

Erster Teil **Wesen und Aufgaben der Gemeinden**

§ 1 **Einführung**

I. **Das Wesen der Gemeinden**

1. **Rechtliche Betrachtungsweise**

Im **Schwabenspiegel**, dem süddeutschen Landrecht aus der Zeit um 1275, wird der Begriff „Gemeinde“ als Bezeichnung für eine örtliche Gemeinschaft verwendet. Diese Gemeinschaft entwickelte sich als Genossenschaft, die bereits sehr früh Grundzüge einer kommunalen Selbstverwaltung erkennen ließ. Die Gemeinden werden daher als überkommene bzw. gewachsene Institutionen betrachtet, die die **„Grundlage des demokratischen Staates“** bilden.¹ Das Wesen einer Gemeinde wird deshalb in den Gemeindeordnungen nur noch umschrieben durch ihre Stellung im Staat, ihre Aufgaben und ihre besondere Form der Verwaltung. Das Kommunalverfassungsrecht – oder weitgehendes als Kommunalrecht verstanden – ist Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Forschung und Lehre sowohl im juristischen Studium an den Universitäten als auch im Besonderen an den Hochschulen für öffentliche Verwaltung.² Die rechtliche Betrachtungsweise steht auch hier im Mittelpunkt, wenngleich die Gemeindeebene fokussiert und daher von „Gemeindeverfassungsrecht“ als dem Kommunalverfassungsrecht des „Kommunetypus“ Gemeinde gesprochen wird.

2. **Soziologische Betrachtungsweise**

In der Soziologie wird mit „Gemeinde“ eine **Einheit auf lokaler Basis** bezeichnet, in der Menschen zusammenwirken.³ Die Urform des Zusammenlebens in der Sippe, dem Klan oder dem Stamm fällt also noch nicht unter diese Gemeindefinition, da hier eine eindeutige lokale Bindung fehlt. Diese lokale Bindung, auch als **„nachbarliche Gemeinschaft“** bezeichnet, steht aber bei der Wesensbeurteilung der Gemeinde im Vordergrund. Erst mit der Bindung an eine Lokalität kann sich das soziale Leben entfalten, das die Gemeinde – angefangen von den dörflichen Gemeinschaften und Markgenossenschaften der Germanen über die Munizipien der Römerzeit und den Reichsstädten des Mittelalters bis zur Jetztzeit – auszeichnet. Wichtig ist dabei die **rechtliche Selbstständigkeit** dieser nachbarschaftlichen Gemeinschaft. Diese Selbstständigkeit hat zur Folge, dass Rechte und Verpflichtungen der einzelnen Mitglieder nicht solche der Gemeinschaft werden. Andererseits sind aber die Mitglieder auch nicht unmittelbare Träger der Rechte und Pflichten der Gemeinde. Es findet also **kein Durchgriff**

1 So auch das BVerfG, BVerfGE 79, 127 (149): „Keimzelle der Demokratie“; siehe auch *Heußner/Pautsch*, DVBl 2016, S. 1308 (1313 f.), zur politisch-demokratischen Funktion der kommunalen Selbstverwaltung.

2 Grundlegend dazu *Schoch*, DVBl 2018, S. 1 ff.

3 Aus rechtswissenschaftlicher Sicht zur „gesellschaftlichen Grundlage der kommunalen Selbstverwaltung“ jüngst auch *Reich*, DÖV 2020, S. 437 ff.

statt. Die zunehmende Urbanisierung führte zwangsläufig zu einer Abnahme der nachbarlichen Kontakte und der Bindung an die Gemeinde. Deshalb wurde z. B. bei der **Gebietsreform** versucht, ehemals selbstständige Gemeinden als „**Ortschaften**“ weiterzuführen und so die „**symbolische Ortsbezogenheit**“ aufrecht zu erhalten. Andererseits begegnen dem Menschen alle gesellschaftlichen Zusammenhänge von mehr als nur familiärem Charakter zuerst in der Gemeinde. Da dies ebenso auf die Bewohner der größeren Städte zutrifft, gibt es auch hier noch lokale und gesellschaftliche Bindungen an die Gemeinde.

II. Die geschichtliche Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung

1. Der Ursprung der kommunalen Selbstverwaltung

- 3 In seiner **Urform** war das Dorf ein Zusammenschluss von sesshaft gewordenen Genossen, eine Art wirtschaftlicher Interessenverband. Die Genossen hatten sowohl persönliche als auch gebietliche Rechte und Pflichten: sie besaßen Nutzungsrechte an der Feldmark und der Allmende und mussten sich dafür an den Lasten der Gemeinschaft beteiligen. Entscheidungen wurden von der **Dorfversammlung** getroffen, die Verwaltung übernahm ein gewählter **Ortsvorsteher**, der von **Schöffen oder Ratsleuten** unterstützt wurde.
- 4 Im **frühen Mittelalter** nahm die freie Rechtsstellung der Gemeinden ab: Das aufkommende Lehenswesen und eine beginnende Landeshoheit brachte die Bauern zunehmend in die Abhängigkeit der Grundherrschaft. Zur gleichen Zeit wuchs aber die Bedeutung der Städte. Die freien Reichsstädte und die mittelbaren Landstädte bekamen Privilegien eingeräumt bis zur unumschränkten Selbstverwaltung. Der Satz „Stadtluft macht frei“ dokumentierte die mit dem Bürgerrecht verbundene Freizügigkeit und den Anspruch auf Grundbesitz. Die **Städte** waren zuständig für die Gerichtsbarkeit, den Schutz der Bürger, die Sicherung von Handel und Handwerk und die Fürsorge für Arme und Kranke. Dafür mussten die Bürger Natural- und Geldabgaben entrichten.
- 5 **Gemeindeorgane** waren der Bürgermeister bzw. Gemeindevorsteher und das Gericht mit den Stadtschöffen bzw. der Rat. Als Vorsitzender des Gerichts wurde häufig ein Schultheiß bestellt.

2. Der Rückgang unter dem Absolutismus

- 6 Streit zwischen den Zünften und Gilden gegen die Oberschicht der Städte und die vielen Kriege des 16. und 17. Jahrhunderts ließen den Einfluss der Städte schwinden. Zugleich wuchs die Bedeutung des Staates: das Zeitalter des **Absolutismus** brach an. Die Selbstverwaltung der Städte wurde durch die patrimoniale Verwaltung der Fürsten abgelöst; die Untertanen hatten „Order zu parieren“.

3. Reformen unter dem Liberalismus

- 7 Im 18. Jahrhundert entstanden dann erstmals **Landes-, Polizei- und Commune-Ordnungen** (z. B. die Württembergische Communeordnung von 1758 oder das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794). Diese Ordnungen schufen im Regelfall keine neuen Bestimmungen, sondern fassten das zurzeit geltende Recht

zusammen. Sie enthielten überwiegend generelle Regelungen und Weisungen für das Verwaltungshandeln und gliederten zugleich die Städte und Landgemeinden in ein einheitliches staatliches Rechtssystem ein. Allerdings räumte die **Württembergische Communeordnung** den Gemeinden bereits das Recht ein, ihre Organe und Funktionsträger selbst zu wählen.

Die Dorfgemeinden hatten als Ortsvorsteher einen selbst gewählten **Schultheiß**, die Amtsstädte einen staatlich bestellten **Oberamtmann**. Die Verwaltungsentscheidungen und die Rechtsprechung wurden von den im „**Gericht**“ zusammengefassten Ratsmitgliedern getroffen. Für die Vermögensverwaltung war der **Bürgermeister** zuständig. Die Amtsstädte wurden mit den Unterämtern (Gerichtsbezirken) und den Dorfgemeinden zu Kommunalverbänden mit der Bezeichnung „**Stadt und Amt**“ zusammengefasst, den Vorläufern der Oberämter und der späteren Landkreise. **8**

Die Französische Revolution und die Niederlage deutscher Fürsten gegen Napoleon ebneten dann zu Beginn des 19. Jahrhunderts dem **Liberalismus** den Boden. Im Zusammenhang mit dem sich jetzt entwickelnden modernen Verfassungsrecht erhielt auch das Kommunalverfassungsrecht eine neue Ausprägung. **9**

Reichsfreiherr vom Stein brachte 1808 mit der „**Preußischen Städteordnung**“ den Städten die „bürgerliche Selbstregierung“. Die preußischen Städte hatten jetzt eine Doppelfunktion zu erfüllen: sie wurden Selbstverwaltungskörperschaften und dienten zugleich dem Staat als untere Verwaltungsbehörde. **10**

Einer **Ausdehnung der Selbstverwaltung** auf die Landgemeinden leisteten im norddeutschen Raum die Gutsherren erbitterten Widerstand. Am längsten dauerte dies in Preußen: hier wurde der Durchbruch erst im Jahr 1891 mit der **Preußischen Landgemeindeordnung** erzielt. **11**

Die **süddeutsche Entwicklung** war stark auf veraltungstechnische Überlegungen ausgerichtet. Die Gemeinden wurden aber sowohl in der bayerischen als auch in der württembergischen Verfassung bereits 1818 bzw. 1819 als „Grundlage des Staatsvereins“ bezeichnet. **12**

Das **württembergische „Verwaltungsdekret für die Gemeinden, Oberämter und Stiftungen“ von 1822** führte allgemein für alle württembergischen Gemeinden die Selbstverwaltung ein. Ähnliche Regelungen brachte das **badische Gemeindegesetz von 1832** für die badischen Gemeinden. Die Gemeinden hatten das Recht, „alle auf den Gemeindeverband sich beziehenden Angelegenheiten zu besorgen, ihr Gemeindevermögen selbstständig zu verwalten und die Ortspolizei zu handhaben“. Dieser Katalog umfasste nicht nur die heute üblichen Aufgaben einer Gemeinde; es gehörten auch das Polizeiwesen und die Ordnungsverwaltung, die Armenfürsorge und das Gesundheitswesen, das Gewerberecht und die freiwillige Gerichtsbarkeit dazu. Die **Rechtsprechung** wurde jetzt allerdings staatlichen Behörden übertragen. **13**

Die Bürger wählten einen **Gemeinderat** als Beschlussorgan auf Lebenszeit und einen **Bürgerausschuss** zu dessen Überwachung. Vorsitzender des Gemeinderats und Vollzugsorgan war in allen Gemeinden und Städten ein auf Vorschlag der **14**

Bürgerschaft von der Regierung ernannter **Ortsvorsteher (Schultheiß)**. Bestimmte Aufgabenbereiche der Gemeindeverwaltung waren dem **Ratschreiber** sowie dem **Gemeindepfleger** übertragen. Das Bürgerrecht war weder an Gewerbebetrieb noch an Grundbesitz gebunden, sondern an ein „selbstständig auf eigene Rechnung leben“. Damit wurde ein wichtiger Schritt auf dem Weg zur „Einwohnergemeinde“ zurückgelegt.

Die Gemeinden besaßen das Recht, ihr Haushaltsdefizit (den sog. **Communschaden**) durch eine Umlage bei den Bürgern nach dem „**Ortssteuerfuß**“ auszugleichen.

- 15** Der **Bürgerausschuss** wurde im Laufe der Zeit immer stärker und direkter an Verwaltungsentscheidungen und -aufgaben beteiligt. Dieses relativ schwerfällige **Zweikammersystem** wurde erst im Jahr 1919 mit der Einführung der Gemeinderatsverfassung (und damit dem Einkammersystem) geändert. Die **Industrialisierung des 19. Jahrhunderts** brachte den Städten wichtige neue Aufgaben auf dem Gebiet der Verwaltung und Versorgung und veränderte damit zwangsläufig die Struktur der Kommunalverfassungen.

4. Die Selbstverwaltung im Deutschen Reich

- 16** Die **Verfassung des Deutschen Reiches von 1871** enthielt noch keine Gemeindeartikel. Die Verfassungen der einzelnen Länder regelten aber bereits die Rechte zur Wahl der Gemeindevertretungen sowie zur selbstständigen Erledigung von Gemeindeangelegenheiten.
- 17** Der Übergang zur parlamentarisch-demokratischen Verfassung nach dem Ersten Weltkrieg brachte für die Gemeindeverfassungen den endgültigen Durchbruch. In **Artikel 127 der Weimarer Reichsverfassung** des Jahres 1919 wurde die **Selbstverwaltung der Gemeinden** als **institutionelle Garantie** ausdrücklich verbürgt. Über Artikel 17 wurden das demokratische Wahlrecht sowie die Grundsätze der Verhältniswahl auch auf die Gemeindewahlen ausgedehnt.
- 18** Während der **Weimarer Zeit** konnte in vielen Fällen der Haushaltsausgleich nur noch über **Staatskommissare** durchgesetzt werden. Der Trend der Gemeinden, die wirtschaftliche Tätigkeit zu monopolisieren und stark auszuweiten, führte außerdem zu einem heftigen Streit zwischen der privaten Wirtschaft und den Gemeinden. Das kommunale Wirtschafts- und Haushaltsrecht musste daher dringend neu gestaltet werden. Diese neuen Kriterien wurden erstmals in der **Deutschen Gemeindeordnung von 1935** festgelegt. **Dieses Gesetz schränkte allerdings die kommunale Selbstverwaltung wieder sehr stark ein.** Die Wahlen zur Vertretungskörperschaft und zum Gemeindevorstand wurden abgeschafft, das Führerprinzip mit der Einheit von Partei und Staat galt auch auf der Gemeindeebene. Der Bürgermeister und die Beigeordneten wurden auf Vorschlag des Beauftragten der NSDAP durch die Aufsichtsbehörde ausgesucht und anschließend von der Gemeinde ernannt. Der Gemeinderat besaß lediglich beratende Funktionen. Er wurde vom Beauftragten der NSDAP im Benehmen mit dem Bürgermeister berufen.

5. Die kommunale Selbstverwaltung in der Bundesrepublik

Nach 1945 schufen die einzelnen Länder Übergangsregelungen (**DGO-Anwendungsgesetze**), die sich besonders im Gemeindegewirtschaftsrecht an die Deutsche Gemeindeordnung anlehnten. Während in der britischen Besatzungszone der Gemeinderat nach englischem Vorbild eine sehr starke Stellung erhielt, wurde in der französischen und amerikanischen Besatzungszone eher auf das vor 1935 geltende Kommunalverfassungsrecht zurückgegriffen. 19

Der Versuch der Länder, mit dem „**Weinheimer Entwurf**“ in der Nachkriegszeit eine einheitliche Kommunalverfassung aufzustellen, scheiterte.

Die in den Jahren 1948 bis 1955 erlassenen Gemeindeordnungen der einzelnen Bundesländer wiesen bei der Rechtsstellung und den Aufgaben der Gemeinden viele Gemeinsamkeiten auf, deutliche Unterschiede bestanden aber bei den inneren Gemeindeverfassungen.

Ausgelöst durch das **Finanzreformgesetz** und das **Haushaltsgrundsätzegesetz** (HGrG) einigten sich dann die Länder im Jahr 1973 auf ein weitgehend **einheitliches Gemeindegewirtschaftsrecht**. Ein einheitlicher Verfassungsteil wurde damals weder angestrebt noch erreicht – die ländertypischen Besonderheiten in der Kommunalverfassung blieben sehr lange erhalten. Erst durch die Kommunalverfassungsreformen der neunziger Jahre wurde eine Annäherung erzielt: die duale süddeutsche Ratsverfassung nach baden-württembergischer Prägung wurde zur Leitverfassung in fast allen Ländern der Bundesrepublik. Lediglich Hessen hat an seiner Magistratsverfassung festgehalten, führte aber zumindest die Direktwahl des Bürgermeisters ein. 20

III. Die Grundlagen des Gemeinderechts

1. Europäisches Recht

a) **Europarat: Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung**. Am 1. September 1988 ist die „**Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung**“ des Europarates in Kraft getreten.⁴ In dieser Charta wird völkerrechtlich verbindlich den **kommunalen Gebietskörperschaften** in Europa das **Recht auf Selbstverwaltung** zuerkannt.⁵ Die nähere Ausgestaltung bleibt aber den einzelnen Staaten überlassen. Diese Charta ist kein Bestandteil des Unionsrechts und kann damit die **kommunale Selbstverwaltung nicht absolut absichern**. 21

b) **Das Unionsrecht (Recht der Europäischen Union)**. Eine gewisse **Absicherung der Selbstverwaltung für die deutschen Kommunen** ergibt sich freilich aus **Art. 23 Abs. 1 GG**. Danach darf die Bundesrepublik nur insoweit an der Entwicklung der Europäischen Union mitwirken, als diese sich dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet. In Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, darf deshalb die Gemeinschaft nur tätig werden, wenn die Zielsetzungen unionsrelevanter Vorgänge durch Maßnahmen der Mitgliedstaat- 22

4 BGBl. II 1987, 65.

5 Eingehend dazu *Schmidt*, EuR 2003, S. 936 ff.

ten nicht zufriedenstellend erreicht werden können. Ob die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung „europafest“ ist, hat aber auch Art. 23 GG nicht absolut geklärt.⁶ Die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung ist im Unionsrecht jedenfalls nicht ausdrücklich verankert. Es ist auch umstritten, ob die kommunale Selbstverwaltung als „allgemeiner Rechtsgrundsatz“ dem Unionsrecht immanent ist.⁷

2. Verfassungsrechtliche Bestimmungen

- 23 a) Gesetzgebungskompetenzen.** Das Kommunalrecht gehört nicht zu den dem Bundesgesetzgeber zugewiesenen Regelungsmaterien (insb. Art. 71, 73 bzw. 72, 74 GG). Der Bund besitzt auch keine Rahmenkompetenz für diesen Bereich. Damit fällt die eigentliche **Kommunalgesetzgebung** in die **Zuständigkeit der Länder** (Art. 30 und 70 GG). Die Länder müssen sich allerdings an den durch Art. 28 GG gesteckten Rahmen halten, der eine Mindestgarantie vorgibt, die nicht unterschritten werden darf. Freilich dürfen die Länder ein „Mehr“ an kommunaler Selbstverwaltung gewährleisten, also landesverfassungsrechtlich bzw. einfachgesetzlich über den Gewährleistungsgehalt vor allem des Art. 28 Abs. 2 GG hinausgehen.⁸
- 24 b) Grundgesetzliche Ausgestaltungen.** Das Grundgesetz konstituiert die Bundesrepublik mit den zwei staatlichen Ebenen Bund und Länder („zweigliedriger Bundesstaatsbegriff“). Die Kommunen – d. h. Gemeinden und Gemeindeverbände – bilden zwar keine dritte Stufe im Staatsaufbau, sondern sind staatsorganisationsrechtlich Teil der Länder (und zwar der Exekutive). Sie sind gleichwohl als weitere Verwaltungsebene neben Bund und Ländern wahrnehmbar. Unmittelbare **finanzielle Transfermöglichkeiten** zwischen dem Bund und der kommunalen Ebene bestehen dabei wegen der Zweistufigkeit des Staatsaufbaus grundsätzlich nicht. Im Zuge der Föderalismusreform I (2006) wurde konkret geregelt, dass der Bund weder neue Aufgaben auf die Kommunen übertragen noch bestehende Aufgaben zukünftig erweitern darf (Art. 84 Abs. 1 Satz 6 und Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG), sog. Aufgabendurchgriffsverbot.⁹
- 25** Den Kommunen wird als zentrale bundesverfassungsrechtliche Gewährleistung über Art. 28 Abs. 2 GG **die kommunale Selbstverwaltung institutionell garantiert**. Damit wird nicht der Bestand der einzelnen Gemeinde gesichert, sondern nur gewährleistet, dass es Gemeinden und Gemeindeverbände als Träger öffentlicher Verwaltungsfunktionen überhaupt geben muss. **Diese Garantie gilt nur für Gemeinden und Gemeindeverbände**. Allerdings werden hier nur solche Gemeindeverbände angesprochen, die eine ähnliche Allzuständigkeit wie die Gemeinden haben.¹⁰ Dies trifft auf die **Landkreise** zu, nicht aber auf die Zweckverbände und die meisten übrigen kommunalen Zusammenschlüsse.¹¹

6 Dazu *Pautsch*, in: Haug (Hrsg.), LV, Art. 71 Rn. 74.

7 Dafür *Martini/Müller*, BayVBl. 1993, 161 ff.; a. A. *Heberlein*, BayVBl. 1992, 417 ff.; aktuell *Pautsch*, in: Haug (Hrsg.), LV, Art. 71 Rn. 73.

8 *Pautsch*, in: Haug (Hrsg.), LV, Art. 71 Rn. 18.

9 *Pautsch*, in: Haug (Hrsg.), LV, Art. 71 Rn. 48.

10 *Pautsch*, DVP 2008, S. 230 (231).

11 *Pautsch*, in: Haug (Hrsg.), LV, Art. 71 Rn. 50.

Umstritten ist diese Frage indes mit Blick auf die **Gemeindeverwaltungsverbände** nach baden-württembergischen Recht (§ 59 Satz 1 Alt. 1 GemO).¹² Ganz Überwiegendes spricht dafür, auch diese kommunalen Zusammenschlüsse wegen ihres etwa gegenüber den artverwandten Zweckverbänden erweiterten Aufgabenbestandes verfassungsrechtlich der gemeindeverbandlichen Schutzgarantie zu unterstellen.¹³

Weiterhin erlegte sich der Bund über Art. 28 Abs. 3 GG eine **Garantiepflicht** 26 für die Erhaltung der kommunalen Selbstverwaltung auf. Zur Sicherstellung dieser Garantie steht den Gemeinden und Gemeindeverbänden nach § 91 Abs. 1 Nr. 4b BVerfGG die **Verfassungsbeschwerde** mit der Behauptung zu, ein Gesetz des Bundes oder des Landes verletze die Vorschrift des Art. 28 GG. Über die Verfassungsbeschwerde entscheidet das BVerfG (§ 13 Nr. 8a BVerfGG).

Obwohl die Gemeinden den Ländern an- bzw. eingegliedert sind, bestehen zwischen ihnen und dem Bund wichtige sachliche Beziehungen. Diese ergeben sich schon daraus, dass der überwiegende Teil der Bundesgesetze nach näherer landesrechtlicher Bestimmung von den Gemeinden oder den Gemeindeverbänden ausgeführt wird. 27

c) **Landesverfassungsrechtliche Garantien.** Neben dem Grundgesetz stehen die **landesverfassungsrechtlichen Garantien der Selbstverwaltung.** In Baden-Württemberg sind dies vor allem die in den Art. 71 bis 76 LV verbürgten Grundsätze, die ihrerseits durch die Art. 25 und 69 LV flankiert werden. Die landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Selbstverwaltung – vor allem in Art. 71 LV – reichen weiter als die als Mindestgarantie verstandene Gewährleistung des Art. 28 Abs. 2 GG.¹⁴ Hier wird auch den **Zweckverbänden und sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften** (dazu gehören z. B. Regionalverbände, Nachbarschaftsverbände und der Verband Region Stuttgart) **das Recht auf Selbstverwaltung garantiert.** 28

Weiterhin verpflichtet sich das Land, in Anlehnung an Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG für eine **ausreichende Finanzausstattung** der Gemeinden und Gemeindeverbände zu sorgen und **Mehrbelastungen durch die gesetzliche Übertragung neuer öffentlicher Aufgaben** finanziell auszugleichen (Art. 71 Abs. 3 LV).¹⁵ Zum Ausgleich gehören nicht nur die Zweckausgaben, sondern auch der Verwaltungsaufwand. Dies gilt sowohl für den Bereich der Weisungsaufgaben als auch für weisungsfreie Pflichtaufgaben. Die Bestimmungen zur Kostendeckung und zum Mehrbelastungsausgleich sind in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Aufgabenübertragung zu treffen.¹⁶ Diese Ausgleichspflicht besteht allerdings nicht bei einer Aufgabenübertragung durch Bundesgesetz¹⁷; diese ist 29

12 Pautsch, in: Haug (Hrsg.), LV, Art. 71 Rn. 50.

13 Pautsch, in: Haug (Hrsg.), LV, Art. 71 Rn. 50; a. A. Kunze/Bronner/Katz, § 59 Rn. 6.

14 Pautsch, in: Haug (Hrsg.), LV, Art. 71 Rn. 18, 22 und 55.

15 Pautsch, in: Haug (Hrsg.), LV, Art. 71 Rn. 56 ff.

16 Dazu auch StGH BW, Urt. v. 5.10.1998, DÖV 1999, 73 ff.

17 StGH BW, Urt. v. 10.11.1993, EKBW LV Art. 71 E 18.

infolge der Einführung des sog. Aufgabendurchgriffsverbots in Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG ohnehin unzulässig.¹⁸

- 30** Andererseits bringt aber Art. 75 LV eine **gewisse Einschränkung der Selbstverwaltung insoweit, als eine Staatsaufsicht (Kommunalaufsicht)** dort von Verfassungen wegen vorgesehen ist.¹⁹ Diese Einschränkung ist zulässig, da auch die Elemente der Selbstverwaltung ähnlich wie die Gemeinden und die Gemeindeverbände selbst keiner absoluten Bestandsgarantie, sondern nur einer institutionellen Garantie unterliegen. Das Erfordernis einer staatlichen Aufsicht über die Kommunen erklärt sich aber auch daraus, dass diese trotz der u. a. mit dem Selbstverwaltungsrecht verliehenen organisationalen Autonomie und rechtlichen Selbständigkeit in die Exekutive des Landes eingegliedert („inkorporiert“) sind. Die Aufsicht versteht sich insoweit als „Korrelat der Selbstverwaltung“.²⁰
- 31** Art. 76 LV räumt den Gemeinden und den Gemeindeverbänden das Recht ein, mittels eines **Normenkontrollantrags beim Staatsgerichtshof** die Übereinstimmung von Landesgesetzen mit den Art. 71 bis 75 LV überprüfen zu lassen. Unterparlamentarische Gesetze – d. h. insb. Rechtsverordnungen – sind nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Das BVerfG hat allerdings klargestellt, dass die Subsidiaritätsanordnung nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG auch bei Bestehen einer landes-(verfassungs-)rechtlich geschaffenen Rechtsschutzmöglichkeit wie in Art. 76 LV bezüglich der hiervon nicht umfassten Normen die Überprüfungsmöglichkeit mittels Bundeskommunalverfassungsbeschwerde eröffnet bleibt.²¹
- 32** Die den Kommunen als Gesamtvolumen zur Verfügung stehenden **Finanzmittel müssen für die Erfüllung ihrer Aufgaben ausreichen** (Art. 73 Abs. 1 LV). Das Land hat damit für eine Finanzausstattung der Kommunen zu sorgen, die ihnen eine „angemessene und kraftvolle Erfüllung ihrer Aufgaben erlaubt und nicht durch eine Schwächung der Finanzkraft zu einer Aushöhlung des Selbstverwaltungsrechts führt“.²² Art. 73 Abs. 1 LV stellt damit (im Gegensatz zu dem Ausgleichsanspruch des Art. 71 Abs. 3 LV) auf die gesamte Finanzkraft der Kommunen ab.²³
- 3. Gesetzliche Grundlagen und Rechtsverordnungen**
- 33** Neben den durch die GemO selbst statuierten rechtlichen Grundlagen des Gemeindeverfassungsrechts findet sich überdies eine gewisse Zahl von Rechtsverordnungen, die auf Grundlage der Ermächtigung in § 144 GemO erlassen worden sind und überwiegend der Konkretisierung der GemO durch Erlass von Detailregelungen dienen.
- 34** Es sind dies vor allem die folgenden Rechtsverordnungen (nachfolgend auch „VO“ abgekürzt):

18 *Pautsch*, in: Haug (Hrsg.), LV, Art. 71 Rn. 48.

19 *Pautsch*, in: Haug (Hrsg.), LV, Art. 75 Rn. 1 ff.

20 BVerfGE 6, 104 (118); *Pautsch*, in: Haug (Hrsg.), LV, Art. 75 Rn. 2; *Schoch*, NVwZ 1990, 801 (804).

21 BVerfG, Urt. v. 21.11.2017 – 2 BvR 2177/16 – BeckRS 2017, 131817; *Pautsch*, in: Haug (Hrsg.), LV, Art. 76 Rn. 5 f. (insb. Fn. 15).

22 StGH BW, Urt. v. 10.11.1993, EKBW LV Art. 71 E 18.

23 *Pautsch*, in: Haug (Hrsg.), LV, Art. 73 Rn. 8 f.

- Die **VO des Innenministeriums zur Durchführung der Gemeindeordnung** (DVO GemO),
- die **Gemeindehaushaltsverordnung** (GemHVO),
- die **Gemeinekassenverordnung** (GemKVO) und die
- die **Gemeindeprüfungsordnung** (GemPrO).

Weitere Einzelregelungen wurden auf parlamentsgesetzlicher Grundlage getroffen, so im **Kommunalwahlgesetz** (KomWG), im **Eigenbetriebsgesetz** (EigBG), im **Finanzausgleichsgesetz** (FAG) und im **Kommunalabgabengesetz** (KAG). 35

Die gesetzlichen Grundlagen des Gemeinderechts gehören als Teil des besonderen Verwaltungsrechts dem öffentlichen Recht an. Allerdings gibt es auch gewisse Berührungspunkte mit dem Privatrecht (z. B. im Bereich des rechtsgeschäftlichen Handelns). Daneben können sich die Kommunen nach dem **Grundsatz der Wahlfreiheit** gegenüber ihren Einwohnern generell auch privatrechtlicher Gestaltungsmittel bedienen, sofern nicht zwingend öffentlich-rechtliche Handlungsformen vorgegeben sind. 36

4. Örtliches Recht

a) Satzungen. Das Satzungsrecht ermöglicht es den Kommunen, entsprechend ihrer individuellen Verhältnisse eigenverantwortlich **Rechtsnormen** zu setzen. Da die Satzungen zumeist materielles Recht regeln, binden sie gleichermaßen die erlassende Stelle, den Adressaten und die Rechtsprechung (Ausnahme: Organisationssatzungen wie die Hauptsatzung und die Betriebssatzung sowie wesentliche Teile der Haushaltssatzung). 37

Obwohl sich Satzungen in qualitativer Hinsicht nicht vom Bundes- oder Landesrecht unterscheiden, müssen sie dem „Rahmen der Gesetze“ entsprechen (Art. 28 Abs. 2 GG) und sich somit entsprechend der allgemeinen Normenhierarchie dem staatlichen Recht einfügen. 38

b) Rechtsverordnungen. Soweit die Voraussetzungen der Verfassungsnormen erfüllt sind (Art. 80 Abs. 1 GG und Art. 61 Abs. 1 LV), können die Gemeinden auch Rechtsverordnungen erlassen. Solche Verordnungen gehören zum Bereich der **Weisungsaufgaben**. Trotzdem ist für den Erlass dieser Verordnungen grundsätzlich der Gemeinderat zuständige Behörde. Lediglich **Polizeiverordnungen** werden vom Bürgermeister als Ortpolizeibehörde erlassen (§ 13 PolG). Sollen sie länger als einen Monat gelten, bedürfen sie allerdings der Zustimmung des jeweiligen Hauptorgans (§ 15 PolG). 39

c) Örtliches Gewohnheitsrecht. Das örtliche Gewohnheitsrecht (Observanz) entsteht durch lang dauernde und tatsächliche Übung, die durch die Rechtsüberzeugung aller Gemeindebürger getragen wird. Obwohl Gewohnheitsrecht und unvordenkliche Verjährung nicht identisch sind, kann für die „lang dauernde Übung“ der aus diesem Verjährungsrecht stammende Zeitraum von achtzig Jahren analog angesetzt werden. Solches „örtliches Gewohnheitsrecht“ findet man – wenn gegenwärtig überhaupt noch – vor allem im Wasser- und Wegerecht sowie im Nachbarrecht (Nutzungs- und Gemeingebrauchsrechte). 40

§ 2 Die kommunale Selbstverwaltung

I. Begriffsdefinitionen

1. Begriff „Selbstverwaltung“

- 41 Die bundesstaatliche Ordnung beinhaltet ein Gliederungsprinzip, nach dem der Staat die Verwaltungsaufgaben nicht primär selbst erfüllt. Er überträgt sie zu einem erheblichen Teil auf rechtlich verselbstständigte Organisationen, den Trägern der Selbstverwaltung (mittelbare Staatsverwaltung – **Dezentralisation**). Unter „**Träger der Selbstverwaltung**“ (im juristischen Sinne) versteht man
- juristische Personen des öffentlichen Rechts,
 - die in den Staatsaufbau eingegliedert sind und
 - im eigenen Namen, vertreten durch selbst gebildete (gewählte) Organe sowie
 - in eigener Verantwortung
 - öffentliche Aufgaben erledigen unter
 - staatlicher Beaufsichtigung.

- 42 **Selbstverwaltungsaufgaben** werden nicht nur von den **Körperschaften des öffentlichen Rechts** (z. B. Gemeinden, Gemeindeverbände, Zweckverbände, Kirchen und Religionsgesellschaften, Hochschulen, Sozialversicherungsträger, Kammern und Innungen), sondern auch von **öffentlichen Anstalten** (z. B. Sparkassen, Rundfunk- und Fernsehanstalten) und **Stiftungen** (z. B. Stiftung Preussischer Kulturbesitz, aber auch kommunale Stiftungen mit eigener Rechtspersönlichkeit²⁴) durchgeführt. Allerdings würde man bei den Anstalten und Stiftungen besser von „**Eigenverwaltung**“ sprechen, da diese Organisationen nicht mitgliederschaftlich organisiert sind. Sie haben lediglich Benutzer und können deshalb ihre Organe nicht selbst bilden.

2. Begriff „Kommunale Selbstverwaltung“

- 43 Im Unterschied zum allgemeinen Selbstverwaltungsbegriff zeichnet die kommunale Selbstverwaltung noch die **Gebietshoheit** (Gemeindehoheit) und die **Aufgabenallzuständigkeit** aus. Träger der kommunalen Selbstverwaltung sind in erster Linie die Gemeinden, in begrenztem Umfang aber auch **Gemeindeverbände als Gebietskörperschaften**. In Baden-Württemberg sind Gebietskörperschaften neben den Gemeinden lediglich die Landkreise; gleichwohl wird man zumindest die Gemeindeverwaltungsverbände wegen ihres etwa gegenüber den Zweckverbänden erweiterten Aufgabenbestandes zugleich zu den Gemeindeverbänden i. S. v. Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG zu zählen haben.²⁵

II. Verfassung und kommunale Selbstverwaltung

- 44 Art. 28 Abs. 2 GG (ähnlich Art. 71 Abs. 1 und 2 LV) wird als „Garantienorm der kommunalen Selbstverwaltung“ bezeichnet. Dieser Artikel rechtfertigt daher nicht andere Selbstverwaltungseinrichtungen akademischer, sozialer oder wirtschaftlicher Art.

²⁴ Dazu näher *Uhl*, ZStV 2017, S. 150 ff.

²⁵ Umstritten, siehe wie hier auch *Pautsch*, in: Ade/Pautsch, GemO, § 1 Rn. 6.