

# hofmann

Der sichere Weg zum Examen!

# Skript Kommunalrecht

Autor: RA Frank Hofmann

© Repetitorium Hofmann | Alte Gießerei 1 | 79098 Freiburg | 7. Auflage | Stand: September 2022

---

**[www.repetitorium-hofmann.de](http://www.repetitorium-hofmann.de)**

## Inhaltsverzeichnis

Inhalt	Seite
<b>Lerneinheit 1:</b> Kommunale Rechtssubjekte: Gemeinden, Landkreise, Stadtkreise (=kreisfreie Städte), Große Kreisstädte, verfassungsrechtliche Grundlagen (Art. 28 GG), Organe der Gemeinde (insbesondere Gemeinderat und Bürgermeister)	3
<b>Lerneinheit 2:</b> Kompetenzen des Gemeinderats, Befangenheit (§ 18 GO BW), freies Mandat, Aufgaben des Bürgermeisters, Geschäfte der laufenden Verwaltung (§ 44 II GO BW), kommunaler Verfassungsverstreit (Klageart, Ausnahme vom Rechtsträgerprinzip, vgl. auch allgemeines Verwaltungsrecht), Satzungserlass durch die Gemeinde (§ 4 GO BW)	8
<b>Lerneinheit 3:</b> Zugang zu öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde (§ 10 II GO BW), Anschluss- und Benutzungszwang (§ 11 GO BW), wirtschaftliche Betätigung von Kommunen (§ 102 GO BW), Rechtsaufsicht über die Gemeinden (§§ 118 ff. GO BW)	15

Die Lerneinheiten entsprechen dem Hofmann-Lernplan, der in 120 Lerneinheiten den gesamten Stoff für die erste Staatsprüfung enthält und den Sie kostenlos auf der Website des Repetitoriums Hofmann abrufen können.

**[www.repetitorium-hofmann.de/lernplan](http://www.repetitorium-hofmann.de/lernplan)**

**Lerneinheit 1:** Kommunale Rechtssubjekte: Gemeinden, Landkreise, Stadtkreise (=kreisfreie Städte), Große Kreisstädte, verfassungsrechtliche Grundlagen (Art. 28 GG), Organe der Gemeinde (insbesondere Gemeinderat und Bürgermeister)

## **A. Die kommunalen Rechtssubjekte**

Die wichtigsten kommunalen Rechtssubjekte sind:

- Gemeinden
- Landkreise
- Stadtkreise (in anderen Bundesländern: „kreisfreie Städte“)
- Große Kreisstädte

### **I. Gemeinden**

Gemeinden sind Gebietskörperschaften, die die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung regeln (vgl. § 1 GO, Art. 28 II S. 1 GG).

Der Begriff der Gemeinde ist dabei unabhängig von der Größe.

*Bsp.: Stuttgart, Heidelberg, Rottweil, Achern, Staufen, Bollschweil-Geiersnest*

### **II. Landkreise**

Ein Landkreis besteht aus mehreren Gemeinden und ist als Gebietskörperschaft ebenso wie die Gemeinde eine Selbstverwaltungskörperschaft (vgl. § 1 LKrO).

*Bsp.: Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald; Alb-Donau-Kreis*

Die Kreise haben zwei Aufgaben:

- Wahrnehmung der überörtlichen Angelegenheiten (§ 2 I S. 1 LKrO)
- eine Ausgleichsfunktion mit dem Ziel einheitlicher Verwaltung und Versorgung (§ 2 I S. 2 LKrO)

Daneben ist das Landratsamt (LRA) vor allem auch untere Verwaltungsbehörde des Landes (vgl. § 15 I LVG, § 1 III S. 2 LKrO).

Im Verhältnis zu den einzelnen Gemeinden hat der Kreistag die Kompetenz-Kompetenz, d.h. er kann darüber entscheiden, welche Angelegenheiten durch den Landkreis und welche durch die einzelnen Gemeinden wahrgenommen werden (§ 2 II LKrO).

### **III. Stadtkreise**

Ein Stadtkreis ist eine Gemeinde, die keinem Landkreis angehört. In der Regel sind dies größere Städte, die sich selbst verwalten können und daher die verwaltungsmäßige Infrastruktur eines Landkreises (insbesondere das LRA) nicht benötigen.

*Bsp.: Freiburg, Stuttgart, Mannheim sind Stadtkreise*

Für weitere Beispiele von Stadtkreisen vgl. § 131 I GO.

#### **IV. Große Kreisstadt**

Große Kreisstädte sind sozusagen ein „Mittelding“ zwischen einer kleinen Gemeinde und einem völlig unabhängigen Stadtkreis. Die Große Kreisstadt gehört zwar einem Landkreis an, ist aber so groß, dass sie die meisten Verwaltungsangelegenheiten selbständig erledigen kann, bis auf bestimmte Materien.

Die Große Kreisstadt ist daher grundsätzlich selbst untere Verwaltungsbehörde (vgl. § 15 I Nr. 1, 2. Alt. LVG), nur bestimmte Materien – die in § 19 LVG aufgelistet sind – fallen aus ihrer Zuständigkeit heraus und werden vom LRA wahrgenommen.

§ 3 II GO nennt als Mindestgröße für eine Große Kreisstadt die Zahl von 20.000 Einwohnern. § 131 II GO listet einige Große Kreisstädte auf.

*Bsp.: Göppingen, Aalen, Lörrach*

#### **V. Rechtsschutz der Gemeinden vor Gericht**

Die Gemeinden genießen umfassenden Rechtsschutz und Klagebefugnis i.S.v. § 42 II VwGO:

- bei Eingriffen in ihr Recht auf kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 II S. 1 GG)
- bei Verletzung sonstiger Normen, die auch den Schutz der Kommunen im Auge haben (z.B. Landesentwicklungsplan)
- gegen eine Widerspruchsbehörde, die Verwaltungsakte aufhebt, die in die Kompetenz zur Selbstverwaltung der Gemeinde fallen (vgl. dazu auch § 17 AGVwGO)

#### **nicht dagegen:**

- um treuhänderisch die Rechte ihrer Bürger geltend zu machen.

### **B. Verfassungsrechtliche Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung**

#### **I. Allgemeines**

Nach **Art. 28 II S. 1 GG** haben Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln (sog. „*kommunale Selbstverwaltungsgarantie*“).

Dies bedeutet im Einzelnen:

- Existenzschutz für die Gemeinden
- Grundsätzliche eigene Zuständigkeit für *alle örtlichen Angelegenheiten*, z.B. **Organisationshoheit, Personalhoheit, Finanzhoheit, Planungshoheit** (vgl. Baurecht, dort z.B. § 36 BauGB), **Satzungshoheit**

Die Universalzuständigkeit erstreckt sich dagegen nicht ohne Weiteres auf *jeden* Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge.

- Unantastbarer **Kernbereich** der gemeindlichen Selbstverwaltung aus **Art. 28 II S. 1 GG**
- Für Maßnahmen gegenüber der Gemeinde gilt das Gebot der **Verhältnismäßigkeit**.
- Die Zuständigkeitsvermutung für alle Angelegenheiten mit örtlichem Bezug gilt nach BVerfG *auch gegenüber den Landkreisen* (a.M. noch das BVerwG im sog. „Rastede-Fall“).
- Durch Bundesgesetz dürfen Gemeinden Aufgaben überhaupt nicht übertragen werden (Art. 84 I 7 GG), durch Landesgesetz nur unter Berücksichtigung von deren finanzieller Leistungsfähigkeit (Art. 71 III LV).

Art. 28 II S. 2 GG und Art. 71 I LV gewährleisten das Recht auf Selbstverwaltung auch den Landkreisen.

- Nach Art. 28 I S. 2 GG und Art. 72 I LV muss das Volk in den Landkreisen und Gemeinden eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist.

**Tipp:** Das Lernwissen zu den Wahlrechtsgrundsätzen auf Bundesebene (Art. 38 I GG) kann hier unmittelbar ins Kommunalrecht übertragen werden.

Dogmatisch gesehen ist die Gemeindeverwaltung **kein** Parlament, sondern als Organ einer Selbstverwaltungskörperschaft dem Bereich der vollziehenden Gewalt (Verwaltung) zuzurechnen. Dies wirkt sich in Klausuren z.B. dann aus, wenn die Gemeinde in einer Satzung belastende Maßnahmen für die Einwohner einer Gemeinde anordnen will, für die der Vorbehalt des Gesetzes gilt. Hierfür braucht die Gemeinde eine besondere, parlamentsgesetzliche Ermächtigung.

Es wird beim Wahlrecht auf kommunaler Ebene unterschieden zwischen „**Einwohnern**“ (vgl. § 10 I GO: Wer in der Gemeinde wohnt) und **Bürgern** (vgl. § 12 I GO; Voraussetzungen: a) Deutscher i.S.v. Art. 116 GG oder Bürger der Europäischen Union (vgl. auch Art. 28 I S. 3 GG, 72 I S. 2 LV), b) 16. Lebensjahr vollendet, c) Seit mindestens 3 Monaten in der Gemeinde wohnend). Nur Bürger haben das aktive und passive Wahlrecht (§§ 14, 28 GO).

**Beachte:** Durch die Kommunalwahlrechtsreform 2013 wurde die Altersgrenze für das Bürgerschaftsrecht und damit insbesondere für das aktive Wahlrecht von 18 auf 16 Jahre gesenkt (im Jahr 2022 auch für Landtagswahlen, vgl. Art. 26 LV). Für das passive Wahlrecht, d.h. für die Möglichkeit, gewählt zu werden, verbleibt es aber nach § 28 I GemO bei einem Mindestalter von 18 Jahren.

- Auch auf kommunaler Ebene gilt uneingeschränkt das Prinzip der **Volkssouveränität** (Art. 20 II S. 1 GG), d.h. *jede* Staatsgewalt auch auf kommunaler Ebene lässt sich auf den Volkswillen zurückführen.

*Bsp.: In der Gemeinde G entscheidet über den Zugang für Stände-Anbieter zum Oktoberfest ein sog. „Volksfestausschuss“. Dieser wird jedes Jahr neu gebildet, indem sich „Freiwillige“ aus der Gemeindeverwaltung melden. Der „Ausschuss“ lässt sich weder unmittelbar noch mittelbar auf eine Legitimation durch Wahlen zurückführen und kann daher die Entscheidung über Zulassung oder Nicht-Zulassung zum Oktoberfest nicht treffen.*

Weiterhin besteht auf kommunaler Ebene die Möglichkeit von Bürgerentscheid und Bürgerbegehren (vgl. § 21 GO) sowie das Instrument des Einwohnerantrags, das den Gemeinderat zwingt, sich mit einem bestimmten Anliegen auseinanderzusetzen (vgl. § 20b GO).

Diese sog. **plebiszitären Elemente** der direkten Mitbestimmung durch das Volk sind daher auf kommunaler Ebene stärker ausgeprägt als etwa auf Bundesebene.

## **II. Rechtsschutz der Kommune gegen Verstöße auf ihr Recht auf Selbstverwaltung und andere Verfassungsverstöße**

- Gegen Landesgesetze, die das Recht auf kommunale Selbstverwaltung (i.S.d. Art. 71 ff. LV) verletzen, die kommunalrechtliche Normenkontrolle gem. **Art. 76 LV** vor dem Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg.

**Beachte:** Nach § 91 S. 2 BVerfGG ist dadurch die kommunale Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4b GG zunächst ausgeschlossen.

- Bei sonstigen Verletzungen des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung die **kommunale Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 I Nr. 4b GG**. Zu deren Voraussetzungen vgl. §§ 91, 93 BVerfGG.

- Bei Verletzung von Justizgrundrechten (Art. 101 ff. GG) durch Verfassungsbeschwerde (Art. 93 I Nr. 4a GG).

Darüber hinaus kann die Kommune dagegen nach h.M. **keine** Verfassungsbeschwerde erheben, und zwar auch dann nicht, wenn sie der Staatsgewalt ansonsten „wie ein Bürger“ gegenübersteht. Denn die Grundrechte sind nur Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Bei einem Konflikt Gemeinde zu sonstigen staatlichen Instanzen handelt es sich dagegen um einen Kompetenz-Konflikt im weitesten Sinne.

*Bsp.: Enteignung eines Grundstücks der Gemeinde zugunsten der Bundeswehr – nach h.M. kann sich die Gemeinde nicht auf Art. 14 GG berufen und damit auch keine Verfassungsbeschwerde erheben.*

**Lerneinheit 2:** Kompetenzen des Gemeinderats, Befangenheit (§ 18 GO BW), freies Mandat, Aufgaben des Bürgermeisters, Geschäfte der laufenden Verwaltung (§ 44 II GO BW), kommunaler Verfassungsstreit (Klageart, Ausnahme vom Rechtsträgerprinzip, vgl. auch allgemeines Verwaltungsrecht), Satzungserlass durch die Gemeinde (§ 4 GO BW)

## C. Die innere Gemeindeverfassung

Verwaltungsorgane der Gemeinde sind:

- der Gemeinderat
- der Bürgermeister

### I. Einzelheiten zum Gemeinderat

- Zur Wahl vgl. §§ 26 ff. GO.
- Die Gemeinderäte haben ein Recht auf Mitwirkung bei **Beratung und Entscheidung** in allen Gemeindeangelegenheiten (vgl. §§ 18 VI GO, 32 II S. 1 GO).

Ausnahmen bestehen nur bei Befangenheit (vgl. § 18 GO).

Ein unter Verletzung von Mitwirkungsrechten zustande gekommener Beschluss des Gemeinderates ist rechtswidrig (vgl. § 18 IV S. 1 GO), aber u. U. trotzdem wirksam nach § 18 VI S. 2-3 GO.

Gleiches gilt für einen Beschluss, bei dem ein befangener Gemeinderat mitgewirkt hat, und sei es nur bei der Beratung.

**Tipp:** Probleme rund um einen befangenen Gemeinderat werden gern in Klausuren eingebaut. Bei der Erörterung der Frage, ob ein Gemeinderat befangen ist, stellen § 18 I, II bestimmte Regelfälle auf. Entscheidend ist der unbestimmte Rechtsbegriff der „Unmittelbarkeit“ des Vorteils (oder Nachteils). Hierbei gilt ein bisschen das Prinzip (ohne dass man das in der Klausur so schreiben sollte): Je kleiner der Ort, desto großzügiger ist man im Zweifel mit Befangenheit, da sonst insbesondere in kleinen Ortschaften in vielen Angelegenheiten letztlich jeder Gemeinderat befangen wäre.

- Die Gemeinderäte sind an Aufträge und Weisungen nicht gebunden (vgl. § 32 III GO, sog. **freies Mandat**).

Sie haben allerdings bestimmte Treuepflichten gegenüber der Gemeinde (§ 17 GO: „uneigennützig und verantwortungsbewusst“, Verschwiegenheitspflichten etc.; gilt gem. § 52 GO auch für den Bürgermeister)

- Die Gemeinderäte dürfen sich zu Fraktionen zusammenschließen (vgl. § 32a GO). Ein **Fraktionsausschluss** eines Gemeinderats ist nur aus **wichtigem Grund** zulässig.



**Wichtig:** Ob ein fraktionsloser Gemeinderat auch einen Ausschusssitz mit Rede-, Antrags- und **Stimmrecht (!)** beanspruchen kann, ist streitig und wird in der Rspr. der Oberverwaltungsgerichte verschieden gesehen.

(Der Unterschied zum fraktionslosen BT-Abgeordneten, der *unstreitig* nur einen Ausschusssitz *ohne* Stimmrecht beanspruchen kann, erklärt sich daraus, dass im Kommunalrecht anders als im Bundestag bestimmte Angelegenheiten durch die Ausschüsse *abschließend* behandelt werden.)

**Beachte:** Nach der Rechtsprechung des BVerwG (Az. 10 CN 1.17, NVwZ 2018, 1656) dürfen auch verfassungsfeindliche Fraktionen nicht von kommunalen Fraktionszuwendungen ausgeschlossen werden. Die Vorschriften der Art. 21 III, IV GG betreffen nur bundesgesetzliche Regelungen, ein Ausschluss verstöße vor diesem Hintergrund gegen Art. 3 I GG.

- Der Gemeinderat entscheidet über alle örtlichen Angelegenheiten, soweit nicht der Bürgermeister zuständig ist (gem. § 44 II S. 1 GO für „Geschäfte der laufenden Verwaltung“) oder sie diesem übertragen worden sind (§ 24 I S. 2 GO).

**Bestimmte Angelegenheiten** dürfen **weder den Ausschüssen (§ 39 II GO) noch dem Bürgermeister (§ 44 II S. 3 GO)** übertragen werden (z.B. Satzungserlass, Abgabefestsetzung).

- Zu Einberufung, Tagesordnung, Öffentlichkeit, Geschäftsordnung, Beschlussfähigkeit und Abstimmungsformalitäten vgl. §§ 34-37 GO

**Beachte:** Ort, Zeit und Tagesordnung der öffentlichen Sitzungen des Gemeinderats sind im Internet zu veröffentlichen (§ 41b GO). Eine Verletzung der Vorschrift führt allerdings nicht zum Fehlen der Ordnungsmäßigkeit der Sitzung (vgl. § 41b V GO). Aufgrund des in der sog. „Corona-Krise“ neu eingeführten **§ 37a GO** können Gemeinderatssitzungen auch per Videokonferenz abgehalten werden, außerhalb von Katastrophenzeiten allerdings nur zu „Gegenständen einfacher Art“ (vgl. § 37a I 2 GO).

- Der Gemeinderat kann **beschließende** (d.h. selbständig an Stelle des Gemeinderats entscheidende) und **beratenden Ausschüsse** einsetzen (§§ 39-41 GO). Für sie gelten die Regeln über den Gemeinderat entsprechend (§ 39 V GO).

## II. Der Bürgermeister

Der Bürgermeister leitet die Gemeindeverwaltung. Im Einzelnen ist bei ihm folgendes zu beachten:

- Der Bürgermeister wird von den Gemeindebürgern auf acht Jahre gewählt (§§ 42 III, 45-47 GO).

- Seine Beigeordneten (§§ 49-51 GO) bzw. in kleineren Gemeinden Stellvertreter (§ 48 GO) werden vom Gemeinderat bestimmt.

- Aufgabe und Funktion des Bürgermeisters:

(a) Er ist **Vorsitzender des Gemeinderats (§ 42 I GO)**. Dies beinhaltet im Einzelnen: Verhandlungsleitung und Ordnungsbefugnis (§ 36 I, III GO), Stimmrecht, Vorbereitung der Sitzung und Ausführung der Beschlüsse (§ 43 I GO), aufschiebendes Widerspruchsrecht (§ 43 II GO), Eilentscheidungskompetenz (§ 43 IV GO).

(b) Er **leitet die Gemeindeverwaltung (§§ 42 I, 44 I GO)**. Er ist neben den ihm vom Gemeinderat übertragenen Aufgaben insbesondere für die „**Geschäfte der laufenden Verwaltung**“ verantwortlich (§ 44 II GO).

**Beachte:** Dem unbestimmten Rechtsbegriff der **Geschäfte der laufenden Verwaltung** kommt Bedeutung sowohl bei der Kompetenzabgrenzung zwischen Gemeinderat und Bürgermeister als auch bei rechtsgeschäftlichen Handlungen der Gemeindeverwaltung (vgl. § 54 IV GO) zu. Hierbei ist darauf abzustellen, ob eine Sachaufgabe wegen ihrer **Regelmäßigkeit und Häufigkeit** zu den für die Gemeindeverwaltung **gängigen Geschäften** gehört.

(c) **Vertretung der Gemeinde nach außen (§ 42 I S. 2 GO)**. Zur Form vgl. § 54 GO (bei Nichteinhaltung u. U. Haftung der Gemeinde aus c.i.c. und Delikt!).

## D. Kreisverfassung

Organe des Landkreises sind der Kreistag und der Landrat (vgl. § 18 LKrO).

Gem. § 39 LKrO wählt der Kreistag den Landrat. Der Landrat ist Hauptverwaltungsbeamter und zugleich Mitglied und Vorsitzender des Kreistages (§ 37 LKrO).

**Wichtig:** Das Landratsamt (LRA) ist gem. **§ 1 III S. 2 LKrO** zugleich untere staatliche Verwaltungsbehörde. Hierin liegt seine Hauptbedeutung in der Klausur! Man spricht insoweit auch von der „**Doppelnatur des LRA**“ als Selbstverwaltungskörperschaft *und zugleich* untere staatliche Verwaltungsbehörde.

## E. Kommunalen Verfassungsstreit

Der kommunale Verfassungsstreit kommt als innerorganschaftliche Streitigkeit vor allem dann zum Tragen, wenn sich mehrere Organe oder Organteile innerhalb der Gemeinde miteinander streiten.

*Bsp.: Dem Gemeinderat G wird während einer Sitzung des Gemeinderats zum hochpolitischen Thema der Windkraftnutzung in der Gemeinde die Redezeit beschnitten. Hiergegen wehrt er sich mit einem kommunalen Verfassungsstreit.*

### Zulässigkeitsvoraussetzungen:

- Verwaltungsrechtsweg (§ 40 I VwGO)

(a) Öffentlich-rechtlicher Streitgegenstand sind die Rechte und Pflichten aus der Gemeindeordnung

(b) Entgegen dem missverständlichen Wortlaut handelt es sich auch um eine Streitigkeit „nichtverfassungsrechtlicher Art“, da nicht auf beiden Seiten Verfassungsorgane beteiligt sind.

- Statthafte Klageart i.S.v. § 88 VwGO

(a) Zwar sind sowohl Bürgermeister als auch Gemeinderat Behörde i.S.v. § 1 IV VwVfG

(b) Anfechtungs- und Verpflichtungsklage scheitern jedoch i.d.R. daran, dass kein VA vorliegt mangels „**Außenwirkung**“ (der Streit findet ja nur verwaltungsintern statt).

Leistungs- und Feststellungsklage würden grundsätzlich ebenfalls am Fehlen eines „**Außenrechtsverhältnisses**“ scheitern. Es handelt sich beim kommunalen Verfassungsstreit insoweit um eine innerkorporative Streitigkeit.

(c) Nach früherer Auffassung war der kommunale Verfassungsstreit daher eine **Klage eigener Art („sui generis“)**.

(d) Heute ist h.M., dass auf den kommunalen Verfassungsstreit die üblichen Klagearten (d.h. **Leistungs- und Feststellungsklage**) anzuwenden sind *unter Verzicht auf ein Außenrechtsverhältnis*

**Merke:** Nach wie vor ist der kommunale Verfassungsstreit *in keinem Fall* AK oder VK.

- Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO analog:

(a) Grund für die analoge Anwendung: Sie stellt ein Korrektiv dar für die Erweiterung der Klagebefugnis auch auf Innenrechtsverhältnisse

(b) Erforderlich ist die **behauptete Verletzung organschaftlicher Rechte**.

*Bsp.: Ein Gemeinderat wird wegen angeblicher Befangenheit der Teilnahme an der Sitzung verwiesen.*

**Beachte:** Der einzelne Gemeinderat hat keinen subjektiven Anspruch auf Rechtmäßigkeit aller Gemeinderatsbeschlüsse. Einen kommunalen Verfassungsstreit kann er nur dann in Gang setzen, wenn der Gemeinderatsbeschluss gerade deshalb rechtswidrig ist, weil seine Rechte verletzt wurden.

*Bsp.: Der Gemeinderat von G hat einen rechtswidrigen Bebauungsplan verabschiedet. Ohne weiteres kann der einzelne Gemeinderat X diesen **nicht** mit dem kommunalen Verfassungsstreit angreifen!*

- Bei Feststellungsklage: Feststellungsinteresse (§ 43 I VwGO) und keine Subsidiarität gem. § 43 II VwGO.

- **Klagegegner** ist nach der in Baden-Württemberg herrschenden Meinung das Organ, dessen Maßnahme gerügt wird.

**Beachte:** Insoweit handelt es sich um eine Abweichung vom Rechtsträgerprinzip des § 78 I Nr. 1 VwGO, da ansonsten die Gemeinde die Gemeinde verklagen müsste.

- Die Beteiligtenfähigkeit richtet sich für die Organe nach § 61 Nr. 2 VwGO, für Organteile nach § 61 Nr. 2 VwGO analog (1), da sie ja gerade nicht als natürliche Personen betroffen sind.
- Die Prozessfähigkeit richtet sich nach § 62 III VwGO (gegebenenfalls ebenfalls analog)
- Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis muss dann geprüft werden, wenn dem Kläger auch einfachere, satzungsmäßige Vorgehensweisen zur Verfügung stehen.

*Bsp.: Die Gemeinde G hat bei Krach im Gemeinderat ein satzungsmäßiges Schlichtungsverfahren vorgesehen. Nach einem entsprechenden Streit muss der einzelne Gemeinderat vor Erhebung einer Klage dieses Schlichtungsverfahren durchlaufen.*

## F. Der Aufgabenkreis der Gemeinde

In ihrem Gebiet sind die Gemeinden alleiniger und eigenverantwortlicher Träger der öffentlichen Verwaltung, soweit die Gesetze nichts anderes bestimmen (vgl. § 2 I GO).

Entscheidend für die Zuordnung zum Wirkungskreis der Gemeinde ist dabei die **Dominanz des örtlichen Bezuges**. Zu beachten ist dabei, dass die Gemeinden nur ein kommunalpolitisches, dagegen **kein allgemeinpolitisches Mandat** haben.

*Bsp.: Die Gemeinde G erklärt sich zur „gentechnefreien Zone“. Unzulässig, da ihr insoweit die Zuständigkeit fehlt – die Gentechne hat keinen kommunalpolitischen Bezug.*

Der Aufgabenkreis der Gemeinden umfasst weiterhin die kommunale **Daseinsvorsorge** im weitesten Sinne.

*Bsp.: Kindergärten, Schwimmbäder, Parks.*

Auf die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben können die Gemeinden gesetzliche verpflichtet werden (z.B. Straßenreinigung, Schulträgerschaft für Grund- und Hauptschulen). Vgl. hierzu auch § 2 II GO (sog. pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben).

Durch Gesetz können den Gemeinden auch sog. **„Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung“** auferlegt werden. Kennzeichnend für sie ist ein umfassendes Weisungsrecht (Rechts- und Fachaufsicht) der staatlichen Aufsichtsbehörden (vgl. §§ 2 III, 118 II, 129, 130 GO).

*Bsp.: Ortspolizeibehörden im Polizeirecht*

**Merke:** Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung kommen in der Klausur häufig vor, da fast der gesamte Bereich der Gefahrenabwehr als Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung ausgestaltet ist.

Davon abzugrenzen ist die „**Organleihe**“, bei der der Staat zur Erledigung seiner (staatlichen) Aufgaben auf kommunale Träger zurückgreift, die dann ihrerseits als staatliche Organe tätig werden.

*Bsp.: Landratsamt als untere staatliche Verwaltungsbehörde (s.o.).*

Bisweilen bestehen im kommunalen Wirkungskreis **staatliche Mitwirkungsrechte**, z.B. Genehmigungsvorbehalte.

*Bsp.: Genehmigung von Kreditaufnahmen durch Gemeinden.*

## G. Kommunales Satzungsrecht

Die Gemeinden haben in ihrem Wirkungsbereich auch ohne besondere gesetzliche Ermächtigung das Recht zur **Rechtsetzung (=Satzungsautonomie)**, vgl. § 4 GO.

Voraussetzungen:

(a) Ermächtigungsgrundlage

§ 4 GO reicht als Ermächtigungsgrundlage nach dem Grundsatz vom **Vorbehalt des Gesetzes** nicht aus bei:

- Eingriffen in **Grundrechte** der Gemeindebürger
- wesentliche Entscheidungen in grundrechtsrelevanten Bereichen (Arg.: „**We-sentlichkeitstheorie**“)

*Bsp.: Kommunale Verpackungssteuer auf Bürger-Verpackungen*

(b) Formelle Rechtmäßigkeit der Satzung („Zuständigkeit, Verfahren, Form“), d.h. vor allem:

- zuständiges Organ (Gemeinderat)
- ordnungsgemäßes Zustandekommen (vgl. insbesondere §§ 18 VI, 37 GO)
- Publikation (vgl. § 4 III GO)
- keine Beanstandung durch die Rechtsaufsichtsbehörde (vgl. § 121 GO)

**Wichtig:** Die Satzung kann trotz Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften wirksam werden, vgl. § 4 IV GO.

**Auch wichtig:** Eine nichtige Satzung kann ohne Verstoß gegen das **Rückwirkungsverbot** durch eine rechtlich unbedenkliche Satzung mit **rückwirkender Kraft** ersetzt werden. Dies deshalb, weil der Bürger ja auch bereits durch die nichtige Satzung über eine Normsetzungsabsicht der Gemeinde in dem betreffenden Themenfeld „gewarnt“ war und daher insoweit keinen Vertrauensschutz mehr genießt.

(c) Materielle Rechtmäßigkeit der Satzung

- Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht (GG, Gesetze, Rechtsverordnungen), insbesondere Verfassungsrecht (Bestimmtheitsgebot, Verhältnismäßigkeits-Grundsatz, Art. 3 I GG usw.).

### Typen von Satzungen

- Bei **Pflichtsatzungen** ist die Gemeinde zum Erlass einer Satzung verpflichtet

*Bsp.: Haushaltssatzung*

- **Bedingte Pflichtsatzungen** müssen die Gemeinden erlassen, wenn sie von bestimmten gesetzlichen Möglichkeiten Gebrauch machen wollen

*Bsp.: Errichtung eines Eigenbetriebs, vgl. § 3 II EigenBetriebsG*

- **Fakultative Satzungen** stehen im kommunalpolitischen Ermessen

*Bsp.: Abgabensatzungen gem. § 2 I KAG*

Vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandlungen gegen kommunale Satzungen sind als Ordnungswidrigkeiten mit Bußgeld bedroht (vgl. § 142 GO).

**Lerneinheit 3:** Zugang zu öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde (§ 10 II GO BW), Anschluss- und Benutzungszwang (§ 11 GO BW), wirtschaftliche Betätigung von Kommunen (§ 102 GO BW), Rechtsaufsicht über die Gemeinden (§§ 118 ff. GO BW)

## H. Kommunale Einrichtungen und ihre Benutzung

### I. Allgemeines

Die Gemeinde schafft in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen (§ 10 II S. 1 GO).

Voraussetzungen für das Vorliegen einer öffentlichen Einrichtung:

- die Sache dient einem **öffentlichen Zweck**
- **Widmung** (förmlich, formlos oder konkludent) zu diesem Zweck

Es besteht eine widerlegbare Vermutung für die Widmung einer Einrichtung zur öffentlichen Benutzung.

*Bsp. für öffentliche Einrichtungen: kommunales Schwimmbad, Stadthalle*

Ein Anspruch auf Schaffung oder Aufrechterhaltung einer öffentlichen Einrichtung besteht nicht.

Für ihre öffentlichen Einrichtungen stehen den Gemeinden **verschiedene Rechtsformen** zur Verfügung:

- **öffentlich-rechtlich** in der Form der nichtrechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts (Bsp.: Volkshochschule, Bibliothek) oder des Eigenbetriebes (vgl. hierzu EigenBetriebsG)
- sofern gesetzlich zugelassen, **öffentlich-rechtlich** in der Form der juristischen Person des öffentlichen Rechts (Körperschaft, rechtsfähige Anstalt, Stiftung; Bsp.: Sparkassen)
- **privatrechtlich** in den Formen des Gesellschaftsrechts (z.B. als GmbH oder AG; Bsp.: Stadtwerke AG), entweder als sog. **Eigengesellschaft** oder zusammen mit anderen Gesellschaftern. Den §§ 102-104 GO ist allerdings – unbeschadet eines diesbezüglichen Einschätzungsspielraums der Kommune – eine Präferenz zugunsten des öffentlich-rechtlichen Eigenbetriebs zu entnehmen.
- Drittunternehmen als **kommunale Erfüllungsgehilfen** (verbreitet z.B. im Bereich der *Abfallentsorgung*)

Das Benutzungsverhältnis ist, sofern die Gemeinde in *privatrechtlicher Form* tätig wird, immer *privatrechtlich* auszugestalten. Bei *öffentlich-rechtlicher Betätigungsform* hat die Gemeinde dagegen nach h.M. ein **Wahlrecht**. Der *Zugangs-*

*anspruch* ist dagegen *immer* öffentlich-rechtlich (sog. Zweistufentheorie, dazu gleich unten).

## II. Benutzungsanspruch der Einwohner

Nach § 10 II S. 2 GO hat jeder Einwohner das **Recht, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen**.

Einzelheiten zum Benutzungsanspruch:

- Der Anspruch besteht nur im Rahmen der **Kapazitätsgrenzen**. Sind diese erschöpft, wandelt sich der Zugangsanspruch in einen *Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung*. Bei zu gewärtigenden Schäden darf die Zulassung auch von einem Versicherungsnachweis abhängig gemacht werden.
- Der Zugangsanspruch besteht auch dann, wenn die Gemeinde in privatrechtlicher Form tätig wird.

**Beachte:** Die Gemeinde kann sich dem Benutzungsanspruch der Einwohner nicht dadurch entziehen, dass sie die Einrichtung in privatrechtlicher Form betreibt („keine Flucht ins Privatrecht“).

Grundlage hierfür ist die sog. **Zweistufentheorie**. Danach ist das „**Ob**“ der Benutzung (=1. Stufe) *immer* öffentlich-rechtlich zu beurteilen, das „**Wie**“ des Zugangs (=2. Stufe) dagegen unter Umständen privatrechtlich (insoweit besteht ein Wahlrecht des Staates für die Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses, s.o.).

*Bsp.: Die Gemeinde G betreibt ihr Schwimmbad als GmbH. Nach einigen unschönen Vorfällen mit Handy-Fotos verbietet sie für männliche Jugendliche unter 18 außerhalb des Schulunterrichts generell den Zutritt. Der Jugendliche J möchte dagegen klagen. Sein Zugangsanspruch ist öffentlich-rechtlicher Natur, da es um die Frage des „Obs“ des Zugangs geht. Dass das Schwimmbad als privatrechtliche GmbH organisiert ist, spielt keine Rolle.*

Im obigen Beispiel richtet sich der Anspruch auf Zugang gegen die Gemeinde G, und zwar auf Einwirkung auf die Schwimmbad-GmbH, den J zuzulassen (sog. **Einwirkungsanspruch**). Da diese Einwirkung der G auf die GmbH nicht in der Form des VA, sondern durch Geltendmachung ihres maßgeblichen Einflusses in den Entscheidungs-Gremien der GmbH als schlichtes Verwaltungshandeln erfolgen dürfte, ist die **allgemeine Leistungsklage** einschlägig.

**Wichtig:** Die Klageart würde sich möglicherweise ändern, wenn die Stadt das Schwimmbad als öffentlichen Eigenbetrieb führen würde. In diesem Fall hätte die Frage der Zulassung des J VA-Charakter, da unmittelbar eine Rechtsfolge bewirkt wird (Zulassung: Ja oder Nein?). Die richtige Klageart wäre dann die Verpflichtungsklage (§ 42 I VwGO) auf Zulassung.

Neben dem Einwirkungsanspruch besteht u. U. auch noch ein direkter Anspruch aus § 826 BGB (Kontrahierungszwang wegen Monopolstellung) gegen die Schwimmbad-GmbH, der vor den Zivilgerichten geltend zu machen ist. Dieser



Anspruch ist in öffentlich-rechtlichen Klausuren nach dem Bearbeitervermerk allerdings nur selten zu prüfen.

**Tipp:** Die Frage der Rechtsnatur des Zugangsanspruches ist in der Klausur häufig bereits beim ersten Prüfungspunkt der Zulässigkeit der Klage, dem Verwaltungsrechtsweg, zu prüfen, da hiervon abhängt, ob es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt.

Theoretisch könnte man an dieser Stelle der Klausur die Frage abkürzen, indem man auf den öffentlich-rechtlichen Charakter von § 10 II S. 2 GO verweist (nach der herrschenden modifizierten Subjektstheorie ist § 10 II S. 2 GO eine Norm, die ausschließlich Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet). Auch wäre eine Erörterung streng genommen überflüssig, wenn die Gemeinde durch VA *gehandelt* hat, d.h. den Zugangsanspruch des Einwohners zurückgewiesen hat, da allein hierdurch der Streit öffentlich-rechtlichen Charakter erhält.

Die Erfahrung zeigt allerdings, dass trotzdem an dieser Stelle in vielen Musterlösungen die Erörterung der Zweistufentheorie erwartet wird. Es ist daher ratsam, so zu verfahren, und die anderen Argumente für den öffentlich-rechtlichen Charakter der Streitigkeit nur „hilfsweise“ zu bringen.

- Neben **§ 10 II S. 2 GO** sind immer auch noch **§ 70 GewO** und **§ 5 ParteienG** zu bedenken. Diese beiden Vorschriften stellen neben § 10 II S. 2 GO die am häufigsten zu prüfenden Normen in den „Zugangsklausuren“ dar. Dabei ist der § 10 II S. 2 GO subsidiär gegenüber § 70 GewO, wenn es sich um eine nach Gewerberecht festgesetzte Veranstaltung handelt. § 10 II S. 2 GO verdrängt wiederum § 5 ParteienG, da § 10 II S. 2 GO den stärkeren Anspruch gewährt: § 10 II S. 2 GO gewährt einen unmittelbaren Anspruch auf Zugang, während § 5 ParteienG nur einen Anspruch auf *Gleichbehandlung* gewährt.

*Bsp.: Die N-Partei möchte im laufenden Wahlkampf eine Veranstaltung in der Stadthalle von G abhalten. Nach § 10 II S. 2 GO hat sie hierauf einen unmittelbaren Anspruch, sofern die Kapazitäten ausreichen. Nach § 5 ParteienG hätte sie hierauf nur einen Anspruch, wenn der Zugang zur Stadthalle auch anderen Parteien gewährt wird.*

- Den Einwohnern der Nachbargemeinden steht ein Benutzungsanspruch aus § 10 II S. 2 GO nach h.M. nicht zu, sondern lediglich ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Auswärtigenzuschläge sind allerdings nach h.M. rechtswidrig.

- Grundbesitzer und Gewerbetreibende sind den Einwohnern nach § 10 III GO gleichgestellt.

- Bei der Vergabe öffentlicher Einrichtungen hat die Gemeinde sich **wettbewerbsneutral** zu verhalten. Die Zulässigkeit von sog. **Schutzfristen** (die Attraktivität einer Veranstaltung wird erhöht, indem ein befristetes Verbot für eine gleichartige Nutzung ausgesprochen wird) ist in diesem Zusammenhang *umstritten*.

*Bsp.: Gemeinde G schließt mit M einen Vertrag über die Veranstaltung einer Hochzeitsveranstaltermesse in den Messehallen der G. Gleichzeitig wird verein-*

bart, dass innerhalb desselben Jahres keine Veranstaltungen mit gleichartiger Thematik in den öffentlichen Einrichtungen der G stattfinden dürfen.

- Der Benutzungsanspruch gilt entsprechend für **juristische Personen** und **Personenvereinigungen** (§ 10 IV GO).
- Ein **rechtswidriger Ausschluss** von der Benutzung kann Schadensersatzansprüche nach Amtshaftungsgrundsätzen (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) nach sich ziehen.

## J. Anschluss- und Benutzungszwang (§ 11 GO)

Die Gemeinde kann durch Satzung (!) einen Anschluss- und Benutzungszwang für bestimmte öffentliche Einrichtungen vorschreiben (vgl. § 11 GO).

*Bsp.: Wasserversorgung, Fernwärmeversorgung, Abwasserbeseitigung, Straßenreinigung*

Voraussetzungen:

- Vorliegen einer Satzung (§ 11 I, II GO)
- **öffentliches Bedürfnis** für den Anschluss- und Benutzungszwang

**Beachte:** Die Formel des „**öffentlichen Bedürfnisses**“ ist nach h.M. ein verwaltungsgerichtlich voll überprüfbarer unbestimmter Rechtsbegriff. Zu berücksichtigen ist dabei aber auch die **Planungshoheit** und der Grundsatz der **Eigenverantwortlichkeit** der Gemeinden. Vertreten wird insoweit auch ein kommunaler *Beurteilungsspielraum*.

- dient der **Volksgesundheit** oder dem Schutz der **natürlichen Grundlagen** des Lebens einschließlich des Klima- und Ressourcenschutzes

**Hintergrund:** Einen Anschluss- und Benutzungszwang an die Fernwärmeverorgung aus Gründen des Klimaschutzes erlaubt insbesondere das „Erneuerbare-Energien-Gesetz“ (vgl. § 16 EEWärmeG). Der hiermit möglicherweise verbundene Nachteil für den Wettbewerb in den entsprechenden Kommunen wird für die Ziele des Gesetzes – Klima- und Ressourcenschonung – in Kauf genommen.

- keine **Unzumutbarkeit** (sonst Anspruch auf Ausnahmeregelung gem. § 11 II GO; allerdings ist die Rspr. hier sehr restriktiv)

*Bsp.: Die Gemeinde G verabschiedet eine Satzung über einen Anschluss- und Benutzungszwang für die örtliche Frischwasserversorgung. Die Brauerei B arbeitet allerdings seit über einem Jahrhundert mit einem Wasser aus einer bestimmten Quelle und riskiert ihre Marktstellung, wenn sie insoweit auf die allgemeine Wasserversorgung umstellen muss. Insoweit dürfte ein Anspruch auf eine Ausnahmeregelung zu bejahen sein.*

*Gegenbeispiel: Im obigen Fall wohnt der B im Außenbereich der G auf dem Lande und hat einen eigenen Brunnen. Daher möchte er nicht an die Wasserversorgung der G angeschlossen werden. In diesem Fall wäre ein Anspruch auf eine Ausnahmeregelung wohl eher zu verneinen, da es sonst auf dem Lande nie zu einer flächendeckenden Versorgung käme.*

**Merke:** Verfassungsrechtlich gesehen wird beim Anschluss- und Benutzungszwang häufig das Eigentumsgrundrecht aus **Art. 14 GG** betroffen sein. Einschränkungen zum Zwecke der Volksgesundheit werden jedoch in der Regel durch die **Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 I S. 2 GG)** gerechtfertigt sein. Bei Gewerbebetrieben (**Art. 12 GG**) kommt hinzu, dass in der Regel mit der Einrichtung eines Anschluss- und Benutzungszwanges wenigstens gerechnet werden musste. Die *Stilllegung* einer immissionsrechtlich einwandfreien Anlage kann allerdings ein enteignender Eingriff sein.

**Auch wichtig:** Trotz des öffentlich-rechtlichen Benutzungszwanges darf die Gemeinde die **Einzelheiten des Benutzungsverhältnisses privatrechtlich regeln**. Ihr ist insoweit ein kommunales Ermessen eingeräumt. Umstritten ist allerdings, ob die Gemeinde mit den durch einen Anschluss- und Benutzungszwang gesicherten Versorgungsrechten ein ausschließlich privates Unternehmen betrauen darf.

#### **Haftung:**

- bei privatrechtlicher Ausgestaltung des Anschluss- und Benutzungszwanges aus Vertrags- und Deliktsrecht des BGB
- bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung Haftung aus verwaltungsrechtlichem Schuldverhältnis

**Beachte:** Falls die Haftung für leichte Fahrlässigkeit in der Satzung ausgeschlossen sein sollte (häufiger Fall), gilt insoweit aber § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Dieser kann als *Bundesrecht* nicht durch einfache kommunale Satzung beschränkt werden.

#### **K. Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen**

Die Gemeinde darf ein wirtschaftliches Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn

- der **öffentliche Zweck** das Unternehmen rechtfertigt,
- zur **Leistungsfähigkeit der Gemeinde** und dem **voraussichtlichen Bedarf** in einem angemessenen Verhältnis steht und
- bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge nur dann, wenn der Zweck nicht durch ein privates Unternehmen gleich gut oder besser erfüllt werden kann (§ 102 I GO).

**Definition:** Wirtschaftliche Unternehmen i.S.v. §§ 102 ff. GO sind alle Betätigungen, die auch von Privaten mit der **Absicht der Gewinnerzielung** betrieben werden können.

Einige Einrichtungen sind gem. § 102 IV GO von vornherein *keine* wirtschaftlichen Unternehmen.

*Bsp.: Einrichtungen des Gesundheits-, Bildungs- oder Kultuswesens; weiterhin bei gesetzlicher Verpflichtung zur Errichtung des Betriebs*

Mögliche **Rechtsformen** für ein kommunales Unternehmen sind:

- **Regiebetrieb** (=keinerlei Verselbständigung von der Gemeindeverwaltung)
- **Eigenbetrieb**, gekennzeichnet durch:
  - (a) Keine eigene Rechtspersönlichkeit, Träger ist allein die Gemeinde
  - (b) Gewisse organisatorische Verselbständigung (vgl. EigenBetriebsG)
- **Selbständige Kommunalanstalt** (§§ 102a ff. GO, klausurselten)
- **Eigengesellschaft** (=juristische Person der Privatrechts, im Allgemeinen entweder GmbH oder AG; zu den Voraussetzungen der Errichtung einer Eigengesellschaft vgl. § 103 GO; zur gemeindlichen Vertretung in einem solchen Unternehmen vgl. besonders § 104 GO).

**Beachte:** § 103 GO lässt eine Präferenz der GO zugunsten des öffentlich-rechtlich geführten Eigenbetriebs erkennen.

Die Vorteile einer Eigengesellschaft liegen vor allem im Steuer- und Dienstrecht, die Nachteile im möglichen Steuerungsverlust der Gemeinde.

Zur Veräußerung sowie anderen, den Einfluss der Gemeinde auf den Betrieb mindernden Rechtsgeschäften vgl. § 106 GO.

## L. Rechtsschutz privater Konkurrenten gegen kommunale Unternehmen

- Gegen Verhaltensweisen **im** Wettbewerb (das „**wie**“): ordentlicher Rechtsweg vor den Zivilgerichten.

**Beachte:** In Betracht kommen hier zum Beispiel Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht des UWG, soweit die Gemeinde i.S.d. § 2 UWG geschäftlich handelt. Daneben kommen insbesondere auch Verstöße gegen das Kartellrecht in Frage (vgl. § 185 GWB).

- Gegen das „**Ob**“ eines **Wirtschaftsunternehmens der Gemeinde: Verwaltungsrechtsweg** gem. § 40 I VwGO (i.d.R.: Unterlassungsklage als Unterfall der allgemeinen Leistungsklage).

**Wichtig:** Dabei kann die Klagebefugnis nach h.M. auf § 102 I Nr. 3 GO gestützt werden, da dieser auch private Unternehmen vor der Konkurrenz durch die Gemeinde schützen soll. Dies ergibt sich nach h.M. daraus, dass der Gemeinde ein Tätigwerden auch dann verboten ist, wenn die private Konkurrenz die Aufgabe „gleich gut“ erledigen kann. § 102 I Nr. 3 GO ist somit für den privaten Konkurrenten subjektiv-öffentliches Recht i.S.v. § 42 II VwGO; eines Rückgriffs auf Grundrechte bedarf es nicht.

## M. Die Staatsaufsicht über die Kommunen

Ziel der allgemeinen Kommunalaufsicht (=Rechtsaufsicht) ist es, die Gesetzmäßigkeit der Gemeindeverwaltung sicherzustellen (§ 118 I GO).

Entschlusskraft und Verantwortungsfreudigkeit der Gemeinde sollen dadurch nicht beeinträchtigt werden (§ 118 III GO).

Rechtsaufsichtsbehörde ist grundsätzlich das Landratsamt, für Stadtkreise, Große Kreisstädte und den Landkreis dagegen das Regierungspräsidium (vgl. i. E. §§ 119 GO, 51 LKrO).

Aufsichtsmittel sind:

- **Informationsrecht** (§ 120 GO)
- **Beanstandungsrecht** bzgl. Beschlüssen und Anordnungen der Gemeinde, die das Gesetz verletzen (mit aufschiebender Wirkung, vgl. § 121 GO). Bei Vorlagepflicht darf ein Gemeindebeschluss erst nach einem Monat umgesetzt werden (§ 121 II GO).
- **Anordnungsrecht**, falls die Gemeinde ihre gesetzlichen Pflichten nicht erfüllt (§ 122 GO)
- **Recht zur Ersatzvornahme** in eigenem Namen, wenn die Gemeinde Anordnungen nach §§ 120-122 GO nicht nachkommt (§ 123 GO)

**Beachte:** Unter das Recht zur Ersatzvornahme fällt auch das Recht der Rechtsaufsichtsbehörde, eine Ortssatzung zu erlassen (nach h.M. mit Art. 28 II GG vereinbar).

- **Bestellung eines Beauftragten** (§ 124 GO)
- **Amtsenthebung des Bürgermeisters** (§ 128 GO)

Jegliches Einschreiten steht im **Ermessen** der Aufsichtsbehörde („kann“, **Opportunitätsprinzip**).

Andere Formen der Staatsaufsicht sind Anzeigepflichten und vor allem **Genehmigungsvorbehalte** (z.B. für Kreditaufnahme, § 87 II GO). Ohne die Genehmigung sind entsprechende Rechtsgeschäfte *unwirksam* (vgl. **§ 117 GO**).

Bei **Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung** (vgl. § 2 III GO) hat der Staat ein **umfassendes Weisungsrecht (sog. Fachaufsicht, vgl. §§ 118 II, 129 GO)**. Ihre Anordnungen müssen sie aber i.d.R. über die allgemeine Kommunalaufsicht durchsetzen (vgl. § 129 II S. 2; allerdings sind Rechts- und Fachaufsichtsbehörde in der Praxis häufig identisch, vgl. hierzu auch § 26 LVG).

## **N. Rechtsschutz der Gemeinden gegen die Aufsichtsbehörden**

Gegen aufsichtsbehördliche Maßnahmen im Bereich der weisungsfreien Angelegenheiten kann die Gemeinde jederzeit verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen (§ 125 GO).

Die Weisung der Rechtsaufsichtsbehörde ist VA, so dass i.d.R. die Anfechtungsklage (§ 42 I VwGO) einschlägig ist; die Außenwirkung gegenüber der Gemeinde ergibt sich daraus, dass die Gemeinde möglicherweise in ihren Selbstverwaltungsrechten gem. Art. 28 II GG verletzt ist. Hieraus ergibt sich auch die Klagebefugnis i.S.v. § 42 II VwGO.

Der einzelne Bürger dagegen hat grundsätzlich *keinen* Anspruch auf ein Einschreiten der Aufsichtsbehörden. §§ 118 ff. GO entfalten keinen drittschützenden Charakter.

Rechtsschutz gegen eine Verfügung der Rechtsaufsichtsbehörde hat der Bürger nur dann, wenn er durch sie *unmittelbar* betroffen ist.

*Bsp.: Schulschließung durch die Rechtsaufsichtsbehörde im Wege der Ersatzvornahme nach § 123 GO.*

## O. Anhang: Bestimmung der zuständigen Behörde in Baden-Württemberg

1. Es ist zunächst zu unterscheiden, ob Sie sich in einer **bundes-** oder in einer **landesrechtlichen Rechtsmaterie** befinden.

Spielt der Fall in einer *landesrechtlichen* Rechtsmaterie (PolG, LWaldG usw.), so ist die Norm über die zuständige Behörde unmittelbar in dem betreffenden Gesetz zu suchen.

Haben Sie dagegen ein *Bundesgesetz* (z.B. BImSchG, GewO) anzuwenden, so wird sich im Regelfall dort keine Norm über die Zuständigkeit befinden. Denn der Verwaltungsaufbau und damit auch die Bestimmung der zuständigen Behörde ist Ländersache; die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus (vgl. Art. 83, 84 I GG).

In diesem Fall gibt es zu dem jeweiligen Bundesgesetz eine Zuständigkeits-Verordnung des Landes, die Sie in der Gesetzessammlung Dürig finden und die die zuständige Behörde regelt (z.B. BImSchG-ZuVO [Dürig Nr. 126a], GewO-ZuVO [Dürig Nr. 192a]).

**Achtung:** Die jeweiligen Zuständigkeits-Verordnungen finden sich nicht alle in der Alphabetischen Schnellübersicht, die dem Dürig vorangestellt ist. Sie müssen daher unter Umständen das ausführlichere Systematische Inhaltsverzeichnis („Inhalt I“) des Dürig zurate ziehen, das in jedem Fall alle Zuständigkeits-Verordnungen enthält.

2. Sodann ist in dem jeweiligen Gesetz die Zuständigkeitsnorm zu suchen. Im Prinzip (bis auf wenige Ausnahmen) bestehen insoweit zwei Möglichkeiten:

a) Eine Zuständigkeitszuweisung an die **Gemeinde** direkt (z.B. § 50 III Nr. 3 LStrG [Dürig Nr. 148]) oder indirekt im Bereich der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung über eine Verweisung auf die **Ortspolizeibehörde**, die aber nach § 107 IV 1 PolG auch wieder die Gemeinde ist (z.B. § 12 I FeiertagsG [Dürig Nr. 165]) → dann weiter unter (3)

b) Eine Zuständigkeitszuweisung an die jeweilige untere Fachbehörde (z.B. untere Baubehörde, untere Forstbehörde) und damit i.d.R. an die **untere Verwaltungsbehörde** (z.B. § 46 I Nr. 3 LBauO [Dürig Nr. 85], § 62 Nr. 3 LWaldG [Dürig Nr. 135]). → dann weiter unter (4)

**Wichtig:** Wann immer die Zuständigkeitsbestimmung nach einer solchen „Hierarchienorm“ wie z.B. § 46 I LBauO oder § 62 LWaldG läuft, in der die gesamte Behördenhierarchie aufgelistet ist, braucht man streng genommen noch eine weitere Norm, die einem sagt, dass im konkreten Fall aus der Hierarchie gerade *die unterste* Behörde zuständig ist.

Diese zweite Norm findet sich im Gesetz meistens „in der Nähe“ und lautet meist so, dass „soweit nichts anderes bestimmt ist“ (und in den Klausuren ist praktisch

nie etwas anderes bestimmt ☺ ), die untere Behörde zuständig ist. Beispiele: § 48 I LBauO, § 64 I LWaldG. Diese Zuweisungsnorm auf die untere Behörde muss bei der Zuständigkeitsbestimmung dazuzitiert werden!

3. Ist im Gesetz (direkt oder auf dem Umweg über die Ortspolizeibehörde) die **Gemeinde** als zuständig bestimmt worden, so ist der weitere Weg erfreulich einfach!

Es ist dann nur noch zu bestimmen, wer *innerhalb* der Gemeinde zuständig ist (sog. **Organzuständigkeit**). Dies richtet sich danach, ob es sich um eine *Selbstverwaltungsaufgabe* oder um eine *Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung* handelt.

a) Bei den **Selbstverwaltungsaufgaben** ist gem. § 44 II 1 GO grundsätzlich danach zu entscheiden, ob es sich um ein Geschäft der laufenden Verwaltung handelt, d.h. eine Aufgabe, die wegen ihrer Regelmäßigkeit und Häufigkeit zu den für die Gemeindeverwaltung gängigen Geschäften gehört. In diesem Fall ist der Bürgermeister zuständig, ansonsten der Gemeinderat (z.B. immer für Satzungen gem. § 4 II GO). Bestimmte Materien sind zwingend dem Gemeinderat vorbehalten (vgl. §§ 44 II 3, 39 II GO).

b) Bei den **Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung** ist dagegen grundsätzlich *immer* der Bürgermeister zuständig (§ 44 III 1 GO). Dass eine der Gemeinde übertragene Aufgabe eine Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung ist, muss in dem betreffenden Gesetz ausdrücklich geregelt sein (vgl. z.B. § 107 IV 2 PolG). Der Charakter der Aufgabe als Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung kann sich allerdings auch auf dem Umweg über die Zuständigkeitsverweisung auf die Ortspolizeibehörde ergeben (wegen § 107 IV 2 PolG, z.B. § 12 I FeiertagsG [Dürig Nr. 165]).

Auch im Bereich der Weisungsaufgaben ist dagegen der Gemeinderat für den Erlass von **Satzungen** und **Rechtsverordnungen** zuständig, soweit die Gesetze nichts anderes bestimmen (vgl. § 44 III 1, 2. HS GO). Zu beachten ist, dass für **Polizeiverordnungen** i.S.v. §§ 17 ff. PolG wiederum der Bürgermeister zuständig ist (§ 21 S. 2 PolG), bei einer Geltungsdauer von über einem Monat allerdings die Zustimmung des Gemeinderates erforderlich ist (§ 23 II PolG).

4. Ist dagegen im Gesetz die **untere Verwaltungsbehörde** als zuständig bestimmt worden, ist die Ermittlung der zuständigen Behörde etwas schwieriger.

Wer untere Verwaltungsbehörde ist, bestimmt **§ 15 LVG** [Dürig Nr. 40]. Sieht man vom eher klausur seltenen Fall der Verwaltungsgemeinschaften ab, bestehen danach **drei** Möglichkeiten:

a) **Landratsamt** (§ 15 I Nr. 1, 1. Alt. LVG). Dies ist der Normalfall.

**Tipp:** Haben Sie es also in der Klausur mit irgendeiner „Gemeinde“ zu tun, die nicht näher als Stadtkreis oder Große Kreisstadt definiert ist (dazu gleich), so ist die untere Verwaltungsbehörde immer das Landratsamt.



b) **Stadtkreis** (§ 15 I Nr. 2 LVG)

Stadtkreise sind die nach baden-württembergischem Maßstab „großen“ Städte (z.B. Freiburg, Stuttgart, Mannheim, vgl. i. E. § 131 I GO). Sie sind *kreisunabhängig*, d.h. sie gehören keinem Landkreis an und erledigen dementsprechend auch die Aufgaben der unteren Verwaltungsbehörde selbst.

**Tipp:** In *anderen* Bundesländern werden Stadtkreise auch teilweise als „kreisfreie Städte“ bezeichnet. Dieser Ausdruck findet sich auch häufig in „überregionalen“ Lehrbüchern zum Kommunalrecht. In Baden-Württemberg sollten Sie allerdings die hiesige Terminologie verwenden.

c) **Große Kreisstadt** (§ 15 I Nr. 1, 2. Alt. LVG)

Die Große Kreisstadt (Beispiele: Aalen, Lörrach, Göppingen, vgl. i. E. § 131 II GO) ist sozusagen ein Mittelding zwischen einfacher Gemeinde und Stadtkreis: Sie ist größer als eine „kleine“ Gemeinde, aber nicht so groß wie ein Stadtkreis.

Dementsprechend gehört sie – anders als der Stadtkreis – noch einem Landkreis *an*. Sie nimmt die Aufgaben der unteren Verwaltungsbehörde zwar grundsätzlich selber wahr, allerdings mit bestimmten Ausnahmen.

Diese Ausnahmematerien, die sozusagen für die Große Kreisstadt „zu schwierig“ sind, finden Sie als Liste in **§ 19 LVG**. Sollte die in der Klausur zu prüfende Materie sich in dieser Liste wiederfinden, ist doch das Landratsamt zuständig.

**Achtung:** Vom Namen her könnte man denken, die „Große Kreisstadt“ sei größer als ein Stadtkreis. Es ist aber gerade umgekehrt! In diese terminologische Falle sollten Sie in der Klausur nicht tappen!

**Beachte:** Wird ein Stadtkreis oder eine Große Kreisstadt als untere Verwaltungsbehörde tätig, so ist innerhalb der Gemeinde *immer* der Bürgermeister zuständig (**§ 15 II LVG**).

**Auch wichtig:** In der Klausur wird Ihnen in aller Regel gesagt, ob der Fall in einer „normalen“ Gemeinde oder einem Stadtkreis bzw. einer großen Kreisstadt spielt, so dass Sie den Fall entsprechend zuordnen können.

Nur ein ganz gemeiner Klausurersteller könnte auf die Idee kommen, diese Information nicht zu geben, sondern stattdessen nur den Namen der Stadt zu erwähnen, in der der Klausurfall spielt. In diesem Fall müssten Sie selbst nach **§ 131 GO** subsumieren, ob es sich um einen Stadtkreis oder eine Große Kreisstadt handelt.

5. Wird nach baden-württembergischem Recht die **Polizei** tätig, so ist zu bestimmen, ob die allgemeinen Polizeibehörden oder der Polizeivollzugsdienst zuständig ist.

Dabei gilt nach **§ 105 I PolG** zunächst eine Vermutung für die Zuständigkeit der allgemeinen Polizeibehörden.

Soweit nichts anderes bestimmt ist, ist die Ortspolizeibehörde zuständig, d.h. die Gemeinde (vgl. **§§ 111 II, 107 IV 1 PolG**). → siehe Punkt 3

Der Polizeivollzugsdienst ist dagegen nur in den folgenden Fällen zuständig:

- a) Gefahr im Verzug (§ 105 II PolG)
- b) Standardmaßnahmen gem. §§ 27 ff. PolG (§ 105 III PolG)
- c) Amtshilfe (§ 105 V PolG)

6. Soweit es um **Verwaltungsvollstreckung** geht, ist grundsätzlich immer die Behörde zuständig, die den zu vollstreckenden Verwaltungsakt erlassen hat (§ 4 I LVwVG [Dürig Nr. 43]).

Soweit – wie häufig – die **Polizei** vollstreckt, gilt dies für die Zwangsmittel des Zwangsgeldes bzw. der Zwangshaft und der Ersatzvornahme (§ 63 I PolG).

Für das Zwangsmittel des unmittelbaren Zwangs ist dagegen immer der Polizeivollzugsdienst zuständig (§§ 63 II, 65 PolG).

Für den Kostenbescheid ist jeweils die Vollstreckungsbehörde zuständig. Da eine ausdrücklich Zuständigkeitszuweisung insoweit fehlt, leitet man dies aus § 31 V, VI LVwVG ab.

7. Mit der Frage nach der zuständigen Behörde verwandt ist die Frage nach dem **richtigen Klagegegner**.

Hier gilt in Baden-Württemberg das **Rechtsträgerprinzip**.

Klagegegner ist danach der hinter der handelnden bzw. bei der Verpflichtungs- und Leistungsklage hinter der für die Vornahme der Handlung zuständigen Behörde stehende *Rechtsträger* (**§ 78 I Nr. 1 VwGO**).

**Merke:** In Baden-Württemberg werden demnach nie Behörden verklagt (zur einzigen Ausnahme siehe unten)! In anderen Bundesländern, in denen das Landesrecht dies vorsieht, ist dies teilweise anders (sog. „Behördenprinzip“, vgl. auch § 78 I Nr. 2 VwGO).

**Tipp:** Der alte Streit, ob § 78 VwGO in der Zulässigkeit oder als erster Prüfungspunkt in der Begründetheit zu prüfen ist, sollte Sie in der Klausur nicht groß bekümmern. Hier ist beides gleichermaßen vertretbar. Problematisieren Sie den Streit nicht, sondern machen Sie es einfach so, wie es Ihnen besser liegt.

Folgende Fälle sind zu unterscheiden:

a) Handelt eine **Gemeinde**, so ist Rechtsträger grundsätzlich *immer* die Gemeinde.

**Beachte:** Erfreulicherweise spielt es hierfür keine Rolle, ob die Gemeinde im Bereich der Selbstverwaltung oder der Weisungsaufgaben, als Ortspolizeibehörde oder untere Verwaltungsbehörde tätig wird, ob sie Große Kreisstadt oder Stadtkreis ist und welches Gemeindeorgan im konkreten Fall handelt. Klagegegner ist *immer* die Gemeinde.

b) Handelt das **Landratsamt** als untere Verwaltungsbehörde, so ist Rechtsträger *immer* das Land Baden-Württemberg (vgl. **§ 1 III 2 LKrO** [Dürig Nr. 57])

**Tipp:** *Theoretisch* könnte das Landratsamt in der Klausur auch einmal als Selbstverwaltungsbehörde des Landkreises vorkommen; Klagegegner wäre dann der Landkreis. Solche Fälle sind aber derart klausur selten, dass sie praktisch vernachlässigt werden können.

c) Handelt der **Polizeivollzugsdienst**, so ist Klagegegner *immer* das Land Baden-Württemberg als Träger des Polizeivollzugsdienstes (vgl. §§ 115 I PolG).

**Beachte:** Auch für das Rechtsträgerprinzip gilt: Keine Regel ohne Ausnahme. Beim *kommunalen Verfassungsverstreit*, bei dem mehrere Gemeindeorgane gegeneinander streiten (z.B. ein Gemeinderat gegen den Bürgermeister, weil der ihm für Gemeinderatssitzungen ein Redeverbot erteilt hat), gilt das Rechtsträgerprinzip nach h.M. nicht: Hier klagen dann direkt die Organe als Parteien gegeneinander.

Gleiches gilt für andere innerorganschaftliche Streitigkeiten innerhalb öffentlich-rechtlicher Körperschaften, z.B. der Klage eines Professors gegen das Rektorat wegen Beschränkung seiner Lehrfreiheit.