

3 Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung

3.1 Gemeinden und Gemeindeverbände als Teil der Landesexekutive

Gemeinden und Gemeindeverbände sind nach der Konzeption des Grundgesetzes wie auch der Landesverfassung staatsorganisationsrechtlich gesehen Teile der Exekutive des Landes.¹ Die obligatorische Gliederung des Landes Nordrhein-Westfalen in Gemeinden und Gemeindeverbände wird in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 LV und Art. 3 Abs. 2 LV abgesichert, ergibt sich aber bereits aus Art. 28 Abs. 2 GG. Zugleich erklärt Art. 78 Abs. 2 LV die Gemeinden und Gemeindeverbände zu „Träger[n] der öffentlichen Verwaltung“. Freilich werden sie zugleich herausgehoben aus der allgemeinen Landesverwaltung, indem ihnen eine eigene Rechtspersönlichkeit als Gebietskörperschaften sowie das „Recht der Selbstverwaltung durch ihre gewählten Organe“ zuerkannt wird (Art. 78 Abs. 1 Satz 1 LV). Notwendiges Korrelat der Selbstverwaltungsgarantie ist die grundsätzliche Beschränkung der Aufsicht des Landes auf die Beachtung der „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“, also die Einhaltung der Gesetze. Somit finden die innerhalb der klassischen Behördenhierarchien des Landes geltenden Instrumente der Dienst- und Fachaufsicht grundsätzlich keine Anwendung.² Weitergehende Weisungs- und Aufsichtsrechte kann sich das Land nach Art. 78 Abs. 4 Satz 2 LV immerhin bei den „Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung“ vorbehalten, deren genaue dogmatische Einordnung eine bis heute nicht abschließend geklärte Streitfrage ist.³

Kehrseite der organisationsrechtlichen Zuordnung der Gemeinden und Gemeindeverbände zur Exekutive des Landes ist, dass die Gemeinden und Gemeindeverbände, von den Besonderheiten der Prozessgrundrechte abgesehen,⁴ nicht als Grundrechtsberechtigte, sondern als Grundrechtsverpflichtete nach Art. 1 Abs. 3 GG (i. V. m. Art. 4 Abs. 1 LV) einzuordnen sind.⁵ Speziell für das Grundrecht der Eigentumsgarantie hat das BVerfG dies in die berühmt gewordene Formel gegossen, dass „Art. 14 als Grundrecht [...] nicht das Privateigentum [schützt], sondern

1 BVerfGE 22, 180 (203); 39, 96 (109); 83, 363 (375); 86, 148 (215); 119, 331 (364); 137, 108 (147 Rn. 90); 150, 1 (93 Rn. 184); *Knemeyer/Webr*, *VerwArch* 2001, 317 (322); *Maurer*, *DVBl.* 1995, 1037 (1040).

2 Zur Frage fachaufsichtlicher Weisungen gegenüber kommunalen Selbstverwaltungsträgern → Kap. 13 Rn. 6 und Rn. 48.

3 → Rn. 35 f.

4 BVerfGE 61, 82 (104); *Mehde*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 19, Stand: November 2012; offen bleibt, ob die Gemeinden eine Individualverfassungsbeschwerde gegen landesverfassungsgerichtliche Entscheidungen auf die Verletzung von Prozessgrundrechten (z. B. das Recht auf den gesetzlichen Richter bei unterbliebener Vorlage nach Art. 100 Abs. 3 GG) stützen können, hiergegen BVerfG (K), *NVwZ* 2004, 980 unter Verweis auf BVerfGE 96, 231 (242 f.); dafür aber *Huber*, *SächsVBl.* 2020, 205 (209), sowie *Dietlein*, in: *BeckOK KommR NRW*, *SystEKommRDe*, Rn. 167 ff.

5 BVerfGE 147, 185 (225 Rn. 83); siehe auch BVerfGE 128, 226 (244); 147, 50 (142 f. Rn. 238 f.); 150, 1 (112 Rn. 232); BVerfG (K), *NVwZ* 2016, 1553 (1554 Rn. 24 ff.).

das Eigentum Privater“⁶. Dies gilt, wie das Gericht zutreffend ausgeführt hat, auch jenseits der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, also im fiskalischen Bereich, da sich die Gemeinden auch hier nicht in einer vergleichbaren „grundrechtstypischen Gefährdungslage“ befinden.⁷ Soweit sich Gemeinden und Gemeindeverbände nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auch nicht auf Art. 19 Abs. 4 GG (i. V. m. Art. 4 Abs. 1 LV) berufen können sollen,⁸ erscheint dies weniger eindeutig. Die Streitfrage dürfte eher akademischer Natur sein, da jedenfalls die verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantien des Grundgesetzes und der Landesverfassung innerhalb ihrer subjektiven Schutzkomponenten zugleich einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz vermitteln.⁹

3.2 Verfassungsrechtliche Selbstverwaltungsgarantie als Fundament des Kommunalrechts

- 3 Dem in weiten Teilen einrichtungsrechtlichen und damit auf gesetzliche Ausgestaltung angelegten Charakter der kommunalen Selbstverwaltungsgarantien nach Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 78 f. LV entspricht es, die Bestimmungen der Gemeindeordnung, der Kreisordnung, der Landschaftsverbandsordnung, aber auch des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit ihrem Wesen nach als gesetzgeberische Umsetzung der den genannten Verfassungsgarantien immanenten Ausgestaltungsaufträge zu verstehen und folgerichtig nach Maßgabe dieser Verfassungsgarantien zu interpretieren. Wenngleich die in Art. 28 Abs. 2 GG bzw. Art. 78 f. LV verbürgte Idee der kommunalen Selbstverwaltung auf eine lange und wechselvolle Geschichte zurückblicken kann,¹⁰ ist die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung selbst – wie im Übrigen die Idee geschriebener Verfassungen insgesamt – neuzeitlicher Natur. Erst mit der Weimarer Reichsverfassung von 1919 gelang eine Absicherung der kommunalen Selbstverwaltung in der Verfassungsurkunde des Gesamtstaates (Art. 127 WRV¹¹); dort zwar – anknüpfend an den Entwurf der Frankfurter Reichsverfassung von 1849¹² – noch im Abschnitt der Grundrechte, aber – wie insbesondere die Wahlrechtsregelung des Art. 17 Abs. 2 WRV deutlich macht – bereits mit der klaren Zuordnung der gemeindlichen

6 BVerfGE 61, 82 (108 f.); auch BVerfGE 138, 64 (84 Rn. 59); *Axer*, in: BeckOK GG, Art. 14 Rn. 39; *Bryde/Walrabenstein*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 14 Rn. 19; krit. *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 14 Rn. 86.

7 BVerfGE 61, 82 (105); zur Funktion der Eigentumsgarantie als Grundlage privater Initiative vgl. auch BVerfGE 24, 367 (389); 52, 1 (30). Zur teilweise abweichenden Systematik in der Landesverfassung des Freistaats Bayern vgl. *Suerbaum*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, Syst-KommRBay, Rn. 52 ff., Stand: Mai 2021.

8 Zuletzt BVerfG (K), Beschluss vom 12. März 2021 – 2 BvR 1673/19 – BeckRS 2021, 5533; siehe auch BVerfGE 129, 108 (118); 150, 1 (105 f. Rn. 216 f.); a. A. aber *Bettermann*, NJW 1969, 1321 (1322); *Dreier*, in: Dreier, GG, Art. 19 Rn. 43; *Ernst*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 19 Rn. 108 (Fn. 481).

9 So zuletzt auch VerfGH NRW, NVwZ-RR 2020, 1 (2) unter Verweis u. a. auf BVerfGE 150, 1 (105 f. Rn. 217); *Mebde*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 45 f., Stand: November 2012.

10 → Kap. 2.

11 Zu früheren Absicherungen auf Landesebene, siehe *Gern/Brüning*, KommR, Rn. 41 f.

12 → Rn. 15ff.

3.3 Verhältnis der Parallelgewährleistungen des Bundes- und Landesverfassungsrechts

Selbstverwaltung zum Staatorganisationsrecht.¹³ Mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes hat die kommunale Selbstverwaltungsgarantie deutlich an Gewicht gewonnen. Der Verfassungsgeber verstand die Stärkung der dezentralen Verwaltungsebene dabei vor allem als Antwort auf die zentralistischen Tendenzen während der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft.¹⁴ Zugleich trafen sich in der Idee der kommunalen Selbstverwaltung vielfältige weitere Denkansätze, die von strategischen Überlegungen zur vertikalen Gewaltenteilung über verwaltungsrechtliche Konzepte der Dezentralisation und bürgernahen Verwaltung bis hin zu naturrechtlichen Erwägungen und zur katholischen Subsidiaritätslehre reichten. Wesentlich ist, dass die Verfassungsgeber auf Bundes- und Landesebene der kommunalen Selbstverwaltung im Sinne eines Aufbaus der Demokratie „von unten nach oben“ eine spezifisch demokratische Funktion beigemessen haben.¹⁵ Von der kommunalen Selbstverwaltung als „Keimzelle der Demokratie“ spricht nicht zuletzt das BVerfG.¹⁶ Erst unlängst bezeichnete der VerfGH Thüringen die mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie anvisierte Aktivierung der Bürger in den Gemeinden in eben diesem Sinne treffend als „Fundament des demokratischen Lebens für Land und Bund“.¹⁷ Einen zusätzlichen Niederschlag fand die kommunale Selbstverwaltung in dem in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 LV verkörperten „Dezentralisierungsprinzip“, mit dem die Gemeinden und Gemeindeverbände als (flächendeckende) Untergliederungen des Landes anerkannt werden.

3.3 Verhältnis der Parallelgewährleistungen des Bundes- und Landesverfassungsrechts

Der fundamentalen Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung für den demokratischen Aufbau und das demokratische Leben in Bund und Ländern entspricht es, dass das Kommunalrecht in den Ländern ganz wesentlich über die Verfassungsvorgaben des Grundgesetzes, hier namentlich des Art. 28 Abs. 2 GG, geprägt wird, die mit ihrem gesamtstaatlichen Geltungsanspruch zugleich das Verständnis und die Auslegung der landesverfassungsrechtlichen Parallelregelungen in Art. 78 f. LV determinieren bzw. mitprägen. Denn auch wenn es das Grundgesetz den Ländern freistellt, zusätzlich zu den Garantien des Art. 28 Abs. 2 GG eigene Selbstverwaltungsgarantien in ihre Verfassungen aufzunehmen,¹⁸ so hat das BVerfG in neuerer Zeit nochmals explizit klargestellt, dass derartige Gewährleistungen, wenn und soweit sie denn Eingang in eine Landesverfassung finden, den grundgesetzlichen Ge-

13 *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDe, Rn. 3; *Mann*, in: BK GG, Art. 28 Rn. 125 f., Stand: Februar 2018; *Mehde*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 2, Stand: November 2012; *Schwarz*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 28 Rn. 129.

14 BVerfGE 79, 127 (149).

15 So BVerfGE 138, 1 (18 Rn. 52); 147, 185 (222 Rn. 77), jeweils unter Verweis auf BVerfGE 47, 253 (275 ff.); 91, 228 (244); vgl. auch Art. 11 Abs. 4 BayVerf; sowie *Knemeyer/Webr*, VerwArch 2001, 317 (327 ff.); *Mann*, in: BK GG, Art. 28 Rn. 132 ff., Stand: Februar 2018; zu weiteren vielfältigen Zielen und Motiven örtlicher Selbstverwaltung vgl. *Katz/Ritgen*, DVBl. 2008, 1525 (1536).

16 BVerfGE 79, 127 (149).

17 VerfGH Thüringen, NJOZ 2017, 1115 (1130 Rn. 139).

18 Vgl. BVerfGE 147, 185 (210 f. Rn. 46 ff.).

währleistungen nicht zuwiderlaufen oder diese unterlaufen dürfen.¹⁹ Dies darf allerdings nicht, wie in der Vergangenheit überwiegend angenommen, in einer gleichsam „statischen“ Weise dahingehend missverstanden werden, dass die Landesverfassungen im Falle eigenstaatlicher Normierungen den grundgesetzlichen Schutzstandard stets vollumfänglich absichern bzw. „spiegeln“ müssten, einen eigenen Spielraum also allenfalls in Richtung einer Ausdehnung der grundgesetzlichen Garantien besäßen.²⁰ Vielmehr geht es allein darum, dass sich die Länder mit ihren Parallelgewährleistungen nicht in einen inhaltlichen Widerspruch zu den grundgesetzlichen Vorgaben stellen dürfen. Eine Pflicht zur inhaltlichen „Spiegelung“ der grundgesetzlichen Garantien ergibt sich hieraus nicht. Sie wäre schon deshalb schwer begründbar, weil die grundgesetzlichen Vorgaben bereits aus sich heraus eine uneingeschränkte und vollumfängliche Bindung auch der Staatsgewalt der Länder bewirken.²¹ Auch verfassungsprozessual ergibt sich die Notwendigkeit eines parallellaufenden landesverfassungsrechtlichen Schutzstandards nicht, nachdem das BVerfG die Subsidiarität der kommunalen Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG nicht länger allein formal danach bestimmt, ob den Gemeinden nach dem Landesverfassungsprozessrecht die Möglichkeit der Anrufung des jeweiligen Landesverfassungsgerichts offensteht, sondern im Wege einer materiellen Betrachtung zudem danach, ob der landesverfassungsprozessual gegebene Rechtsbehelf materiell den durch Art. 28 Abs. 2 GG vorgegebenen Schutzstandard jedenfalls im Wesentlichen wahr.²² Im Ergebnis folgt hieraus nämlich, dass das BVerfG ungeachtet des Subsidiaritätsgrundsatzes des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG stets eine „Reservezuständigkeit“²³ für die Wahrung derjenigen Garantiegehalte der kommunalen Selbstverwaltung behält, die durch die Landesverfassung bzw. die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte keinen adäquaten Schutz erfahren.

- 5 Vor diesem Hintergrund bedarf die tradierte Interpretation des Art. 28 Abs. 2 GG als bundesrechtliche „Mindestgarantie“ heute einer differenzierenden Betrachtung.²⁴ Danach verbleibt dem Verfassungsgesetzgeber auf Landesebene neben der Möglichkeit einer Übernahme bzw. einer erweiternden Gewährleistung der Selbstverwaltungsgarantie des Grundgesetzes durchaus auch die Option, von einer solchen „Doppelung“ insgesamt abzusehen oder die grundgesetzlichen Gewährleistungen lediglich teilweise nochmals eigenständig in der Landesverfassung abzusichern. Entscheidend ist in diesem Fall, dass der vollständige oder teilweise Verzicht auf die eigenständige landesverfassungsrechtliche Absicherung der Garantien des Art. 28 Abs. 2 GG die Verbindlichkeit der grundgesetzlichen Vorgaben nicht in

19 BVerfGE 147, 185 (211 f. Rn 48 f.); *Lindner* AöR 2018, 437 (459); *Lindner*, DÖV 2018, 235 (238); vgl. auch *Huber*, SächsVBl. 2020, 205 (206 und 208).

20 So statt vieler etwa *Hellermann*, in: BeckOK GG, Art. 28 Rn. 27; *Schoch*, JURA 2001, 121; *Tettinger*, in: Löwer/Tettinger, LV NRW, 2002, Art. 78 Rn. 12.

21 Zum Charakter von Art. 28 Abs. 2 GG als Durchgriffsnorm vgl. etwa *Dreier*, in: Dreier, GG, Art. 28 Rn. 83; *Engels*, in: Sachs, GG, Art. 28 Rn. 39; *Huber*, NdsVBl. 2011, 233 (234); *Ingold*, DÖV 2010, 134 (138); *Lindner*, AöR 143 (2018), S. 437 (453 f.); *Mann*, in: BK GG, Art. 28 Rn. 144 ff., Stand: Februar 2019; *Rüten*, NVwZ 2018, 114 (116); *Schwarz*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 28 Rn. 143.

22 → Rn. 112.

23 → Rn. 112.

24 Vgl. dazu schon *Dietlein/Peters*, Kommunale Selbstverwaltung im Föderalstaat, 2017, S. 32 ff.

Frage stellt. Insofern kann eine Landesverfassung etwa bei ansonsten vollumfänglicher Übernahme der grundgesetzlichen Selbstverwaltungsgarantie gleichwohl auf die eigenständige Gewährleistung eines örtlichen Aufgabenschutzes der Gemeinden gegenüber den Gemeindeverbänden verzichten, die dann allein über die grundgesetzliche Garantie erfolgte.²⁵ Verwehrt wäre es ihr aber, den Garantien des Art. 28 Abs. 2 GG ein landesverfassungsrechtliches Selbstverwaltungskonzept gegenüberzustellen, das die grundgesetzlichen Gewährleistungen unterliefe, also dessen Schutzstandard relativierte. Nicht mit Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar sein dürfte es daher, wenn eine Landesverfassung – was in NRW freilich nicht der Fall ist – für örtliche Aufgaben abweichend von dem Regelungsmodell des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG eine gleichwertige Aufgabenzuständigkeit von Gemeinden und Kreisen vorsehen würde.²⁶ In der dogmatischen Grundkonzeption deckt sich diese Sichtweise mit dem vom BVerfG zuvor bereits für die Landesgrundrechte entwickelten Modell von Eigenständigkeit und Bindung in Bezug auf die über Art. 1 Abs. 3 GG ebenfalls mit umfassender Bindungswirkung ausgestatteten Bundesgrundrechte.²⁷

3.4 Garantieebenen der Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 78 f. LV

Ausgehend von der grundgesetzlichen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG werden auf der objektiv-rechtlichen Ebene traditionell zwei Garantiebereiche unterschieden: nämlich zum einen die auf die Errichtung von Gemeinden und Gemeindeverbänden bezogene „Rechtssubjektgarantie“²⁸, zum anderen die auf die Verwirklichung von kommunaler Selbstverwaltung gerichtete „Rechtsinstitutionsgarantie“.²⁹ Die letztgenannte Garantie erstreckt sich dabei nach traditioneller Sicht sowohl auf die eigenverantwortliche Wahrnehmung der gemeindlichen Aufgaben mitsamt der hierzu erforderlichen „Selbstverwaltungsinfrastruktur“, insbesondere im Bereich Personal, Organisation und Finanzen,³⁰ als auch auf die den Kommunen zuzuordnenden Aufgaben selbst. Die hierbei angenommene gesetzgeberische Zuweisungsbedürftigkeit auch der örtlichen Angelegenheiten zu den Gemeinden erweist sich angesichts der verfassungsunmittelbaren Festlegung in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als nicht überzeugend. Die gemeindliche Aufgabengarantie ist insoweit richtigerweise aus der ansonsten umsetzungsbedürftigen „Rechtsinstitutionsgarantie“ auszuklammern und als eigene Garantie zu erfassen.³¹ Soweit die tradierte Systematisierung der Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung schließlich die aus der Verfassungsgarantie entspringenden subjektiv-öffentlichen Schutzrechte der Kommunen einer dritten eigenständigen Schutzebene un-

25 Zum Hochzoningsschutz auch gegenüber den Gemeindeverbänden → Rn. 26.

26 Problematisch und unter Missachtung von Vorlagepflichten aus Art. 100 Abs. 3 GG hierzu etwa LVerfG LSA, LKV 2016, 125 (130), mit einer nachfolgenden Befassung durch das BVerfG (BVerfGE 147, 185 ff.).

27 BVerfGE 96, 345 (345 ff.); hierzu eingehend *Dietlein*, JURA 2000, 19 (19 ff.).

28 → Rn. 7 ff.

29 Zu dieser Systematik grundlegend *Stern*, in: BK GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 62 ff. (Zweitbearb. 1964); eingehend hierzu *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDe, Rn. 35 ff.

30 → Rn. 49 ff.

31 → Rn. 21.

ter dem Begriff der „subjektiven Rechtsstellungsgarantie“ zuordnet,³² bedarf auch dies heute einer differenzierenden Fortschreibung. Denn jegliche subjektiv-öffentlichen Rechte finden ihr Bezugsobjekt richtigerweise in Normen des objektiven Rechts und können daher nicht getrennt von diesen Normen gesehen werden.³³

3.4.1 Schutz der Gemeinden und Gemeindeverbände als Institutionen und im individuellen Bestand

- 7 Wesentliche Anforderung des Art. 28 Abs. 2 GG wie auch des Art. 78 Abs. 1 und 2 LV ist zunächst, dass es Gemeinden und Gemeindeverbände als untere und eigenständige Ebenen des Staatsaufbaus geben muss. Adressiert wird diese Pflicht an den Landesgesetzgeber als dem für die innere Organisation des Landes zuständigen Gesetzgeber. Für die Pflicht zur Schaffung einer gemeindlichen und gemeindeverbandlichen Ebene hat sich im wissenschaftlichen Sprachgebrauch der etwas sperrige Begriff der „Rechtssubjektgarantie“ etabliert, der mit Blick auf die primäre Funktion des Art. 28 Abs. 2 GG als (objektives) Staatsaufbauprinzip auch als „institutionelle“ Rechtssubjektgarantie bezeichnet wird.³⁴

3.4.1.1 Gattungsmäßige Gewährleistung der Gemeinden und Gemeindeverbände

- 8 Was zunächst die institutionelle Seite der Rechtssubjektgarantie betrifft, handelt es sich im Sinne einer einrichtungsrechtlichen Garantie bzw. einem objektiven Staatsaufbauprinzip um einen an den zuständigen Landesgesetzgeber gerichteten Gestaltungsauftrag, Gemeinden und Gemeindeverbände als eigenständige Ebenen des Staatsaufbaus zu schaffen und zu erhalten. Für die Umsetzung dieses Gestaltungsauftrags formulieren Bundes- und Landesverfassung konkrete und im Ergebnis gleichlaufende Direktiven (Konstitutionselemente bzw. Leitlinien).

3.4.1.1.1 Verfassungsbegriff der Gemeinden

- 9 Namentlich im Hinblick auf die Gemeinden ist zu den maßgeblichen Verfassungsdirektiven des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 78 Abs. 1 Satz 1 LV zu zählen, dass es sich
- um gebietskörperschaftlich verfasste Gebilde handelt, denen daher eine eigene Rechts- und Geschäftsfähigkeit zukommt,
 - diese Gebilde die unterste staatliche Verwaltungsebene darstellen,
 - diese Gebilde eine „örtliche Gemeinschaft“ umfassen oder zumindest hervorzubringen imstande sind,

32 BVerfGE 140, 99 (109 f. Rn. 19); 150, 1 (105 Rn. 217); Dreier, in: Dreier, GG, Art. 28 Rn. 94; Schwarz, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 28 Rn. 158 f.

33 Zu den subjektiven Rechten als „Teilmenge aus dem Recht im objektiven Sinne“ etwa *Mauver/Waldhoff*, Allg. VerwR, § 8 Rn. 3.

34 Vgl. grundlegend *Stern*, in: BK GG, Art. 28 Rn. 62 ff. (Zweitbearb. 1964); hieran anknüpfend *Ernst*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 28 Rn. 80; *Hellermann*, in: BeckOK GG, Art. 28 Rn. 34 ff.; *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 28 Rn. 52 ff.; *Schoch*, VerwArch 1990, 18 (24 ff.); *Schwarz*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 28 Rn. 155; *Schmidt-Aßmann*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, 2001, S. 803 (812 ff.); *Suerbaum*, in: Dreier, Macht und Ohnmacht des GG, 2009, S. 75 (85 ff.); *Tettinger*, in: HkWP, Bd. 1, § 11 Rn. 4 f.; aus der Rechtsprechung auch BVerfGE 50, 50 (50); 59, 216 (227); 86, 90 (107); 103, 332 (366); 138, 1 (19 Rn. 53); 147, 185 (223 Rn. 78).

- die Gemeinden entsprechend der Aufgabengarantie³⁵ mit einer örtlichen Allzuständigkeit ausgestattet sind sowie
- innerhalb ihres örtlichen Wirkungskreises entsprechend der Rechtsinstitutionsgarantie kommunaler Selbstverwaltung³⁶ eine im Grundsatz autonome Regelungsbefugnis besitzen und
- korrelierend hiermit im Grundsatz allein einer (landes-)staatlichen Rechtsaufsicht unterworfen sind.³⁷

Was die grundgesetzlichen Vorgaben in Bezug auf die Bildung von Gemeinden angeht, so dürfte gerade das „weiche“ Kriterium der örtlichen Gemeinschaft in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG eine der zentralen Verfassungsdirektiven für die gesetzliche Bildung und ggf. auch Umbildung von Gemeinden darstellen, geht es der gemeindlichen Selbstverwaltung doch gerade darum, die Erkennbarkeit der gemeindlichen Aufgaben als „eigene Angelegenheiten“ der Bürger zu gewährleisten und die Bürger hierdurch zur aktiven Beteiligung an der örtlichen Aufgabenerledigung zu motivieren.³⁸ Zu Recht formuliert das BVerfG: „Die Gemeinden sind keine beliebigen dezentralen Verwaltungsuntergliederungen, sondern selbstständige Gemeinwesen, die auch in der Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerfüllung ihren Bürgern ein überzeugender Anlass für ihre lokale politische Identifikation sein sollen.“³⁹ Zentrale Funktionsbedingung für die verfassungsrechtlich angestrebte lokale politische Identifikation ist dabei die „Überschaubarkeit des Raumes“, denn nur in diesem lokalen Kontext kann es gelingen, die örtlichen Angelegenheiten als eigene Aufgaben der Bürgerschaft erkennbar zu machen und die Bürger gleichsam „von den Zuschauerrängen auf die Bühne“ des demokratischen Prozesses zu holen.⁴⁰ Eben dies ist gemeint, wenn die kommunale Selbstverwaltung in der Judikatur als „Keimzelle der Demokratie“⁴¹ bezeichnet wird.

Dass die Umsetzung aller genannten Verfassungsvorgaben, gerade auch, soweit es um „weiche“ Faktoren wie die Sicherstellung einer örtlichen Identität als Voraussetzung für eine örtliche Gemeinschaft geht, ein nicht unerhebliches Maß an legislativer Einschätzung voraussetzt, steht außer Frage. Gleichwohl wird man um die ernüchternde Feststellung nicht umhinkommen, dass eine verfassungsgerichtliche Kontrolle von Neugliederungsgesetzen gerade in Bezug auf die Wahrung lokaler Identifikation de facto nicht erfolgt⁴² und die Verfassungsjudikatur der forciert

35 → Rn. 19 ff.

36 → Rn. 49 ff.

37 Vgl. umfassend dazu *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDe, Rn. 41 ff.

38 *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDe, Rn. 1.

39 BVerfGE 107, 1 (14); siehe auch BVerfGE 79, 127 (150).

40 Vgl. dazu auch VerfGH Thüringen, NJOZ 2017, 1115 (1123).

41 Siehe hierzu BVerfGE 79, 127 (149); *Vofßkuble/Kaufhold*, JuS 2017, 728.

42 Das Thema immerhin ansprechend LVerfG LSA, NVwZ-RR 2014, 289 (289 ff.), unter Bezugnahme auf StGH BW, NJW 1975, 1205 (1205 ff.); VerfGH RLP, Urteil vom 18. März 2016 – VG N 9/14 u. a. – BeckRS 2016, 44326, Rn. 126; zurückhaltend auch BVerfGE 86, 90 (111), wo zwar konstatiert wird, dass sich „die fehlende Akzeptanz [...] nachteilig auf die notwendige Integration und die zu wahrende örtliche Verbundenheit der Einwohner [...] auswirken“ kann, zugleich aber eine Korrektur missglückter Territorialreformen aus Gründen der Rechtssicherheit und des Bestandsschutzes nur als gerechtfertigt angesehen wird, wenn mit einem Schwinden der fehlenden Akzeptanz in einem über-

voranschreitenden Entwicklung in Richtung immer großflächigerer kommunaler Gebietseinheiten bislang kaum etwas entgegenzusetzen vermochte. Dies gilt namentlich für die im Rahmen von Neugliederungsmaßnahmen immer wieder als Gemeinwohlgrund bemühte Theorie der „positiven Skaleneffekte“, die trotz ihrer rein ökonomischen Betrachtungsweise von den Verfassungsgerichten als Rechtfertigung für fortschreitende Gebietsausdehnungen auf Ebene der Gemeinde und gemeindeverbandlicher Ebene akzeptiert wird.⁴³ Diese notorische Kraftlosigkeit der verfassungsgerichtlichen Judikatur gegenüber rein ökonomisch ausgerichteten Territorialreformen⁴⁴ muss umso mehr erstaunen, als die Gerichte die Anforderungen an die Hochzonung bzw. Entörtlichung einzelner örtlicher Aufgaben – zu Recht – sehr hoch ansetzen.⁴⁵ Der gegenüber dem Entzug einzelner örtlicher Aufgaben hochgehaltene Gedanke, dass es die Verfassung selbst ist, die mit der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung dem demokratischen Ziel der örtlichen Partizipation und Teilhabe Vorrang vor der Idee einer verwaltungstechnisch und ökonomisch optimierten Zentralverwaltung einräumt,⁴⁶ gilt richtigerweise aber in gleicher Weise für „horizontale“ Entörtlichungsprozesse als Folge einer ungebremsten flächenmäßigen Erweiterung von kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften. Denn auch diese führen letztlich dazu, dass sich die verfassungsrechtlichen Zielvorgaben örtlicher Teilhabe und Partizipation in den größeren Einheiten vermindern oder gar verflüchtigen.⁴⁷ Vor diesem Hintergrund mag die Zusammenlegung von Gemeinden legitim sein, wenn sie die einzige Möglichkeit zur Sicherung der für die Wahrnehmung örtlicher Angelegenheiten erforderlichen Verwaltungskraft ist. Als Instrument zur bloßen ökonomischen Optimierung der Gemeindeverwaltung laufen solche Zusammenlegungen dagegen der verfassungsrechtlichen Dezentralisierungsentscheidung zuwider. Für das Land Nordrhein-Westfalen dürfte die Thematik freilich ohnehin auf absehbare Zeit von der Tagesordnung gestrichen sein. Denn mit den in den kommunalen Gebietsreformen der 60er- und 70er-Jahre des letzten Jahrhunderts⁴⁸ und der hiermit bewirkten radikalen Reduktion der Anzahl der Gemeinden von 2.365 auf 396 dürften die Konzentrationspotentiale auf der gemeindlichen Ebene mehr als erschöpft sein. Angesichts der vorliegenden Größenordnung kann nicht davon ausgegangen werden, dass die zentralen Ziele der kommunalen Selbstverwaltung bei einer über das heutige Maß hinausgehenden Zusammenführung von Städten und Gemeinden noch irgendwie erreichbar bleiben. Vereinzelt Gedankenspiele in Richtung einer weiteren Fusionierung von

schaubaren Zeitraum nicht zu rechnen ist und zudem negative Rückwirkungen auf die Leistungsfähigkeit der Selbstverwaltung der neugegliederten Gemeinde zu erwarten sind.

43 Vgl. aus der Rechtsprechung eingehend VerfGH RLP, NVwZ-RR 2015, 761 (764 Rn. 130 ff.).

44 Vgl. etwa VerfGH RLP, Urteil vom 29. Juni 2015 – VG N 7/14 – BeckRS 2015, 48128, betreffend eine Fusion von Verbandsgemeinden mit dem Ziel, finanzielle Synergieeffekte zu erzielen.

45 → Rn. 26 ff.

46 BVerfGE 79, 127 (153).

47 Zutreffend in diese Richtung bereits *Köttgen*, Kommunale Selbstverwaltung zwischen Krise und Reform, 1968, S. 1 (13), der auf den „kommunalen Substanzverlust“ durch Eingemeindungen hinweist, der „nach Möglichkeit vermieden werden sollte“.

48 → Kap. 2 Rn. 70 ff.

Ruhrgebietsstädten zu einer einheitlichen „Ruhrstadt“⁴⁹ sind jedenfalls höchst kritisch zu sehen.

3.4.1.1.2 Verfassungsbegriff der Gemeindeverbände

Für die Gemeindeverbände gelten die vorgenannten Direktiven demgegenüber mit deutlichen Abstrichen, wobei immerhin der gebietskörperschaftliche Charakter sowie die aus der Rechtsinstitutionsgarantie⁵⁰ fließende autonome Regelungszuständigkeit mit einer grundsätzlich auf die Rechtsaufsicht beschränkten Aufsicht in gleicher Weise verbindlich sind. Ein eigenständiges Konstitutionselement besteht für den Gemeindeverband aufgrund der verfassungsrechtlich vorgegebenen Verzahnung mit der gemeindlichen Ebene, wie sie für die Kreise als Prototyp des Gemeindeverbandes über eine unmittelbare Verbandszugehörigkeit der Gemeinden bewirkt wird. Dagegen fehlt bei den Gemeindeverbänden eine verfassungsrechtliche Vorfestlegung auf einen bestimmten, etwa territorial radizierten Aufgabenbestand (siehe Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG⁵¹), sodass auch das lokale Identifikationserfordernis zwar nicht gänzlich aufgehoben wird, aber doch weniger zentral sein dürfte als bei den Gemeinden.⁵² Immerhin wird man aber auch für Gemeindeverbände als zentrales Wesenselement hervorheben müssen, dass diese „in größerem Umfange öffentliche Aufgaben von einigem Gewicht als Selbstverwaltungsaufgaben wahrnehmen“⁵³.

Ob und inwieweit die institutionelle Rechtssubjektgarantie der Gemeindeverbände eine Bestandsgarantie speziell für die Kreise als die typische und tradierte Form eines Gemeindeverbandes umfasst, erscheint nicht eindeutig, wird mit Blick auf die Erwähnung der Kreise in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG sowie Art. 78 Abs. 1 Satz 2 und 3 LV allerdings zumeist bejaht.⁵⁴ Unabhängig hiervon steht die Einrichtung einer Kreisebene der in Nordrhein-Westfalen zusätzlich hierzu realisierten Einrichtung einer weiteren gemeindeverbandlichen Ebene in Gestalt der Landschaftsverbände nicht entgegen, sodass in Nordrhein-Westfalen zwei Gemeindeverbandsebenen existieren. Die aus den kreisfreien Städten und den Kreisen gebildeten Landschaftsverbände partizipieren somit in gleicher Weise an der Verfassungsgarantie und können diesen Schutz damit auch verfassungsprozessual geltend machen.⁵⁵

Zu beachten bleibt aber, dass nicht allen vom einfachen Gesetzgeber als Gemeindeverband bezeichneten Körperschaften ein entsprechender Verfassungsstatus zu-

49 Vgl. dazu – in Richtung eines freiwilligen Kommunalverbunds – etwa LT-Drs. 13/2452.

50 → Rn. 6.

51 → Rn. 39 ff.

52 So auch VerfGH Thüringen, Beschluss vom 21. Dezember 2018 – VerfGH 32/18 – BeckRS 2018, 35415, Rn. 29 unter Bezugnahme auf VerfGH Thüringen, NJOZ 2017, 1115 (1129 Rn. 132). Bemerkenswert ist, dass die Überschaubarkeit gleichwohl zumal im gemeindeverbandlichen Kontext diskutiert wird, siehe *Ernst*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 28 Rn. 182.

53 BVerfGE 52, 95 (109 und 112); zum fehlenden Erfordernis einer Allzuständigkeit der Gemeindeverbände vgl. *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDE, Rn. 45.

54 Zur Diskussion *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDE, Rn. 46; siehe auch *Heusch*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRNRW, Rn. 8.

55 → Rn. 115; zum Verfassungsstatus der Landschaftsverbände grundlegend VerfGH NRW, NVwZ-RR 2001, 617 (618); *Dietlein*, in: ders./Hellermann, ÖffR NRW, § 1 Rn. 195; *Schönenbroicher*, in: Heusch/Schönenbroicher, LV NRW, Art. 78 Rn. 12; a. A. etwa *Eblers*, DVBl. 2001, 1601.

kommt. Der insbesondere in Art. 78 Abs. 2 LV zum Ausdruck kommenden Idee der Gemeinden und Gemeindeverbände als maßgebliche Akteure innerhalb ihres räumlichen Wirkungskreises entspricht es vielmehr, die lediglich für die Wahrnehmung von Einzelaufgaben errichteten Zweckverbände vom Schutz der Verfassungsgarantie auszunehmen.⁵⁶ Auch wenn der Zweckverband daher in § 5 Abs. 2 GkG NRW als „Gemeindeverband“ bezeichnet wird, fehlt ihm das durch Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG bzw. Art. 78 Abs. 2 LV vorausgesetzte Format als Gebietskörperschaft mit hinreichendem eigenen Aufgabenbestand. Entsprechendes wird auch im Hinblick auf den Regionalverband Ruhr⁵⁷ anzunehmen sein, auch wenn dieser in Art. 78 Abs. 1 Satz 2 und 3 LV im Kontext wahlverfahrenrechtlicher Vorgaben neuerdings explizit genannt wird.⁵⁸ Dagegen ist die als Gemeindeverband errichtete Städteregion Aachen⁵⁹ Rechtsnachfolger des aufgelösten Kreises Aachen und damit verfassungsrechtlich – ebenso wie die Kreise – als Gemeindeverband i. S. d. Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 78 Abs. 1 und 2 LV anzusehen.

3.4.1.2 (Eingeschränkt) individuelle Rechtssubjektgarantie

- 15 Dass die verfassungsrechtliche Rechtssubjektgarantie entgegen ihrer tradierten Bezeichnung als eine „institutionelle“, allein auf die Wahrung der Institution Gemeinde bzw. Gemeindeverband bezogene Garantie nicht nur ein abstraktes Staatsaufbauprinzip ist, sondern zugleich Schutzvorgaben in Bezug auf die Rechtsstellung der einzelnen Gemeinden und Gemeindeverbände bereithält, steht heute im Ergebnis außer Frage.⁶⁰ Diese individuelle Seite der Rechtssubjektgarantie formuliert zwar keinen absoluten Bestandsschutz zugunsten bestehender Gemeinden und Gemeindeverbände, wie dies bei der „institutionellen“ Garantie der gemeindlichen und gemeindeverbändlichen (Verwaltungs-)Ebene der Fall ist. Immerhin aber enthält sie konkrete Verfahrens- und Rechtfertigungsanforderungen (Anhörungserfordernis/Gemeinwohlrechtfertigung), die im Rahmen territorialer Neugliederungen zur Geltung kommen. Mit dieser modernisierten Sicht der verfassungsrechtlichen Rechtssubjektgarantie erübrigt sich zugleich die tradierte, normsystematisch wenig überzeugende Zuordnung möglicher subjektiver Rechte der Gemeinden und Gemeindeverbände zu einer eigenständigen, von der objektiven Garantieebene zu trennenden „subjektiven Rechtsstellungsgarantie“.⁶¹ Denn die in

56 BVerfGE 52, 95 (110 und 112); BVerfGE 140, 254 (249); VerfGH NRW, NVwZ-RR 2001, 617; aus der Lit. *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDE, Rn. 47; *Gern/Brüning*, Dt. KommR, Rn. 1544; *Mehde*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 130, Stand: November 2012.

57 → Kap. 10 Rn. 3.

58 So zu Recht *Schönenbroicher*, in: Heusch/Schönenbroicher, LV NRW, Art. 78 Rn. 13; im Ergebnis so wohl auch *Heusch*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRNRW, Rn. 8; *Grawert*, LV NRW, Art. 78 Erl. 2; a. A. aber *Görisch*, in: Schlacke/Wittreck, LandesR NRW, § 3 Rn. 15; zur Einordnung als „höherstufiger Gemeindeverband“ nur im Zusammenhang mit Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG vgl. VerfGH NRW, Urteil vom 21. November 2017 – 15/16 – BeckRS 2017, 132339, Rn. 130.

59 Vgl. das Gesetz zur Bildung der Städteregion Aachen vom 26. Februar 2008 (GV. NRW. S. 162).

60 Zu den unterschiedlichen dogmatischen Erklärungsversuchen → Rn. 6.

61 So ist darauf zu verweisen, dass das subjektiv-öffentliche Recht seine Grundlage und seine Grenzen im objektiven Recht findet, also nicht ohne eine objektiv-rechtliche Anbindung existiert. Grundlegend *Jellinek*, System der subjektiv-öffentlichen Rechte, 2. Auflage 1905, bes. S. 9; vgl. hierzu auch *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDE, Rn. 38.

vorgenanntem Sinne erweiterte „institutionelle und individuelle Rechtssubjektgarantie“ vermittelt hinsichtlich ihrer individualbezogenen Schutzwirkungen unzweifelhaft zugleich auch subjektiv-öffentliche Rechte, die von der betroffenen Gemeinde bzw. dem betroffenen Gemeindeverband (verfassungs-)gerichtlich geltend gemacht werden können. Verfassungsprozessual steht den Gemeinden und Gemeindeverbänden zur Wahrung ihrer Rechte, auch über ihre formale Auflösung hinaus,⁶² der Rechtsbehelf der kommunalen Verfassungsbeschwerde zur Verfügung.⁶³ Freilich bleiben die Schutzgehalte der individuellen Rechtssubjektgarantie im Rahmen der hiermit angesprochenen Territorialreformen eher begrenzt und prozeduraler Natur.

Dies gilt zumal für das formale Erfordernis einer (ergebnisoffenen) Anhörung der betroffenen Kommunen, auch wenn das Anhörungserfordernis – ebenso wie das weitere Erfordernis der materiellen Gemeinwohlrechtfertigung von Neugliederungsmaßnahmen – vom BVerfG dem Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie zugeordnet wird.⁶⁴ In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung wird in Bezug auf die Anhörung teilweise für ausreichend gehalten, wenn diese durch die planungsführende Exekutive („ministerielle Anhörung“) vorgenommen wird.⁶⁵ Diese Sichtweise überzeugt nicht. Sie übersieht die strukturelle Unterlegenheit des Neugliederungsgesetzgebers gegenüber der Exekutive, die über eine eigene Anhörung kompensiert werden muss. Um die Gemeinden und Gemeindeverbände nicht zum bloßen Objekt staatlicher Planung werden zu lassen, hat der Gesetzgeber sich einen eigenen Eindruck von der Situation zu verschaffen, der nicht durch den „Filter der Verwaltung“ gelaufen ist. Nur so wird sein materiell weitreichender Entscheidungsspielraum in Bezug auf Gebietsänderungen hinreichend ausgeglichen.⁶⁶ Die Äußerungen der Gemeinden und Gemeindeverbände im Rahmen der Anhörung können nicht als Geschäft der laufenden Verwaltung⁶⁷ eingeordnet werden und setzen insoweit die Beschlussfassung durch die Vertretungskörperschaften voraus.⁶⁸ Hierauf ist bei der Bemessung der Anhörungsfrist Rücksicht zu nehmen.⁶⁹ Ist dem Erfordernis einer ordnungsgemäßen Anhörung nicht genügt, ist das Gebietsänderungsgesetz nichtig,⁷⁰ ohne dass es eines Kausalitätsbeweises bedarf.⁷¹

Auch hinter dem materiellen Erfordernis einer Rechtfertigung von Neugliederungsmaßnahmen durch Gründe des Gemeinwohls stehen vorwiegend prozedurale

62 Vgl. VerfGH NRW, OVG 26, 270, 271; *Dietlein*, in: *Dietlein/Hellermann*, ÖfRR NRW, § 1 Rn. 244. 63 → Rn. 113 ff.

64 BVerfGE 86, 90 (107).

65 VerfGH RLP, Urteil vom 11. Januar 2016 – N 10/14 – juris, Rn. 105; dem folgend *Wansleben*, in: *Held/Winkel/Wansleben*, KVerfR, § 19 GO NRW Erl. 2, Stand: Dezember 2018.

66 Vgl. auch *Dietlein/Thiel/Manns/Höhlein*, Zwangsfusion von Gemeinden, 2013, S. 21 ff.; *Dietlein*, in: *BeckOK KommR NRW*, SystEKommRDe, Rn. 53.3.

67 → Kap. 5 Rn. 130 ff.

68 Vgl. auch *Lange*, KommR, Kap. 4 Rn. 87.

69 Vgl. allgemein zur sachgerechten Bemessung der Anhörungsfrist schon *Stern/Bethge*, Anatomie eines Neugliederungsverfahrens, 1977, S. 21 ff.

70 VerfGH NRW, OVG 26, 306 (316).

71 So auch LVerfG LSA, NVwZ-RR 2013, 396 (397); die noch vom LVerfG LSA, LKV 2007, 125 vertretene Position, dass fehlende Kausalität den Anhörungsfehler unbeachtlich werden lässt, dürfte das LVerfG LSA damit aufgegeben haben.

Anforderungen, mit denen die Rechtsprechung dem planungsrechtlichen Charakter dieser Maßnahmen Rechnung tragen will. Hierbei hat sich ein dreistufiges Prüfungsraster etabliert.⁷² Dieses Raster nimmt zunächst das „legislative Entschließungsermessen“ auf mögliche Fehler bzw. sachwidrige Motive in den Blick. Auf der zweiten Stufe erfolgt sodann eine Kontrolle der Leitlinien und Leitbilder eines Neugliederungsvorhabens, die ebenfalls zurückhaltend erfolgt und eine Beanstandung allein evident ungeeigneter Leitlinien zulassen soll. Auf der dritten Stufe werden schließlich die ordnungsgemäße Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts, die Einbeziehung aller abwägungsrelevanten Entscheidungsparameter in den Abwägungsprozess sowie die systemkonforme, d. h. widerspruchsfreie Umsetzung der Leitlinien und Leitbilder im Einzelfall geprüft. Auch Fragen der Verhältnismäßigkeit können hier eine Rolle spielen, etwa wenn im Falle der Zusammenlegung von zwei Gemeinden, mit der der Leistungsschwäche lediglich einer der beiden Gemeinden entgegengewirkt werden soll, deren Eingemeindung Vorrang vor einer Fusion hat, die rechtlich den Untergang für beide Gemeinden zur Folge hätte.⁷³ Nicht zuletzt wird es aus Gründen der Verhältnismäßigkeit stets erforderlich sein, vor der Durchführung zwangsweiser Neugliederungsmaßnahmen die Möglichkeiten einer freiwilligen Zusammenlegung von Kommunen auszuloten und ggf. zu fördern. Vereinzelt Erfolge gegen legislative Neugliederungsmaßnahmen basieren nahezu durchgängig auf Beanstandungen im Rahmen dieser dritten Prüfungsebene.⁷⁴

- 18 Soweit auch die §§ 15 ff. GO NRW (einfachgesetzliche) Regelungsvorgaben in Bezug auf formalgesetzliche Änderungen von Gemeindegrenzen formulieren (siehe § 19 Abs. 3 Satz 1 GO NRW), entfalten diese Regelungen aufgrund der bloßen Verfassungsgebundenheit des Parlamentsgesetzgebers (Art. 20 Abs. 3 GG) diesem gegenüber keine eigenständige Bindungswirkung. Immerhin sind die dortigen Regelungen im Rahmen administrativ durchzuführender Grenzänderungen zu beachten (siehe § 19 Abs. 3 Satz 2 GO NRW).

3.4.2 Schutz der gemeindlichen und gemeindeverbandlichen Aufgaben (Aufgabengarantie)

- 19 Im Fokus verfassungsrechtlicher Auseinandersetzungen um die kommunale Selbstverwaltungsgarantie steht in den meisten Fällen die Frage nach dem Aufgabenbereich der kommunalen Selbstverwaltungsträger. Angesprochen ist hiermit die Frage der verfassungsrechtlichen Schutzrechte der Kommunen gegenüber einem Aufgabenentzug („Hochzonung“) durch den Staat, wie er insbesondere in der gesetzlichen Hochzonung örtlicher Aufgaben von den nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zuständigen Gemeinden auf höhere Verwaltungsebenen liegt. Nicht minder relevant, wenngleich deutlich weniger im Fokus der Verfassungsdebatten ist die Frage nach

72 Siehe z. B. VerfGH Thüringen, NJOZ 2017, 1115 (1123 Rn. 77); eingehend *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDe, Rn. 56 m. w. N.; siehe zum verfassungsgerichtlichen Prüfprogramm umfassend auch *Dietlein/Thiel/Manns/Höblein*, Zwangsfusion von Gemeinden, 2013, S. 35 ff.

73 Zu den gesteigerten Anforderungen an die Realisierung einer „passiven Fusionspflicht“ eingehend VerfGH RLP, Urteil von 18. März 2016 – VG N 9/14 u. a. – BeckRS 2016, 44326, Rn. 128.

74 Vgl. etwa LVerfG MV, DVBl. 2017 S. 1102; SächsVerfGH, LKV 2000, 21 (21 ff.); VerfGH RLP, KommJur 2015, 335 (335 ff.).

möglichen verfassungsrechtlichen Grenzen einer Überbürdung staatlicher Aufgaben auf die kommunale, insbesondere gemeindliche Ebene. Sie wird heute vornehmlich im Kontext finanzieller Ausgleichspflichten nach dem Konnexitätsprinzip diskutiert,⁷⁵ kann aber keineswegs vollständig aus dem Themenkomplex der verfassungsrechtlichen Aufgabengarantie herausgelöst werden. Denn mit der zwangswise Inanspruchnahme der Gemeinden für die Erfüllung nicht-örtlicher Aufgaben werden notwendigerweise zugleich deren Verwaltungsressourcen „zweckentfremdet“ und geschmälert, die für die in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG angestrebte selbstverantwortliche Wahrnehmung der örtlichen Aufgaben notwendig sind.⁷⁶

Normsystematisch werden auch hier die grundlegenden Weichenstellungen durch das Grundgesetz selbst getroffen, die in der Landesverfassung aufgenommen, teilweise „gespiegelt“ und (insbesondere in finanzieller Hinsicht) auch ausgebaut werden. Innerhalb des aufgabenspezifischen Schutzmodells ist wiederum zwischen den Gemeinden und den Gemeindeverbänden zu differenzieren, die hinsichtlich ihrer Aufgabenausstattung unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Bedingungen unterworfen sind. 20

3.4.2.1 Örtliche Aufgabenzuständigkeit der Gemeinden

3.4.2.1.1 Grundgesetzliche Vorgaben

Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Abwehrrecht gegen Aufgabenhochzonen

Eine weitreichende Gewährleistung des Aufgabenbestands trifft Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG im Hinblick auf die Gemeinden. Für sie muss das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Gemeint ist damit ein grundsätzlich freies Befassungsrecht innerhalb des örtlichen Wirkungskreises (Recht auf Spontaneität), das zugleich Raum für Priorisierungen belässt und auch die Möglichkeit einer (zumindest zeitweisen) Nichtbefassung mit örtlichen Themen einschließt.⁷⁷ Wurde diese Garantie, wie die Selbstverwaltungsgarantie insgesamt, in der Vergangenheit im Sinne eines legislativen Ausgestaltungsauftrags begriffen, die nach Maßgabe eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses dem „Prinzip der dezentralen Aufgabenwahrnehmung“ zu folgen habe,⁷⁸ deutet sich in neuerer Zeit eine begrüßenswerte Neujustierung in Richtung einer abwehrrechtlichen Deutung der gemeindlichen Aufgabengarantie an.⁷⁹ So lässt sich Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, indem er eine klare Zuordnung der örtlichen Aufgaben zu den Gemeinden vorgibt, durchaus im Sinne einer verfassungsunmittelbaren Kompetenzzuweisung aller örtlichen Angelegenheiten an die Gemeinden verstehen, die keiner ausgestaltenden Zuweisungsentscheidung 21

75 → Rn. 80 ff.

76 → Rn. 29.

77 Zur Frage einer materiellen Privatisierung örtlicher Aufgaben im Kontext kommunaler Einrichtungen → Kap. 8 Rn. 25.

78 Vgl. zur Einordnung als Aufgabenverteilungsprinzip BVerfGE 79, 127 (150 f.); 83, 363 (383); 91, 228 (236); 110, 370 (400); 137, 108 (156 f. Rn. 114); 138, 1 (19 Rn. 54); 147, 185 (223 Rn. 79); vgl. auch *Röhl*, in: Schoch, Bes. VerwR, Kap. 2 Rn. 31 ff.

79 Hierzu eingehend *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDe, Rn. 37.

mehr bedarf.⁸⁰ Legislative Hochzonungen örtlicher Angelegenheiten auf höhere Ebenen sind nach dieser Lesart des Grundgesetzes also nicht etwa von der Regel abweichende und daher rechtfertigungsbedürftige Ausgestaltungen der Selbstverwaltungsgarantie, sondern finale und daher rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in den verfassungsrechtlich vorformulierten Schutzgegenstand der Aufgabengarantie. Aus dem vermeintlichen Ausgestaltungsvorbehalt („im Rahmen der Gesetze“) wird auf diese Weise ein genuiner Begrenzungsvorbehalt. Die praktischen Auswirkungen dieser konkurrierenden Sichtweisen bleiben freilich gering, zumal auch das BVerfG die Aufgabengarantie bei formalem Festhalten an einem einrichtungsrechtlichen Verständnis seit der Rastede-Entscheidung de facto abwehrrechtlich prüft⁸¹ und in neueren Entscheidungen sogar explizit ausführt, dass benannter Ausgestaltungsvorbehalt letztlich wie ein Begrenzungsvorbehalt wirke.⁸² Immerhin folgt aus der hier vertretenen Neuausrichtung, dass die abwehrrechtliche Deutung der gemeindlichen Aufgabengarantie keinen Raum mehr für die vom BVerfG in der Vergangenheit eingeschränkt eröffnete legislative Einschätzung bei der Einordnung öffentlicher Aufgaben als solche örtlicher oder überörtlicher Art belässt.⁸³ Stattdessen ist richtigerweise eine verfassungsunmittelbare Zuordnung nach Maßgabe der Definitionsmerkmale des Begriffs der örtlichen Angelegenheiten vorzunehmen. Ob hierbei im Einzelfall auch „Mischaufgaben“ mit sowohl örtlichen als auch überörtlichen Bezügen denkbar sind,⁸⁴ mag hier offenbleiben; jedenfalls wären diese von der gemeindlichen Aufgabengarantie miterfasst.⁸⁵ Nicht zuletzt lassen es die abwehrrechtliche Deutung der Aufgabengarantie sowie die spezifischen Anforderungen an Aufgabenhochzonungen folgerichtig erscheinen, die gemeindliche Aufgabengarantie entgegen der bisherigen Systematik nicht länger als Teil der „objektiven Rechtsinstitutionsgarantie“ mit ihren klassischen „Gemeindehoheiten“ (Personal-, Planungs-, Organisations-, Finanz- und Rechtssetzungshoheit) zu begreifen, die in ihrem unzweifelhaft einrichtungsrechtlichen Charakter eine völlig andere dogmatische Struktur aufweist.⁸⁶

80 *Dietlein*, in: *Dietlein/Hellermann, ÖfFR NRW*, § 1 Rn. 189; *Dietlein*, in: *BeckOK KommR NRW, SystEKommRDe*, Rn. 87 m. w. N.; *Engels*, *Die Verfassungsgarantie kommunale Selbstverwaltung*, 2014, S 145 ff.; *Ehlers*, in: *Ehlers/Krebs, Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts*, 2000, S. 59 (72); *Henneke*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG*, Art. 28 Rn. 45; *Knemeyer/Wehr*, *VerwArch* 2001, 317 (333); *Schmidt-Aßmann*, in: *FS 50 Jahre BVerfG*, S. 803 (820); *Schoch*, in: *FG Schlebusch*, 2006, S. 11 (19).

81 Vgl. *BVerfGE* 79, 127 (143); 107, 1 (12); 110, 370 (402); 138, 1 (20 Rn. 56); 147, 185 (236 Rn. 111).

82 So ausdrücklich *BVerfGE* 138, 1 (20 Rn. 56); 147, 185 (224 Rn. 81).

83 Vgl. zu dieser Rechtsprechung etwa *BVerfGE* 79, 127 (153 f.); 110, 370 (401); 138, 1 (17 Rn. 48); 147, 185 (221 Rn. 73).

84 Für die Anerkennung von Aufgaben mit „örtlich-überörtlichem Substanzgemisch“ vgl. etwa *OVG RLP, DVBl.* 1999, 846 (848) daran anknüpfend *Ritgen*, *ZG* 2016, 263 (270); z.T. wird auch von „Gemengelagen“ gesprochen, vgl. *Gern/Brüning*, *Dt. KommR*, Rn. 81; *Röhl*, in: *Schoch, Bes. VerwR*, Kap. 2 Rn. 36; *Schmidt-Aßmann*, in: *FS Sandler*, 1991, S. 121 (129); zur Abgrenzung von Querschnittsaufgaben, die sich in örtliche und überörtliche Aspekte aufteilen lassen, vgl. *Dietlein*, in: *BeckOK KommR NRW, SystEKommRDe*, Rn. 88.3; *Gern/Brüning*, *Dt. KommR* Rn. 91 ff.; *Peters*, in: *Linien der Rechtsprechung des BVerfG V*, S. 423 (437).

85 *Dietlein*, in: *BeckOK KommR NRW, SystEKommRDe*, Rn. 87.2 und Rn. 88.3; *Peters*, in: *Linien der Rechtsprechung des BVerfG V*, S. 423 (437).

86 → Rn. 6.

Begriff der örtlichen Angelegenheiten

Die Schutzgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG bezieht sich auf alle Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft. Der den Gemeinden solchermaßen zugewiesene Aufgabenkreis⁸⁷ wird vom BVerfG dahin bestimmt, dass er solche Aufgaben umfasst, „die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben“⁸⁸. Diese in Rechtsprechung⁸⁹ und Schrifttum⁹⁰ vielfach reproduzierte Formel lässt allerdings Fragen offen, weil die in ihr enthaltenen Kriterien – Gemeinschaft, örtlich, wurzeln, spezifischer Bezug – eher vage sind.⁹¹ Die unbestreitbaren Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von örtlichen und überörtlichen Aufgaben sind als überwindbar einzustufen. Einen ersten Ansatzpunkt bietet die Interpretationshilfe des BVerfG, wonach Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft diejenigen Bedürfnisse und Interessen darstellen, die „den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen“.⁹² Es geht also um diejenigen Fragen, die gerade den spezifisch örtlichen Verbund betreffen und sich dadurch von denjenigen Fragen abheben, die darüber hinausgehend den überregionalen, landes- oder gar bundesstaatlichen Verbund insgesamt betreffen. Ein anschauliches Beispiel für die hiernach zu vollziehende Differenzierung liefert die gewiss wohlge-meinte Regelung einer nordrhein-westfälischen Gemeinde, ortsansässigen Familien zur Geburt eines Kindes eine „Aufwendungsbeihilfe“ zu gewähren, die als familiärer Lastenausgleich die mit der Geburt des Kindes verbundene wirtschaftliche Mehrbelastung abmildern sollte. Die Regelung fand vor dem OVG NRW keine Gnade. Denn mit ihr werde ohne spezifischen Ortsbezug ein Lastenausgleich sozialpolitischer Art installiert, der neben das vom Bund gewährte Kindergeld trete.⁹³ In der Tat ist die Frage der Familienförderung ein gesamtstaatliches Thema, dem damit der spezifisch lokale Bezug fehlt. Mangels kompetenzieller Grundlage war das Vorgehen der Gemeinde daher rechtswidrig. Grundsätzlich nicht dem örtlichen Aufgabenkreis der Gemeinden zugehörig sind nach diesen Maßstäben auch Beschlussfassungen von Gemeinden, ihr Gebiet zur „atomwaffenfreien Zone“ zu erklären. Die Zuständigkeit für die Wahrnehmung dieser Aufgaben liegt nach dem grundgesetzlichen Kompetenzgefüge sowohl im Hinblick auf die Gesetzgebung als

87 Vgl. etwa *Stern*, in: BK GG, Art. 28 Rn. 85 ff. (Zweitbearb. 1964); von *Mutius*, Gutachten 53. DJT, S. 17 ff.; a. A. *Burmeister*, Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, 1977, S. 71.

88 BVerfGE 8, 122 (134); 50, 195 (201); 52, 95 (120); 79, 127 (151); 110, 370 (400); 137, 108 (176 f. Rn. 163).

89 Vgl. etwa VerfGH NRW, NWVBl. 1991, 187 (188); OVG NRW, NVwZ 1984, 325 (326).

90 Ewa *Ernst*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 28 Rn. 94; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 28 Rn. 26; *Mebde*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 28 Rn. 50, Stand: November 2012; *Pagenkopf*, Kommunalrecht, Bd. 1, S. 50; *Stern*, in: BK GG, Art. 28 Rn. 86 (Zweitbearb. 1964); verfeinernd *Schmidt-Jortzig*, DÖV 1993, 973 (974).

91 BVerfGE 138, 1 (16 Rn. 46), 147, 185 (220 Rn. 71); zur Problematik der Feststellung eines örtlichen Bezugs im Einzelfall auch *Clemens*, NVwZ 1990, 834 (841); *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDE, Rn. 88: „schwierig und streitanfällig“; *Lange*, ZG 2018, 75 (77)

92 BVerfGE 79, 127 (151 f.).

93 OVG NRW, OVG 44, 234 (237).

auch im Hinblick auf die Verwaltung ausschließlich beim Bund.⁹⁴ Eine abweichende Beurteilung kann sich allenfalls dort und insoweit ergeben, als gemeindliche Beschlussfassungen zu spezifisch örtlichen Aspekten möglicher Stationierungsentscheidungen Stellung nehmen, also etwa zu tektonischen Besonderheiten oder den Auswirkungen auf das Zusammenleben der Menschen in der örtlichen Gemeinschaft.⁹⁵ Übertragen lassen sich diese Erwägungen auch auf gemeindliche Erklärungen zum Einsatz von Gentechnik,⁹⁶ im Zusammenhang mit Freihandelsabkommen wie TTIP oder CETA⁹⁷ sowie Fragen des Klimaschutzes.⁹⁸ Es ist zudem stets zu prüfen, ob es sich nicht möglicherweise um „Querschnittsaufgaben“ handelt, die sich inhaltlich in örtliche und überörtliche, womöglich auch allgemeinpolitische Sektoren aufteilen lassen. Nicht ausreichend für die Einordnung als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft ist dagegen, dass die betreffende Fragestellung oder Materie für die Gemeinde rechtlich oder tatsächlich von Bedeutung ist bzw. sie davon berührt wird. Dies wird man selbst für solche Fragen anzunehmen haben, die – wie etwa das Thema der landesgesetzlichen Einführung kommunaler Sperrklauseln – für den politischen Willensbildungsprozess auf kommunaler Ebene von unmittelbarer Relevanz sind. Denn ungeachtet dieser Bedeutung erscheint eine örtliche Radizierung dieser Frage im Sinne eines „spezifischen“ Bezugs gerade zum Zusammenleben der Menschen vor Ort schwer nachweisbar. Vielmehr geht es um eine auf der überörtlichen Ebene angesiedelte (allgemein-)politische Grundsatzfrage, die sich folgerichtig der Entscheidung „vor Ort“ entzieht. Insofern dürften sich dann aber auch Appelle von Gemeinderäten an die Landesgesetzgebung zur (Wieder-)Einführung kommunaler Sperrklauseln nicht ohne Weiteres auf die örtliche Allzuständigkeit der Gemeinden gründen lassen.⁹⁹

- 23 Im Rahmen der Konturierung örtlicher Aufgaben ist auch der historischen Zuordnung lange Zeit große Bedeutung beigemessen worden. Das BVerfG hat diesen Ansatz in der Rastede-Entscheidung deutlich relativiert.¹⁰⁰ In der Tat wird man den spezifisch örtlichen Bezugsrahmen immer auch unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen und technischen Entwicklungen zu bestimmen und ggf. neu zu vermessen haben,¹⁰¹ sodass tradierte örtliche Aufgaben aus dem örtlichen Wirkungskreis „herauswachsen“ und andere – wie etwa „städtisches WLAN“ – im örtlichen

94 So auch OVG NRW, OVG 37, 68 (72); vgl. zur Auseinandersetzung auch *Engels/Krausnick*, KommR, Teil 1 § 3 Rn. 18; vgl. auch bereits BVerfGE 8, 122 (133 f.).

95 Vgl. BVerfGE 87, 228 (233); zu den „örtlichen radizierten Gründen“ auch *Faber*, DVBl. 2016, 835 (888 f.); noch weitergehend *Gern/Brünig*, Dt. KommR, Rn. 88, die auch antizipatorische Beschlüsse (sog. Vorratsbeschlüsse) der Gemeinden für zulässig erachten.

96 *Greiner*, KommunalPraxis BY, 2004, 376 (377).

97 *Faber*, DVBl. 2016, 885 (885 ff.); *Scheidler*, VR 2015, 369 (369 ff.).

98 Vgl. *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDe, Rn. 88.3.

99 Unbeachtet bleibt diese Frage im Urteil des OVG NRW, NVwZ 2018, 318 ff., betreffend das Rede-recht eines Ratsmitgliedes, das wohl nicht verletzt wäre, wenn das Thema insgesamt gar nicht im Rat hätte diskutiert werden dürfen; zur Abgrenzung überörtlicher und örtlicher Aufgaben vgl. *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDe, Rn. 88.3; zur Abschichtung von Aufgaben in örtliche und überörtliche Aspekte vgl. auch *Peters*, in: Linien der Rechtsprechung des BVerfG V, S. 423 (437).

100 BVerfGE 79, 127 (152).

101 *Geerlings*, NWVBl. 2008, 90 (91).

Wirkungskreis neu entstehen können. Immerhin wird man historischen Zuordnungen eine zumindest indizielle Wirkung beimessen können.¹⁰²

Nicht abschließend geklärt erscheint nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG immerhin die Bedeutung der Leistungskraft der Gemeinde im Rahmen der Eingrenzung und Konturierung der örtlichen Aufgaben. Zwar hat das BVerfG im Rastede-Beschluss der bis dahin verbreiteten Beschränkung der örtlichen Angelegenheiten auf solche Aufgaben, die von der örtlichen Gemeinschaft „eigenverantwortlich und selbstständig bewältigt werden können“¹⁰³, zu Recht eine klare Absage erteilt; in der Tat kann es auf die Verwaltungskraft der Gemeinde nach den vorgenannten Kriterien nicht ankommen.¹⁰⁴ Gleichwohl bleiben die Ausführungen des Gerichts in dieser Frage alles andere als eindeutig. Wenn nämlich das BVerfG in der gleichen Entscheidung ausführt, die Abgrenzung von örtlichen und überörtlichen Angelegenheiten habe „unter Orientierung an den Anforderungen zu erfolgen, die an eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung zu stellen sind“¹⁰⁵, und zudem eine Differenzierung nach der Größe der jeweiligen Gemeinde empfiehlt, so zeigen sich hier durchaus Relikte jener Sichtweise, die die Leistungsfähigkeit der gemeindlichen Ebene aktiv als Abgrenzungsmerkmal herangezogen hatte.¹⁰⁶ Gleichwohl erscheint die Neujustierung des Begriffs der örtlichen Angelegenheiten und dessen Abgrenzung von Fragen der Leistungsfähigkeit der Gemeinde in der Sache zutreffend und zum Schutz der örtlichen Aufgabenzuständigkeit unerlässlich. Denn nur auf diese Weise können Aufgabenhochzonen, die sich auf mangelnde Leistungsfähigkeit der Gemeinde berufen, der notwendigen Rationalitätskontrolle unterzogen werden, ohne aufgrund legislativer Einschätzungen gleichsam a priori aus dem Schutzgegenstand der Verfassungsgarantie „hinausdefiniert“ zu werden. Nicht zuletzt bestätigt und sichert allein eine von Fragen der Leistungsfähigkeit abgekoppelte Interpretation des Begriffs der örtlichen Aufgaben die ebenfalls verfassungsrechtlich abgesicherte Option der kooperativen Wahrnehmung dieser Aufgaben durch mehrere Gemeinden als einem gegenüber der gesetzlichen Aufgabenhochzonen milderen Mittel.¹⁰⁷

Ungeachtet der weitgehenden Klärung der Definitionsmerkmale der „örtlichen“ Aufgaben ergeben sich in der konkreten Fallanwendung naturgemäß immer wieder neue Fragen. Beispielhaft kann hierfür auf den Streit um die gemeindliche Zuständigkeit zum Verbot der Aufstellung von Grabsteinen auf einem gemeindlichen

102 Siehe *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDE, Rn. 88 m. w. N.; siehe auch BVerfGE 138, 1 (18).

103 So BVerfGE 8, 122 (134); 50, 195 (201); 52, 95 (120).

104 BVerfGE 79, 127 (152); ebenso 110, 370 (400); 138, 1 (19 Rn. 53 und 27 Rn. 73); 147, 185 (223 Rn. 78); *Dreier*, in: *Dreier*, GG, Art. 28 Rn. 101; *Engels*, in: *Sachs*, GG, Art. 28 Rn. 46.

105 BVerfGE 79, 127 (153); 138, 1 (20 Rn. 56 und 21 Rn. 58); 147, 185 (225 f. Rn. 84 und Rn. 86); vgl. auch *Dreier*, in: *Dreier*, GG, Art. 28 Rn. 117; *Engels*, in: *Sachs*, GG, Art. 28 Rn. 70.

106 Kritisch *Engels*, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, 2014, S. 470 f.; siehe auch *Henneke*, *Aufgabenzuständigkeit im kreisangehörigen Raum*, 1992, S. 15; *Schink*, *VerwArch* 1990, 385 (404); vgl. auch *Ehlers*, *NWVBl.* 1990, 44 (47 mit Fn. 40).

107 BVerfGE 138, 1 (28 Rn. 74); 147, 185 (226 Rn. 86); *Dietlein*, in: BeckOK KommunalR NRW, SystEKommRDE, Rn. 90a; abweichend insoweit aber *Engels*, *Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung*, 2014, S. 471, der Kooperationsmöglichkeiten bei der Einordnung von öffentlichen Aufgaben generell ausblenden will.

Friedhof verwiesen werden, die nicht nachweislich ohne Einsatz von Kinderarbeit hergestellt wurden.¹⁰⁸ Der Bay. VGH hatte den Regelungsgegenstand der Satzung als Umsetzung eines weltweiten politischen Anliegens (Bekämpfung von Kinderarbeit) eingeordnet und den spezifisch örtlichen Bezug verneint. Auf eine Beschwerde hob der VerfGH Bayern diese Entscheidung auf; die notwendige örtliche Radizierung sei gegeben, da die Satzungsregelung der Würde der Totenruhe auf dem kommunalen Friedhof dienen könne und die Totenbestattung originär örtliche Aufgabe der Gemeinde sei (vgl. Art. 149 Abs. 1 Satz 1 BayLV).¹⁰⁹ Die unterschiedliche Einordnung liegt hier im Wesentlichen in den unterschiedlichen Perspektiven, unter denen die Gerichte die Satzungsregelung betrachten:¹¹⁰ Der Bay. VGH macht die Auswirkung der Bestimmung und die – vermeintliche – Motivlage des Satzungsgebers (Beschränkung der Verwendbarkeit bestimmter Grabsteine aus allgemeiner politischer Erwägung) zur Grundlage seiner Entscheidung. Hingegen betont der VerfGH Bayern, dass es ausreicht, wenn die Regelung objektiv dem Kompetenzkreis der Gemeinde, hier also der Regelung der gemeindlichen Friedhofsnutzung, zugeordnet werden kann. Auch wenn die objektiviert betrachtungsweise des VerfGH Bayern überzeugt und auf der Linie der Rechtsprechung des BVerwG¹¹¹ liegt, bleibt fraglich, ob die Anforderungen an die Zuordnung des Regelungsgegenstands zum Kompetenzkreis der Gemeinde nicht mit strengem Maßstab erfolgen muss, als vom VerfGH Bayern im konkreten Fall vorgenommen.¹¹² Unter Rechtssicherheitsgesichtspunkten und erst recht unter Zugrundlegung des abwehrrechtlichen Schutzes der Aufgabengarantie wenig plausibel bleibt allerdings die lavierende Überlegung des BVerfG,¹¹³ dem Gesetzgeber im Grenzbereich zwischen Aufgaben mit örtlichem und überörtlichem Charakter eine begrenzte Einschätzungsprärogative einzuräumen.¹¹⁴

Rechtfertigungsbedürftigkeit von Aufgabenhochzonen

- 26 Die grundgesetzliche Aufgabengarantie unterwirft die gesetzliche Hochzonung örtlicher Aufgaben auf höhere Verwaltungsebenen, einschließlich der Kreisebene,¹¹⁵ hohen Rechtfertigungsanforderungen. Dies gilt sowohl für den Nachweis eines le-

108 Die Thematik hat in NRW zwischenzeitlich eine formalgesetzliche Regelung gefunden, vgl. § 4a BestG.

109 VerfGH Bayern, BayVBl. 2012, 234 (235 f.); vgl. allerdings auch das im Anschluss abgedruckte Sondervotum, dass den Bezug der Regelung zur gemeindlichen Aufgabe der Totenbestattung als nicht ausreichend erachtet; zur problematischen Frage der Grundrechtsrelevanz kommunaler Satzungen → Kap. 6 Rn. 7.

110 So auch *Lorenzmeier*, BayVBl. 2012, 236 (238).

111 BVerwGE 125, 384 (386).

112 Insoweit a. A. und den angelegten Maßstab für ausreichend erachtend aber *Kaltenborn/Reidt*, NVwZ 2012, 925 (929 f.); *Lorenzmeier*, BayVBl. 2012, 236 (239 f.).

113 BVerfGE 79, 127 (153).

114 Vgl. *Erichsen*, in: Blümel/Hill, Die Zukunft der kommunalen Selbstverwaltung, 1991, S. 89 (98 f.); *Erichsen*, DVBl. 1989, 449 (450).

115 BVerfGE 79, 127 (150 f.); 138, 1 (15 Rn. 41); 147, 185 (226 Rn. 85); *Heusch/Dickten*, NVwZ 2018, 1265; *Knemeyer/Wehr*, VerwArch 2001, 317 (329 f.); anders noch BVerwGE 67, 321 (329 ff.); kritisch *Lange*, ZG 2018, 75 (79); *Ritgen*, ZG 2016, 263 (280 ff.), die für weniger strenge Rechtfertigungsanforderungen bei einer Aufgabenverlagerung von der Gemeinde- auf die Kreisebene votieren.

gitimen Gemeinwohlzweckes als auch für die Frage der Verhältnismäßigkeit einer Hochzonung. Nach der Rastede-Entscheidung des BVerfG¹¹⁶ scheiden im Bereich möglicher Gemeinwohlzwecke für eine Aufgabenhochzonung die Ziele der Kostenersparnis und der Aufgabenerleichterung grundsätzlich aus. Hintergrund dieser zutreffenden Sichtweise ist, dass das Grundgesetz etwaige Mehrkosten und einen etwaigen Mehraufwand als Folge einer dezentralen Aufgabenwahrnehmung bereits selbst zur Kenntnis genommen und in seine Verfassungsentscheidung gleichsam „eingepreist“ hat.¹¹⁷ Auch wenn also eine zentralistische Aufgabenwahrnehmung an dieser Stelle Vorteile zu generieren imstande wäre, setzt das Grundgesetz diesen Effizienzgewinnen die Idee der Teilhabe und bürgerschaftlichen Partizipation auf der örtlichen Ebene entgegen und gibt ihr den Vorzug.¹¹⁸ Aufgabenhochzonungen, die gleichwohl allein ökonomische oder Effizienz-Vorteile verfolgten, zielten also in Wahrheit auf eine Verfassungskorrektur und dienten keinen verfassungsrechtlich legitimen Gemeinwohlbelangen. Anderes kann erst dann in Betracht kommen, wenn der Verbleib der örtlichen Aufgaben auf der gemeindlichen Ebene zu einem untragbaren Kostenanstieg oder zu unzumutbaren Erschwernissen im Aufgabenvollzug führte.¹¹⁹

Als legitimer Gemeinwohlgrund für eine Aufgabenhochzonung wird damit in der Regel primär die Sicherung einer ordnungsgemäßen Aufgabenwahrnehmung verbleiben.¹²⁰ Soweit das BVerfG in neuerer Zeit auch Aspekte der kontinuierlichen „Qualitätsentwicklung“ als mögliche Hochzonungsgründe ins Spiel gebracht hat,¹²¹ stößt dies auf erhebliche Bedenken.¹²² Auch insoweit ist nämlich der vom BVerfG selbst betonte Gedanke entgegenzuhalten, dass eine zentralistische Verwaltung womöglich professioneller agieren könnte als vielgestaltige dezentrale Verwaltungseinheiten, gleichwohl aber das Grundgesetz eine klare Vorrangentscheidung zugunsten der Dezentralität formuliert hat, die daher ebenfalls nicht unter Verweis auf Qualitätssicherungserwägungen korrigiert werden kann. Ebenso wie in Ansehung von Kosten- und Funktionalitätserwägungen kommen daher allenfalls untragbare Qualitätsdefizite als Rechtfertigung für eine Hochzonung in Betracht.

Eine zusätzliche Bremse für Hochzonungen hat das BVerfG in die heute nicht mehr bestrittene Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingezogen.¹²³ So

116 BVerfGE 79, 127 ff.

117 BVerfGE 79, 127 (153); ebenso BVerfGE 138, 1 (21 Rn. 58); 147, 185 (225 Rn. 84); *Dietlein*, in: BeckOK KommunalR NRW, SystEKommRDe, Rn. 89; *Gern/Brüning*, Dt. KommR, Rn. 123; *Ritgen* ZG 2016, 263 (274).

118 BVerfGE 79, 127 (153).

119 BVerfGE 79, 127 (153); 138, 1 (21 Rn. 58); 147, 185 (225 Rn. 84); *Gern/Brüning*, Dt. KommR, Rn. 123; *Peters*, in: Linien der Rechtsprechung des BVerfG V, S. 423 (456).

120 BVerfGE 79, 127 (153 und 158); 138, 1 (20 Rn. 56 und 21 Rn. 58); 147, 185 (225 f. Rn. 84 und Rn. 86); vgl. auch *Dreier*, in: Dreier, GG, Art. 28 Rn. 117; *Engels*, in: Sachs, GG, Art. 28 Rn. 70.

121 Vgl. BVerfG 147, 185 (242 f. Rn. 129 und 133 f.).

122 Hierzu *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDe, Rn. 89; kritisch auch *Lange*, ZG 2018, 75 (79); *Peters*, in: Linien der Rechtsprechung des BVerfG V, S. 423 (456).

123 BVerfGE 138, 1 (21 Rn. 58 und 29 Rn. 78); 147, 185 (225 Rn. 84 und 241 f. Rn. 125 und Rn. 127); zur Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vgl. auch *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDe, Rn. 34; *Geis*, KommR, § 6 Rn. 9; *Maurer*, DVBl. 1995, 1037 (1044); *Mehde*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 118, Stand: November 2012.

verlangt es speziell für die Proportionalität einer Aufgabenhochzonung, dass die Vorteile die entstehenden Nachteile überwiegen.¹²⁴ Mit dieser Formulierung geht das Gericht deutlich über die Angemessenheitsformel für Grundrechtseingriffe hinaus, die lediglich verlangt, dass Nachteile nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen.¹²⁵ Eine weitere, allerdings eher theoretische Hochzonungssperre ergibt sich nach tradiertem Rechtsprechung schließlich aus dem sog. Kernbereichsschutz des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, der sich auch auf die Wahrung des örtlichen Aufgabenbestandes erstreckt.¹²⁶ Hiernach wären Aufgabenhochzonungen, die die gemeindliche Allzuständigkeit in Frage stellen und die Gemeinde damit gleichsam aufgabenrechtlich „entkernten“, a priori unzulässig.¹²⁷ Diese aus der Dogmatik der institutionellen Garantien übernommene Schutzkategorie bleibt in dem hier abwehrrechtlich interpretierten Bezugsrahmen freilich ohne eigene Bedeutung. Eine „Entkernung“ der örtlichen Aufgabenzuständigkeit scheiterte ohnehin aufgrund der mangelnden Proportionalität (Verhältnismäßigkeit i. e. S.) diesbezüglicher Hochzonungen.¹²⁸ Zudem hat es das BVerfG explizit abgelehnt, die Abgrenzung des Kernbereichs anhand eines gegenständiglich bestimmten Aufgabenkataloges vorzunehmen.¹²⁹

Gemeindlicher Schutz vor Aufgabenüberbürdungen

- 29 Gleichsam unausgesprochene Kehrseite der grundgesetzlichen Entscheidung zugunsten der örtlichen Aufgabenzuständigkeit der Gemeinden ist deren verfassungsrechtlicher Schutz vor der Inanspruchnahme für nicht-örtliche Aufgaben (Aufgabenüberbürdungen). Denn indem der Selbstverwaltungsauftrag der Gemeinden und die damit einhergehenden Partizipations- und Teilhaberechte der Einwohner und Bürger nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG explizit auf die (eigenen) örtlichen Angelegenheiten bezogen werden, liegt in jeder Inpflichtnahme der gemeindlichen Verwaltungsressourcen für andere als die örtlichen Angelegenheiten eine Schwächung und Zweckentfremdung der Institution Selbstverwaltung. Die Überbürdung nicht-örtlicher Aufgaben bedeutet somit nach dem grundgesetzlichen Bauplan gerade keine „Erweiterung“ der Rechte der Gemeinden, sondern im Gegenteil eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der kommunalen Selbstverwaltung.¹³⁰ Ihre absoluten Grenzen müssen derartige Aufgabenüberbürdungen dort finden, wo sie die Spielräume für genuin selbstverwaltendes Handeln im örtlichen Aufgabenbereich vollständig aufheben bzw. strangulieren.

124 BVerfGE 79, 127 (154); 137, 108 (177 Rn. 163); 147, 185 (224 Rn. 82).

125 Zum weitergehenden Charakter der Verhältnismäßigkeitsanforderungen vgl. auch *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDe, Rn. 90; *Gern/Brüning*, Dt. KommR, Rn. 123; *Lange*, KommR, Kap. 1 Rn. 103; *Peters*, in: *Linien der Rechtsprechung des BVerfG V*, S. 423 (451).

126 BVerfGE 79, 127 (146).

127 Hierzu etwa BVerfGE 147, 185 (227 Rn. 88) m. w. N.

128 *Dietlein*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRDe, Rn. 39.

129 BVerfGE 79, 127 (146).

130 Siehe BVerfGE 119, 331 (354); ebenso bereits VerfGH NRW, NVwZ-RR 1993, 486 (487); aus dem Schrifttum *Husch*, in: BeckOK KommR NRW, SystEKommRNRW, Rn. 21 m. w. N.; *Dietlein*, in: *Hellermann, ÖfFR in NRW*, § 1 Rn. 191.