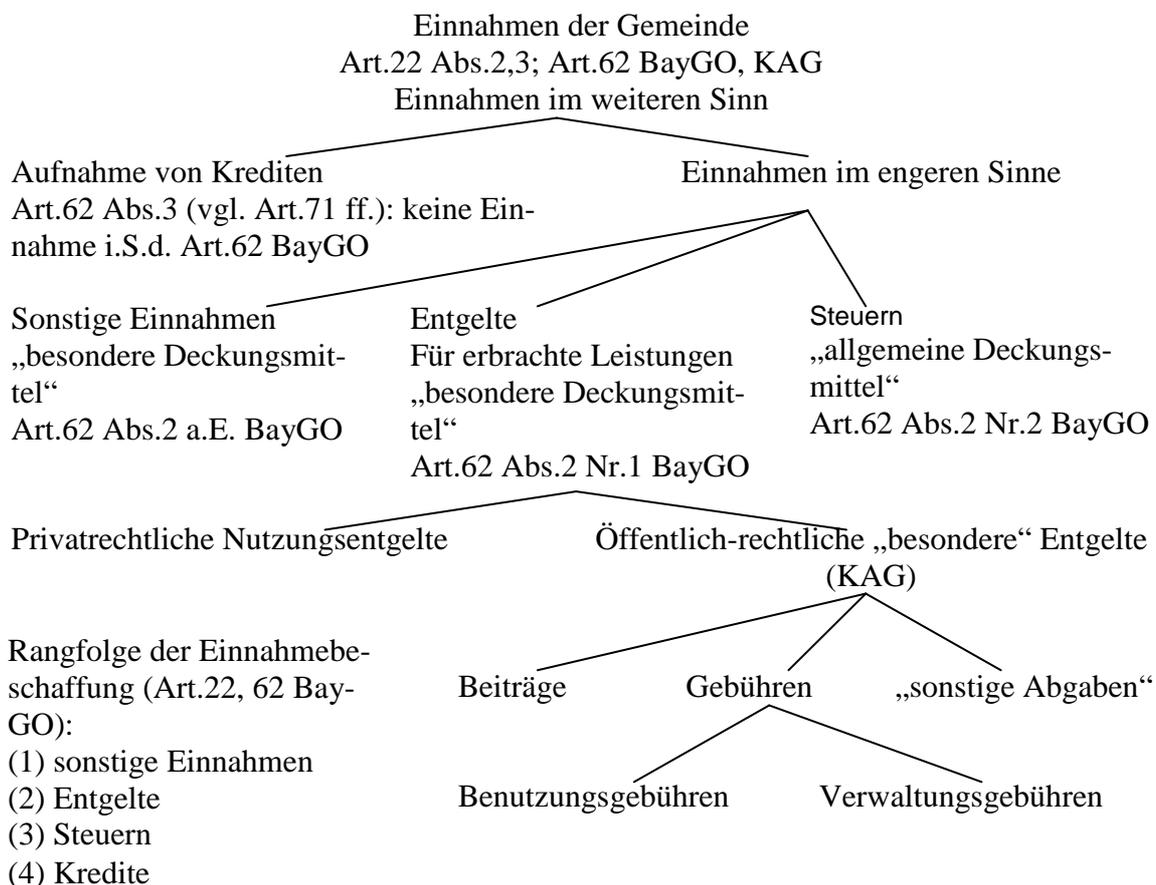
## H. Haushaltswirtschaft; Kreditwesen

- Lit.: Knemeyer, Rdnr. 379 ff.  
 Seewald, Rdnr. 312 ff.  
 Förster/Robl, Wirtschafts- und Haushaltsführung der Gemeinden, 1984  
 Kops, Die regionalen Verteilungswirkungen des kommunalen Finanzausgleichs, 1983  
 Becker, Rdnr. 553 ff.

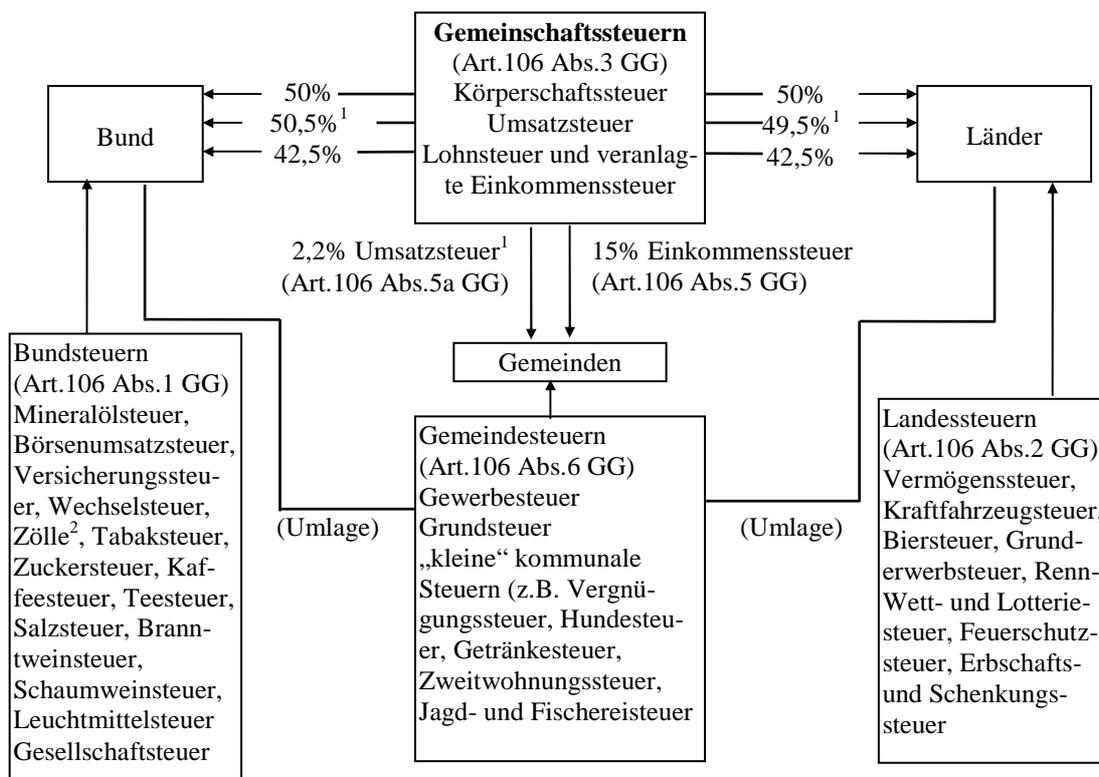
**Rechtsquellen:** Art.61-85 BayGO; Verordnung über das Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden, Landkreise und der Bezirke - Kommunalhaushaltsverordnung (KommHV) v. 3.12.1976 - Z/Tr.377

## I. Einnahmen

- spezielle Entgelte (Gebühren, Beiträge)
- privatrechtliche Nutzungsentgelte, Einnahmen aus Gemeindevermögen
- Steuern
  - \* Realsteuern, örtliche Verbrauchs- und Aufwandsteuern
  - \* Einkommenssteueranteil, Umsatzsteueranteil
- Finanzausgleich
  - \* staatliche Finanzausweisungen - Problematik des sog. goldenen Zügels des Staates, an dem die Gemeinden geführt werden
  - \* Regelungen: Art.83 Abs.3 BV; Art.8 Abs.4 BayGO; Gesetz über den Finanzausgleich zwischen Staat, Gemeinden und Gemeindeverbänden (Finanzausgleichsgesetz - FAG - Z/Tr 210); Verordnung zur Durchführung des FAG (Z/Tr 211)
- Kreditaufnahmen



## Verteilung des Steueraufkommens auf die Gebietskörperschaften nach dem Grundgesetz



- 1) § 1 FAG: 5,63 % vorab an Bund, 2,2% an Gemeinden, vom verbleibenden Rest 50,5% an Bund, 49,5% an Länder
- 2) überwiegend Abführungen an die EG (Abschöpfungen)

## II. Haushaltswirtschaft/Haushaltsrecht

### 1. Haushaltsgrundsätze

Lit.: Seewald, Rdnr. 332 ff.

Rechtsquellen:

§§ 2-18 HGrG (Sart.I 699) i.V.m. § 1 StabG (Sart.I 720) - Haushaltsplan, gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht

Art.1-10 BayHO (Z/Tr 345)

Art.61-70 BayGO

KommHV

wichtige Haushaltsgrundsätze:

Jährlichkeit, Gesamtdeckung, Haushaltswahrheit und -klarheit, Vollständigkeit und Ausgeglichenheit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit – dies ist ein wichtiger Rechtsmaßstab bei der aufsichtsrechtlichen Kontrolle der Gemeinde.

## 2. Haushaltsplan

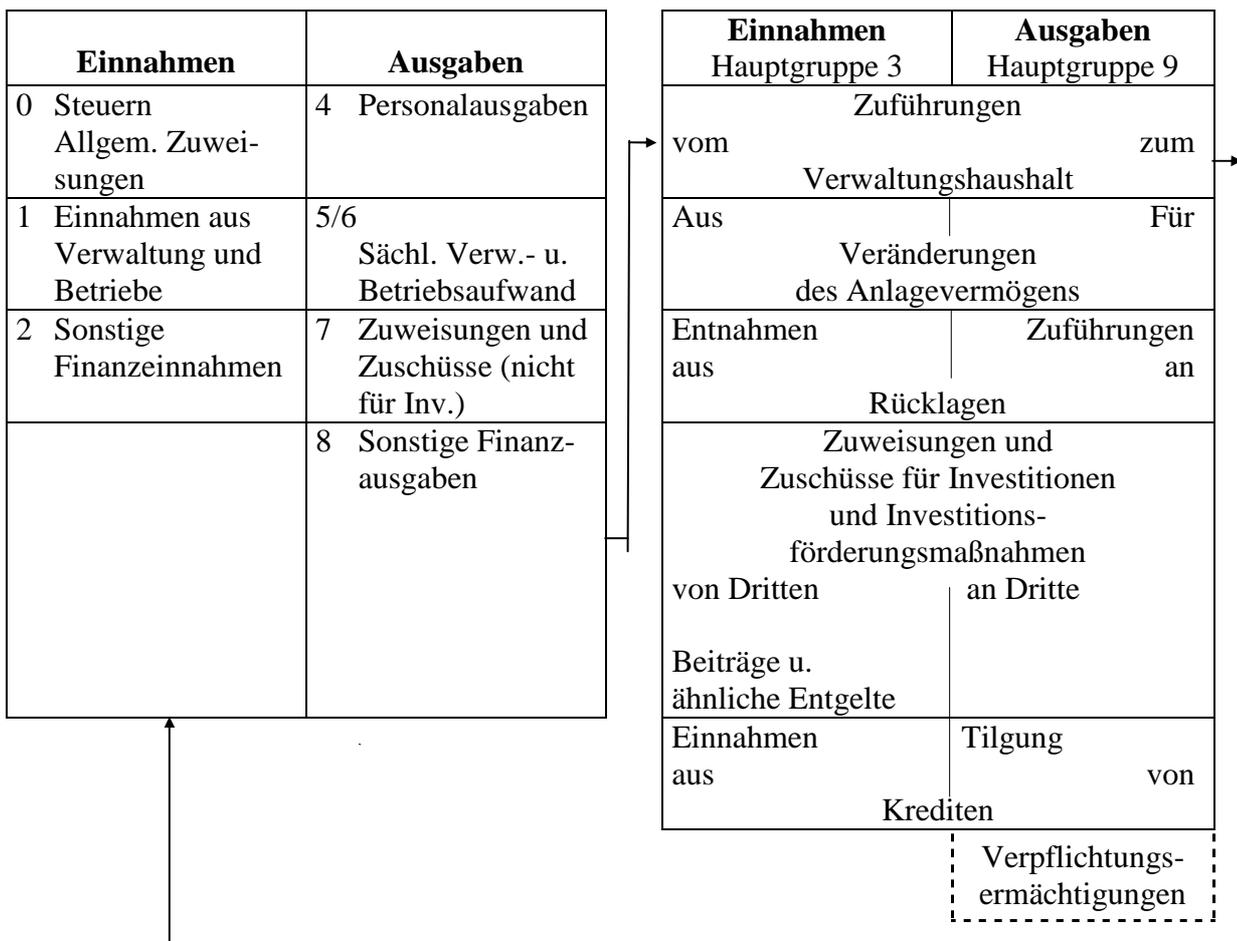
Lit.: Seewald, Rdnr. 316 ff.

- Funktion: Art.64 Abs.3 S.2 BayGO - Grundlage für die Haushaltswirtschaft der Gemeinde
- Grundlage: fünfjährige Finanzplanung Art.70 BayGO (mittelfristige Finanzplanung)
- Inhalt: vgl. Art.64 Abs.1, 2 BayGO, KommHV
- Verfahren: Art.63, 65; 69 BayGO
- Rechtsform: Bestandteil der Haushalts-Satzung Art.65 BayGO; beachte: nur objektives Recht Art.64 Abs.3 S.2 BayGO
- Genehmigungsbedürftigkeit hinsichtlich gewisser Bestandteile (Verpflichtungsermächtigungen, Kredite, kreditähnliche Verpflichtungen)

### Inhalt des Haushaltsplans Art. 64 GO

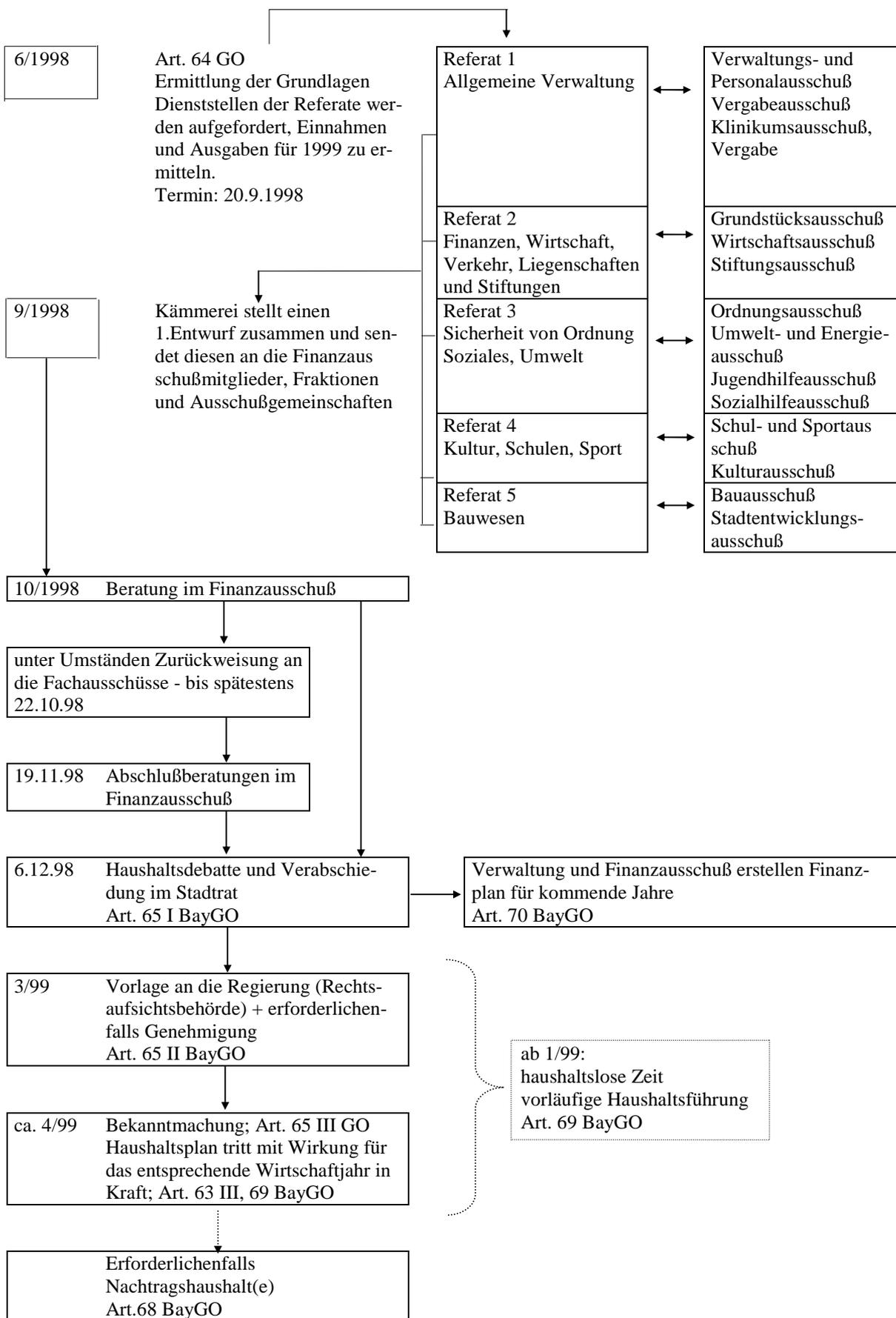
#### Verwaltungshaushalt

#### Vermögenshaushalt



(Förster/Robl, Wirtschafts- u. Haushaltsführung der Gemeinden 1984, S. 32)

### Entstehung eines Haushaltsplans



### Mitwirkung des Staates

- Vorlagepflicht, Art.65 Abs.2 GO
- Genehmigungserfordernisse, z.B. Art.67 Abs.4BayGO Verpflichtungsermächtigungen; Art.71 Abs.2, Art.72 Abs.1 BayGO - Kredite und kreditähnliche Verpflichtungen

vgl. auch **bereits ALR** (v. 1.Juli 1794) **Zweiter Teil, Achter Titel:**

§ 149. „Das Vermögen der Kämmereien steht unter der Oberaufsicht des Staates“

§ 150. „Der Staat ist berechtigt, darauf zu achten, daß dieses Vermögen ordentlich verwaltet und die Einkünfte davon zweckmäßig verwendet werden“

§ 151. „Außer in den Fällen, wo nach den Gesetzen ... die Genehmigung der vom Staate vorgesetzten Behörde, zu den Verhandlungen einer Stadtgemeinde in Ansehung ihres Vermögens erfordert wird, ist diese Genehmigung in allen Fällen notwendig, wo das Kämmereivermögen mit einer Capitalschuld belastet werden soll; ...“

**§ 157.** „Übrigens genießen **Stadtgemeinden, in Ansehung ihres Vermögens, die Rechte der Minderjährigen**“.

### 3. Kassenwesen und Rechnungslegung

Lit.: Seewald, Rdnr. 242 ff.  
Knemeyer, Rdnr. 385  
Becker, Rdnr. 555f.

Art.100-102 BayGO

Jede Einnahme und Ausgabe der Gemeinde erfolgt über die Gemeindekasse, letztere mit Kassenanweisung. Einnahmen und Ausgaben dürfen nur getätigt werden, soweit der Haushaltsplan dies gestattet. „Schwarze Kassen“ sind unzulässig. „Sonderkassen“ sind z.B. für Eigenbetriebe einzurichten (§ 10 Abs.1 EBV – Z/Tr 378).

Das Ergebnis der Haushaltswirtschaft wird mit der „Rechnungslegung“ am Jahresende nachgewiesen. Über die Entlastung entscheidet der Gemeinderat.

### 4. Finanzkontrollen

Lit.: Seewald, Rdnr. 344 ff.  
Knemeyer, Rdnr. 387  
Becker, Rdnr. 555f.

Arten:

- örtliche Prüfungen durch Gemeinderat, Rechnungsprüfungsausschuß oder Rechnungsprüfungsamt, Art.103, 104 BayGO
- überörtliche Prüfungen durch Bayerischen Kommunalen Prüfungsverband (Z/Tr 374) oder staatliche Rechnungsprüfstellen der Landratsämter, Art. 105 BayGO
- Abschlußprüfung von Eigenbetrieben, Art.107 BayGO

Inhalt: Art.106 BayGO

## **I. Kommunales Unternehmensrecht und Vermögenswirtschaft**

- Lit.: Knemeyer, Rdnr. 330 ff.  
Seewald, Rdnr. 264 ff.  
Zur Entwicklung der „Kommunalwirtschaft“ s. Himmelmann, Gerhard, Geschichtliche Entwicklung der öffentlichen Wirtschaft, in: Brede/v.Wesch (Hrsg.) Die Unternehmen der öffentlichen Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland - ein Handbuch, 1986, S.31-56  
Becker, Rdnr. 493 ff.  
Lissack, S. 207 ff.

Rechtsquellen:

Art.61-107 BayGO „Gemeindewirtschaft“,  
insb. Art.86-96 BayGO „Gemeindliche Unternehmen“  
sowie Art.74-85 BayGO „Vermögenswirtschaft“

### **I. Kommunale Unternehmen**

#### **1. Frühere Rechtslage**

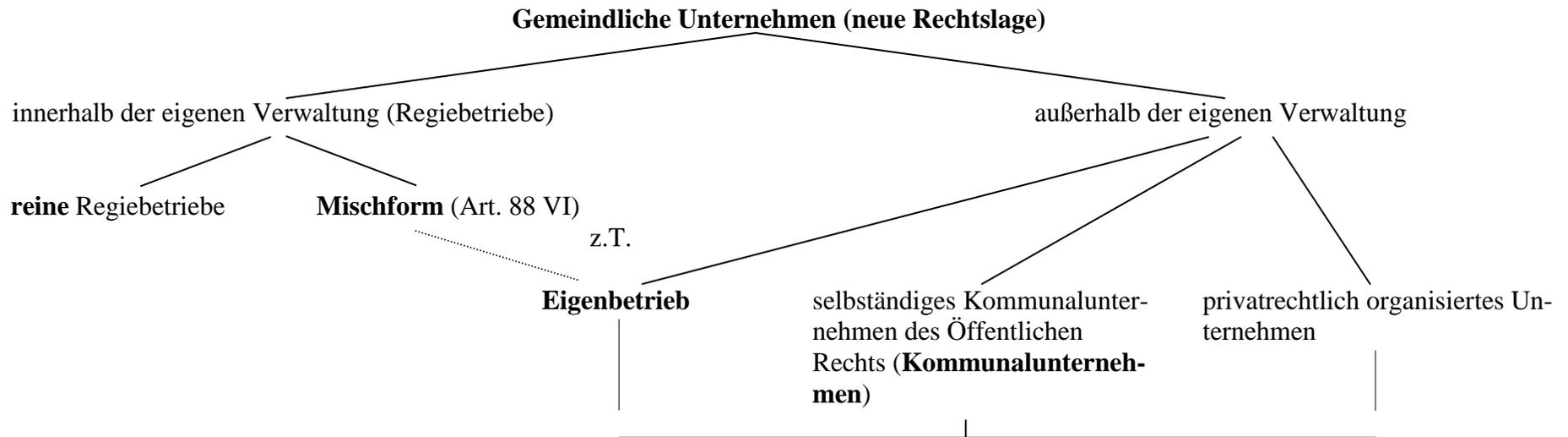
Lit.: Knemeyer Rdnr. 329

- Art.89 ff. BayGO a.F. stellte nur für „wirtschaftliche Unternehmen“ der Gemeinde Zulässigkeitsvoraussetzungen auf
- Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens: Einrichtungen und Anlagen, die auch von Privatunternehmen mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können, ausgenommen gemeinnützige Unternehmen und Unternehmen, zu deren Unterhaltung die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist
- Kommunale Versorgungs- und Verkehrsbetriebe waren nach Ansicht des BayVerf-GHE 10, 113 „Wirtschaftliche Unternehmen im weiteren Sinne“; Folge: keine Anwendbarkeit von Art.89 Abs.1, 2 BayGO a.F., jedoch Anwendbarkeit von Art.89 Abs.4, 90 ff. BayGO a.F.
- Die Unterscheidung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Unternehmen findet sich nach wie vor im Kommunalrecht anderer Bundesländer

#### **2. Heutige Rechtslage**

Lit.: Knemeyer, BayVBl. 1998, 1 ff.

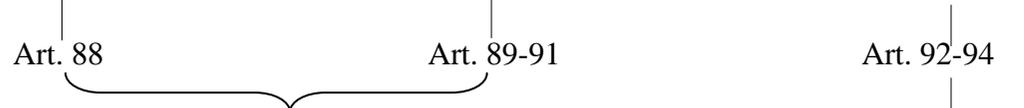
- Unterscheidung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Unternehmen aufgegeben
- Unternehmensrecht knüpft an die Rechtsform an, in der Aufgaben wahrgenommen und Unternehmen betrieben werden
- Neu: das selbständige Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, eine bayerische Eigentümlichkeit zwischen Eigenbetrieb und GmbH



**(1) Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen**

- Art. 87, **z.B.** öffentlicher Zweck fordert das Unternehmen, beachte Abs. 1 S.2
  - **und** Art. 1 S.1 GO,  
 Art. 83 I BV,  
 Art. 28 II GG  
 Art. 6 I 1 GO  
 Art. 7 GO
  - Anzeigepflichten, Art. 96
  - Art. 95 II (Rechtsnatur str.)
- } Aufgaben der Gemeinden/Verbandskompetenz

**(2) Besondere (Zulässigkeits-)Voraussetzungen**



**(3) weitere Vorauss.: Art. 95 I S.1**

## II. Zulässigkeitsvoraussetzungen

- Lit.: Seewald, Rdnr. 283 ff.  
 Knemeyer, Rdnr. 331 ff.  
 Becker, Rdnr. 499 ff.  
 Lissack, S. 210 ff.

Art.87 Abs.1 BayGO, insb. muß ein öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordern

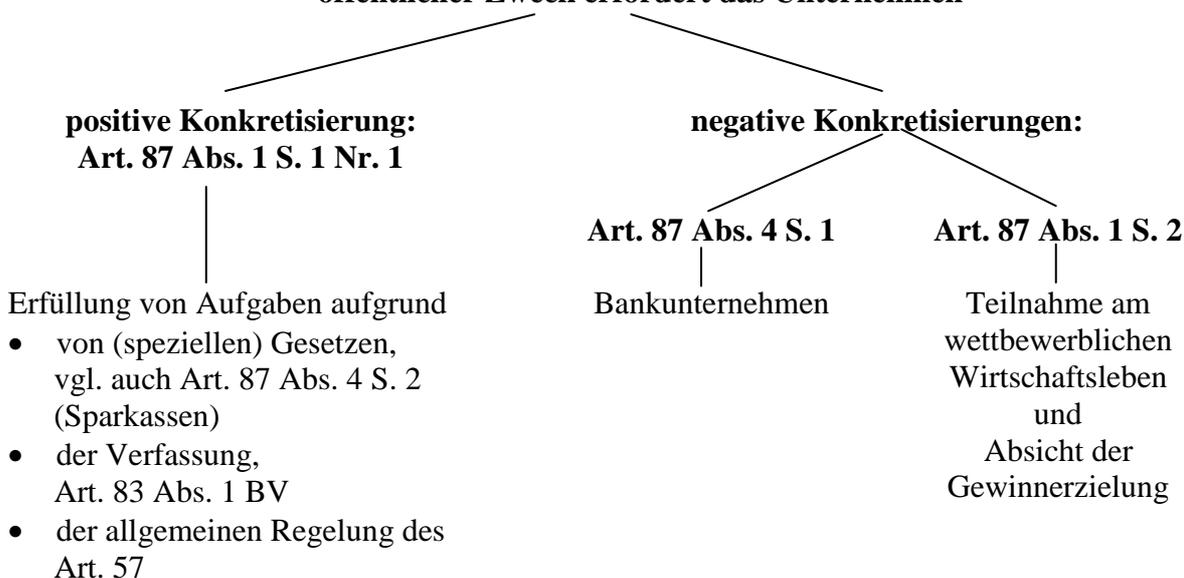
BVerwGE 39, 329 - kommunales Bestattungsunternehmen

S.334: „Worin die Gemeinde eine Förderung des allgemeinen Wohls erblickt, ist hauptsächlich den Anschauungen und EntschlieÙungen ihrer maßgebenden Organe überlassen und hängt von den örtlichen Verhältnissen, finanziellen Möglichkeiten der Gemeinde, Bedürfnissen der Einwohnerschaft und anderen Faktoren ab. Die **Beurteilung des öffentlichen Zwecks** für die Errichtung und Fortführung eines Gemeindeunternehmens ist daher **der Beurteilung durch den Richter weitgehend entzogen**. Im Grunde handelt es sich um eine **Frage sachgerechter Kommunalpolitik**, die - wie jedes sinnvolle wirtschaftliche Handeln - in starkem Maße von Zweckmäßigkeitüberlegungen bestimmt wird.“

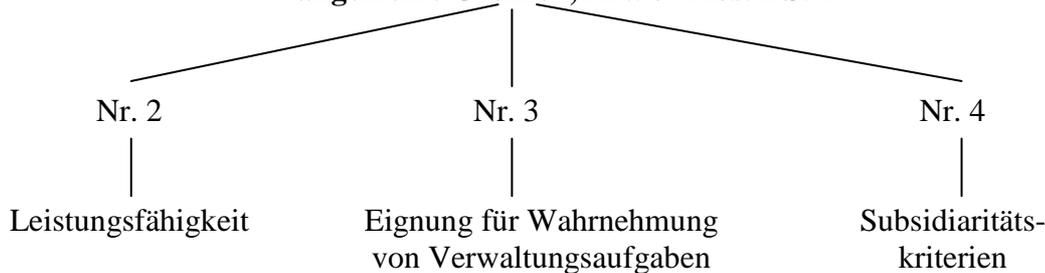
- Gewinnerzielungsabsicht allein genügt nicht als öffentlicher Zweck, vgl. Art.87 Abs.1 S.2 BayGO
- Tätigkeiten, die auch ohne Vorliegen eines öffentlichen Zwecks hingenommen werden können:
  - \* zu einer gesetzlichen Verpflichtung in engem sachlichen Zusammenhang stehende Hilfs- und Annextätigkeiten; z.B.: Verkauf von Kfz-Kennzeichen im Zusammenhang mit Aufgaben der Kfz-Zulassung (vgl. BGH NJW 1974, 1333)
  - \* Tätigkeiten zur Anlagenauslastung, die das kommunalrechtliche Rentabilitätsgebot verwirklichen (str.); z.B.: Auslastung einer Müllverbrennungsanlage mit Müll aus anderen Entsorgungsgebieten

### Allgemeine Zulässigkeit von gemeindlichen Unternehmen nach der BayGO

- **öffentlicher Zweck erfordert das Unternehmen**

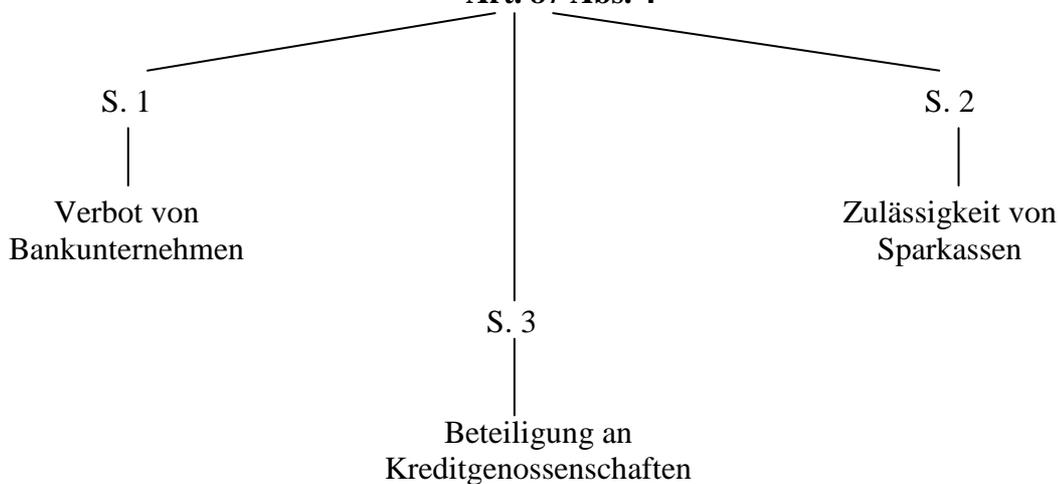


- **allgemeine Grenzen, Art. 87 Abs. 1 S. 1**



- **spezielle Betätigung im Wirtschaftsleben**

**Art. 87 Abs. 4**



### III. Organisationsformen

Art.86 ff. stellen öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Organisationsformen wahlweise zur Verfügung.

Der frühere Vorrang der Rechtsform des öffentlichen Rechts (vgl. Art.91 Abs.1 Nr.2 GO a.F.: „wenn ... 2. der öffentliche Zweck nicht ebenso gut in eine Rechtsform des öffentlichen Rechts, insbesondere durch einen Eigenbetrieb der Gemeinde, erfüllt werden kann ...“) ist durch G. v. 26.7.1995 formal beseitigt worden.

**Probleme:**

- (1) Einflußnahme der Bürger (Demokratieprinzip) kann dadurch vor allem auch faktisch in bedenklicher Weise abgebaut werden.
- (2) Private Unternehmer haben als Ziel nicht das Gemeinwohl, sondern die Maximierung von Gewinnen.

## 1. Öffentlich-rechtliche Organisationsform

### a) nicht-rechtsfähige Anstalt

- organisatorisch deutliche Trennung;
- z.B. Kindergärten, Museen, Altenheime, Schlachthöfe, Einrichtungen für Tierkörperbeseitigung, Sportplatz, Kurbetrieb

#### Regiebetrieb

- Art.88 Abs.6 BayGO
- rechtlich unselbständig
- Zusammenfassung technischer Mittel innerhalb der Gemeindeorganisation, „Haushaltsbetriebe“

#### Eigenbetrieb

- Art.88 BayGO, Eigenbetriebsverordnung (EBV - Z/Tr 378), Betriebssatzung
- rechtlich unselbständig = ohne eigene Rechtspersönlichkeit
- Eigenständigkeit durch (lose) organisationsrechtliche Dekonzentration; „Bruttobetriebe“ (Sondervermögen)
- z.B. Stadtwerke Passau

### b) rechtsfähige Anstalt

z.B. kommunale Sparkassen; Anstalt für kommunale Datenverarbeitung in Bayern (AKDB); bayerischer Versorgungsverband, selbständiges Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts

#### Sparkassen

- BaySparkassengesetz (Z/Tr 740)
- Anstalten des öffentlichen Rechts
- (Bay) Sparkassen- und Giroverband - Körperschaft des öffentlichen Rechts, Art.22 SparkassenG

#### Selbständiges Kommunalunternehmen

- Art.89 ff. BayGO, Verordnung über die Kommunalunternehmen (KUV - Z/Tr 379), Unternehmenssatzung
- eingeführt durch Gesetz vom 26.7.1995 (GVBl. S.376)
- rechtlich selbständig: Anstalt des öffentlichen Rechts

### c) sonstige öffentlich-rechtliche Organisationsformen außerhalb des gemeindlichen Unternehmensrechts:

#### Körperschaft

z.B. Zweckverband, Art.17 ff. KommZG, siehe unten ...

#### rechtsfähige Stiftung

(Bay) Stiftungsgesetz (Z/Tr 770)

hinsichtlich der nicht-rechtsfähigen Stiftung s. Art.84 (BayGO) - sog. fiduziarische (treuhänderische) Stiftungen; im übrigen: Angelegenheit des eigenen Wirkungskreises

## 2. Privatrechtliche Organisationsformen

„**Eigengesellschaften**“ – formelle Privatisierung von Verwaltungsaufgaben

Art.87 Abs.3, 92 ff. BayGO i.V.m. AktG, GmbHG, HGrG

- GmbH, z.B. städtische Wasser-, Elektrizitäts-, Gas-Versorgungs-Unternehmen
- AG, z.B. Straßenbahn-AG; Hamburger-Hochbahn-AG

### „Beteiligungen

„Beteiligungsgesellschaft“ i.d.S., daß mehrere Gemeinden gemeinsam Träger einer Gesellschaft in privatrechtlicher Form sind

Beteiligungsgesellschaft i.d.S., daß eine Gemeinde und Private gemeinsam eine Gesellschaft betreiben

## IV. Rechtsschutzprobleme

Lit.: Seewald, Rdnr. 293 ff.  
Becker, Rdnr. 511f.

### 1. Klagen gegen wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinde; „Konkurrentenklage“

#### Verwaltungsrechtsweg

Zulässigkeit

Problem: Klagebefugnis § 42 Abs.2 VwGO (analog)

- Art.89 BayGO a.F. (heute: Art.87 Abs.1 BayGO) schützt keinen individuell abgrenzbaren Personenkreis und räumt deshalb kein subjektiv-öffentliches Recht/Anspruch auf Unterlassung der Betätigung ein (BayVGH BayVBl. 76, 628 - Kommunale Wohnungsvermittlung)
- Klagebefugnis aber aus Art.12 Abs.1 GG (Berufsfreiheit; Wettbewerbsfreiheit) und u.U. aus Art.14 Abs.1 GG (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)

Begründetheit

BVerwG NJW 1995, 2938

S.2939: „ In Bezug auf die Abwehrrechte eines Konkurrenten ist in der Rechtsprechung des BVerwG geklärt, daß im Grundsatz das **Hinzutreten des Staates** oder wie hier einer Gemeinde als Konkurrent **lediglich** eine weitgehend **systemimmanente Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdruckes** beinhaltet (BVerwGE 71, 183 [193]), vor der **Art.12 Abs.1 GG** nicht bewahrt, solange dadurch nicht die **private Konkurrenz unmöglich** gemacht wird (BVerwGE 39, 329 [336]). **Art.14 GG** schützt ebenfalls nicht vor dem Auftreten eines neuen, auch in öffentlicher Trägerschaft stehenden Konkurrenten, es sei denn, daß dieser **durch** eine **behördliche Maßnahme** eine **unerlaubte Monopolstellung** erlangt (BVerwGE 17, 306 [314] ...). Die **Wettbewerbsfreiheit** darf durch die Konkurrenz eines durch eine Gemeinde gegründeten Betriebs **nicht** in **unerträglichem Maße eingeschränkt** werden; der **Privatunternehmer** darf durch die Konkurrenz in seinen Wettbewerbsmöglichkeiten **nicht unzumutbar geschädigt** werden (BVerwGE 30, 191 [198f.] ...)“

## Zivilrechtsweg

§ 823 Abs.2 BGB (i.V.m. § 1004 BGB) i.V.m. Art.87 Abs.1 BayGO  
BGH BB 1965, 392 = GRUR 1965, 375 - Blockeis I; Zu § 69 Abs.1 GO NW

Verstoß gegen diese Vorschrift, die die **Errichtung wirtschaftlicher Unternehmungen** durch die Gemeinde nur unter bestimmten Voraussetzungen zuläßt, kann zum Schadenersatzanspruch nicht über § **823 Abs.2 BGB** führen, da es sich bei dieser Norm **nicht** um ein „Schutzgesetz“ handelt.

## 2. Wettbewerbsrechtliche Probleme

§ 1 UWG - Unterlassungs- und Schadenersatzanspruch bei sittenwidrigem Handeln im Wettbewerb

Fallgruppen:

- Wettbewerbsvorsprung durch Verletzung wettbewerbs- und wertbezogener Vorschriften; Problem: genügt Verletzung des Art.87 Abs.1 BayGO zur Begründung der wettbewerbsrechtlichen Sittenwidrigkeit?

bejahend: OLG Hamm NJW 1998, 3504 - Kommunaler Gärtnereibetrieb

verneinend: OLG München WRP 1997, 430 - Photovoltaik-Anlagen

offengelassen: BGH GRUR 1965, 373 - Blockeis II

- sittenwidrige Verknüpfung von hoheitlicher und privatwirtschaftlicher Tätigkeit  
BGH GRUR 1987, 116 - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I

LS.2: „Die Wahrnehmung **privatwirtschaftlicher Aufgaben** im Bereich des Bestattungswesens durch eine politische Gemeinde in demselben Gebäude (z.B. Rathaus), in dem in besonderen Räumen auch die **Bestattungshoheitsverwaltung** und das **Sterbefallstandesamt** untergebracht sind, ist ohne Hinzutreten weiterer, die **Sittenwidrigkeit** begründender Umstände für sich allein wettbewerbsrechtlich **nicht** zu beanstanden.“

BGH GRUR 1987, 119 - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb II

LS: „Es ist ohne Hinzutreten besonderer Umstände keine nach § 1 UWG zu mißbilligende Ausnutzung der hoheitlichen Aufgaben einer politischen Gemeinde zugunsten ihrer privatwirtschaftlichen Betätigung im Bereich des Bestattungswesens, wenn ihre **hoheitlich tätigen Bediensteten Auskünfte** dahin erteilen, daß für die **nicht hoheitlichen Bestattungstätigkeiten** die Bestattungsordner der Gemeinde zur Verfügung stehen.“

Die Bindungen und Ansprüche nach dem GWB („Kartellgesetz“), z.B. § 20 Abs.1 GWB (Diskriminierungsverbot und Verbot unbilliger Behinderung) und die neuerdings eingefügten Bestimmungen des Vergaberechts (§§ 97 ff. GWB), gelten auch für Unternehmen, die ganz oder teilweise in Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden (§ 130 GWB).

## **J. Kontrollen der Gemeinde**

Rechtsbeziehungen bestehen zwischen der Gemeinde und außenstehenden Dritten, z.B. Bürgern oder anderen Gemeinden; diese Rechtsbeziehungen sind u.U. auch privatrechtlicher Natur.

Außerdem bestehen Rechtsbeziehungen innerhalb der Gemeinde, z.B. im Hinblick auf die Kompetenzen der Organe.

Die Beziehung zu den Aufsichtsbehörden sind ebenfalls rechtlich geregelt und teils solche des Außenverhältnisses, teils handelt es sich um verwaltungsinterne Beziehungen.

Zur Kontrolle kommen grundsätzlich die Gerichte und – zuvor – die Aufsichtsbehörden in Betracht.

## **I. Gerichtliche Kontrolle**

Zu beachten sind die allgemeine Voraussetzungen für Rechtsschutz durch Verwaltungs- u.U. auch durch Zivilgerichte.

Rechtsbeziehungen können entstehen

- durch tatsächliches Verhalten des Bürgers
- durch VA
- durch (öff.-rechtl.) Vertrag
- durch Realakt der Gemeinde
- privatrechtlichen Vertrag

Ansprüche des Bürgers gegen die Gemeinde ergeben sich bei „Leistungsstörungen“ i.e.S.

Vgl. oben E. Haftungsfragen

Vgl. auch oben I. IV. Rechtsschutzprobleme

Vgl. weiterhin die Regelungen zur Beseitigung rechtswidriger Verwaltungsakte

Zu den internen (Rechts-)Beziehungen und diesbezüglichen Streitigkeiten

Vgl. oben: Organstreitigkeiten = Kommunalverfassungsverstreit, bei denen es um „interne“ Auseinandersetzungen und somit die Klärung entsprechender Rechtsbeziehungen geht.

## **II. Staatliche Aufsicht**

Lit.: Seewald, Rdnr. 351 ff.

Knemeyer, Rdnr. 399 ff.

Becker, Rdnr. 557 ff.

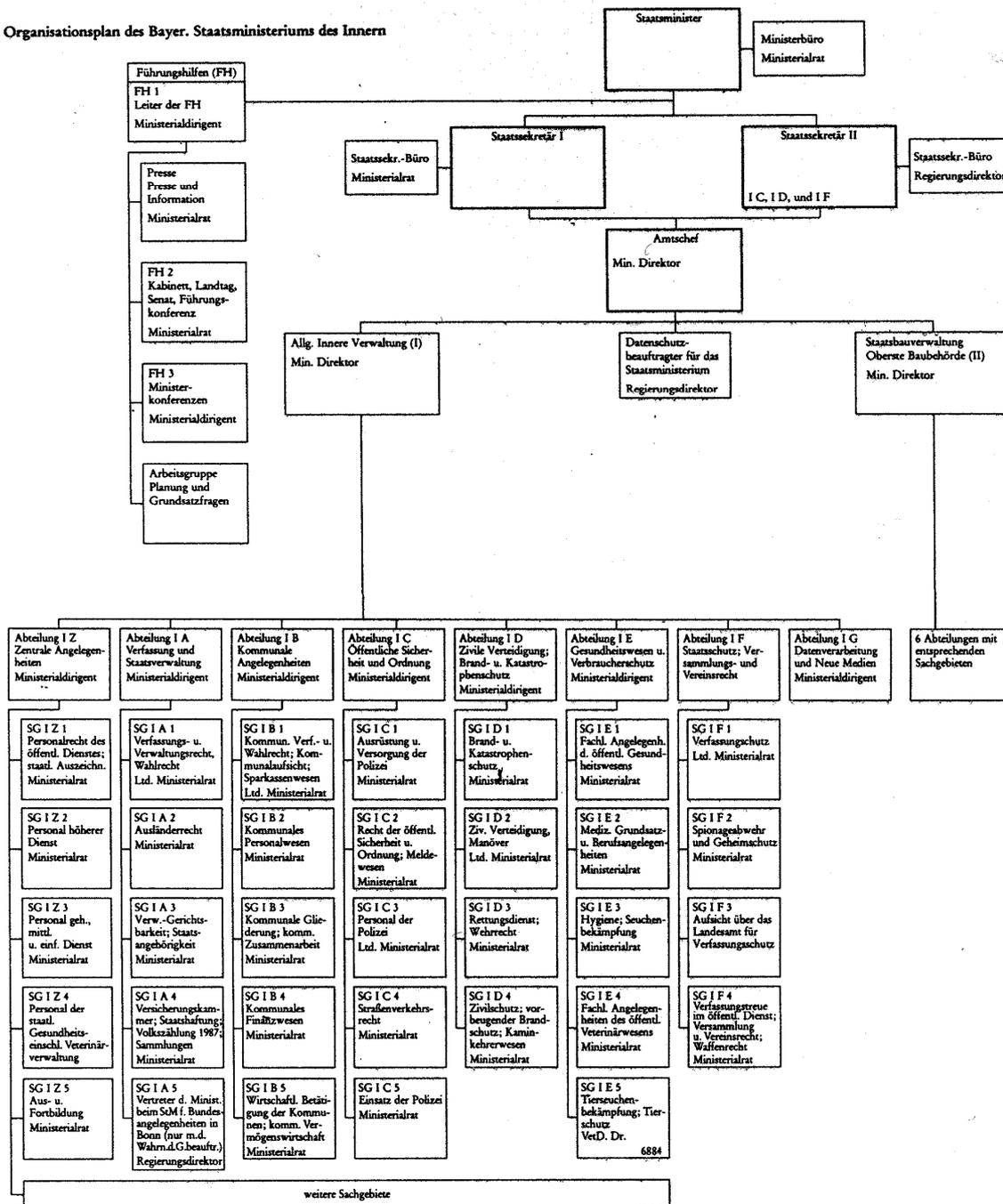
Lissack, S. 215 ff.

### **1. Organisation der Aufsicht**

Art.109, 110 BayGO

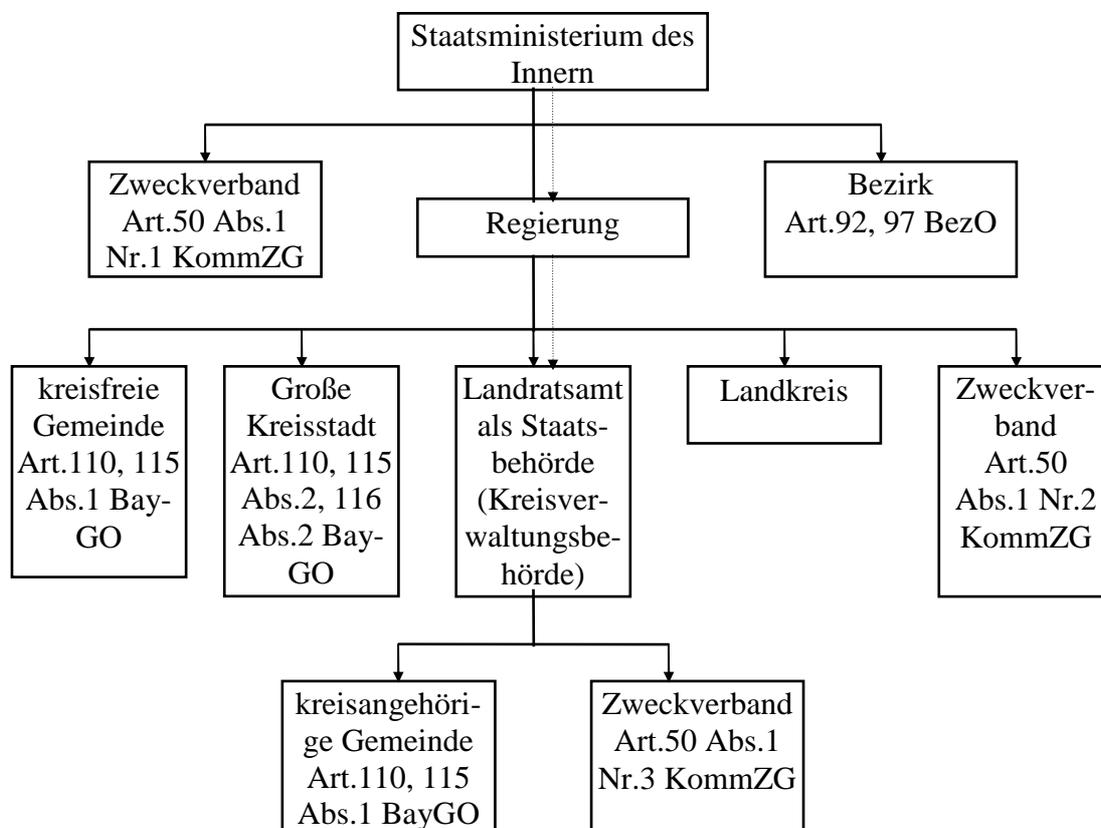
Gemeinden sind als dezentralisierte „mittelbare“ Teile der Staatsverwaltung in den Behördenaufbau integriert und unterstehen deshalb staatlicher Aufsicht.

Organisationsplan des Bayer. Staatsministeriums des Innern



## a) Rechtsaufsicht

Organisation der Rechtsaufsicht über die kommunalen Verwaltungsträger



..... Staatliche Hierarchie bei der Rechtsaufsicht

- Art.109 Abs.1, 117 BayGO
- in den Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises nur Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Verwaltung, nicht auch der Handhabung des Ermessens (daraus folgt die rechtliche Eigenständigkeit i.S. eines nicht kontrollierbaren Gestaltungsspielraums der Gemeinde)
- Aufsichtsbehörde: Art.110 BayGO

## b) Fachaufsicht

- Art. 109 Abs. 2, 116 BayGO
- in Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises
- geht über Rechtsaufsicht hinaus: Aufsicht auch über die Handhabung des Verwaltungsermessens, Ausnahme: Art.109 Abs.2 S.2 BayGO.
- Aufsichtsbehörde: Art.115 BayGO
- beachte: gespaltene Fachaufsicht für große Kreisstädte, Art.115 Abs.2 BayGO

## 2. Die Instrumente der Aufsicht

Abgestufte Aufsichtsmittel, das entspricht dem Übermaßverbot

### a) Rechtsaufsicht

- Informationsrecht, Art.110 BayGO
- Beratungs- und Förderungspflicht, Art.108 BayGO
- Beanstandungsrecht, Art. 112 BayGO
- Ersatzvornahme, Art.113 BayGO
- Bestellung eines Beauftragten („Staatskommissar“), Art.114 BayGO

### b) Fachaufsicht

- Unterrichtung, Art.116 Abs.1 S.1 BayGO
- Beratung, Förderung, Art.108 BayGO
- Weisung, Art.115 Abs.1 S.2 BayGO (auch in Ermessensangelegenheiten hinsichtlich der Zweckmäßigkeit)
- Problem: weit ausgreifende Rechtskontrolle nach dem Maßstab der „Wirtschaftlichkeit“ (und „Sparsamkeit“), vgl. § 6 Abs.1 HGrG (Sart.699), Art.61 Abs.2 GO

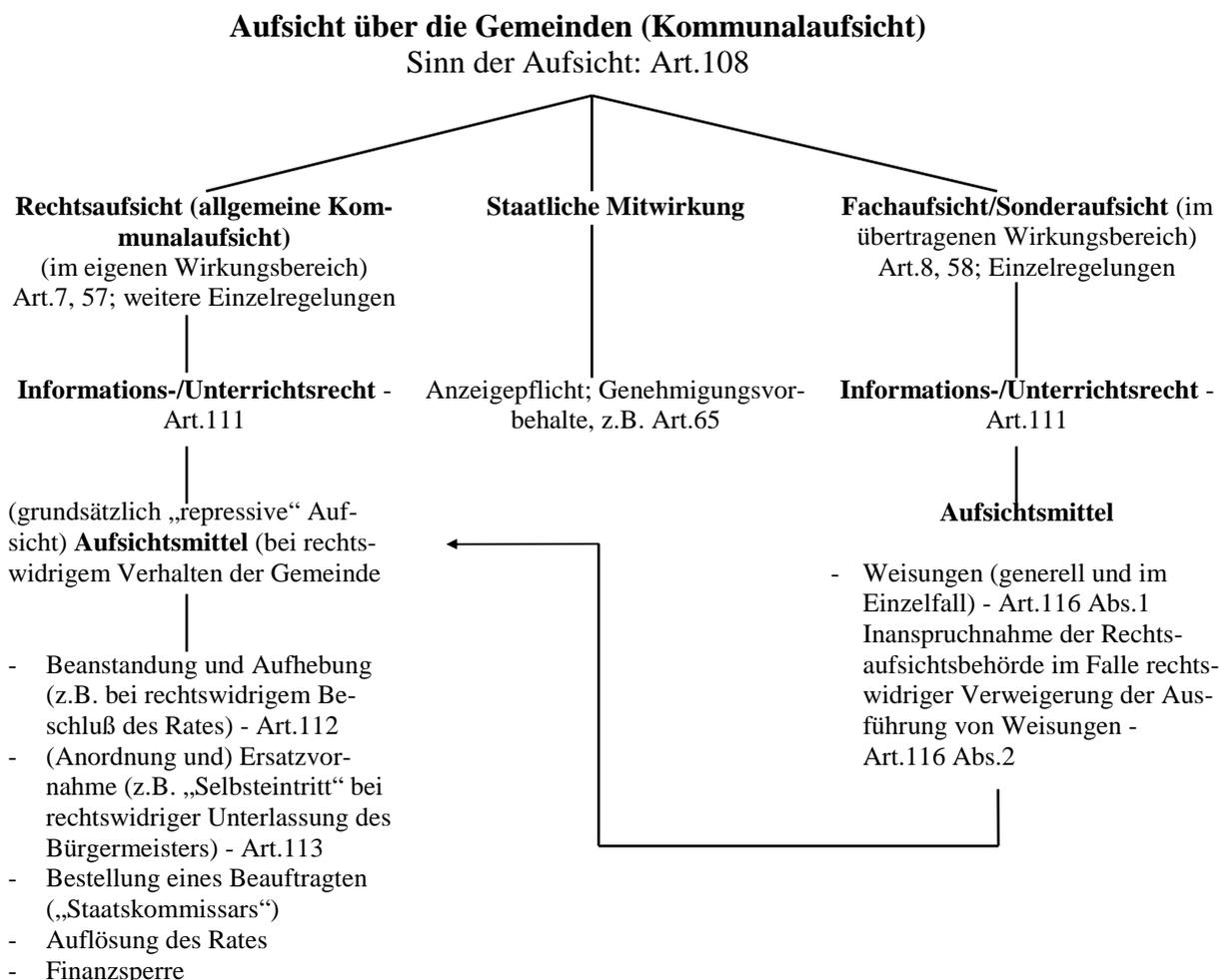
OVG Münster DÖV 1991, 611

LS: „Ein Einschreiten der Kommunalaufsicht zur **Durchsetzung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** (hier: bei der Vergabe eines **Planungsauftrages**) setzt voraus, daß die Gemeinde den ihr bei der Anwendung dieses Grundsatzes zustehenden Entscheidungsspielraum in nicht mehr vertretbarer Weise überschritten hat (hier bejaht bei erheblicher Abweichung vom niedrigsten Angebot ohne zureichende Gründe).“

**Aus den Gründen:** ... Die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit gelten **nicht** nur für die **Haushaltswirtschaft** in ihrer Gesamtheit, sondern sind **bei jeder einzelnen Maßnahme der Gemeinde** zu beachten ... Sie enthalten nach allgemeiner Auffassung die Verpflichtung zu einem möglichst ökonomischen Einsatz der Haushaltsmittel. Danach gebietet das Prinzip der **Wirtschaftlichkeit**, stets die **günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln** anzustreben, während nach dem Grundsatz der **Sparsamkeit** die aufzuwendenden Mittel auf den zur Erfüllung der jeweiligen Aufgaben notwendigen **Umfang** zu beschränken sind ... Das bedeutet, daß die mit den geringsten Kosten verbundene Maßnahme im Hinblick auf die Aufgabenerfüllung nicht zwingend auch die wirtschaftlichste ist. Vielmehr sind Mittelaufwand und Aufgabenerfüllung in ein Verhältnis zueinander zu setzen. Der **programmatische Inhalt dieses ökonomischen Prinzips**, dessen Einhaltung hinsichtlich der Art, des Umfangs und der Qualität der vorgesehenen Aufgabenerfüllung in aller Regel objektiv nicht meßbar ist, läßt es geboten erscheinen, der **Gemeinde** bei der Anwendung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Einzelfall einen **weitgehenden Entscheidungsspielraum** zuzubilligen (vgl. ... BVerwGE 59, 249 [252]; Ehlers, in: Ehlers (Hrsg.), Kommunale Wirtschaftsförderung, Schriftenreihe des LKT NW Bd.5, 1990, S.142 f.). Ihm entspricht eine **Beschränkung der Befugnis der Aufsichtsbehörde**. Sie darf von einer Rechtsverletzung im Sinne des § 108 Abs.1 GO NW infolge eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit erst ausgehen, wenn die Gemeinde ihre Entscheidungsbefugnis in nicht mehr vertretbarer Weise ausgeübt hat.

### 3. Zusammenwirken von Fach- und Rechtsaufsicht

- Eingriffe in Gemeindeverwaltung, die zum Vollzug von Maßnahmen der Fachaufsichtsbehörde nötig sind, sind nur über Einschaltung der Rechtsaufsichtsbehörde, Art.116 Abs.1 S.3, Abs.2 BayGO



Die Regelungen für die Landkreise (Art.94 ff. LKrO) und über die Bezirke (Art.90 ff. BezO) entsprechen denen der GO.

### 4. Mitwirkungsrechte/Genehmigungsvorbehalte

Lit.: Seewald, Rdnr. 369  
Schmidt-Aßmann, Rdnr.46 ff.

z.B. gem. §§ 6, 11 BauGB, Art.71 Abs.2, 72 Abs.1 BayGO

BayVerfGH DÖV 1989, 306

LS: „1. Die in Art.83 Abs.2 S.2 BV verfassungsrechtlich gewährleistete **kommunale Finanzhoheit** ist ein besonderer Ausfluß des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts gemäß Art.11 Abs.2 S.2 BV.

2. Die kommunale Finanzhoheit gewährt den Gemeinden die Befugnis zu einer **eigenverantwort-**

**lichen Regelung** ihrer Finanzen **im Rahmen** eines gesetzlich geordneten Haushaltswesens.

3. Die staatlichen Behörden sind aufgrund der verfassungsrechtlichen Garantie des **Selbstverwaltungsrechts** grundsätzlich verpflichtet, die **Selbstverwaltung** zu **fördern** und zu stärken, die **finanzielle Leistungsfähigkeit der Gemeinden** zu **erhalten** und sich **gemeindefreundlich** zu verhalten.

4. Das Erfordernis der **Genehmigung einer Gemeindevorsatzung** über die Erhebung einer **Zweitwohnungssteuer** verstößt als solches nicht gegen Art.11 Abs.2 S.2 und Art.83 Abs.2 S.2 BV. Die Auffassung, **neben den gesetzlichen Versagungstatbeständen** des Art. Abs.4 KAG bestehe noch ein **Ermessensspielraum für die Genehmigungsbehörden**, berücksichtigt jedoch Inhalt und Tragweite des Selbstverwaltungsrechts nicht ausreichend. Es gehört zum Kernbereich der Selbstverwaltung, daß die Gemeinden - sei es auch unter staatlicher Mitwirkung - grundsätzlich ein Recht zum Erlaß von Abgabesatzungen haben. Selbstverwaltung im Rahmen der Gesetze kann **nicht** bedeuten, daß der Gesetzgeber die Inhaltsbestimmung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts im Bereich der kommunalen Finanzhoheit dem **Ermessen der staatlichen Exekutive** überläßt.

5. Der Erlaß von Abgabesatzungen, insbesondere auch der Erlaß gemeindlicher Satzungen über **örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuern**, gehört zum **eigenen Wirkungskreis** der Gemeinden. Die auf die Rechtsaufsicht beschränkte staatliche Behörde kann in diesem Rahmen keine politischen Überlegungen und Zweckmäßigkeitserwägungen anstellen.“

## 5. Rechtsbehelfe der Gemeinden gegen Maßnahmen der Aufsicht

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 423 ff.  
Seewald, Rdnr. 365 ff.  
Becker, Rdnr. 601 ff.  
Lissack, S. 234 ff.

### a) Rechtsaufsicht

- Qualifikation der Maßnahmen z.B. gem. Art.112, 113, 117 BayGO - stets VAe (vgl. Art.35 BayVwVfG)
- Klagemöglichkeit:
  - \* Anfechtungsklage
  - \* Verpflichtungsklage (bei unterlassener Genehmigung)
- Besonderheiten des Widerspruchsverfahrens: vgl. §§ 68 ff. VwGO, Art. 119, 120 BayGO

### b) Fachaufsicht

- Qualifikation der Maßnahmen z.T. noch immer str.:
  - \* Problem: Stellung der Gemeinde in dieser Beziehung – Selbstverwaltungskörperschaft oder unselbständige Behörde (wie eine nachgeordnete staatliche Behörde)
  - \* h.M. wohl: **Verwaltungsakte**  
arg.: Gemeinde auch im übertragenen Wirkungskreis selbständige juristische Person des öffentlichen Rechts; Indiz: Art.120 BayGO; rechtlich geschützte Position (Art.109 Abs.2 S.2 BayGO) ist Problem der Klagebefugnis
  - \* a.A. VGH München, BayVBl. 1977, 152

„**Fachaufsichtliche Weisungen** im übertragenen Wirkungskreis lassen sich **nicht generell** als VAe qualifizieren. „Unmittelbare Rechtswirkung nach außen“ besitzt eine ... Weisung **nur** dann, wenn die **Gemeinde in einer eigenen geschützten Rechtsstellung berührt** wird, wie sie sich z.B. aus **Art.109 Abs.2 GO** ergeben kann.“

Vgl. auch VGH München, BayVBl. 1985, 368 und BVerwG BayVBl. 1995, 474.

- Klagemöglichkeit
  - \* Falls Aufsichtsmaßnahme als VA bewertet wird (z.B. bei evidenter Überschreitung der aufsichtsrechtlichen Befugnisse): Anfechtungsklage
  - \* sonst: (allgemeine) Leistungsklage
  - \* Entscheidend ist in jedem Fall, ob - möglicherweise verletzte - subjektive Rechte der Gemeinde betroffen sind.

## 6. Rechtsbehelfe des Bürgers gegenüber der Aufsichtsbehörde

Lit.: Seewald, Rdnr. 371, 372

Problem: i.d.R. kein Anspruch des Bürgers auf Einschreiten der Aufsichtsbehörde gegenüber Gemeinde; Aufsicht erfolgt nur im objektiven Interesse, nicht im Individualinteresse „Dritter“.

Also i.d.R. keine „Drittbezogenheit“ von Pflichten der Aufsichtsbehörde und ihrer Bediensteten, auch nicht im Hinblick auf Haftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art.34 GG – das betrifft sowohl öffentlich-rechtliche als auch bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten.

Vgl. BGH NJW 1971, 1699 - Zur Verletzung vom Amtspflichten durch Verwaltungserlasse

LS: „a) Verwaltungserlasse, die der nachgeordneten Verwaltung allgemein eine bestimmte Gesetzesauslegung vorschreiben, begründen **regelmäßig keine Amtspflichten** der vorgesetzten Behörde **gegenüber dem einzelnen Bürger**.“

## 7. Exkurs: Rechtsbehelfe der Gemeinde gegen sonstige staatliche Maßnahmen

Klagemöglichkeit der Gemeinde gegen einen Widerspruchsbescheid, der auf Widerspruch eines Dritten gegen den VA einer Gemeinde ergeht und diesen aufhebt oder abändert

- Im eigenen Wirkungskreis: Widerspruchsbescheid ist stets auch gegenüber der Gemeinde als VA i.S.d. Art.35 BayVwVfG zu qualifizieren, daher Anfechtungsklage gegeben
- Im übertragenen Wirkungskreis Rechtsnatur des Widerspruchsbescheides strittig:
  - \* Stets VA auch gegenüber Gemeinde (kein „relativer“ VA), Klagebefugnis besteht aber nur, soweit eine Beeinträchtigung in eigenen Belangen der Gemeinde möglich erscheint, vgl. BVerwG BayVBl.1982, 216 (Berührung der Selbstverwaltungsgarantie; nicht Art.109 Abs.2 S.2 BayGO, vgl. Art.119 Nr.2 BayGO)
  - \* A.A.: Widerspruchsbescheid ist gegenüber der Gemeinde nur VA und somit mit der Anfechtungsklage angreifbar, wenn die Gemeinde in eigenen Belangen berührt wird

### III. Interne Kontrollen

- Kontrolle der Verwaltung durch den Gemeinderat  
Art.30 Abs.3, 36 S.1 BayGO
- Kontrolle des Gemeinderates durch ersten Bürgermeister  
Art.59 Abs.2 BayGO - Beanstandungspflicht, siehe oben F.IV.3.
- Finanzkontrollen Art.103-107 BayGO  
Rechnungslegung, Rechnungsprüfung (siehe oben H.II.4.), gegebenenfalls „Entlastung“

Lit.: Seewald, Rdnr. 345 ff.

- Petitionsrecht; Bürgerantrag  
Art.56 Abs.3 BayGO, Art.115 Abs.1 BV, Art.17 GG

Lit.: Seewald, Rdnr. 163

VGH München BayVBl. 1968, 361; BVerwG BayVBl. 1991, 152 - Anspruch auf Bescheid, jedoch nicht auf eine Begründung;

- Aufsichtsbeschwerde; Dienstaufsichtsbeschwerde - vgl. Maurer, § 22 Rdnr.33  
Zuständigkeit für Entscheidung u.U. auch beim ersten Bürgermeister entspr. Art.37 Abs.1 Nr.1 BayGO

### IV. Politische Kontrollen

- Bürgerversammlung, Art.18 GG  
für die Gemeinde ein „begrüßenswertes Mittel zur Herstellung einer engen Fühlungnahme zwischen Volk und Gemeindeverwaltung (amtl. Begründung zu Art.18 BayGO zitiert bei Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art.18 GO Rdnr.1)  
Recht auf Ergänzung der Tagesordnung, Art.18 Abs.2 S.1 BayGO
- Bürgerinitiativen, z.B. „Forum Passau“; „Liebenswerte Innstadt“ u.ä.
- Kontrolle durch die Medien

## K. Kommunale Zusammenarbeit

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 444 ff.  
Seewald, Rdnr. 407  
Becker, Rdnr. 611 ff.  
Lissack, S. 240 ff.

### I. Zusammenarbeit nach dem KommZG

Rechtsgrundlagen: KommZG und jeweiliger konkreter (öffentlich-rechtlicher) Vertrag oder Anordnung der Aufsichtsbehörde (vgl. Art.16 Abs.1, Art.28 Abs.2, Art.46 Abs.2 S.1 KommZG)

Art.2 KommZG zählt die zugelassenen Rechtsformen der kommunalen Zusammenarbeit nach dem KommZG auf.

Daneben besteht die Möglichkeit der Zusammenarbeit in privatrechtlichen Formen (z.B. gemeinsamer Fremdenverkehrs-e.V.; gemeinschaftlich betriebene Unternehmen - Wasserversorgungs-GmbH

#### 1. Kommunale Arbeitsgemeinschaft

- Kreis der Beteiligten: Art.4 Abs.1 KommZG
- Art.4 KommZG - „Einfache“ Arbeitsgemeinschaft
- Art.5-6 KommZG - „Besondere“ Arbeitsgemeinschaft (Bindung der Beteiligten an die Beschlüsse der Arbeitsgemeinschaft)

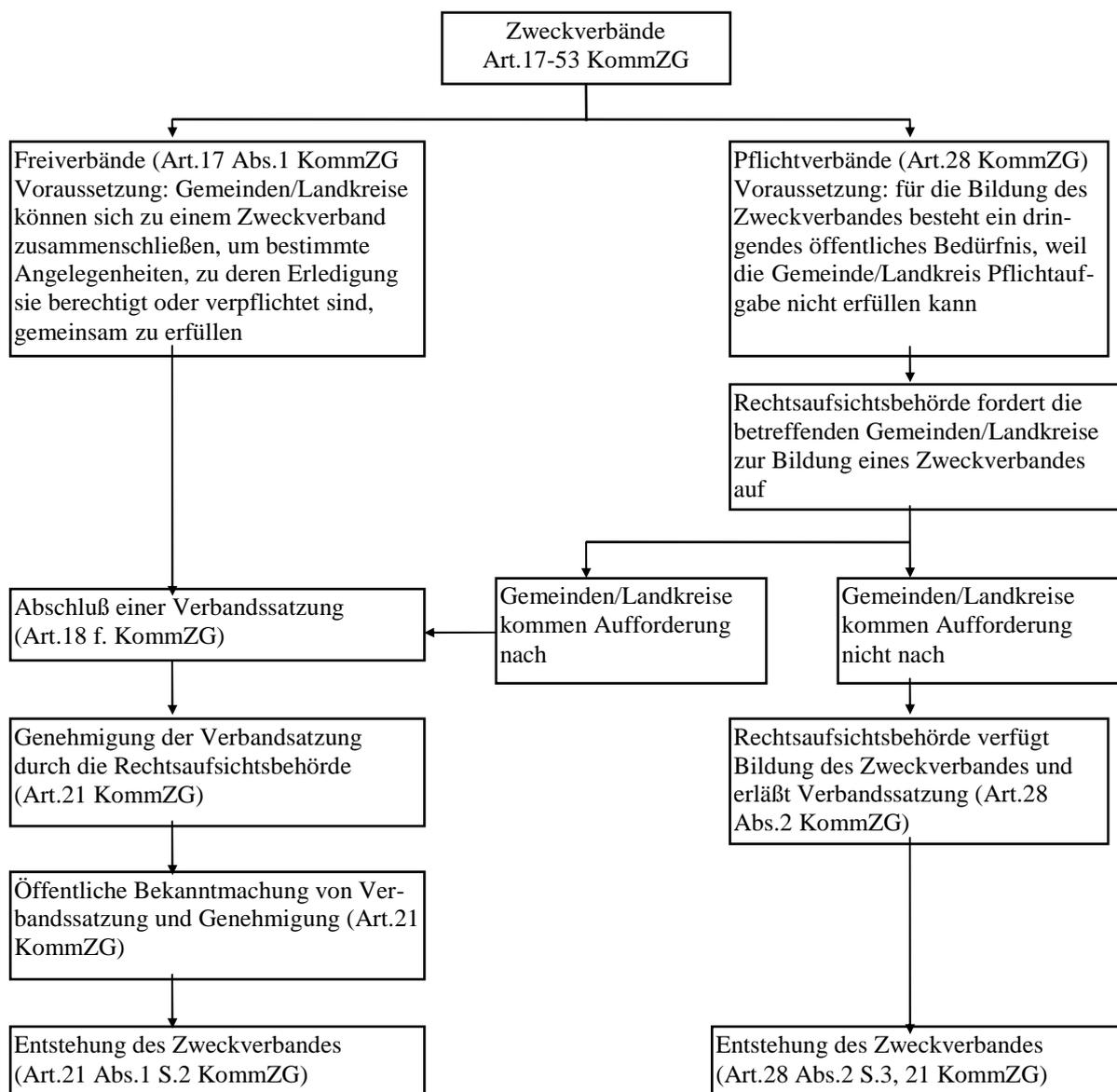
#### 2. Zweckvereinbarung

- Art.7-16 KommZG
- Kreis der Beteiligten: Art.7 Abs.1 KommZG - nur Gemeinden, Landkreise und Bezirke
- Mit Übergang von Aufgaben und Befugnissen (ggf. auch Satzungs- und Verordnungsrecht, vgl. Art.11 KommZG) ändern sich Zuständigkeiten auch „mit Außenwirkung“, auch für Gebietsfremde.
- Gründungsvertrag (Zweckvereinbarung) soll Rechtsnormqualität haben (Knemeyer, Rdnr.338 m.w.N.)
- U.U. auch (unfreiwillige Zweckvereinbarung) „Pflichtvereinbarung“ möglich - Art.16 Abs.2 KommZG

#### 3. Zweckverband

- Art.17 - Art.48 KommZG
- Kreis der Beteiligten – „Mitglieder“ - Art.17 Abs.1, 2 KommZG – auch natürliche und juristische Personen des Privatrechts
- Zumeist **gemeinsame Wahrnehmung einer einzigen Aufgabe**, u.U. auch mehrerer Aufgaben (Art.17 Abs.1 ff. KommZG)
- Freiwilliger Zweckverband („Freiverband“, Art.17 Abs.1 KommZG) und „Pflichtverband“ (Art.28 KommZG)

- **Organisation** einschließlich Aufsicht **ähnlich wie im Gemeinderecht** (vgl. Art.29 ff. – „Verfassung und Verwaltung“, Art. 40 ff. - „Verbandswirtschaft“, Art. 49 ff. - „Aufsicht und Rechtsbehelfe“)
- **Einfluß der Mitglieder** des Zweckverbandes auf dessen Tätigkeit: Art.33 Abs.2 S.4 KommZG - Anweisung der Verbandsräte durch die entsendende Gemeinde
- Bildung von Zweckverbänden nach dem (Bay) KommZG



- Auflösung, vgl. Art.46, 48 i.V.m. 20 KommZG  
VGH Mannheim NVwZ-RR 1990, 215 - Kündigung der Mitgliedschaft in einem Zweckverband

LS 2. Zu den Voraussetzungen, unter denen eine Gemeinde ihre Mitgliedschaft in einem Zweckverband in entsprechender Anwendung des in § 60 BadWürttVwVfG normierten Rechtsgedankens der **clausula rebus sic stantibus** ausnahmsweise kündigen kann (hier: verneint für den Zweckverband Volkshochschule Nördlicher Breisgau).

## II. Die Verwaltungsgemeinschaft

Lit.: Seewald, Rdnr. 419 ff.  
 Becker, Rdnr. 613 ff.  
 Knemeyer, Rdnr. 450 ff.  
 Lissack, S. 241 ff.

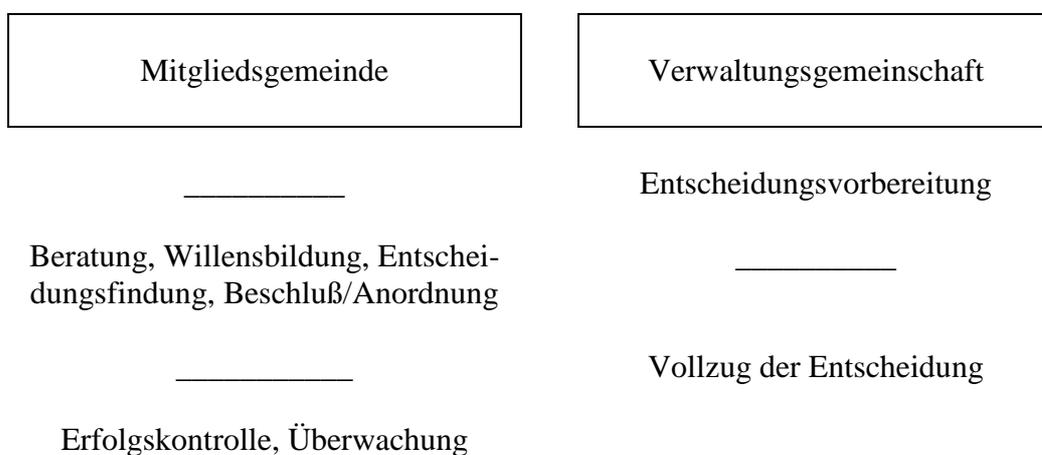
Der Verwaltungsgemeinschaft entspricht die Samtgemeinde (Niedersachsen), die Verbandsgemeinde (Rheinland-Pfalz) oder das Amt (Schleswig-Holstein, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern)

„Zusammenwirken“ im Hinblick auf Aufgabenkomplexe

- Rechtsquellen: Verwaltungsgemeinschaftsordnung für den Freistaat Bayern (Verwaltungsgemeinschaftsordnung - VGemO) - Z/Tr 285; VO über Aufgaben der Mitgliedsgemeinden von Verwaltungsgemeinschaften - Z/Tr 286
- Körperschaft des öffentlichen Rechts, Art.1 Abs.2 VGemO
- „Mitglieder“, Beteiligte: Art.1 Abs.1 S.1 VGemO - benachbarte kreisangehörige Gemeinden
- Aufgaben, Art.4 VGemO i.V.m. VO über Aufgaben der Mitgliedsgemeinden von Verwaltungsgemeinschaften
- Verlagerung der (meisten) Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises von den Mitgliedsgemeinden auf die Verwaltungsgemeinschaft, Art.4 Abs.1 VGemO i.V.m. VO über Aufgaben der Mitgliedsgemeinden von Verwaltungsgemeinschaften
- Einbeziehung der eigenen Aufgaben der Mitgliedsgemeinden in die Tätigkeit der Verwaltungsgemeinschaft, Art.4 Abs.2 VGemO: Verwaltungsgemeinschaft führt die „Aufgaben des eigenen Wirkungskreises“ als Behörde der Mitgliedsgemeinden aus.

### Art.4 Abs.2 VGemO

Aufteilung der Wahrnehmung der Aufgaben des „eigenen Wirkungskreises“



- Möglichkeit der Übertragung einzelner Aufgaben des eigenen Wirkungskreises auf die Verwaltungsgemeinschaft durch Zweckvereinbarung, Art.4 Abs.3 VGemO
- Verwaltungsgemeinschaft als ein „Mehrzweckverband“, vgl. auch Art.4 Abs.4 VGemO

#### BayVerfGH BayVBl. 1978, 426

LS: „... 2. Die den Regierungen gemäß Art.1 Abs.2, Art.2 und 4 Abs.1 und 2 sowie Art.5 des Ersten **Gesetzes zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung** erteilte Ermächtigung zur **Bildung von Verwaltungsgemeinschaften von Amts wegen** ist nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und genügt rechtsstaatlichen Anforderungen.

3. a) Aus Art.11 Abs.2 BV kann nicht hergeleitet werden, daß den Gemeinden, die zur Zeit der Entstehung der Verfassung vorhanden waren, ihre dauernde Erhaltung zugesichert wird, noch ist daraus zu folgern, daß das Selbstverwaltungsrecht und der Aufgabenkreis der Gemeinden in dem Umfang verbürgt sind, wie sie ihnen zur Zeit der Verkündung der Verfassung zustanden.

b) Die **Eingliederung einer Gemeinde in eine Verwaltungsgemeinschaft** hat zwar gewisse Beschränkungen der Verwaltungs- und Personalhoheit der Gemeinde zur Folge, der Wesensgehalt des Selbstverwaltungsrechts wird dadurch jedoch nicht verletzt.

4. a) Die **Personalhoheit** der Gemeinden ist wesentlicher Bestandteil des **Selbstverwaltungsrechts**.

b) Eine den **Wesensgehalt** dieses Rechts berührende **Beschränkung der Personalhoheit** ist bei zutreffender Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über die Verwaltungsgemeinschaft zu verneinen.

c) Die **Mitgliedsgemeinden** wirken durch ihre in die **Gemeinschaftsversammlung** entsandten Vertreter bei Personalentscheidungen der Verwaltungsgemeinschaft mit. Außerdem verbleibt ihnen die uneingeschränkte Personalhoheit für alle Sachaufgaben, die nicht den unmittelbaren Verwaltungsvollzug treffen. Sie können schließlich auch Verwaltungspersonal in geringem Umfang beschäftigen, wenn dies nach Größe der Gemeinde erforderlich ist zu Dienstleistungen im Rahmen der Beschlußfassung des Gemeinderats und zur Erledigung der den Organen der Gemeinde verbliebenen Verwaltungszuständigkeiten.“

#### Ebenso BayVerfGH BayVBl. 1980, 400

LS.3: „Die Gemeinden bilden die Grundlage des Staates und des demokratischen Lebens (Art.11 Abs.4 BV, Art.1 Satz 2 GO). Die Verwirklichung des **Verfassungspostulats in Art.11 Abs.4 BV** setzt daher voraus, daß die Gemeinden über **funktionsfähige Organe** und **Verwaltungen** verfügen, die tatsächlich in der Lage sind, eigenständig und selbstverantwortlich zu entscheiden.“

### III. Exkurs: Die kommunalen Spitzenverbände

Lit.: Knemeyer, Rdnr. 468 ff.  
Seewald, Rdnr. 429 f.

- privatrechtlich organisierter Zusammenschluß
- freiwillige Vereinigung der kommunalen Gebietskörperschaften auf Bundes- oder Landesebene
- Beispiele: Deutscher Städtetag, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Deutscher Landkreistag
- Bayern: (Bayerischer) Gemeindetag, Städtetag, Landkreistag, Verband der Bayerischen Bezirke
- Zweck: Vertretung der kommunalen Interessen bei Regierungen und gesetzgebenden Körperschaften

## L. Landkreise

- Lit.: Knemeyer, Rdnr. 56 ff.  
 Seewald, Rdnr. 373 ff.  
 Becker, Rdnr. 16, 18, 51 ff.  
 Lissack, S. 50f.  
 Schmidt-Aßmann, Rdnr. 136-149  
 Schoch (Hrsg.), Selbstverwaltung der Kreise in Deutschland. Bestand und Perspektiven der kreislichen Selbstverwaltung (mit Beiträgen von Maurer, Schoch, Ferd. Kirchhof, Schmidt-Aßmann), 1996

## I. Der Landkreis als Selbstverwaltungskörperschaft

Art.28 Abs.2 S.2 GG; Art.10 BV; Art.1, 5, 51, 52 LKrO

- Zur Struktur, Organisation und Aufgaben s.o. A. IV. 2.: Skizze „Die Regelungen für die Kommunalen Körperschaften im Vergleich“
- Aufgabenstruktur: vgl. Art.4-6, 51-54 LKrO - Aufgaben im eigenen und im übertragenen Wirkungskreis

### Selbstverwaltungsaufgaben der Landkreise (und kreisfreien Städte)

#### Art.51 LKrO

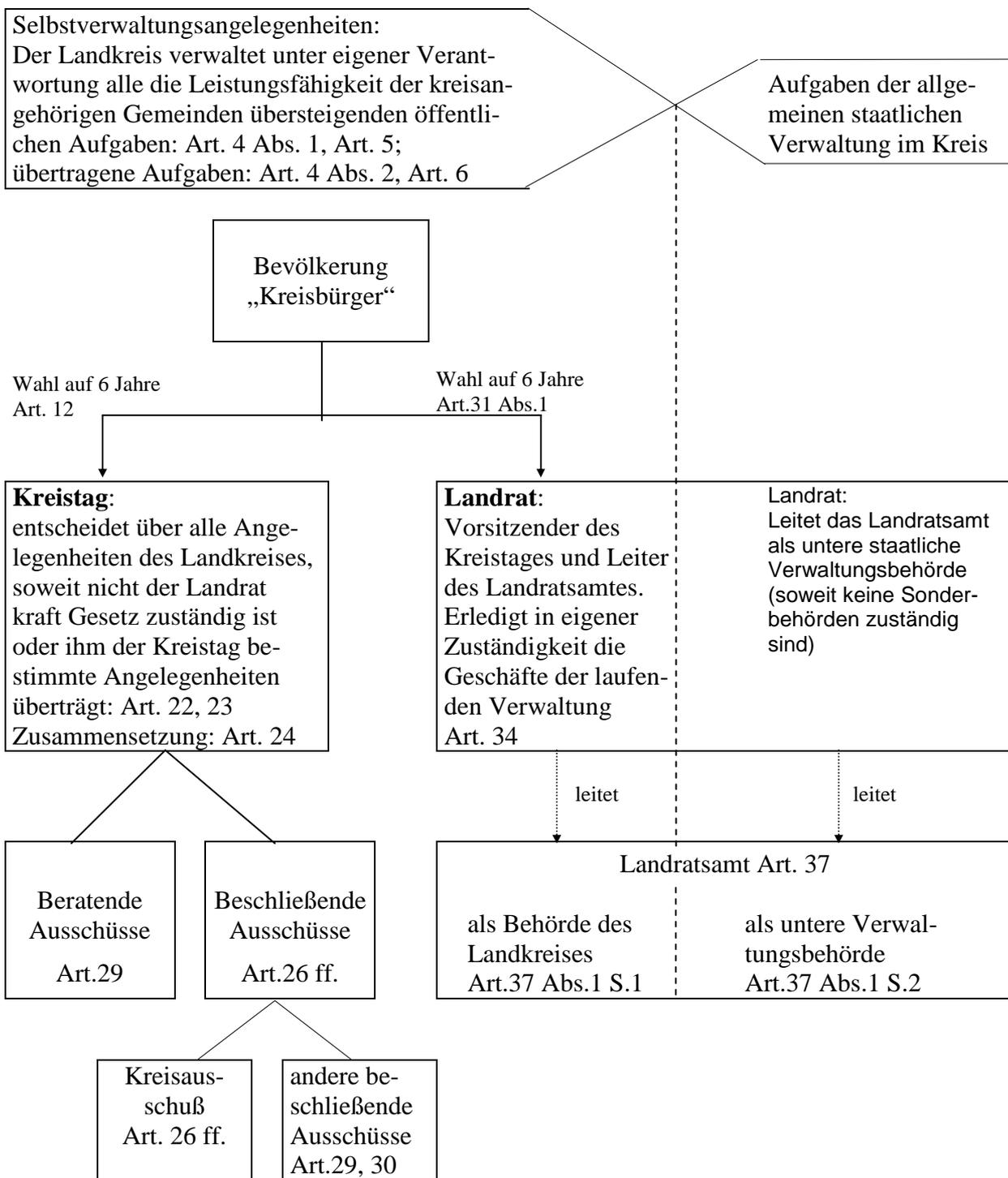
|                           | Pflichtaufgaben Art.51 Abs.2, 3 LKrO   | freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben Art.51 Abs.1, Art.52 LKrO  |
|---------------------------|--|--|
| Basisver- und -entsorgung | Trinkwasserversorgung (Art.51 Abs.3 Nr.2 LKrO)<br>Abfallbeseitigung (Art.3 Abs.1 BayAbfG)  | Allgem.: Unter Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes alle öffentlichen Einrichtungen, die dem wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Wohl der Kreiseinwohner dienen. |
| Soziales und Gesundheit   | Errichtung und Unterhalt von Krankenhäusern, Sicherstellung der Hebammenhilfe (Art.51 Abs.3 Nr.1 LKrO)<br>Kriegsopferfürsorge (Art.1 DG-KOF)<br>„örtliche Aufgaben“ der Sozialhilfe (§ 96 Abs.1 BSHG, Art.1 Abs.1 AGBSHG)<br>Jugendamt (Art.1 Abs.1 JAG) | Insb.: Übernahme von Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeinden im Rahmen des Art.52 LKrO (in erster Linie Pflichtaufgaben)   |
| Bildung und Kultur        | Beteiligung am Denkmalschutz (Art.22 Abs.2 DSchG)<br>Schülerbeförderung (§ 1 SchBefG)<br>Schulaufwand (Art.8 Abs.1 S.2 Nr.2, 3 BaySchFG)   | häufig: Bibliotheken, Theaterzweckverbände   |
| Sport, Freizeit, Erholung | Gartenkultur und Landschaftspflege (Art.51 Abs.3 Nr.2 LKrO)<br>Naturschutz (Art.33 Abs.1 BayNatSchG)   |  |
| Bauwesen                  | Baulandbereitstellung (§ 4 Abs.1 WoFG)<br>Straßenbaulast (Art.41 BayStrWG)<br>Bau von Kreisstraßen   |  |
| Wirtschaft                |  | ausdrücklich genannt: Errichtung von Sparkassen (Art.1 SpKG)   |
| Gefahrenabwehr            | ergänzende Aufgaben im Hinblick auf:<br>Feuersicherheit (Art.2 BayFwG)<br>Tierkörperbeseitigung (Art.1 Abs.1 AG-TierKBG)<br>Katastrophenhilfe (Art.4 Abs.2 BayKSG)   |  |
| Öffentlichkeitsarbeit     |  |  |

- Übergemeindliche Aufgaben und Ergänzungsaufgaben (wegen nicht ausreichender Leistungsfähigkeit der Gemeinden): Art.1 Abs.1 S.1, Art.4 Abs.1 LKrO
- Übernahme von Gemeindeaufgaben unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips, Art.52 LKrO
- Ausgleichsfunktion?  
offengelassen von BVerfGE 58, 177 - Rastede; abgelehnt von BayVGH BayVBl. 1993, 112 - Kreisumlage
- Finanzierung: Art.56 LKrO - besondere Entgelte (Beiträge, Gebühren, privatrechtliche Entgelte), staatliche Finanzaufweisungen aus Steuermitteln, Kreisumlage, Kredite  
Lit.: Thieme, Die Grenzen der Umlagehoheit der Kreise, DVBl. 1983, 965
- Organe: Kreistag Art.23 ff. LKrO, Ausschüsse Art.26 ff. LKrO, Landrat Art. 31 ff., 47, 54 Abs.2 LKrO
- Insb.: Landrat  
Doppelstellung:
  - \* Kreiskommunales Organ; Beamter des Landkreises, Art.31 Abs.1 LKrO; insoweit Bindung an Kreistagsbeschlüsse, Rechts- und Fachaufsicht der Regierung
  - \* Leiter des Landratsamtes als unterer Staatsbehörde (staatliches Organ), Art.37 Abs.6 LKrO; insoweit Bindung an Weisungen der vorgesetzten Staatsbehörde

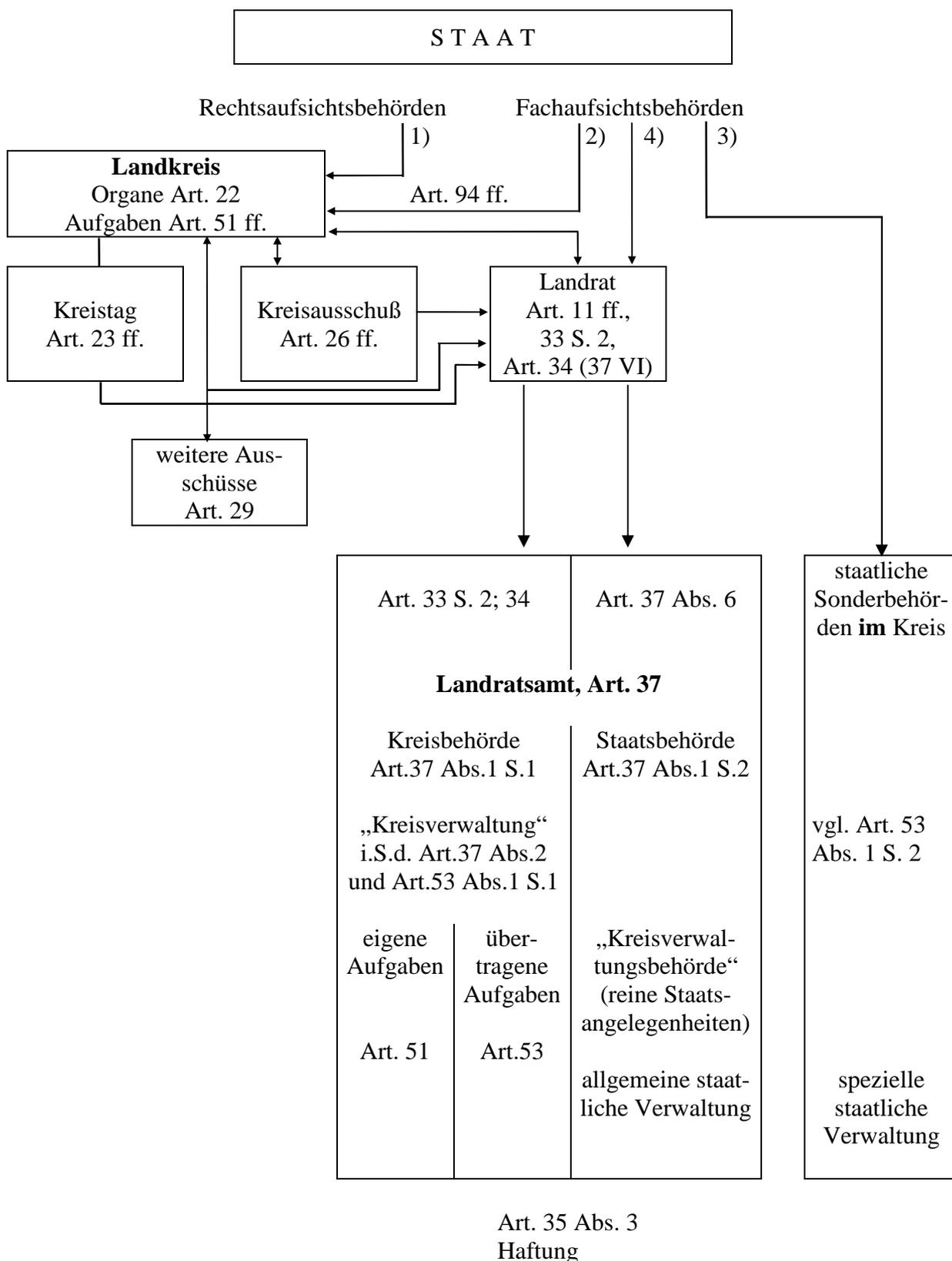
## II. Die staatliche Verwaltung im Kreis

- Art.1 S.2 LKrO – Gebiet des Kreises ist zugleich der Bereich der unteren staatlichen Verwaltungsbehörde
- Art. 37 Abs.1 S.2 LKrO – Landratsamt als zuständige Behörde auch für „rein staatliche Aufgaben“ = Landratsamt als Staatsbehörde, vgl. Art.53 Abs.1 S.2 LKrO = Kreisverwaltungsbehörde, vgl. Art.9 Abs.1 S.1 BayGO
- Art.37 Abs.3 LKrO – personale Ausstattung
- Art.37 Abs.6 LKrO – Landrat als Organ des Staates; Weisungsabhängigkeit nur gegenüber vorgesetzten Dienststellen (Organleihe des Landkreises an den Staat); die Stellung des Landratsamtes als Staatsbehörde zeigt sich auch in Art.3a Abs.2 BayVwVfG.
- Art.35 Abs.3 LKrO – Aufteilung der Haftung für Amtspflichtverletzungen, siehe oben E.I.4.

## Organe des Landkreises (und ihre Zuständigkeiten) – LKrO



### Das Landratsamt im Verwaltungsaufbau



- 1) Rechtsaufsicht
- 2) zuzüglich: Fachaufsicht
- 3) zuzüglich: Dienstaufsicht
- 4) Weisungen der vorgesetzten Behörde

## M. Bezirke

- Lit.: Knemeyer, Rdnr. 64 ff.  
 Seewald, Rdnr. 423 ff.  
 Becker, Rdnr. 16, 19, 51 ff.  
 Lissack, S. 50f.  
 Wolff/Bachof/Stober II, § 86 Rdnr. 49, § 89 Rdnr. 1, 31

## I. Organisation und Aufgaben

Art.9, 10, 185 BV, BezO

- Zur Struktur, Organisation und Aufgaben s.o. A. IV. 2.: Skizze „Die Regelungen für die Kommunalen Körperschaften im Vergleich“
- Aufgabenstruktur: vgl. Art.4-6, 48-52 BezO - Aufgaben im eigenen und im übertragenen Wirkungskreis
- Beispiel: Bezirke als überörtliche Träger der Sozialhilfe (eigener Wirkungskreis) - § 96 BSHG, Art. 5 AGBSHG
- Übernahme von Kreisaufgaben unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips: Art.49 BezO

### Selbstverwaltungsaufgaben der Bezirke, Art.48 BezO

|                           | Pflichtaufgaben (Art.48 Abs.2, 3 BezO)  | Freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben (Art.48 Abs.1, 49 BezO)  |
|---------------------------|---|--|
| Basisver- und -entsorgung | Errichtung und Unterhalt von Krankenhäusern und Rehabilitationszentren (Art.48 Abs.3 BezO, Art.24 AGBSHG)<br>Kriegsopferfürsorge (Art.2 Abs.2 DG-KOF)<br>überörtliche Aufgaben der Sozialhilfe (Art.5 Abs.1 S.1 AGBSHG)<br>Jugendhilfe (Art.44 JAG) | Allgem.: Unter Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes alle öffentlichen Einrichtungen, die dem wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Wohl der Kreiseinwohner dienen.<br>Insb.: Übernahme von Kreisaufgaben im Rahmen des Art.49 BezO |
| Soziales und Gesundheit   |   |  |
| Bildung und Kultur        |   |  |
| Sport, Freizeit, Erholung |   |  |
| Wirtschaft                |   |  |
| Gefahrenabwehr            |   |  |
| Öffentlichkeitsarbeit     | Katastrophenhilfe (Art.4 Abs.2 BayKSG)  | ausdrücklich genannt:<br>Trägerschaft von öffentlichen Schulen (Art.3 Abs.1 S.3 BayEUG)  |

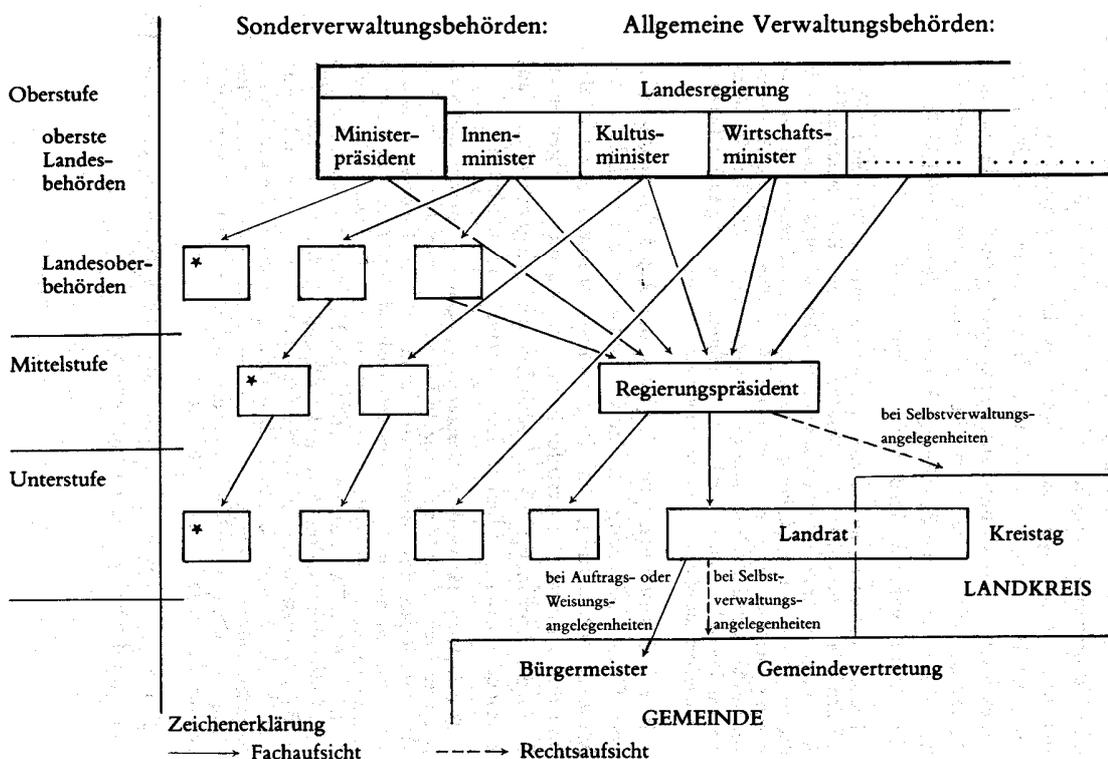
## II. Regierung und Bezirk

Bezirke sind Gebietskörperschaften (Art.1 BezO). Ihr Gebiet ist identisch mit dem eines Regierungsbezirks; die Verwaltung des Bezirks wird in organisatorischem, personellem und sächlichem Verwaltungsverbund mit der Regierung geführt (Art.35 BezO).

Organisationsrechtliche Besonderheit: Art.35-36 BezO.

Verwirklichung des Prinzips der „Einheit der Verwaltung“ für den staatlichen Bereich  
 Anders als im Kreisgebiet gibt es in der Mittelstufe eine „Doppelspitze“: Für die bezirkkommunalen Aufgaben der Bezirkspräsident, für die (bei weitem überwiegenden) Aufgaben der Regierung der Regierungspräsident (Art.36 BezO: Staatsbeamter, von der Staatsregierung im Benehmen mit dem Bezirkstag ernannt).

Einheit der Verwaltung in der Mittelstufe:



Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11.Aufl., S.527

**Organisationsplan einer Regierung**

