

Die Veröffentlichung des Werkes

„Kommunale Pflichtverbände und Grundgesetz“
erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

240
521

Kommunale Pflichtverbände und Grundgesetz

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
JÜRGEN STOCKMEIER
aus Bielefeld



1061 151277

1960

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolff
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Klein
Dekan: Prof. Dr. Gmür
Tag der mündlichen Prüfung: 25. Juni 1960

Meinem Vater August Stockmeier

1 8 9 1 - 1 9 5 9

Inhaltsverzeichnis

§ 1. Einleitung	1
1. Teil: P F L I C H T V E R B Ä N D E	3
I. Kapitel: DER RECHTSCHARAKTER VON PFLICHTVERBÄNDEN	3
§ 2. Pflichtige Zweckverbände	3
I. Pflichtverbände nach dem RZwVG vom 9. Juni 1939	3
a) Allgemeine Rechtsnatur des Zweckverbandes	3
b) Die Gründung des Pflichtverbandes	5
c) Folgen der Errichtung eines Zweckverbandes	5
II. Pflichtverbände auf Grund von Sondergesetzen	7
a) Der Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk	7
b) Der Zweckverband Gladbach-Rheydt	10
c) Der Landeswohlfahrtsverband Hessen	12
§ 3. Andere pflichtige Verbände	13
I. Wasserverbände nach der Wasserverbandsverordnung vom 3. September 1937	13
II. Wasserverbände auf Grund von Sondergesetzen	15
II. Kapitel: ZUSAMMENFASSUNG	16
§ 4. Übersicht über die verschiedenen Verbände	16
§ 5. Merkmale des Verbandsrechts, die an der geltenden Rechtsordnung zu messen sind	17
I. Die Rechtsstellung der betroffenen Gemeinden	18
II. Die Rechtsstellung der Verbände	18

2. Teil:	P F L I C H T V E R B Ä N D E U N D G R U N D G E S E T Z	18
1. Abschnitt:	Die Rechtsstellung der von einer Zwangsgründung betroffenen Gemeinden	18
I. Kapitel:	DAS RECHTSSCHUTZPROBLEM	18
§ 6.	Pflichtverbandsrecht und geltendes Ver- waltungsstreitverfahrensrecht	18
II. Kapitel:	DER VERFASSUNGSMÄSSIGE AUFGABENBEREICH DER GEMEINDEN	19
§ 7.	Die Rechtsstellung der Gemeinden nach dem Grundgesetz	19
I.	Die Bedeutung des Gesetzesvorbehalts in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG	21
II.	Die Bedeutung des Begriffs "Alle An- gelegenheiten der örtlichen Gemein- schaft"	27
a)	Stellungnahme der Literatur	27
b)	Wort- und Begriffsinterpretation	32
c)	Versuch einer teleologischen Interpretation	35
§ 8.	Die Bedeutung gemeinderechtlicher Vor- schriften in den Landesverfassungen	62
III. Kapitel:	DAS PROBLEM DES ZWANGES BEI DER ERRICH- TUNG VON PFLICHTVERBÄNDEN	64
§ 9.	Der zwangsweise Anschluß von Gemeinden	64
I.	Art. 28 GG und der Gemeindebegriff	64
II.	Art. 9 GG und die negative Vereini- gungsfreiheit	65
III.	Die Gemeinden und Art. 19 Abs.3 GG	67
§ 10.	Der zwangsweise Anschluß von natürlichen und juristischen Personen des Privat- rechts an pflichtige Verbände	69

IV. Kapitel:	ZWANGSWEISE EINGRIFFE IN DAS GEMEINDE- VERMÖGEN	72
§ 11.	Evtl. Enteignungstatbestände im Pflichtverbandsrecht	72
§ 12.	Die Schutzvorschriften des Grundgesetzes in Bezug auf die Enteignung von Gemein- devermögen	73
I.	Gemeindebesitz und Art. 28 GG	73
II.	Die Anwendbarkeit des Art. 14 GG	75
III.	Die Gemeinde als Eigentümerin	76
V. Kapitel:	DIE ERFÜLLUNG VON GEMEINDEAUFGABEN DURCH PFLICHTVERBÄNDE	83
§ 13.	Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG und die Gliede- rung kommunaler Agenden im geltenden Gemeinderecht	83
I.	Die Einordnung der Gemeindeaufgaben	83
II.	Die Entziehung nicht wahrgenommener Aufgaben	92
§ 14.	Art. 28 GG und der Selbstverwaltungs- begriff	94
I.	Das Wesen der Gemeindezuständigkei- ten	95
II.	Der Begriff kommunaler Selbst- verwaltung	102
III.	Der finanzielle Status der Gemeinde nach geltendem Recht	120
2. Abschnitt:	Die Rechtsstellung der pflichtigen Verbände	124
I. Kapitel:	DAS SELBSTVERWALTUNGSRECHT DER GE- MEINDEVERBÄNDE	124
§ 15.	Gemeindeverbände und Zweckverbände	126
I.	Der Wortlaut der Verfassungen	126
II.	Literaturübersicht	128
III.	Eigene Stellungnahme	131

§ 16.	Das kommunale Selbstverwaltungsrecht von Gemeindeverbänden	140
I.	Die Gewährleistung der Existenz von Gemeindeverbänden	141
II.	Das Führerprinzip im Kommunalrecht	143
III.	Die Berufung der Organwalter kommunaler Selbstverwaltungskörperschaften	147
	a) Kommunale Personalhoheit	147
	b) Die Organe von Körperschaften des öffentlichen Rechts	148
IV.	Mitwirkungs- und Entscheidungsbe- fugnisse des Staates	151
V.	Staatsaufsicht	152
VI.	Verbandsbehörden und Personal- hoheit der Mitglieder	159
II. Kapitel:	MITTELBARE STAATSV ERWALTUNG	162
§ 17.	Der verfassungspolitische Gehalt des Art. 28 Abs. 2 GG und seine juristischen Konsequenzen	163
I.	Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse	163
II.	Voraussetzungen der Funktion als Selbstverwaltungskörper iS des Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG	165
§ 18.	Körperschaften des öffentlichen Rechts als Instrumente mittelbarer Staatsverwaltung	170
I.	Kommunale und sonstige Selbstverwaltung	170
II.	Das Verhältnis von Staat und öffentlich-rechtlichen Körperschaften zueinander	172

3. Teil:	ABSCHLIESSENDE BE- TRACHTUNG ANHAND VON BEISPIELEN	179
§ 19.	Vorkonstitutionelle Pflichtverbände	179
I.	Pflichtige Zweckverbände im Allgemeinen	179
II.	Sondergesetzliche Zweckverbände	181
III.	Wasser- und Bodenverbände	182
§ 20.	Nachkonstitutionelles Zweckverbandsrecht	183
I.	Neufassung des Zweckverbandsgesetzes in Rheinland-Pfalz	183
II.	Entwurf eines Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit in Nordrhein-Westfalen	184
	a) Die Systematik des Art. 28 GG als Grundlage des Regierungsentwurfes	185
	b) Der "Gesetzliche Zweckverband"	187
§ 21.	Zusammenfassung	190

S c h r i f t t u m s v e r z e i c h n i s

- ANSCHÜTZ, Gerhard; Die Verfassung des Deutschen Reiches; 3. und 4. Auflage, Berlin 1926; dritte Bearbeitung, 14. Auflage, Berlin 1933
- ASTER, Ernst von; Geschichte der Philosophie; 11. Auflage, bearbeitet von Franz Josef BRECHT, Stuttgart 1956
- BECKER, Erich; Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, herausgegeben von Hans PETERS; erster Band: Kommunalverfassung; Berlin-Göttingen-Heidelberg 1956; zitiert: KHdb I
- BLODIG, Hermann jr.; Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff; Wien und Leipzig 1894
- BOCHALLI, Alfred; Wasserrecht und Wasserwirtschaft, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, herausgegeben von Hans PETERS; zweiter Band: Kommunale Verwaltung; Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957
- BROCKHAUS, Der große; Konversationslexikon; 16. Auflage, Wiesbaden 1954
- BÜHLER, Ott-mar; Die Selbstverwaltungskörper, in: Handbuch des deutschen Staatsrechts, herausgegeben von ANSCHÜTZ-THOMA, Band I; Tübingen 1930
- DOEMMING, Klaus-Berto von - FÜSSLEIN, Rudolf - MATZ, Werner; Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, Band 1; Tübingen 1951; zitiert: Entstehungsgeschichte
- ELLERINGMANN, Rudolf; Grundlage der Kommunalverfassung und der Kommunalaufsicht; Stuttgart 1957; zitiert: Grundlagen

- ELLERINGMANN, Rudolf; Begriff und Wesen der körperschaftlichen Selbstverwaltung; Berlin 1936; zitiert: Körperschaftliche Selbstverwaltung
- ESCHENBURG, Theodor; Staat und Gesellschaft in Deutschland; Stuttgart 1956
- EYERMANN, Erich - FRÖHLER, Ludwig; Verwaltungsgerichtsgesetz; 2. Auflage, München und Berlin 1954
- FECHTRUP, Hermann; Der sachkundige Bürger im Gemeinderatsausschuß. Eine Untersuchung zum nordrhein-westfälischen Gemeinderecht; Stuttgart 1957
- FORSTHOFF, Ernst; Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil; 7. Auflage, München und Berlin 1958
- FÜSSLEIN, Rudolf Werner; Vereins- und Versammlungsfreiheit, in: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Zweiter Band: die Freiheitsrechte in Deutschland; herausgegeben von NEUMANN, Franz L. - NIPPERDEY, Hans Carl - SCHEUNER, Ulrich; Berlin 1952
- GEIGER, Willi; Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951; Berlin und Frankfurt 1952
- GENZER, Walter Erwin; Was bedeutet Art. 28 ? , in: Der Städtetag, Jahrgang 1950, S. 317 ff; zitiert: StT
- GIESE, Friedrich; Die Verfassung des Deutschen Reiches; 8. Auflage, Berlin 1931
- GIESE, Friedrich; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; 4. Auflage, Frankfurt/Main 1955
- GÖNNENWEIN, Otto; Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, in: Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK; München 1955
- GRAPE, Walter; Gemeindliche Personalhoheit unter Selbstverwaltungsgarantie, in: Die Öffentliche Verwaltung, Jahrgang 1955, S. 650 ff
- HAMANN, Andreas; Das Grundgesetz; Berlin-Neuwied-Darmstadt 1956
- HEFPTER, Heinrich; Die Deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert; Stuttgart 1950

- HENRICH, Wilhelm; Die Rechtsprechung zur Verfassungsgarantie in der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland, in: Deutsches Verwaltungsblatt, Jahrgang 1954, S. 731 ff
- HOPFMEISTER, Hohannes; Wörterbuch der philosophischen Begriffe; 2. Auflage, Hamburg 1955
- HOPPE, Werner; Die Begriffe Gebietskörperschaft und Gemeindeverband und der Rechtscharakter der nordrhein-westfälischen Landschaftsverbände; Stuttgart 1958; zitiert: Gebietskörperschaft und Gemeindeverband
- HUBER, Ernst Rudolf; Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band I; Stuttgart 1957
- HUBER, Ernst Rudolf; Wirtschaftsverwaltungsrecht, Erster Band; 2. Auflage, Tübingen 1953; zitiert: HUBER I
- HUBER, Ernst Rudolf; Wirtschaftsverwaltungsrecht, Zweiter Band; 2. Auflage, Tübingen 1954; zitiert: HUBER II
- HUBER, Ernst Rudolf; Rechtsformen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung, in: Verwaltungsarchiv, 37. Band; Berlin 1932; zitiert: Selbstverwaltung
- IPSEN, Hans Peter; Gemeindliche Personalhoheit unter Selbstverwaltungsgarantie, in: Die Öffentliche Verwaltung, Jahrgang 1955, S. 226 ff
- JELLINEK, Georg; Allgemeine Staatslehre; 3. Auflage, Berlin 1921
- KANTELE, Willy; Gemeindeverfassung und Gemeindeverwaltung; 2. Auflage, Göttingen 1956; zitiert: Gemeindeverfassung
- KELSEN, Hans; Allgemeine Staatslehre; 1. Auflage, Berlin 1925; zitiert: Staatslehre
- KESSLER; Der Bund und die Kommunalpolitik, in: Deutsches Verwaltungsblatt, Jahrgang 1953
- KIRDORF, Wilhelm; Das Zwangsprinzip im Recht der Wasser- und Bodenverbände, in: Die Öffentliche Verwaltung, Jahrgang 1953, S. 51 ff

- KLINGER, Hans; Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Britischen Zone; 3. Auflage, Göttingen 1954
- KLÜBER, Hans; Die kommunalen Zweckverbände und die sonstigen Gemeinschaftsorganisationen, In: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Erster Band: Kommunalverfassung; herausgegeben von Hans PETERS; Berlin-Göttingen-Heidelberg 1956; S. 552 ff; zitiert: KHdb I
- KNOKE, Paul; Körperschaftsrecht, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Fritz STIER-SOMLO und Alexander ELSTER; Band III; Berlin und Leipzig 1928
- KÖTTGEN, Arnold; Die Krise der kommunalen Selbstverwaltung; Tübingen 1931; zitiert: Krise
- KÖTTGEN, Arnold; Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber; Stuttgart 1957; zitiert: Gemeinde und Bundesgesetzgeber
- KÖTTGEN, Arnold; Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeindeverbände, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Erster Band: Kommunalverfassung; herausgegeben von Hans PETERS; Berlin-Göttingen-Heidelberg 1956; zitiert: KHdb I
- KOELLREUTTER, Otto; Deutsches Staatsrecht; Stuttgart und Köln 1953
- KOPSCH, Johannes; Zweckverbände, in: Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften, IV. Band; Jena 1924
- KOTTENBERG, Kurt; Neuordnung des Zweckverbandsrechts, in: Kommunalpolitik, Jahrgang 1948
- KOTTENBERG, Kurt; Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen; 5. Auflage, Siegburg 1956
- KÜCHENHOFF, Günther und Erich; Allgemeine Staatslehre; 3. Auflage, Stuttgart 1957; zitiert: Staatslehre
- LECHNER, Hans; Bundesverfassungsgerichtsgesetz; München und Berlin 1954, Ergänzungsband 1957
- LEIBHOLZ, Gerhard; Das Wesen der Repräsentation; Berlin und Leipzig 1929

LEIBHOLZ,

LINDEMANN,

LOBE, Adol

LOY, Hans;

MAIER, Kur

MANGOLDT,

MAUNZ, The

MÜTHLING,

NEUHOPF, R

NEUWIEM, E

PETERS, Ha

PARTSCH, K

PETERS, Ha

ROSEN-von

RUMPF, Joh

SALZMANN, I

- VOIGT, Fritz; Die Selbstverwaltung als Rechtsbe-
juristische Erscheinung; Leipzig 1938
- WALDECKER, Ludwig; Vereins- und Versammlungsfre
Handbuch des deutschen Staatsrechts,
geben von ANSCHÜTZ-THOMA, Band II; TU
1932; zitiert: HdbDStR II
- WEBER, Werner; Eigentum und Enteignung, in: Die
rechte, Handbuch des Theorie und Prax
Grundrechte, Zweiter Band: Die Freihe
te in Deutschland; herausgegeben von
Franz L. - NIPPERDEY, Hans-Carl - SCH
Ulrich; zitiert: Eigentum
- WEBER, Werner; Staats- und Selbstverwaltung in
genwart; Göttingen 1953; zitiert: Sta
und Selbstverwaltung
- WEBER, Werner; Die Selbstverwaltung in der Land
Köln-Berlin 1956; zitiert: Landesplan
- WOLFF, Hans J.; Organschaft und Juristische Per
Band: Juristische Person und Staatspe
Berlin 1933
- WOLFF, Hans J.; Organschaft und Juristische Per
Band: Theorie der Vertretung, Berlin
- WOLFF, Hans J.; Allgemeines Verwaltungsrecht, A
einer Vorlesung; Münster 1948
- WOLFF, Hans J.; Verwaltungsrecht I; 3. Auflage,
und Berlin 1959
- WÜSTHOFF, Alexander; Einführung in das Deutsche
recht; 2. Auflage, Berlin 1957; zitie
Wasserrecht
- ZUHORN, Karl; Gemeindeverfassung; Siegburg 1954

Bundesverfassung herangezogen werden; vielmehr soll die materielle Verfassung in Bund und Ländern nach Erlass des Grundgesetzes berücksichtigt werden, um zu ermitteln, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Pflichtverbände im oben erläuterten Sinne mit der verfassungsmäßigen Ordnung vereinbar sind. Zweifel an dieser Vereinbarkeit, denen nachzugehen ist, ergeben sich aus verschiedenen Gründen. Das heute angewandte Recht der Pflichtverbände im oben erläuterten weiteren Sinne ist weitgehend vorkonstitutionell. Das gilt für die allgemeinen Gesetze - z.B. die Wasserverbandsverordnung von 1937 und das Zweckverbandsgesetz von 1939 - wie auch für die Sondergesetze, denen verschiedene Verbände ihre Existenz verdanken.

Art. 123 Abs. 1 GG macht den Fortbestand solchen Rechts davon abhängig, daß es nicht im Widerspruch zur geltenden Verfassung steht. Ein solcher Widerspruch läge sicherlich vor, wenn die genannten Bestimmungen nationalsozialistisches Gedankengut enthielten. Anlässlich der Prüfung der Frage wird es das hauptsächliche Anliegen der Schrift sein, die gegenwärtige Position der kommunalen Selbstverwaltung festzustellen, soweit dies erforderlich ist, um daran die Untersuchung anschließen zu können, ob oder wie weit das im Pflichtverbandsrecht enthaltene Gedankengut mit dieser Position vereinbar ist.

Eine Auseinandersetzung mit Art. 28 GG wird klären müssen, ob auf Gemeindeebene ebenfalls eine Form repräsentativer Demokratie verwirklicht werden soll. Kommunale Selbstverwaltung stellt sich in dem Zusammenhang dann sowohl als Problem des Verwaltungsaufbaus wie auch der Bildung des politisch verbindlichen Willens im kommunalen Raum dar.

Diese Andeutungen mögen für die Feststellung genügen, daß die Behandlung des Themas nicht umhin kann, den Veränderungen in der Problematik kommunaler Selbstverwaltung vom 19. zum 20. Jahrhundert nachzugehen. Nur so ergeben sich schlüssige Antworten auf Fragen nach dem Fortbestand von Pflichtverbänden, deren Gründung auf vorkonstitutionelle allgemeine und Sonder-

gesetze zurückgeht, und nach der Neugründung von pflichtigen Verbänden auf Grund vorkonstitutioneller allgemeiner Gesetze. Daran anschließen kann sich dann die Betrachtung über eine eventuelle Änderung des Pflichtverbandsrechts, die möglicherweise de lege ferenda erfolgen müßte.

Die angedeuteten Fragen sind - soweit ersichtlich - aus der hier aufgezeigten Sicht noch nicht behandelt worden. Bisher wurde unter dem Eindruck von Tagesfragen lediglich das Problem angeschnitten, ob speziell das Zweckverbandsrecht noch fortgilt. In dem Zusammenhang ist von den verschiedenen Autoren ¹⁾ die Fortgeltung des Zweckverbandsrechts nur davon abhängig gemacht worden, ob es nationalsozialistisches Gedankengut enthält oder nicht. Die Fortgeltung wird überwiegend bejaht. Eine solche Behandlung von Einzelfragen kann der Problematik des Rechts der Pflichtverbände nicht gerecht werden.

1. Teil: P f l i c h t v e r b ä n d e

I. Kapitel: Der Rechtscharakter pflichtiger Verbände.

Untersucht werden soll, ob und evtl. in welchem Umfang eine Kollision von Pflichtverbandsrecht mit höherrangigen Normen vorliegt. Zunächst ist daher der Rechtscharakter der hier gemeinten Pflichtverbände so weit zu klären, daß die Kriterien hervortreten, aus denen die fragliche Kollision folgen könnte. Dabei soll vorläufig unterschieden werden zwischen pflichtigen Zweckverbänden auf Grund des RZwVG von 1939 und von Sondergesetzen (§ 2) sowie sonstigen Zwangsverbänden (§ 3).

§ 2. Pflichtige Zweckverbände

I. Pflichtverbände nach dem Reichszweckverbandsgesetz vom 9.6.1939

a) Allgemeine Rechtsnatur des Zweckverbandes.

Zweckverbände sind Körperschaften des öffentlichen Rechts (s. § 4 RZwVG), die aus dem freiwilligen oder zwangsweisen Zusammenschluß von Gemeinden und Gemeindeverbänden, u. U.

1) Vgl. die Literaturangaben bei KLÜBER, KHdb.I, S.544 f

auch von anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen, in besonderen Fällen sogar unter Beteiligung von natürlichen oder juristischen Personen des bürgerlichen oder Handelsrechts hervorgegangen sind (vgl. §§ 1,3 RZwVG), um gemeinsam bestimmte Aufgaben zu erfüllen, zu deren Durchführung die Beteiligten verpflichtet oder berechtigt sind²⁾. Obwohl das Gesetz von 1939 den Kreis der möglichen Beteiligten erweitert hat - § 1 des PrZwVG von 1911 z.B. erklärte, daß nur Gemeinden und Gemeindeverbände Mitglieder eines Zweckverbandes sein könnten -, ist der Zweckverband hauptsächlich eine Form der Zusammenarbeit zwischen Gemeinden. Wie bei jeder öffentlich-rechtlichen Körperschaft ist seine Existenz von einem entsprechenden Akt des Staates abhängig. Die Errichtung von freiwilligen und von Pflichtverbänden unterscheidet sich daher auch nur durch den Weg, auf dem dieser Staatsakt zustande kommt. Für die Rechtsverhältnisse der Vereinigung ist die Verbandssatzung entscheidend. Die freiwillige Gründung erfolgt deshalb so, daß die zukünftigen Verbandsmitglieder sich über eine Verbandssatzung einigen und dann dem nach § 7 Abs.2 als Gründungsbehörde zuständigen staatlichen Organ mitteilen, daß sie auf dieser Grundlage dem Zweckverband beitreten wollen (§ 7 Abs.1). Nach Prüfung und evtl. verlangter Änderung der Satzung - die Gründungsbehörde kann dabei auch Zweckmäßigkeitüberlegungen anstellen - "beschließt die Behörde über die Bildung des Zweckverbandes unter Feststellung der Verbandssatzung" (§ 11 Abs.1). Nachdem die Behörde diesen ihren Beschluß veröffentlicht hat (§ 11 Abs.2), ist der Verband ins Leben gerufen. SCHATTENFROH sagt daher mit Recht:³⁾ "Das Wesen der Freiverbände beruht nicht etwa darin, daß sie sich selbst frei gründen oder wenigstens ihre Verbandssatzung als Rechtsgrundlage selbst schaffen; auch sie entstehen vielmehr durch staatlichen Hoheitsakt und auch für sie wird die Verbandssatzung durch die Gründungsbehörde festgestellt." Die Beteiligten haben also auch bei

2) so KLÜBER, KHdb.I, S. 545 f.

3) Erl. zu § 7

Freiverbänden nur das Recht, durch den Entwurf einer Verbandssatzung usw. die Gründung anzuregen. Ihre Beteiligung in dieser Form ist zwar zwingend vorgeschrieben; einen Anspruch auf die Errichtung des Zweckverbandes haben sie aber nicht.

b) Die Gründung des Pflichtverbandes.

Bei Gründung des Pflichtverbandes sind drei Stadien zu unterscheiden; unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. § 15 Abs.1) kann der Staat den Beteiligten eine Frist setzen, in der sie sich zur Gründung entschließen müssen; kommt die entsprechende Einigung nicht zustande, so ersetzt er sie durch einen Beschluß (§ 15 Abs. 2). Die so zusammengezwungenen zukünftigen Verbandsmitglieder haben dann immer noch die Möglichkeit, mit dem Entwurf einer Verbandssatzung an der Gründung mitzuwirken - wie beim Freiverband. Aber auch die Satzung kann durch einen Beschluß gemäß § 17 Abs. 1 festgesetzt werden. Die eigentliche Verbandsbildung vollzieht sich anschließend genau so wie beim Freiverband (vgl. §§ 18,11). In beiden Fällen "ist es der Staat, der den Zweckverband in Leben ruft."¹⁾ Dem entspricht, daß der Staat sowohl Pflicht- als auch Freiverbände zwangsweise auflösen kann. (§ 21 Abs. 3). Daraus folgt aber auch, daß die sonstigen Vorschriften des RZwVG auf Frei- und Pflichtverbände gleichermaßen anzuwenden sind.

c) Folgen der Errichtung eines Zweckverbandes.

Die Errichtung eines Zweckverbandes hat für die Betroffenen verschiedene, mehr oder weniger einschneidende Auswirkungen.

1.) Die Aufgabe, die dem Zweckverband gestellt wird, geht von den beteiligten Gemeinden und Gemeindeverbänden auf den Verband über (§ 2): Die Gemeinde ist dafür nicht mehr zuständig.²⁾ Es wird zu untersuchen sein, wie sich z.B. Art.28 GG zu diesem zwangsweisen Entzug einer Gemeindezuständigkeit verhält.

1) SCHATTENFROH zu § 11

2) Genauer: der fragliche Komplex von Rechten und Pflichten steht der Gemeinde nicht mehr "zu", vgl. WOLFF, Vorl.

Aus dem §§ 2 Abs. 3, 17 kann folgen, daß die betroffene Gemeinde eigene Vermögenswerte übereignen muß - ein Punkt angesichts der Art. 19, Abs. 3, 14 GG besondere Bedeutung zukommt. Möglicherweise wird durch die Einrichtung eines Zwangsverbandes auch eine durch die Art. 19 Abs. 3, 14 geschützte negative Vereinsfreiheit der Gemeinden verlohren. Ferner bietet § 15 Abs. 1 S. 2 dem Staat die Möglichkeit einen Pflichtverband zu gründen, durch den die Erfüllung freiwilliger Aufgaben erzwungen wird, was mit der Systematik des geltenden Kommunalrechts schwer zu vereinbaren ist. Weiterhin ist der geringe Rechtsschutz bedenklich, da das RZwVG den Gemeinden bei der zwangsweisen Verbandsgründung keinen Rechtsschutz gewährt; dies gilt für alle drei Stufen des Verfahrens. Gegen den Beschluß, durch den die Gründungsbehörde die Zustimmung der Beteiligten zur Bildung des Verbandes erhebt (§ 15 Abs. 2), steht den Gemeinden nur der Beschwerdeinstanz offen (§ 15 Abs. 3), ohne daß sie auf Grund des RZwVG schließlich vor dem Verwaltungsgericht klagen könnten. Die autoritative Festsetzung der Verbandssatzung gewährt den Gemeinden das RZwVG überhaupt keinen Rechtsbehelf; dasselbe gilt für den Beschluß, durch den der Pflichtverband gebildet wird (§§ 11, 18) sowie bei der zwangsweisen Auflösung von Verbänden (§ 21 Abs. 3).

2.) Was die Rechtsverhältnisse des Pflichtverbandes angeht, so wird zu klären sein, wieweit er von verfassungsmäßigen rechtlichen Garantien kommunaler Selbstverwaltung geschützt wird. Dabei ist die subsidiäre Geltung des Gemeindegesetzes (§ 6 Abs. 1) wie auch die Ausgestaltung der Staatsaufsicht zu erörtern.

Für seine Verfassung ist der § 4 Satz 3 (Einklang der Verwaltung des Verbandes mit den Zielen der Staatsführung) bedeutungslos geworden. Wichtiger ist § 25 Abs. 1. Die Einhaltung dieser Sollvorschrift durch staatliche Organe darf nicht wohl unterstellt werden. Bei einer heutigen Anwendung dieser Norm ergeben sich auch keine Bedenken. Bedeutsam

1) s.o.b.

Bahnbetrieb durch Gemeinden und Kreise sowie jegliche Siedlung im Verbandsgebiet der Genehmigung des Verbands unterwirft (§§ 19 Ziff. 3; Abs. 20, 1) und unter bestimmten Umständen den Erlass von Bau- und Wohnungsordnungen sowie die Ausübung einer Bauaufsicht durch Verbandsvorsicht. Ferner besteht das Recht zur Erhebung von Steuern, Gebühren und Beiträgen (§ 15).

Für die dem Siedlungsverband angeschlossenen Gemeinden deutet das eine entsprechende Verminderung ihrer Zuständigkeiten ohne die Möglichkeit, dagegen Einwendungen zu

2.) "Organe des Verbandes sind die Verbandsversammlung (Versammlung des Verbandes), der Verbandsausschuß (Vorstand des Verbandes) und der Verbandsdirektor" (§ 3). Von Bedeutung sind ferner der Verbandsrat und -präsident.

Eine Neuordnung der Verbandsorganisation brachte das Gesetz zur Änderung des Gesetzes betr. Verbandsorganisation für den Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk" vom 3. Juli 1958 (GVBl. 1958/249 ff). Die neu gefaßten §§ 4-8 regeln die Rechtsstellung der Verbandsversammlung, die somit wie früher existiert und ihre traditionellen Funktionen hat. Die neuen §§ 9 und 10 legen die Befugnisse des Verbandsausschusses fest und folgen dabei ebenfalls weitgehend den Vorschriften von 1920. § 20 Abs. 1 Nr. 8 ist lediglich geltendem Recht redaktionell angepaßt worden.

Die Verbandsversammlung als parlamentarisches Organ wurde durch § 1 des Gesetzes vom 17. Juli 1933 aufgelöst; ihre Zuständigkeiten gingen auf den Verbandsausschuß über. Nach 1945 wurde sie zunächst nicht wieder ins Leben gerufen. Sie bestand aus dem Verbandspräsidenten und gewählten Abgeordneten. Wahlgremien waren die Gemeindevertretungen und die Arbeitsgemeinschaften der Sozialpartner (§§ 5,6). Für die Zuständigkeit bestand eine Vermutung; sie umfaßte vor allem den Erlass von Satzungen (vgl. §§ 10, 8, 9 RuhrSVbG). Die Behörde des Verbandspräsidenten wurde durch das Gesetz vom 28.11.1947 aufgelöst. Seine Befugnisse gingen auf die Landesregierung über, die sie vom Wiederaufbauminister

Erlaß des Gesetzes vom 25. Mai 1936: er verlor seine Zuständigkeiten an den Verbandsdirektor und wurde auf eine beratende Tätigkeit beschränkt.

Nach 1945 hatte der Gesetzgeber an diesem Zustande zunächst ausdrücklich nichts geändert, wengleich in der Praxis das Gesetz von 1936 als überholt betrachtet und an die Rechtslage nach Erlaß des Gesetzes von 1933 angeknüpft wurde, dem Ausschuß also wieder umfassende Rechte zugestanden wurden. KLÜBER wollte daher im Verbandsausschuß wieder einen "nahezu vollwertigen Ersatz für die fehlende Verbandsversammlung" erblicken.¹⁾

Der Verbandsdirektor "vertritt den Verband nach außen in allen Angelegenheiten" (§ 14 Abs. 2). Unter Aufsicht des Verbandsausschusses führt er die laufenden Geschäfte. Er hat die Beschlüsse des Ausschusses vorzubereiten und durchzuführen (§ 14 Abs. 1), die aber manchmal sogar seiner Zustimmung bedürfen (vgl. z.B. § 17 Abs. 3). Beispiele für seine Befugnisse sind u.a. den §§ 21, 22 zu entnehmen (Bauaufsicht, Erlaß von Bauordnungen).

Nachdem er durch Gesetz vom 25. Mai 1936 nur noch der Aufsicht des Verbandspräsidenten unterstellt war und ihm alle Zuständigkeiten des Verbandsausschusses übertragen wurden, war er das Verbandsorgan von ausschließlicher Bedeutung; daran änderte der Gesetzgeber nach 1945 zunächst auch nichts - ungeachtet der oben beschriebenen Folgerungen, die die Praxis aus dem Wandel der Verhältnisse gezogen hat.

b) Der Zweckverband Gladbach-Rheydt

Durch Gesetz vom 26. Juni 1933 wurde Gladbach-Rheydt in die Stadtgemeinden und -kreise "Mönchengladbach" und "Rheydt"

der Verkehrseinri
reller Aufgaben (die Aufsichtsbehörden tragen bzw. den Organe sind der V (§ 4 Abs. 2 unter schußmitglieder : § 1) Abs. 2 PrZw tretungen gewählt Beschlufsorgan un sen Stimme bei de PrZwVG). Während Oberbürgermeister te, legt das Gese und Abberufung au sidenten. Daraus den Verbandsmitg. über verantwortl: lung und Wahrneh Städte zentrale : bandsausschusses vorsteher muß mel trauen der Verba Diese Rechtslage ter Berufung auf Regierungspräsid. neue Satzung, di nichts änderte. der Organisation

§ 13 der Satzung unterwirft im übrigen den Verband dem geltenden Zweckverbandsrecht und akzeptiert von vornherein evtl. Änderungen der Zukunft.

Als neuer Verbandsname wurde "Zweckverband Gladbach-Rheydt" festgesetzt. Wegen Meinungsverschiedenheiten unter den Städten ruht jedoch die Verbandstätigkeit seit einigen Jahren.

c) Der Landeswohlfahrtsverband Hessen.

Als nachkonstitutionelle Schöpfung (Gesetz vom 7. Mai 1953) und "der einzige sondergesetzliche Verband, der allenfalls nach Mitgliederzahl, Größe und Bedeutung mit dem Ruhrsiedlungsverband verglichen werden könnte"¹⁾ bleibt als letztes Beispiel der "Landeswohlfahrtsverband Hessen" zu erwähnen. Er hat Aufgaben der Volkswohlfahrt zu erfüllen und fungiert insbesondere als Landesfürsorgebehörde iS der Fürsorgepflichtverordnung sowie als Fürsorgeerziehungsbehörde (§ 4). Durch Gesetz können ihm weitere Aufgaben gestellt werden (§ 4 Abs. 2). - Organe sind die Verbandsversammlung, der Verwaltungsausschuß, der Direktor und sein Stellvertreter (§ 6). Die Verbandsversammlung besteht aus fünfundvierzig Mitgliedern, die von den Gemeindevertretungen gewählt werden (§ 7, Abs. 1); sie wählen aus ihrer Mitte einen oder mehrere Vorsitzende und berufen sich auch ab (§ 9). - Für die Zuständigkeit der Versammlung in allen Angelegenheiten des Verbandes besteht eine Vermutung (§ 12 Abs. 1); sie überwacht den Verwaltungsausschuß wie überhaupt die gesamte Verwaltung und hat entsprechende Kontrollrechte.

"Der Verwaltungsausschuß besteht aus dem Direktor oder seinem Stellvertreter als Vorsitzenden und sechs weiteren von der Verbandsversammlung gewählten Mitgliedern" (§ 11 Abs. 1). Diese - ehrenamtlichen - Mitglieder dürfen der Verbandsversammlung nicht angehören (§ 11 Abs. 2). - Der Ausschuß ist die Verwaltungsbehörde (§ 13), kann aber seinerseits sog. Kommissionen mit der Erledigung bestimmter Aufgaben betrauen (§ 16). Nach § 15 gilt für die Vertretung des Verbandes § 45 der hessischen Landkreisordnung entsprechend: der Ausschuß vertritt die Körperschaft. Erklärungen des Landeswohlfahrtsverbandes werden

1) KLÜBER, KHdb.I, S. 562 f

in seinem Namen durch den Direktor oder dessen allgemeinen Vertreter abgegeben.

"Der Direktor und sein Stellvertreter werden von der Verbandsversammlung gewählt" (§ 10 Abs. 1). Er bereitet die Beschlüsse des Verwaltungsausschusses vor, führt sie aus und leitet den Geschäftsgang der Verwaltung (§ 14 Abs. 1). Geschäfte der laufenden Verwaltung erledigt er selbständig (§ 14 Abs. 2), in dringenden Fällen kann er von sich aus die erforderlichen Maßnahmen treffen (§ 14 Abs. 3). Insofern ist er Organ des Verbandes und in § 6 auch so bezeichnet worden.

§ 3. Andere Pflichtverbände

Die unter § 2 erläuterten Verbände hatten gemeinsam, daß in ihnen Gemeinden zur gemeinsamen Erfüllung kommunaler Aufgaben zusammengeschlossen wurden. In solchen Fällen sind nur Gemeinden und Gemeindeverbände als betroffene Subjekte denkbar. Das Problem des zwangsweisen Zusammenschlusses kann für Gemeinden aber auch in anderen Fällen auftreten; werden sie z.B. mit anderen Personen in einem Wasserverband zusammengeschlossen (vgl. § 3 der Wasserverbandsverordnung), so folgt dies nicht daraus, daß eine typisch kommunale Aufgabe von diesem Verband wahrgenommen werden soll; vielmehr wird sie dem Zusammenschluß wie jedes andere Rechtssubjekt unterworfen, das als Anlieger von Wasserläufen Pflichten im Rahmen staatlicher Wasserwirtschaft zu erfüllen hat - einerlei ob es sich dabei um eine natürliche oder um eine juristische Person handelt; ein Unterschied besteht im Falle der Gemeinden nur darin, daß diese meist nicht Eigentümer der "anliegenden" Grundstücke sein werden.

Wie unter § 2 sollen auch hier Wasserverbände nach allgemeinem Recht und solche auf Grund von Sondergesetzen getrennt behandelt werden.

I. Wasserverbände nach der Wasserverbandsverordnung.

a) Zur Neuordnung des Rechts der Wasser- und Bodenverbände erging am 10. Februar 1937 das sog. Wasserverbandsgesetz, welches den Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft zum Erlaß der am 3. September 1937 ergangenen Wasserverbands-

verordnung ermächtigte. Danach sind Wasser- und Bodenverbände öffentlich-rechtliche Körperschaften mit Selbstverwaltungsrecht (§§ 1, 4), deren Aufgaben § 2 beschreibt und denen gem. §§ 3 Ziff. 3; 154 Ziff. b auch Gemeinden angehören bzw. zwangsweise angeschlossen werden können. - Gründung und Fortexistenz eines Wasserverbandes hängen von entsprechenden Staatsakten ab und zwar in der Weise, daß WÜSTHOFF von "unbedingter staatlicher Oberleitung durch die Aufsichtsbehörde" spricht.¹⁾ Die Gründungsbehörde (§§ 152, 112) plant den Verband (§§ 156 - 159) und diskutiert ihn auch mit den Beteiligten (§§ 161 - 162), deren Einwendungen man protokolliert. Rechtlich entscheidend kann diese Diskussion sich nicht auswirken.

"Der Verband kann selbst gegen den Widerspruch aller Mitglieder gegründet werden" (§ 166). Das geschieht dann durch den Erlaß der Satzung (§ 169). Auch die erste Berufung der Organe nimmt der Staat vor (§ 171). Als Rechtsbehelf zur Berücksichtigung ihrer Einwendungen bietet die Wasserverbandsverordnung den Mitgliedern nur die Beschwerde gem. § 168. - Durch zahlreiche dehnbare Kann-Vorschriften sind der Aufsichtsbehörde Eingriffsmöglichkeiten gegeben, die über eine Rechtsaufsicht hinausgehen (§§ 111 - 132). Tatsächlich würde eine reine Rechtskontrolle auch nicht zur Systematik der Verordnung passen.

b) Als Organe der Verbände sind regelmäßig ein Vorstand und ein Ausschuß vorgesehen (§ 46), wobei als Organ praktisch nur der Vorstand angesehen werden kann. Er besteht entweder nur aus dem Vorsteher oder unter dessen Vorsitz aus mehreren Personen (§ 47). Erstmals wird er von der Aufsichtsbehörde eingesetzt (§ 48). Für die Zuständigkeit des Vorstehers zur Erledigung aller Verbandsgeschäfte besteht eine Vermutung, die restlichen Vorstandsmitglieder haben dann nur beratende Stimme (§ 49). Der Vorsteher ist alleiniges Vertretungsorgan, beruft nach Bedarf den Gesamtvorstand ein und gibt bei

1) Wasserrecht, S. 135

Stimmgleichheit den Ausschlag (§§ 50 - 52). Als Vorsitzender des Ausschusses hat er allerdings kein Stimmrecht (§ 60). Der Ausschuß ist nur eine Vertretung der Mitglieder im Verband; seine vornehmliche Aufgabe besteht darin, den Vorstand zu bilden und zu entlasten, sowie in der Festsetzung des Haushaltsplans. Ansonsten kann er den Vorstand bloß beraten (§ 53). Die Ausschußmitglieder werden von den Verbandsangehörigen gewählt, doch kann auch hier die Aufsicht Abweichendes bestimmen (§ 55), wie auch die Gewählten von ihr noch bestätigt werden müssen (§ 58). Bezeichnend für die Stellung dieses Gremiums im Verbandsverbande ist § 59: "Der Vorsteher beruft den Ausschuß nach Bedarf, mindestens einmal im Jahre, zur Sitzung". Die Stellung der Mitglieder allgemein macht § 63 besonders deutlich: "In Verbänden, die einen Ausschuß haben, soll der Vorsteher die Mitglieder des Verbandes in angemessenen Zeitabständen zusammenrufen und über die Angelegenheiten des Verbandes unterrichten und anhören. In der Satzung kann die Anhörung ausgeschlossen werden."

c) Nach der Wasserverbandsverordnung werden bei der Behandlung der Mitglieder keine Unterschiede gemacht. Auf eine Gemeinde wird zumindest de jure nicht mehr Rücksicht genommen als auf eine Privatperson. Nachdem der Verband ihr die entsprechende Aufgabe genommen hat, besteht für sie theoretisch fast keine Möglichkeit mehr, auf deren Erfüllung irgendwelchen Einfluß zu nehmen.

II. Der Lippeverband.

Von den Regelungen der Wasserverbandsverordnung ausgenommen waren lediglich die in § 191 Abs. 2 genannten Körperschaften bzw. deren Gründungsgesetze, darunter auch das Lippegesetz vom 19. Januar 1926, das hier als Beispiel erörtert werden soll.¹⁾

Der "Lippeverband" ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 5), die in § 2 beschriebene Aufgaben wahrzunehmen hat. Zu den Mitgliedern gem. § 6 gehören auch die Gemeinden des in § 1 bestimmten Gebietes.

1) Vgl. ferner Ruhrreinhalteverband, Emscherverband, Erftverband.

Als Organe fungieren die Genossenschaftsversammlung und der Vorstand. Die Versammlung besteht aus den stimmberechtigten Genossen. Das Stimmrecht hängt von den Beiträgen ab (vgl. im Einzelnen § 10). Die Versammlung beschließt über die Satzung und deren Änderungen (§ 8), außerdem wählt sie die zehn wählbaren der dreizehn Vorstandsmitglieder; ferner kann sie mit Zweidrittelmehrheit die Verbandsauflösung beschließen, sofern die Aufsichtsbehörde ihre Genehmigung erteilt (§ 34). Der Vorstand besteht aus dreizehn Personen, zu denen auch "der geschäftsführende Beamte" gehört, und ist "der gesetzliche Vertreter der Genossenschaft" (§ 11). Die Aufsicht ist auf reine Rechtskontrolle beschränkt (§ 31).

II. Kapitel: ZUSAMMENFASSUNG

§ 4 Überblick.

Der in den §§ 2 und 3 gewonnene kurze Überblick über Pflichtverbände soll nun so zusammengefaßt werden, daß die hauptsächlichsten Merkmale dieser Körperschaften hervortreten, an denen ihre Vereinbarkeit mit der geltenden Rechtsordnung zu messen ist.

I. Das RZwVG

Das RZwVG eröffnet die Möglichkeit, von Staatswegen den Gemeinden einzelne oder mehrere Aufgaben zu nehmen und einer neuzubildenden Körperschaft zuzuweisen. § 15 Abs. 1 RZwVG läßt ferner zu, daß die Gemeinden als Mitglieder eines Verbandes zur Erfüllung freiwilliger Aufgaben gezwungen werden. Zweifelhaft ist außerdem, ob eine gem. § 2 Abs. 3 RZwVG erzwungene Übereignung von Gemeindevermögen gegen einen evtl. Schutz durch die Artikel 19, 14 GG verstoßen kann. Zu erwägen wäre auch, ob ein Verstoß gegen eine negative Vereinsfreiheit vorliegt (Art. 9 GG), die den Gemeinden nach Art. 19 GG verbürgt sein kann. Der vom RZwVG gewährte Rechtsschutz steht überdies offensichtlich im Widerspruch zum derzeit geltenden Verwaltungsstreitverfahrensrecht. Ferner wird zu prüfen sein, ob das Selbstverwaltungsrecht pflichtiger Verbände von der Verfassung geschützt wird. Fragen nach der Organisa-

tion von Zweckverbänden sowie nach der Ausgestaltung der Staatsaufsicht läßt das RZwVG ohne eindeutige Antwort.

II. Der Ruhrsiedlungsverband

Der Ruhrsiedlungsverband fällt durch eine Verfassung auf, die offensichtlich im Brennpunkt politischer Interessen steht. Laufende Änderungen weisen auf die aktuelle Bedeutung des Verbandes hin.

III. Zweckverband Gladbach-Rheydt

Eine interessante Variante einer Zweckverbandsverfassung findet sich beim Verband "Gladbach-Rheydt". Der Verband hat nur ein Organ, den Ausschuß, der von beiden Gemeindevertretungen gewählt wird.

IV. Landeswohlfahrtsverband Hessen

Demgegenüber folgt die Verfassung des Landeswohlfahrtsverbandes Hessen weitgehend dem Vorbild des hessischen Gemeinderechts; sie unterscheidet ein parlamentarisches Gremium, die Versammlung, von den Vertretungsorganen (Verwaltungsausschuß und Direktor).

V. Wasserverbände nach der Wasserverbandsverordnung

Wasserverbände nach der Wasserverbandsverordnung fallen dadurch auf, daß der Zwang zur Gründung sehr wirksam ist, die Aufsicht über eine Rechtskontrolle hinausgeht und der Vorstand das dominierende Organ ist.

VI. Der Lippeverband

Der Lippeverband schließlich weicht von dieser Form dadurch ab, daß die Mitglieder auf die Besetzung des dreizehn Personen umfassenden Vorstands maßgeblichen Einfluß haben, während nach der Wasserverbandsverordnung die Verbandsorgane zunächst sogar von der Aufsichtsbehörde bestimmt werden.

§ 5 Aufzählung der zu untersuchenden Fragen.

Aus vorstehender Zusammenfassung ergibt sich, daß die Vereinbarkeit pflichtiger Verbände mit der geltenden Rechtsordnung von der Beantwortung folgender Fragen abhängt, die für alle angeführten Körperschaften in mehr oder weniger gleicher Weise aktuell sind.

I. Die Rechtsstellung der betroffenen Gemeinden

- a) Entsprechen die im Pflichtverbandsrecht den Gemeinden gewährten Rechtsbehelfe dem geltenden Verwaltungsstreitverfahrensrecht?
- b) Können den Gemeinden Aufgaben entzogen werden?
- c) Ist ihr zwangsweiser Anschluß an einen Verband zulässig?
- d) Ist die zwangsweise Übertragung von Gemeindevermögen auf den Verband statthaft?
- e) Kann durch Anschluß von Gemeinden an einen Verband die Erfüllung "freiwilliger" Aufgaben erzwungen werden?

II. Die Rechtsstellung der pflichtigen Verbände

- a) Ist das Selbstverwaltungsrecht von Verbänden, die bei der Erledigung bestimmter Aufgaben an die Stelle der Gemeinden treten, ebenso wie das der Gemeinden verfassungsmäßig geschützt?
- b) Ist die Verfassung dieser Verbände an bestimmte Regeln gebunden, d.h. z.B.: welche Organe sind erforderlich und nach welchen Grundsätzen hat ihre Berufung zu erfolgen?

2. Teil: P f l i c h t v e r b ä n d e u n d
G r u n d g e s e t z

1. Abschnitt: Die Rechtsstellung der von einer Zwangsgründung betroffenen Gemeinden.

I. Kapitel: Das Rechtsschutzproblem.

Wird ein pflichtiger Verband gegründet, so kann damit u.U. eine Rechtsstellung der betroffenen Gemeinden verletzt werden. Will eine Gemeinde diese Rechtsverletzung rügen, so muß sie vorher prüfen, welche Rechtsbehelfe ihr dafür zur Verfügung stehen. Insbesondere das ZwVG von 1939 zählt erschöpfend die Fälle auf, in denen sich die Gemeinde beschweren kann usw. Muß sie sich mit diesen Rechtsbehelfen begnügen?

§ 6 Pflichtverbandsrecht und geltendes Verwaltungsstreitverfahrensrecht.

Die VGVO stellt in § 22 Abs. 1 die Klage vor dem Verwaltungsgericht - und einen entsprechenden Instanzenzug, § 27 - zwecks Anfechtung von Verwaltungsakten zur Verfügung und bestimmt

in § 22 Abs. 2, daß dem entgegenstehendes deutsches Recht unwirksam sei. Eine solche Generalklausel findet sich auch in den §§ 22 Abs. 1 und 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes für die Länder der amerikanischen Zone sowie den anderen Verwaltungsstreitverfahrensordnungen.

Was ein Verwaltungsakt ist, definiert § 25 der VGVO. Dazu sagen EYERMANN-FRÖHLER¹⁾ "... die eine Rechtsnorm vollziehende, mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommene, auf einen rechtlichen Erfolg abzielende Handlung einer Verwaltungsbehörde, die gerichtet ist an eine bestimmte Einzelperson...., die an dem zu regelnden Tatbestand beteiligt ist."

Im Recht der pflichtigen Verbände kann es zu Streitigkeiten kommen bei allen Maßnahmen insbesondere der Gründungs- und Aufsichtsbehörden gegenüber den Gemeinden als juristischen Personen des öffentlichen Rechts. In allen diesen Fällen handelt es sich unzweifelhaft um den Erlaß von Verwaltungsakten im Sinne der oben angeführten Definitionen. Bei anderen möglicherweise vorkommen Konflikten wird es sich im Zweifel um Streitigkeiten auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts handeln, so daß gegebenenfalls die Verwaltungsgerichte gem. § 22 VGVO entscheiden.

Ohne daß hier Einzelheiten erwähnt werden müßten, läßt sich daher generell feststellen, daß den Gemeinden in jedem Falle der Verwaltungsrechtsweg nach Maßgabe der verschiedenen Verfahrensordnungen offen steht. (Beachte insbesondere die §§ 44, 49 der VGVO und 38, 48 des Verwaltungsgerichtsgesetzes.) Sie sind nicht auf die im Pflichtverbandsrecht vorgesehenen Rechtsbehelfe beschränkt.

II. Kapitel: Der verfassungsmäßige Aufgabenbereich der Gemeinden.

§ 7. Die Rechtsstellung der Gemeinden nach dem Grundgesetz.

Wird eine Gemeinde zwangsweise einem Verband angeschlossen, so wird ihr Zuständigkeit entzogen und dem Verband zugewiesen. Es ist daher zu fragen: können den Gemeinden Aufgaben entzogen

1) S. 66

werden, und wenn ja: welche? -

Sieht man von Art. 85 GG ab, der dem Bund evtl. gewisse Einwirkungsmöglichkeiten auch auf der kommunalen Ebene eröffnet, so ist Art. 28 GG die einzige Verfassungsvorschrift, die sich direkt mit den Gemeinden beschäftigt und ihnen von Bundes wegen ihren Platz im Staate sichert. Gemäß Art. 28 Abs. 2 GG muß den Gemeinden "das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln." Es kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben, ob hier nur eine Gewährleistungspflicht der Länder begründet wird,¹⁾ in ihrem Bereich die Institution gemeindlicher Selbstverwaltung anzuerkennen und zu sichern, oder ob die Verfassung den Gemeinden ein unmittelbares subjektives Recht einräumt;²⁾ richtig dürfte die Ansicht von v.MANGOLDT-KLEIN sein,³⁾ wonach in Art. 28 Abs. 2 und 3 GG in zweifacher Weise die Gemeinden geschützt werden: zunächst ist es Pflicht der Länder, den Gemeinden die in Abs. 2 beschriebenen Rechte zu gewährleisten, während der Bund gemäß Abs. 3 die Erfüllung dieser Pflicht durch die Länder garantiert; in jedem Falle enthält Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG keinen ausfüllungsbedürftigen Programmsatz oder nur eine Richtlinie sondern Rechtssätze mit unmittelbarer Wirkung.⁴⁾ Welcher Ansicht man auch folgt: eine Norm, die Art. 28 GG widerspricht, ist in jedem Falle verfassungswidrig. Garantiert Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG den Gemeinden einen bestimmten Kompetenzbestand? Dafür entscheidend ist, ob man den Passus "im Rahmen der Gesetze" auf "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" oder auf "in eigener Verantwortung" bezieht. Wenn ersteres zutrifft, so bedeutet das für den zuständigen (Landes-) Gesetzgeber die Möglichkeit, durch Gesetz zu bestimmen, was "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" sind; innerhalb gewisser Grenzen stünde es ihm dann frei, den Gemeinden Aufgaben zu entziehen und beispielsweise pflichtigen Verbänden

1) Vgl. MÜHLING, DÖV 1951, S.33; IPSEN, DÖV 1955, S.226
2) Vgl. GENZER, StT. 1950, S.317 f
3) v.MANGOLDT-KLEIN, S.710
4) Vgl. dazu auch PARTSCH, Festschr. f. BILFINGER, S.301

zuzuweisen. Entscheidet man sich für die zweite Auslegung so wäre gesetzlich nur zu bestimmen, was unter "in eigener Verantwortung" zu verstehen ist; der Gesetzgeber könnte die Pflichtverbände auf Kosten der Gemeinden nur mit solchen Aufgaben betrauen, die nicht in Beziehung zu Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft iS des Art. 28 GG stünden; er dann - im Rahmen dieser Vorschrift - auf die authentische Interpretation der Art und Weise beschränkt, in der kommunale Selbstverwaltung zu handhaben ist. Wieweit den Gemeinden Ständigkeiten entzogen und pflichtigen Verbänden zugewiesen werden dürften, hinge also davon ab, was unter "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" zu verstehen ist.¹⁾

I. Der Gesetzesvorbehalt in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG

a) Die sprachliche Logik spricht für diese zweite Deutung es wäre an dieser Stelle des Textes stilistisch ungewöhnlich und obendrein irreführend, den gesetzlichen Vorbehalt für "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" durch Neustellung der Worte "im Rahmen der Gesetze" auszudrücken; das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden - nämlich Regeln "in eigener Verantwortung" zu treffen - jedenfalls einer gesetzlichen Ausgestaltung und -formung bedarf, müßte der Gesetzesvorbehalt bei dieser Auslegung sowohl auf die Handhabung des Selbstverwaltungsrechts wie auch den Bereich gemeindlicher Aufgaben bezogen werden. Dann müßte man dem Text aber eine bewußt doppelte Bedeutung unterstellen; daß ein solcher zweifacher Sinn aber nicht in den Wortlaut hineingelegt werden kann, erhellt aus Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG. Dort ist vom Kompetenzbereich und Selbstverwaltungsrecht Gemeindeverbände die Rede. Wie in Satz 1 dieses Absatzes wird dabei die Handhabung der Selbstverwaltung eindeutig einem Gesetzesvorbehalt unterworfen; hinzu kommt jedoch, auch der Aufgabenbereich der Gemeindeverbände noch ausdrücklich von einem gesetzlichen Rahmen bestimmt werden soll: zur Disposition des Landesgesetzgebers gestellt wird. Wollte man dem Satz 1 einen gleichen Sinn beilegen, so wüßte man damit dem Verfassungsschöpfer zweierlei unterstellen:

1) Vgl. dazu unten unter II.

einmal daß er in aufeinanderfolgenden Sätzen einen verschiedenen Sprachgebrauch entwickelt, um sinngemäß das gleiche auszudrücken; zum anderen, daß er die wichtigste kommunale Körperschaft, die Gemeinde, weniger sorgfältig und ausführlich behandelt hat als die Gemeindeverbände. Für solche Unterstellungen bietet der Text keinen Anhalt.¹⁾ Richtig kann nur die Interpretation sein, die den Gesetzesvorbehalt ausschließlich auf die Handhabung des Selbstverwaltungsrechts bezieht.

b) Bezeichnenderweise wird die Richtigkeit dieser Auslegung von Wort- und Begriffssinn des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG in Literatur und Rechtsprechung - soweit ersichtlich - kaum bestritten.²⁾ Trotzdem könnten durchschlagende systematische Überlegungen zur gegenteiligen Auffassung führen. HAMANN³⁾ begründet seine Auffassung, wonach der Gesetzesvorbehalt auf "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" bezogen werden müßte, wie folgt: er geht davon aus, daß den Gemeinden zur Erfüllung ihrer Aufgaben auch ein Satzungsrecht zusteht; ohne die Möglichkeit einer Einschränkung dieser örtlichen Aufgaben durch Gesetz sei Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG einer Ermächtigung zur Rechtsetzung in Form einer Generalklausel gleichzusetzen, die im Widerspruch zu Art. 80 GG stehe. - Dieser Gedankengang ist in sich unlogisch; denn von einer Ermächtigung ist in Art. 28 GG gar nicht die Rede; diese steht erst in den Landesgesetzen. HAMANN geht offensichtlich davon aus, daß "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" einen zu umfassenden Begriff darstellen und deshalb im Einzelnen nicht bestimmbar seien; diesen Ausgangspunkt läßt er aber unbewiesen und vermag schon deshalb nicht zu überzeugen. Hinzu kommt, daß Art. 80 über das Satzungsrecht von Gemeinden gar nichts aussagt sondern nur Verordnungsermächtigungen durch den Bundestag behandelt; selbst wenn man Art. 80 GG allgemeine Grund-

1) So im Ergebnis auch NEUHOFF, GRAPE, GENZER u.a.

2) Vgl. z.B. MAUNZ, Staatsrecht, § 20 V 1; SCHEUNER, RStW 4, S. 100

3) Bem. 7 zu Art. 28

sätze über die Zulässigkeit einer Rechtsetzung durch außerparlamentarische Stellen entnehmen will, wäre es Sache der Landesgesetze, durch Vorschriften über die Handhabung des Satzungsrechts die Einhaltung dieser Grundsätze zu gewährleisten. - HAMANNs Argumentation kann nicht gefolgt werden. Auch MAUNZ¹⁾ meint, daß das Ausmaß der gemeindlichen Aufgaben im einzelnen durch Gesetz geregelt werden kann und führt dazu aus: "Der Streit um sprachliche Logik kann indessen dahingestellt bleiben (!), da 'örtliche Gemeinschaft' ohnehin nichts anderes bedeuten kann als Selbstverwaltungsbereich. Selbstverwaltung ist aber kein vorstaatlicher Begriff. Sein Inhalt und seine Schranken im einzelnen müssen vielmehr aus staatlichen Gesetzen entnommen werden." MaW: Da der Begriff "Selbstverwaltung" bzw. sein Inhalt und seine Schranken nur gesetzlich, also durch authentische Interpretation gewonnen werden können, muß Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG diese Bedeutung haben. - Ohne eine sachliche Interpretation des Begriffs "örtliche Gemeinschaft" zu versuchen, setzt MAUNZ ihn mit "Selbstverwaltungsbereich" gleich; man wird dieser Gleichung mit gewissen Vorbehalten zustimmen können. Ob Inhalt und Schranken des Begriffs aber nur aus staatlichen Gesetzen entnommen werden können, läßt sich ohne eine zumindest versuchte Auslegung des Textes selbst gar nicht sagen. Das Grundgesetz bietet jedenfalls keinen Anhalt für die Folgerungen von MAUNZ, die auf die Behauptung hinauslaufen, daß ein Begriff der Verfassung einer Auslegung nicht zugänglich sei. - Deshalb hängen die, die er zieht, in der Luft, da ihre Voraussetzungen unbewiesen bleiben. Er hält die sog. "Allzuständigkeit" für institutionell garantiert. Diese Ansicht ist richtig, läßt aber ungeklärt, was unter "Allzuständigkeit" im Rahmen des Art. 28 GG zu verstehen ist. Unbewiesen bleibt deshalb, ob man darunter wirklich nur "eine gesetzliche Vermutung zu Gunsten der Zuständigkeit der Gemeinden" verstehen kann und darin "kein Verbot schlechthin" liegt, "Aufgaben lokaler Natur durch andere als durch gemeindliche Behörden regeln oder erfüllen zu lassen."

1) § 20 Staatsrecht, V 1.

Nach SCHEUNER¹⁾ gewährt Art. 28 GG "den Gemeinden auch keine Sicherung für die Zuweisung aller örtlichen Angelegenheiten an die Gemeinden. Gestützt auf den Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 GG (!) wird zwar ... die These vertreten, den Gemeinden ... sei die umfassende örtliche Zuständigkeit gewährleistet. Damit würde die Errichtung örtlicher Behörden für Zweige der Staatsverwaltung nicht vereinbar sein. Eine solche Ausdeutung widerstreitet nicht nur der herkömmlichen Ordnung der Verwaltungsorganisation, sie würde nicht nur die schwierige Frage aufwerfen, was denn örtliche Angelegenheiten sind (!), die den Gemeinden verbleiben müssen, sie übersieht vor allem, daß die Selbstverwaltung kein Gegensatz zur Staatsverwaltung sondern in einem weiteren Sinne Bestandteil ihres Aufbaues ist." Auch diese Stellungnahme verzichtet auf eine konkrete Beweisführung und führt statt dessen verwaltungspolitische Erwägungen und unbewiesene Feststellungen an. Interessanterweise gibt SCHEUNER jedoch offen zu, daß der Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 GG zu der Frage zwingt, "was denn örtliche Angelegenheiten seien", ohne daraus die entsprechende Folgerung zu ziehen: daß der Umfang der den Gemeinden verbürgten Aufgaben nur durch eine Auslegung dieses Begriffs zu ermitteln ist. Diese richtige Problemstellung hat PARTSCH²⁾ zwar erkannt, glaubt aber, daß die "Unantastbarkeit des gemeindlichen Wirkungskreises" als Grundsatz nicht zu halten sei, da er vom GG selbst durchbrochen werde; es gebe auch Bundeszuständigkeiten (z.B. Post) und Länderkompetenzen (z.B. die Gerichtsbarkeit), die "offenbar auch örtlichen Charakter haben könnten."- PARTSCH geht davon aus, daß "örtliche Angelegenheiten" und "gemeindlicher Wirkungskreis" dasselbe sind. Unter diesem Zuständigkeitsbereich versteht er aber - wie die von ihm angeführten Beispiele beweisen - den Komplex sämtlicher öffentlichen Angelegenheiten, die irgendwie im Bezirk der Gemeinde eine Rolle spielen; das GG spricht aber nicht einschränkend von "örtlichen Angelegenheiten" sondern nur von solchen der "örtlichen Gemeinschaft". Solange PARTSCH diesen Unter-

1) RStW 4, S. 100

2) Festschr. für BILFINGER, S. 302 f

schied nicht erkennt und seine Auffassung von der Unbegrenztheit dieser Angelegenheiten unbewiesen läßt, bilden die von ihm angeführten Bundes- und Länderzuständigkeiten im örtlichen Bereich kein Argument gegen die hier entwickelte Auslegung. Vielmehr ist es sogar denkbar, daß der Verwaltungskörper "Gemeinde" sich sowohl mit "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" als auch darüber hinausgehenden Aufgaben befaßt.

Auch das BVerfG kann in seiner Entscheidung vom 20. März 1952 (BVerfGE 1/167 ff) die hier vertretene Auffassung nicht widerlegen; auf Seite 174 führt es aus, daß Art. 28 GG das Selbstverwaltungsrecht in "ähnlichem" Umfang garantiere wie Art. 127 der WRV. Ohne hierfür den Beweis anzutreten, bezieht es sich dann auf Auslegungen, die seinerzeit der Art. 127 WRV fand. Da über Art. 28 GG also gar nichts weiter gesagt wird, mögen die weiteren Ausführungen dahingestellt bleiben.

Ein Ansatzpunkt zu der hier vertretenen Meinung findet sich in der Entscheidung des VerfGH von Nordrhein-Westfalen vom 21. August 1954.¹⁾ Dort wird zu Art. 28 GG bemerkt: "Der Sinn dieser Garantie geht dahin, daß die Essentialia des Begriffs der Selbstverwaltung gewährleistet sind, während die accidentalia gesetzlicher Regelung vorbehalten bleiben."

Man wird es aber als wesentlichen Bestandteil einer verfassungsmäßigen Selbstverwaltungsgarantie bezeichnen müssen, daß ein von - noch zu erörternden - gewissen Kriterien bestimmter Aufgabenkreis den Gemeinden nicht entzogen werden kann; und die Kriterien dieses Zuständigkeitskomplexes müssen durch Auslegung des Begriffs "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" ermittelt werden.

Dem entspricht, was IPSEN²⁾ sagt: "Schon der unterschiedliche Wortlaut dieses Satzes 1 zu Satz 2 macht erkennbar, daß der Grundsatz der gemeindlichen Allzuständigkeit in seiner maßgeblichen Bezogenheit auf die 'Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft' eine dem Wesen der Selbstverwaltung verhaftete

1) DÖV 1955/248 f; vgl. auch bei HENRICHS, DVBl. 1954, S. 731 ff

2) DÖV 1955, S. 226

Inhaltserfüllung erfährt, daß mit der Betonung der eigenen Verantwortlichkeit zugleich auch Grenzen zulässiger staatlicher Einwirkung gesetzt sind und der Rahmen der Gesetze... (nur) die höchste Verwaltungsorganisations-Kompetenz des Landes und die ebenfalls gesetzliche Umgrenzung zulässiger Kommunalaufsicht betrifft." Folglich betrifft die Einschränkung "im Rahmen der Gesetze" nicht den Bereich der Aufgaben sondern Art und Weise ihrer Erledigung: "Die Art ihrer Vollziehung, nicht ihr Gegenstand wird in den 'Rahmen der Gesetze' eingepaßt; mit anderen Worten: die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft stehen auch gesetzlich unentziehbar der Gemeinde zu."¹⁾

Der gleichen Ansicht ist WEBER²⁾: "Diese Bestimmung (Art. 28 GG) geht ... davon aus, daß es Gegenstände öffentlicher Verwaltung gibt, die ihrer sachlichen Beschaffenheit nach solche der 'örtlichen Gemeinschaft' sind. Diese sollen sämtlich den Gemeinden zur Regelung in eigener Verantwortung gebühren. Davon gibt es auch durch den Gesetzgeber nichts zu subtrahieren. Die Gesetze, die gemäß Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG den 'Rahmen' der Selbstverwaltung abgeben sollen, haben vielmehr nur die Aufgabe, die Modalitäten zu bestimmen, unter denen die Selbstverwaltung sich vollzieht, so wie es in den Gemeindeordnungen mit ihren Organisations- und Aufsichtsregelungen von jeher geschehen ist."

Die Entstehungsgeschichte des Art. 28 GG vermittelt kein einheitliches Bild; sie ist jedenfalls nicht geeignet, stichhaltige Bedenken gegen das hier ermittelte, vorläufige Ergebnis zu erregen. Die Zusammenfassung der Untersuchungen zu I. lautet daher: Einen Gesetzesvorbehalt sieht das GG in Art. 28 Abs. 2 S. 1 nur für die Modalitäten der Kommunalverwaltung vor. Das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich zu regeln, kann der einfache (Landes-) Gesetzgeber nicht einschränken. Soll z.B. den Gemeinden durch Gesetz eine Aufgabe zugunsten eines pflichtigen Verbandes entzogen werden, so darf es sich dabei nicht um eine Angelegenheit

1) In diesem Sinne auch GRAFE, DÖV 1955, S. 650

2) Staats- u. Selbstverw., S. 49

der örtlichen Gemeinschaft handeln.

II. Die Bedeutung des Begriffs "Alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft."

Mit diesen Worten versucht das GG, den Bereich zu umreißen in dem sich die kommunale Selbstverwaltung vom Gesetzgebungs- und Verwaltungsbereich unbeeinträchtigt entfalten kann und soll; es redet von dem Recht, "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln", und will damit ausdrücken, was es unter kommunaler Eigenständigkeit versteht. Die Bedeutung und der Umfang der Selbstverwaltung der Gemeinden sind dieser knappen Fassung des Textes zu entnehmen. Bei der Unterscheidung von örtlichem und übergreifendem Verwaltungsbereich handelt es sich um die Abgrenzung von Lebenskreisen, die ineinander übergehen und einer ständigen Veränderung durch eine fortschreitende Entwicklung auf allen Gebieten der Wirtschaft und des Verkehrs unterliegen; die Grenze zwischen solchen Bereichen muß daher fließend sein, da sie solche "Wanderungsprozesse"¹⁾ zu berücksichtigen hat; was unter "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" zu verstehen ist, muß daher tatsächlich von Fall zu Fall entschieden werden;²⁾ aus den im Verfassungstext genannten Kriterien wird man nur allgemeine Regeln ableiten können, nach denen diese Entscheidung vorzunehmen ist.

a) Stellungnahme der Literatur.

Es liegt in der Natur eines so komplexen Instituts, wie die kommunale Selbstverwaltung ist, daß die Entwicklung seiner Regeln durch Auslegung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG eine schwierige Aufgabe ist; das geht auch aus den oben unterzitierten Literaturstimmen hervor: diese Auslegung wird meist gar nicht erst versucht. -

Man wird PARTSCH³⁾ den Vorwurf machen müssen, daß er vor dieser Schwierigkeit kapituliert, ohne die herkömmlichen Auslegungsmittel erschöpft zu haben. PARTSCH leugnet die ot

1) WEBER, Staats- u. Selbstverw., S. 51

2) Vgl. NEUHOFF, DÖV 1953, S. 263

3) Festschr. f. BILFINGER, S. 310 f

tive Bestimmbarkeit des Begriffs "der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft"; zwar hält er die Differenzierung von Gemeinschafts- und individuellen Angelegenheiten für möglich, da die Individualsphäre durch die Grundrechtsnormen und die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht gegenüber der Gemeinschaftssphäre abgegrenzt sei. Im übrigen hält er aber eine Unterscheidung von Angelegenheiten der örtlichen und überörtlichen Gemeinschaft nicht für möglich. Seine Begründung dieser Ansicht im folgenden Zitat¹⁾ soll deshalb ausführlich wiedergegeben werden, weil sie kennzeichnend für die Art und Weise ist, in der die meisten Autoren sich mit diesem Problem befassen. "Was aber Sache der örtlichen und was Sache der überörtlichen Gemeinschaft ist, wird von der Rechtsordnung nicht bestimmt. Wenn versucht wird, dies aus der Natur der Angelegenheiten zu bestimmen, wird die Entscheidung verschieden lauten, je nachdem unter welchem Gesichtspunkt eine Materie als örtlich oder überörtlich betrachtet wird. Es kommt dann darauf an, ob auf die Gegebenheiten abgestellt wird, durch die eine Materie bestimmt wird oder auf die Auswirkungen, die sie entfaltet. Es gibt überörtlich bedingte Angelegenheiten mit lokalen Auswirkungen und lokal bedingte mit überörtlichen Auswirkungen ... Letzten Endes wird es nicht auf diese theoretischen Unterscheidungen nach Ursache und Wirkung ankommen, sondern darauf, welche Materien sachgemäß örtlich erledigt werden können. Dafür gibt es aber keinen objektiven Maßstab, sondern das bestimmt sich danach, wie die Möglichkeiten und Grenzen der örtlichen Initiative einerseits und einer fachlich möglicherweise höher qualifizierten, jedoch der Gefahr der Schematisierung ausgesetzten zentralen Aufgabensteuerung andererseits eingeschätzt werden. Somit hängt es von einer verwaltpolitischen Entscheidung ab, was als örtlich oder überörtlich anzusehen ist. Diese Unterscheidung entzieht sich einer objektiven Bestimmung und ist also nicht justiziabel." PARTSCH spricht von dem Versuch, aus der Natur der Angelegen-

1) Festschr. f. BILFINGER, S. 310 f

heit Schlüsse auf ihre Zugehörigkeit zu den "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" zu ziehen. Dieser Versuch ist lange verfehlt, als nicht klar ist, was das GG unter die Angelegenheiten versteht; es wird sicherlich auf den Gesichtspunkt ankommen, unter dem eine Materie als örtliche oder überörtliche betrachtet wird. Soweit ist ihm zuzustimmen. Die Gesichtspunkt bzw. diese Gesichtspunkte müssen jedoch durch die Auslegung entnommen werden, was PARTSCH überhaupt nicht versucht; ob es auf die "Gegebenheiten oder auf die Auswirkungen" einer Materie ankommt, kann dahin gestellt bleiben, da diese Einteilung von PARTSCH vorgenommen wird, ohne durch das GG begründet zu belegen. Inwiefern diese Gliederung bei der Auslegung vielleicht eine Rolle spielt, wird noch zu prüfen sein. -

PARTSCH muß sein Vorgehen selbst als unbefriedigend empfinden, denn er rückt von diesen "theoretischen Unterscheidungen" ab, um dann darauf abzustellen, "welche Materien sachgemäß örtlich erledigt werden können", wofür es keinen objektiven Maßstab gebe usw; damit unterstellt er dem GG ohne Prüfung seine eigene Ansicht, deren Richtigkeit deshalb geprüft werden kann noch erörtert zu werden braucht - was es immerhin fraglich erscheint, ob das GG die Selbstverwaltung nur deshalb garantiert, um einen optimalen Verwaltungseffekt zu sichern. - Die Ausführungen von PARTSCH versuchen schließlich nur, den Beweis dafür anzutreten, daß eine Auslegung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG nicht möglich sei. Dieses Vorgehen wird man als unbefriedigend empfinden müssen. Anders als PARTSCH halten es WEBER und KÖTTGEN für möglich, die "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" zu bestimmen. Dabei versuchen beide, die Vielschichtigkeit des Problems kommunaler Selbstverwaltung zumindest anzudeuten, in diesen Worten einen mehr oder weniger zureichenden Ausdruck finden muß; denn "das sachliche Anliegen der örtlichen Selbstverwaltung hat allein in dieser Klausel einen adäquaten Ausdruck gefunden".¹⁾ - Die auch von WEBER als

1) WEBER, Staats- u. Selbstverw., S. 51

schwierig bezeichnete Frage, nach welchen materialen Gesichtspunkten die Gegenstände des örtlichen und übergreifenden Wirkungskreises unterschieden werden können, beantwortet er mit folgender These:²⁾ "Kommunale Selbstverwaltung ist von Hause aus Sachverwaltung, nicht Menschenführung und obrigkeitliche Herrschaft. Der örtlich gebundene Lebenskreis der Gemeinde, an den der Grundsatz der Allzuständigkeit anknüpft, stellt als gemeinsame Aufgabe der nachbarlichen Gemeinschaft in den Mittelpunkt, Gemeindevermögen zu verwalten und der Bevölkerung gemeinnützige Anstalten und Einrichtungen zur Verfügung zu stellen, gleichviel, ob dies im Rahmen einer gesetzlich auferlegten Pflicht oder freischöpferischen Waltens der Gemeinde geschieht. Dazu trifft die Verantwortung für das eigene gemeindliche Organisationssystem in seinem sachlichen und personellen Bestande ... Überall dagegen, wo durch Anordnung, Gebot, Verwaltungsakt, Zwang und dergl. obrigkeitliche Herrschaft über Menschen ausgeübt wird, geschieht das im Rahmen übergreifender Ordnungszusammenhänge und aus einer Legitimation, deren Wurzeln nicht in der kommunalen Lebensgemeinschaft, sondern in den Existenzbedingungen der Herrschaftsorganisation Staat liegen." Diese Ausführungen, die "den Grundcharakter der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft deutlich" machen sollen, bezeichnet WEBER³⁾ selbst nur als "These", d.h., er stellt sie mangels weiterer Beweisführung lediglich als seinen Weg zum Verständnis des Art. 28 GG heraus. Als Ausgangspunkt zu einer weitergehenden Untersuchung bleibt sie in jedem Falle wertvoll.

Während WEBER mit der Äußerung seiner Ansicht über die Auslegung der fraglichen Textstelle bereits den Versuch unternimmt, den Standort der kommunalen Selbstverwaltung festzulegen, weisen die Ausführungen KÖTTGENS⁴⁾ eher auf die Problematik eines solchen Versuchs hin, ohne selbst schlüssige Antworten anzubieten bzw. endgültig anbieten zu wollen. Nach Ansicht von KÖTTGEN muß zwecks Auslegung des Art. 28 GG vorher eine

2) ebenda, S. 51 f

3) Staats- u. Selbstverw. S. 51

4) Gemeinde- u. Bundesgesetzgeber, S. 49 f

Differenzierung gemeindlicher Zuständigkeiten überhaupt genommen werden; dabei unterscheidet er zwischen "funktionaler Entfaltung der Gemeindeverwaltung" und ihren "institutionellen Fundamenten".

Die funktionelle Entfaltung der Gemeindeverwaltung gliedert er wiederum in kommunale Veranstaltungen und kommunalen Gesetzesvollzug,¹⁾ die seiner Ansicht nach mit verschiedenen verfassungsrechtlichen Maßstäben gemessen werden müssen. "Nur dort, wo sich die Gemeinde mit der Bereitstellung von Einrichtungen begnügt und unter Verzicht auf jegliche Anwendung obrigkeitlicher Zwangsmittel ... Bedürfnisse ihrer Einwohner befriedigt, bleibt sie im Sinne idealtypischer Selbstverwaltung Herr ihrer Entschlüsse. Sobald jedoch das Rathaus das Mittel des Eingriffs in die bürgerliche Individualsphäre beansprucht, unterliegt auch die Gemeindeverwaltung dem Vorbehalt des Gesetzes, das aber dann seinerseits die fragliche Agenda zumeist in eine Vollzugstätigkeit verformt."

Anders als bei WEBER besteht also bei KÖTTGEN ein weiteres Problem darin, daß die "Sachverwaltung" im Sinne WEBERS bei Anwendung von obrigkeitlichen Mitteln durch den dabei geltenden Gesetzesvorbehalt unter Umständen "in einen - selten hoheitlich angereicherten - Gesetzesvollzug verweandelt". Nach KÖTTGEN hat das zwanzigste Jahrhundert diesen inneren Zusammenhang zwischen dem rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt und der Eigenart gemeindlicher Selbstverwaltung erheblich dunkelt, da sich die Gesetzgebung mehr und mehr nicht nur aus Gründen des Gesetzesvorbehalts kommunaler Agenden bemächtigt und damit die Gemeinde den Vorrangswirkungen ihrer Dekrete unterworfen habe.

"Die Verwandlung kommunaler Unternehmerinitiative in ein sich mit Ermessensspielräumen begnügendes Gesetzesvollzugsinstrument ist daher das eigentlich aktuelle Phänomen."⁴⁾

Die Ansichten von WEBER und KÖTTGEN unterscheiden sich

1) Gemeinde- u. Bundesgesetzgeber, S. 50

2) Gemeinde- u. Bundesgesetzgeber, S. 50

3) Gemeinde- u. Bundesgesetzgeber, S. 49, Anm. 7

4) KÖTTGEN, Gemeinde- u. Bundesgesetzgeber, S. 50

dadurch, daß letzterer einer durch den rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt bewirkten Verwandlung kommunaler Sachverwaltung in eine kommunale Gesetzes-Vollzugstätigkeit nachgeht; d.h., auch KÖTTGEN betrachtet die "Sachverwaltung" iS. WEBERS - er nennt sie kommunale Veranstaltungen - als die typischen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft: nur mit der Einschränkung, daß die bei der Sachverwaltung evtl. benutzten obrigkeitlichen Mittel u.U. ihre Zugehörigkeit zum örtlichen Wirkungskreis wieder in Frage stellen. -

Als Ergebnis dieser Literaturübersicht bliebe festzustellen: schlüssige Antworten kann keiner der zitierten Autoren anbieten. Die Ausführungen von WEBER und KÖTTGEN regen jedoch für die folgende Untersuchung eine Gliederung an, die sich nicht mit dem Beispiel von PARTSCH begnügt, der die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nur nach ihren Gegebenheiten oder Auswirkungen unterscheiden zu können glaubt, sondern auf folgende Merkmale abstellt: alle denkbaren Gemeindezuständigkeiten sind zunächst in zwei Gruppen zu gliedern; die eine umfaßt einen Zuständigkeitskomplex, den man als das institutionelle Fundament der Gemeinde bezeichnen mag (z.B. die Personal- und Organisationshoheit), die andere umfaßt die funktionelle Entfaltung der Gemeindeverwaltung; diese zweite Gruppe ist wiederum zu unterteilen in Sachverwaltung (kommunale Veranstaltungen) und obrigkeitliche Herrschaft, die sich vor allem im kommunalen Gesetzesvollzug ausdrückt (wenn auch nicht jeder Gesetzesvollzug notwendigerweise obrigkeitlich sein muß). Dabei sind dann evtl. Wechselwirkungen zwischen diesen beiden Untergruppen zu berücksichtigen.

b) Der Wort- und Begriffssinn des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. Der Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG versieht das den Gemeinden gewährleistete Recht, alle örtlichen Angelegenheiten zu regeln, mit bedeutsamen Einschränkungen, die die Zielsetzung dieser Vorschrift andeuten.

Zunächst werden nur lokale Zuständigkeiten von Art. 28 erfaßt, die eine (örtlich begrenzte) Gemeinschaft berühren. - Als Gemeinschaft bezeichnet BROCKHAUS "die innere Verbundenheit von

Menschen zu einer Gruppe, die auf Grund der Übereinstimmung in wesentlichen Verhaltensweisen gemeinsam oder füreinander handlungsfähig ist. Die Einheit der Gruppe bedarf nicht oder doch nur nachträglich und ergänzend der Anordnung, ergibt sich im Grunde 'von selbst' aus der Gemeinsamkeit des Fühlens, Strebens und Urteilens." Diese Auffassung dürfte dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechen. Als juristischer Fachausdruck begegnet die "Gemeinschaft" vor allem im Zivilrecht; dort ist sie nach LOBE¹⁾ "ein einheitlicher Personenverband, entstanden durch die Tatsache, daß ein und selbe Recht mehreren Personen zusteht und daraus sich Beziehungen zwischen diesen ergeben... Keine Gemeinschaft liegt bei einem ... geteilten Recht vor, sie setzt immer ungeteiltes, gemeinsames Recht voraus." Ohne das Wort begrifflich pressen zu müssen, läßt sich also über seine Bedeutung auch im Rahmen des Art. 28 GG folgendes sagen: Terminus "Gemeinschaft" bezeichnet nicht nur als Sammelbegriff eine bestimmte Anzahl von einzelnen Personen wie alle Bürger bzw. Einwohner einer Gemeinde; er kennzeichnet vielmehr einen Integrationsprozeß, der diese Individuen einer Gruppe, einem einheitlichen Ganzen zusammenfaßt. Bei kann als Integrationsfaktor ein gemeinsames Anliegen eine allen gemeinsam zugewiesene Aufgabe u.ä. dienen. Wenn der Text von "Gemeinschaft" redet und somit einen artigen Integrationsprozeß voraussetzt, so kann damit irgendein beliebiges Gruppeninteresse als Integrationsfaktor angesprochen sein; die örtliche Gemeinschaft in der Gemeinde ist für den Verfassungsgeber vor allem insofern Gruppe interessant, als sie durch Belange der Gemeinde gebunden und hergestellt ist; als "Angelegenheiten" dieser Gemeinschaft werden daher vornehmlich solche Zuständigkeitskomplexe gemeint sein, die die Gemeindeglieder zu einer derartigen Gruppe integrieren bzw. eher als andere integrieren können. Damit steht fest, daß von allen öffentlichen Angelegenheiten die im örtlichen Bereich irgendwie eine Rolle spielen, nur diejenigen zum unantastbaren Aufgabenbestande

1) Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. II, S. 60

Gemeinde gehören, die eine Integrationswirkung iS des Art. 28 GG haben bzw. haben können: die aus einer Vielzahl von Einwohnern eine "örtliche Gemeinschaft" machen.

Daraus folgen bereits zwei Einschränkungen: es muß sich einmal um Gemeinschaftsaufgaben handeln, die zum anderen nur im örtlichen Rahmen akut werden.

Offen bleibt aber noch die Frage, in welcher Art und Weise die Regelung dieser Angelegenheiten integrierend wirken soll; das GG gibt für die Antwort nur einen Anhaltspunkt mit den Worten "in eigener Verantwortung".

Da nur eine Zuständigkeit, die auch wahrgenommen wird, irgendwelche Wirkungen äußern kann und Gemeindezuständigkeiten gem. Art. 28 GG nur "in eigener Verantwortung" wahrgenommen werden dürfen, liegt in diesen Worten wieder eine Einschränkung: nur diejenigen örtlichen, integrierend wirkenden Aufgaben sind den Gemeinden garantiert, deren Integrationswirkung durch Regelung in eigener Verantwortung herbeigeführt wird, bzw. herbeigeführt werden kann; denn ob eine Mehrzahl von Einzelmenschen sich als Gemeinschaft empfindet, läßt sich mit Sicherheit nicht feststellen oder vorherbestimmen; insofern kann das GG nur ein Ziel angeben. Ob mit den in Art. 28 zur Erreichung dieses Zieles vorgeschriebenen Mitteln (Regelung von Aufgaben in eigener Verantwortung) der gewünschte Erfolg hervorgerufen werden kann (Integrierung der Gemeindeeinwohner zu einer örtlichen Gemeinschaft), ist eine andere Frage. Einigermaßen exakt feststellbar ist nur die Wahrscheinlichkeit dieses Erfolges, indem man zunächst prüft, ob überhaupt die Möglichkeit der Entwicklung "eigener Verantwortung" durch die dazu berufenen Stellen besteht. Diese Prüfung kann aber erst dann vorgenommen werden, wenn feststeht, was "Regeln in eigener Verantwortung" bedeutet.

Subjekt des in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG bestimmten Rechts sind "die Gemeinden", in denen gem. Abs. 1 "das Volk eine Vertretung haben muß."

Eigenverantwortliches Handeln ist aber nur natürlichen Personen möglich; folglich ist es ein der Gemeinde zurechenbares Handeln ihrer Organwalter, von dem hier die Rede ist. Damit stehen die potentiellen Wahrnehmungssubjekte eigenverantwortlichen Handelns fest.

"Verantwortung" bedeutet nach allgemeinem Sprachgebrauch "die Entscheidung und Bereitschaft eines Menschen, für sein Wollen und Handeln sowie für dessen Folgen einzustehen".¹⁾ Eigene Verantwortung der Gemeinde bedeutet daher, daß ihr ein Verhalten natürlicher Personen - ihrer Organwalter - zugerechnet werden soll und daß diesen Personen bei ihrem Verhalten eine gewisse Entscheidungsfreiheit zustehen muß; als Folge ihres Handelns soll u.a. die oben beschriebene Integrationswirkung hervortreten. Damit ist das Ziel ihres eigenverantwortlichen Handelns zumindest teilweise festgelegt; auch, was unter "in eigener Verantwortung" zu verstehen ist, erfährt von diesem Ergebnis her eine gewisse Bestimmung. - Mit diesen Feststellungen dürften die Möglichkeiten einer sprachlichen Auslegung erschöpft sein, deren Ergebnis lautet: Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind lokale Zuständigkeitskomplexe, deren eigenverantwortliche Regelung die Gemeindeeinwohner zu einer Gemeinschaft integriert bzw. integrieren soll. Dieses Ergebnis mutet vorläufig noch etwas ideologisch-fiktiv an; eine konkrete Bestimmung von Umfang und Inhalt des gewünschten Integrationsvorganges sowie der zu entwickelnden eigenen Verantwortung ist erst möglich, wenn das Ziel feststeht, das der Verfassungsgeber mit seiner institutionellen Garantie kommunaler Selbstverwaltung verfolgt

c) Versuch einer teleologischen Interpretation des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. -

Welches Anliegen verfolgt unsere Bundesverfassung, wenn sie in Art. 28 GG die kommunale Selbstverwaltung garantiert und welche Schlüsse sind von diesem Verfassungsziel her für die Auslegung dieser Vorschrift zu ziehen?

Gemeindliche Selbstverwaltung ist keine Erfindung des Parlamentarischen Rats oder der WRV; einerlei ob man in Art. 28 GG eine Fort- oder Rückentwicklung gegenüber Art. 127 der WRV erblickt: in jedem Falle ist die geltende Vorschrift

1) So BROCKHAUS

der vorläufige Endpunkt einer Entwicklung, die bis in die Anfänge deutscher Geschichte zurückreicht; daher hängt ein Verständnis der aktuellen Verfassungsbestimmung weitgehend davon ab, daß man sich diese Entwicklung vergegenwärtigt. -

In der Zeit vor dem Absolutismus läßt sich von Selbstverwaltung bereits im 12. und 13. Jahrhundert sprechen. Bürger sein hieß damals frei sein. Stadtluft machte frei, so daß als Bürger praktisch nur der Stadtbewohner angesprochen werden kann. Die Bewahrung dieser Freiheit, vor allem gegenüber den Landesfürsten, bedingte eine Bereitschaft zur Eigenverantwortung; diese lag umso mehr vor, als viele Stadtgemeinden sich aus der Schwurbrüderschaft von Kaufleuten entwickelten und es sich also vordringlich um die Wahrung ureigener, unmittelbarer Interessen handelte; in diesem Sinne bestimmte sich die Ausgestaltung der ersten Selbstverwaltungsaufgaben: die Aufsicht über den Markt, die Münz- und Warenqualität, Einhaltung der Gewichte, die Verteidigung der Stadt gegen Angriffe von außen. Die erforderlichen Mittel für die Verteidigung wurden durch Abgaben aufgebracht, deren Verwaltung und Beitreibung ein gemeindliches Finanzwesen entstehen ließ, während vor allem aus der Marktaufsicht sich eine erste Kommunalverwaltung entwickelte. - Die Zuständigkeiten dieser Städte erhielten also vornehmlich dadurch ihr Gepräge, daß eigene Interessen wahrzunehmen waren; dabei wurde eine Initiative entwickelt, die übergeordnete staatliche Belange weitgehend unberücksichtigt ließ und sich oft auch gegen den Staat richtete.

Dem entsprach die weitere Entwicklung; der beginnende Verfall des Reiches im 14. Jahrhundert führte zu immer größerer Unabhängigkeit der Städte; als im 14. Jahrhundert auch die bis dahin von den Landesherren ausgeübte Gerichtsbarkeit auf die Bürgermeister überging, bedeutete dies eine fast schrankenlose Freiheit der Städte, die zur schwersten Gefährdung der allgemeinen Anteilnahme an der gemeindlichen Verwaltung führte: vom Staat ungehemmt, setzten sich oligarchische Ten-

denzen durch, die die tatsächliche Einflußnahme und Führung der Gemeinde auf einen engen Kreis von Patriziern beschränkte. Lediglich die Zünfte vermochten schließlich einen gewissen Einfluß auszuüben; da sie aber die gleichen Bestrebungen wie das Patriziat verfolgten, konnte von einer allgemeinen Teilnahme der Gemeindebewohner an der obrigkeitlichen Willensbildung zu diesem Zeitpunkt schon keine Rede mehr sein. So kam es, daß die absoluten Fürsten eine Selbstverwaltung vorfanden, die nicht imstande war, "den Absolutismus zu einem politischen Kompromiß zu veranlassen; dagegen war sie entartet genug, um das Eingreifen des neuen monarchistischen Beamtentums herauszufordern."¹⁾ Korruption und Zerrüttung der Selbstverwaltung und die Unvereinbarkeit gemeindlicher Selbstregierung mit dem Gedanken der "summa potestas", die beim Fürsten lag, führten zu ihrer Beseitigung; die Fürsten deklarierten dies Vorgehen vornehmlich als Übernahme einer Schutzgewalt und benutzten den Verwaltungsapparat der Gemeinden zunächst weiter, bis der Staat selbst eine genügend leistungsfähige Verwaltung aufgebaut hatte und auch die überlieferten Verwaltungseinrichtungen der Gemeinden entbehrlich wurden. Damit war jede kommunale Selbständigkeit zerstört, eine strenge Zentralisation der inneren Verwaltung in der Hand des Staates durchgeführt. Das Endergebnis war der Polizeistaat. - Bei dieser Entwicklung handelte es sich nicht um einen deutschen Sonderfall. Das "Durchgangsstadium des monarchistischen Absolutismus"²⁾ bildete den festländischen Regelfall. Die damit bezweckte Erziehung zu festerer und einheitlicher Staatlichkeit³⁾ hat beim einzelnen Bürger aber eher das Gegenteil bewirkt, wie das Beispiel Preußens anlässlich der Auseinandersetzung mit Napoleon zeigt.

Nach HEFFTER⁴⁾ liegt "ein hohes Maß an Künstlichkeit im Wesen des Absolutismus ...: alle rein obrigkeitliche Ordnung krankt

1) HEFFTER, Deutsche Selbstverw., S. 31

2) HEFFTER, Deutsche Selbstverw., S. 19

3) Vgl. HEFFTER, Deutsche Selbstverw., S. 20

4) Deutsche Selbstverw., S. 26

an dem Mangel der inneren Elastizität, der spontanen Volkskräfte, der moralischen Reserven, die in der Freiwilligkeit beschlossen sind ..." Preußen, die am meisten künstliche Staatsbildung, erfuhr die Richtigkeit dieses Satzes im Krieg gegen Napoleon; das Volk hatte seine innere Beziehung zum Staate verloren und zeigte - von wenigen Ausnahmen abgesehen - gegenüber dessen militärisch-politischem Schicksal kein äußeres Zeichen eines inneren Beteiligtseins. Dieser Umstand wies auf eine Geisteshaltung hin, die zu einer Wiederbelebung der Selbstverwaltung zwang, die bezeichnenderweise nicht von der Bürgerschaft selbst ausging, sondern von einer reformerisch liberal gesinnten Beamtenelite betrieben wurde, an deren Spitze der Freiherr vom S T E I N stand: ein Mann, der als im Grunde seines Wesens konservativer Adliger jede Form der Revolution ablehnte, vielmehr an die Kräfte ständischer Tradition und Freiheit glaubte und dennoch ein für die Selbstverwaltung revolutionäres Werk mit seinem Namen verband: die Preußische Städteordnung vom 19. November 1808. Bis in die Zeit des Absolutismus hatten die Städte eigene Zwecke - wenn nötig, auch gegen den Staat - verfolgt und einem mehr oder weniger egoistischen Partikularismus gehuldigt. Die Städteordnung von 1808 hingegen versuchte erstmalig, die politischen und wirtschaftlichen Kräfte der Selbstverwaltungskörper dem Staat nutzbar zu machen; aus der Gemeinde, die bisher oft als Gegenspieler aufgetreten oder empfunden worden war, sollte ganz bewußt ein staatstragendes und - förderndes Element gemacht werden. Das Problem, mit welchen Mitteln dieses Ziel zu erreichen sei, ist bis zum heutigen Tag aktuell geblieben.

Das Anliegen der Städteordnung von 1808 äußert bereits der Vorspruch. "... Das jetzt nach Klassen und Zünften sich theilende Interesse der Bürger, und das dringend sich äußernde Bedürfnis einer wirksamen Theilnahme der Bürgerschaft an der Verwaltung des Gemeinwesens, überzeugen Uns von der Nothwendigkeit, den Städten eine selbständigere und bessere Verfassung zu geben, in der Bürgergemeinde einen festen Vereinigungspunkt gesetzlich zu bilden, ihnen eine thätige Einwirkung auf

die Verwaltung des Gemeinwesens beizulegen und durch diese Theilnahme Gemeinsinn zu erregen und zu erhalten..." Über die Art und Weise, in der die Städteordnung dieses Ziel zu erreichen gedachte, insbesondere die Zuständigkeitsverteilung auf staatliche und städtische Stellen, sei nachfolgend ein kurzer Überblick gegeben. Ein Gesetzgebungswerk, das sich an "die Bürgerschaft" wandte, mußte zunächst einmal feststellen, wer als Bürger zu betrachten war. Dabei lassen die §§ 14 - 39 den Versuch erkennen, einen möglichst umfassenden Kreis der Gemeindeglieder anzusprechen (§§ 14 - 24); ferner werden die Pflichten genannt, die mit dem Bürgerrecht verbunden waren (§§ 25 - 39). Organe der Gemeinde sind Magistrat und Stadtverordnetenversammlung (§§ 47, 48), die vom Vertrauen der Bürgerschaft abhängen.¹⁾ Dabei wird die Bürgerschaft von den Stadtverordneten vertreten, während der Magistrat als von der Stadtverordnetenversammlung gewähltes Exekutivorgan erscheint. "Beide standen sich nicht etwa als Legislative und Executive gegenüber. Die Stadtverordnetenversammlung war vielmehr Träger der gemeindlichen Rechtsetzung und Verwaltung. Es galt die Einheit der Gemeindegewalt, nicht die Gewaltentrennung. Der Magistrat war ein (kollegiales, zur Hälfte aus hauptberuflichen und ehrenamtlichen Mitgliedern bestehendes; d. Verf.) abhängiges Vollzugsorgan, nicht Inhaber selbständiger Exekutivgewalt."²⁾ - Die Mitwirkung der Bürger an der Gemeindegewalt als Stadtverordnete und Magistratsmitglieder geschah weitgehend ehrenamtlich (Prinzip der politischen Selbstverwaltung). Tätiger Einfluß auf die Verwaltung sollte vor allem durch die sog. Deputation ausgeübt werden: aus einem Magistratsmitglied, Stadtverordneten und anderen (sachkundigen) Bürgern wurden insbesondere für das Schul-, Bau- und Armenwesen sog. gemischte Ausschüsse gebildet, die sich mit den einzelnen Fragen zu befassen hatten. § 179 beschäftigt sich eingehend anhand konkreter Beispiele mit den Zuständigkeiten dieser Gremien.

1) Vgl. Titel VI, Abschnitt I und II

2) HUBER, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 175

Ansonsten enthält die Städteordnung von 1808 keine nähere Abgrenzung staatlicher und gemeindlicher Kompetenzen; sie beschränkt sich auf die Aussonderung der Materien, die damals ihrem Wesen nach für die Staatsangelegenheiten gehalten wurden: Polizei und Gerichtsbarkeit. § 10 II 17 ALR muß dabei so ausgelegt werden, daß unter "Polizei" nur die Gefahrenabwehr verstanden wurde, denn der ältere Polizeibegriff, der "alle Fürsorge für den guten Zustand des Gemeinwesens" umfaßte, umschloß den Gesamtbereich der inneren Verwaltung und war daher für eine Differenzierung unbrauchbar. Jedoch behielt § 166 dem Staat vor, die Gemeinden mit der Polizeiverwaltung zu beauftragen. Die Magistrate wurden "in dieser Hinsicht als Behörden des Staates betrachtet": ein historischer Fall der Institutionsleihe. Die gesamte sonstige Verwaltung fiel in den Selbstverwaltungsbereich, sofern nicht staatliche Gesetze etwas anderes bestimmten. Dazu gehörte auch die volle Finanzgewalt. Die Belange des Staates wurden durch eine Aufsicht sichergestellt, die das bisherige Leitungssystem ablöste, das bis dahin eine völlige Abhängigkeit der Gemeindeorgane von staatlichen Weisungen bedeutet hatte.¹⁾

Der Gesetzgeber von 1808 war offensichtlich der Meinung, daß diese Aufgabenverteilung geeignet sei, den "Gemeinsinn zu erregen und zu erhalten." Zwar ist eine Gliederung dieser Aufgaben in Sachverwaltung und obrigkeitliche Herrschaft nicht zu erkennen, so daß die Akzente willkürlich verteilt erscheinen; da im Jahre 1808 vom Verwaltungsstaat des 20. Jahrhunderts aber noch nicht die Rede sein konnte, lag das Schwergewicht gemeindlicher Kompetenzen eindeutig bei den kommunalen Veranstaltungen und örtlichen Belangen, wie die Aufzählung in § 179 beispielhaft andeutet. Zusammenfassend läßt sich zur Städteordnung vom 19. November 1808 daher sagen: sie wollte der Erkenntnis Rechnung tragen, daß eine gesunde Existenz des Staates ohne Beteiligung des Bürgers nicht möglich ist; zu diesem Zwecke schuf sie eine Gemeindeorganisation, in deren Rahmen die Bürgerschaft sich vordringlich mit den Aufgaben

1) So HUBER, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 175 f

beschäftigen sollte, deren Erledigung ihren Lebenskreis unmittelbar berührte. - Vom Gesichtspunkt demokratischer Freiheit her betrachtet, war die kommunale Selbstverwaltung des Jahres 1808 ein erster Schritt dazu, freiheitliche Regungen des Bürgers zu befriedigen, indem ihm durch Teilnahme an der örtlichen Verwaltung ein gewisser Einfluß auf das Geschick seiner Gemeinschaft eingeräumt wurde, den eine monarchische Verfassung ihm ansonsten versagte. Hierin liegt eine Reaktion auf die bisherige obrigkeitliche Nichtbeachtung des Einzelnen von Verfassungen wegen: das Werk STEINs läßt daher bereits bestimmte Zusammenhänge zwischen Verwaltung und Verfassung im Leben eines Staates erkennen. Das staatliche Leben in Deutschland nach Erlaß der Städteordnung steht im Zeichen eines vorwärtlichen Liberalismus; ein allgemeines Ringen um Freiheit setzte ein, das auch und vornehmlich in der Selbstverwaltung einen Ausdruck fand. Diese Institution war geschaffen worden, um "Gemeinsinn zu erregen", d.h. um staatlichen Zielen dienstbar zu sein durch Erregung vermehrter Teilnahme am Staat; an einen Ersatz für demokratische Einrichtungen war nicht gedacht. Als solchen mußte der Liberalismus jener Tage die Selbstverwaltung aber empfinden, da die Verfassung dem Bürger jede andere Form des Einflusses auf staatliche Geschicke versagte. Darin liegt eine Änderung der ursprünglichen Zielrichtung des STEINschen Werkes: ein zwangsläufiges Mißverständnis, denn die Städteordnung sollte in erster Linie dem Staat nützen und nicht freiheitliche Regungen befriedigen. An diesem Mißverständnis hatte auch die Krone Anteil, die mehr und mehr die Selbstverwaltung weniger als Mittel der Staatserhaltung denn als freiheitliches Zugeständnis betrachtete; sie reagierte entsprechend durch einengende Deklarationen zur Städteordnung von 1808¹⁾ und schließlich durch die revidierte Städteordnung von 1831. Vor allem in Norddeutschland, insbesondere in Preußen, war es eine bürokratische Monarchie, die im Verein mit einem junckerlichen Klasseninteresse die

1) Vgl. die Übersicht bei RUMPF, Die Preußische Städteordnung vom 19 ten November 1808, S. 308 ff

Selbstverwaltung der Kommunen als unerwünschte demokratische Einrichtung empfand. Der Adel hielt sich für die staatstragende Schicht und war nicht gesonnen, von seinen Vorrechten etwas aufzugeben. Hinzu kam, daß er die Schlüsselpositionen in der Verwaltung besetzte, die ihrerseits aus diesen aber auch anderen Gründen gegen eine Beteiligung der Bürger an ihren Befugnissen opponierte. Der persönlich unzulängliche Friedrich Wilhelm III. war kein Autokrat im alten Stil; infolgedessen hatte sich ein bürokratisches Element kräftig durchgesetzt, was zum Teil auch auf die STEIN-HARDENBERG'schen Reformen zurückzuführen ist. Da aber weder das STEIN'sche Staatsrats- noch das HARDENBERG'sche Premierministersystem konsequent durchgeführt worden war, konzentrierten sich die Kompetenzen dieser Bürokratie auf die einzelnen Fachminister, die weder in der Lage noch bereit waren, im Sinne des STEIN'schen Reformprogramms zu wirken, und den Bürgern einen Einfluß auf ihre Zuständigkeiten nur ungern zugestanden. Preußen verfolgte die Ziele der Restauration, die Demagogenverfolgung wurde intensiv betrieben, die Bürokratie hing einem starren Konservatismus an. Normalerweise sind die Gerichte konservativ, so wie das Recht konservativ ist, während die Verwaltung als dynamisch wirkende Kraft meist fortschrittlich ist. Damals war es umgekehrt. Liberale, bürgerliche Richter standen konservativ - reaktionären, adligen Verwaltungsbeamten gegenüber, die weniger zum Rechts- als zum Polizeistaat tendierten. Der fortschreitenden Einschränkung des nach heutigen Verhältnissen erst in den Ansätzen vorhandenen Verwaltungsrechtsweges lag also eine psychologisch verständliche Tendenz zugrunde, ohne daß damit etwas gegen die oft hervorragenden Qualitäten dieser Verwaltung an sich gesagt sein soll. -

Diese Verhältnisse fanden einen ergänzenden Ausdruck im Geistesleben jener Zeit. Die Fachgelehrten waren entweder ebenfalls konservativ oder gemäßigt liberal. Sie standen stark unter dem Einfluß Hegels, der den gemäßigten Liberalismus mit der preußischen Staatlichkeit verband. Als Berliner Professor avancierte er quasi zum Staatsphilosophen; unter dem Eindruck

seiner Philosophie entwickelte eine gemäßigt liberale Wissenschaft eine regelrechte Ideologie des Preußentums, so daß mit der Hegelschen Anschauung von der unbedingten Autorität des Staates ein Element in den deutschen Liberalismus einbrang, "das dem ursprünglichen Wesen der liberalen Ideale von der individuellen Freiheit und den Rechtsschranken der staatlichen Gewalt ... widerspricht."¹⁾

So kam es, daß die Monarchie die Städteordnung von 1808 als einen Fremdkörper liberaler Freiheit im absolutistischen Beamtenstaat betrachtete, während nach der gemäßigteren Ansicht SAVIGNY's²⁾ Selbstverwaltung als Erfüllung des Freiheitsstrebens und Sicherung gegen Revolution erschien: eine für die damalige Zeit repräsentative Meinung, die geradezu eine Umkehrung der Anschauungen darstellt, denen die Städteordnung von 1808 ihr Entstehen verdankt, und die sie auch im Vorspruch zum Ausdruck brachte.

Die Modifizierungen des STEIN'schen Gesetzes sowie die revidierte Städteordnung vom 17. März 1831 waren Folgen dieser veränderten bzw. neuen Anschauungen, abgesehen davon, daß die alte Städteordnung auf die 1815 neu erworbenen Gebiete gar nicht erst angewandt wurde. Eine 1828 eingesetzte Kommission wirkte dahin, daß eine Stärkung des Magistrats bis zur Gleichwertigkeit mit der Stadtverordnetenversammlung stattfand, während das Bürgerrecht durch einen Zensus eingeschränkt wurde: der Verwaltungsstaat wandte sich gegen das, was er für Ansätze eines Verfassungsstaats hielt.

Die revidierte Städteordnung ordnete die Gemeinden dem Obrigkeitsstaat ein und verstärkte die Einflüsse staatlicher, aber auch kommunaler Bürokratie. Die Staatsaufsicht wurde erweitert und der Rechtsweg gegen Maßnahmen der Aufsicht weitgehend versagt. Außerdem hatte der König u.U. das Recht, einer Stadt die Verfassung zu entziehen. Die Finanzautonomie wurde verringert. Ferner ließ man die Polizeigewalt grundsätzlich nicht mehr vom kollegialen Magistrat sondern nur noch

1) HEFFTER, Deutsche Selbstverwaltung, S. 211;
vgl. auch ASTER, Geschichte der Philosophie, S. 326 f
2) Nachweis bei HEFFTER, Deutsche Selbstverwaltung, S. 216

vom Bürgermeister oder einzelnen dafür bestimmten Magistratsmitgliedern ausüben (§ 109). Ebenso sollte die in § 84 festgelegte doppelte Stellung des Magistrats "a. als Verwalter der Gemeindeangelegenheiten; b. als Organ der Staatsgewalt" mit seinen erweiterten Befugnissen (vgl. §§ 104, 105) den Einfluß staatlicher Bürokratie stärken, der sich vor allem gegen die Position der Stadtverordneten wandte.

Die wenig konkrete Zuständigkeitsverteilung der STEINschen Schöpfung wurde übernommen; doch war sie nun so auszulegen, daß den Städten ihre Aufgaben - die sich hauptsächlich immer noch auf eine Sachverwaltung beschränkten - zu dem Zwecke überlassen wurden, daß ihre Erledigung das einzige Zugeständnis an die bürgerliche Freiheit bleiben sollte: ein geringer Raum für demokratische Tätigkeit, wenn man bedenkt, daß einerseits zur Einwohnergemeinde übergegangen wurde und andererseits von den Einwohnern nur verhältnismäßig wenige das Bürgerrecht besaßen.

In der Zeit vor dem Absolutismus bildeten die Städte oft Front gegen den Staat; der Gesetzgeber von 1808 versuchte, die staaterhaltende Kraft der Selbstverwaltung zu mobilisieren, was nur durch Gewährung gewisser Freiheiten möglich war. Der Gebrauch dieser Freiheiten mußte sich im Zeitalter des bürokratischen Absolutismus gegen die herrschende Staatsform richten bzw. als gegen die Monarchie gerichtet erscheinen; die im Staat herrschenden Kräfte, die sich bereits in einer Abwehrstellung fühlten, konnten sich nur so äußern, daß sie - z.B. in der revidierten Städteordnung - ihrerseits Front machten gegen die freiheitlichen Tendenzen kommunaler Selbstverwaltung und damit gegen die Institution selbst. Daran hat sich bis zum Erlaß der WRV grundsätzlich nichts geändert; die weitere Entwicklung bis zu diesem Zeitpunkt steht daher im Zeichen eines Dualismus von Staat und kommunaler Selbstverwaltung.

Die französische Julirevolution von 1830 blieb auch auf deutsche Verhältnisse nicht ohne Auswirkungen. Breite Volksschichten wurden vom Willen nach Freiheit erfaßt: eine Ent-

wicklung, die im März 1848 ihren vorläufigen Höhepunkt erreichte, nachdem im Februar dieses Jahres in Frankreich die Julimonarchie zusammengebrochen war. Ein Hauptanliegen der Bewegung von 1848 war die Stärkung der Selbstverwaltung, die man als Ausgangspunkt einer allgemeineren Freiheit betrachtete. Als Kampfmittel gegen absolute Monarchie und Junkertum sollte sie eine kommunale Ergänzung des Konstitutionalismus bilden.¹⁾ Forderungen nach einer Stärkung des Gemeindeparlaments und nach einem "eigenen Wirkungskreis" waren Ausdruck eines Denkens, das - naturrechtlich beeinflusst - die Selbstverwaltungsbefugnisse als ursprüngliches Recht der Gemeinden begriff.

Mit dem Anliegen der Paulskirche scheiterte auch die Kommunalreform. In der nachmärzlichen Reaktion kam ein junkerlicher Feudalismus stärker denn je zur Geltung. Zwar betrachtete die Monarchie sich jetzt als konstitutionell. Die Verfassung blieb aber weitgehend unbeachtet, sofern sie nicht sogar direkt und demonstrativ verletzt wurde. Die Durchführung der liberalen Kommunalgesetze von 1850 wurde gemäß Erlaß vom 19. Juni 1852 eingestellt; am 24. Mai 1853 setzte man sie ganz außer Kraft. Dafür begann eine Revision nach dem Muster der revidierten Städteordnung, die die Wahl aller Magistratsmitglieder von der staatlichen Bestätigung abhängig machte: ein Vorbehalt, der nicht besonders zimmerlich benutzt wurde, um eine Stellenbesetzung im Sinne der Regierung zu erreichen. Ein plutokratisches Dreiklassenwahlrecht ergänzte die Regelung, nach der unter bestimmten Voraussetzungen (Zensus!) das Bürgerrecht von selbst eintrat, während man im übrigen ganz zur Einwohnergemeinde überging. Ergebnis dieser Revision waren die drei Städteordnungen: vom 30. Mai 1853 für die sechs östlichen Provinzen, vom 19. März 1856 für Westfalen und vom 15. Mai 1856 für das Rheinland. Diese drei Gesetze bildeten die Grundlage der städtischen Entwicklung in Preußen bis ins 20. Jahrhundert hinein.

Da die maßgeblichen Kreise der Monarchie die Verfassung be-

1) Vgl. auch § 184 der Paulskirchen-Verfassung

wußt mißachteten bzw. die konstitutionellen Formen in einem verfassungswidrigen Geist handhabten, mußte die kommunale Selbstverwaltung zur Bastion der Auseinandersetzung mit dem monarchischen Staat werden. Da nach dem Fehlschlag von 1848 breite Schichten politisch gleichgültig wurden, blieb diese Auseinandersetzung weitgehend wirtschaftlichen Kräften und einer geistigen, vornehmlich akademischen Führungsschicht überlassen, wobei das Schwergewicht auf letzterer liegt. Während ein politischer Liberalismus nach Möglichkeit unterdrückt wurde, blieb der wirtschaftliche unbehelligt. Folglich konzentrierte die Bourgeoisie sich auf den wirtschaftlichen Fortschritt; dieser praktische Materialismus lähmte jedoch viele politische Energien: insbesondere die Kräfte in der Selbstverwaltung der Großstädte bemühten sich nicht so sehr, die legitime Funktion der Selbstverwaltung im Staat zu ergründen; ihnen ging es vielmehr um die Bewältigung wirtschaftlicher Probleme im Allgemeinen und teilweise die Einführung eines Munizipalsozialismus im Besonderen. Das kommunale Wahlrecht schloß weite Bevölkerungskreise von einer tätigen Anteilnahme an den städtischen Geschicken aus - in Essen z.B. schickte allein Krupp ein Drittel der Abgeordneten ins Stadtparlament. All diesen Kräften lag es naturgemäß fern, den besonderen politischen Sinn ihrer Arbeit zu ergründen.

Demgegenüber setzte eine bürgerliche Bildungsschicht - ihrer führenden Rolle im Frühliberalismus getreu - die mühsame und undankbare Opposition gegen eine reaktionäre Regierung fort; an ihrer Spitze standen vornehmlich Juristen: fortschrittliche Beamte und Universitätsprofessoren. Ein gewisser rechtsstaatlich-doktrinärer Zug des Liberalismus erklärt sich aus dieser Zusammensetzung. Die Männer betrachteten sich als Sprecher der nationalen geistigen Elite; aus diesem Gefühl heraus, eine Oberschicht zu bilden, lehnten sie die Demokratie im heutigen Sinne ab, wandten sich aber genau so gegen die Bourgeoisie bzw. die plutokratischen Entwicklungstendenzen der modernen Wirtschaft (Manchestertum!). Im scharfen Gegen-

satz zur demokratischen Linken arbeiteten sie für den Kompromiß zwischen dem Obrigkeitsstaat und dem liberalen Bürgertum. Im gewissen Sinne repräsentativ für ihre Anschauungen war die Selbstverwaltungstheorie GNEISTs. Einer weit verbreiteten Anglomanie folgend, wollte er nach dem Vorbild der englischen Grafschaftsverwaltung die sog. politische Selbstverwaltung auf Kreisebene durch Ehrenämter der Oberschicht durchführen: ein Vorhaben, das weder die von Fachkräften abhängige hochentwickelte Verwaltung auf kommunaler Ebene noch die demokratischen Elemente berücksichtigte, die jeder Selbstverwaltung naturgemäß innewohnen müssen.

Durch den Verfassungskonflikt, der im September 1862 ausbrach, trat der Gegensatz zwischen monarchischer Regierung und Volksvertretung deutlich hervor; unter dem Ministerpräsidenten BISMARCK wurden alle Reformen rückgängig gemacht, die seit 1858 betrieben worden waren, was - verbunden mit der Auflösung des Abgeordnetenhauses im Herbst 1863 - auch zu einer Radikalisierung der Idee von der Gemeindefreiheit beitrug. Die außenpolitischen Erfolge von 1866 brachten die Opposition zum Schweigen, da selbst profilierte Köpfe - von den äußeren Erfolgen des herrschenden Systems irritiert - Schlüsse auf dessen vermeintliche Vorzüge zogen. BISMARCK wurde es daher ermöglicht, durch das Indemnitätsgesetz vom 3. September 1866 einen Ausgleich mit dem Parlament herbeizuführen: der außenpolitische Sieg bedeutete auch einen inneren Erfolg der Regierung. Da dem Landtag das Indemnitätsgesetz, d.h. die Anerkennung seines Rechtsstandpunktes zugestanden wurde, sollte er auf weitere verfassungsrechtliche Forderungen verzichten. "Die Selbstverwaltungsidee wurde damit auch in der praktischen Parteipolitik, wie bereits in der Theorie GNEISTs, zum Ersatz für das volle parlamentarische Freiheitsziel."¹⁾ Der bereits erwähnte Dualismus Staat Gemeinde war damit besiegelt. Daran änderte auch der Versuch GIERKEs nichts, die Selbstverwaltung aus dem Genossenschaftswesen heraus zu verstehen.

1) HEFFTER, Deutsche Selbstverwaltung, S. 456

Er begriff das nationale Gemeinwesen als vielgestaltigen Organismus genossenschaftlicher Selbstverwaltungskörper. Er forderte den Aufbau von unten nach oben und hielt Staat und Gemeinde als juristische Personen für wesensgleich: seine Idee der Selbstverwaltung war bei weitem die radikalste, selbst wenn er ihre Vereinbarkeit mit der Monarchie dadurch erklärte, daß er von einem Staat auf genossenschaftlicher Grundlage mit obrigkeitlicher Spitze ausging. Die Zusammenhänge dieser Auffassung mit der von ihm vertretenen Organismustheorie und dadurch bedingte evtl. Irrtümer brauchen hier nicht aufgezeigt zu werden. In diesem Zusammenhang genügt die Feststellung, daß GIERKEs Vorstellung von der Gemeinde schon für die damalige Zeit als unreal bezeichnet werden muß. Die industrielle Revolution und die von ihr bewirkte andauernde Bevölkerungsbewegung hatten bereits zu einer städtischen Lebensgemeinschaft geführt, die eine umfangreiche Gemeindebürokratie u.ä. nötig machte und sicher nicht (mehr) als Genossenschaft mit ihrer ständischen oder nachbarschaftlichen Verflechtung betrachtet werden konnte.

Verallgemeinernd läßt sich daher sagen, daß von 1831 bis 1918 eine sinnvolle Einordnung kommunaler Selbstverwaltung in den Staat nicht zustande gekommen ist. Solange Staat und Selbstverwaltung als Gegensätze betrachtet wurden, ist es weder dem Gesetzgeber noch der Wissenschaft gelungen, die Bedeutung der Gemeindefreiheit für die Volksgemeinschaft eindeutig zu bestimmen, während die Praxis des Gemeindealltags sich ohne ein Bemühen um diese Zusammenhänge mit der Bewältigung vornehmlich wirtschaftlicher Probleme begnügte. - Es ist kein Zufall, daß das Ende dieser Epoche mit dem Wirken eines Mannes zusammenfällt, der als Hauptträger einer im demokratischen Sinne verjüngten liberalen Selbstverwaltungs-idee bereits erste Schritte zur Überwindung der gegensätzlichen Betrachtung von Staat und Gemeinde unternahm. Als Schüler GIERKEs führte HUGO PREUSS zwar dessen Gedanken der Wesensgleichheit von Staat und Gemeinde fort, kam dabei aber zu der Auffassung, daß ein enger Zusammenhang des gesamtstaatlichen Parlamentarismus mit der gleichartigen, den gan-

zen Unterbau des Staatswesens ausfüllenden kommunalen Selbstverwaltung bestünde. Er bekämpfte u.a. die Unterscheidung von eigenem und übertragenem Wirkungskreis. "Hier kam freilich sein theoretischer Standpunkt schon einer kommunalen Autonomie nahe, die gerade nicht Ziel und Ergebnis der modernen Entwicklung war; denn überall, auch in England, ist es ein wesentliches Moment der Selbstverwaltung, daß sie grundsätzlich und tatsächlich durchaus aus dem Gesamtstaat ein- und untergeordnet worden ist."¹⁾ Desungeachtet bleibt dem maßgeblichen Schöpfer der Weimarer Reichsverfassung von 1919 das Verdienst, Überwinder des Dualismus von Staats- und Selbstverwaltung zu sein. Er erkannte den Gegensatz, der im 19. Jahrhundert zwischen den Elementen einer herrschaftlich-obrigkeitlichen Regierung sowie der entsprechend bürokratischen Verwaltung einerseits und den freiheitlichen Tendenzen von Parlament und Gemeindeverwaltung andererseits bestehen mußte. Wenn für PREUSS Parlament und Gemeindefreiheit Ausdruck des einen genossenschaftlichen Prinzips waren, so liegt darin immerhin ein wertvoller Fortschritt zu einer Betrachtungsweise hin, die sich um den legitimen Platz kommunaler Selbstverwaltung in der parlamentarischen Demokratie bemüht. Auf ein solches Bemühen war die im Jahre 1919 einsetzende neue Entwicklung einer Selbstverwaltungs-idee mehr denn je angewiesen. Seit 1831 lebte die Vorstellung von der Gemeindefreiheit vom Spannungsverhältnis zum obrigkeitlichen Staat; diese Konstellation zwang die kommunalen Kräfte zu ständiger Offensive: "Je stärker und obrigkeitsstaatlicher die Staatsgewalt, desto stärker war der Drang, durch möglichststen Ausbau der Selbstverwaltung gewisse Sphären des Gemeinschaftslebens dem Einfluß des Staates zu entziehen."²⁾ Eine Selbstverwaltung, die sich vornehmlich als Träger demokratischer Zielsetzungen begriff, mußte nach Errichtung der vollen parlamentarischen Demokratie ihren Platz neu bestimmen, wenn sie mehr als Ausdruck einer Tradition sein wollte. Für die Schöpfer der WRV war es selbstverständlich, eine Institution beizubehalten,

1) HEFFTER, Deutsche Selbstverwaltung, S. 752

2) BÜHLER, Die Selbstverwaltungskörper, Hdb.DStR I, S. 697

die bis dahin das stärkste demokratische Element gewesen war. Wenn sie sich dabei auch auf den Freiherrn vom STEIN beriefen, so hatte das eine größere Berechtigung, als ihnen selbst vielleicht deutlich war.

Das Werk von 1808 war eine bewusste Reaktion auf die Erfahrungen der napoleonischen Kriege; man hatte die Kluft zwischen Volk und Staat erkannt, und daß der Staat auf die innere Anteilnahme der Bevölkerung an seinen Geschicken angewiesen ist. Die Städteordnung sollte da Abhilfe schaffen: die Selbstverwaltung wurde erreicht mit dem erklärten Ziel, dem Staat in seiner damaligen Form zu nützen, ihn von innen her zu festigen. - In der Monarchie konnte sie diesen Zweck nicht erfüllen. Sie wurde nur ein Ventil freiheitlicher Regungen, Staat und Gemeinden bildeten gegenseitige Fronten und mußten in dieser Stellung verharren, solange die monarchische Staatsform und die annähernd demokratischen Gemeinden unvereinbare Elemente waren. 1914 - 1918 hatte die Reichsgründung BISMARCKs ihre Probe zu bestehen: die nationale Einheit, der Staat an sich, bewährte sich, die herrschende Staatsform zerbrach. Welche Bedeutung sollte die Selbstverwaltung in der parlamentarischen Demokratie haben?

Art. 127 der WRV lautet: "Gemeinden und Gemeindeverbände haben das Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken der Gesetze." Anders als die Städteordnung von 1808, die in ihrem Vorspruch eine verhältnismäßig klare Auskunft über die Ziele gab, die sie mit der kommunalen Eigenständigkeit verfolgte, sagt die WRV ausdrücklich nichts über die Tendenzen der von ihr getroffenen Regelung. Daß eine solche Vorschrift in die Verfassung aufgenommen wurde, beweist jedoch die Wichtigkeit, die man der Selbstverwaltung auch im demokratischen Staate beilegte. Wie wenig klar man sich aber über den Sinn kommunaler Eigenständigkeit war, geht aus der wechselhaften Auslegung dieses Artikels hervor.

Noch in der 3. und 4. Auflage seines führenden Kommentars (1926) erklärte ANSCHÜTZ den Art. 127 WRV für eine rein formale, materiell bedeutungslose Vorschrift, deren Gesetzesvorbehalt nur eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit aus-

drücke. Einige Jahre später, in der 13. Auflage (1930), redete er zwar von einem "leerlaufenden" Grundrechtsartikel, meinte jedoch, daß sich darüber hinaus eine weiterreichende Bedeutung nicht leugnen lasse: man erkannte nunmehr in Art. 127 eine institutionelle Garantie der Selbstverwaltung, - wenn auch nicht ihres Status' quo.¹⁾ Dieser Wandel der Auffassungen kennzeichnet die verstärkt einsetzenden Bemühungen, den Standort kommunaler Selbstverwaltung für die Demokratie neu zu bestimmen. Dabei mußte am Anfang solcher Untersuchungen die Frage aufgeworfen werden, welche Beziehungen zwischen Bürger und Staat in der Demokratie bestehen.

Demokratie (als Staats-, Regierungs- oder Gesetzgebungsform) ist nach CARL SCHMITT zu verstehen als die "Identität von Herrscher und Beherrschten, Regierenden und Regierten."²⁾ Diese Identität ist Ausdruck der substantiellen Gleichheit und somit eine Voraussetzung der Demokratie, die darin besteht, daß "Macht und Autorität derer, die herrschen oder regieren, nicht auf irgendwelchen höheren, dem Volk unzugänglichen Qualitäten beruhen, sondern nur auf dem Willen, dem Auftrag und dem Vertrauen derer, die beherrscht oder regiert werden, und die sich auf solche Weise selbst regieren. Das Problem der Regierung innerhalb der Demokratie liegt dar daß Regierende und Regierte sich nur innerhalb der gleichbleibenden Gleichartigkeit des Volkes differenzieren dürfen. Der Regierende darf sich also nicht qualitativ vom Volke unterscheiden sondern nur durch das Volk (nämlich dessen Wahl) unterschieden werden, unbeschadet seiner sachlichen Andersartigkeit. Diese Zusammenhänge müssen aber auch dem Volke klar sein, damit es den Regierenden nicht als qualitativ andersartig empfindet, nicht Gefahr läuft, einen "Führer" als natur- oder gottgewollt "hinzunehmen". Unsere und die Weimarer Verfassung kennen nur ein Mittel, das in diesem Sinne aufklärend wirkt und diese Zusammenhänge in der alltäglichen Praxis klar macht: die kommunale Selbstverwaltung. Auf Gemeinde

1) Vgl. dazu CARL SCHMITT, HbDStR II, S. 595; GIESE, Erl. zu Art. 127 WRV; RGZ 126/Anh. S. 22 ff

2) CARL SCHMITT, Verfassungslehre, S. 234

ebene wird es dem Bürger selbstverständlich erscheinen, daß die Ratsmitglieder nicht als höher erleuchtete, "gesandte" Wesen auf ihren Stühlen sitzen, sondern seinesgleichen sind, die sein Auftrag ins Rathaus gebracht hat. Das Beispiel der Gemeindeparlamente kann ihn dahin bringen, sein Verhältnis zu Parlamenten und Regierungen überhaupt intuitiv richtig zu erfassen. Unter der Überschrift "Das Volk und die demokratische Verfassung" erläutert CARL SCHMITT¹⁾ die Zusammenhänge, die zwischen Demokratie und öffentlicher Meinung bestehen,²⁾ sowie die Gefahren, die in der unverantwortlichen Dirigierung dieser öffentlichen Meinung liegen. Die Anschaulichkeit der Verhältnisse auf kommunaler Ebene wird eine solche Beeinflussung aber weitgehend ausschalten; auch hier kann die Gemeinde als politische Schule dem Staat dienen, während jede Zentralisierung die Gefahr vergrößert, daß das Urteil des Bürgers weniger aus eigener Beobachtung konkreter Tatsachen resultiert als aus einer gelenkten Unterrichtung durch Propaganda usw. Den Folgerungen, die CARL SCHMITT aus seinen Untersuchungen der Zusammenhänge zwischen Demokratie und Öffentlichkeit zieht, kann nicht vorbehaltlos zugestimmt werden. Zwar ist eine demokratische Verwaltung praktisch unmöglich bzw. auf eine zwangsläufig wenig umfangreiche politische Selbstverwaltung durch Laien beschränkt.³⁾ Seine Ausführungen auf S. 272 f. beweisen aber, daß er Selbstverwaltung nur als Problem des Verwaltungsaufbaus ansieht.

Zwar ist die damit verbundene Ablehnung der Ansicht von HUGO PREUSS begründet; es ist in der Tat "unrichtig, das demokratische Prinzip der Identität mit dem Ideal weitestgehender kommunaler Selbstverwaltung (im Gegensatz zur Staatlichen Verwaltung) für gleichbedeutend zu halten":⁴⁾ die Institution an sich sagt begrifflich nichts aus darüber, ob sie von einem demokratischen oder autoritären Staat eingerichtet wurde. SCHMITT verkennt jedoch die wahre Bedeutung der Selbst-

1) Verfassungslehre § 18, S. 238 ff

2) vgl. dazu auch SCHINDLER, Staatswillen in der Demokratie, S. 37

3) Verfassungslehre, S. 271

4) Verfassungslehre, S. 273

verwaltung in der Demokratie, wenn er ihre Funktion als Hilfsmittel zur Popularisierung und Durchführung demokratischer Herrschaft übersieht. - In diesem Sinne äußert sich auch PETERS;¹⁾ zwar mißversteht auch er gleich SCHMITT das Verhältnis von Demokratie und Gemeindefreiheit; Ansätze zu einer richtigen Beurteilung liegen aber in der Feststellung, daß die Demokratie auf die eigenverantwortlichen Kräfte der Selbstverwaltung nicht verzichten kann, die im Dienst an der Allgemeinheit ihre Berechtigung finde.

Das Problem "Staat und Gemeinde" untersuchte 1931 ferner KÖTTGEN in seiner Schrift "Die Krise der kommunalen Selbstverwaltung". Dabei äußert er die Auffassung, daß die Aktualisierung der Kräfte des Gemeindelebens überwiegend von genossenschaftlichen Regungen abhängig sei. Dem kann in dieser Ausschließlichkeit nicht gefolgt werden; die Demokratie ist an lebendigen "Stadtrepubliken" interessiert, die als politische Erziehungsanstalten demokratische Einrichtungen propagieren.²⁾ Daß das Gesicht der Gemeinde ausschließlich vom Genossenschaftsgedanken geprägt wird, ist keine Voraussetzung dafür. Die Ausführungen KÖTTGENs über demokratische Legitimität hingegen führen im Ergebnis zu den gleichen Folgerungen, die aus den Thesen SCHMITTs zu ziehen waren; nach KÖTTGEN³⁾ gründet sich der Gehorsamsanspruch des Staates gegenüber dem Individuum auf die Tatsache gemeinschaftsmäßiger Gebundenheit des Einzelnen gegenüber dem Staatsvolk als Träger der Souveränität. Daraus folgt u.a., daß jede Art von politischem Absolutismus mit demokratischen Auffassungen nicht zu vereinbaren ist.⁴⁾ Die unmittelbare Teilnahme am kommunalen Leben wird ständig an die Entwicklung dieses Gemeinschaftsgefühls appellieren. Also erblickt auch KÖTTGEN das vornehmste Anliegen der Gemeinde in der Erziehung des Einzelnen zum Staatsbürger. (Daß die "spezifische Problematik demokratischer Legitimität jede... dezentralisatorische Entlastung des Staates" begünstigt,⁵⁾ kommt noch hinzu.) Unter diesem Vorbehalt

1) Grenzen, S. 44

2) vgl. dazu HEFFTER, Deutsche Selbstverwaltung, S. 791

3) Krise, S. 41

4) Krise, S. 42

5) Krise, S. 43

ist ihm zuzustimmen, wenn er auf S. 46 sagt: "War die Selbstverwaltung im Gefüge des monarchischen Staates als Konzession an die demokratischen Tendenzen der Zeit zu verstehen, so ergibt sich ihre Daseinsberechtigung heute unmittelbar aus der Struktur der Demokratie. Was für die konstitutionelle Monarchie lediglich akzidentielle Bedeutung besaß, ist in der Demokratie zu einem Essentiale des Staatsaufbaus geworden." Eine politische Bestätigung des bisherigen Gedankenganges läßt sich schließlich der Staatslehre Rudolf SMENDs entnehmen.¹⁾ Seine Integrationslehre begreift den Staat als realen Willensverband. "Der Staat ist nur, weil und sofern er sich dauernd integriert, in und aus den Einzelnen aufbaut...; dieser dauernde Vorgang ist sein Wesen als geistig-soziale Wirklichkeit."²⁾ Das bedeutet mW eine ständig erforderliche Integration des Staates aus verschiedenen Quellen, nach SMEND unterschieden in drei Integrationstypen; die hier besonders interessierende funktionelle Integration besteht darin, durch bestimmte Lebensvorgänge eine derartige soziale Synthese herbeizuführen, daß der Teilnehmer dieses Vorgangs sich als Bestandteil des Staates: eben als integriert empfindet. Solche Vorgänge sind alle Erscheinungen des politischen Lebens wie Wahlen, Wahlkämpfe usw. Die funktionelle Integration findet statt in demselben Maße, wie der Einzelne an dieser Funktion bzw. politischen Vorgängen Anteil nimmt. Die soziale Gemeinschaft "Staat" hängt nach SMEND in ihrer Existenz von dieser Teilnahme des Einzelnen ab, der dadurch seinerseits "sozial" wird.³⁾ Er weist dabei auch auf M. HAURIOU⁴⁾ hin, der erklärt, die "Volonté générale" bei ROUSSEAU sei eine soziologische Wirklichkeit, darin bestehend, daß in nicht organisierter Weise, bald still und kaum bemerkbar, bald elementar hervorbrechend, nicht unmittelbar herrschend, aber die Regierung legitimierend und inspirierend, ein einmütiger politischer Lebenswille den Staat trage; das bedeute Integration als Wirk-

1) Vgl. auch SCHEUNER in NJW 1957/413 zum 75. Geburtstag von SMEND, wo er u.a. ausführt: "Diese Theorie des Staates, in der vielleicht ein Moment der lebendigen Einigungskraft des Gemeindegedankens mitschwingen mag, hebt sich deutlich ab von der Staatslehre des späteren 19. Jahrhunderts, die Dasein und Recht des Staates aus dem souveränen Willen der Herrschaft, d.h. aus der Macht ableitet."

2) SMEND, Verfassung u. Verfassungsrecht, S.18 3) Verfassung u.

lichkeit des Staates, ein tägliches Plebiszit. Besonders der demokratische Staat hängt danach von der inneren Anteilnahme des Bürgers ab. Anteilnahme setzt immer ein gewisses Interesse voraus. Interesse an Dingen, die schon funktionell schwer zu übersehen sind, wird naturgemäß schwer zu wecken sein. Nach SMEND¹⁾ erwachsen auf der "Grundlage theoretischer und praktischer Staatsfremdheit gleichmäßig und vielfach in derselben Seele die beiden politischen Hauptmängel des Deutschen: unpolitische Staatsenthaltung und ebenso unpolitische Machtanbetung." Auch hier bietet sich die Gemeinde als Institution an, die den Bürger am ehesten politisch interessieren kann. Die Auswirkungen der Gemeindepolitik treffen den Einwohner räumlich-gegenständlich weit unmittelbarer, als irgendeine Regierungsmaßnahme dies tun könnte. Also wird sich der Einwohner auch unmittelbar zur Kritik aufgerufen fühlen. Die tätige Mitwirkung an der gemeindlichen Willensbildung wird dem Einzelnen zwar dadurch erschwert, daß bei uns die mittelbare Demokratie überwiegt, d.h. der Bürger hat meist nur die Möglichkeit, einen anderen Bürger - oft sogar lediglich als Exponenten einer Partei - zu wählen. Dies ist jedoch eine Schwäche der repräsentativen Demokratie, die in der Gemeinde noch annähernd überwunden wird.

Durch die schon räumlich enge Verbundenheit der Wähler mit den Gewählten ergibt sich für den Einwohner die Möglichkeit, die Arbeit seines Abgeordneten zu kontrollieren, wie sie unsere staatlichen Institutionen kein zweites Mal bieten. Darin liegt bereits der Anstoß zu einem entsprechenden Verhalten gegenüber den Abgeordneten in Bund und Ländern. Daher läßt sich der Schluß ziehen, daß gerade die Schwächen mittelbarer Demokratie die Selbstverwaltung zu einem nützlichen Gegenmittel machen.

Die Geltung der WRV endete in einer Katastrophe der Demokratie. Das Bonner Verfassungswerk muß als bewußte Reaktion auf diese

3) Verfassungsrecht, S. 9

4) Recueil de legislation de Toulouse, 2. Auflage 1912, S. 16 ff

1) Verfassung und Verfassungsrecht, S. 3

Katastrophe begriffen werden (vgl. z.B. Art. 20 GG); das beweist u.a. auch ein Vergleich der Artikel 17, 127 WRV mit dem Artikel 28 GG. Die WRV verlangte in Art. 17 die "freistaatliche" Verfassung der Länder, während das Grundgesetz in Art. 28 sehr viel präziser demokratische Richtlinien festlegt. Noch bedeutsamer sind die systematischen und sachlichen Unterschiede bei der Behandlung der Gemeinden. Art. 127 WRV beschränkte sich darauf, eine Institution zu garantieren, und ordnete diese institutionelle Gewährleistung unter die Grundrechte ein. Die Gemeinden wurden insofern wie andere Grundrechtsinhaber behandelt; zumindest systematisch liegt darin eine Parallele zum Gegensatz von Staat und Individuum, der jede Grundrechtsverbürgung inspiriert hat. Aus der vorangegangenen Erörterung sollte hervorgehen, daß ein solcher Gegensatz von Staat und Gemeinde nicht bestehen kann. Selbstverwaltung ist kein Selbstzweck; die Gemeinden haben vor allem als Mittel zur inneren Festigung der Demokratie ihre Daseinsberechtigung, nicht als Rechtssubjekte in Front gegenüber dem Staat. - Das Grundgesetz hat aus diesen Erkenntnissen die Folgerungen gezogen. Art. 28 - die Norm der Bund-Länder Beziehungen - soll die Homogenität der verfassungsmäßigen Ordnung sichern (BVerfGE 1/236) und ist eine Vorschrift zur Sicherung der Demokratie. Wenn dort im Abs. 2 von Rechten der Gemeinde gesprochen wird, so kann dabei nicht von Grundrechten gegenüber dem Staat iS. des I. Abschnittes die Rede sein; in dieser Norm wird nur die Rechtsstellung festgelegt, die den Gemeinden zur Erfüllung ihrer demokratischen Aufgabe die dazu nötigen Positionen sichert. Insbesondere aus Abs. 1 geht hervor, daß Art. 28 eine Bestimmung mit eindeutigen politischen Zielsetzungen ist, die mehr als jede andere Vorschrift eine teleologische Auslegung verlangt. Wenn in Abs. 1 S. 1 die Grundsätze festgelegt werden, nach denen sich die Verfassungen der Länder zu richten haben, so liegt darin ein Programm, das in Abs. 1 S. 2 eine Erläuterung durch zwingende Beispiele findet.¹⁾ Der logische Zusammenhang zwischen Abs. 1 und 2 besteht darin, daß durch Abs. 2 ebenso beispielhaft ein Institut näher be-

1) so v. MANGOLDT-KLEIN, S. 698

stimmt wird, das der Durchführung des in Abs. 1 geäußerten Anliegens dienen soll: der Sicherung der grundgesetzmäßigen Ordnung. Es wäre systemwidrig, in Abs. 2 eine Norm zu erblicken, die ohne Beziehung zum Inhalt des Abs. 1 die Gemeinden als gegenüber dem Staat eigenständige Gebilde behandelt bzw. in erster Linie dezentralisatorische Grundsätze der Verwaltungstechnik festlegt. Von Verwaltung ist hier überhaupt nur insofern die Rede, als eben die spezielle Selbstverwaltung im Rahmen der demokratischen Ziele des Art. 28 GG interessant ist. Was das Grundgesetz über die Verwaltungsordnung an sich sagen will, steht vornehmlich im VIII. Abschnitt.

Bedeutet schon die systematische Einordnung des Art. 28 Abs. 2 GG einen grundlegenden Wandel gegenüber der WRV, so kennzeichnet auch sein Wortlaut eine bedeutsame Fortentwicklung der Anschauungen, die sich in Art. 127 WRV mit einer Einrichtungsgarantie begnügten und es im übrigen Rechtslehre und Rechtsprechung überließen, die Bedeutung der Selbstverwaltung für die Demokratie festzustellen. - Auch Art. 28 GG enthält eine institutionelle Garantie, die eine Beseitigung der gemeindlichen Selbstverwaltung verbietet und ansonsten den Ländern im Rahmen der Verfassung eine individuelle Gestaltung dieses Instituts erlaubt, die das spezielle demokratische Interesse des Staats an den Kommunen beachtet. Dieses Interesse nehmen die Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben wahr; dabei wird dann ihr Zuständigkeitsbereich entscheidend; und die Regelung und Abgrenzung dieser Kompetenzen kann die Verfassung grundsätzlich nicht den Ländern überlassen. Das einheitliche demokratische Prinzip verlangt eine gewisse Homogenität der Bundes- und Landesverfassungen (Art. 28 GG); dem gleichen einheitlichen Prinzip dient die Selbstverwaltung bei Wahrnehmung ihrer Zuständigkeit; also muß Art. 28 GG auch für eine gewisse Einheitlichkeit des Aufgabenbereichs sorgen, indem er gewisse Gemeindezuständigkeiten wenigstens grundsätzlich als unentziehbar festlegt.

Die Exegese des Art. 28 zu Beginn dieses Kapitels hatte er-

geben, daß es sich bei den Angelegenheiten iS. des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG um lokale Zuständigkeitskomplexe handelt, deren eigenverantwortliche Regelung die Gemeindeglieder zur örtlichen Gemeinschaft integriert. Nachdem daran anschließend versucht wurde, den verfassungspolitischen Zweck der Selbstverwaltung zu erkennen, ist nunmehr eine teleologische Auslegung dessen möglich, was das GG unter "örtlich", "eigenverantwortlich" und der durch "Gemeinschaft" bezeichneten Integrationswirkung versteht.

Gemeint ist eine Integration, die aus dem "Einwohner" einen "Bürger" macht, der sich zunächst als lebendiges Glied seiner Gemeinde fühlt, um dadurch dann allgemein zu einer gesunden Einstellung zum Staat zu gelangen. Als Mittel zur Herbeiführung dieser Integration wird die eigenverantwortliche Regelung von Gemeindeangelegenheiten vorgeschrieben. Was darunter zu verstehen ist, ergibt sich aus Art. 28 Abs. 1 S. 2, der eine Gemeindevertretung usw. vorschreibt: d.h., daß die "eigene Verantwortung" konkret von den Waltern demokratisch berufener Gemeindeorgane entwickelt wird; nach den in Abs. 1 S. 2 implicite als verbindlich bezeichneten Regeln der Demokratie wird das eigenverantwortliche Handeln der Organwalter dann rechtstechnisch der Gemeinde und endgültig den Gemeindebürgern zugerechnet; maW: Art. 28 Abs. 2 S. 1 meint die Aufgaben, deren Erledigung durch demokratisch bestimmte Organe aus einer Vielzahl von Einwohnern eine Stadtrepublik macht. Dabei gilt folgende Einschränkung: da nicht feststellbar ist, ob eine Integration tatsächlich stattfindet oder nicht, können nur die Aufgaben den Gemeinden geschützt sein, bei denen diese Wirkung überhaupt und primär eintreten kann. Das bedeutet andererseits, daß die Erledigung all der Aufgaben zur Disposition des Staates steht, deren Durchführung mit größter Wahrscheinlichkeit keine Integration herbeiführen kann. Dieses Ergebnis kann weiter konkretisiert werden anhand der von WEBER und KÖTTGEN entwickelten Einteilung der Gemeindezuständigkeiten. Nach KÖTTGEN¹⁾ sind die Gemeindekompetenzen

1) Gemeinde u. Bundesgesetzgeber, S. 49

zunächst nach der Unterscheidung "Institutionelles Fundament" - "Funktionelle Entfaltung" der Gemeindeverwaltung zu gliedern. Unter dem institutionellen Fundament versteht man vornehmlich das Organisations- bzw. Personalwesen der Gemeinde: den Gemeindeapparat. Es liegt in der Natur der Sache, daß hier insbesondere dem Gemeinderat gewisse Zuständigkeiten nicht entzogen werden dürfen. Andererseits ist die Organisation der Gemeindebürokratie wenig geeignet, ein Interesse der Einwohner hervorzurufen, deren Aufmerksamkeit sich eher auf die Funktion der Gemeindeverwaltung konzentrieren dürfte. Es geht hier nicht darum, die besondere Wichtigkeit dieses Zuständigkeitskomplexes für die Gemeinden zu leugnen; die Entwicklung "eigener Verantwortung" durch die Gemeindeorgane für die Gemeinde hängt maßgeblich von der Gestaltung des Apparats ab. Trotzdem ist er nicht attraktiv genug, um eine echte Anteilnahme des Bürgers hervorzurufen. Andererseits ist ein berechtigtes Interesse des Staates an einem Einfluß auf die Gemeindeorganisation nicht zu bestreiten: um die Kommunalverbände dem übergeordneten Ganzen sinnvoll einzuordnen, darf der Bereich der institutionellen Fundamente seiner Regelung nicht grundsätzlich verschlossen bleiben, zumal den Einwohner weniger die Verwaltungstechnik als der Verwaltungseffekt interessiert. Ferner hat das institutionelle Fundament für die Gemeinde an sich so essentielle Bedeutung, daß es durch die allgemeine Einrichtungsgarantie des Art. 28 GG bereits hinreichend geschützt ist, wie das Offenbach-Urteil beweist.¹⁾ Zuständigkeiten aus dem Kompetenzkomplex des institutionellen Fundaments fallen somit nicht unter die gem. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG unentziehbaren Gemeindeaufgaben.²⁾ Bliebe also die sogenannte "funktionelle Entfaltung" der Gemeindeverwaltung zu untersuchen, die ihrerseits in kommunale Veranstaltungen und kommunalen Gesetzesvollzug zu gliedern ist; letzterer soll hier zuerst behandelt werden. - Gemeinden sind nicht nur dazu da, um als Stadtrepublik iS einer politischen Schule zu dienen. Als dezentralisierte Ver

1) Vgl. BVerfGE 1/167

2) vgl. dazu auch unten § 14 II b2

waltungskörper haben sie die Mehrzahl aller Verwaltungszuständigkeiten überhaupt auf der Ortsstufe wahrzunehmen. Ihre Tätigkeit wird deshalb überwiegend in einem Gesetzesvollzug bestehen, der ihr bestenfalls einen gewissen Ermessensspielraum läßt; für grundsätzliche Entscheidungen der Kommunalpolitik bietet er kaum einen Ansatzpunkt. Damit entfällt aber weitgehend die Möglichkeit, einem speziellen Auftrag der Gemeindebürger Ausdruck zu verleihen. Wenn jedoch kaum die Möglichkeit besteht, Intentionen des Wählers nachzukommen, so ist es nahezu ausgeschlossen, daß dieser einem Gesetzesvollzug irgendein spezielles Interesse entgegenbringt, das sich darauf konzentrieren müßte, daß hier nicht der Staat sondern die Gemeinde tätig wird. Er wird diese Tätigkeit als ein Handeln der "Origkeit" begreifen und reagieren, wie er auf die Äußerungen der "Verwaltung" allgemein reagiert. Es gibt kein besonderes politisches Anliegen, das die Selbstverwaltung bei Erledigung dieser Aufgaben verfolgen könnte. Soweit der Staat die von der Verfassung geschützten Belange der Kommunalverbände respektiert, besteht kein Grund, ihn von der Disposition über die Vollzugsaufgaben der Gemeinde auszuschließen.

Nur die kommunalen Veranstaltungen bieten eine konkrete Möglichkeit, das demokratische Anliegen der Selbstverwaltung zu verwirklichen. Nur hier wird sich jeder Einwohner zur Kritik an der Art und Weise aufgerufen fühlen, in der "seine" Gemeinde etwas für ihn tut, seinen anlässlich der Kommunalwahl geäußerten Willen beachtet.¹⁾ Ferner hat die Gemeinde - im Rahmen ihrer finanziellen Möglichkeiten! - nur bei diesen Aufgaben den nötigen Ermessensspielraum, um einen solchen Willen zu beachten. Folglich handelt es sich nur bei diesen Agenden um Gemeinschaftsangelegenheiten iS des Art. 28 Abs. 2 S. 1. - Eine Bestätigung dieses Ergebnisses folgt auch aus

1) Daß Kommunalwahlen vom Wähler erfreulicherweise mit anderen Augen betrachtet werden als Bundes- und Landtagswahlen, beweisen die nicht unerheblichen Unterschiede der Wahlergebnisse.

der Überlegung CARL SCHMITTS,¹⁾ daß in der Verwaltung im Unterschied zur Regierung keine demokratische Repräsentation liege. Kommunale Veranstaltungen sind aber weniger Verwaltung als Regierung und können nur aus begrifflicher Überlieferung und Notwendigkeit als Selbst"verwaltung" bezeichnet werden.²⁾

Sinngemäß übereinstimmend meint daher KELSEN,³⁾ daß eine Demokratie des Vollzugs nur bei Ermessensfreiheit ungefährlich (d.h. aber: möglich) sei.

Unentziehbar geschützt sind den Gemeinden also alle Aufgaben, die mit kommunalen Veranstaltungen zusammenhängen. Der so gewonnene Begriff erfährt aber eine entscheidende Abgrenzung dadurch, daß er nur lokale Zuständigkeiten umfassen darf. Es wurde bereits festgestellt, daß die Gemeinde des 20. Jahrhunderts völlig den demokratischen Verfassungszielen untergeordnet ist und sich dem Staat reibungslos einordnen muß. Das bedingt auch, daß keine Gemeinde bei ihrer Aufgabenerledigung in übergeordnete Bereiche oder in Bereiche einer anderen Gemeinde eingreifen darf. Es gibt jedoch Aufgaben, deren Wahrnehmung das unvermeidlich macht und die darum nicht mehr "örtlich" sind; sie stehen dadurch wieder zur Disposition des Staates. Was noch "örtliche Angelegenheit" ist, macht ein Urteil des VGH Bebenhausen vom 13.5.1955 deutlich;⁴⁾ eine Gemeinde hatte für ihre Einwohner eine Kläranlage anlegen wollen, deren Baulichkeiten auf dem Gebiet einer Nachbargemeinde errichtet werden sollten. Gegen deren Beschwerde wurde festgestellt, daß der Betrieb der Anlage gegenüber den Benutzern zwar hoheitlicher Natur sei; bei der Bebauung des Grundstücks in der Nachbargemeinde handele es sich jedoch nur um den Gebrauch einer privatrechtlichen Befugnis, in dem eine Beeinträchtigung der nachbargemeindlichen Hoheitsrechte nicht enthalten sei. Ein Gegenbeispiel: wenn in einem dicht besiedelten Industriegebiet eine Stadt

1) Verfassungslehre, S. 271

2) vgl. dazu HEFFTER, Deutsche Selbstverwaltung, S. 5-7; WOLFF, VwR T, § 2

3) Allgemeine Staatslehre, S. 367

4) Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt 1956/139

ihren Ausbau nach einer bestimmten Planung durchführt, so wird damit in den meisten Fällen ein Sachverhalt geschaffen, der die Nachbarstadt zu bestimmten Reaktionen bei ihrer eigenen Planung zwingt: ein Zeichen dafür, daß ein Problem die kommunalen Grenzen sprengt und von der örtlichen Gemeinschaft nicht mehr bewältigt werden kann. -

Das Ergebnis zu § 7 läßt sich wie folgt zusammenfassen: Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG begründet eine unverletzliche Zuständigkeit der Gemeinden zur Erledigung der Angelegenheiten, deren Besorgung zur Durchführung kommunaler Veranstaltungen unerlässlich ist. Die Kompetenz zum Gesetzvollzug in der Ortsstufe sowie die organisatorische Ausgestaltung der Selbstverwaltung stehen unter dem Vorbehalt des formellen Gesetzes. Die dem entsprechende Kompetenz des Staates ist so zu handhaben, daß das politische Anliegen der institutiell gewährleisteten Selbstverwaltung nicht gefährdet wird.

§ 8: Die Bedeutung gemeinderechtlicher Vorschriften in den Landesverfassungen.

Sämtliche Landesverfassungen beschäftigen sich ebenfalls mit der kommunalen Selbstverwaltung. Dabei stellt Art. 31 GG es ihnen lediglich frei, die Rechtsstellung der Gemeinden noch zu verstärken: ein Schluß, der auch ohne diese Vorschrift bereits aus Art. 28 GG folgen würde. Im Rahmen dieser Schrift bleibt deshalb zu untersuchen, wie weit die Landesverfassungen in ihren Gewährleistungen das GG übertreffen und dadurch ein zweites Garantiesystem darstellen.

Die Landesvorschriften sind im Wortlaut meist ausführlicher als die Bundesverfassung; einige gewährleisten das Selbstverwaltungsrecht auch den Zweckverbänden (Verf. von Baden-Württ., Art. 71) bzw. allen öffentlich-rechtlichen Körperschaften (niedersächsische Verfassung Art. 44); den Aufgabenbestand der Gemeinden kennzeichnen sie durchweg mit einer mehr oder weniger umfassend formulierten Zuständigkeitsvermutung. In den Verfassungen der Länder Baden-Württemberg (Art. 71), Hessen (Art. 137), Niedersachsen (Art. 44),

Nordrhein-Westfalen (Art. 78), Rheinland-Pfalz (Art. 49) und Schleswig-Holstein (Art. 39) werden die Gemeinden zu alleinigen Trägern öffentlicher Verwaltung in der Ortsstufe erklärt - mit dem Vorbehalt, daß durch formelles Gesetz etwas anderes bestimmt werden kann. Für Bayern bestimmt Art. 11 Abs. 2 der Verfassung, daß die Gemeinden ihre "eigenen Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze" selbst ordnen; Art. 83 Abs. 1 zählt dann besonders typische Beispiele eigener Angelegenheiten auf (wobei es sich durchweg um kommunale Veranstaltungen handelt). Darin liegt zwar ein begrüßenswertes Bemühen um die Problematik kommunaler Zuständigkeiten für die Idee der Selbstverwaltung; das Verhältnis der Vorschriften zueinander ergibt aber, daß die Bestimmung der eigenen Angelegenheiten grundsätzlich dem formellen Gesetz überlassen bleibt, sofern man diesen Vorbehalt nicht schon Art. 11 entnehmen will. Darum enthält auch der bayrische Text keine wesentliche Abweichung von den anderen Landesverfassungen, die die gemeindlichen Kompetenzen durch eine gesetzlich widerlegbare Allzuständigkeitsvermutung umreißen. Möglicherweise wird den Gemeinden mit dieser Klausel in dem einen oder anderen Land mehr gegeben, als das GG ihnen zugesteht. Grundsätzlich bewirkt der Gesetzesvorbehalt jedenfalls, daß die Allzuständigkeitsvermutung nur einen relativen Wert hat. Gegenüber der materiell eindeutigeren Fassung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG kann sie immer nur zum Tragen kommen, wenn sie den Gemeinden ein Mehr an Zuständigkeiten gibt. Im übrigen dient das Allseitigkeitsprinzip weniger einem speziellen Anliegen der Selbstverwaltung als der Wahrung einheitlicher, dezentralisierter Verwaltung in der Ortsinstanz. Da ein Widerspruch zwischen der Bundes- und einer Landesverfassung nach Art. 28, 31 GG zur Unwirksamkeit des Landesrechts führen würde, man den Landesverfassungen gegenüber dem GG aber keine widersprüchlichen Absichten unterstellen kann, sind scheinbar über Art. 28 GG hinausgehende Einzelheiten nur als eingehendere Umschreibungen der in dieser Vorschrift enthaltenen Gedanken zu begreifen. Deshalb haben wir es im gesamten Bundesgebiet mit einem einheitlichen Garantiesystem zu tun. Alle system-

gemäß, in den Landesverfassungen aufgezeigten Einzelheiten der Verbürgung kommunaler Selbstverwaltung enthält sinngemäß bereits die Bundesverfassung in ihren wenigen kommunalrechtlichen Vorschriften.

"Die Allzuständigkeit in den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die Beurteilung des Problems der Auftragsangelegenheiten und die Deckungsverpflichtung ebenso wie die Fixierung der Gesetzmäßigkeitskontrolle und die Forderung nach ausreichender Finanzautonomie ... (:) alles ist in Art. 28 GG mit gemeint, und keins könnte entfallen, ohne daß diese Grundgesetzvorschrift ihren Sinn im ganzen verlöre."¹⁾

III. Kapitel: Das Problem des Zwangs bei der Errichtung von Pflichtverbänden

§ 9 : Der zwangsweise Anschluß von Gemeinden.

Die Errichtung von Pflichtverbänden nach dem Zweckverbandsgesetz und anderen Vorschriften²⁾ geht insofern zu Lasten der Gemeinde, als Aufgaben ihr entzogen und diesen Verbänden zugewiesen werden. Begrifflich scharf zu unterscheiden ist das Problem, daß sie dabei zwangsweise einem Verband angeschlossen werden. Liegt darin ein Verstoß gegen höherrangige Rechtsnormen?

I. Art. 28 GG und der Gemeindebegriff

Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG enthält zwar eine Garantie der Selbstverwaltung der Gemeinden; über Organisation und Rechtsform der Kommunalverbände sagt diese Vorschrift aber nur insoweit etwas, als sie einen Gesetzesvorbehalt ausspricht, der gewisse durch die Selbstverwaltungsgarantie bestimmte Grenzen zu beachten hat, dem zuständigen Gesetzgeber bei der Gestaltung des Gemeinderechts im übrigen aber freie Hand läßt. Der Schluß, daß Gemeinden nicht zwangsweise einem Verband angeschlossen werden dürfen, läßt sich aus dieser Textfassung nicht ziehen.

1) WEBER, Staats- u. Selbstverw., S. 55; zum ganzen Abschnitt vgl. dortselbst S. 47 - 55

2) zB. der Wasserverbandsverordnung

Ein solcher Schluß folgt auch nicht aus dem Begriff der Gemeinde an sich. Die Definition ^{en} in den Gemeindeordnungen der Länder beschränken sich durchweg auf die Feststellung, daß Gemeinden Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, die der Demokratie bzw. dem demokratischen Staatsaufbau dienen; damit ist nichts gesagt, was der Zugehörigkeit der Selbstverwaltungskörper zu anderen öffentlich-rechtlichen Verbänden entgegenstehe.

Eine Übersicht der wissenschaftlichen Bemühungen um den Gemeindebegriff gibt PETERS¹⁾; keine der angeführten Definitionen zwingt zu einem gegenteiligen Schluß. PETERS selbst kommt - mit einleuchtender Begründung²⁾ - zu folgender Begriffsbestimmung der Gemeinde: "Eine mit dem Rechte der Selbstverwaltung und mit vom Staat abgeleiteter Herrschaftsgewalt über ein bestimmtes Gebiet ausgestattete öffentlich-rechtliche Körperschaft, welche sämtliche innerhalb dieses Gebietes zu erledigenden öffentlichen Aufgaben, die von keiner anderen Stelle erfüllt werden, entsprechend ihren Kräften zu übernehmen hat." Diese Definition aus dem Jahre 1926 wird sowohl dem Grundgesetz als auch den Landesverfassungen gerecht: die Allzuständigkeitsklauseln der Länder in Verbindung mit der grundgesetzlichen Garantie ergeben, welche Aufgaben von anderen Stellen erfüllt werden bzw. erfüllt werden dürfen; die Definition entspricht somit auch in diesem Punkt dem geltenden kommunalen Verfassungsrecht.

Danach ist der zwangsweise Anschluß von Gemeinden an einen Verband nur dann verfassungswidrig, wenn dadurch die in Art. 28 GG sowie den Landesvorschriften als unantastbar garantierte Rechtsstellung der Gemeinden beeinträchtigt wird. Grundsätzliche Bedenken gegen einen solchen Anschluß lassen sich also weder aus dem Begriff noch aus der Garantie der Selbstverwaltung herleiten.

II. Art. 9 GG und die negative Vereinigungsfreiheit

Art. 9 Abs. 1 GG statuiert die Vereinigungsfreiheit. Enthält

1) Grenzen, S. 49 - 54; vgl. auch NEUWIEM, Die kommunalen Zweckverbände in Preußen, S. 36

2) Grenzen, S. 54 - 60

diese Norm auch die Verbürgung einer negativen Vereinsfreiheit, die die Gemeinden evtl. für sich in Anspruch nehmen könnten?

Ausdrücklich garantiert das GG - ebenso wie die in diesem Punkte gleichen Landesverfassungen das tun - nur die positive Vereinsfreiheit. Nach durchaus h.L. ist darin aber zwangsläufig auch eine Gewährleistung der negativen enthalten. HUBER¹⁾: die positive Vereinsfreiheit kann "nur gewahrt sein, wenn keinerlei gesetzlicher oder außergesetzlicher Zwang zum Zusammenschluß oder Beitritt ausgeübt wird." Im gleichen Sinne äußern sich v.MANGOLDT-KLEIN,²⁾ FÜSSLEIN,³⁾ WALDECKER;⁴⁾ vgl. auch OLG Koblenz, U. vom 23.12.50,⁵⁾ sowie Art. 20 Abs. 2 der Deklaration der Vereinten Nationen über die Menschenrechte vom 10. Dezember 1948: "Niemand darf gezwungen werden, einer Vereinigung anzugehören."

Art. 9 Abs. 1 GG garantiert also auch die negative Vereinigungsfreiheit; vor einer Subsumtion bleibt jedoch zu erörtern, ob den Gemeinden grundsätzlich überhaupt die im I. Abschnitt verbürgten Rechte zustehen (Frage der Grundrechtssubjektivität). Dazu bestimmt Art. 19 Abs. 3 GG, daß wesensmäßig anwendbare Grundrechte auch für inländische juristische Personen gelten. Darunter fallen nach dem Sinn der Vorschrift auch juristische Personen des öffentlichen Rechts;⁶⁾ auch bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften ist es denkbar, daß sie in eine Frontstellung zum Staate geraten, wenn dieser ihre verfassungsmäßige Rechtsstellung angreift. In solchen Fällen sollen auch öffentlich-rechtlichen Personen dieselben Verteidigungsmöglichkeiten wie anderen Rechtssubjekten gegeben sein. Zu diesem Ergebnis zwingen Systematik und Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 GG, der gleichzeitig die nötigen Einschränkungen enthält: auf juristische Personen des öffentlichen Rechts sind Grundrechte sinngemäß eben nur unter ge-

1) HUBER I, S. 198
2) Anm. III 8 zu Art. 9, S. 322
3) Vereinsfreiheit in: Die Grundrechte II, S. 435
4) bereits zu Art. 124 WRV, Hdb.DStR II, S. 650
5) NJW 1951/366
6) so v.MANGOLDT-KLEIN, Anm. VI 2 zu Art. 19, S. 566

wissen, engeren Voraussetzungen als bei privatrechtlichen anwendbar. -

Entscheidend ist also "das Wesen" des Grundrechts, welches mit dem Terminus "Wesensgehalt" in Art. 19 Abs. 2 GG nicht zu verwechseln ist. Wesensgemäße Anwendung bedeutet, daß eine inhaltliche, sinngemäße Anwendbarkeit gegeben sein muß.¹⁾ GEIGER sagt dazu:²⁾ "... kraft positiver Rechtsvorschrift wird die juristische Person mit einem Recht ausgestattet, das zwar inhaltlich, aber nicht seiner Natur und seinem Wesen nach mit dem Grundrecht übereinstimmt." Ist somit nach Art. 19 Abs. 3 GG die Grundrechtssubjektivität³⁾ juristischer Personen von der inhaltlichen Anwendbarkeit des beanspruchten Rechts abhängig, so entscheidet in diesem Falle die Subsumtion unter den fraglichen Grundrechtartikel gleichzeitig über zwei Fragen: einmal ob die betreffende juristische Person überhaupt berechtigt ist, eine Grundrechtsverletzung zu behaupten; zum anderen darüber, ob eine Verletzung dieses Rechts tatsächlich vorliegt.

III. Die Gemeinden und Art. 19 Abs. 3 GG

Ist der zwangsweise Anschluß einer Gemeinde an einen Verband mit dem Sinn des Art. 9 Abs. 1 GG zu vereinbaren?

a) Art. 9 Abs. 1 GG enthält eine Konkretisierung des Freiheitsrechtsleitsatzes iS des Art. 2 Abs. 1 GG;⁴⁾ als Grundrecht zeigt er gewisse soziologische und juristische Gemeinsamkeiten mit der Versammlungsfreiheit;⁵⁾ beide sind als besondere Ausdrucksformen der Meinungsfreiheit zu begreifen als individuelle Freiheitsrechte,⁶⁾ negative Statusrechte, Menschenrechte iS der Grundrechtsqualität⁷⁾ verbürgen sie ihrem Inhaber eine staatsfreie Sphäre.⁸⁾ Danach liegt der

1) so v. MANGOLDT-KLEIN, Anm. VI 3 zu Art. 19, S. 567; LECHNER, Anm. 1 a zu § 90 BVerfGG
2) Erl. 1 zu § 90 BVerfGG, S. 276
3) Zum Begriff vgl. v.MANGOLDT-KLEIN, Vorben. B IX, S. 104
4) so v.MANGOLDT-KLEIN, Anm. II 4, S. 317 II
5) vgl. FÜSSLEIN, Vereinsfreiheit, in: Die Grundrechte, S. 4
6) v.MANGOLDT-KLEIN, Anm. II 4, 5 zu Art. 9, S. 318
7) FÜSSLEIN, Vereinsfreiheit, in: Die Grundrechte S. 429
8) WOLFF, VwR I, § 33 V a 1; vgl. auch MAUNZ, DStR, § 13, I 3; CARL SCHMITT, Verfassungslehre, S. 164

Sinn der positiven und negativen Vereinigungsfreiheit darin, daß der Beitritt zu einer Vereinigung als Ausdruck freier Meinungsbildung und -bestätigung des aus Art. 9 Abs. 1 GG berechtigten Subjekts zu werten ist; diese individuelle Willensbildung soll sich in einem staatsfreien Raum vollziehen, weil und sofern es sich dabei um Äußerung einer Meinungsfreiheit handelt, die dem Einzelnen kraft seiner Existenz als selbständiges Wesen gegenüber dem Staat zukommt: kraft seines Menschenrechts. - Kann diese Problematik sinngemäß beim Anschluß einer Gemeinde an eine öffentlich-rechtliche Körperschaft akut werden (Art. 19 Abs. 3 GG)?

b) Gemäß Art. 19 Abs. 3 GG werden juristische Personen als Grundrechtssubjekte behandelt, sofern ein Grundrecht wesensmäßig auf sie anwendbar ist; die Regelung geht davon aus, daß auch juristischen Personen als vom Staat unterschiedenen Rechtssubjekten u.U. ein "staatsfreier" Raum zugestanden werden muß; ebenso wie die natürliche Person kann sie kraft ihrer Existenz in Frontstellung zum Staat geraten, der ihr zur Erhaltung und Behauptung dieser Existenz entsprechende Rechte wie dem Individuum einräumen muß.

Die Gemeinde ist ein vom Staat unterschiedenes Rechtssubjekt. Ein Recht auf eigenständige Existenz hat sie jedoch nur im Rahmen der Ziele des Art. 28 GG. Zur Frontstellung gegen den Staat ist sie deshalb nur dann berechtigt, wenn es sich um die Verteidigung der in Art. 28 GG geäußerten Anliegen handelt;¹⁾ also kann es sich bei einer Grundrechtsgewährung für die Gemeinden nur um einen Schutz gegen solche staatliche Eingriffe handeln, die ihre durch Art. 28 GG bezeichnete Funktion gefährden; denn ein Gegensatz von Staat und Gemeinde ist eben nur dann denkbar, wenn der Staat die im Grundgesetz garantierte Rechtsstellung der Gemeinden bedroht. MaW: die Gemeinden können Grundrechte nur in Übereinstimmung und Verfolgung legitimer Ziele der Selbstverwaltung geltend machen. Es ist z.B. denkbar, daß sie sich entschlossen, gemeinsame, berechnete kommunale Belange durch einen dazu errichteten

1) Vgl. o. § 7 II c

Verband vertreten zu lassen. Der Beitritt zu diesem Verband stünde dann unter dem Schutze des Art. 9 Abs. 1 GG. Daß im übrigen Art. 19 Abs. 3 GG zum Schutze der Selbstverwaltung mangels sinngemäßer Anwendbarkeit von Grundrechten wenig beitragen kann, beweist die Einführung des § 91 BVerfGG. Staatliche Übergriffe in den geschützten Bereich der Selbstverwaltung werden naturgemäß nicht so indirekt erfolgen, daß den Gemeinden die ihnen möglicherweise zustehenden Grundrechte iS des I. Abschnittes beschnitten werden; Gemeindeorganisation und gemeindliche Obliegenheiten sind es, über deren Ausgestaltung Streit entstehen kann. Um das Selbstverwaltungsrecht u.U. wirksam vor dem Bundesverfassungsgericht verteidigen zu können, mußte den Gemeinden neben dem für sie praktisch bedeutungslosen Beschwerderecht nach § 90 BVerfGG ein wirksamer Rechtsbehelf eingeräumt werden: § 91 erlaubt ihnen deshalb, eine direkte Verletzung des Art. 28 GG durch den Gesetzgeber zu rügen; nur diese Aktivlegitimation wird den Aktualitäten des kommunalen Lebens gerecht.¹⁾

Die Zugehörigkeit zu einer mit den Zielen des Art. 28 GG zu vereinbarenden Körperschaft ist an sich noch nicht geeignet, die Gemeinde bei der Erledigung der ihr verbürgten Aufgaben zu beeinträchtigen. Solange dieser Verband nicht die in Art. 28 den Gemeinden verbürgten Rechte schmälert, ist gar keine Position der Selbstverwaltung vorhanden, die die Gemeinden durch Wahrnehmung einer negativen Vereinigungsfreiheit gegen den Staat verteidigen könnten oder müßten. Eine weitere Subsumtion unter Art. 9 Abs. 1 GG kann deshalb dahingestellt bleiben; diese Norm steht dem zwangsweisen Anschluß von Gemeinden an eine öffentlich-rechtliche Körperschaft nicht entgegen.

§ 10 : Der zwangsweise Anschluß von natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts an pflichtige Verbände

Wie das Beispiel der Wasser- und Bodenverbände zeigt,²⁾ sind

1) Vgl. auch GEIGER, Anm. 3 zu § 91 BVerfGG
2) vgl. § 3 der Wasserverbandsverordnung

auch pflichtige Verbände denkbar, in denen Gemeinden und private Rechtssubjekte zusammengeschlossen sind. Wäre der zwangsweise Anschluß letzterer verfassungswidrig, so würde sich das mittelbar auch für die Rechtsstellung der zwangsweise angeschlossenen kommunalen Körperschaften auswirken. Für den Fall, daß die privaten Personen in der Überzahl wären - dies ist bei den Wasser- und Bodenverbänden der Regelfall - bliebe bei deren Fortfall vom ganzen Verband nichts übrig. Der zwangsweise Anschluß der Gemeinde wäre sinnlos.

Auch hier könnte ein Verstoß gegen die Vereinigungsfreiheit vorliegen; Art. 9 Abs. 1 GG ist eine Konkretisierung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und bezeichnet als Freiheitsrecht eine anerkannte vorstaatliche Position.¹⁾ Verletzt der zwangsweise Anschluß der genannten Rechtssubjekte an einen öffentlich-rechtlichen Verband nach der Wasserverbandsverordnung - die hier als Beispiel herangezogen werden soll - diese Rechtsstellung?

Gemäß §§ 3, 153 - 155 dieser Verordnung vom 3. September 1937 können Verbandsmitglieder sein: 1. Grundstückeigentümer (Anlieger als dingliche Mitglieder), 2. Unterhaltungsverpflichtete von Gewässern und Ufern, 3. öffentlich-rechtliche Körperschaften, 4. andere von der Aufsichtsbehörde zugelassene Personen. § 2 enthält eine Übersicht der Verbandsaufgaben. Aus dem Zusammenhang der §§ 3 und 2 ergibt sich, daß die Mitgliedschaft aus dem Eigentum oder einer anderen sachlichen Beziehung zu den angeführten wasserwirtschaftlichen Problemen folgt. Da die Zahl der dinglichen Mitglieder idR überwiegen wird, spricht man im Schrifttum geradezu von einer "verdinglichten Mitgliedschaft".²⁾ Die Aufgabe des Eigentums ist tatsächlich der normale Grund für ein Ausscheiden aus dem Verband.³⁾ Der zwangsweise Anschluß ist deshalb primär als Belastung des Eigentums im Interesse des Betroffenen und der Allgemeinheit zu begreifen.⁴⁾ Die geistige Freiheit der

1) v. MANGOLDT-KLEIN, Vorbem. B IV 2,3, S. 94 f

2) vgl. auch für andere KIRDORF, DÖV 1953, S. 51

3) KIRDORF, DÖV 1953, S. 51

4) "Wer nicht will deichen muß weichen"

Persönlichkeit bleibt von dieser Maßnahme unberührt; auch ist darin kein Eingriff in eine vorstaatliche Position zu erblicken; Inhalt und Schranken des Eigentums werden durch Art. 14 Abs. 1 GG ausdrücklich der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber unterworfen. Die Wasserverbandsverordnung enthält eine solche mit dem GG vereinbare Ausgestaltung. Ein Angriff auf die positive oder negative Vereinigungsfreiheit liegt in dieser Regelung nicht.

Dieses Ergebnis entspricht den in der Literatur geäußerten Auffassungen zur Gründung eines öffentlich-rechtlichen Verbandes. Die allgemeine Ansicht faßt HUBER¹⁾ zusammen. Er stellt fest, daß öffentlich-rechtliche Verbände nur durch Staatsakt und nicht durch den Zusammenschluß von Individuen entstehen können, und folgert: "Besteht somit eine positive Vereinigungsfreiheit bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften nicht, so ist bei ihnen auch die Grundlage, von der aus bei privatrechtlichen Vereinigungen auf eine negative Vereinigungsfreiheit geschlossen wird, nicht gegeben." Ebenso orientiert sich FÜSSLEIN²⁾ einseitig am Vereinsbegriff des Grundgesetzes, den er als freiwilligen Zusammenschluß mehrerer zur Zweckverfolgung unter Leitung versteht.³⁾ Ähnlich wie HUBER erklärt FÜSSLEIN, durch Gesetz angeordnete Zusammenschlüsse seien mangels Freiwilligkeit keine Vereine, und hält die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem GG für müßig. Diese Auffassungen verkennen das Moment der Freiwilligkeit bei Vereinsgründungen. Wenn WALDECKER seinerzeit feststellte:⁴⁾ "Die Freiheit der Vereinigung schließt eben in sich, daß kein Zwang zu Gunsten bestimmter Vereinigungen stattfindet", so lag darin andeutungsweise folgende richtige Erkenntnis: Vereinsfreiheit bedeutet die Freiheit des Entschlusses zur Vereinsbildung und ist ein Unterfall der Meinungsfreiheit. Dieser Entschluß kann grundsätzlich negativ und positiv ausfallen. Wenn es sich um öffentlich-rechtlich Vereinigungen handelt, ist die positive Entscheidung begrifflich unmöglich. Darin liegt eine dem Art. 9 Abs. 1 GG immar

1) HUBER, S. 198

2) Vereinsfreiheit, in: Die Grundrechte II, S. 431

3) Sinngemäß ebenso SEIFERT, DVBl 1954, S. 353 Anm. 1; BVerwG, U.v. 16.7.1954, DVBl. 1954, S. 778

4) Vereinsfreiheit, in: Hdb. DStR II. S. 650

sachliche Gewährleistungsschranke.¹⁾ Daraus auch die Unmöglichkeit des negativen Entschlusses - einer bestimmten öffentlich-rechtlichen Vereinigung fernzubleiben - herzu-
leiten, ist logisch nicht möglich.

Wenn dieses falsch begründete Ergebnis dennoch tatsächlich meist richtig ist, so liegt das daran, daß es kaum vorkommen wird, daß der Staat Vereinigungen gründet, die den Grundrechtsinhaber als freien Menschen in seiner Freiheitssphäre einengen. Wenn dieser einem Wasser- oder Bodenverband angeschlossen wird, so ist das eine Folge seiner sachlichen Bezogenheit zu Wasser und Boden: sein Eigentum usf. ist in erster Linie betroffen und nicht seine persönliche Freiheit.

Also ändert auch der zwangsweise, berechtigte Anschluß von juristischen und natürlichen Personen des Privatrechts nichts an der Rechtsstellung der Gemeinden beim Anschluß an einen pflichtigen Verband.

IV. Kapitel: Zwangsweise Eingriffe in das Gemeindevermögen.

§ 11: Evtl. Enteignungstatbestände im Pflichtverbandsrecht.

Die Wasserverbandsverordnung sieht in den §§ 22 - 33 verschiedene Eingriffe in das Eigentum an "verbandsangehörigen Grundstücken" (§ 22) gegen angemessene Entschädigung (§ 26) vor, die bis zur Enteignung gehen können. Abgesehen vom direkt möglichen Zugriff auf das Eigentum von Personen, die selbst nicht dem Verband angehören, deren Grundstücke jedoch im Gebiet einer verbandsangehörigen öffentlich-rechtlichen Körperschaft liegen (§ 36), besteht also nach diesem Gesetz die Möglichkeit eines Eingriffs in Gemeindevermögen. § 2 Abs. 3 RZweckVG behandelt den Fall, daß in der Verbandsatzung die Übernahme von Beteiligungen vereinbart wird, die Verbandsmitgliedern an Unternehmen und Verbänden zustehen, welche vor Gründung des Zweckverbandes dessen Aufgaben wahrgenommen haben; durch die Übernahmevereinbarung entsteht die Pflicht der Verbandsmitglieder, diese Vermögenswerte dem

1) zum Begriff vgl. v.MANGOLDT-KLEIN, Vorbem. BXVII, 2a, S. 124

Verband zu übertragen. Gemäß § 17 Abs. 1 RZweckVG kann bei Errichtung eines Pflichtzweckverbandes die Gründungsbehörde eine Verbandsatzung durch Beschluß feststellen. Es ist also denkbar, daß Gemeinden durch staatlichen Beschluß verpflichtet werden, einem Zweckverband gewisse Vermögenswerte zu übertragen.

Handelt es sich in beiden Fällen um Enteignungstatbestände? Der durch den Einzeleingriff gekennzeichnete erweiterte Enteignungsbegriff¹⁾ bestimmt: "Enteignung ist derjenige von einem übergeordneten öffentlichen Zweck geforderte, durch Gesetz oder gesetzlich zugelassenen Verwaltungsakt vorgenommene Eingriff in vermögenswerte Privatrechte von einzelnen Personen oder Personengruppen, der in Gestalt der Entziehung oder der Beschränkung des Rechts die betroffenen Rechtsträger ungleich trifft und sie zu einem besonderen, den übrigen Rechtsträgern nicht zugemuteten Opfern für die Allgemeinheit zwingt."²⁾ Zu den angeführten "Personen und Personengruppen" gehören auch die Gemeinden.³⁾

Also sind sowohl in der Wasserverbandsverordnung als auch im RZweckVG Eingriffe in das Gemeindevermögen vorgesehen, die unter den Enteignungsbegriff fallen bzw. fallen können. Unter welchen Umständen sind solche Eingriffe zulässig?

§ 12 : Die Schutzvorschriften des Grundgesetzes in Bezug auf die Enteignung von Gemeindevermögen.

I. Gemeindebesitz und Art. 28 GG

Nach v.MANGOLDT-KLEIN⁴⁾ und WEBER⁵⁾ sind Gemeinden gegen eine Beeinträchtigung in der Verfügung über ihr Vermögen bereits durch die institutionelle Garantie der Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG) geschützt. In dieser Ansicht kommt

1) Vgl. WOLFF, VwR I, § 62 II, S. 326
2) WOLFF, VwR I, § 62 II b 4, S. 326 zum Enteignungsbegriff vgl. derselbe, Anm. VII zu Art. 14; WEBER, Enteignung, in: Die Grundrechte II, S. 370 ff
3) vgl. v. MANGOLDT-KLEIN, Anm. III la zu Art. 14, S. 424
4) Anm. II lo zu Art. 14, S. 421
5) Enteignung, in Die Grundrechte II, S. 363, Anm. 51, unter Berufung auf ein Urteil des VerFGH von Rheinland-Pfalz, abgedruckt im Rheinland. Pfälzischen Verwaltungsblatt 1948/221

ein interessanter Hinweis auf die Verknüpfung zum Ausdruck, in der sich gemeindliche Zuständigkeiten und kommunales Vermögen als Substrat jeder Zuständigkeitswahrnehmung befinden. Beiden Autoren ist daher insofern zuzustimmen, als sie eine Beschneidung der grundgesetzlich verbürgten Gemeinderechte auf dem Umweg über eine Vermögensverminderung für verfassungswidrig halten im Hinblick auf Art. 28 GG: Vermögen, das den Gemeinden zur Erfüllung unentziehbarer Aufgaben dient, darf ihnen nicht genommen werden.

Da idR das gesamte Vermögen einer Gemeinde mehr oder weniger direkt auch der Wahrnehmung unentziehbarer Zuständigkeiten dient, könnte Art. 28 GG zu dem Schluß verleiten, daß jeder staatliche Eingriff im Gemeindebesitz mit dieser Vorschrift unvereinbar sei; daraus würde ein besonderer Status des Gemeindeeigentums folgen, das dadurch im Hinblick auf das Problem der Enteignung nicht mehr den allgemein geltenden öffentlich- und privatrechtlichen Regeln über das Eigentum unterworfen wäre. - Für eine solche Auffassung findet sich in Art. 28 GG kein Anhaltspunkt; ein so weitgehender Schutz ist auch zur Sicherung der kommunalen Belange nicht erforderlich. Zur Frage der Enteignung sagt Art. 28 GG nur soviel, daß 1. solche Vermögensgegenstände nicht entschädigungslos enteignet werden dürfen, ohne die von der Verfassung als unentziehbar garantierte Aufgaben nicht erfüllt werden können (z.B. Theatergebäude, das Rathaus, ein Schwimmbad usw.); 2. daß über ein vertretbares Maß hinaus die Finanzkraft der Gemeinden insoweit nicht geschwächt werden darf, als dadurch allgemein die Erfüllung solcher Aufgaben gefährdet würde.

Artikel 28 GG nimmt nur zum Problem der e n t s c h ä d i - g u n g s l o s e n Enteignung Stellung. Mangels einer Art. 28 GG Abs. 2 S. GG gemäßen Entschädigungsregelung im allgemeinen Enteignungsrecht müßte und könnte man direkt auf diese Norm zurückgreifen. Zur Frage der Enteignung an sich sagt sie nichts; Art. 28 verhält sich vor allem über Gemeindekompetenzen; Schlüsse auf Enteignungsfragen lassen sich aus ihm nur insofern ziehen, als Zuständigkeit und

Eigentum in einem Zusammenhang stehen - das Eigentum Substrat einer verbürgten Zuständigkeit ist.

Somit kann und darf zur Lösung der anstehenden Frage Art. 28 GG erst dann direkt herangezogen werden, wenn die allgemeine Verfassungsbestimmung über Eigentum und Enteignung kein Ergebnis ermöglicht, das der Garantie kommunaler Selbstverwaltung gerecht wird.

II. Die Anwendung des Art. 14 GG.

Zum Problem Eigentum und Enteignung enthält Art. 14 GG die entscheidenden Regelungen. Die in diesem Artikel gewährleisteten Rechte können gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch die Gemeinden für sich in Anspruch nehmen;¹⁾ ihre durch Art. 28 umrissene Aufgabe²⁾ können sie nur als auch privatrechtlich autonome juristische Person wahrnehmen; als selbständige Rechtsträger auch iS des BGB müssen sie zumindest in einem gewissen Umfang die gleichen Eigentümerrechte wie natürliche und juristische Personen des Privatrechts genießen.

Nach Art. 14 Abs. 3 GG ist unter bestimmten Voraussetzungen eine entschädigungspflichtige Enteignung zulässig. Diese Voraussetzungen werden von den §§ 22-35 der Wasserverbandsverordnung beachtet; die darin vorgesehene Enteignung verbandsangehöriger Grundstücke ist also solange mit dem Grundgesetz vereinbar, als diese nicht unersetzbare Substrate der nach Art. 28 GG garantierten Aufgabenerfüllung sind - was tatsächlich nie der Fall sein dürfte. Die Regelung der Wasserverbandsverordnung ist unproblematisch.

Zu einer ausführlicheren Untersuchung des Problems "Die Gemeinde als Eigentümer" zwingt jedoch der durch die §§ 2 Abs. 3, 17 Abs. 1 RZweckVG ermöglichte Eingriff des Staates in das Gemeindevermögen, da in diesem Falle die Entschädigung zumindest ausdrücklich nicht vorgesehen ist. - Nach einem Beschluß des BVerfG vom 21. Juli 1955, BVerfGE 4/236 f gilt die Entschädigungsregelung des GG nicht für Gesetze, die vor dem 23. Mai 1949 verkündet wurden. Damit ist gemeint, daß die auf Grund dieser Gesetze bereits vollzogenen Enteignungen

1) So v. MANGOLDT-KLEIN, Anm. III 1a zu Art. 14, S. 424

2) vgl. oben § 7

nungen nicht nachträglich eine Entschädigungspflicht begründen können. Das gilt also nicht, soweit diese Normen auch nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes zu Eingriffen in das Eigentum ermächtigen, wie das auch beim RZweckVG der Fall ist. Das Für und Wider des genannten Beschlusses kann somit dahingestellt bleiben, da feststeht: handelt es sich bei dem vom RZweckVG ermöglichten Eingriff um eine Enteignung iS des Art. 14 Abs. 3 GG, so sind die betreffenden Bestimmungen mangels Entschädigungsregelung verfassungswidrig.

III. Die Gemeinde als Eigentümerin.

Die Enteignungsregelung in Art. 14 Abs. 3 GG kann nur dann Platz greifen, wenn eine Rechtsstellung iS des Art. 14 Abs. 1 beeinträchtigt wird.

a) Art. 14 GG enthält sowohl eine Grundrechts- als auch eine Institutsgarantie;¹⁾ dabei steht das garantierte "Eigentum" unter verschiedenen Vorbehalten; Abs. 1 S. 2 z.B. erklärt: "Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt," d.h., daß das, was unter "Eigentum" zu verstehen ist, der allgemeinen Rechtsordnung entnommen werden muß. Die immanenten sachlichen Gewährleistungsschranken des Eigentums folgen also aus "den a l l g e m e i n e n Gesetzen".²⁾ "Unter dem Namen 'Eigentum' etwas Beliebiges zu gestalten, ist dem Gesetzgeber ... nicht überlassen".³⁾ Also darf der Gesetzgeber nicht unter Berufung auf eine "inhaltliche Gestaltung" ein besonderes "Eigentum" z.B. der Gemeinden dadurch einführen, daß er es dem Schutz des Art. 14 GG generell entzieht, weil der Sinn dieser Vorschrift damit in sein Gegenteil umgekehrt würde. Er ist an die Wahrung des - in organischer Entwicklung befindlichen - Eigentumsinstituts gebunden.⁴⁾ Folglich ist die Regelung des RZweckVG einer Beurteilung nach den Tatbestandsmerkmalen des Art. 14 GG unterworfen.

b) Den Schutz des Art. 14 können die Gemeinden nur dann für

1) So v.MANGOLDT-KLEIN, Anm.II 6 zu Art. 14, S. 415
 2) v.MANGOLDT-KLEIN, Anm.IV 1a zu Art. 14, S. 429; Sperrung vom Verfasser
 3) WEBER, Enteignung, in: Die Grundrechte II, S. 357
 4) v.MANGOLDT-KLEIN, Anm. II 6c, 7 zu Art. 14, S. 417 f

sich in Anspruch nehmen, wenn diese Norm "wesensmäßig" auf sie anwendbar ist (Art. 19 Abs. 3 GG). Warum gewährleistet die Verfassung das Eigentum?

WEBER¹⁾ erblickt in dieser Garantie eine Ergänzung und das Gegenstück zur Freiheitsgarantie, deren Sinn es ist, "im Eigentum die entscheidende Grundlage und das ordnende Element für eine möglichst unabhängige Existenzerhaltung und für eine eigenverantwortliche Lebensgestaltung zu ziehen." Entsprechend betreffen nach v.MANGOLDT-KLEIN²⁾ die in Art. 14 GG enthaltenen Gewährleistungen den negativen Status des Individuums gegenüber dem Staat: als Verbürgung eines Freiheitsrechts ist Art. 14 ausschließlich gegen den Staat gerichtet, ohne aber ein spezielles M e n s c h e n recht im Sinne der Grundrechtsqualität zu sein.³⁾ Das bedeutet: das Eigentum ist jedem Rechtssubjekt zu gewährleisten, soweit ihm ein Recht auf unabhängige "Existenzerhaltung und ... e i g e n v e r a n t w o r t l i c h e Lebensgestaltung gegenüber dem Staat zukommt."⁴⁾

Wieweit den Gemeinden ein Recht auf unabhängige Existenz und deren Erhaltung gegenüber dem Staat zukommt, ist Art. 28 GG zu entnehmen, der ihnen eine gewisse politische Aufgabe und zu deren Verfolgung bestimmte, unentziehbare Zuständigkeiten zuweist. Soweit die Erfüllung dieser Aufgaben es erfordert, sind die Gemeinden als selbständige Körperschaften zu respektieren und haben das Recht, diese Selbständigkeit auch gegen den Staat zu verteidigen; dabei hat der Schutz ihres Vermögens beträchtliche Bedeutung. Ausreichendes eigenes Vermögen ist vor allem eine Voraussetzung für die Wahrnehmung der von Art. 28 GG garantierten Kompetenzen; soweit es sich um die Sicherung dieser Voraussetzung handelt, sind die Gemeinden berechtigt, gegen den Staat gerichtete Grundrechte und somit auch Art. 14 GG für sich in Anspruch zu nehmen. Jede finanzielle Schwächung eine

1) Enteignung, in: Die Grundrechte II, S. 353
 2) Anm. II 4a, S. 413; II 8, 9a, S. 418; II 11, S. 422 zu Art
 3) vgl. v.MANGOLDT-KLEIN, Anm. II 9b, zu S. 421 zu Art. 14
 4) vgl. WEBER, Enteignung, in: Die Grundrechte II, S. 353; Sperrung vom Verf.

Kommunalverbandes vermindert dessen Möglichkeiten, seine ihm garantierten Aufgaben voll wahrzunehmen. Das liegt daran, daß fast jeglicher Gemeindebesitz - selbst wenn er vornehmlich dem zur staatlichen Disposition stehenden Gesetzesvollzug dient - auch den garantierten (meist sog. "freiwilligen" oder auch "eigenen") Aufgaben zugute kommt. Das ist entweder direkt und tatsächlich der Fall - z.B. bei Büroeinrichtungen usf. - oder auch indirekt: würden einer Gemeinde Einrichtungen genommen, die der Erledigung zwingender (meist gesetzlich auferlegter) Aufgaben dienen, die weiterhin wahrzunehmen sind, so müßten diese regelmäßig auf Kosten der unentziehbaren ("freiwilligen", "eigenen") neu beschafft werden; denn für die Wahrnehmung der letzteren stünde dann ein geringeres Vermögen zur Verfügung.

Daher steht grundsätzlich das gesamte Gemeindevermögen unter dem Schutz des Art. 14 GG. Ausnahmen sind jedoch denkbar, wie sich aus § 2 RZweckVG ergibt. -

c) § 2 Abs. 2 RZweckVG behandelt Vermögenswerte der Gemeinden, die aus Beteiligungen an Verbänden bestehen, deren sie sich zur Erfüllung von Aufgaben bedienten, welche dann der Zweckverband übernommen hat. Diese Beteiligungen stellen ein ausschließliches Substrat jener Aufgaben dar und können als Vermögenswert direkt und tatsächlich nicht zugleich anderen kommunalen Zwecken dienen. Es kann sich ferner bei solchen Aufgaben nicht um von Art. 28 GG garantierte Zuständigkeiten handeln, die gem. § 2 Abs. 1 RZweckVG nunmehr auf den Zweckverband übergehen; wie aus den Ausführungen oben in § 7 hervorgeht, kommen zur Übertragung auf einen Verband nur Zuständigkeiten in Betracht, die - ob gesetzlich auferlegt oder nicht - dann nicht mehr wahrgenommen zu werden brauchen, ohne daß auf diese Wahrnehmung ein Recht bestünde. Nimmt man der Gemeinde auch die Beteiligungen, so ist sie dennoch nicht gezwungen, irgendwelche Aufwendungen zu machen, um den Vermögenswert dieser Beteiligungen zu ersetzen bzw. irgendeine Tätigkeit einzustellen, die nur mit der Entschädigung für das entzogene Vermögen weiter finanziert werden könnte. Der Verlust dieser Werte ist nur die Folge dessen, daß ihr eine

Aufgabe abgenommen wurde, deren Erfüllung bis dahin die Bereitstellung dieser Werte erforderte; dieser Verlust ist darum auch indirekt nicht in der Lage, die Erfüllung der garantierten Aufgaben zu gefährden, da sich im Ergebnis an der finanziellen Situation der Gemeinde nichts geändert hat. Wird somit die nach den Zielsetzungen der Art. 28 GG verbürgte Existenz der Gemeinde materiell nicht beeinträchtigt, bleibt die Voraussetzung "eigenverantwortlicher Lebensgestaltung" finanziell ungeschmälert, so ist es sinngemäß nicht möglich, der Gemeinde besondere, in diesem Falle verfassungsmäßig nicht zu rechtfertigende Verteidigungsmittel zu geben. Eingriffe in das Gemeindevermögen gem. §§ 2, 17 RZweckVG begründen keine Entschädigungspflicht des Staates.

d) Nach der hier vertretenen Auffassung ist das so, weil die Gemeinden in diesem Falle nicht Grundrechtssubjekt sein können. Zum gleichen Ergebnis kommen v.MANGOLDT-KLEIN¹⁾ und HUBER²⁾, letzterer mit einer Begründung, die nur scheinbar von der hier vorgetragenen abweicht. Nach HUBER "kann kein Zweifel daran bestehen, daß unter Eigentum im Sinne des Art. 14 GG nur das 'private Eigentum' im echten Sinne zu verstehen ist. Art. 14 ist ein Glied in der Kette traditioneller Gewährleistungen individueller Rechte und Freiheiten: er dient ... der Privatautonomie der Einzelnen. Die Garantie gilt daher nicht für das eigentliche Staatseigentum ... Sie gilt aber auch nicht für das 'Gemeindeeigentum' nichtstaatlicher Anstalten, Körperschaften oder Verbände, soweit solches Gemeindeeigentum kraft früherer Überführungsmaßnahmen entstanden ist oder nach Maßgabe des Art. 15 GG neu gebildet wird. Gewiß gibt es neben dem 'öffentlichen Eigentum' auch echtes Privateigentum von Rechtsträgern des öffentlichen Rechts, Eigentum also, das nicht den öffentlichen Aufgaben der Verwaltungskörper dient, sondern ihnen so zusteht, als ob sie nur Rechtssubjekte des privaten Rechts wären. Insofern wird auch ihnen, etwa den Gemeinden, der Schutz des

1) Anm. III la, S. 423, zu Art. 14

2) HUBER II, S. 8

Art. 14 zuzuerkennen sein." Entscheidend ist also auch für HUBER die individuelle Autonomie gegenüber dem Staat, die er u.U. auch Rechtsträgern des öffentlichen Rechts zugesteht. Im übrigen folgt seine Ansicht aus einer Unterscheidung von "öffentlichem" und "privatem" Eigentum.¹⁾ Das entscheidende Kriterium öffentlichen Eigentums erblickt er in der materiellen Verfügungsmacht eines überindividuellen Kollektivorgans, wie z.B. der Staat es sei.

Dem widerspricht, daß HUBER die Möglichkeit von "Privateigentum" dieser Kollektivorgane zugibt, da bei diesem dieselbe Verfügungsmacht desselben Kollektivorgans wirksam wird. Es kann also nicht richtig sein, aus der Verschiedenheit der Rechtsträger bereits ein unterschiedliches Eigentum zu folgern. HUBER spricht denn auch selbst von "Privateigentum", "das nicht den öffentlichen Aufgaben... dient"; diese Unterscheidung geht richtig von dem Gesichtspunkt aus: entscheidend ist der Zweck, dem das Eigentum dient.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Ohne auf Einzelheiten der allgemeinen Staatslehre einzugehen, läßt sich sagen, daß alle Berechtigungen des Staates sowie der von ihm geschaffenen öffentlich-rechtlichen Rechtsträger von den legitimen Zwecken gerechtfertigt und bestimmt werden, denen diese Rechtssubjekte dienen. Auch die Verfügungsmacht über "Eigentum" muß sich nach den Zwecken unterscheiden, die mit diesem Eigentum verfolgt werden. Entscheidendes Kriterium ist also die Zweckbezogenheit, aus der eine unterschiedliche Behandlung der Verfügungsmacht folgt.

Art. 14 GG dient dem Schutze des Eigentums gegen den Staat; logischerweise kann der Staat sein Eigentum nicht gegen sich selber schützen; welches seiner Organe auch in concreto die Verfügungsmacht wahrnimmt: es dient immer demselben Staatszweck.

In der gleichen Situation befindet sich solches Gemeindeeigentum, das der Wahrnehmung von Zuständigkeiten dient, bei denen die Gemeinde als Organ mittelbarer Staatsverwaltung

1) HUBER II, S. 6 f

fungiert und das benutzte Vermögen ausschließlich dem Staatszweck dient. So wie der Staat über die wahrgenommene Zuständigkeit, den verfolgten Zweck verfügen kann, darf er auch mit dem ausschließlichen Substrat dieser Zuständigkeit verfahren. Erst die Bezogenheit auf die den Gemeinden verbürgte Sachverwaltung bewirkt da einen Wandel; die Gemeinde tritt dann aus ihrer Stellung als Glied mittelbarer Staatsverwaltung auch als Eigentümerin zumindest teilweise heraus. Art. 28 GG trifft eine Unterscheidung von Staats- und Gemeindezwecken, die den Kommunalkörper berechtigt, sein diesem speziellen Zweck dienendes Vermögen wie jedes andere Individuum zu verteidigen. In diesem Punkt unterscheidet sie sich grundsätzlich von allen anderen Institutionen mittelbarer Staatsverwaltung, was HUBER nicht genügend herausstellt. -

Wenn er von "Gemeindeeigentum der Körperschaften kraft früherer Überführung durch den Staat" redet, so ist dem hinzuzufügen, daß dieses Eigentum unverändert weiterhin reinen Staatszwecken dienen muß, wenn man ihm den Schutz des Art. 14 GG vorenthalten will, was bei Gemeinden idR nicht der Fall ist, da Art. 28 GG ihnen ausdrücklich gestattet, die Verfolgung bestimmter Ziele auch gegen den Staat zu verteidigen, wenn dieser solche Anliegen nicht respektiert.

Die Problematik der Zweckbezogenheit des Gemeindevermögens wird besonders deutlich bei v.MANGOLDT-KLEIN¹⁾, wenn er sagt: "Zum Tatbestand der Enteignung gehört begriffsnotwendig die Änderung des Verwendungszweckes des enteigneten Gegenstandes"

Im vorliegenden Fall des § 2 Abs. 2 RZwVG ändert sich an dem Ziel gar nichts, das bis zur Zweckverbandsgründung die Gemeinden mit ihren Beteiligungen verfolgt hatten. Auch nach Überführung auf den Zweckverband dienen diese Vermögensobjekte unverändert dem gleichen Zweck. Irgendeine Bezogenheit zur unantastbaren Sachverwaltung kann nicht verletzt werden, da gar keine besteht.

1) Anm. VII 2a, S. 440, zu Art. 14

2) vgl. auch die Entsprechung in der Definition des Enteignungsbegriffs von WOLFF, VwR I, § 62 II, S. 326

Zu Mißverständnissen kann die These HUBERS - über deren Notwendigkeit hier nicht gesprochen zu werden braucht - nur dann führen, wenn man Kommunalverbände lediglich als Organe mittelbarer Staatsverwaltung begreift. Diese Gefahr ist dann besonders gering, wenn man mit Art. 14 Abs. 3 S.1 GG und der h.L. das Problem des Eigentums in öffentlicher Hand auffaßt als eine Frage der besonderen Zweckbindung. "Die öffentliche Sache ... tritt überhaupt aus der Geltung des bürgerlichen Rechts nicht heraus. Nur hat die öffentlich-rechtliche Zweckbindung vor allen privatrechtlichen Verhältnissen den absoluten Vorrang"¹⁾.

Übertragen auf die besonderen Verhältnisse der Gemeinden, könnte dieser Satz lauten: Gemeindegut steht idR unter dem Schutz des Art. 14 GG. Lediglich wenn jede Bezogenheit auf die gem. Art. 28 GG garantierten Aufgaben fehlt, haben die staatlichen Zwecke bei der Benutzung dieses Eigentums den Vorrang und der Schutz des Art. 14 GG entfällt. Als Indiz für die Richtigkeit der vorgetragenen Ansicht mag ein Hinweis auf Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG dienen: bei gerechter Abwägung hat lediglich der neuerrichtete Zweckverband ein Interesse an den Beteiligungen, während die Gemeinde tatsächlich überhaupt kein Verlust trifft. Aus diesem Grunde würde sich also eine Entschädigung erübrigen.

Das Ergebnis des IV. Kapitels (§§ 11, 12) lautet daher: Gemeindegut, das direkt oder indirekt der Erfüllung der nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG verbürgten Aufgaben dient, darf nicht entschädigungslos entzogen werden. Art. 14 GG ist jedoch gem. Art. 19 Abs. 3 GG wesens- bzw. sinngemäß nicht anwendbar, wenn den Gemeinden zugleich mit einer Zuständigkeit Vermögen genommen wird, das bis dahin ausschließlich als Substrat der Wahrnehmung dieser Zuständigkeit gedient hat.

1) FORSTHOFF, VwR I, § 19, 1., S. 329; auch WOLFF, VwR I § 55 IV, S. 295

V. Kapitel: Die Erfüllung von Gemeindeaufgaben durch Pflichtverbände.

Nach § 15 Abs. 1 S. 1 RZwVG werden pflichtige Zweckverbände gegründet, um "Auftragsangelegenheiten" oder "Pflichtaufgaben, deren Erfüllung ... durch Gesetz ausdrücklich auferlegt worden ist", durchzuführen. S. 2: "Handelt es sich um die Erfüllung anderer Aufgaben, so ist zu dem Vorgehen die Zustimmung der nächsthöheren Aufsichtsbehörde erforderlich." Die Angelegenheiten, die von Zweckverbänden zulässigerweise wahrgenommen werden dürfen, gliedert das RZwVG also in "Auftragsangelegenheiten", "Pflichtaufgaben" und "andere Aufgaben". Diese Formulierung erfaßt dem Wortlaut nach jede erdenkliche Gemeindegutzuständigkeit. Die Ausführungen oben zu § 7 II ergaben jedoch, daß den Gemeinden bestimmte Kompetenzen nicht genommen werden dürfen: alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Was darunter zu verstehen ist, wurde bereits erläutert. Was bedeuten demgegenüber "Auftrags-", "Pflicht-" und "andere Angelegenheiten"?

§ 13. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG und die Gliederung kommunaler Agenden im geltenden Gemeinderecht.

I. Die Einordnung der Gemeindeaufgaben

a) Gegenüber dem früheren Rechtszustand zeigen die Verfassungen und Gemeindeordnungen der Länder ihrem Wortlaut nach die Neigung, Unterschiede zwischen den einzelnen Gemeindegutzuständigkeiten zu beseitigen;¹⁾ ob damit eine Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung oder nur die einheitliche Behandlung der örtlichen Verwaltung bezweckt wurde, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls zeigt der Vorbehalt gewisser Weisungsrechte sowie die Befugnis, durch Gesetz die Gemeinden zur Erfüllung bestimmter Aufgaben zu verpflichten, daß sich an der überkommenen Einteilung in der Sache wenig geändert hat. Als gesetzliches Unterscheidungsmerkmal dient

1) Vgl. z.B. Art. 78 der Verfassung von Nordrhein-Westfalen

bei dieser Einteilung die verschiedenartige Ausgestaltung des staatlichen Aufsichtsrechts. Während im sog. "eigenen Wirkungskreis"¹⁾ zumeist nur die Rechtmäßigkeit kommunalen Handels kontrolliert wird, ist die Tätigkeit im sog. "übertragenen Wirkungskreis"²⁾ auch einer Zweckmäßigkeitskontrolle sowie bestimmten Weisungen unterworfen. Nordrhein-Westfalen macht da keine Ausnahme, wenn der Terminus "übertragene Aufgaben" auch vermieden wird.

Was "eigene" und was "übertragene" Aufgabe ist, folgt aus dem einzelnen Gesetz. Eine Einteilung der Aufgaben nach materiellen Gesichtspunkten ist den Verfassungen und Gemeindeordnungen idR nicht zu entnehmen, da Allzuständigkeitsklauseln, die mit einem Gesetzesvorbehalt versehen sind, wenig mehr als allgemeine Richtlinien darstellen. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG finden sich lediglich in Art. 7 Abs. 1 der bayrischen Gemeindeordnung wieder: "Der eigene Wirkungskreis der Gemeinden umfaßt alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft..."³⁾ In Bayern könnte man also davon ausgehen, daß zum "eigenen Wirkungskreis" alle Zuständigkeiten gehören, die gem. Art. 28 GG den Gemeinden nicht entzogen werden dürfen. Daß diese Übereinstimmung nur theoretisch besteht, ergibt sich aus Art. 8 Abs. 3 bayrische GO: auch Angelegenheiten, die nicht zum "eigenen Wirkungskreis" gehören, können "zur selbständigen Besorgung" übertragen werden. Da bei diesen Agenden ebenfalls nur eine Rechtsaufsicht stattfindet,⁴⁾ besteht sachlich kein Unterschied zu den Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft. Damit folgt Bayern der allgemeinen Länderpraxis, wonach die Gemeinden durch Gesetz zur Erfüllung bestimmter Aufgaben verpflichtet werden können und es dem Land überlassen bleibt, ob dabei eine Rechts- oder Fachaufsicht ausgeübt wird.⁵⁾ Da es aber auch Aufgaben gibt, deren Erledigung den Gemeinden

- 1) vgl. § 4 der GO von Niedersachsen, Art. 7 der bayrischen GO
- 2) vgl. § 5 niedersächsische GO, Art. 8 bayrische GO
- 3) vgl. dazu Art. 83 der bayrischen Verfassung
- 4) Art. 8 Abs. 3 S. 2 bayrische GO
- 5) vgl. § 4 Abs. 1 der niedersächsischen GO

anheim gestellt bleibt, sind Gemeindezuständigkeiten nach geltendem Recht zu gliedern in den "eigenen" und "übertragenen" Wirkungskreis, wobei die "eigenen" Aufgaben sich wiederum dadurch unterscheiden, ob sie erfüllt werden müssen oder nicht. Der dadurch geschaffene Gegensatz wird durch die Termini "freiwillige" und "Pflichtaufgaben" ausgedrückt.¹⁾ KLÜBER²⁾ erklärt, es spiele keine Rolle, welche Aufgaben von einem Zweckverband übernommen würden, und läßt das auch für Pflichtverbände gelten. Demgegenüber hält SEYDEL³⁾ § 15 Abs. S. 2 RZweckVG für unanwendbar, "da diese Vorschrift mit sonstigen Grundsätzen des Kommunalrechts nicht in Einklang zu bringen ist"; dies sei ein Zwang zur Erfüllung freiwilliger Aufgaben und somit nicht statthaft. ELLERINGMANN⁴⁾ schließlich will es den Zweckverbänden generell verwehren, staatliche Auftragsangelegenheiten zu übernehmen.

KLÜBERS Auffassung kann in dieser Allgemeinheit nicht richtig sein, da sie die - oben unter § 7 erläuterte - Funktion des Art. 28 GG unbeachtet läßt. SEYDEL hingegen läßt seine Meinung unbewiesen, wenn er auf einen Gegensatz zum Kommunalrecht hinweist, ohne ihn zu erläutern. Welche Aufgaben ein Zweckverband übernehmen darf, kann erst gesagt werden, wenn die materiellen Unterscheidungsmerkmale von freiwilligen, Pflicht- und übertragenen Aufgaben feststehen, wobei die Trennung gemeindlicher Zuständigkeiten in den eigenen und den übertragenen Wirkungskreis im Vordergrund steht.

b) Diese Trennung wird eingeleitet von § 166 der STEINschen Städteordnung; Angelegenheiten der Polizei erledigte der Magistrat als Staatsbehörde, ohne dem Gemeindeparlament verantwortlich zu sein. § 84 der revidierten Städteordnung von 1831 lautete schon deutlicher: "Jeder Stadt soll als deren Obrigkeit ein Magistrat vorgesetzt sein, welcher in einer doppelten Beziehung steht: a) als Verwalter der Gemeindeange-

- 1) Vgl. § 2 Abs. 2 der GO von Baden-Württemberg
- 2) KHdb. I, S. 547, 552
- 3) Die kommunalen Zweckverbände, S. 112
- 4) Körperschaftliche Selbstverwaltung, S. 127 f.

legenheiten, b) als Organ der Staatsgewalt."¹⁾ Als besonderes Problem wurde die Unterscheidung damals noch nicht empfunden, wenn sich auch allmählich Vorstellungen von einer "ursprünglichen" Gemeindegewalt damit verbanden. Nachdem Belgien schon im Jahre 1831 den "pouvoir municipal" anerkannte, gab das Gemeindegesetz für Oesterreich vom 17. 3. 1849 (in Art. 4) naturrechtlichen Vorstellungen besonders deutlich Ausdruck: "I. Die Grundfeste des freien Staates ist die freie Gemeinde. II. Der Wirkungskreis der freien Gemeinde ist a) der natürliche, b) ein übertragener. III. Der natürliche umfaßt alles, was die Interessen der Gemeinden zunächst berührt und innerhalb ihrer Grenzen vollständig durchführbar ist. Der übertragene umfaßt die Besorgung bestimmter öffentlicher Geschäfte, welche der Gemeinde vom Staat im Delegationswege zugewiesen werden. IV. Die Verwaltung der in den natürlichen Wirkungskreis der Gemeinde gehörenden Angelegenheiten steht der Gemeinde selbst zu, welche sich durch die Majorität ihrer Vertretung ausspricht. V. In Bezug auf den natürlichen Wirkungskreis ist der Gemeindevorsteher das vollziehende Organ."

Dieser Art. 4 ist zweifach bemerkenswert. Sofern er die Unterscheidung gemeindlicher Aufgaben als Folge natürlichen Rechts begreift, können wir dem heute nicht mehr folgen; die Rechtsstellung der Gemeinde beruht auf staatlicher Verleihung. Die besondere Bedeutung dieser Vorschrift liegt für jene Zeit darin, daß sie die kommunalen Zuständigkeiten vom Objekt, der einzelnen Aufgabe her, zu bestimmen versucht. Wenn es heißt, der natürliche Wirkungskreis umfasse alles, was die Interessen der Gemeinde zunächst berühre und innerhalb ihrer Grenzen vollständig durchführbar sei, so wird damit der gleiche Aufgabenkomplex angesprochen, den heute Art. 28 GG den Gemeinden als unentziehbar garantiert; der oesterreichische Gesetzgeber hatte bereits oder noch erkannt, daß es spezielle Aufgaben gibt, deren Erledigung durch Gemeinden für den Staat besonders sinnvoll ist.

1) Vgl. dazu §§ 104, 105 der rev. StO

Diese reale Einschätzung der Bedeutung kommunaler Selbstverwaltung war seinerzeit kein Allgemeingut. Die Gemeinde war damals die einzige freiheitliche Einrichtung, und "jede Überführung einer Aufgabe aus dem übertragenen Bereich bedeutete einen Sieg des Bürgertums über den absoluten König." Bei dieser grundsätzlichen Einstellung mußte die Bestimmung des "eigenen" Wirkungskreises vom Objekt her für Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft als "unlösbare Aufgabe" erscheinen.²⁾

Unter dem Einfluß HEGELS begriff L.v.STEIN³⁾ den Staat als eine Persönlichkeit, die wesensgemäß in sich keine andere Persönlichkeit enthalten kann: die Gemeinde steht insofern außerhalb des Staates und wird in einem doppelten Bereich tätig - dem vom Staat freien und dem "amtlichen". Damit war aber lediglich etwas gesagt über die unterschiedliche Zurechnung gemeindlichen Handelns an verschiedene Rechtssubjekte. Die Tätigkeit einzelner Organe für staatliche Zwecke erkannte er nicht als Gemeindehandeln an, weder im einen noch im anderen Bereich, und kennzeichnete damit sehr richtig ein Problem, das heute durch den Begriff der Institutionsleihe seine Klärung gefunden hat; trotz dieser Klarstellung organisationsrechtlicher Zusammenhänge sagte er über die materielle Beschaffenheit der Aufgaben des staatsfreien Wirkungskreises nichts.

Das preußische OVG war auch nicht erfolgreicher als die Rechtslehre. "Nach gemeinem deutschen Recht verfolgt die Gemeinde nicht einen mehr oder weniger vereinzelt Zweck, sondern hat die Bestimmung, alle Beziehungen des öffentlichen Lebens in sich aufzunehmen. Die Gemeinde kann hiernach alles in dem Bereich ihrer Wirksamkeit ziehen, was die Wohlfahrt des Ganzen, die materiellen Interessen und die geistige Entwicklung des Einzelnen fördert."⁴⁾ Die Entscheidung stellt einen an-

1) LOY, Gemeindliche Auftrags- u. Selbstverwaltungsangelegenheiten, S. 20

2) so LOY, Gemeindl. Auftrags- u. Selbstverwaltungsangeh.S.

3) Nachweis bei LOY, ebenda, S. 32

4) OVG 12/158.

ererkennungswerten Versuch dar, das Ziel kommunaler Selbstverwaltung zu ergründen; zur materiellen Abgrenzung der einzelnen Aufgaben liefert sie keine konkreten Kriterien, denn wie "sollte man mit einer derartigen Definition der Tatsache beikommen, daß z.B. die Ausstellung eines Dienstbotenbuches zum eigenen, die Ausfertigung eines Viehpasses zum übertragenen Wirkungskreis gehörte?"¹⁾ In seiner Entscheidung 49/414 mußte das OVG dann auch feststellen: "Was zu den Kreisangelegenheiten gehört, ist nicht gesetzlich genau begrenzt und kann es nicht sein, da der Gesetzgeber den Kreisen die selbständige Ausgestaltung und Entwicklung ihrer Aufgaben unter besonders geordneter Mitwirkung der staatlichen Aufsicht eingeräumt hat." Die Wissenschaft nahm diesen Verzicht auf eine begriffliche, klare Unterscheidung hin und akzeptierte den Ausweg, den das objektive Recht mit einer verschiedenartig ausgestalteten Aufsicht anbot. Das Kriterium *distinguens* erblickte man nicht mehr - wenn man es je getan hatte - im Objekt der Tätigkeit sondern in der Frage: Weisungsrecht des Staates oder bloße Kommunalaufsicht? "Ein allgemeines Prinzip, ein durchschlagendes Kriterium"²⁾ ... könne ... nicht gefunden werden.

"Es begegnete kaum noch einem Zweifel, daß die Umwandlung von Selbstverwaltungs- in Auftragsangelegenheiten und umgekehrt dem Gesetzgeber jederzeit möglich sei."³⁾

Die genannten objektiven Merkmale des positiven Rechts blieben bis heute entscheidend und erklären u.a., wie der nationalsozialistische Gesetzgeber lediglich durch eine Erweiterung der Kommunalaufsicht die Selbstverwaltung weithin nivellieren konnte. Die Ausdrücke "Selbstverwaltungs-" und "Auftragsangelegenheiten" - die nur diesen objektiven Merkmalen Rechnung tragen - wurden 1919 von DREWS eingeführt.⁴⁾

Sie finden sich erstmalig in der preußischen Verfassung vom 30. 12. 1920, Art. 72: "1) Die Provinzen verwalten nach

- 1) LOY, Gemeindliche Auftrags- u. Selbstverwaltungsangelegenheiten, S. 38
- 2) O.MAYER, Nachweis b. LOY, Gemeindl. Auftrags- u. Selbstverwaltungsangelegenheiten, S. 38
- 3) LOY, Gemeindl. Auftrags- u. Selbstverwaltungsangelegnh. S. 39 f
- 4) DJZ 1919/361 ff; vgl. auch LOY, Gemeindl. Auftrags- u... S. 25

Maßgabe des Gesetzes durch ihre eigenen Organe: a) selbständig die ihnen obliegenden oder freiwillig von ihnen übernommenen eigenen Angelegenheiten (Selbstverwaltungsangelegenheiten); b) als ausführendes Organ des Staates die ihnen übertragenen staatlichen Angelegenheiten (Auftragsangelegenheiten)."

Nachdem so der letzte naturrechtliche Vorbehalt aufgegeben war, konnte PETERS 1926 feststellen,¹⁾ daß die Unterscheidung von eigenem und übertragenem Wirkungskreis praktisch bedeutungslos sei, weil²⁾ sie auf der³⁾ Vorstellung vom "eigenen Recht" beruhe. Alle Gemeinderechte seien auf staatliche Verleihung zurückzuführen und die Gemeinden bei den Auftragsangelegenheiten Staatsorgane. Die eigene Verantwortung sei das entscheidende Kriterium. - An dieser Auffassung hat die h.M. bis heute festgehalten.^{3)a} Das Grundgesetz (Art. 28) enthält keinen Hinweis auf diese Einteilung kommunaler Agenden, ohne jedoch einer "Beauftragung der Selbstverwaltungskörper mit der Durchführung staatlicher Belange" entgegen zu stehen.⁴⁾ Es beschränkt sich auf die Definition unentziehbarer Zuständigkeiten und läßt vom Wortlaut her offen, welche evtl. Beziehungen dieser Kompetenzen zu einem "eigenen" Wirkungskreis bestehen. Solche Berührungspunkte aufzudecken, bemüht sich die bayrische Verfassung in den Art. 11 und 83 sowie Art. 7 der Gemeindeordnung. Dieser Versuch verliert allerdings an Eindeutigkeit und insofern an Wert, wenn Art. 8 Abs. 3 der GO die Möglichkeit übertragener Aufgaben vorsieht, die durch das formelle Mittel einer gleichartigen Aufsicht den Angelegenheiten des "eigenen Wirkungskreises" praktisch gleichgestellt sind.

c) Es handelt sich bei der Unterscheidung gemeindlicher Zuständigkeiten also um eine herrschende Praxis, die eine Ein

- 1) Grenzen, S. 189
- 2) bzw. soweit, d. Verf.
- 3) naturrechtlichen, d. Verf.
- 3a) Vgl. BECKER, KHdb.I, S. 131 f, 135; KÖTTGEN, KHdb.I, S. 215 f; sinngemäß auch ELLERINGMANN, Grundlagen, S. 33 f; unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen 4) vgl. KÖTTGEN, KHdb.I, S. 217

teilung der Agenden von der unterschiedlichen Weisungsbefugnis des Staates abhängig macht. Diese Methode hat den Vorteil, daß dazu eindeutige formelle Kriterien herangezogen werden können; soweit war hier nur ein bestehender, heute unproblematischer Rechtszustand zu klären, den das Grundgesetz bei seiner Verkündung vorfand und an dem die Landesgesetze durchweg nichts geändert haben. Trotzdem ist der bayrische Versuch nicht unbeachtlich, Intentionen nachzugehen, die auch im GG vorhanden sind. Es kann durchaus sinnvoll sein, dem augenblicklich überwiegend formalen Terminus "Eigener Wirkungskreis" wieder einen materiellen Gehalt zu geben. Einleuchtend wäre es, als reine Selbstverwaltungsangelegenheiten nur das zu bezeichnen, was das Grundgesetz den Gemeinden an Aufgaben garantiert. Die Gemeinden hauptsächlich als Träger mittelbarer Staatsverwaltung zu betrachten, ist fortschreitender Brauch. Umso mehr sollten der Gesetzgeber und auch die kommunale Selbstverwaltung ein Interesse daran haben, ausschließlich diejenigen Agenden als typische Gemeindeangelegenheiten zu bezeichnen, deren Erledigung durch die Kommunen für den Staat politisch interessant ist und insofern ihre Existenzberechtigung beweist.

Die bisherige Praxis muß sich den berechtigten Vorwurf KÖTTGENS¹⁾ gefallen lassen, daß "schon die Gemeindeverfassungsgesetze... die strukturelle Besonderheit der Gemeindeverwaltung dadurch verdunkelt haben, daß sie in der Regel Veranstaltungen der Gemeinde mit dem aliud des weisungsfreien Gesetzesvollzuges zu dem Inbegriff der 'eigenen Angelegenheiten' zusammenfaßten. Diese Systematik, die sich allein an der zweitrangigen Frage aufsichtsbehördlicher Weisungsrechte orientiert und damit ein altes kommunalpolitisches Trauma lebendig erhält, weiß nichts von dem aktuellen Problem der Gegenwart." Das Wort "Trauma" hat hier seinen guten Sinn, wenn damit die Befangenheit in Vorstellungen des 19. Jahrhunderts gemeint ist; denn es ist nicht mehr sinnvoll, die unterscheidungslose Erweiterung des eigenen Wirkungskrei-

1) Gemeinde- und Bundesgesetzgeber, S. 54 f

ses als allgemeine Stärkung der Selbstverwaltung zu betrachten. - Wirtschaft und Verkehr des 20. Jahrhunderts bedingen den hochentwickelten Verwaltungsstaat. Deshalb bildet nach KÖTTGEN" ... nicht mehr die im Besitze des Aufsichtsrechts befindliche staatliche Executive, sondern der auf maximale Ausbreitung des Verwaltungsrechts bedachte Gesetzgeber ... heute den eigentlichen Kontrapunkt der Gemeinde"¹⁾ und "... nur mit bedingtem Recht kann auch heute noch der 'übertragene Wirkungskreis' allein auf das Kriterium staatsbehördlicher Weisungsrechte gegründet werden. Daß vielmehr auch die weisungsfreien Pflichtaufgaben auf einem 'Auftrag' allerdings des jedoch nicht minder anspruchsvollen Gesetzgebers beruhen, hat der moderne Verwaltungsstaat deutlich gemacht."²⁾

Schon diese Gesichtspunkte machen hinreichend deutlich, daß Gesetzgeber und kommunale Selbstverwaltung in ihren Auseinandersetzungen über den eigenen Wirkungskreis ihr Augenmerk vornehmlich darauf richten sollten, daß den Gemeinden nur solche Aufgaben als "eigene" zugewiesen werden, deren Erfüllung den von Art. 28 GG gewünschten politischen Effekt haben kann (vgl. o § 7 II). Die Frage nach dem Weisungsrecht kann und darf erst dann gestellt werden, wenn der materielle Gehalt einer Zuständigkeit hinreichend ist des Art. 28 Abs. 2 GG bestimmt ist. Deshalb stellt diese Norm an die Landesgesetzgeber die Forderung, eine Einteilung der kommunalen Agenden in erster Linie von der objektiven Beschaffenheit der einzelnen Aufgabe abhängig zu machen und damit der Systematik der Bundesverfassung zu folgen.

Hinzu kommt, daß die Spannung zwischen Staat und Gesellschaft nicht mehr im Gemeindeleben ihren Ausdruck findet. Gewerkschaften, Parteien, Kirchen und organisierte Interessenvertretungen aller Art sind die intermediären Gewalten geworden, deren sich der Bürger zur Durchsetzung seiner Anliegen bedient. Diese "Personalverbände"³⁾ machen ihren Einfluß auch

1) KHdb. I, S. 213

2) Gemeinde- und Bundesgesetzgeber, S. 55

3) KÖTTGEN, Gemeinde- u. Bundesgesetzgeber, S. 67

auf die gemeindliche Selbstverwaltung geltend und drohen, die besondere Eigenart des Kommunalverbandes zu beseitigen, die Gemeinde zu ihrem Werkzeug zu machen. Eine direkte Anteilnahme des Bürgers am Geschick seiner Stadt läßt sich nur herbeiführen bzw. erhalten, wenn auch er die "eigenen Angelegenheiten" als Aufgaben betrachtet, deren Lösung nur von seiner Gemeinde erwartet werden kann. Der eigene Wirkungskreis ist ein Ausdruck der Verfassungswirklichkeit. Seine Problematik ist die der kommunalen Selbstverwaltung schlechthin. LOY kennzeichnet sie mit den Worten: "Der Selbstverwaltung wohnt kein 'Eigenwert' inne, sie ist Mittel zum Zweck und empfängt ihre Bedeutung aus der Funktion, die sie im Volksganzen erfüllen kann. In der Vergangenheit hat sie ihre eigene, oft wechselnde Dynamik entwickelt: von STEIN als Bewegung zum Reich entfacht, wurde sie ein Vorkämpfer der bürgerlichen Freiheit gegen den absoluten Staat, versuchte im GNEISTschen Sinne Staat und Gesellschaft zu vereinen, um schließlich den in der Selbstverwaltung erzogenen Bürger den ganzen Staat erobern zu sehen.

Zwischen dem alten Widersacher 'Staat' und dem neuen 'Personalverband' eingeengt, droht heute der gemeindlichen Selbstverwaltung, nur ein belangloser Wirkungskreis zu bleiben.

"... Die Zukunft wird erweisen, ob die uns so wertvolle Institution der Selbstverwaltung auf neuer ideeller Basis sich zu einer integrierenden Funktion in unserem sozialen und politischen Dasein zurückfindet."¹⁾

II. Die Entziehung nicht wahrgenommener Aufgaben

Unabhängig von der in § 15 Abs. 1 S. 1 RZwVG gewählten Terminologie ("Auftragsangelegenheiten", "Pflichtaufgaben", "andere Aufgaben") hängt es nur von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ab, welche Zuständigkeiten einer Gemeinde entzogen werden dürfen. Es ist jedoch denkbar, daß eine nach Art. 28 GG unentziehbare Zuständigkeit von dem betreffenden Selbstverwaltungskörper gar nicht wahrgenommen wird. Kann dann ein pflichtiger Verband mit der Wahrnehmung dieser Aufgabe betraut werden?

1) Gemeindl. Auftrags- u. Selbstverwaltungsangelh., S. 70 f

Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG redet nur von dem Recht, nicht von der Pflicht, eine Zuständigkeit wahrzunehmen. Eine solche Rechtsmacht beinhaltet auch die freie Entscheidung darüber, ob man sie ausüben will oder nicht. Diese freie Entschliesung würde aber ausgeschlossen, wenn der Staat nicht wahrgenommene Zuständigkeiten einem pflichtigen Verband zuweisen könnte.

Nur diese Interpretation des Wortsinns deckt sich mit einer teleologischen Auslegung.¹⁾ Das gilt auch für den Fall, daß die Nichtwahrnehmung einer dieser Zuständigkeiten auf einem Versagen der Gemeinde beruhen würde. Vergrößernd ausgedrückt ist es das Anliegen von Art. 28 GG, daß in der Gemeinde aus unmittelbarer Anschauung des Bürgers heraus Demokratie exerciert wird. Dazu gehört, daß sich die Einwohner mit einer gewissen Notwendigkeit über die Amtsführung der Gemeindeorgane Gedanken machen sollen. Das werden sie nun umso eher tun, wenn dabei - vermeintliche oder tatsächliche - Mißstände zu rügen sind. Betrachtet man die Sache so, dann wird die ideale Selbstverwaltung gerade nicht in einer Gemeinde verwirklicht, deren besonnener Rat und unerreicht tüchtiger Gemeindedirektor so einwandfrei arbeiten, daß sie dem Bürger selbst jede eigene Überlegung ersparen, ob in seiner Stadt wohl etwas anders gemacht werden müßte; Korruptionsfälle und sachliche Mißgriffe gehören zur Demokratie wie zu jeder anderen Staatsform. Man könnte sogar von der Notwendigkeit sprechen, die Angehörigen einer Gemeinde auch mit diesen Erscheinungen staatlichen Lebens zu konfrontieren, um sie zur ständigen Besinnung auf das Wesen der Demokratie und ihre Rechte unter dieser Herrschaftsform zu zwingen.

Es muß einen - wenn auch noch so geringen - Bereich geben, in dem die Gemeinde allein über ihre Geschicke zu entscheiden hat. Die Möglichkeit des Staates, gewisse reale oder nur vermutete Pannen zu reparieren, indem er eine Zuständigkeit mangels Ausübung durch die Gemeinde wieder an sich zieht, würde den Sinn der ganzen Institution "Selbstverwaltung" in Frage stellen.

1) Vgl. oben § 7 II

Das Landesrecht spricht vom "eigenen" Wirkungskreis, ohne daß die Fassung des Grundgesetzes mit ihrer Kompetenzgarantie dem rechtlich notwendig entspräche. Es hätte einen guten Sinn, von "eigenen" Aufgaben nur dann zu sprechen, wenn damit die von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG verbürgten Zuständigkeiten gemeint wären. Ein solcher Sprachgebrauch entspricht zwar weitgehend der augenblicklichen Praxis, ist aber dem geltenden Gemeinderecht nicht mit begrifflicher Notwendigkeit zu entnehmen.

§ 14. Art. 28 GG und der Selbstverwaltungsbegriff

Wenn ein pflichtiger Verband rechtmäßigerweise eine oder mehrere Gemeindeaufgaben übernommen hat, so bleibt dennoch eine Beziehung der Kommunalverbände zu diesen Agenden bestehen: der Verband erhebt zur Deckung seiner Kosten von ihnen Beiträge.¹⁾ Wird ein pflichtiger Verband eingerichtet, der sich mit Aufgaben befaßt, welche von den beteiligten Gemeinden vorher nicht wahrgenommen wurden, so ergibt sich daraus eine zusätzliche finanzielle Belastung. In fast allen Gemeindeordnungen bzw. Verfassungen der Länder findet sich sinngemäß der Satz, daß die Gemeinden neue Aufgaben nur zugewiesen bekommen dürfen, wenn gleichzeitig deren Finanzierung gesichert ist. Solche Finanzierungsbestimmungen enthalten die Gesetze betreffend die Errichtung pflichtiger Verbände idR nicht. Liegt darin ein Verstoß gegen die erwähnten Landesgesetze oder gegen das Grundgesetz?

PETERS²⁾ bemerkt zum Problem der Wahrnehmung von Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises entweder durch die Gemeinde oder eines ihrer Organe, daß es sich in jedem Falle um Auftragsangelegenheiten der Gemeinde handele, da diese die Kosten auch für das beauftragte Organ trage. Das heißt: entscheidend für die Subjektstellung der Gemeinde ist es, ob sie die Kosten für eine Aufgabenerledigung trägt. Kann die

1) Vgl. z.B. §§ 24, 17 RZweckVG, § 15 RuhrSVbG, § 20 des Hessischen Mittelstufengesetzes, § 78 Wasserverbandsverordnung
2) Grenzen, S. 194

Belastung mit einem Beitrag, d.h. Kosten, diese Folge haben? Wenn ja, so könnte man die Gemeinden nach geltendem Recht nicht mit Beiträgen für die Erledigung bisher nicht wahrgenommener Aufgaben belasten, ohne die Aufbringung dieser Beiträge zu regeln; verneinendenfalls bliebe zu untersuchen, ob diese Finanzierungsvorschriften in den Verfassungen nicht analog angewandt werden müßten. MaW: handelt es sich begrifflich noch um "Selbstverwaltung", wenn Gemeinden neue Aufträge durch einen von ihnen finanzierten Verband erledigen müssen? -

Es muß geklärt werden, worin die spezielle Eigenart des gemeindlichen Wirkens liegt. Das erfordert zunächst einen Überblick über das Wesen kommunaler "Zuständigkeiten" (I.), um dann nach einer Auseinandersetzung mit der Literatur (II.) festzustellen, was "Selbstverwaltung" begrifflich darstellt. Sollte sich ergeben, daß eine Aufgabenerfüllung durch einen Verband der Selbstverwaltungskörper noch nicht bzw. nicht mehr als gemeindliches Wirken anzusprechen ist, so müßte geprüft werden, ob die Finanzierungsvorschriften auf die Leistung von Beiträgen an pflichtige Verbände analog anzuwenden sind (III.).

I. Das Wesen der Gemeindezuständigkeiten

Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben üben die Gemeinden Staatsgewalt aus. Da diese endgültig nur dem Staate selbst zustehen (diesem "endzuständig" ist), können die Gemeinden nur Träger (Subjekt) einer abgeleiteten hoheitlichen Gewalt¹⁾ sein: sie sind nur zur Wahrnehmung dieser Gewalt berechtigt ("wahrnehmungszuständig"). Einerlei um welche Aufgaben es sich handelt: hinsichtlich der Staatsgewalt, des zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Mittels, sind die Kommunen immer nur wahrnehmungszuständig.²⁾

1) vgl. WOLFF, VwR I, § 4 III b, S. 25

2) zur Definition einer "Zuständigkeit" vgl. WOLFF, Vorlesung, S. 136; Vertretung, S. 236. Die Ausdrücke "Endzuständigkeit" und "Wahrnehmungszuständigkeit" vgl. bei WOLFF, Vorlesung, S. 70, 136

Mit dem Wort "Zuständigkeit" (Bezogenheit einer Pflicht oder eines Rechts auf ein Subjekt) wurde bisher unterschiedslos das Recht auf eine Aufgabe wie auch die damit verbundene Berechtigung auf Ausübung von hoheitlicher Gewalt bezeichnet: Ausdrücke wie "Zuständigkeit", "Angelegenheit", "Aufgabe", "Agende" usw. standen ohne scharfe begriffliche Trennung nebeneinander.

a) Das Wort "Zuständigkeit" hat an sich keinen eigenen materiellen Inhalt, sondern bezeichnet nur das Vorhandensein einer Rechtsbeziehung; trotzdem wird es meist ohne weitere Hinweis auf das in concreto "zustehende" Recht als Bezeichnung eben dieser Rechtsstellung benutzt - also als Ausdruck mit eigenem materiellen Inhalt, der seinerseits als selbstverständlich unterstellt wird. Dieser Sprachgebrauch ist unbedenklich, solange der unterstellte Inhalt als solcher richtig verstanden wird.

Redet man von "Gemeindezuständigkeiten", so ist fast immer deren Recht gemeint, Staatsgewalt auszuüben. Dieselbe Bedeutung hat es, wenn von Zuständigkeit zur Erfüllung bestimmter Aufgaben, Wahrnehmung gewisser Angelegenheiten usw. die Rede ist¹⁾: immer handelt es sich um Kennzeichnung einer Tätigkeit, die kraft der Autorität des Staates verbindlich ist. Besteht demgegenüber ein Unterschied, wenn es heißt, daß eine bestimmte Aufgabe den Gemeinden zusteht?

Die Zuständigkeit für eine Aufgabe bedeutet sicherlich auch das Recht auf ihre Erfüllung, was nur unter Benutzung bzw. Wahrnehmung der Macht des Staates möglich ist. Das ist jedoch keine Folge begrifflicher Notwendigkeit; es handelt sich wiederum nur um einen allgemeinen, auch gesetzgeberischen Sprachgebrauch, der - zutreffend - davon ausgeht, daß die Zuweisung einer Aufgabe nur dann einen Sinn hat, wenn damit die Zuweisung der Macht zur Erfüllung dieser Aufgabe verbunden ist; denn die Zuweisung einer Aufgabe begründet idR die Rechtspflicht zur Ausführung. Das be-

1) Vgl. auch Art. 28 GG

deutet bereits einen Hinweis auf Zusammenhänge zwischen der Macht und den Zwecken bzw. Aufgaben des Staates.

Die Macht, einen Willen zu bilden und durchzusetzen, ist Voraussetzung für das Bestehen staatlicher Gemeinschaft. Also ist die Staatsgewalt ein Mittel zur Gewährleistung staatlicher Existenz. Der Staat ist jedoch nicht um seiner selbst willen da; wie jede andere Institution existiert er, um gewisse Zwecke zu erfüllen. - Das Subjekt Staat hat seinen Zielen nachzustreben; um sie zu erreichen, ist es mit der Staatsgewalt ausgestattet. Als Macht des Staates dient die Staatsgewalt der Durchführung der Staatsaufgaben.¹⁾ Vergründet ausgedrückt: die staatliche Verbandsmacht ist gerechtfertigt als Existenzvoraussetzung und Mittel des Staates, der seinerseits durch seine Zwecke gerechtfertigt wird. Also besteht zwischen staatlichen Aufgaben und staatlicher Macht eine Zweck-Mittel-Relation. Unter dieser Voraussetzung ist zu untersuchen, in welcher Weise der Staat die Gemeinden einerseits mit Aufgaben betraut hat und ihnen andererseits die Mittel zur Erfüllung dieser Aufgaben überläßt.

b) Über die Mittel wurde oben vor a) bereits gesprochen; ohne den Kommunalverbänden eine eigene, ihnen endzuständige Gewalt überlassen zu können, hat der Staat sie in die Lage gesetzt, seine Verbandsmacht für ihn auszuüben; sowohl im übertragenen Wirkungskreis als auch im eigenen Bereich handhaben sie kraft staatlicher Delegation im eigenen Namen eine abgeleitete hoheitliche Gewalt, die ihnen selbst nicht endzuständig ist. Gelten für die Verteilung der Aufgaben entsprechende Regeln?

Man muß Staatszwecke und -aufgaben unterscheiden; Staatsaufgaben sind nach KÜCHENHOFF²⁾ die im einzelnen genau bestimmten Staatstätigkeiten in den verschiedenen Bereichen des menschlichen Zusammenlebens (z.B. polizeiliche oder gerichtliche Tätigkeit), während Staatszwecke nur die gedanklich vorgestellten Endziele staatlichen Handelns sind, die

1) KÜCHENHOFF, Staatslehre, S. 42

2) Staatslehre, S. 56

u.a. auch durch die Erfüllung der Aufgaben angestrebt werden. Mit "Aufgabe" wird also noch nicht das Tätigsein selbst bezeichnet; "Aufgabe" bedeutet nur, daß ein Tätigsein aufgegeben, vorgeschrieben ist und kann als Begriff noch nicht das aktive Handeln selbst erfassen. Dieser Unterschied zwischen dem Handeln selbst und dem nur erst aufgegebenen Handeln muß gemacht werden, wenn es darum geht, die Beziehung zwischen "Aufgaben" und dem Subjekt dieser Aufgaben zu erfassen. - Wenn "Aufgabe" begrifflich nur sagt, daß einem Subjekt ein bestimmtes Handeln vorgeschrieben, "aufgegeben" ist, so kann erst das aktive Handeln selbst diesem Subjekt zugerechnet bzw. -ordnet werden. Organisationsrechtliche Ausdrücke wie "Zurechnung" oder "Zuordnung" können daher begrifflich nicht verwendet werden, um die Beziehung zwischen Subjekt und Aufgabe zu kennzeichnen. Das Organisationsrecht regelt die Tätigkeit von Organen für rationale Subjekte; die Aufgaben der Subjekte sind die Gegenstände dieses Handelns. - Welche Rechtsstellung hat nun die Gemeinde in Bezug auf Staatszwecke und -aufgaben?

Man unterscheidet absolute und relative Staatszwecke.¹⁾ Absolut nennt man die vorgestellten Endziele staatlicher Tätigkeit überhaupt (z.B. Förderung des Allgemeinwohls, Festigung der Demokratie usw.), relativ seine Ziele in bestimmten Teilbereichen (z.B. Sicherung der öffentlichen Ordnung, Kulturförderung usw.). Diese Zwecke kann die Gemeinde nicht selbst über ihre Tätigkeit stellen; sie ist nur Mittel des Staates zur Erreichung solcher Zwecke. Insofern sind die Einrichtung und Garantie der Selbstverwaltung an sich schon eine Aufgabe des Staates, deren Erfüllung seinen Zwecken dient. Die Selbstverwaltung ist nicht ausschließlich dazu geschaffen worden, damit in der Gemeinde Demokratie durchgeführt wird, sondern um die Demokratie im Staat zu festigen; die Gemeindegemeinschaft ist dazu nur das Mittel. -

Dasselbe gilt mit gewissen Einschränkungen auch für die relativen Staatszwecke; hat sich der Staat entschieden, daß z.B. die Gesundheitspflege sein besonderes Anliegen sein soll, so ist die Gemeinde nur ein Mittel zur Erreichung fremder

1) Vgl. KÜCHENHOFF, Staatslehre, S. 56

Zwecke, wenn der Staat ihr entsprechende Aufgaben zuweist. Will er sich andererseits z.B. nicht mit Kulturförderung befassen, so steht es der Gemeinde im Rahmen der Gesetze frei, sich ein entsprechendes eigenes Ziel zu setzen. Zusammenfassend wäre zu sagen: Staat und Gemeinde können nicht dieselben Zwecke verfolgen. Hinsichtlich staatlicher Ziele kann letztere nie mehr als Mittel zum Zweck sein. Es steht ihr u.U. aber frei, eigene vom Staat nicht verfolgte Absichten für sich in Anspruch zu nehmen, deren Verfolgung aber nicht ihre Funktion als Mittel zur Erreichung der oben unter § 7 II beschriebenen staatlichen Anliegen gefährden darf. - Eine eigene Beziehung der Gemeinde zu staatlichen Zwecken ist nicht denkbar. Die Erfüllung staatlicher Aufgaben dient den Staatszwecken.²⁾ Damit ist begrifflich nicht gesagt, daß der Staat selbst sich mit diesen Aufgaben befassen muß. Es ist also denkbar, daß - im Gegensatz zu den Staatszwecken - eine eigene Beziehung der Gemeinden zu den Aufgaben besteht, deren Erfüllung der Staatszweck fordert. - Staatsaufgaben werden nach Grundformen und Bereichen unterschieden. Unter Grundformen versteht man Gesetzgebung, Verwaltung usw.; ihre Unterscheidung im materiellen, funktionellen, formellen und organisatorischen Sinne, bei der sowohl organisatorische als auch materielle Gesichtspunkte eine Rolle spielen, mag hier dahingestellt bleiben.³⁾ Alle Staatsgewalt, die bei diesen Grundformen der Staatstätigkeit ausgeübt wird, kann rechtstechnisch als abgeleitete hoheitliche Gewalt zwar der Gemeinde, endgültig aber nur dem Staat zustehen; eine Konkurrenz von Endzuständigkeiten ist nicht denkbar. Anders bei den verschiedenen Bereichen von Aufgaben; hier ist eine Konkurrenz möglich.⁴⁾ Die einzelne Tätigkeit kann mehreren Subjekten aufgegeben sein, d.h. "zustehen". Aus Zweckmäßigkeitsgründen wird sich idR nur ein Subjekt durch seine Organe mit einer bestimmten Tätigkeit befassen. Eine Konkurrenz kann auch insofern vorliegen, daß wahlweise das eine oder andere Subjekt tätig werden darf.

2) KÜCHENHOFF, Staatslehre, S. 56, 69

3) vgl. dazu KÜCHENHOFF, Staatslehre, S. 89ff mit Literaturhi:

4) KÜCHENHOFF, Staatslehre, S. 89

Aber auch gemeinsames, gleichzeitiges Handeln ist denkbar (z.B. der gemeinschaftliche Bau einer Schule von Gemeinde und Land). Schließlich besteht die Möglichkeit, die dem einen Subjekt zustehende Aufgabe durch ein beauftragtes anderes Subjekt wahrnehmen zu lassen. Das geltende Recht kennt alle diese Formen der Aufgabenverteilung, die mit Schlagworten wie "Dekonzentration" und "Dezentralisation" gekennzeichnet werden.

Dekonzentration bedeutet nur die technisch-organisatorische Arbeitsverteilung auf verschiedene, örtliche Organe desselben Subjekts, das kraft seiner Organisationsgewalt die nach wie vor nur ihm allein zuständigen Aufgaben von verschiedenen, lediglich dezentrierten Organen besorgen läßt. Demgegenüber geht die Dezentralisation weiter; sie bezeichnet den Vorgang, daß das Subjekt Staat eine Aufgabe z.B. an die Gemeinden abgibt, wodurch diese allein zuständig werden; denn wenn dem Staat fortan verwehrt ist, sich mit diesen Agenden ("agendum": etwas, das getan werden soll!) zu befassen, so kann man nicht mehr von Staatsaufgabe reden, da dem Staate ja nichts mehr aufgegeben ("agendum"!) ist. Grundsätzlich ist er aus seiner Verantwortung für die Erledigung entlassen, er darf nur noch die Rechtmäßigkeit der Aufgabenerfüllung überwachen.

Dezentralisation ist zunächst ein Gebot der politischen Absicht des Art. 28 GG; daneben auch eine Frage der Zweckmäßigkeit. Denn normalerweise werden die unmittelbar Betroffenen die Erfüllung lokaler Aufgaben ernster nehmen und besser überwachen als der unpersönliche, zentrale Staat, dessen Organwalter nicht in der gleichen tatsächlichen, unmittelbaren Bezogenheit zu den örtlichen Problemen stehen. Wenn für eine Angelegenheit aber nicht mehr der Staat zuständig sein kann, sondern nur und ausschließlich die Gemeinde, so muß man wohl von eigenen, der Kommune endzuständigen Aufgaben reden, deren Erfüllung allerdings dem Staatszweck und nicht einem eigenen Gemeindezweck dient. Erst recht wird man aber von "eigenen" Agenden reden müssen, wenn damit eigene Zielsetzungen der Kommunalkörper verfolgt werden;

solche eigenen Gemeindezwecke sind begrifflich denkbar (z.B. Naturschutz, Denkmalpflege usw.), tatsächlich aber wohl selten vorhanden, da es kaum einen Lebensbereich gibt, in dem der moderne Verwaltungstaat nicht bestimmte eigene Zwecke verfolgt und somit abweichende Gemeindezwecke ausschließt.

Demnach ist KÜCHENHOFF¹⁾ nur teilweise zuzustimmen, wenn es dort heißt, daß die Selbstverwaltungskörper Staatsorgane und ihre Aufgaben Staatsaufgaben bleiben. Es gibt die Agenden des übertragenen Wirkungskreises, die nur dem Staat zustehen und zu deren Erfüllung er dann den Gemeinden das Recht auf Ausübung seiner Gewalt erteilt. Dann fungiert die Gemeinde als selbständiges Staatsorgan, das Staatsaufgaben durchführt.²⁾ Im eigenen Wirkungskreis sind es eigene Agenden. Und dieser Umstand ist auch entscheidend für ihre Organstellung. -

Wenn die Gemeinde eine eigene Aufgabe in freier Entscheidung, eigener Verantwortung erfüllen soll, so wäre diese (End-) Zuständigkeit tatsächlich inhaltslos, wenn der Selbstverwaltungskörper nicht auch frei über die erforderlichen Mittel verfügen könnte. Der Gemeinde ist eine Aufgabe zuständig, d.h. vergrößernd: ihr ist ein zu lösendes Problem gestellt. Diese Lösung ist unmöglich, wenn sie nicht einen Willen bilden und durchsetzen kann, der für jeden betroffenen Staatsangehörigen verbindlich sein muß (man denke an die Benutzung von Gemeindevorrichtungen durch Fremde). Sie ist auf die Ausübung von Staatsgewalt angewiesen und muß bei deren Gebrauch so frei sein, wie die zustehende Aufgabe es erfordert. Aus diesem Grunde bedeutet die Zuweisung einer Aufgabe logischerweise auch die Zuweisung des Rechts auf Ausübung der erforderlichen Gewalt; was lediglich als Delegation einer Aufgabe bezeichnet wird, hat deshalb immer folgenden Sinn: a) es wird eine Aufgabe delegiert, die dadurch für den Delegatar endzuständig wird und dem Deleganten verloren geht,

1) Staatslehre, S. 118

2) vgl. WOLFF, VerwR I, § 35 IIIa, S. 176

b) es wird das erforderliche Recht auf Ausübung der Staatsgewalt delegiert; diese Wahrnehmungszuständigkeit wird für den Delegatar endzuständig, während der Delegant eine ihm nach wie vor endgültig zuzuordnende Rechtsmacht nicht mehr ausüben darf - also nur eine Wahrnehmungszuständigkeit verliert. Bei diesem Vorgang handelt es sich um eine Normalerscheinung des öffentlichen Rechts, wonach die Aufteilung der Staatsgewalt zwischen Bund und Ländern, aber auch des bloßen Rechts auf Wahrnehmung dieser Macht durch abhängige oder unabhängige Organe der genannten Subjekte sich nach der Verteilung der Aufgaben richtet, deren Erledigung eine Ausübung der staatlichen Verbandsmacht erfordert. Dieser logische Zusammenhang wird immer vorausgesetzt, wenn von der Zuständigkeit für eine Aufgabe die Rede ist.

Für die weitere Erörterung des Selbstverwaltungsbegriffs ist also zu beachten, daß mit "Gemeindezuständigkeiten" bzw. "-rechten" verschiedenes gemeint sein kann:

- a) es gibt zwar keine Verbandszwecke, die Staat und Gemeinde gemeinsam zustehen können; bei einem Verzicht des Staates kann die Gemeinde im Rahmen ihrer gesetzlichen Funktion mit der Erfüllung eigener Aufgaben eigene Zwecke verfolgen;
- b) die Gemeinde kann mit der Erfüllung eigener, ihr endzuständiger Aufgaben den für sie fremden Staatszwecken dienen;
- c) als selbständiges Organ kann bzw. muß sie Aufgaben des Staates erledigen;
- d) bei der Erledigung der zu a)-c) genannten Aufgaben übt sie abgeleitete hoheitliche Gewalt aus, die endgültig nur dem Staat zusteht.

II. Der Begriff kommunaler Selbstverwaltung

Zum Selbstverwaltungsbegriff gibt es in der Literatur eine kaum übersehbare Fülle von Ansichten, die alle mehr oder weniger von einander abweichen. PETERS¹⁾ hat sich bereits der Mühe unterzogen, eine umfassende Übersicht der wichtigsten Lehrmeinungen zusammenzustellen. Eine Schrift, die nicht speziell den Selbstverwaltungsbegriff zum Gegenstand hat, kann

1) Grenzen, S. 5-17

sich deshalb mit einer Verweisung begnügen. Im Folgenden soll daher lediglich eine Auseinandersetzung mit PETERS' Ansicht vorgenommen werden, die ihrerseits aus einer gründlichen Kritik der anderen Autoren hervorgegangen ist.

a) Zunächst ist PETERS¹⁾ darin zuzustimmen, daß der auf GNEIS! zurückzuführende sog. politische Selbstverwaltungsbegriff keine eigene juristische Bedeutung hat; der Ehrenbeamte hat in der Selbstverwaltung die Rechte und Pflichten eines berufsmäßig tätigen Beamten; "die Verwaltung muß daher ihrer rechtlichen Natur nach dieselbe sein, gleichviel ob sie von Ehren- oder Berufsbeamten ... geführt wird. Aus dem gleichen Grunde muß es aber ebenso gleichgültig sein, ob die Beamten durch Wahl oder durch Ernennung ihr Amt erlangen".²⁾ Insofern kann der GNEIS!sche Begriff nur als gesetzgeberisches Prinzip und nicht als juristisches Merkmal von Bedeutung sein. Der Selbstverwaltungsbegriff muß notwendig in einem Gegensatz zum Begriff der Staatsverwaltung stehen; da Ehrenbeamte auch in der staatlichen Organisation vorkommen, kann man sie nicht als besondere Eigentümlichkeit gemeindlicher Verwaltung betrachten. Die sog. "politische Selbstverwaltung" kann als juristisch unerheblich aus der Erörterung ausgeschlossen werden.

Ist für den juristischen Selbstverwaltungsbegriff eine Verschiedenheit des Subjekts (Trägers) der Verwaltung erheblich? Im Gegensatz zur Staatsverwaltung wird eine vom Staat verschiedene Person tätig; diese Verschiedenheit ist nicht historisch sondern nur nach geltendem Recht zu erklären. Es kommt nicht darauf an, ob es vor dem Staat schon Gemeinden gegeben hat; entscheidend ist, daß die heutige Gemeinde dem Staat ihre Existenz verdankt.³⁾ Subjekt eines gemeindlichen

1) Grenzen, S. 19

2) Grenzen, S. 18

3) Dabei ist zu bemerken, daß auch das Wesen der historischen Gemeinde vielfach verkannt wird; die Stadt des Mittelalters war nach heutigen Begriffen oft selber ein Staat, ihr Eigenständigkeit folglich selbstverständlich. Daß man sie - wo das nicht zutrifft - in ihrer Stellung als Glied einer dezentralisierten Staatsorganisation verkannte, lag daran,

Selbstverwaltungsrechts kann ferner nur eine Korporation als juristische Person des öffentlichen Rechts sein. Wenn der Besitzer eines gemeindefreien Grundstücks Lasten trägt und Rechte hat, die normalerweise nur Gemeinden zustehen, "so übt er damit ebensowenig öffentliche Verwaltung wie jeder andere Privatmann, der gelegentlich in die Lage kommt, Subjekt öffentlicher Rechte und Pflichten zu sein".¹⁾ Für das Subjekt der Selbstverwaltungsbefugnis ist jedoch der Unterschied zur Staatsperson entscheidend: es handelt sich um vom Staat zu unterscheidende juristische Personen des öffentlichen Rechts.

b) Auch bei den Objekten der Selbstverwaltung muß ein Gegensatz zu denen der Staatsverwaltung bedeutungsvoll sein. Vom Wort her bedeutet "Selbstverwaltung" einen Gegensatz zum "Verwaltetwerden" durch den Staat, wobei man sich darüber klar sein muß, daß nicht Menschen oder Körperschaften usw. sondern Aufgaben verwaltet werden:²⁾ ein "aufgegebenes" Tun vollzogen wird. Bei diesen Objekten setzt die Kontroverse über evtl. eigene Rechte der Gemeinden an den Aufgaben und - logischerweise - auf die zur Aufgabenerfüllung notwendige Gewalt ein.

1.) Die Frage nach einem ursprünglichen eigenen Recht darf im negativen Sinne als geklärt gelten. Natürliche Rechte kann nur ein natürliches Gebilde haben. Möglicherweise sind Gemeinden früher einmal durch den Zusammenschluß von Menschen auf räumlich benachbartem Gebiet mit einer gewissen Notwendigkeit entstanden. Heute ist die Zugehörigkeit zu einer bestimmten kommunalen Gebietskörperschaft von der Entscheidung des Gesetzgebers über die Gemeindegrenzen abhängig, was in Industrie-

3) daß "sie nicht der autokratisch-bürokratische Apparat war, mit dem man ... den Staat identifizierte. Was nur eine Verschiedenheit der Erzeugungsmethoden der räumlich für das ganze Gebiet und gewisser nur für Teilgebiete geltenden Normen derselben staatlichen Ordnung, nur Verschiedenheit der Staatsform des Ganzen und gewisser Teile war, das wurde zu einem Gegensatz zweier als Ganzheiten behaupteter Gemeinschaften mißdeutet"; vgl. KELSEN, Staatslehre, S. 186

1) PETERS, Grenzen, S. 20, der dabei verkennt, daß es sich in solchen Fällen um "Beliehene" handeln kann; vgl. WOLFF, VerwR I, S. 10, 148, 247
2) PETERS, Grenzen, S. 21

gebieten und Großstädten besonders augenfällig wird. "Beruht aber die Existenz von Gemeinden auf Umständen, die außerhalb ihrer Persönlichkeit liegen, so wird man ... annehmen müssen, daß sie nicht originäre, d.h. ihnen von Natur aus zukommende Rechte, sog. Grundrechte, haben".¹⁾

Dieser Auffassung stand seinerzeit die Einordnung des Art. 127 in den Grundrechtsteil der WRV scheinbar entgegen; diesen vermeintlichen Widerspruch erledigt PETERS auf den Seiten 23-30 eingehend. Seine Auffassung wird von den modernen Erkenntnissen über das Wesen einer Institutionsgarantie und die Vielschichtigkeit der sog. Grundrechte (vgl. den I. Teil des GG) bestätigt.²⁾ Im Grundgesetz steht die Selbstverwaltungsgarantie nicht mehr im Grundrechtsteil. Die Verbürgung der örtlichen Angelegenheiten ist keine Anerkennung eines ursprünglichen, vorstaatlichen Rechts, sondern die Konsequenz bestimmter Staatszwecke.³⁾ KELSEN⁴⁾ bemerkt: "In Wahrheit handelt es sich bei solcher Theorie (von den eigenen, ursprünglichen Rechten, d. Verf.) ... nur um den Versuch der Verabsolutierung gewisser politischer Postulate."

2.) Wenn das positive Recht keine ursprünglichen eigenen Gemeinderechte kennt, so kann es eigene Zuständigkeiten nur kraft staatlicher Zuweisung geben. Bei der Untersuchung dieser Befugnisse gilt ganz besonders, was PETERS auf Seite 1 sagt: "Man muß sich bewußt sein, daß an sich mit einem Wort jeder beliebige Sinn verbunden werden kann und daß der begriffliche Inhalt eines Wortes lediglich Sache der Vereinbarung der Menschen gleicher Zunge ist." Deshalb soll hier noch einmal auf die begriffliche Untersuchung der verschiedenen Gemeindezuständigkeiten (oben unter I.) verwiesen werden.

Zunächst ist zu untersuchen, ob es Rechte gibt, die sich *ipso* aus der Rechtsfähigkeit der Gemeinde ableiten; da diese Rechtsfähigkeit des Subjekts "Gemeinde" bereits als Merkmal

1) PETERS, Grenzen, S. 23
2) vgl. dazu die Differenzierung bei v. MANGOLDT-KLEIN, Vorbemerkung AVI, B I-X; aus ihr folgt, daß es neben den natürlichen auch andere Grundrechte gibt, die gegenüber dem sog. vorstaatlichen vom Staat erst geschaffen worden sind
3) vgl. oben § 7 II 4) Staatslehre, S. 186

mal des Selbstverwaltungsbegriffs erkannt wurde, könnten solche Rechte nicht noch einmal als begriffsnotwendig angeführt werden. - Nachdem die Gemeinden im 16. - 18. Jahrhundert nur unselbständige Staatsanstalten waren, hat der Staat diese Lösung schließlich als unzweckmäßig erkannt und ihnen eigene Rechtspersönlichkeit zuerkannt. Juristische Personen als rationale Gebilde sind im natürlichen Sinne nicht handlungsfähig, haben also ohne Organe, die für die Gemeinde einen Willen bilden und ausführen, keinen Sinn. Die Ausführung eines Willens ist ihrerseits mit Kosten verbunden; also ist auch eine Finanzverwaltung erforderlich. Das Recht auf eigene Organe und eigenes Vermögen sowie auf Ausübung derjenigen Tätigkeiten, die sich aus der Notwendigkeit ergeben, eine Organisation zu schaffen und zu erhalten, ist daher bereits logisch in der Anerkennung als öffentlich-rechtliche Körperschaft enthalten;¹⁾ dabei ist zunächst gleichgültig, wie die Organisation aussieht und ob der Staat auf sie einwirken kann; die Frage nach dem Recht auf eine Organisation an sich ist zu unterscheiden von der Befugnis, diese Organisation mehr oder weniger selbst vorzunehmen. - Es handelt sich beim Recht auf Organe usw. um ein eigenes Recht des Kommunalverbandes, der endzuständiges Subjekt dieser Befugnisse ist. Für den Begriff von der selbstverwaltenden Gemeindetätigkeit sind diese ohne Bedeutung, weil schon in der Anerkennung der Rechtsfähigkeit des Subjekts der Selbstverwaltung enthalten. Es erscheint sogar fraglich, ob man PETERS so verstehen darf, daß er das Recht auf Organe und die wie auch immer geartete Ausübung dieses Rechts überhaupt zu den Objekten der Selbstverwaltung zählen will; bezeichnet man als Objekte die Aufgaben, mit deren Erfüllung durch die Gemeinde Zwecke des Staates verfolgt werden, so ist die Ausübung eines Organisationsrechts usw. nur Voraussetzung dieser Aufgabenerfüllung. Dieser Umstand findet auch in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG seinen Ausdruck; das Organisationsrecht ist keine "Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft" sondern

1) So PETERS, Grenzen, S. 31

eine Voraussetzung für die Ausübung des Rechts, eine solche Angelegenheit zu regeln; es wäre sinnwidrig, die Zuständigkeit zur Organisation besonders zu verbürgen, da sie zugleich mit der Institution "Gemeinde" garantiert ist. Die Gemeinde ist nicht als Selbstzweck institutionell garantiert, sondern soll staatlichen Zwecken dienen; deshalb ist ihr ein bestimmter Aufgabenkreis zugewiesen. "Würden die Gemeinden diese Aufgaben nicht durchführen, so müßte der Staat auf andere Weise für ihre Erfüllung sorgen; insofern kann man hier von Angelegenheiten sprechen, die an sich staatliche sind. Tatsächlich aber sind sie kraft positiven Rechts heute Aufgaben der Gemeinden, die ebenso wie Organbildung und Finanzverwaltung der Tatsache der Schöpfung der Gemeinden als juristischen Personen ihr Dasein verdanken. Die Gemeinden üben sie als eigene, im staatlichen Interesse geführte. Aus dem Zivilrecht sind uns ähnliche Fälle, in denen eine Person im eigenen Namen die Interessen einer anderen vertritt, ganz geläufig. Warum sollte es etwas Entsprechendes im öffentlichen Recht nicht geben?"¹⁾ - Abgesehen von dem Vergleich mit dem Zivilrecht ist PETERS zuzustimmen. "Aufgabe" ist von "aufgegebene Tätigkeit" besagt nicht mehr, als daß in diesem oder jenem Bereich aus diesem oder jenem konkreten Anlaß ein bestimmter Verwaltungseffekt erzielt werden soll. Worin dieser Effekt zu bestehen hat, ist den Staatszwecken zu entnehmen, denen die betreffende Aufgabenerfüllung dienen soll. Wird aber jede öffentliche Aufgabe - als Bezeichnung eines zu erzielenden Verwaltungseffektes - materiell von absoluten oder relativen Staatszwecken bestimmt, so kann in den Aufgaben an sich noch kein besonderes, für eine Selbstverwaltung typisches Merkmal enthalten sein; sie sind kraft positiven Rechts "eigene" Agenden der Gemeinden; die Besonderheit, daß nicht der Staat, sondern eine von ihm unterschiedene juristische Person bei diesen Angelegenheiten der Verwaltungsträger ist, findet bereits darin Ausdruck, daß Subjekt der Selbstverwaltung

1) PETERS, Grenzen, S. 32

nur eine vom Staat verschiedene Körperschaft sein kann; diese Verschiedenheit des Subjekts bewirkt aber noch keine materielle Verschiedenheit der Aufgaben. "Die ... eigenen Angelegenheiten beruhen ihrer Art und ihrem Umfange nach lediglich auf dem positiven Recht...; unter ihnen gibt es daher keine..., die stets und notwendig Selbstverwaltungsaufgaben sind."¹⁾ Auch darin ist PETERS zustimmen; dabei besteht insbesondere zu der hier vertretenen Auslegung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG kein Widerspruch; die Zuständigkeitsgarantie bezieht sich auf die Subjektstellung der Gemeinden; für den Gemeindebegriff mag es von Bedeutung sein, daß den Selbstverwaltungskörpern gewisse Angelegenheiten nicht entzogen werden dürfen; die Aufgabe an sich erhält dadurch kein zusätzliches objektives Merkmal. Aus diesem Gesichtspunkt wird auch der Fortschritt klar, den Art. 28 GG gegenüber Art. 127 WRV herbeigeführt hat. Man kann mit PETERS²⁾ die Selbstverwaltungsangelegenheiten unterscheiden "a) in solche, die für die Existenzhaltung der juristischen Person notwendig und daher jeder Körperschaft eigen sind, b) in solche, die gerade zur Erfüllung der jenen Körperschaften eigenen besonderen Zwecke den Gemeinden zur Führung im eigenen Namen und auf eigene Verantwortung vom Staat überlassen sind." Zu den Verfügungsmöglichkeiten des Staates über diese Angelegenheiten bemerkt er (Grenzen, S. 33): "Bei den die Existenz der juristischen Personen berührenden Angelegenheiten (die KÖTTGEN, Gemeinde u. Bundesgesetzgeber, S. 49 sinnvoll als 'institutionelle Fundamente' bezeichnet; der Verf.) heben allzu weitgehende Eingriffe schließlich das Ergebnis, das durch Schaffung der öffentlich-rechtlichen Persönlichkeit erzielt werden soll, wieder auf..." Dieser Zusammenhang ist so augenfällig, daß es dem Grundgesetz genügen konnte, die gemeindliche Selbstverwaltung als Institution zu garantieren; deren institutionelle Grundlagen werden automatisch von dieser Garantie erfaßt und auch hinreichend gesichert. Zu den vom Staat überlassenen Auf-

1) PETERS, Grenzen, S. 34

2) Grenzen, S. 32

gaben, deren Erfüllung nach KÖTTGEN¹⁾, als die "funktionelle Entfaltung der Gemeindeverwaltung" zu bezeichnen ist, bemerkt PETERS²⁾, daß "die (staatlichen; d. Verf.) Eingriffsmöglichkeiten unbeschränkt sind und hier jederzeit eine andere Grenzziehung möglich und juristisch unbedenklich ist, solange nur ein Rest von Aufgaben verbleibt." Diese Auffassung ist - zumindest heute unter dem Grundgesetz - nur teilweise haltbar.-

Eine Institution ohne Funktionen hat keinen Sinn; insofern ist es zutreffend, daß Art. 28 GG nicht nur die Institution "Kommunale Selbstverwaltung" an sich sondern auch einen gewissen quantitativ bestimmten Funktionskern garantiert. Den Schöpfern des Grundgesetzes genügte es jedoch nicht, ein gewisses, materiell nicht bestimmtes Quantum an Selbstverwaltungsfunktionen zu sichern. Der besondere Zweck der Gemeinden - und einen solchen erkennt auch PETERS (Grenzen, S. 32) an - erfordert vielmehr, auch eine bestimmte Qualität der Gemeindeaufgaben zu verbürgen; deshalb mußte zur institutionellen Garantie noch die Zuweisung bestimmter, unentziehbarer Aufgaben nach materiellen Gesichtspunkten kommen. Entzöge man den Gemeinden alle Agenden außer den unentziehbaren, so wäre fraglich, ob ein die Institution rechtfertigender Funktionskern übrig bliebe; in einem solchen Falle würde dann nicht die von qualitativen Merkmalen getragene Verbürgung spezieller Aufgaben sondern die allgemeine institutionelle Gemeindegarantie eingreifen. Diese Überlegungen des Verfassungsschöpfers beziehen sich jedoch ausschließlich auf das Selbstverwaltungssubjekt, die Gemeinde; die einzelne Aufgabe an sich erfährt keine materielle Veränderung dadurch, daß sie diesem Subjekt als unentziehbar zugewiesen ist.

Also liegt weder in den institutionellen Grundlagen noch in der Tatsache, daß eine funktionelle Entfaltung der Gemeindeverwaltung stattfinden muß, ein besonderes begriffliches

1) Gemeinde u. Bundesgesetzgeber, S. 49

2) Grenzen, S. 33

Merkmal der Selbstverwaltung. Wie aber die Erledigung der Aufgaben des übertragenen Kreises beweist, kann nicht jedes Gemeindehandeln als Selbstverwaltung betrachtet werden. "Es muß also zu dem im Subjekt der Selbstverwaltung liegenden Merkmal noch ein anderes hinzukommen."¹⁾ Verschiedene Autoren wollen dies in dem Mittel der Selbstverwaltung²⁾ erblicken.

c) Mittel der Selbstverwaltung sind das Organisationsrecht und das Recht auf Ausübung von Staatsgewalt.- Die Betätigung des vom Staat geschaffenen, jedoch der Gemeinde endzuständigen Organisationsrechts usw. bedeutet das institutionelle Fundament der Gemeindeverwaltung und insofern auch ein indirektes Mittel ihrer funktionellen Entfaltung. Diese Tätigkeit muß aber schon als Verwalten betrachtet werden, kann also nicht Mittel des Verwaltens sein.- Direkt hängt jede Funktion der Gemeindeverwaltung davon ab, daß ihre Verbindlichkeit aus einer Wahrnehmung von Staatsgewalt folgt. Die Wahrnehmung von Staatsgewalt ist aber Mittel jeglicher Verwaltungsführung. Oben unter I.) wurde bereits ausgeführt, daß die Zuständigkeit für eine Aufgabe denknötwendig die Zuständigkeit zur Ausübung der erforderlichen Staatsgewalt beinhaltet. Also geht letztere wieder auf das Merkmal des Subjekts der Selbstverwaltung zurück (Zuständigkeit = Bezogenheit einer Berechtigung auf ein Subjekt). Die Mittel bedeuten also kein besonderes Begriffsmerkmal. Ihre Existenz folgt wie die der Objekte bereits aus der Subjektstellung der Gemeinde.

d) Das zur besonderen Subjektstellung hinzutretende Merkmal erblickt PETERS³⁾ in der Form der Verwaltung: "Sicher ist für den Selbstverwaltungsbegriff ... wesentlich, daß die Verwaltung unter alleiniger Verantwortung der Körperschaft geführt wird und daß ein Anweisungsrecht von außen her, insbesondere seitens des Staates, fehlt." PETERS meint offen-

1) PETERS, Grenzen, S. 34

2) Nachweise bei PETERS, Grenzen, S. 34

3) Grenzen, S. 35

sichtlich mit "Form der Verwaltung" die Art und Weise, in der die Gemeinde tätig wird und ihre Befugnisse ausübt. Insofern ist ihm zuzustimmen, wenn er die eigene Verantwortung der Kommunen als wesentliches Begriffsmerkmal betrachtet, das sich aus der Subjektstellung noch nicht ableiten läßt, während er das fehlende Weisungsrecht - zutreffend - als Reflex der eigenen Verantwortung der Gemeinde ansieht. Die Schaffung einer juristischen Person bedeutet denknötwendig, daß der Staat damit einen gewissen absoluten und bzw. oder relativen Staatszweck verfolgt: bei der Gemeinde ist beides der Fall; eine weitere Folge ist die Zuweisung von Agenden und der dafür erforderlichen direkten und indirekten Mittel (Wahrnehmungszuständigkeit bezüglich der Staatsgewalt sowie ein Organisationsrecht); aus der Subjektstellung kann also gefolgert werden, daß die genannten Rechte in irgendeiner Form bestehen müssen. Das Zugeständnis eigener Verantwortung verleiht sämtlichen genannten wesentlichen und abgeleiteten Merkmalen die der Selbstverwaltung eigentümliche, besondere Prägung, die insbesondere aus der Subjektstellung noch nicht abzuleiten ist.

Die "eigene Verantwortung" macht erst deutlich, welche Zwecke der Staat mit der Gemeinde verfolgt; absolut gesehen, soll sie der Festigung der Demokratie dienen; das bedingt relativ ihre besondere Ausrichtung auf Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft; die "Eigenverantwortlichkeit" ermöglicht ferner erst den Schluß darauf, wie die Mittel der Selbstverwaltung im Einzelnen aussehen müssen. Lediglich die Aufgaben als Bezeichnung eines zu erzielenden Verwaltungseffektes, also eines Ergebnisses, scheinen begrifflich nicht davon berührt zu werden, auf welche Art und Weise diese Verwaltungseffekte erzielt werden. Tatsächlich bestehen keine direkten begrifflichen Berührungspunkte; "eigene Verantwortung" kann immer nur anlässlich eines aktiven Handelns entwickelt werden während mit "Aufgabe" kein Tätigsein sondern der Effekt eines Tätigwerdens gekennzeichnet wird.

Schreibt man aber einen Effekt vor, so ist damit denknötwen-

dig auch ein Tätigwerden aufgegeben und diese Tätigkeit erfordert die Handhabung unentbehrlicher Mittel (s.o.). Aus dieser indirekten, aber denknötwendigen Verknüpfung zieht das Grundgesetz wichtige Schlüsse; die zusammen mit der Selbstverwaltung garantierte Institution "Gemeinde" soll eigenverantwortlich handeln; insbesondere die Aufgaben des Gesetzesvollzugs bieten verhältnismäßig wenig Gelegenheit zur Entwicklung eigener Initiative. Also müssen die Agenden der Sachverwaltung, die kommunalen Veranstaltungen in erster Linie Sache der Gemeinden sein.-

Aus der Existenz der Gemeinde an sich folgt, daß ein gewisses Quantum an Agenden unentziehbar sein muß; garantiert man die Gemeinde an sich als ein selbstverantwortliches Subjekt, so folgt aus dieser Verbürgung, daß zumindest nicht alle Gegenstände, deren Qualität ein besonders eigenverantwortliches Handeln erfordert, den Gemeinden entzogen werden dürfen. Ferner bezeichnet das Grundgesetz durch die Worte "regeln in eigener Verantwortung" den absoluten Zweck, der mit der Existenz von Gemeinden verfolgt wird. Die von der Gemeinde zu verfolgenden relativen Staatszwecke können in einzelnen Fällen vom Staat selbst vielleicht besser erzielt werden. Die Kontroversen zwischen relativen und absoluten Zwecken hat das Grundgesetz aber eindeutig zugunsten der letzteren entschieden: nicht nur ein gewisses Quantum an Aufgaben dieser speziellen Qualität wird garantiert sondern alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die mit der größten Wahrscheinlichkeit einer eigenverantwortlichen Regelung zugänglich sind. Diese Ausnahmslosigkeit wird jedoch durch das Wort "eigenverantwortlich" entscheidend modifiziert: dieses Tatbestandsmerkmal steht seinerseits unter dem Vorbehalt des Gesetzes und ist nur institutionell garantiert! Die offensichtliche Verkennung dieses Umstands führt die oben in § 7 erwähnten Autoren wohl dazu, aus rechtspolitischen Erwägungen den ganzen Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG nur als institutionelle Garantie aufzufassen.¹⁾ Die Zuständigkeitsverbürgung entzieht die

1) Vgl. z.B. MAUNZ, Staatsrecht, § 20 V 1; SCHEUNER, RStW 4, S. 100

Selbstverwaltung also auch hinsichtlich der verbürgten den noch nicht einer - verfassungstreuen - gesetzliche gelung.- Damit steht fest, daß die Eigenverantwortlich wesentliches Begriffsmerkmal ist; mit PETERS¹⁾ ist dah unter dem juristischen Begriff der Selbstverwaltung zu stehen "eine sich im Rahmen der ... Gesetze abspielend tigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rec außer von Reich und Staat (bzw. heute Bund und Land, d - kraft deren diese Verbände Aufgaben, welche weder so der Rechtsprechung* sind, unter eigener Verantwortung e len." *noch solche der Rechtsetzung

e) Überprüft man die einzelnen Merkmale, so wird es da ankommen, was mit eigenverantwortlichen Tätigsein des gemeint ist. PETERS²⁾ ist zuzustimmen, wenn er diese Tätigkeit als Verwaltung bezeichnet, wobei hier ein negativ waltungsbegriff genügt: "Im weitesten Sinne eine Tätigkeit zur Erfüllung von Aufgaben, die weder auf dem Gebiete Rechtsprechung noch der Rechtsetzung liegen." Daraus f daß jedes eigenverantwortliche Gemeindegeldeln Selbstverwaltung bedeutet, wenn es direkt durch funktionelle Enttung der Gemeindeverwaltung oder indirekt durch Schaffung und Erhaltung der institutionellen Grundlagen der Aufg erfüllung (Erzielung von Verwaltungseffekten) dient. P legt seine Definition enger aus.

Übereinstimmung besteht darin, daß jede Form der Recht chung ausscheidet; direkt besteht überhaupt keine Beziehung zwischen dynamischer Aufgabenerfüllung und statischer entscheidung, so daß eine funktionelle Entfaltung der meindeverwaltung auf judikativem Gebiet entfällt; aber indirekt ist keine Förderung der Gemeindeangelegenheit die Wahrnehmung gerichtlicher Kompetenzen denkbar. Die stand steht nicht entgegen, im lokalen Bereich den Gem apparat auch für Streitentscheidungen zu benutzen.⁴⁾

1) Grenzen, S. 236

2) Grenzen, S. 36

3) Grenzen, S. 36 ff

4) In Nordrhein-Westfalen sind die Selbstverwaltungsorgane verpflichtet, mit den Beschlußausschüssen eine Institution zu schaffen, die begrifflich mit der Gemeindeorganisation nichts zu tun hat und ausschließlich dem Sta dessen Organ zur Verfügung steht.

PETERS ist jedoch nicht zuzustimmen¹⁾, wenn er meint, auch jede Art der Rechtsetzung liege außerhalb des Begriffs der Selbstverwaltung.

Nach seiner eigenen Definition ist Selbstverwaltung "im weitesten Sinne eine Tätigkeit zur Erfüllung von Aufgaben, die weder auf dem Gebiete der Rechtsprechung noch der Rechtsetzung liegen." Diese Tätigkeit beschreibt er nur insofern, als sie der Erfüllung bestimmter Aufgaben dienen muß. Dem ist zuzustimmen, wobei es sich in diesem Falle um Aufgaben der Gemeinde handelt. Daß diese Aufgaben, also vorgeschriebene Effekte, nicht durch Streitentscheidung erfüllt werden können, wurde bereits gesagt. Es ist aber sehr wohl denkbar, daß die Erzielung bestimmter Verwaltungseffekte eine Rechtsetzung erfordert. PETERS widerspricht sich selbst, wenn er Selbstverwaltung zunächst als "im weitesten Sinne eine Tätigkeit zur Erfüllung von Aufgaben" bezeichnet, sie dann begrifflich wiederum auf ein Verwalten im materiellen Sinn beschränken will. Selbstverwaltung muß funktionell aufgefaßt werden, nämlich als "alle Tätigkeit, die von den Verwaltungsorganen eines Gemeinwesens als solchen wahrgenommen wird, mag sie materiell verwaltend, regierend oder gesetzgebend sein."²⁾ Nach dieser funktionellen Auffassung des Selbstverwaltungsbegriffes ist jede eigenverantwortliche Tätigkeit zur Erfüllung eigener Aufgaben Selbstverwaltung, während die Auffassung von PETERS die Grenzen des materiellen Verwaltungsbegriffes für entscheidend hält. Es ist also zu prüfen, wieweit die von ihm angeführten Gründe - von seiner widersprüchlichen Ausdrucksweise abgesehen - stichhaltig sind.

Rechtsetzung im materiellen Sinne ist ein wichtiges direktes und indirektes Mittel der Gemeinde zur Erfüllung ihrer Aufgaben; es gibt Verwaltungseffekte, die bereits durch Normsetzung - den Ausspruch eines allgemeinen Ge- oder Verbotes für die betroffenen Bürger - zu erzielen sind. Noch bedeutungsvoller ist die Möglichkeit, durch Normen die Art und

1) Grenzen, S. 37

2) WOLFF, VerWR I, § 2, III b, S. 12

Weise zu regeln, in der Verwaltungseffekte erzielt werden sollen.-

PETERS¹⁾ gebraucht für "Rechtsetzungsbefugnis eines Verbandes, der nicht Staat ist" das Wort "Autonomie". Andererseits stimmt er BLODIG zu, der unter kommunaler Autonomie das Recht der Gemeinden versteht, in Angelegenheiten ihres Wirkungskreises allgemein verbindliche Normen zu erlassen.²⁾ Rechtsetzung und Verwaltung schließen sich im materiellen Sinne aus; bei BLODIG erkennt man jedoch, daß die Bezogenheit dieser Rechtsetzung auf die Aufgabenerfüllung entscheidend ist; insofern bedeutete die kommunale Autonomie nur eine spezielle Bezeichnung für eine Tätigkeit der "Selbstverwaltung", deren Sinn und Zweck allgemein die Aufgabenerfüllung durch eine vom Staat verschiedene Person ist; es besteht kein Grund, diese Person begrifflich nur auf das Mittel einer Verwaltung im materiellen Sinne zu beschränken. PETERS selbst stellt als wesentliches Begriffsmerkmal die eigenverantwortliche Aufgabenerfüllung durch ein bestimmtes Subjekt heraus. Wenn aber Subjektstellung und Eigenverantwortung entscheidend sein sollen, so wirkt die begriffliche Beschränkung der Mittel auf Verwaltung im materiellen Sinne als unmotivierte Einengung seines Selbstverwaltungsbegriffes. Es ist daher nicht sinnvoll zu bemerken³⁾, es bestünde kein "Bedürfnis, den ... Selbstverwaltungsbegriff durch unnötige Ausdehnung ... zu verwirren." Es ist vielmehr zu fragen, ob gemeindliche Autonomie nicht bereits ein denknotwendiges Korrelat der Aufgabenzuweisung ist. Dann wäre die von PETERS vorgenommene begriffliche Beschränkung der Mittel zur Aufgabenerfüllung nicht nur unmotiviert, verwirrend und un-zweckmäßig, sondern falsch.

Die Zuweisung einer Aufgabe umfaßt logisch die Zuweisung des Rechts, Staatsgewalt auszuüben, die als Macht des Staates der Aufgabenwahrnehmung dient und als Macht über den Staat in

1) Grenzen, S. 37

2) Die Selbstverw. als Rechtsbegriff, S. 16

3) PETERS, Grenzen, S. 38

der Verfassung Art und Form des Zusammenwirkens der Staatsangehörigen regelt.¹⁾ Damit sind die Wirkungsbereiche dieser Verbandsmacht genannt. Eine Eigenschaft dieser Gewalt ist ihre Selbstorganisationsfähigkeit, die vornehmlich von der Möglichkeit abhängt, eine Verfassung aus eigenem Recht zu schaffen oder abzuändern. Diese Möglichkeit wird als "Autonomie" bezeichnet.²⁾ Überläßt man der Gemeinde die Möglichkeit, staatliche Verbandsmacht auszuüben, so ist zu fragen, ob diese von einer vom Staat verschiedenen Person ausgeübte Staatsgewalt die Eigenschaft der Selbstorganisationsfähigkeit behält und wieweit sich evtl. diese Autonomie - dann als kommunale - noch auswirken kann.

Auch in der Hand der Gemeinde bleibt die Staatsgewalt unverändert die Verbandsmacht der übergeordneten Person "Staat"; man kann nicht annehmen, daß die besondere Organschaft der Gemeinde eine materielle Veränderung der Eigenschaften dieser Macht bewirken könnte; da "in der Personifikation der den Selbstverwaltungskörper konstituierenden Teilordnung... tatsächlich nur die relative Einheit und Individualität dieser Teilgemeinschaft zum Ausdruck ... kommt,"³⁾ die unveränderte Endzuordnung der wahrgenommenen Gewalt an den Staat entscheidend bleibt, kann sich die Staatsgewalt auch in der Hand der Gemeinde nicht so verändern, daß sie die Eigenschaft der Autonomie verlöre. Zu diesem Ergebnis zwingt auch die Stellungnahme KELSENS⁴⁾ (Staatslehre): "Die durch die Dezentralisation geschaffene Besonderheit der lokalen Gemeinschaft, die durch eine nur für das Teilgebiet des Selbstverwaltungskörpers geltende Ordnung konstituiert wird, und mehr noch: das politische Interesse an immer weitergehender Dezentralisation verdrängt das Bewußtsein von dem unumgänglichen, dem wesentlichen Einheitsbezug, in dem diese Rechtsgemeinschaft zu der umfassenden des Einzelstaates steht und kraft der sie letzten Endes und selbst bei noch so weitgehender

1) KÜCHENHOFF, Staatslehre, S. 42

2) KÜCHENHOFF, Staatslehre, S. 44

3) KELSEN, Staatslehre, S. 183

4) Staatslehre, S. 183

Dezentralisation als einzelstaatliche Teilgemeinschaft angesehen werden muß. Diese Besonderheit legt auch die im juristischen Denken als Ausdrucksmittel für Individuation beliebte Hilfsvorstellung der juristischen Person nahe." Grundsätzlich hat also auch die der Gemeinde überlassene Gewalt noch die Eigenschaft der Autonomie; eine andere und die entscheidende Frage ist aber, wieweit die Gemeinde von dieser Eigenschaft noch Gebrauch machen kann.

Autonomie, das Recht zur Verfassungsgebung, meint Verfassung im materiellen Sinne, d.h. ganz allgemein die Ordnung, in der eine Gemeinschaft lebt und in der sie ihre Macht ausübt. Diese Eigenschaft der Staatsgewalt wirkt sich besonders als Macht über den Staat aus, indem sie Art und Form des Zusammenwirkens der Staatsangehörigen regelt¹⁾. Für den einzelnen Selbstverwaltungskörper kann es sich nur darum handeln, wieweit er dazu berufen ist, an der für sein Gebiet geltenden Teilordnung mitzuwirken. Dies ist nur soweit möglich, als nicht schon eine vom übergeordneten Staat geschaffene Ordnung besteht, die auch für die Gemeinde gilt; da dies der Fall ist, kann es sich also nur um eine Ergänzung bei dieser Teilordnung handeln. Zu dieser Ergänzung ist die Gemeinde aber berufen; sie muß dieses Recht besitzen, da schon ihre Existenz sie zwingt, durch Schaffung und Erhaltung z.B. ihrer institutionellen Grundlagen an dieser Ordnung mitzuwirken; ebenso erfordern die ihr gestellten Aufgaben, die von ihr zu erzielenden Verwaltungseffekte, eine Ordnung, nach der sie erfüllt werden sollen.-

Eine materiell zu begreifende Verfassung, d.h. Ordnung, läßt sich sowohl durch abstrakte, allgemeine als auch konkrete, für eine Vielzahl von Einzelfällen evtl. immer wieder neu ergehende Ge- und Verbote herstellen. Daß die Gemeinde zum Erlaß von Verwaltungsakten usw. berufen ist, wird als selbstverständlich zu unterstellen sein; insofern gesteht man ihr also das Recht zu, an der für sie geltenden Ordnung mitzuwirken, bezeichnet diese Tätigkeit dann auch als Selbstverwaltung. Warum soll es dann keine Selbstverwaltung sein,

1) KÜCHENHOFF, Staatslehre, S. 42

wenn sie diese Ordnung durch abstrakte Regeln schafft? Es ist kein Grund ersichtlich, aus dem die Gemeinde bei Verfolgung ihrer Zwecke begrifflich auf Einzelregelungen beschränkt wäre. Das Zugeständnis eigener Verantwortung beweist vielmehr, daß die Selbstverwaltungskörper in ihrer Entschließung über den Gebrauch der Staatsgewalt - bei Verfolgung ihrer Zwecke - genau so frei sein sollen, wie der Staat es an ihrer Stelle sein würde, wobei vergleichsweise ihre Möglichkeiten, von dieser Freiheit Gebrauch zu machen, durch die ihr gestellten Aufgaben und ihr Gebiet begrenzt sind. Innerhalb dieser Grenzen sind sie jedoch dazu berufen, an der gemeindlichen Lebensordnung mitzuwirken. Die Tatsache, daß dieses Recht notwendig bereits aus der Überlassung der Staatsgewalt zur Ausübung folgt, wird ferner dadurch bewiesen, daß der Staat es für nötig hielt, Einzelheiten zu regeln.

Seine "Satzungsermächtigungen" verleihen kein neues Recht, sondern schränken ein bereits verliehenes ein; de facto hat die von der Gemeinde gehandhabte Staatsgewalt nur noch ein sehr geringes Wirkungsfeld, wenn es um deren Ausübung als ordnende Macht über das Gemeindegebiet geht. Der Staat hat die Verfassung der Selbstverwaltungskörper in allen wesentlichen Punkten bereits selbst geregelt; dabei liegt sein Augenmerk vordringlich auf der Organisation, mit der die Gemeinde handelt; dennoch hat sie die Möglichkeit, einmal durch die Einberufung besonderer Ausschüsse z.B. diese Organisation zu vervollständigen und zum anderen durch den Erlaß von Satzungen die Regeln aufzustellen, nach denen ihre Angehörigen zu leben haben. Nur letzteres erfordert eine abstrakte Normsetzung; da es im hochentwickelten Verwaltungsstaat mit seinen geringen Ermessensspielräumen kaum noch möglich ist, durch Einzelentscheidungen der Verwaltung (nicht der Gerichte) auf die bestehende Ordnung gestaltend einzuwirken, wird mit kommunaler Autonomie nur noch das Satzungsrecht bezeichnet; das ist tatsächlich nicht falsch, begrifflich kann es jedoch irreführend sein, da damit das Bewußtsein von

dem denknotwendigen Zusammenhang verlorengelassen zwischen der Überlassung der Wahrnehmungszuständigkeiten zur Ausübung der Staatsgewalt und der Befugnis, diese Verbandsmacht auf dem der Gemeinde zukommenden Wirkungsbereich auch hinsichtlich ihrer Eigenschaft, autonom zu sein, zu benutzen; daß diese Autonomie sich überwiegend nur noch durch den Erlaß abstrakter Regeln und kaum noch durch Einzelentscheidungen ausüben läßt, ist keine begriffliche Notwendigkeit sondern die Folge der Entwicklung des staatlichen Verwaltungsrechts. Der Ansicht von PETERS¹⁾, daß Autonomie und Selbstverwaltung sich begrifflich ausschließen, ist nicht zuzustimmen. Die Erfüllung von Aufgaben verlangt nicht nur Einzelentscheidungen sondern auch die Schaffung, Erhaltung und Ergänzung einer Ordnung, in der die vorgeschriebenen Effekte bewirkt werden; der Anteil der Gemeinde an dieser Ordnung mag sehr bescheiden sein. Daß dieser Anteil ihr zukommt, beweist aber, daß Selbstverwaltung ein funktionell aufzufassender Begriff ist, der die Ausübung des Satzungsrechts wie jede andere eigenverantwortliche Tätigkeit umfaßt, die direkt oder indirekt der Erfüllung eigener Aufgaben dient. Andererseits ist ihm beizupflichten, wenn er sagt²⁾, daß - wie aus der Definition schon hervorgeht - Selbstverwaltung in einer Tätigkeit besteht und nicht an und für sich schon ein Recht ist; diese Tätigkeit spielt sich jedoch in einem durch Gesetze bestimmten Raum ab, und so ergibt sich als Reflex ein Recht auf Selbstverwaltung. Der Beachtung dieses von Art. 28 GG bestimmten Rechts auf Unterlassung staatlicher Eingriffe z.B. zugunsten pflichtiger Verbände dient auch § 91 BVerfGG.

Die Aufbringung der Beiträge erfordert zwar eine Tätigkeit der Gemeinden bzw. ihrer Finanzverwaltungen; diese Tätigkeit dient indirekt auch der Erfüllung von Aufgaben. Da bei der unmittelbaren Erfüllung dieser Agenden aber keine Verantwortung der Gemeinden waltet, die Erzielung der vorgeschriebenen

1) Grenzen, S. 38

2) Grenzen, S. 41

Effekte jetzt in concreto Sache der Verbände ist, läßt sich die Beitragszahlung nicht mehr als Selbstverwaltung betrachten. Eine direkte Anwendung der Vorschriften über die Finanzierung neuer Gemeindeaufgaben scheidet damit aus.

III. Der finanzielle Status der Gemeinden nach geltendem Recht.

Trotzdem sind Beitragszahlungen eine Belastung der Gemeinden; zu prüfen bleibt, ob direkt oder analog zu finanziellen Belastungen der Gemeinde im Bundes- oder Landesrecht Stellung genommen wird.-

a) Im X. Abschnitt des Grundgesetzes wird in Art. 106 auch über die Zuweisung von Steuermitteln an die Gemeinden gesprochen; einen bundesrechtlichen Schutz gegen finanzielle Belastungen kann jedoch nur Art. 28 GG enthalten, der aber auf Einzelheiten nicht eingeht. Somit steht Art. 28 GG zusätzlichen finanziellen Belastungen der Gemeinden erst dann entgegen, wenn dadurch die institutionelle Garantie bzw. die Zuständigkeitsverbürgung berührt wird. Enthält das Landesrecht einen weitergehenden Schutz?

Sämtliche Landesverfassungen und entsprechend die Gemeindeordnungen enthalten in sinngemäß gleicher Weiser den Satz, daß den Gemeinden und Gemeindeverbänden zusätzliche Aufgaben nur dann übertragen werden können, wenn gleichzeitig die Aufbringung der Kosten geregelt wird. Entweder wird vorgeschrieben, daß "Bestimmungen über die Deckung der Kosten getroffen werden" müssen¹⁾, oder es ist von der Aufbringung "der erforderlichen Mittel" die Rede.²⁾ Nirgendwo steht eindeutig geschrieben, daß Mehrbelastungen in voller Höhe ausgeglichen werden müssen.

Welche Summe "erforderlich" ist, entscheidet das Parlament; ein solcher Beschluß muß zwangsläufig eine Ermessensentscheidung beinhalten; denn es wird ja nicht darüber beraten, in welcher Höhe den Selbstverwaltungskörpern Auslagen entstehen, sondern nur darüber, wieweit ein Ersatz dieser Ausla-

1) Vgl. z.B. die Verfassung von Nordrhein-Westfalen, Art. 78, Abs. 3

2) vgl. z.B. die Verfassung von Rheinland-Pfalz, Art. 49, Abs. 5

gen "erforderlich" bzw. notwendig ist. Der dabei vorhandene Ermessensspielraum hängt von der Finanzkraft der betroffenen Gemeinde ab. "Die Vorschrift über die Aufbringung der Mittel besagt nicht, wie sie erfolgen muß und auch nicht, daß dabei den Gemeinden ihre Auslagen in vollem Umfang ersetzt werden müssen;"¹⁾ der Sinn der genannten Vorschriften liegt also darin, daß der Staat sich bei jeder Inanspruchnahme der Gemeinde überlegen muß, ob nicht eine Zuweisung neuer Mittel zu erfolgen hat bzw. in welcher Höhe.

In welcher Höhe Mittel "erforderlich" sind, hängt zunächst von wirtschaftlichen Erwägungen ab; dabei ist zu beachten, daß jede zusätzliche finanzielle Belastung irgendwie die gemeindliche Bewegungsfreiheit verringert. Letztlich entscheidend ist daher, wieweit diese Bewegungsfreiheit gesetzlich geschützt und darum unantastbar ist. Folglich bedeuten die genannten Bestimmungen nicht mehr als einen Hinweis darauf, daß jede finanzielle Belastung der Gemeinden wie überhaupt jede Maßnahme des Staates auf kommunalem Gebiete die anderorts bereits verbürgte Rechtsstellung der Gemeinden zu beachten hat. Insofern enthält das Landesrecht nichts, was nicht materiell schon Art. 28 GG entnommen werden könnte.

Die Besonderheit der Vorschriften liegt darin, daß bei der Übertragung neuer Aufgaben das Parlament von sich aus die Finanzlage erörtern muß und sich nicht darauf verlassen darf, daß erst die betroffenen Gemeinden in Zweifelsfällen eine Verletzung ihrer Rechtsstellung rügen; ferner muß diese Erörterung formell irgendwie zum Ausdruck kommen. Andererseits ist es eine Selbstverständlichkeit, daß bei jeder parlamentarischen Maßnahme die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht beachtet werden muß. Also stellen die Finanzierungsvorschriften im Grunde nur besondere Verfahrensvorschriften für die

1) so KOTTENBERG, Erl. 2 zu § 3 der GO von Nordrhein-Westfalen; im gleichen Sinne äußern sich LINDEMANN zu § 4 der niedersächsischen Gemeindeordnung, sowie SALZMANN-SCHUNCK, Erl. 7 zu § 2 der Gemeindeordnung von Rheinland-Pfalz.

Zuweisung neuer Gemeindeaufgaben dar; mit neuen Aufgaben werden den Gemeinden in besonders typischer und augenfälliger Weise neue Ausgaben zugemutet. Ausgaben erwachsen den Gemeinden aber auch aus anderen Anlässen. Die Regelung erfaßt also nur die speziellen Fälle, daß Ausgaben von einer neuen Agende verursacht werden, und betrifft daher eine Ausnahme; sie will keinen allgemeinen Grundsatz ausdrücken, der sich analog auf jede zusätzliche finanzielle Belastung der Gemeinden - einerlei wie groß oder gering - anwenden ließe. Ist also eine analoge Anwendung nicht möglich, so bleibt statt dessen zu prüfen, ob eine Beitragsbelastung für bisher nicht wahrgenommene Aufgaben mit dem die Verbürgungen des Landesrechts umfassenden Art. 28 Abs. 2 S. GG vereinbar ist.

b) Soweit Art. 28 nur eine Einrichtungsgarantie enthält, wird eine Beitragsverpflichtung an sich noch nicht als eine Bedrohung der geschützten Institution betrachtet werden können. Aber auch die Verbürgung gewisser Aufgaben steht dieser Verpflichtung an sich noch nicht entgegen.-

Verbürgt sind vornehmlich die sog. "freiwilligen" Aufgaben.¹⁾ Nun könnte man sagen, daß die zusätzliche Belastung mit Beiträgen angesichts des Zwangs zur Erfüllung der Pflichtaufgaben immer auf Kosten der freiwilligen Angelegenheiten gehen wird und insofern das entsprechende Recht auf Wahrnehmung dieser Agenden beeinträchtigt. Eine solche Auffassung müßte dann zu dem Ergebnis kommen, daß seitens des Staates ein finanzieller status quo der Gemeinde unbedingt zu respektieren wäre, denn die jeweilige finanzielle Basis einer Erfüllung freiwilliger Aufgaben dürfte ja in keiner Weise verringert werden.-

Eine solche Auffassung wäre falsch, weil sie das Merkmal der "eigenen Verantwortung" verkennen würde. Den Gemeinden ist das Recht garantiert, eigenverantwortlich zu entscheiden, ob sie eine der unentziehbaren Zuständigkeiten wahrnehmen wollen oder nicht. Bei dieser eigenverantwortlichen Entscheidung wird die Finanzlage des Selbstverwaltungskörpers ein

1) Vgl. o. § 7 II

maßgeblicher Gesichtspunkt sein. Einwirkungen des Staates auf die gemeindliche Finanzkraft können nie das Recht auf Wahrnehmung einer garantierten Zuständigkeit an sich berühren sondern nur die Möglichkeit der Gemeinde, die Inangriffnahme einer neuen Aufgabe "zu verantworten". Der Eigenverantwortung werden dadurch gewisse Grenzen gezogen, daß durch zusätzliche finanzielle Belastungen der Entschluß erschwert wird, eine bisher nicht ausgeübte Zuständigkeit wahrzunehmen. Die Möglichkeit, eigene Verantwortung zu entwickeln, wird aber nur institutionell garantiert. Diese Garantie kann erst dann als verletzt angesehen werden, wenn eine gewisse, unerläßliche finanzielle Bewegungsfreiheit beeinträchtigt und so mit die Gemeinde als auch finanziell selbstverantwortliche Institution bedroht würde. Das wird bei der Belastung mit Beiträgen idR nicht der Fall sein.

Die Möglichkeit, Gemeinden zugunsten pflichtiger Verbände mit Beiträgen zu belasten, verstößt nicht gegen höherrangige Normen des Bundes- oder Landesrechts; die Ausnutzung dieser Möglichkeit kann im Einzelfall einen Verstoß gegen die Einrichtungsgarantie des Art. 28 GG bedeuten.

Der 1. Abschnitt des 2. Teils der Untersuchung kann dahin zusammengefaßt werden, daß hinsichtlich der Rechtsstellung der Selbstverwaltungskörper das Recht der pflichtigen Verbände keinen Verstoß gegen höherrangige Normen enthält, während es in Hinsicht auf den für die Gemeinden offenen Rechtsweg als abgeändert zu betrachten ist durch das neue Verwaltungsstreitverfahrensrecht.¹⁾

1) Vgl. oben § 6

2. Abschnitt: Die Rechtsstellung der pflichtigen Verbände.

Im ersten Abschnitt des 2. Teils wurde die Rechtsstellung der von einer Zwangsgründung betroffenen Gemeinden untersucht; insofern konnten die Voraussetzungen geklärt werden, von denen der Fortbestand bzw. die Neugründung pflichtiger Verbände abhängt; aber auch die Rechtsstellung dieser Verbände selbst muß dem Grundgesetz entsprechen. Es bleibt zu erörtern, unter welchen Voraussetzungen pflichtige Verbände mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Dabei ist zu unterscheiden zwischen pflichtigen Zweckverbänden (I. Kapitel) sowie den sondergesetzlichen und anderen Verbänden (II. Kapitel).

I. Kapitel: Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeindeverbände.

§ 4 S. 1 RzwVG erklärt Zweckverbände für öffentlich-rechtliche Körperschaften, die sich unter eigener Verantwortung selbst verwalten, mäßels entgegengesetzter Vorschriften dem Gemeinderecht unterstehen (§ 6 Abs. 1) und - wie die Gemeinden - lediglich einer Rechtsaufsicht unterliegen (§ 31); da pflichtige Zweckverbände nur aus Gemeinden bzw. Gemeindeverbänden bestehen können, haben sie für ihr Aufgabengebiet ein Satzungsrecht, das völlig dem der Gemeinden entspricht (§ 6 Abs. 3). Ihre Verfassung und allgemeine Rechtsstellung ähnelt also stark der der Gemeinden.¹⁾ Dazu paßt, daß der Verband innerhalb gewisser Grenzen seine Rechtsverhältnisse selbst regeln kann (§§ 5, 24). § 25 Abs. 1 enthält ferner den Hinweis, daß bei überwiegend hoheitlichen Aufgaben grundsätzlich eine Angleichung an Gemeindeverhältnisse erfolgen soll, während bei der Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange die handelsrechtlichen Gesellschaftsformen als Vorbild dienen (§ 26). Das RzwVG sagt damit, daß die Art der Aufgaben für die Rechtsverhältnisse des Zweckverbandes entscheidend sein soll.

§ 25 Abs. 2 deutet die Möglichkeit an, bei der Leitung des Verbandes das sog. Führerprinzip durchzuführen, ferner die

1) Vgl. auch § 25 Abs. 1 RZwVG

Berufung und Abberufung der satzungsmäßigen Amtsträger der Aufsichtsbehörde zu überlassen (§ 25 Abs. 3); außerdem kann die Verbandssatzung weitgehende Mitwirkungs- und Entscheidungsrechte der Aufsichtsbehörde vorsehen - im Falle der Verbandsführung durch einen voll und ausschließlich verantwortlichen Leiter (Führerprinzip) ist sie dazu verpflichtet. Gem. § 7 Abs. 2 fungiert als Gründungsinstantz eine Aufsichtsbehörde, die somit gem. §§ 15 - 17 die Möglichkeit hat, bei der Errichtung pflichtiger Zweckverbände einerseits das Führerprinzip zu verwirklichen und sich andererseits einen maßgeblichen Einfluß auf die Leitung des Verbandes zu sichern. Wie verträgt sich das mit dem in § 4 S. 1 allen Zweckverbänden gewährten Selbstverwaltungsrecht?

Auf § 4 S. 2, wonach das Wirken der Zweckverbände im Einklang mit den Gesetzen und Zielen der Staatsführung stehen muß, wird sich die Aufsichts- und Gründungsbehörde nicht berufen können; die Auffassung des Grundgesetzes von Selbstverwaltung verträgt nur eine Bindung an die allgemeinen Gesetze. Die Vereinbarkeit der genannten Maßnahmen mit dem Selbstverwaltungsrecht von Zweckverbänden muß also von der Art und Weise abhängen, in der heute die Verfassungen zu diesem Recht Stellung nehmen. Eine unterschiedliche Behandlung von freiwilligen und pflichtigen Zweckverbänden ist dabei nicht möglich. Die Vorschriften des § 4 gelten unterschiedslos für "Die Zweckverbände". Oben im 1. Teil wurde bereits darauf hingewiesen, daß pflichtige und freiwillige Zweckverbände sich begrifflich nicht unterscheiden; das geht auch aus den §§ 15 - 17 hervor: sämtliche Handlungen der beteiligten Gemeinden bei freiwilligen Gründungen werden bei Zwangsgründungen nicht etwa überflüssig, sondern von den Gründungsbehörden durch deren Handlungen "ersetzt".

Das Grundgesetz nimmt nicht nur zum Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden Stellung. Ebenso wie die Landesverfassungen befaßt es sich auch mit den Gemeindeverbänden und äußert sich in Art. 28 Abs. 2 S. 2: "Auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereichs nach Maßgabe der

Gesetze das Recht der Selbstverwaltung." Aus dem Wort "auch" ergibt sich dabei, daß mit "Selbstverwaltungsrecht" die gleichen Befugnisse gemeint sind, die den Gemeinden bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zustehen.¹⁾ Den Gemeindeverbänden wird im Gegensatz zu den Gemeinden zwar kein bestimmter Aufgabekreis garantiert; bei ihren gesetzlich zugewiesenen Aufgaben haben sie jedoch dieselben Befugnisse wie Gemeinden, die eigene Aufgaben erfüllen.

Sofern es sich bei den Zweckverbänden um Gemeindeverbände in dieser Vorschrift handeln sollte, stünde Art. 28 Abs. 2 GG einer evtl. Verletzung ihres Selbstverwaltungsrechts genauso entgegen, wie das beim gemeindlichen der Fall sein würde; doch selbst wenn eine solche begriffliche Einordnung der Zweckverbände nicht möglich wäre, bliebe noch zu prüfen, ob der Sinn der Vorschrift nicht u.U. auch die Funktion der Zweckverbände erfaßt und somit zu einer analogen Anwendung des Art. 28 Abs. 2 GG zwänge.

§ 15. Gemeindeverbände und Zweckverbände.

I. Der Wortlaut der Verfassungen.

Was ein Gemeindeverband ist, wird im Grundgesetz nicht definiert. Der reine Wortlaut erfaßt jede Verbindung von Gemeinden zu einem Verband; dabei legt der systematische Zusammenhang, in dem der Gemeindeverband erwähnt wird, die Vermutung nahe, daß nur solche Gemeindeverbindungen gemeint sind, die sich mit kommunalen Aufgaben befassen.-

Baden-Württemberg garantiert in Art. 71 Abs. 1 S. 1 der Verfassung den Gemeinden, Gemeindeverbänden sowie den Zweckverbänden, in S. 2 den "sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten" das Selbstverwaltungsrecht. Der Wortlaut läßt keinen eindeutigen Schluß zu: er kann eine begriffliche Unterscheidung von Gemeinde- und Zweckverbänden andeuten. Andererseits bedeutet die Hervorhebung des Zweckverbands gegenüber den "sonstigen" öffentlich-rechtlichen Körperschaften

1) Vgl. für andere v.MANGOLDT-KLEIN, Erl.IV 2a, S. 711 zu Art. 28 GG

möglicherweise eine besondere Klassifizierung. Schließlich ist denkbar, daß der Verfassungsgeber nur betonen wollte, daß er auch Zweckverbände zu den Gemeindeverbänden rechnet. In jedem Fall hält er eine gleiche Behandlung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden, Gemeinde- und Zweckverbände für erforderlich.-

Art. 10 der bayrischen Verfassung ist noch unklarer; Abs.1 bestimmt: "Für das Gebiet jedes Kreises und jedes Bezirkes besteht ein Gemeindeverband als Selbstverwaltungskörper." Das kann bedeuten: 1) Gemeindeverbände sind grundsätzlich Gebietskörperschaften; 2) die im Kreis und Bezirk irgendwie erforderliche Erledigung übergemeindlicher Aufgaben darf nur durch einen Verband erfolgen, der von den Gemeinden gebildet wird; 3) es kann beides gleichzeitig gemeint sein.-

Während Art. 137 Abs. 2 der hessischen Verfassung sinngemäß dem Grundgesetz, d.h. Art. 28 Abs. 2 S. 2 entspricht, wird das Wort "Gemeindeverband" in Art. 44 der Verfassung von Niedersachsen gar nicht erwähnt. Abs. 1 garantiert den "Gebietskörperschaften (Gemeinden und Kreisen)" und den "sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften" das Selbstverwaltungsrecht. Von dieser Garantie wird der Zweckverband jedenfalls erfaßt. Zwar ist der Kreis sicher ein Gemeindeverband; ob jedoch jeder Gemeindeverband eine Gebietskörperschaft sein muß, bleibt offen.-

Demgegenüber erklärt Art. 78 Abs. 1 der Verfassung von Nordrhein-Westfalen: "Die Gemeinden und Gemeindeverbände sind Gebietskörperschaften mit dem Rechte der Selbstverwaltung... Ob Zweckverbände diese Vorschrift für sich in Anspruch nehmen können, hängt also davon ab, ob sie Gebietskörperschaften sind.-

Art. 49 der Verfassung von Rheinland-Pfalz entspricht sinngemäß wiederum Art. 28 Abs. 2 GG; das gleiche gilt für Art. 39 der Verfassung von Schleswig-Holstein.

Abgesehen von Hessen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein ist der Wortlaut der Landesverfassungen uneinheitlich.

Dabei ist nur der nordrhein-westfälischen Regelung klar zu entnehmen, wann ein Gemeindeverband vorliegen soll. Entscheidend bleibt also die Auslegung des höherrangigen Grundgesetzes; selbst wenn es zutreffen sollte, daß in den Landesverfassungen nur Gebietskörperschaften als Gemeindeverbände betrachtet werden, so geht "aus der betont unterschiedlichen Behandlung von Gemeinden und Gemeindeverbänden seitens des Grundgesetzes hervor, daß zumindest die Bundesverfassung sich keineswegs auf derart begriffliche Eigentümlichkeiten des Gemeindeverbandes unterschiedslos festlegen wollte."¹⁾

II. Literaturübersicht.

Zu der Frage, was als Gemeindeverband zu betrachten ist, wird mit unterschiedlichen Begründungen Stellung genommen. Für die Verschiedenartigkeit der Ergebnisse gilt hier ganz besonders der Vorbehalt, "daß an sich mit einem Worte jeder beliebige Sinn verbunden werden kann";²⁾ es wird zu untersuchen sein, wieweit die verschiedenen Meinungen auf sachliche Unterschiede bzw. nur auf voneinander abweichende Terminologien zurückgehen.-

HAMANN und GIESE³⁾ begnügen sich - auf den Wortlaut gestützt - mit der Feststellung, daß zu den Gemeindeverbänden auch die Zweckverbände gehören. Ebenso wird man v.MANGOLDT-KLEIN⁴⁾ und WEBER⁵⁾ verstehen können, die sowohl Landkreise als auch "sonstige Kommunalverbände" zu den Gemeindeverbänden rechnen; dabei bezeichnet der Terminus "Kommunal-" eine gewisse Einschränkung: nicht jeder Verband, zu dessen Mitgliedern Gemeinden zählen, wird als Gemeindeverband angesprochen; offensichtlich hält man die unmittelbare Beziehung zu kommunalen Belangen, d.h. die Beschäftigung mit kommunalen Aufgaben, für entscheidend.-

Diese Auffassung kommt jedenfalls bei KANTEL⁶⁾ klar zum Aus-

1) KÖTTGEN, KHdb.I, S. 190

2) PETERS, Grenzen, S. 17

3) Erl. 9, S. 203; Anm. 5, S. 57, zu Art. 28

4) Erl.IV2, S. 711 zu Art. 28

5) Staats- u. Selbstverw., S. 40

6) Gemeindeverfassung, S. 75

druck; er versteht unter Gemeindeverbänden eine Zusammenfassung von gemeindlichen Selbstverwaltungskörpern zur Erledigung überörtlicher Aufgaben, denn "es gibt echte Selbstverwaltungsangelegenheiten, die ihrer Natur nach über die Grenzen oder die finanzielle Leistungsfähigkeit einer einzelnen Gemeinde hinausgehen" und daher nur von mehreren, in einem Verband zusammengeschlossenen Gemeinden erledigt werden können. KANTEL unterscheidet "engere und weitere Gemeindeverbände. Zu den engeren ... gehören das Amt und der Zweckverband... Der Zweckverband ist dadurch gekennzeichnet, daß er im allgemeinen nur eine ganz bestimmte Aufgabe... hat, während der Aufgabenkreis der (anderen;d.Verf.) Gemeindeverbände sehr vielgestaltig ist." Daraus folgert er dann: "Die Gemeindeverbände sind entweder Gebietskörperschaften oder Körperschaften mit einer solchen Rechtsstellung, die ihre Angelegenheiten selbst verwalten." Danach handelt es sich also bei den Gemeindeverbänden zwar regelmäßig um Gebietskörperschaften; entscheidend für die Verleihung des Selbstverwaltungsrechts und Klassifizierung als Gemeindeverband soll aber die Beschäftigung mit "echten Selbstverwaltungsangelegenheiten" sein.

STEINLE¹⁾ begnügt sich mit der Feststellung, der Zweckverband falle "nicht unter den Begriff des Gemeindeverbands." Die Begründung dieses Ergebnisses durch v.ROSEN-v.HÖWEL²⁾ ist nicht viel aufschlußreicher, wenn er sagt, Zweckverbände seien keine Gebietskörperschaften, ihnen fehle die Allseitigkeit des Wirkungskreises, und sie seien "daher keine Gemeindeverbände"; immerhin interessant an dieser Formulierung ist, daß mit "Allseitigkeit" auf die Aufgabenverteilung Bezug genommen wird.

In seinen Folgerungen vorsichtiger ist SEYDEL³⁾; nachdem er auf Seite 17 festgestellt hat, daß Zweckverbände keine Gebietskörperschaften seien, wohl aber unter den Oberbegriff "Kommunalverband" fielen, schließt er, daß auf Zweck-

1) Zweckverbandsgesetz, S. 1

2) Gemeinderecht, S. 157

3) Kommunale Zweckverbände, S. 18

verbände alle Vorschriften über Kommunalverbände anwendbar seien, "nicht aber ohne weiteres auch die Bestimmungen über die Gemeindeverbände".-

KÖTTGEN¹⁾ schließlich hält die Gebietskörperschaftlichkeit für so entscheidend, daß er Gemeindeverbände aus dem Gegensatz zu den Zweckverbänden definieren will: "Der Versuch einer Begriffsbestimmung des Gemeindeverbands wird von dem Gegenbegriff des bloßen Zweckverbands ausgehen müssen. Jedenfalls ist der Gemeindeverband kein bloßer Zusammenschluß von Gemeinden im Interesse dieser oder jener Spezialzwecke. Auch die Gemeindeverbände repräsentieren ein Stück allgemeiner Verwaltung und sind insofern den Gemeinden strukturverwandt. Nur aus diesem Grunde hat sich das Verfassungsrecht im Unterschied zu den Zweckverbänden für sie überhaupt interessiert..." Die unmittelbare Rechtsbeziehung zum Bürger bzw. die Verzahnung örtlicher und überörtlicher Selbstverwaltung hält er für wesentliche Merkmale des Gemeindeverbands²⁾; diese nicht unbeachtliche Argumentation zwingt aber noch nicht zu dem Schluß, daß Zweckverbände im Gegensatz zu diesen etwas ganz anderes seien; denn er läßt die Frage offen, ob nicht auch Zweckverbände den von ihm aufgestellten Erfordernissen u.U. genügen können.

Der wohl gründlichste Beitrag über die Begriffe "Zweckverband"- "Gemeindeverband" und ihr Verhältnis zueinander stammt von HOPPE. Im ersten Abschnitt des zweiten Teils seiner Schrift gibt er einen Überblick über die Geschichte der Begriffe,³⁾ um dann in den §§ 16 und 17⁴⁾ die Unterscheidungsmerkmale herauszuarbeiten; diese erblickt er darin, daß der typische Gemeindeverband (Landkreis, Amt) gegenüber dem Zweckverband Kompetenzen von anderem Umfang⁵⁾ und Inhalt⁶⁾ wahrnimmt. Dieser an materiellen Merkmalen orientierten Unterscheidung ist zuzustimmen; andererseits sagt HOPPE nicht, daß ein Zweckverband grundsätzlich nicht als Gemeindeverband iS des Art. 28 GG

1) KHdb.I, S. 190 ff

2) KHdb.I, S. 190, 194

3) Gebietskörperschaft u. Gemeindeverband, § 12, S. 34 ff

4) Gebietskörperschaft u. Gemeindeverband, S. 46 - 63

5) Gebietskörperschaft u. Gemeindeverband, § 16, S. 46 - 53

6) Gebietskörperschaft u. Gemeindeverband, § 17, S. 53 - 64

behandelt werden könne. Auf S. 41 betont er die Schwierigkeiten der Unterscheidung; insbesondere weist er auf folgenden Umstand hin: "Bei der Feststellung der klassifikatorischen oder (und) typischen Begriffsmerkmale ist nämlich zu fragen an welche Merkmale des Gemeinde- (Zweck-)Verbandes die Rechtsfolgen, die nach geltendem Recht mit der Gemeinde- (Zweck-)Verbandlichkeit verbunden sind, sinnvoller und (oder) denknöwendiger Weise geknüpft sein können."

Es bleibt also zu fragen: an welche Merkmale werden in Art. 28 Abs. 2 bestimmte Rechtsfolgen geknüpft? Nur so läßt sich feststellen, ob eine zumindest analoge Anwendung dieser Vorschrift auf Zweckverbände möglich ist. Dabei ist auch zu beachten, daß "... der Begriff Gemeindeverband manchmal in einem weiteren Sinne gebraucht wird, der den Zweckverband mit umfaßt".¹⁾

III. Eigene Stellungnahme.

Zwei Grundmeinungen werden in der Literatur mehr oder weniger ausgeprägt vertreten, die am deutlichsten bei KÖTTGEN und KANTELE zum Ausdruck kommen; ersterer betrachtet nur Gebietskörperschaften als Gemeindeverbände, während letzterer auf die Beschäftigung mit kommunalen Selbstverwaltungsaufgaben abstellt. Beide Auffassungen bedeuten an sich eine einschränkende Auslegung des Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG, dessen Wortlaut jede Verbindung von Gemeinden erfaßt, wobei man mit NEUWIEM²⁾ als Gemeindeverbindung "jeden Zusammenschluß mehrerer Gemeinden unter wenigstens prinzipieller Aufrechterhaltung ihrer Selbständigkeit" bezeichnen kann. Entscheidend muß also eine systematische und teleologische Auslegung sein die das Anliegen des Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG im Rahmen der gesamten Vorschrift feststellt.

a) Hält man mit KANTELE die Verbandsaufgaben für entscheidend so bedeutet dies, daß die Art der Tätigkeit für die Körperschaften ein criterium distinguens sein soll; die materielle Beschaffenheit der dem Verband konkret zustehenden Aufgaben

1) HOPPE, Gebietskörperschaft u. Gemeindeverband, S. 38 vor § 13

2) Die kommunalen Zweckverbände in Preußen, S. 17

bestimmt dann, in welcher Art sie erledigt werden, nämlich unter Wahrnehmung des den Gemeindeverbänden zugestandenen Selbstverwaltungsrechts. Welche Bedeutung hat es demgegenüber, wenn Köttgen die Eigenschaft, Gebietskörperschaft zu sein, als entscheidendes Merkmal bezeichnet?

Der Staat selbst ist die typische Gebietskörperschaft; von einer solchen redet man immer dann, wenn einem öffentlich-rechtlichen Subjekt die Hoheit über ein bestimmtes Gebiet zusteht; das Gebiet ist nach h.L. dann "in seiner rechtlichen Bedeutung die räumliche Grundlage der staatlichen Herrschaftsentfaltung nach außen und innen... Die Gebietshoheit hat zwei verschiedene Erscheinungsformen, einmal in ihrer Beziehung zu den Bewohnern des in Frage stehenden Staatsgebietes, weiter in ihrem Verhältnis zur Herrschaftsmacht anderer Staaten".¹⁾ In der hier allein interessierenden ersteren, sog. positiven Funktion bedeutet die Gebietshoheit (bzw. die Gebietskörperschaftlichkeit) die Herrschaft des Staates über alle in seinem Gebiet befindlichen Personen und Sachen.²⁾ "Die Staatsgewalt bezieht sich als Gebietshoheit auf ein bestimmtes Gebiet", welches wieder "als notwendige sachliche Grundlage (dingliches Substrat) der Staatsgewalt durch deren Reichweite umgrenzt" ist.³⁾ Grundsätzlich entspricht jeder Staatsgewalt ein entsprechendes Gebiet, auf das sich die Gewalt (Gebietshoheit) des betreffenden Staates in ihrer Fülle erstreckt. Diese Staatsgewalt kann aber gestuft sein, nämlich wenn "in bezug auf dasselbe Gebiet die zu ihm gehörende Staatsgewalt in ihrer Fülle auf mehrere Träger verteilt" ist.⁴⁾ Diese Träger sind selbst Staaten mit eigener Staatsgewalt (z.B. im Bundesstaat). Selbstverwaltungskörperschaften können - wie oben in § 14 schon erwähnt - nicht Träger der Staatsgewalt selbst sein, sondern nur Inhaber einer Ausübungsbefugnis, die ihnen als Mittel der Aufgabenerfüllung verliehen wird. Inwiefern kann

- 1) KÜCHENHOFF, Staatslehre, S. 23
- 2) KÜCHENHOFF, Staatslehre, S. 23
- 3) KÜCHENHOFF, Staatslehre, S. 24
- 4) KÜCHENHOFF, Staatslehre, S. 25

man dann z.B. Gemeinden dennoch als Gebietskörperschaften bezeichnen?

KÜCHENHOFF¹⁾ spricht von der Verteilung "der Staatsaufgaben des einen Gebiets auf die Staatsgewalt in verschiedenen ... Stufen." Diese Formulierung kennzeichnet eine terminologische Besonderheit, auf die bereits hingewiesen wurde: daß eine Verteilung der Aufgaben auch die Verteilung der Staatsgewalt (im Bund auf Zentral- und Gliedstaat) bedeutet; den Gemeinden kann keine eigene Gewalt verliehen werden; deshalb enthält bei ihnen eine Zuweisung von Aufgaben nur die Verleihung des Rechts auf Ausübung einer fremden Gewalt; die Zuständigkeit zur Ausübung dieser Gewalt ist eine Folge der Zuständigkeit für bestimmte Aufgaben. Die Hoheit der Gemeinden besteht also darin, bei der Durchführung bestimmter Aufgaben die Herrschaft des Staates über die im Gemeindegebiet befindlichen Personen und Sachen auszuüben, soweit dies dabei notwendig ist. Diese Hoheit als gebietliche, die Gemeinden als Gebietskörperschaften zu bezeichnen, ist nach h.L. nur dann gerechtfertigt, wenn das Gemeindegebiet als sachliches Substrat der Gemeindeaufgaben bzw. ihrer Erfüllung angesehen werden kann.²⁾ Das wäre dann der Fall, wenn grundsätzlich alle Aufgaben - wenigstens aber Aufgabenkomplexe von einem gewissen Umfang -, die auf einem Gebiet vorkommen, den Gemeinden zustehen. Sämtliche Landesverfassungen bekennen sich zu dieser Totalität des gemeindlichen Wirkungskreises, die sich - wie PETERS³⁾ bemerkt - "aus dem Begriff 'Gebietskörperschaft' ergibt." Die Allseitigkeit ist nach herrschender Meinung essentielles Merkmal des Begriffs "Gebietskörperschaft". Sie besagt, daß eine Körperschaft auf einem Gebiet alle Aufgaben übernimmt oder übernehmen kann, die der Staat nicht anderen Subjekten zuweist. Man kann deshalb wohl vom Gebiet als einem Objekt der Gemeindetätigkeit sprechen,⁴⁾ solange man sich darüber klar ist, daß damit tatsächlich

- 1) Staatslehre, S. 25
- 2) vgl. aber HOPPE, Gebietskörperschaft u. Gemeindeverb. S. 20, 21
- 3) Grenzen, S. 55
- 4) So PETERS, Grenzen, S. 55

eben alle Aufgaben gemeint sind, die auf einem Gebiet anfallen. Der totale Wirkungskreis bedeutet in Wirklichkeit also eine Aufgabenverteilung; theoretisch läßt sich die Allseitigkeit auch dadurch herbeiführen, daß der Staat jede nur denkbare oder neu auftauchende Aufgabe durch Einzelakt bzw. -gesetz den Gemeinden zuweist; diese praktisch unmögliche Form einer Zuständigkeitsverteilung hat er durch die Formulierung des Totalitätsprinzips erübrigt: eine widerlegbare Zuständigkeitsvermutung, deren eines Tatbestandsmerkmal das Gebiet ist. D.h. aber, daß die Gemeinde gar nicht alle Aufgaben wahrnimmt, auf ihrem Gebiet durchaus keinen totalen Wirkungskreis hat, sondern daß nur eine mehr oder weniger große Allseitigkeit vermutet wird. Um eine Gemeindezuständigkeit festzustellen, muß unter zwei Tatbestandsmerkmale subsumiert werden: 1) Handelt es sich um eine im oder auf dem Gemeindegebiet anfallende Tätigkeit? 2) Hat der Staat diese Aufgabe noch nicht einem anderen Subjekt zugewiesen? Daraus würde nach h.L. folgen: ein öffentlich-rechtliches Subjekt ist dann eine Gebietskörperschaft, wenn seine Zuständigkeit zur Erfüllung einer oder mehrerer Aufgaben aus einem juristischen Tatbestand folgt, in dem das Gemeindegebiet ein selbständiges Tatbestandsmerkmal ist. Der Tatbestand kann als Vermutung formuliert sein, braucht es aber nicht.

b) Anlässlich einer Auslegung des Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG ist dann zu fragen, ob die Verfassung nur solchen Gemeindeverbindungen das Selbstverwaltungsrecht verbürgen wollte, deren Zuständigkeit für gewisse Aufgaben aus einem derartigen, das Gebiet als Merkmal enthaltenden Tatbestand folgt, oder ob die konkrete Tätigkeit, die Beschäftigung mit kommunalen Aufgaben entscheidend sein soll; maW: welche Gemeindeverbindungen können als "Gemeindeverbände" angesprochen werden? Die Antwort hängt von folgenden Erwägungen ab: ist das Selbstverwaltungsrecht eine Folge des vorausgesetzten Rechtscharakters (Gebietskörperschaftlichkeit) einer Gemeindeverbindung, oder folgt deren Rechtsstellung aus der

von ihr wahrgenommenen Tätigkeit - soll das "Wie" oder das "Was" der Zuständigkeitsverteilung des Grundgesetzes entscheiden?

Vorab ist das systematische Verhältnis der Sätze 1 und 2 des Art. 28 Abs. 2 GG zueinander zu klären. Das Wort "Auch" in Satz 2 besagt zunächst, daß bei Gemeinden und Gemeindeverbänden sinngemäß ein gleiches Selbstverwaltungsrecht garantiert werden soll. Es darf unterstellt werden, daß dem S. 2 dasselbe rechtspolitische Anliegen zugrunde liegt wie dem S. 1, dessen Ergänzung er darstellt. Insofern ist KÖTTGEN¹⁾ zuzustimmen, wenn er sagt, daß die strukturelle Verwandtschaft des Gemeindeverbandes mit der Gemeinde entscheidend sein muß. Zweifelhaft ist nur, worin diese Strukturgleichheit liegen soll; KÖTTGEN hält für ausschlaggebend, daß die Gemeindeverbände gleich der Gemeinde Gebietskörperschaften sind und wie diese "ein Stück allgemeiner Verwaltung repräsentieren;" KANTEL²⁾ meint, die gleichartige Beschäftigung mit kommunalen Aufgaben bedinge die Verleihung eines gleichartigen Selbstverwaltungsrechts. Es muß also der Verfassung entnommen werden, wie S. 1 die Rechtsstellung der Gemeinden regelt und welche stärkere oder schwächere Bedeutung der Verfassungsschöpfer den verschiedenen strukturellen Zügen beigemessen hat; das muß aus der Art und Weise folgen, in der er selbst diese Rechtsstellung geformt und dem Zugriff der Länder entzogen hat.

Bei der nachfolgenden Untersuchung kann an die Erörterung des Selbstverwaltungsbegriffs oben in den §§ 13, 14 angeknüpft werden. Wurde dort untersucht, was begrifflich als selbstverwaltendes Handeln zu betrachten ist, so muß jetzt festgestellt werden, was das Grundgesetz über das Subjekt gemeindlicher Selbstverwaltung sagt. Dabei kann weitgehend auf die Ausführungen verwiesen werden; die PETERS³⁾ zum Gemeindebegriff gemacht hat; sie treffen heute noch zu.

1) KHdb.I, S. 190, 194

2) Gemeindeverfassung, S. 75

3) Grenzen, S. 47 - 73

Auf S. 54 definiert er die Gemeinde "als eine mit dem Recht der Selbstverwaltung und mit vom Staat abgeleiteter Herrschaftsgewalt über ein bestimmtes Gebiet ausgestattete öffentlich-rechtliche Körperschaft, welche sämtliche, innerhalb dieses Gebietes zu erledigenden öffentlichen Aufgaben, die von keiner anderen Stelle erfüllt werden, entsprechend ihren Kräften zu übernehmen hat." Von diesem Begriff geht auch Art. 28 GG aus, der schlicht von "Den Gemeinden" spricht. Bleibt zu fragen, wie S. 1 zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen Stellung nimmt.-

Die Gemeinde muß eine öffentlich-rechtliche, vom Staat verschiedene Körperschaft sein, wenn sie dem Staat gegenüber eine eigene Verantwortung entwickeln soll; dasselbe gilt für S. 2: ein Selbstverwaltungsrecht kann nur solchen Gemeindeverbindungen zustehen, die eine selbständige, öffentlich-rechtliche Körperschaft sind, wie das z.B. auch beim Zweckverband der Fall ist.-

Ferner hat die Gemeinde das Selbstverwaltungsrecht und die Möglichkeit, Staatsgewalt auszuüben; der Staat hat ihr diese Rechtsstellung aus bestimmten politischen Gründen eingeräumt. Um Schlüsse für die Auslegung des S. 2 ziehen zu können, muß untersucht werden, wann nach Ansicht des Grundgesetzes eine Körperschaft diesen Zwecken gerecht werden kann: nämlich ob dazu eine Aufgabenzuweisung mittels einer das Gebiet als Tatbestandsmerkmal berücksichtigenden, umfassenden Vermutung erforderlich ist, ohne besonderes Augenmerk auf die Art der einzelnen Aufgabe zu richten, oder ob die Zuweisung bestimmter, besonders geeigneter Aufgaben für unerlässlich gehalten wird.

Dabei stellt sich heraus, daß das GG die Gemeinde zwar als Gebietskörperschaft - iS der h.L. - anspricht (alle "örtlichen"...); auch das Totalitätsprinzip kommt zu einem gewissen Ausdruck ("alle..."); das geschieht jedoch in einer Form, die von der Länderpraxis erheblich abweicht und die materielle Beschaffenheit der Aufgaben in den Vordergrund stellt. Das GG beschränkt sich nicht auf eine Zuständigkeitsvermutung, sondern verbürgt alle Aufgaben von einer bestimmten Beschaffenheit. Zwar müssen diese lokaler Natur sein; insofern ist auch nach Ansicht des Grundgesetzes das Gebiet ein

Tatbestandsmerkmal der Aufgabenverteilung. Darüber hinaus ist jedoch erforderlich, daß es sich um Gemeinschaftsaufgaben handelt, die für die Entwicklung eigener Verantwortung besonders geeignet sind.- Aus dieser Formulierung des in S. 1 fixierten Tatbestandes folgt, daß das Grundgesetz bei seiner Aufgabenverteilung auf materielle Merkmale die entscheidende Betonung legt. Es überläßt den Ländern bewußt eine andersartige, nur und ausschließlich vom Gebiet und einem wie immer gearteten Gesetz bestimmte Aufgabenverteilung, erlegt dabei aber dem Landesrecht bestimmte Schranken auf, die nicht von räumlichen Gesichtspunkten ausgehen, sondern überwiegend soziologisch - politische Erwägungen ausdrücken.

Andererseits mußte die Verfassung auch die durch die Entwicklung von Wirtschaft und Verkehr bedingten Wanderungsprozesse berücksichtigen, die den kommunalen Aufgaben ihren Charakter als lokales Problem einer Gemeinde nehmen können. Solange solche Aufgaben aber kein Problem der gesamten Bevölkerung eines Staates werden, bleiben sie unverändert geeignet für eine Erledigung durch Selbstverwaltungsorgane. Das Grundgesetz hat daraus den Schluß gezogen, für solche Aufgaben, denen die einzelne Gemeinde aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht oder nicht mehr gewachsen ist, neue Körperschaften einzurichten, die sich aus den Gemeinden zusammensetzen: die Gemeindeverbände.¹⁾ Für deren politische Funktion ist es aber letztlich nicht entscheidend, ob ihnen ihre Aufgaben durch eine an das Gebiet anknüpfende Totalitätsvermutung oder einzeln zugewiesen werden. Daher kann jede Gemeindeverbindung, die sich mit kommunalen Aufgaben beschäftigt, zumindest eine analoge Anwendung des in Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG verbürgten Selbstverwaltungsrechts verlangen.

Für diese Auffassung, wonach jede Gemeindeverbindung, die sich mit kommunalen Agenden befaßt, als Gemeindeverband iS des Art. 28 GG zu behandeln ist, spricht auch der Wortlaut;

1) Vgl. dazu HOPPE, Gebietskörperschaft u. Gemeindeverband, § 15, S. 43 - 46

in S. 2 ist vom "gesetzlichen Aufgabenbereich" die Rede; dieser Bereich kann sowohl durch eine Totalitätsvermutung wie auch durch Einzelzuweisungen bestimmt werden, ohne daß die Verfassung zwingend die eine oder andere Form vorschreibt. Es wäre auch zumindest fraglich, ob das Grundgesetz den Ländern ein bestimmtes Verfahren zur Zuweisung der Zuständigkeiten an die verschiedenen Körperschaften im kommunalen Raum vorschreiben kann. Es ist also denkbar, daß auch die Zweckverbände als "Gemeindeverbände" zu behandeln sind. Für sie trifft besonders zu, was ELLERINGMANN¹⁾ sagt: "Die Gemeindeverbände bauen sich auf der Gemeinde auf. Sie leiten - mehr oder weniger - ihre Aufgaben aus der Universalität des Wirkungskreises der Einzelgemeinde ab. Auch ihren Verfassungstyp entlehnen sie von dieser." Kommunale Selbstverwaltung wird idR gebietskörperschaftlich organisiert sein; der Zweckverband zeigt, daß davon Ausnahmen möglich sind. "Der Satz, daß aus der Allzuständigkeit bei einem Selbstverwaltungsträger dessen gebietskörperschaftlicher oder ... dessen kommunaler Charakter hervorgehe, bedeutet aber nicht, daß nur beim Vorhandensein dieser Aufgabentotalität eine Kommune, also eine Gemeinde oder ein Gemeindeverband, vorliegt. Es gibt vielmehr - wenn auch als Ausnahme - Kommunalkörper ohne Allzuständigkeit".²⁾ KÖTTGEN³⁾ ist also nicht zuzustimmen, wenn er die Gebietskörperschaftlichkeit für das entscheidende Merkmal des Gemeindeverbandes hält; jedoch ist nicht zu bestreiten, daß das Gebiet für jede Art kommunaler Selbstverwaltung als dingliche Grundlage von wesentlicher Bedeutung ist. Über diese Grundlage verfügt jedoch auch der Zweckverband, wie NEUWIEM⁴⁾ nachgewiesen hat; jedem Verbandsmitglied kommt eine dingliche Grundlage zu. "Diese stellen die Beteiligten dem Zweckverband für die aus ihrem Wirkungskreis ausscheidenden kommunalen Aufgaben zur Verfügung. Die Summe der ding-

1) Grundlagen, S. 119

2) ELLERINGMANN, Grundlagen, S. 29

3) KÖTTGEN, KHdb.I, S. 190

4) Die kommunalen Zweckverbände in Preußen, S. 36

lichen Grundlagen der Verbandsglieder ist mithin das dingliche Substrat des Zweckverbands." Gemäß § 22 Abs. 2 RZwVG kann dem Verband diese Grundlage auch nicht wieder entzogen werden, wenn ein Verbandsmitglied wegfällt. NEUWIEM¹⁾ folgert, auch der Zweckverband sei eine Gebietskörperschaft; will man dafür genügen lassen, daß eine Körperschaft außer dem persönlichen Substrat der Mitglieder auch über ein sachliches verfügt, das - wenn auch nicht ebenso ursprünglich - von dem persönlichen in gewisser Beziehung unabhängig ist (vgl. § 22 RZwVG), so ist seine Auffassung richtig. Die Auseinandersetzung mit gegenteiligen Auffassungen²⁾ kann dahingestellt bleiben; anlässlich einer Erörterung des Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG kann sie letztlich nur zu einem Streit um Terminologien führen; zur Darstellung der h.L. genügen auch die oben angeführten Zitate von KÜCHENHOFF.³⁾ Nicht unerwähnt bleiben soll jedoch die Untersuchung des Begriffs "Gebietskörperschaft" von HOPPE. Im 1. Abschn. des 1. Teils seiner Schrift⁴⁾ schildert er die Besonderheit der Zuständigkeitszuweisung zutreffend als das entscheidende Merkmal der Gebietskörperschaft. In den §§ 5 u. 6 führt er aus,⁵⁾ daß alle Verbände als Gebietskörperschaften zu betrachten sind, bei denen eine Gebietshoheit eine allerfassende persönliche und räumliche Zuständigkeit bewirkt: das Gebiet bezeichnet den Raum und die Personen, in dem und denen gegenüber die Körperschaft ihre sachlichen Zuständigkeiten (Kompetenzen) wahrnimmt. Diese räumliche und personelle Zuständigkeitsbestimmung ist nach HOPPE⁶⁾ entscheidend, nicht aber die - ebenfalls mögliche - sachliche Zuständigkeitsbestimmung der Allseitigkeit hinsichtlich der Aufgaben. Dieser im Widerspruch zur wohl h.L. stehenden Auffassung ist zuzustimmen; insofern braucht hier nur auf HOPPE⁷⁾ verwiesen zu werden. Nach dieser Meinung kann u.U. auch der Zweckverband als Gebietskörperschaft betrachtet werden, worauf hier nicht weiter ein-

1) Die kommunalen Zweckverbände in Preußen, S. 36

2) Vgl. zB PETERS, Grenzen, S. 259

3) Staatslehre, S. 23 - 25

4) Gebietskörperschaft und Gemeindeverband, §§ 2-7, S. 6-24

5) " , S. 18-24

6) " , S. 23f

7) " , insbesondere § 6, S. 22 - 24

zugehen ist.

Als Ergebnis zu § 15 ist festzustellen: Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG schützt in seinen Sätzen 1 und 2 die kommunale Selbstverwaltung; die Vorschrift garantiert gleichermaßen Gemeinden und Gemeindeverbänden das Selbstverwaltungsrecht in ihren jeweiligen Aufgabenkreisen. Als Gemeindeverband ist direkt oder sinngemäß jede Verbindung von Gemeinden zu einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zu betrachten, die sich mit der Erfüllung kommunaler Aufgaben befaßt (im Gegensatz etwa zu den kommunalen Spitzenverbänden). D.h.: für eine interessengerechte Anwendung des Art. 28 Abs. 2 ist die verfassungsmäßige politische Funktion der einzelnen Körperschaft entscheidend. Versteht man den Begriff "Gemeindeverband" als HOPPEs - also ausschließlich der Zweckverbände -, so ist eine analoge Anwendung des Art. 28 geboten, wenn ein Zweckverband eine Funktion hat, die mit jener der Gemeinden verglichen werden kann.

§ 16. Das kommunale Selbstverwaltungsrecht von Gemeindeverbänden

In § 15 wurde festgestellt, daß Zweckverbände u.U. als Gemeindeverbände iS des Grundgesetzes zu behandeln seien, denen aus den gleichen Gründen wie den Gemeinden ein gleichartiges Selbstverwaltungsrecht verliehen wird; nunmehr ist zu prüfen, ob das Recht der pflichtigen Zweckverbände mit diesem Selbstverwaltungsrecht bzw. mit der vom Grundgesetz geforderten Rechtsstellung der Gemeindeverbände vereinbar ist.- Diese Untersuchung dient nicht nur der Feststellung, wann eine sinngemäße Anwendung des Art. 28 Abs. 2 GG geboten ist; in Baden-Württemberg garantiert Art. 71 Abs. 1 S. 1 der Verfassung den Zweckverbänden ausdrücklich das Selbstverwaltungsrecht; dieselbe Wirkung hat Art. 44 der niedersächsischen Verfassung, so daß auch eine direkte Anwendung von Verfassungsvorschriften zur Debatte steht. Da die genannten Landesvorschriften mindestens genausoviel

verbürgen wie das Grundgesetz, kann sich die anschließende Untersuchung auf Art. 28 GG beschränken. Zu beantworten ist die Frage: unter welchen Voraussetzungen steht das Recht der pflichtigen Zweckverbände den Vorschriften des Grundgesetzes über die Verfassung von Gemeindeverbänden entgegen?

An zu untersuchenden evtl. Kollisionstatbeständen kommt nächst § 21 Abs. 3 RZwVG in Betracht, wonach die Gründungsbehörde einen Zweckverband - einerlei welcher Gründungsart - auflösen kann (I.). Ferner ist die Zulässigkeit des in Abs. 2 beschriebenen "Führerprinzips" zu prüfen (II.) sowie die Möglichkeit, Organe des Verbandes durch den Staat zu rufen gem. § 25 Abs. 3 (III.); neben den in § 25 Abs. 4 gedeuteten Mitwirkungsrechten (IV.) ist das Aufsichtsrecht nach § 31 zu erörtern (V.). Schließlich könnte die Vorschrift des § 27 Abs. 1 S. 2, wonach der Leiter des Zweckverbandes in der Regel mit dem Leiter einer beteiligten Gemeinde eines beteiligten Gemeindeverbandes identisch sein soll, in Frage kommen (VI.).

I. Die Gewährleistung der Existenz von Gemeindeverbänden

Gemäß § 21 Abs. 3 RZwVG kann die Gründungsbehörde unter bestimmten Voraussetzungen jeden Zweckverband auflösen. - In der Literatur ist dies als "KÖTTGEN¹⁾ "beschränkt sich die institutionelle Garantie des Grundgesetzes auf die Gemeinde, während das Ob des Gemeindeverbandes landesrechtlicher Erschließung überlassen bleibt. Folgt man hingegen v.MANGOLDT-KLEIN,²⁾ so "enthält auch Art. 2 S. 2 eine Einrichtungsgarantie, und dürfen Gemeindeverbände nur individuell, nicht institutionell beseitigt, darf ihr Selbstverwaltungsrecht nicht in seinem Wesensgehalt angetastet werden."³⁾ Dieser zweiten (herrschenden) Ansicht ist zuzustimmen; nur hinsichtlich ihrer Aufgaben werden Gemeinden und Gemeindeverbände unterschiedlich behandelt, institutionell ist ihre Existenz gleichermaßen gesichert, auch § 91 BVerfGG - eine Norm des Bundesrechts - beweist, daß den Gemeindeverbänden dieselben Möglichkeiten wie den (

1) KHdb, I, S. 191 2) Erl. IV 2a, S. 711, zu Art. 28
3) ebenso Giese, Erl. II 5 zu Art. 28

den einräumt.- Danach steht das Grundgesetz der individuellen Beseitigung eines Zweckverbandes nicht entgegen. Für die Voraussetzungen eines solchen Schrittes gibt das Verhältnis der beiden Institutionsgarantien¹⁾ zueinander jedoch wichtige, vom Landesgesetzgeber zu beachtende Hinweise.- Die institutionelle Garantie der Gemeinde bedeutet, daß - abgesehen von den sog. gemeindefreien Grundstücken - grundsätzlich kein Gebiet denkbar ist, das nicht zu einer Gemeinde gehört. Wenn der Verfassungsschöpfer dem noch die institutionelle Garantie der Gemeindeverbände hinzufügte, so ist daraus zu schließen, daß neben den Gemeinden immer irgendwelche Gemeindeverbände existieren müssen, die sich der von den Gemeinden nicht zu bewältigenden kommunalen Aufgaben annehmen. Daraus folgt weiter der Grundsatz, daß für jede Aufgabe, die nicht den gesamten Staat betrifft, grundsätzlich eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft zuständig sein soll. Welche Typen von Gemeindeverbänden dazu benutzt werden, hängt von der Aufgabe ab und bleibt dem Landesgesetzgeber überlassen.

§ 21 Abs. 3 RZweckVG entspricht dieser Regelung; ist die Auflösung des Zweckverbandes aus Gründen des öffentlichen Wohles "dringend geboten", so kann sich die Gründungsbehörde zwar über die Auflösungsgründe der Verbandssatzung hinwegsetzen, den Verband aber nicht vielleicht schon deshalb beseitigen, weil irgendein Mitglied oder Organ sich etwas hat zuschulden kommen lassen. Es genügt auch "nicht etwa, daß das Fortbestehen des Verbandes nicht mehr im öffentlichen Interesse notwendig ist"; es müssen stattdessen schwerwiegende Gründe für die Abschaffung sprechen.²⁾ Daher wird die Auflösung eines Zweckverbandes nur dann gerechtfertigt sein, wenn sich die wahrgenommene Aufgabe erledigt hat, wenn sie ihren kommunalen Charakter verloren hat oder wenn die Zuweisung an einen anderen Gemeindeverband einem dringenden öffentlichen Interesse entspricht.

1) Sowohl Gemeinde als auch Gemeindeverband sind institutionell garantiert.

2) So SCHATTENFROH, Zweckverbandsgesetz, aaO, Erl.8 zu § 21; ebenso STEIMLE, Zweckverbandsgesetz, Erl.9 zu § 21

II. Das Führerprinzip im Kommunalrecht.

Laut § 6 Abs. 1 RZwVG gilt für Zweckverbände subsidiär das Gemeinderecht, d.h., soweit das RZwVG und die Verbandssatzung keine Regelung treffen. Dadurch wird ein Grundsatz angedeutet der in § 25 Abs. 1 noch klarer Ausdruck findet: "Die Verfassung (Verwaltung und Vertretung) von Zweckverbänden, die überwiegend hoheitlichen Aufgaben dienen, soll den Vorschriften über die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden angeglichen werden." Diese Soll-Vorschrift erlegt der Satzung freiwillig gegründeter Zweckverbände kaum eine Fessel auf; die Gründungsbehörde für einen Pflichtverband wird sich schon genauer überlegen müssen, wieweit sie einem grundsätzlichen Ratsschlag des Gesetzgebers zu folgen hat; starr gebunden ist sie nicht daran, insbesondere ist die Vorschrift nicht an staatliche Organe sondern an die Gemeinden adressiert, deren Beschlußfassung über die Satzung durch den entsprechenden Verwaltungsakt der Gründungsbehörde im Falle einer Zwangsgründung nur ersetzt wird. Andererseits haben sich die unausgesprochenen Voraussetzungen, unter denen § 25 seinerzeit erging, grundlegend verändert. Damals bedeutete § 25 Abs. 1 den Ansatz zur Durchführung des Führerprinzips, heute muß er eine Berücksichtigung der verschiedenen landesrechtlicher kommunalen Verfassungstypen anregen.-

Die Existenz der §§ 25 Abs. 2, 26 Abs. 1 und die auch für die Gründungsbehörde nicht ausgeschlossene Möglichkeit, sich über die Empfehlung des Gesetzgebers hinwegzusetzen, ferner die Tatsache, daß gem. § 16 auch bei Zwangsgründungen die Verbandsglieder ihre Satzung selbst bestimmen können, zwingt zu der Frage, ob gegebenenfalls die Verfassung eines pflichtigen Zweckverbandes die in § 25 Abs. 2 beschriebene und in § 26 Abs. 1 als möglich angedeutete Verwaltung und Vertretung nach dem "Führerprinzip" vorsehen darf.- Da der Zweckverband idR ein Gemeindeverband iS des Grundgesetzes bzw. wie ein solcher zu behandeln ist, wird die Antwort auf diese Frage zur Erörterung eines Problems des Kommunalrechts schlechthin führen: wie stellt sich das Grundgesetz zur Verwaltung und Vertretung von Gemeindeverbänden durch eine einzige Person; maW: welche Mindestforderungen werden in dieser Hin-

sicht an die Ausgestaltung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts gestellt?

a) Art. 28 Abs. 2 GG definiert Selbstverwaltung als ein "Regeln in eigener Verantwortung"; d.h. aber nur, daß das Handeln der Organe der Selbstverwaltungskörper rechtstechnisch nicht dem Staat sondern den von ihm verschiedenen juristischen Personen und letztlich deren Mitgliedern zuzurechnen ist. Welche Organe in welcher Weise für dieses Handeln erforderlich sind, geht daraus nicht hervor. Aus Abs. 1 S. 2 und 3 läßt sich ebenfalls keine Antwort entnehmen; S. 2 statuiert nur ein für Länder, Kreise und Gemeinden verbindliches Wahlrechtsprinzip, das für Gemeindeverbände nicht vorgeschrieben wird; S. 3 bestimmt lediglich für Gemeinden, daß die gewählte Vertretung eine Körperschaft sein muß. Einen Anknüpfungspunkt enthält ausschließlich S. 1 des Abs. 1: "Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen." Hier werden die Gemeinden und Gemeindeverbände als Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung in den Ländern angesprochen; aus der Stellung des Abs. 1 S. 1 zu Abs. 2 folgt somit zweierlei: 1.) Die in Abs. 2 ausgesprochenen Selbstverwaltungsgarantien sind mit den in S. 1 des Abs. 1 erwähnten Grundsätzen vereinbar und diesen untergeordnet bzw. müssen diesen entsprechen. 2.) Die Länder müssen bei der ihnen überlassenen Ausgestaltung des Kommunalrechts diese Grundsätze beachten; "Grundsatz" bedeutet dabei, daß keine Kopie der Bundesverfassung sondern nur eine auf Grundsatzfragen beschränkte Homogenität mit ihr gefordert wird.¹⁾

Für die kommunale Selbstverwaltung ist vor allem von Bedeutung, daß ihr Aufbau die Regeln und Interessen der Demokratie zu berücksichtigen hat. Abs. 1 S. 1 sagt selbst nicht, was unter einem demokratischen Rechtsstaat zu verstehen ist, sondern verweist auf die diesbezüglichen übrigen Artikel der Verfassung, insbesondere auf Art. 20, dessen Abs. 2 und 3

1) Vgl. im einzelnen v.MANGOLDT-KLEIN, Erl. II, S. 696 ff zu Art. 28

entsprechende Rückschlüsse erlauben. In diesem Zusammenhang interessiert besonders Abs. 2 S. 2, der das Prinzip der sog. Gewaltenteilung ausspricht. Die hier zu beantwortende Frage läßt sich nunmehr konkreter formulieren: ist die monokratische Verwaltung und Vertretung von kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften mit dem im Grundgesetz ausgedrückten Prinzip der Gewaltenteilung vereinbar?

b) Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß es zumindest irreführend ist, von "Gewaltenteilung" zu reden; da die Staatsgewalt unteilbar ist, kann es sich immer nur um eine Aufteilung der Staatsgewaltausübung handeln. So verstanden, "statuiert ... die zweite Satzhälfte (von Art. 20 Abs. 2 S. 2), in hergebrachter Weise für die funktionelle Differenzierung der Staatsgewalt das Organisationsprinzip der Dreiteilung der Gewalten".¹⁾ "Gewaltenteilung umschließt einerseits die Gewaltentrennung, d.h. die verfassungsrechtliche Verteilung der materiellen Staatstätigkeiten auf verschiedene voneinander weisungsunabhängige unmittelbare Staatsorgane oder Gruppen von Staatsorganen, andererseits die Gewaltenhemmung, d. die verfassungsrechtliche Gewährleistung einer möglichst großen gegenseitigen Abhängigkeit der einzelnen unmittelbaren Staatsorgane beim Setzen von Staatsakten."²⁾ Der mit "Gewaltenteilung" bezeichnete Grundsatz bedeutet also für die Staatsorgane nicht nur eine Arbeitsteilung sondern auch und vor allem wechselseitige Kontrolle und ausgleichende Balance, die jede Willkürherrschaft verhindern sollen. Welche Bedeutung hat dieses Prinzip nun bei einer entsprechenden Anwendung auf die Organisation von Selbstverwaltungskörpern?

c) Probleme der Gewaltentrennung können für sie kaum akut werden, da die kommunale Tätigkeit materiell bereits auf Verwaltung beschränkt ist; während ihre Autonomie nur soweit reicht, daß Gemeinden und Gemeindeverbände innerhalb ziemlich enger Grenzen die bereits staatlich festgelegte Ordnung ergänzen und vervollständigen, in der sich ihr Verwalt

1) v.MANGOLDT-KLEIN, Erl. V 5, S. 596 zu Art. 20
2) v.MANGOLDT-KLEIN, Erl. V 5b, S. 598 zu Art. 20

abspielt; daher sagt KÖTTGEN¹⁾: "Der für Bund und Länder maßgebliche Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20) ist für die Gemeinde schon deshalb bedeutungslos, weil ihre Aufgaben - ohne daß auch eine zusätzliche Autonomie dem entgegenstände - im wesentlichen auf dem Gebiet der Verwaltung zu suchen sind... Unter diesen Umständen bleibt es Sache der Landesgesetzgebung, ob sie mehrere kommunale Verfassungsorgane zulassen will oder nicht." - Blicke also zu fragen, ob die Verwaltung und Vertretung einer Selbstverwaltungskörperschaft durch eine Einzelperson aus Gründen der Gewaltenhemmung unstatthaft ist.

Nach WOLFF²⁾ wird Gewaltenhemmung funktionell, personell und durch "Gewalt-Teilung" (die Zuständigkeit mehrerer Organe für eine bestimmte Staatstätigkeit) erreicht. Zu letzterer zählt auch die dezentralisierende Gewaltteilung.³⁾ Das bedeutet, daß die Existenz der Selbstverwaltungskörper an sich schon ein Mittel der Gewaltenhemmung ist, wenn auch nur hinsichtlich der vom Staat selbst ausgeübten Staatsgewalt. Deshalb bleibt schließlich nur zu überlegen, wieweit die Handhabung dieser bereits dezentralisierten Gewalt nach dem Führerprinzip die Gefahr der Willkürherrschaft in sich birgt.

d) Ein Organwalter wird der Versuchung zum willkürlichen Handeln besonders dann erliegen, wenn er bei großer Macht- und Aufgabenfülle persönlich und funktionell weitgehend unabhängig, d.h. unkontrolliert ist. All das kann man vom allein verantwortlichen Leiter eines Zweckverbandes nicht behaupten; personell wird er dadurch gehemmt, daß er irgendwie gewählt werden muß und deshalb - anders als ein "Führer" im nationalsozialistischen Sinne - vom Vertrauen der Verbandsglieder abhängig ist. Funktionell wird seiner evtl. Willkürherrschaft dadurch vorgebeugt, daß er an Gesetz und Recht gebunden ist; die Beachtung dieser Bindung wird gewährleistet durch die Staatsaufsicht und - wiederum anders als in der NS-Zeit - die Verwaltungsgerichtsbarkeit - beide Instanzen können sowohl von den einzelnen Bürgern als auch den Verbandsmitgliedern

1) KHdb.I, S.196 2) VerwR.I, § 16 III, S. 57 f
3) WOLFF, VerwR.I, § 16 III c a, S. 58

in zweifelhaften Fällen zu einer Initiative bewegt bzw. angerufen werden.¹⁾ Diese Mittel der Gewaltenhemmung werden um so eher ausreichen, als die Aufgaben eines Zweckverbandes meist leicht überschaubar sein werden, was z.B. bei Gemeinde und Landkreis in dieser Allgemeinheit nicht der Fall ist. Daher hält sich auch die Macht eines alleinigen Leiters in genau erkennbaren und leicht überschaubaren Grenzen. Sind aber bei Zweckverbänden mit hoheitlichen Aufgaben die Zuständigkeiten des Leiters gut zu übersehen und entsprechen leicht zu kontrollieren, so bestehen gegen seine hervorgehobene Stellung keine Bedenken.²⁾

Das muß erst recht für überwiegend wirtschaftlich orientierte Zweckverbände gelten, bei denen kaum oder gar nicht öffentliche Gewalt ausgeübt wird; wäre ein solcher Verband z nach dem Vorbild einer von einem einzigen Geschäftsführer geleiteten GmbH. organisiert, so würden die wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder schon eine ausreichende Beaufsichtigung des "Geschäftsführers" gewährleisten.

III. Die Berufung der Organwalter kommunaler Selbstverwaltungskörperschaften.

Gemäß § 25 Abs. 3 RZwVG kann die satzungsmäßige Berufung u Abberufung der Amtswalter des Zweckverbandes "der Aufsichtsbehörde des Zweckverbandes, auch unter Einschränkungen, übertragen werden." Sind solche Berufungsrechte - einerlei ob freiwillig vereinbart oder von der Gründungsbehörde pflichtiger Verbände gem. § 17 beschlossen - mit Selbstverwaltung recht (a) und Rechtscharakter (b) eines kommunalen Zweckverbandes vereinbar?

a) Kommunale Personalhoheit.

Auch bei den Gemeinden gehört die Personalhoheit nicht zu verbürgten Zuständigkeiten; als Teil des institutionellen Fundaments kann sie nur von der institutionellen Garantie Gemeinden und Gemeindeverbände geschützt sein. Sie ist jedoch der wohl wichtigste Bestandteil dieser Basis für jegliche

1) Vgl. WOLFF, VerwR.I, § 16 IIIa,b, S. 57; KÜCHENHOPF, Staatslehre, S. 108 f
2) vgl. auch SEYDEL, Die kommunalen Zweckverbände, S. 116

funktionelle Entfaltung der Selbstverwaltungskörper und insofern nahezu unantastbar. Das wurde vom Bundesverfassungsgericht im sog. "Offenbach-Urteil" der Sache nach ausdrücklich anerkannt.¹⁾ In der Entscheidung wurde die Unterbringung verdrängter Beamter (Art. 131 GG) in den Gemeinden behandelt; von der Besetzung führender Posten war nicht die Rede. Dennoch wurde in der Begründung des Urteils zugegeben, daß es sich um eine schwere Beeinträchtigung des Wesens der Selbstverwaltung handele, die nur durch die in Art. 131 GG enthaltene Ausnahmvorschrift (!) gerechtfertigt sei und das auch nur, weil es sich um eine nur vorübergehende Beschränkung handele, die lediglich in Form des Gesetzes "und auf das zeitlich und sachlich unbedingt Notwendige begrenzt" vorgenommen werden dürfte.²⁾

Alle diese Voraussetzungen sind nicht vorhanden, wenn nur durch die Verbandssatzung die Aufsichtsbehörde ermächtigt wird, ihrerseits die Walter wichtiger Verbandsorgane zu berufen. Eine solche Befugnis bedeutet daher einen schweren Verstoß gegen das Selbstverwaltungsrecht des Zweckverbandes - einerlei ob es sich um eine freiwillige oder erzwungene Gründung handelt, da die auf beide Arten gegründeten Zweckverbände sich begrifflich nicht unterscheiden.

b) Die Organe von Körperschaften des öffentlichen Rechts. Abgesehen von diesem Verstoß gegen das spezielle, von Art. 28 GG geschützte kommunale Selbstverwaltungsrecht kann die in § 25 Abs. 3 RZwVG vorgesehene Berufung von Organwaltern auch gegen andere Grundsätze des öffentlichen Rechts verstoßen. Art. 28 GG geht davon aus, daß die dort genannten Verbände Körperschaften des öffentlichen Rechts sind; § 4 RZwVG stellt fest: "Die Zweckverbände sind öffentliche Körperschaften. Sie verwalten sich selbst unter eigener Verantwortung." Ist es mit dem Begriff der öffentlich-rechtlichen Körperschaft überhaupt vereinbar, daß die Organwalter der Körperschaft unter Ausschluß der Verbandsmitglieder be-

1) BVerfGE 1/167 ff

2) Vgl. insbesondere BVerfGE 1/178 f

rufen werden?

KNOKE¹⁾ definiert: "Die Körperschaft ist eine durch eine : zung für einen dauernden Zweck zu einer Einheit zusammengefaßte Mehrheit von Personen, die in ihrem Bestande von der Wechsel ihrer Mitglieder unabhängig ist und für deren Beteiligung in letzter Linie der Wille ihrer Mitglieder maßgeblich bleibt." Diese Definition orientiert sich am Vorbild des zivilrechtlichen Vereins; die Körperschaft wird öffentlich-rechtlich durch einen entsprechenden Akt des öffentlichen Rechts. HUBER²⁾ befaßt sich ausschließlich mit der öffentlichen Körperschaft und definiert: "Körperschaft des öffentlichen Rechts ist ein Verband, der gegenüber der unmittelbaren wie der mittelbaren Staatsverwaltung organisatorisch und rechtlich verselbständigt ist, der öffentlichen Zwecke auf der Grundlage korporativer Selbstverwaltung wahrnimmt und der dabei der staatlichen Verbandsaufsicht untersteht, seinen Verbandswillen jedoch in mitgliedschaftlicher Selbstbestimmung bildet." FORSTHOFF³⁾ schließlich sagt: "Körperschaften des öffentlichen Rechts sind mitgliedschaftlich organisierte, rechtsfähige Verbände öffentlichen Rechts, welche staatliche Aufgaben mit hoheitlichen Mitteln unter staatlicher Aufsicht wahrnehmen."

Ohne den Körperschaftsbegriff des näheren zu erörtern,⁴⁾ schon den wenigen genannten Stimmen zu entnehmen, daß die Mitgliedschaft das entscheidende Merkmal der Körperschaft ist d.h. deren "Funktion und Begriff entscheidend bestimmt."⁵⁾ Das ist aber dann nicht der Fall, wenn die Mitglieder einer Körperschaft von der Berufung der Verbandsorganwalter ausgeschlossen sind. "Eine öffentliche Körperschaft, in der die mitgliedschaftliche Selbstbestimmung durch übermächtigen Staatseinfluß erdrückt wird, hört auf, eine Körperschaft zu sein; sie wird zur Anstalt denaturiert."⁶⁾ Dem ist zuzustimmen; wenn das RZwVG den Zweckverbänden als öffentlichen

1) Körperschaftsrecht, in: Hdb.d.Rechtsw., Bd.III, S. 719

2) HUBER I. S. 183

3) VerwR I, S. 431

4) vgl. die Literaturangaben b. FORSTHOFF, VerwR I, S.425, An

5) FORSTHOFF, VerwR I, S.426

6) HUBER I, S. 184

Körperschaften das eigenverantwortliche Selbstverwaltungsrecht zugestand und gleichzeitig den in § 17 beschriebenen Eingriff für möglich hielt, so folgt daraus, daß dem damaligen Gesetzgeber zumindest ein anderes Bild der Körperschaft vorschwebte als das heute maßgebliche. Nach unseren Begriffen würde es sich um eine "pseudo-korporative Fassade"¹⁾ handeln, wenn eine juristische Person sich als Körperschaft bezeichnete und trotzdem den Mitgliedern jeglichen gesetzlich anerkannten Einfluß auf die Auswahl der Verbandsorganwähler versagte.

Zwar meint FORSTHOFF²⁾, dem Begriff der öffentlichen Körperschaft stehe es nicht entgegen, "wenn die Mitglieder, wie das bei den sogenannten Leitungsverbänden zutrifft, von den Verwaltungsgeschäften und der Organbestellung ausgeschlossen sind." Unter Leitungsverbänden versteht man nach FORSTHOFF³⁾ solche, "die dazu dienen, einen bestimmten Sozialbereich dadurch zu disziplinieren, daß die Beteiligten zu einem Verband zusammengeschlossen werden ..., welcher der Leitung durch den Staat unterstellt ist." Da es sich bei den Zweckverbänden nicht um solche sog. Leitungsverbände handelt, kann dahingestellt bleiben, ob FORSTHOFF zustimmen ist oder ob die sog. Leitungsverbände mit HUBER⁴⁾ als Anstalten anzusprechen sind. Für kommunale Zweckverbände gelten uneingeschränkt folgende Ausführungen HUBERS⁵⁾: "Die autonome Willens- und Handlungsfähigkeit der Körperschaft setzen ... voraus, daß genossenschaftliche Organe vorhanden sind, die diese Willens- und Handlungsfähigkeit repräsentieren. Jede Körperschaft bedarf daher eines mitgliedschaftlichen Organs, sei es einer Mitgliederversammlung oder einer von den Mitgliedern gewählten Mitgliedervertretung; diesem Organ muß ein wesentlicher Anteil an der Willensbildung der Körperschaft vorbehalten sein. Jede Körperschaft bedarf eines ausführenden Organs, das aus dem freien Willen der Mitglieder

1) vgl. HUBER I, S. 187 2) VerwR I, S. 427 f
3) VerwR I, S. 427, Anm. 4
4) vgl. HUBER I, S. 184 5) HUBER I, S. 187

oder der Vertreterversammlung, also durch Wahl gebildet Verbände, deren willensbildende Organe von staatlichen Hördern oder anderen verbandsfremden Mächten eingesetzt sind, sind keine Körperschaften..."

Aus den zu a) und b) genannten Gründen ist § 25 Abs. 3 nichtig und unanwendbar.

IV. Mitwirkungs- und Entscheidungsbefugnisse des Staates

§ 25 Abs. 4 S. 1-2, 1. Halbs. RZwVG erklärt, daß die Verfassung der Aufsichtsbehörde "Mitwirkungs- und Entscheidungsbefugnisse zur Wahrung der Belange der einzelnen und von Gruppen der Verbandsglieder einräumen" kann bzw. muß, w der betreffende Zweckverband nur ein monokratisches Organ Die Ratio der Vorschrift geht aus S. 2, 2. Halbs. hervor "... zum mindesten muß Verbandsgliedern, die allein oder zusammen mindestens ein Drittel der Verbandslasten zu tragen, das Recht eingeräumt werden, gegen Anordnungen und Maßnahmen des Leiters des Zweckverbandes die Entscheidung der Aufsichtsbehörde mit der Wirkung anzurufen, daß diese Anordnungen und Maßnahmen des Leiters bis zur Entscheidung setzen kann." - Man mußte im Jahre 1939 den beteiligten meinden ein Kompromiß anbieten, das ihnen bei Durchführung des Führerprinzips die Sicherung der eigenen Interessen ermöglichte. Der letzte Halbsatz des Abs. 4 erübrigt sich heute in Anbetracht der Generalklausel im Verwaltungsstaatsverfahrensrecht und wird durch sie gegenstandslos bzw. die allgemeine, ausreichende Regelung des Beschwerderechts ersetzt. Überhaupt läßt sich zu den 1939 normierten Befugnissen des Staates gegenüber den Zweckverbandsorganen sagen sie als Ersatz für die Kontrollmöglichkeiten notwendig die heute das durchgeführte Rechtsstaatsprinzip bietet. bei einem alleinigen Verbandsorgan erübrigen sich heute artige Mittel: seine Beschränkung auf übersehbare Aufgaben (s.o.II.), seine durch die Verwaltungsgerichte gewährle-

1) Vgl. STEIMLE, Zweckverbandsgesetz, Erl.9, 10 zu § 25

Bindung an Gesetz und Recht sowie seine direkte oder indirekte personelle Abhängigkeit vom Vertrauen der Mitglieder machen alle Kontrollfunktionen des Staates überflüssig, die über eine Rechtsaufsicht hinausgehen. Bitte also zu fragen, ob die in § 25 Abs. 4 RZwVG beschriebenen Befugnisse nach geltendem Recht überhaupt noch möglich sind.

"Mitwirkungs- und Entscheidungsbefugnisse" deuten auf ein Recht hin, an den Handlungen der Verbandsorganwalter beteiligt zu werden: für den Verband zu handeln, d.h. ihn mit zu vertreten; dadurch würde die Aufsichtsbehörde nach heutigem Recht mittels Institutionsleihe zum Verbandsorgan, ihre Amtswalter würden zu Verbandsorganwaltern. Eine solche Gestaltung des Organschaftsrechts ist nicht möglich (s.o.III); nur von den Mitgliedern abhängige Personen sind als Organwalter zu berufen. Entfallen aber solche Vertretungsbefugnisse der Aufsichtsbehörde, so wäre ihre "Mitwirkung" in jedem Falle darauf beschränkt, die Beachtung von Voraussetzungen zu kontrollieren, unter denen die Amtsträger des Verbandes dessen Selbstverwaltungsrecht handhaben. Daraus folgt, daß die Aufsichtsbehörde - als Vertretungsorgan nicht denkbar - zwangsläufig auf Überwachungsfunktionen beschränkt ist. Die Beantwortung der Frage nach den denkbaren Mitwirkungs- und Entscheidungsbefugnissen der Aufsichtsbehörden hängt also von der speziellen Regelung der "Aufsicht" über Zweckverbände ab.

V. Staatsaufsicht.

Unter dem Wort "Staatsaufsicht" soll hier der Komplex von Befugnissen verstanden werden, die dem Staat gegenüber Zweckverbänden zustehen: mit denen er die Existenz und die Funktionen des Zweckverbandes beeinflussen kann. "Beaufsichtigen" kann man sowohl die Gründung (a) als später auch das Funktionieren (b) eines Verbandes. Da die Ausgestaltung der aus beiden Anlässen ausgeübten Befugnisse von denselben Institutionen und Rechtssätzen abhängt, kann es als gerechtfertigt erscheinen, beide Komplexe unter derselben Überschrift zu behandeln, die sprachlich - wenn auch nicht juristisch - be-

grifflich - ein einheitliches, beide "Aufsichtenanlässe" umfassendes Problem bezeichnet.

a) Die Aufsicht über Zweckverbände regelt ausdrücklich § 3: RZwVG; diese Norm setzt einen bereits gegründeten Verband voraus; die Beteiligung des Staates an der Gründung von Pflichtverbänden wird in den §§ 15-20 grundsätzlich geregelt. Dabei sind zwei Punkte hervorzuheben: einmal hat die Gr der fungierende Aufsichtsbehörde (§§ 15, 7) das Recht, darüber zu bestimmen, daß ein Zweckverband zu errichten ist (§ 15), zum anderen und quasi nur notfalls, nach welcher Verfassung der Zweckverband leben soll (§§ 16, 17).-

Beide Vorgänge können nicht unter den Gesichtspunkten betrachtet werden, die man mit dem Schlagwort "Rechtsaufsicht" verbindet; rechtsfähig ist erst der gegründete und organisierte Verband (§§ 17,18,11); von dessen Rechten und deren evtl Verletzung kann bei der Gründung also noch nicht die Rede sein. Zu untersuchen bleibt also, wieweit mit seiner Gründung die Rechte Dritter verletzt werden könnten.

Unter welchen Voraussetzungen die zusammenschließenden Gemeinden und Gemeindeverbände in ihrer Rechtsstellung verletzt werden könnten, wurde oben im 1. Abschnitt (§§ 6-14) bereits zu klären versucht. Dabei wurde festgestellt, daß den Zweckverbandsgliedern nicht einmal das Recht auf ihre individuelle Existenz zusteht. Genauso wenig, wie sie individuell darüber entscheiden können, ob sie existieren und innerhalb welcher Organisation, haben sie die Befugnis, über die Existenz eines anderen Kommunalverbandes zu entscheiden, dem sie zwar angeschlossen sind, der ihre garantierte Rechtsstellung aber nicht beeinträchtigt; Art. 28 Abs. 2 GG erlaubt ihnen wohl, die Gründung eines Zweckverbandes zu versuchen¹ und anzuregen, behält die Entscheidung darüber aber dem Staat vor. Aus den gleichen Gründen, wie der zwangsweise Zusammenschluß ihre negative Koalitionsfreiheit nicht berührt,²⁾ verstoßt die Verweigerung eines Zusammenschlusses nicht gegen

1) Vgl. §§ 7 ff RZwVG

2) s.o. § 9

die positive. Also hat die Aufsichtsbehörde als Gründer nur die im Grundgesetz erfaßten Rechte und Absichten der Gesamtheit zu berücksichtigen.

b) § 31 Abs. 2 RZwVG bestimmt: "Die Aufsicht hat den Zweckverband in seinen Rechten zu schützen und die Erfüllung seiner Pflichten zu sichern." Abs. 4: "Die Zuständigkeit der Fachaufsichtsbehörden bleibt unberührt." D.h. daß die Aufsichtsregelung für Zweckverbände vollkommen der für Gemeinden und Gemeindeverbände entspricht.¹⁾

Eine Besprechung der einzelnen Aufsichtsmittel würde sich mit interessanten Problemen des Kommunal- und staatlichen Organisationsrechts auseinandersetzen haben, jedoch den Rahmen dieser Schrift sprengen. Es sei daher auf das zahlreich vorhandene Schrifttum über das Aufsichtsrecht verwiesen, das sich in den Erläuterungen des Kommunalrechts und den Kommentaren zu den verschiedenen Gemeindeordnungen findet.²⁾ An dieser Stelle mögen einige grundsätzliche Hinweise genügen,

die sich insbesondere aus den Ausführungen oben zu III ergeben.- Wie jede Institution des Kommunalrechts ist auch die Aufsicht dem Anliegen des Art. 28 Abs. 2 GG untergeordnet; d.h. sie soll die Funktion der Selbstverwaltungskörperschaften im Interesse der Gesamtheit sichern. Dieses Interesse setzt zweierlei voraus: einmal, daß der einzelne Verband nicht seine gesetzlich bestimmten Grenzen innerhalb der staatlichen Organisation überschreitet; zum anderen, daß der Verband seiner verfassungspolitischen Funktion gerecht wird. 1.) Die Rechtsstellung der Verbände ist bereits im Hinblick auf diese Funktion geformt. Daraus folgt im einzelnen, daß nach der maßgeblichen Ansicht des Gesetzgebers der politische Zweck der Selbstverwaltungskörper nur dann erreicht wird, wenn sie im Rahmen des Art. 28 GG sich frei und nur an dieser

1) Vgl. auch STEIMLE, Zweckverbandsgesetz, Erl. zu § 31

2) vgl. für andere z.B. SALZMANN-SCHUNCK, Das Selbstverw.G. für Rheinland-Pfalz; LINDEMANN, die niedersächsische GO; KANTELE, Gemeindeverfassung u. Gemeindeverwaltung; ELLERINGMANN, Grundlagen; BECKER und KÖTTGEN in KHdb.I

Vorschrift entsprechende Gesetze gebunden entfalten. Das deutet, daß die Aufsicht den Intentionen des Art. 28 GG bereits dann gerecht wird, wenn sie ausschließlich die Rechtmäßigkeit kommunalen Handelns kontrolliert.

2.) Andererseits liegt es in der Natur der Sache, daß Befugnisse einer Körperschaft, die aus einer verfassungspolitischen, ideologischen Zielsetzung heraus geformt sind, sich in abschließender und restlos eindeutiger Form nicht gesetzlich regeln lassen; außerdem erfordert der Zweck einer Selbstverwaltungskörperschaft eine möglichst geringe Gebundenheit bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben, d.h. die Einräumung möglichst großer Ermessensspielräume. Die Handhabung dieses Ermessens kann sich dann u.U. nicht nur sachlich für die Körperschaft selbst unheilvoll auswirken sondern auch ihren politischen Zweck gefährden. Diese Gefahr kann und darf das Gesetz nicht verhindern, weil das nur durch bis ins Extrem gesteigerte Einzelregelung möglich wäre; ihr zu begegnen, ist das legitime Anliegen der Aufsicht. In der Frage der Kontrolle kommunaler Ermessensbetätigung kulminiert das Problem legitimer Aufsichtsmittel und -führung.¹⁾

Geht es um sachliche Fehlentscheidungen, so ist zu bedenken, daß es gerade nicht im Interesse des Staates liegt, solchen Selbstverwaltungskörpern zu ersparen: es entspricht geradezu dem Anliegen der Selbstverwaltung, dem Bürger an solchen Fällen klarzumachen, daß es letztlich seine Interessen sind, die von "seinen" Organwaltern schlecht verfolgt wurden; gerade Fehlleistungen werden ihn zu der Überlegung zwingen: ob er seine demokratischen Kontroll- und Beeinflussungsrechte genügend ausgenutzt hat, um mißliche Ergebnisse zu verhindern. Erst der vom Gesetz als Rechtsverletzung gewertete Ermessensmißbrauch rechtfertigt in solchen Fällen ein Einschreiten der Aufsicht, die insofern auch nur Rechtsaufsicht ist: also nicht das eigene an Stelle des kommunalen Ermessens setzen darf. In Anbetracht dieser Einschränkung wird ihre

1) Vgl. dazu auch ELLERINGMANN, Grundlagen, S. 49 - 53

Aufgabe dadurch erleichtert, daß gerade im Kommunalrecht die Verwaltung vielfach durch "Unbestimmte Gesetzesbegriffe" gebunden ist;¹⁾ zusammen mit den Verwaltungsgerichten kann die Aufsicht auf eine Anwendung dieser Begriffe durch die Selbstverwaltungsorgane hinwirken, die insbesondere Art. 28 GG gerecht wird.

Andererseits gibt es sachliche Maßnahmen, deren Bedeutung so groß ist, daß eine Fehlentscheidung nicht nur wirtschaftliche Nachteile bedeutet, sondern auch die Institution der Selbstverwaltung an sich bedrohen kann, - sei es, daß dadurch die wirtschaftliche Basis der Körperschaft erschüttert würde, sei es daß der Bürger dadurch das Vertrauen zur Möglichkeit einer kommunalen Repräsentation verlöre; um beides, sowohl die sachliche als auch die ideologische Gefährdung der Selbstverwaltung auszuschließen, könnte die Aufsicht sich nicht mit einer nachträglichen repressiven Rechtskontrolle begnügen, sondern müßte schon vorher zu der fraglichen Entscheidung Stellung nehmen können. Die Möglichkeit einer solchen sog. präventiven Aufsicht bieten die Genehmigungsvorbehalte bzw. Zustimmungs- und Bestätigungsrechte des Staates bezüglich gewisser schwerwiegenden kommunalen Maßnahmen. Die Verfassungsmäßigkeit dieser präventiven Aufsichtsmittel hängt davon ab, ob sie mit dem vom Grundgesetz in Art. 28 vorgeschriebenen Organschaftsrecht (s.o.III.) zu vereinbaren sind, und von dem Maße, in dem die Aufsichtsbehörde dabei eigenes Ermessen walten lassen darf.

Die genannten Rechte besagen nicht, daß die Aufsicht an Stelle des kommunalen Organs entscheidet; der von ihr vorzunehmende Akt ist nur gesetzliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der betreffenden Maßnahme, bedeutet nur verschärfte gesetzliche Bindung des zuständigen Selbstverwaltungsorgans. An den Vertretungsverhältnissen wird nichts geändert, so daß grundsätzliche dogmatische Bedenken entfallen. Fraglich bleibt danach nur, welche Lösung der im Kommunalverband angestrebten

1) Vgl.dazu WOLFF, VerwR I, § 31, S. 131-141

Repräsentation besser gerecht wird: die vorherige Zustimmung, ohne die das Selbstverwaltungsorgan den betreffenden Akt nicht vornehmen darf, oder die nachträgliche Genehmigung und Bestätigung, deren Versagung die Wirkungslosigkeit des betreffenden Handelns bedeutet.

Die Repräsentationswirkung hängt maßgeblich von der Stellungnahme des Dritten ab, dem gegenüber repräsentiert werden soll er entscheidet, ob die Repräsentationswirkung eintritt oder nicht; dieser Dritte ist - anders als etwa im zwischenstaatlichen Verkehr - in der Gemeinde vornehmlich der einzelne Bürger; jedenfalls nach Ziel und Zweck des Art. 28 GG soll hauptsächlich er dazu gebracht werden, sich mit dem Repräsentationsvorgang zu befassen, der zwangsläufig aus der organschaftlichen Vertretung folgt. Es kommt also darauf an, den Verband bzw. seine Organe als die maßgeblichen Repräsentanten herzustellen. Hält der einzelne Bürger das vom Staat beizusteuernde Wirksamkeitserfordernis für den entscheidenden Teil der Maßnahme, so wird er - der ja gleichzeitig der Repräsentierte ist - ungeachtet der juristischen Organschaftsbeziehung die Walter der staatlichen Aufsichtsbehörde zumindest als gleichberechtigte, wenn nicht sogar alleinige und ausschlaggebende Repräsentanten betrachten.

Diese Gefahr besteht, wenn das Verbandsorgan sich an den Stawenden muß, schon bevor es seinen Akt setzt, seine Maßnahme trifft, eine Wahl vornimmt; damit wird auf eine Abhängigkeit hingewiesen, die im Interesse des sozialen Repräsentationsvorgangs besser unbemerkt bliebe: die nachträgliche Genehmigung oder Bestätigung ist deshalb zu bevorzugen. Als ideal wird man die Form betrachten müssen, bei der die Genehmigung als erteilt gilt, wenn die Aufsicht nach Anzeige durch den Verband eine gewisse Frist hat verstreichen lassen.¹⁾ Die - nachträgliche - Genehmigung berücksichtigt nicht nur den ideologischen Zweck der Selbstverwaltung, sondern entspricht auch eher dem System der repressiven Aufsicht. Der Nachteil, daß u.U. nachträglich die Unwirksamkeit kommunaler

1) VGL. § 133 Abs. 1 der niedersächsischen Gemeindeordnung

Beschlüsse eintritt, wird mehr als aufgewogen dadurch, daß die Organwalter selbst ihr Vorgehen genauestens erwägen müssen und nicht von einem vorherigen Bescheid der Aufsicht ausgehen können, der ihnen weiteres Nachdenken erspart. Weiter ist zu fragen, ob die Aufsicht bei der Erteilung oder Verweigerung einer Genehmigung eigenes Ermessen walten lassen darf. - Denkbar ist die gebundene Genehmigung, die bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen erteilt werden muß; in dieser Form wird sie aber als Aufsichtsmittel praktisch unbrauchbar; soll ein präventives Kontrollmittel den oben bezeichneten Zwecken gerecht werden, so darf es nicht von einer - unmöglichen - "idealen" Norm abhängig sein; die Problematik der Unzulänglichkeit reiner Rechtsaufsicht bliebe ungelöst und würde nur verschoben. Bei der Beurteilung wirtschaftlicher Fragen insbesondere ist der Einzelfall entscheidend: und der verlangt Ermessensentscheidungen, der gebundene Verwaltungsakt kann ihm nicht gerecht werden.

Die praktische Notwendigkeit einer gewissen Ermessensfreiheit ist auch dogmatisch nicht zu beanstanden; begrifflich ist es nicht so, daß das kommunale Ermessen durch ein staatliches ersetzt würde; das Vorgehen der Aufsichtsbehörde ist an die Maßstäbe und Intentionen des Art. 28 GG gebunden; die Beachtung dieser Bindung können die Selbstverwaltungskörperschaften durch die Gerichte prüfen lassen.¹⁾

Zu fragen, ob Genehmigungsvorbehalte begrifflich noch als Aufsichtsmittel zu betrachten sind, führt nur zu einem Streit.^{um Worte} Will man unter "Aufsicht" nur repressive Kontrolle verstehen, so fällt die Erteilung oder Verweigerung einer Genehmigung nicht darunter, obwohl diese Maßnahmen praktisch nur von Gesichtspunkten der Gesetzmäßigkeit ausgegangen sein können. Hält man den Zweck jeder der aufsichtsbehördlichen Maßnahmen für entscheidend - so wie der Zweck des Art. 28 GG in Zweifelsfällen entscheidend ist für jede Auslegung des

1) Vgl. zum Problem der Genehmigungsvorbehalte insbes. GÖNNEWEN, Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, in "Gedächtnisschrift für W. JELLINEK"

Kommunalrechts - so wird man als Aufsichtsführung jednahme des Staates betrachten, die ein Funktionieren d Selbstverwaltungskörper im Sinne des Art. 28 GG siche

VI. Verbandsbehörden und Personalhoheit der Mitglieder

§ 27 Abs. 1 S. 2 RZwVG bestimmt: "Leiter des Zweckver soll in der Regel der Leiter einer Gemeinde oder eine meindeverbandes, die Mitglieder sind, sein." Benötigt Verband darüber hinaus hauptberufliche Angestellte un amte (Abs. 2), so muß die Satzung gem. Abs. 2 auch "V schriften über die Übernahme der Beamten oder Angeste durch Verbandsglieder oder über die sonstige Abwicklu Dienst- und Versorgungsverhältnisse im Falle der Aufl des Zweckverbandes oder der Änderung seiner Aufgaben Nimmt die Gründungsbehörde bei der Errichtung eines F verbandes in der von ihr evtl. gem. § 17 aufzustellen zung die in § 27 genannten Regelungen vor, so wird da in die Personalhoheit der Mitglieder eingegriffen. Di Eingriff könnte aus doppeltem Grunde rechtswidrig sei ist zu fragen, ob die Personalhoheit der Mitgliedsgen und Gemeindeverbände überhaupt angetastet werden darf bejahendenfalls bliebe zu erörtern, ob die Berufung : ter eines Gemeindeorgans nicht die Bestellung als Wal nes Verbandsorgans ausschließt (b).

a) § 27 Abs. 1 S. 2 RZwVG bedeutet, daß es nach Ansic Gesetzgebers von 1939 grundsätzlich möglich ist, im V Institutionsleihe den bzw. die Walter eines Mitgliede als Walter eines Verbandsorgans in Anspruch zu nehmer Organ ist eine Institution und als solche idR ebenfal Zuständigkeitskomplex. Organisationsrechtlich ist es ungewöhnlich, daß eine bestimmte Institution als Orga schiedener Subjekte in Anspruch genommen wird. Dabei das Organisationsrecht dieser verschiedenen Subjekte rührt, so daß die genannte Regelung aus diesem Gesicl unbedenklich ist; auch an der Personalhoheit des Sell waltungskörpers, dessen Organ als Institution gelieht

ändert sich nichts: es bleibt nach wie vor der betreffenden Gemeinde überlassen, welchen Menschen sie als Walter ihres Organs beruft; daß diese Person in Realunion gleichzeitig Walter eines Verbandsorgans wird, stellt nur einen Reflex objektiven Rechts dar, der dem Selbstverwaltungskörper tatsächlich einen zusätzlichen Einfluß gewährt, ohne seine personellen Befugnisse zu schmälern, und den Wesenskern der Selbstverwaltung unberührt läßt. Das könnte vielleicht zweifelhaft sein, wenn die Befugnisse des Gemeindeorganwalters von denen als gleichzeitiger Walter eines Verbandsorgans so an Bedeutung übertreffen würden, daß seine gemeindliche Tätigkeit gegenüber der für den Verband zurückträte. Davon kann im vorliegenden Fall aber nicht die Rede sein.

Schwerer wiegt, daß nach § 27 Abs. 3 RZwVG die Mitglieder u.U. mit der Sorge für die Verbandsbediensteten belastet werden, sei es finanziell, sei es durch die Pflicht zur Übernahme in die eigene Organisation.¹⁾ Mit Art. 28 GG ist aber auch diese Regelung grundsätzlich vereinbar.-

Die Anstellung von Bediensteten durch den Verband bedeutet zwangsläufig die Übernahme gewisser beamten- oder arbeitsrechtlicher Verpflichtungen, deren Subjekt der Verband, letztlich also die Gesamtheit der Mitglieder, ist. Diese Verpflichtungen sollen gem. § 17 Abs. 3 RZwVG bei hauptamtlich Tätigen nicht mit der Auflösung des Verbandes, dem Ende der Mitgliedschaft enden. Diese Vorschrift ist ein Teil des gesetzlichen Rahmens, in dem sich die Selbstverwaltung abspielt. Daß die Gesamtheit der Mitglieder mit diesen Ansprüchen belastet bleibt, ist also rechtens und auch billig. Da nach Auflösung des Verbandes die ideelle Größe "Gesamtheit der Mitglieder" aber nicht mehr existiert, muß die Satzung regeln, wie dann dem einzelnen Mitglied ein entsprechender und gerechter Teil der vom Verband seinerzeit eingegangenen Verpflichtungen zugeordnet ist. Diese Regelung ist

1) Vgl. die Problematik des Offenbach-Urteils, BVerfGE 1/169ff

gemäß den in Art. 3 GG geäußerten Gleichheitsgrundsatz vorzunehmen, d.h. sowohl unter Abwägung der Finanzkraft auch des Interesses an der Tätigkeit des errichteten Verbandes. - Somit bedeutet eine gem. § 27 RZwVG von der Verwaltungsbehörde aufgestellte Satzung keinen Verstoß gegen von Art. 28 GG geschützte Personalhoheit.

b) Zu prüfen bleibt, ob die Leihe von Mitgliedsinstanz nicht aus anderen Gründen zulässig ist; Gründe dafür könnte eine Inkompatibilität wegen eventueller Interessenkonflikte sein. - Es ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß bei Erteilung einer Vertretungsmacht die Möglichkeit von Interessenkonflikten berücksichtigt wird bzw. werden muß.¹⁾ Dieser Grundsatz gewinnt im öffentlichen Recht auch als Problem der Gewaltenthemmung besondere Bedeutung.²⁾ Es ist in diesem Zusammenhang also zu fragen: bedeutet eine Regelung gem. § 27 Abs. 1 S. 2 RZwVG die Gefahr von Interessenkonflikten und reichen die vorhandenen Sicherungsmittel zur Vermeidung aus? -

Wenn z.B. der Leiter eines Zweckverbandes gleichzeitig Leiter der Verwaltung eines Mitglieds ist, so werden seine Aufgaben in der jeweils einen oder anderen Funktion zwar häufig einen Reflex auf die Interessen der einen oder anderen der beiden von ihm vertretenen juristischen Personen ausüben. Er wird diesen Reflex einkalkulieren und dabei eine gewisse Interessenabschätzung vornehmen müssen. Wie besteht dabei überhaupt die Möglichkeit von Fehlentscheidungen? Der Zweckverband ist das typische Instrument zur Wahrnehmung von Aufgaben, die ihrer Natur nach gemeindliche Selbstverwaltungsangelegenheiten sind, jedoch über die Grenzen einzelner Gemeinden hinausgewachsen sind und dadurch ihren rein "örtlichen" Charakter verloren haben.³⁾ Als Ergänzung der Gemeinde sind beim Zweckverband die Verbandsinteressen grundsätzlich und gleichzeitig Gemeindeinteressen,⁴⁾

1) Vgl. z.B. § 181 BGB sowie die einschlägigen Regelungen des Vormundschaftsrechts

2) vgl. neben Art. 20 auch Art. 55, 94 sowie 38 Abs. 1

3) vgl. auch HOPPE, Gebietskörperschaft und Gemeindeverband, S. 64/65

4) "Überörtlich-sekundäre Gesamtaufgaben" nach HOPPE, Gebietskörperschaft und Gemeindeverband, S. 65

ein Interessenkonflikt nur in Ausnahmefällen möglich erscheint. Insofern könnte eine Kollision sich nur daraus ergeben, daß der Verbandsleiter den Interessen "seiner" Gemeinde gegenüber denen der anderen den Vorzug gibt. Das kann aber ganz in Ordnung sein. IdR haben eine oder mehrere Gemeinden innerhalb des Verbandsgebietes größere Bedeutung als andere. Einer solchen natürlichen Schwerpunktbildung muß der Verband Rechnung tragen. Eine nach Art. 3 GG vorzunehmende Nachprüfung der Ermessensbetätigung hat auch insofern zunächst die Ungleichheit der verschiedenen Mitglieder zu berücksichtigen. Es wird meist sogar geboten sein, die Verbandsarbeit auf die Entwicklung der nach den Gesetzen von Wirtschaft und Verkehr wichtigsten Gemeinde abzustimmen. Diese erforderliche und vernünftige Verbandspolitik soll dadurch gerade gefördert werden, daß der oder die maßgeblichen Verbandsorganwalter idR von der an den Verbandsproblemen hauptsächlich interessierten Gemeinde übernommen werden. Angesichts dieser Zusammenhänge ist die Regelung des § 27 Abs. 1 S. 2 RZwVG unbedenklich, da den einzelnen Gemeinden von den Verwaltungsgerichten ein ausreichender Schutz gegen eine rechtlich nicht vertretbare Amtsführung geboten wird.

II. Kapitel: MITTELBARE STAATSVERTWALTUNG.

Oben in und vor § 15 wurde festgestellt, warum für Neugründung und Fortbestand pflichtiger Verbände nicht nur die Rechtsstellung der betroffenen Gemeinden und Gemeindeverbände von Belang ist, sondern auch die Rechtsstellung der Verbände selbst auf die Vereinbarkeit mit der Verfassung hin überprüft werden muß. Hinsichtlich der Pflichtverbände nach dem RZwVG ist das oben im I. Kapitel¹⁾ weitgehend geschehen; offen geblieben ist die Frage nach der Rechtsstellung der von diesem Gesetz nicht erfaßten pflichtigen Verbände, als da sind: sondergesetzliche Zweckverbände, Wasser- und Bodenverbände u.a. Besonders bei den sondergesetzlichen Zweckverbänden liegt der Gedanke nahe, daß für sie dasselbe gilt, was für Pflicht-

1) §§ 15, 16

verbände nach dem RZwVG schon gesagt wurde. Es ist aber zu prüfen, welchen Sinn Art. 28 Abs. 2 GG hat, um zustellen, auf welche Verbände diese Bestimmung direkt analog angewandt werden kann (§ 17). -

Alle Körperschaften des öffentlichen Rechts sind Instanzmittelbarer Staatsverwaltung; als solche sind bisher kommunalen Selbstverwaltungskörper in ihrer besonderen Stellung für den Staat hervorgehoben und behandelt worden. Man die verfassungsmäßigen Organisationsprinzipien solcher juristischen Personen des öffentlichen Rechts festzustellen, die nicht zu jener besonderen Gruppe gehören, so bleibt zu erörtern: welche Schlüsse ergeben sich aus dem Grunde für die allgemeine verfassungsrechtliche Einordnung dieser Instrumente mittelbarer Staatsverwaltung und welche besonderen Konsequenzen folgen aus den möglicherweise verschiedenen verfassungspolitischen Zielsetzungen für die verschiedenen von Körperschaften bzw. Verbänden (§ 18).

§ 17. Der verfassungspolitische Gehalt des Art. 28 Abs. 2 und seine juristischen Konsequenzen.

I. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse.

Oben in § 7 wurde festgestellt, daß bestimmte Aufgaben Gemeinden nicht entzogen werden dürfen; die materielle Schaffenheit dieser Aufgaben ergab sich teilweise aus dem Inhalt erhalten durch das Recht der "verantwortlichen Regels"; dieses Recht haben die Gemeinden um einem gewissen Ziel dienen zu können, welches sich dem Schlagwort "Festigung der Demokratie von unten" in etwa umreißen läßt. In dem Zusammenhang genügte die Feststellung, daß eben solche Aufgaben unentziehbar sind, mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit die Betätigung eines messensfreien Selbstverwaltungsrechts im örtlichen Rahmen (Sachverwaltung, kommunale Veranstaltungen). Die Erörterung der Rechtsstellung pflichtiger Verbände führt dann zu der Frage, was das Grundgesetz als "Gemein-

band" iS des Art. 28 Abs. 2 S. 2 ansieht.¹⁾ Als entscheidend wurde die gleiche Zielsetzung für Gemeinden und Gemeindeverbände erkannt; nicht die "Gebietskörperschaftlichkeit" iS der h.L. als Prinzip einer Zuständigkeitsverteilung wurde für letztlich ausschlaggebend erachtet; die Ergänzung des gemeindlichen Wirkens unter möglichst gleichen Voraussetzungen: die Tätigkeit und nicht die Art der Tätigkeitszuweisung sollte entscheidend sein. Die Untersuchung des Selbstverwaltungsrechts dieser von ihren Agenden her gekennzeichneten Verbände hatte sich auch mit der Stellung der Verbandsorganwalter zu beschäftigen;²⁾ die direkte oder indirekte Abhängigkeit der Organwalter von der Wahl durch die Mitglieder mußte danach zumindest grundsätzlich auch in Gemeinde und Gemeindeverband gewährleistet sein.-

Zufolge dieser Untersuchungen war das Wesen des Gemeindeverbandes zu erkennen als das einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, die die Gemeindegarbeit ergänzt, indem sie typischerweise solche Selbstverwaltungsaufgaben erledigt, die zwar für eigenverantwortliche Regelung geeignet aber nicht mehr auf das Gebiet einer Gemeinde zu begrenzen sind; die Organisation solcher Verbände muß möglichst der gemeindlichen entsprechen. - Aus den "Selbstverwaltungsaufgaben" folgte für sie das Selbstverwaltungsrecht. Die Aufgaben ihrerseits entsprangen dem Aufgabenkreis der Gemeinden, die Gemeindegebiete bildeten die sachliche Grundlage des Verbandsgebietes - unabhängig davon, ob dieses Gebiet direktes Tatbestandsmerkmal einer Zuständigkeitszuweisung war. Wurde also "Die Selbstverwaltungsaufgabe" für entscheidend gehalten, so wurde damit gleichzeitig auf Kriterien wie "Gebiet" und "Volk" bezug genommen und lediglich klargestellt, daß das Gebiet allein als Tatbestandsmerkmal einer Kompetenzverteilung noch nichts entscheidendes über die Einordnung als Gemeindeverband iS des Art. 28 GG aussagen kann. Diese Feststellung genügte, um darzutun, daß Zweckverbände nach dem RZwVG durchaus diesen Kriterien genügen können, ohne daß das schematisch und zwangsläufig immer der Fall sein muß,³⁾ und daß in solchen Fällen die Organisation des Verbandes dem Rechnung zu tragen hat.⁴⁾

1) Vgl. o.§ 15

2) vgl. o.§ 16 III

3) vgl. o.§ 15

4) vgl. o.§ 16

Aus der Behandlung der Pflichtverbände nach dem RZwVG ging dann bereits hervor, daß das Grundgesetz in Art. 28 Abs. 2 S. 2 nicht ausschließlich von schon vorhandenen kommunalen Verfassungstypen ausgeht; auch die nicht durch geltendes Recht¹⁾ bereits typisierten Gemeindeverbindungen können von dieser Vorschrift zumindest sinngemäß erfaßt werden. Diese Möglichkeit besteht vor allem bei sondergesetzlichen Zweckverbänden. Um ihre Rechtsstellung zu klären, ist eine genauere Bestimmung der für die sinngemäße Behandlung als "Gemeindeverband" entscheidenden Funktion - die Durchführung von "Selbstverwaltungsaufgaben" - notwendig. Das Verhältnis der Kriterien "Gebiet", "Volk", "Selbstverwaltung" zueinander wird entscheidend sein für die Antwort auf die Frage: wann liegt eine "Selbstverwaltungsaufgabe" iS des Art. 28 Abs. 2 GG vor?

II. Voraussetzungen der Funktion als Selbstverwaltungskörper im Sinne von Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG.

Der Gebrauch des Terminus "Selbstverwaltungsaufgabe" erfordert zunächst eine begriffliche Abgrenzung. Oben in § 15 wurde festgestellt, daß der formale Schluß vom Subjekt auf das Objekt unbrauchbar ist, wenn es um die Einordnung des Subjekts als spezieller Selbstverwaltungsverband (Gemeindeverband) geht, sondern daß das Objekt, die zustehende Aufgabe, Aufschluß gibt über die rechtlich gebotene Behandlung des Subjekts als "Gemeindeverband" und somit über wesentliche Erfordernisse des ihm zustehenden Selbstverwaltungsrechts: die Funktionen des einzelnen Verbandes geben Aufschluß über die Ziele, die der Staat mit dieser Körperschaft verfolgt, und die Rechtsstellung, die dieser Zielsetzung entsprechen muß. Mit "Selbstverwaltungsaufgaben" wird hier deshalb nicht auf formale sondern auf materielle Merkmale hingewiesen. Dabei geht es darum, nur das Merkmal zu bestimmen, das die "Selbstverwaltungsaufgabe" von den anderen unterscheidet,

1) Vgl. z.B. Gemeinde-, Amts-, Landkreisordnungen wie auch das RZwVG

die u.U. ebenfalls von Selbstverwaltungskörpern, überwiegend aber vom Staat wahrgenommen werden.

a) Die Verteilung der Zuständigkeiten zur Aufgabenwahrnehmung ist ein Teil der Rechtsordnung, wobei hier wiederum nur die nicht direkt staatliche sondern kommunale Rechtsordnung behandelt werden soll.

Ausgeübte Gewalt richtet sich immer nur gegen Menschen, die Frage nach der Aufgabenverteilung enthält logischerweise die Frage: gegenüber welchen Menschen darf diese Herrschaftsmacht ausgeübt werden? - Man kann Personenmehrheiten nach den verschiedensten Merkmalen erfassen;¹⁾ das allgemeinste ist die Ansässigkeit in einem Gebiet.

Oben in § 15 wurde festgestellt, daß verschiedene Autoren²⁾ eine Gemeindeverbindung schon dann als Gemeindeverband iS des Grundgesetzes behandeln wollen, wenn dieser seine Gewalt grundsätzlich gegenüber allen Personen ausübt, die in seinem Gebiet ansässig sind. Es wurde dargestellt, daß ein so globales Merkmal den Intentionen des Art. 28 GG noch nicht genügen kann, da diese Vorschrift auf einen Zweck abstellt, über den eine so allgemeine Zuständigkeitsverteilung noch nicht ausreichend etwas aussagen kann; es blieb zudem offen, welche Funktion das Gebiet bei der Zuständigkeitsverteilung eigentlich hat. Dazu sagt KELSEN³⁾: "Problematisch ist auch der scharfe Gegensatz, in dem die herrschende Lehre die Gebietskörperschaften, zu denen sie den Staat zählt, den anderen Verbänden entgegenstellt. Der leitende Gedanke ist etwa der: Gehört zu einem Verband auch ein bestimmtes Gebiet, so hat dieses die Funktion, alle auf ihm befindlichen Menschen ohne Rücksicht auf ihre ... Unterschiede der Herrschaft des Verbandes zu unterwerfen. Es gibt sonach Verbände, die nur Menschen bestimmter Qualität, z.B. eines bestimmten Berufes ..., und solche, die - und zwar zwangsweise - alle Menschen, die auf einem bestimmten Gebiet weilen, umfassen.

1) zum Beispiel Beruf, Alter usw.

2) Staatslehre, S. 143 f

3) vgl. oben § 15 II

Neben dem Staat ist die Gemeinde ein Beispiel für solche Gebietskörperschaften. Allein ganz abgesehen davon, daß ja auch der Herrschaft des Staates nicht alle Menschen unterworfen sind, die sich in seinem Gebiet aufhalten..., ... ist gerade vom Standpunkt des Gebiets kein prinzipieller, sondern nur ein gradueller Unterschied zwischen Gebietskörperschaften und anderen festzustellen. Man beachte, daß schon nicht der Einzelstaat, geschweige denn die Gemeinde das Verhalten der auf ihrem Gebiet anwesenden Menschen nach allen Richtungen regelt. Man stelle sich Zwangsverbände vor, die alle auf einem bestimmten Gebiet wohnhaften Menschen zu Zwecken des Konsums oder der geistigen Bildung vereinigen; alle Menschen müssen essen, aber nicht alle geistig gebildet werden ... Es sind ... Verbände mit Geltung für ein bestimmtes Gebiet. Es ist eben nicht die Funktion des von der Rechtsordnung losgelösten Gebietes, alle Menschen einer Ordnung zu unterwerfen, sondern Funktion dieser Ordnung, die die Raumbeziehung zum Inhalt hat. Die einzig vollkommene Gebietskörperschaft im Sinne der herrschenden Lehre wäre durch jene Ordnung konstituiert, die alle Menschen grundsätzlich nach allen Richtungen ihres Verhaltens zu bestimmen kompetent ist. Das ist aber nur die souveräne Totalrechtsordnung."

Daß dem so ist, beweist gerade die Gemeinde; die Zuweisung der "örtlichen" Angelegenheiten knüpft zwar an das Gebiet an, wird aber entscheidend auch von anderen Merkmalen bestimmt. D.h. daß nicht alle örtlichen Angelegenheiten nur wegen dieser "Örtlichkeit" von der Gemeinde erledigt werden, selbst wenn eine solche Zuständigkeit in Form einer umfassenden Vermutung ausgesprochen wird. Sogar wenn die Raumbeziehung das einzige, hervorgehobene Merkmal des Vermutungstatbestandes ist,¹⁾ so liegt darin immer noch der Hinweis, daß das Gebiet nicht allein über den Umfang der von der Gemeinde zu errichtenden Ordnung entscheidet. Will man die auf das Gebiet abstellende Zuständigkeitsvermutung genügen lassen, um eine Körperschaft als "Gemeindeverband" einzuordnen, so würde das entscheidende Kriterium darin gesehen, daß für

1) Vgl. die Landesverfassungen

die Tätigkeit des Verbandes jedenfalls eine Raumbeziehung der Verbandsangehörigen mit entscheidend sein muß. Es ist aber kaum eine Körperschaft denkbar, die nicht in einer stärker oder schwächer ausgeprägten Raumbeziehung stünde; das gilt vor allem für den Staat, dem gegenüber damit also kaum eine Unterscheidung vom Objekt der Tätigkeit her getroffen würde. Ein solches Kriterium ist unbrauchbar. "Es wäre richtiger, statt von 'Gebietskörperschaft' von einer Organisation zu reden, deren Normen und deren Produkt 'Rechtsordnung' in einem bestimmten durch höhere Rechtsordnung bezeichneten Gebiet gelten,"¹⁾ also von Gebietshoheit. Es muß demnach festgestellt werden, daß die Notwendigkeit einer Raumbeziehung schlechthin nichts letztlich Entscheidendes über den Charakter einer Gemeindeverbindung als "Gemeindeverband" iS des Grundgesetzes sagen kann; damit ist aber nicht gemeint, daß die örtlichen Gegebenheiten für die personifizierte Teilrechtsordnung "Gemeindeverband"²⁾ bedeutungslos sind. Es kommt darauf an, möglichst konkret den Inhalt der räumlichen Beziehung zu bestimmen, die Art. 28 GG für entscheidend hält. Das muß möglich sein, da Abs. 2 S. 1 verschiedene Hinweise auf das Gebiet als Grundlage der Selbstverwaltung enthält, die allgemein genug sind, um ihnen grundsätzliche Bedeutung beimessen zu können.-

b) Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG verbürgt den Gemeinden hinsichtlich gewisser Aufgaben das Selbstverwaltungsrecht. Die Bedeutung des Gebietes für diese Aufgaben bzw. Ordnung ergibt sich aus der näheren Klassifizierung der Agenden; "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" heißt zunächst, "alles, was die Ansässigen betrifft"; die entscheidende Einschränkung erfährt diese Kompetenzzuweisung durch das Wort "Gemeinschaft". Es gibt keine staatliche Kompetenz, deren Ausübung nicht auch für den Gemeindeeinwohner irgendwie von Belang wäre. "Gemeinschaft" macht das Anliegen deutlich, dem die Institution der kommunalen Selbstverwaltung dienen soll: der Gesamtheit des Staatsvolkes wird die von ihr unterschied-

1) so WOLFF, Juristische Person, S. 451
2) vgl. KELSEN, Staatslehre, S. 66

dene "Gemeinschaft der Gemeindebürger" gegenübergestellt; diese juristische Unterscheidung von Staats- und Gemeindevolk bekommt ihren Inhalt weniger aus einer geographisch bedingten Grenzziehung als dadurch, daß auf einen soziologischen Zusammenhang Bezug genommen wird.-

Es gibt Dinge, die unmittelbar nur für solche Personen erheblich, ihnen "angelegen" sind, die der gemeinsame Wohnsitz mit allen aus diesem räumlichen Zusammenleben sich ergebenden Problemen und Erfordernissen zu einer sozialen Verbundenheit führt; das bedeutet, daß es im sozialen Gefüge des Staates immer Gruppen gibt und geben muß, die aus örtlichen Gegebenheiten heraus in einer Sozialbeziehung zueinander leben die enger ist als die zur Gesamtheit der übrigen Staatsangehörigen. Diesen engeren sozialen Zusammenhang benutzt der Staat für seine Zwecke, indem er die so verbundenen Bürger als die juristische Gemeinschaft "Gemeinde" erfaßt und anerkennt und dieser Gemeinschaft besondere Rechte verleiht. Die Ausübung dieser Rechte soll den Gemeindeeinwohnern nach Ansicht der Verfassung legitimen demokratischen Zusammenhang zwischen sozialer Repräsentation und juristischer Organschaft in beispielhaften Vorgängen deutlich machen; dafür eignen sich im immer perfekteren Verwaltungsstaat längst nicht mehr alle Aufgaben; der nach dem jeweiligen Stand der allgemeinen Rechtsordnung verbleibende Rest mußte den Gemeinden daher als typische "Selbstverwaltungsaufgaben" geschützt werden: die kommunale Selbstverwaltung bzw. die Besorgung kommunaler Veranstaltungen u.ä.¹⁾ Es sind dies Aufgaben, die allgemein die Bevölkerung der Gemeinde angehen.

In Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG wird also insofern auf räumliche Gegebenheiten abgestellt, als durch das Gebiet und die Aufgaben der Gemeinde eine auf dem Gemeindegebiet ansässige Allgemeinheit angesprochen wird.

c) Aus dem Zusammenhang zwischen den Sätzen 1 und 2 in Art. 28 Abs. 2 GG ergibt sich, daß es kommunale Selbstverwaltungsaufgaben sowohl bei Gemeinden als auch anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts gibt. Es muß daher möglich sein,

1) s.o. § 7

einen allgemeinen Begriff der kommunalen Selbstverwaltungsaufgabe zu finden.

Aus dem oben zu a) und b) Gesagten läßt sich schließen, daß das Gebiet ein äußerliches Merkmal ist, durch welches ein besonderer auf ihm ansässiger Personenkreis bestimmt wird. Dieser organisierte, juristisch verselbständigte Personenkreis erledigt Aufgaben, die nach der Absicht des Art. 28 allgemein erhebblich sein müssen. Folglich sind kommunale Selbstverwaltungsaufgaben solche, deren Verfolgung von allgemeinem Interesse ist für eine organisierte und auf einem vom Staatsgebiet unterschiedenen Raum ansässige Personenzahl. Damit sind alle Aufgaben ausgeschieden, deren Erledigung nur bestimmte Menschen angeht - man denke an Ärztekammern, Rechtsanwaltskammern usw.

Nimmt ein Verband Selbstverwaltungsaufgaben wahr, so ist er als Gemeindeverband iS des Grundgesetzes zu behandeln.

§ 18. Körperschaften des öffentlichen Rechts als Instrumente mittelbarer Staatsverwaltung.

Das Ergebnis von § 17 zeigt, daß nicht jede Gemeindeverbindung eo ipso ein kommunaler Selbstverwaltungskörper ist; das gilt erst recht von solchen öffentlich-rechtlichen Körperschaften, deren Mitglieder nur unter anderem Gemeinden bzw. Gemeindeverbände sind. Auch solche nicht kommunalpolitisch ausgerichteten Verbände haben idR ein Selbstverwaltungsrecht. Was sagt das Grundgesetz über die Rechtsstellung dieser juristischen Personen?

I. Kommunale und sonstige Selbstverwaltung.

Art. 28 Abs. 2 S. 2 am Ende könnte zu dem Schluß verleiten, daß es "das Recht der Selbstverwaltung" in einem absoluten Sinne gibt. Die innere Bezogenheit dieser Stelle auf Abs. 2 S. 1 macht aber deutlich, daß Art. 28 GG sich nur über ein spezielles kommunales Selbstverwaltungsrecht ausläßt. Ansonsten läßt sich dem Grundgesetz nichts entnehmen, wonach jegliche mit einem Selbstverwaltungsrecht ausgestattete

öffentlich-rechtliche Körperschaft nach dem Vorbild der Kommunalverbände organisiert sein müßte. Die besonderen soziologischen Gegebenheiten, die Art. 28 Abs. 2 berücksichtigen will, lassen es zudem als äußerst fragwürdig erscheinen, da Modell des Kommunalverbandes schematisch auf Verbände anzuwenden, die u.U. für ganz andere Zwecke eingesetzt werden und von den unterschiedlichsten Sozialbeziehungen ausgehen können. Gegen solche Verallgemeinerungen wendet sich insbesondere WEBER; seiner zutreffenden Ansicht nach¹⁾ ist es nicht ungefährlich für die ideologische Wirksamkeit der kommunalen Selbstverwaltung, wenn für die verschiedensten Zwecke ein Anspruch auf Selbstverwaltung geltend gemacht wird, der in dieser Form nur bei den Kommunalverbänden berechtigt ist. Die von ihm auf Seite 7 betonte Gefahr dieses Vorgangs liegt vor allem darin, daß "die von der kommunalen Selbstverwaltung entwickelten Formen fungibel werden und sich beliebigen Zielsetzungen dienstbar machen lassen, bis hin zur Auflösung des Staates in eine Vielheit auseinanderstrebender Herzogtümer und Patriziate eigenwilliger Interessenblöcke und Machtgruppen. Es besteht also kein Grund, ... sich durch den hohen Firmenwert dieses Begriffes über die Möglichkeiten seines Mißbrauchs täuschen zu lassen." Es hat seine Berechtigung, von Mißbrauchsmöglichkeiten zu reden; eine undifferenzierte Verleihung des Selbstverwaltungsrechts könnte zu der Kollektivvorstellung führen, daß das "Selbstverwaltungsrecht" - einerlei welchen Verbandes - gleichbedeutend sei mit dem Zugeständnis einer staatsfreien Sphäre. Erstreckte sich diese Vorstellung auch auf Kommunalverbände so würde der ganze Sinn und beabsichtigte Erfolg des Art. 28 Abs. 2 GG infrage^{ge}stellt; kommunale Selbstverwaltung ist eine Einrichtung, die von bestimmten staatlichen Belangen geprägt sein muß und deren Unterordnungsverhältnis zu den politischen Absichten des Verfassungsschöpfers nie fraglich sein darf.

Angesichts dieser Zusammenhänge muß es als redaktionell un-

1) Die Selbstverwaltung in der Landesplanung, S. 7-9

geschickt bezeichnet werden, wenn die niedersächsische Verfassung in Art. 44 Abs. 1 gleichzeitig das spezielle kommunale und ein allgemeines korporatives Selbstverwaltungsrecht behandelt. Rechtlich enthält der betreffende Text jedoch keinen Widerspruch zu WEBERs Ausführungen und der hier vorge-tragenen Ansicht über die nicht erweiterungsfähige Auslegung des Art. 28 GG; Abs. 2 und 3 der Vorschrift (Art. 44 n.s. Verf.) machen die besondere Stellung der Kommunalverbände deutlich, so daß der in Abs. 1 ausgesprochene Gesetzesvorbe-halt nur hinsichtlich der Gemeinden usw. den Bindungen des Art. 28 unterliegt. Die Gefahr, durch den Wortlaut ein Miß-verständnis über das Verhältnis der speziellen kommunalen zur allgemeinen korporativen Selbstverwaltung zu ermögli-chen, besteht bei den Verfassungen der restlichen Bundes-länder nicht.

Hier sollen nur die Gefahren angedeutet werden, die aus der unterschiedslosen Verleihung eines gem. Art. 28 GG geformten Selbstverwaltungsrechts erwachsen können; als letztlich poli-tische Frage steht sie hier nicht zur Debatte. Es brauch-te nur nachgewiesen zu werden, daß Art. 28 Abs. 2 ausschließ-lich Kommunalverbände betrifft. Soll die Mindestforderung diskutiert werden, deren Beachtung durch den Staat hinsicht-lich der Rechtsstellung öffentlich-rechtlicher Körperschaf-ten evtl. verlangt werden kann, so muß versucht werden, die Institution dieser subjektiv vom Staat unterschiedenen Ver-bände an sich in die Verfassung einzuordnen. Dabei wird es allerdings auf eine Abgrenzung der kommunalen gegenüber an-deren Formen der Selbstverwaltung ankommen.

II. Das Verhältnis von Staat und öffentlich-rechtlichen Körperschaften zueinander.

Festgestellt werden soll die evtl. verfassungsrechtliche Bin-dung des einfachen Gesetzgebers bei seiner Gestaltung der Rechtsstellung öffentlich-rechtlicher Körperschaften. - Gewisse Bindungen können sich insbesondere dadurch ergeben, daß der Gesetzgeber als Vertreter der Gesamtheit bestimmte Interessen zu respektieren hat, die entweder ebenfalls - ganz

oder teilweise - solche der Gesamtheit sind (vgl. Art. 28) oder solche von Individuen.¹⁾ Zunächst ist zu fragen, wie-weit ein Verband Träger bestimmter Interessen sein kann. In diesem Zusammenhang interessiert nur der Ausdruck, den eine verfassungsrechtliche Interessenbewertung in der Orga-nisation einer juristischen Person des öffentlichen Rechts evtl. finden muß, und wie weit sich dabei die vom Staat wahr zunehmenden Interessen der Gesamtheit und die individuellen der Korporierten gegenüber stehen. Letztere sollen fortan als "Die Verbandsinteressen" bezeichnet werden; man muß sic aber darüber klar sein, daß diese zusammenfassende Bezeich-nung nur eine "denkökonomische Abbeviatur" darstellt, die keinesfalls den Schluß auf ein dem psychischen Einzelwesen entsprechendes "Gesamtinteresse" erlaubt.²⁾

Nach NELSON³⁾ muß "für jede organisierte Gesellschaft besti- sein, wie aus den in ihr vereinigten Kräften die Kraft her-vorgehen soll, durch die ihr Zweck verwirklicht wird, und wie aus dem an sich nicht einstimmigen Willen aller Mitglie der derjenige Willen hervorgehen soll, der diese Kraft ihre Zweck gemäß lenkt." Das bedeutet für die juristische Person insbesondere: "Das Fehlen eines 'Gemeinwillens' als 'eines eigenen Willens der juristischen Person' wird durch eine An-zahl von Individualwillen und von Rechtssätzen ersetzt, wel-che man als Organisation bezeichnet. Durch sie wird bestimm daß der Wille gewisser Menschen, wenn er unter bestimmten, von der Organisation angegebenen Voraussetzungen und ebenso bestimmten Formen geäußert wird, als Wille der juristischen Person gilt ..."⁴⁾ So viel zu Problematik der Interessen, Zwecke und Organisation juristischer Personen allgemein. Welche Folgerungen ergeben sich daraus für ihr Verhältnis zur umfassenderen Staatsperson?

Es ist davon auszugehen, daß die öffentlich-rechtliche Kör-

- 1) Vgl. den Grundrechtsteil des Grundgesetzes
- 2) WOLFF, Juristische Person, S.158, 160; zur Konstruktion eines "Willens" und "Interesse" der juristischen Person vgl. S. 155 - 165.
- 3) Nachweise bei WOLFF, Juristische Person, S. 160
- 4) WOLFF, Juristische Person, S. 164

perschaft einmal eine Organisation ihrer Mitglieder darstellt; andererseits ist sie selbst Bestandteil der staatlichen Organisation, in deren Rahmen die Korporierten im Unterschied zu anderen Rechtssubjekten besonders zusammengefaßt werden zu einer neuen rechtsfähigen Einheit. Daraus folgt, daß die Rechtssätze, auf denen ihre Organisation beruht, auf die staatliche Gesamtheit und nicht die der Korporierten zurückgehen müssen: daß der Gesetzgeber über den Korporationsvorgang und seine Modalitäten bestimmt. Hier soll geprüft werden, von welchen Erwägungen er dabei ausgeht bzw. sich leiten lassen darf.

Welche Zwecke und Interessen bei der Bildung und Betätigung des Verbandswillens tatsächlich verfolgt werden, ist schwer zu beeinflussen, da psychische Vorgänge von außen her kaum faßbar sind. Trotz weitgehender gesetzlicher Bindung und Aufgabenverteilung gibt es immer individuelle Interessen der juristischen Person, auf deren Verfolgung anläßlich der Wahrnehmung ihrer Aufgaben der Staat keinen Einfluß hat und haben kann. Die Zwecke und Interessen, die er mit der Existenz solcher Verbände verbindet, kann er nur dadurch verfolgen, daß er diese zur Beachtung und Benutzung ihrer von ihm mehr oder weniger weitgehend festgelegten Organisation und der übrigen gesamtstaatlichen Ordnung zwingt. Gründung und Existenz vom Staat unterschiedener aber existenziell von ihm abhängiger juristischer Personen sind für die Gesamtheit in zweifacher Beziehung problematisch. Die zuständigen Organe müssen sich überlegen erstens: welche Rechtssubjekte können und wollen wir überhaupt korporieren bzw. ihnen die Korporation gestatten?, zweitens: welche Normen stellen wir auf für die Organisation dieser Personen bzw. wieweit gestatten wir ihnen, selbst welche festzulegen?, und: wieweit dürfen wir bei beiden Überlegungen staatliche Interessen berücksichtigen?

Einer liberalen Rechtsordnung entsprechend,¹⁾ begnügt sich

1) Vgl. u.a. Art. 9 GG

der Staat im Privatrecht mit der Aufstellung einiger Grundsatznormen, z.B. im Vereins- und Handelsrecht; die Initiative zur Gründung wird kaum beschränkt; der Gründungsvor ist idR nur von einem gebundenen Verwaltungsakt mit übergehend deklaratorischer Bedeutung abhängig.¹⁾ Anders im öffentlichen Recht: weil die juristischen Personen des öffentlichen Rechts an der Ausübung der - dadurch mittelbaren - Staatsverwaltung beteiligt werden, sind sie Bestandteile der Staatsorganisation. Die Gesamtheit als Träger der selbstorganisationsfähigen Staatsgewalt²⁾ ist nur an die Verfassung gebunden bei ihrer Entscheidung darüber, welche Rechtssubjekte sie organisatorisch z.B. durch die Errichtung oder Zulassung innerstaatlicher Organisationen besonders erfaßt und in welcher Weise sie das tut.

Das bedeutet für den hier behandelten pflichtigen Verband, daß der Staat auch Privatrechtssubjekte zu öffentlich-rechtlichen Körperschaften zusammenfassen darf, soweit das mit den Grundrechten vereinbar ist. Subjekte des öffentlichen Rechts können die Bestimmungen des I. Abschnitts im Grundgesetz meist nicht für sich in Anspruch nehmen, wenn es ihren Anschluß an einen Verband geht; Grundrechtssubjektivität kommt ihnen gem. Art. 19 Abs. 3 nur dann zu, wenn eine dem Zugriff des einfachen Gesetzgebers entzogene Rechtsstellung verteidigen wollen und können. Eine solche ist gewissen Grenzen aber nur den Kommunalverbänden eingeräumt. Also kann der Anschluß von Gemeinden und Gemeindeverbänden an einen pflichtigen Verband nicht daran scheitern, daß dieser ihnen private - bei Beachtung ihrer Grundrechte - und andere öffentliche Rechtssubjekte angeschlossen werden. Weit ihre eigene Rechtsstellung beim Anschluß beachtet werden muß, wurde oben im I. Abschnitt behandelt. Daraus folgt als vorläufiges Ergebnis: bei der Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft steht es dem Staat im Rahmen des Art. 20 frei, wen er korporiert, solange er die Grundrechte und Art. 28 GG beachtet. Zu erörtern bleibt die Art und Weise, in der er diese Organisation vornehmen darf.

1) z.B. Registereintragung

2) vgl. Art. 20 GG; KÜCHENHOFF, Staatslehre, S. 44

Wurde bis jetzt seine spezielle Bindung an Art. 28 untersucht, so ist nunmehr eine Ausweitung der Fragestellung erforderlich: welche Funktion haben öffentlich-rechtliche Körperschaften in ihrer Bedeutung für den Gesamtstaat?

b) Auszugehen ist von einer Unterscheidung der Staatszwecke und Staatsaufgaben. Unmittelbar wirksam werden vom Staat unterschiedene Verbände zunächst dadurch, daß sie einzelne Aufgaben erfüllen, die sonst der Staat selbst wahrzunehmen hätte: einzelne, genau bestimmte Tätigkeiten. Daraus ergeben sich bereits gewisse Zweckmäßigkeitsprinzipien für die Beschaffenheit ihrer Organisation; Erfordernisse einer rationalen Verwaltungstechnik werden im Grundgesetz aber nicht behandelt, schon weil sie vom Einzelfall abhängig sind. Entscheidend kann also nur das Verhältnis des Verbandes zu den Staatszwecken sein, welchen die betreffende Aufgabenerfüllung direkt oder indirekt zu dienen hat. Zu unterscheiden sind relative und absolute Staatszwecke. Absolut sind die "vorgestellten Endziele staatlicher Tätigkeit überhaupt", relativ "solche Ziele staatlicher Tätigkeit, die nicht für deren gesamten Bereich, sondern nur für bestimmte ihrer Teilbereiche maßgebend sind (z.B. öffentliche Ordnung, Kulturförderung)".¹⁾ Dabei muß in Zweifelsfragen der absolute Staatszweck gegenüber dem relativen entscheidend sein. Inwiefern spielen diese Zwecke der organisierten Gesamtheit eine Rolle für die Organisation einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft?

1.) "Die Körperschaft des öffentlichen Rechts... ist vor den sonstigen selbständigen Verwaltungsträgern dadurch ausgezeichnet, daß sie ein Verband ist. Sie beruht auf der Mitgliedschaft der ihr Zugehörigen. Dadurch wird sie nach Funktion und Begriff entscheidend bestimmt."²⁾ Diese Kennzeichnung mag hier genügen.³⁾ Nach FORSTHOFF ist die Körperschaft funktionell in dreifachem Sinne verwendbar: sie kann erstens der Pflege gesellschaftlicher Interessen dadurch dienen,

1) KÜCHENHOFF, Staatslehre, S. 56

2) FORSTHOFF, VerwR I, S. 405

3) vgl. HUBER, I, S. 183 f; WOLFF, Juristische Person, S. 462

daß ein Personenkreis organisiert wird, um mit Mitteln des Staates besondere Interessen zu verfolgen, die mit denen des Staates nichts zu tun haben. Insofern stellt die Existenz des Verbandes ein Zugeständnis des Staates an gesellschaftliche Kräfte dar.

Zweitens kann sich mit der Verwendung dieser Verbände "die bloße Absicht der Ausgliederung der Verwaltung und Differenzierung ihrer Vollzüge nach Maßgabe der örtlichen Verhältnisse" verbinden. Die öffentliche Körperschaft ist dann lediglich ein Mittel der Dezentralisation.¹⁾ Damit ist allerdings nur die verwaltungstechnische Seite der Dezentralisation bezeichnet. Für die Steigerung des Verwaltungseffektes kann es nützlich sein, über die Dekonzentration hinauszugehen und die Betroffenen an der Verwaltung zu beteiligen. Insofern ist Dezentralisation nur eine Frage der Zweckmäßigkeit, für die allenfalls relative Staatszwecke maßgeblich sind. Das Grundgesetz enthält keine diesbezüglichen Einschränkungen der maßgeblich politisch bestimmten Entscheidungsfreiheit des Staates; es bleibt ihm überlassen, ob und wie er die Staatsverwaltung dezentralisiert; er ist nur an Art. 20 GG gebunden, d.h. die errichtete Körperschaft muß so organisiert sein, daß ihre Tätigkeit gesetzmäßig ist.

Entscheidend ist die dritte Funktion: die öffentlich-rechtliche Körperschaft kann "mit dem Ziel eingesetzt werden, bestimmte Sozialbereiche vom Staate aus zu disziplinieren und funktionell an den Staat heranzuziehen. Sie ist dann ein Mittel politischer Führung. Hier liegt normalerweise eine weitgehende Identifizierung des Staates mit den Funktionen der Körperschaft zugrunde."²⁾

2.) Selten werden die hier beschriebenen Funktionen ausschließliche Gesichtspunkte bei der Einrichtung sein; jede Dezentralisation bedeutet - in mehr oder weniger großem Umfang - auch die Disziplinierung von Sozialbereichen; ebenso wird sie meist auch als Ventil gesellschaftlicher Kräfte wirken. Dieser uneinheitliche Aufgabenkomplex im Interesse von u.U. verschiedenen relativen und absoluten Staatszwecken

1) FORSTHOFF, VerwR I, S. 405 2) FORSTHOFF, VerwR I, S. 426

kann die verschiedenartigsten Organisationstypen erfordern. Die verfassungsmäßige Legitimität dieser Zwecke vorausgesetzt, muß es staatlichem Ermessen überlassen bleiben, für welchen Zweck welche Organisation den besten Erfolg verspricht, einerlei ob es sich um die Verfolgung relativer oder absoluter Zwecke handelt. Dieser praktischen Notwendigkeit trägt das Grundgesetz Rechnung, d.h. es stellt nur in einem speziellen Fall Vorschriften für die Organisation bestimmter Verbände auf: Art. 28 GG bestimmt, daß die Disziplinierung der Sozialbereiche "Gemeinde" und "Gemeindeverband" wegen ihrer Bedeutung für das absolute Ziel der Sicherung demokratischer Verhältnisse an bestimmte Regeln gebunden ist. Ansonsten steht es dem Staat frei, ob "die Verfassung des Sozialbildes darauf angelegt ist, daß entweder die ihm Zugehörigen die Gebarung des Sozialgebildes vermöge ihnen verliehener Rechte mitbestimmen oder daß sie durch das Sozialgebilde zu einer Leistung oder einem Verhalten diszipliniert werden, um auf diese Weise einen bestimmten öffentlichen Zweck zu erfüllen."¹⁾

c) Für die Organisierung von Rechtssubjekten zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts gibt es keine Bindungen des Staates, die für Gemeinden und Gemeindeverbände über Art. 28 GG hinausgingen, während Privatrechtssubjekte durch die Grundrechte geschützt sind. Mangels weitgehender genereller Regeln ist der Einzelfall entscheidend; der Staat muß von Fall zu Fall seine politische Entscheidung treffen. Was politisch zweckmäßig ist, kann und braucht hier nicht erörtert zu werden.

1) FORSTHOFF, VerwR I, S.428 f

3. Teil: Abschließende Betrachtung anhand von Beispielen.

§ 19. Vorkonstitutionelle Pflichtverbände.

Im 2. Teil wurden die hauptsächlichlichen Probleme untersucht, die sich - vornehmlich nach Verkündung des Grundgesetzes - aus der Rechtsstellung der Gemeinden und Gemeindeverbände für die Lehre von den Gemeindeverbindungen ergeben. Dabei war festgestellt worden, in welcher Weise heute eine Gemeinde einem pflichtigen Verband angeschlossen werden darf. Es bleibt festzustellen, was aus diesen Untersuchungen für die Rechtsstellung der im 1. Teil als Beispiele erwähnten Verbände folgt, welche zum überwiegenden Teil schon vor 194 gegründet worden sind.

I. Pflichtige Zweckverbände im Allgemeinen.

Nicht die Art und Weise der Gründung sondern die aktuelle Rechtsstellung eines Verbandes entscheidet darüber, ob er in das System des Grundgesetzes eingeordnet werden kann. Für die betroffene Gemeinde bedeutet dies, daß aus einer nach heutigen Grundsätzen rechtswidrigen Gründung nur dann die - völlige oder teilweise - Verfassungswidrigkeit eines Verbandes folgt, wenn dessen gegenwärtige Existenz ihre verfassungsmäßigen Rechte schmälert. D.h. daß ein mangelhafter Rechtsweg bei der Gründung¹⁾, unstatthafter Zwang sowie heute rechtswidrige, aber abgeschlossene Eingriffe in das Gemeindervermögen²⁾ jetzt rechtlich nicht mehr erheblich sind. Daraus folgt, daß verfassungswidrig nur solche Verbände sein können, die seinerzeit mit Aufgaben betraut wurden, die heute den Gemeinden geschützt sind. Diesen muß es daher innerhalb gewisser durch die Tatsachen geschaffener Grenzen möglich sein, im Verfahren nach § 91 BVerfGG die Rückübertragung der Zuständigkeiten zu verlangen, die ihnen Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG als unentziehbar schützt.³⁾ Diese Befugnis darf jedoch nicht zur Gefahr für die Rechts-

1) Vgl.o. § 6.
3) vgl.o. § 7

2) vgl.o. §§ 9 - 12

sicherheit und kommunale Ordnung werden; es kommt zwar darauf an, die Freiheit der Gemeinden wieder herzustellen, die darin besteht, über die Ausübung oder Nichtausübung einer verbürgten Kompetenz selbst zu entscheiden. Die Ausübung dieses Rechts ist aber vom Rahmen des Gesetzes abhängig. In diesem Zusammenhang ist eine analoge Anwendung der Vorschriften über freiwillige Zweckverbände nicht nur möglich sondern geboten. Die auf Rückübertragung klagende Gemeinde ist daher zu behandeln wie das Mitglied eines freiwilligen Zweckverbandes, das austreten möchte.

Mangels näherer Bestimmung der Satzung finden nach § 21 Abs. 1 S. 2 RZwVG die Gründungsvorschriften sinngemäß Anwendung - also insbesondere § 7. D.h., daß bei Einstimmigkeit der Mitglieder eine Gemeinde aus dem Verband entlassen werden kann. Damit ist ihr u.U. aber noch nicht geholfen, weil sie von der Zustimmung der anderen Mitglieder abhängig ist, die möglicherweise daran interessiert sind, dem Verband ein zahlungskräftiges Mitglied zu erhalten.

In solchen Fällen kann nur die Kündigung aus wichtigem Grund helfen. Dieser allgemein anerkannte Rechtsgrundsatz wird in § 7 Abs. 4 RZwVG ausdrücklich als im Zweckverbandsrecht anwendbar anerkannt. Die Zulassung der Kündigung aus wichtigem Grunde ist daher das gegebene Mittel, um ohne Erschütterung der Rechtssicherheit die Verfassungsmäßigkeit auch solcher Zweckverbände herzustellen, die sich mit geschützten Gemeindezuständigkeiten befassen.¹⁾ Die praktische Bedeutung dieser Frage ist indes gering; normalerweise wird der Staat Pflichtverbände nur zur Erfüllung solcher Aufgaben verwenden, denen eine Gemeinde allein nicht gewachsen ist.

Ebenso unproblematisch ist der Fortbestand eines Verbandes, der nach heute verfassungswidrigen Prinzipien organisiert wurde.²⁾ Verbandssatzungen, die das Volksvolk bei der Berufung der Organwalter nicht gebührend berücksichtigen, sind

1) Über die allgemeine Möglichkeit dieser Kündigung vgl. SEYDEL, Kommunale Zweckverbände, S. 127-133, der sie mit beachtlichen Gründen bejaht.

2) vgl. o. § 16, sowie § 25 RZwVG

insofern als unwirksam zu betrachten und abzuändern; diese Änderung hat dem geltenden Kommunalrecht Rechnung zu tragen.

II. Sondergesetzliche Zweckverbände.

Zum Vergleich sollen herangezogen werden der Landeswohlfahrtsverband Hessen und der Ruhrsiedlungsverband.¹⁾

a) Ersterer wurde durch Gesetz vom 7. Mai 1953 (GVBl. 1953/93) gegründet. Als Vorbild für seine Organisation diente die hessische Magistratsverfassung, so daß wegen der Vereinbarkeit dieses Verbandes mit dem Grundgesetz keine Bedenken bestehen; man wird jedoch bezweifeln müssen, ob es sich überhaupt um einen "Gemeindeverband" iS von Art. 28 GG handelt. Es mag dahingestellt bleiben, ob seine Aufgaben eine Ergänzung typischer Gemeindetätigkeit darstellen; jedenfalls fehlen ihm jegliche Merkmale, die ihn der Gesamtheit der hessischen Bevölkerung als soziologisch unterschiedene Körperschaft ausweisen. Bezeichnenderweise sind seine Rechtsverhältnisse in einem "Gesetz über die Mittelstufe der Verwaltung" geregelt.

b) Im Gegensatz dazu stellt der Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk einen Kommunalverband dar, der direkt oder jedenfalls sinngemäß von Art. 28 erfaßt wird. Wie schon oben unter § 2 II erwähnt, handelt es sich um ein der Gesamtheit des Volkes gegenüber eigenartiges Sozialgebilde, das alle Einwohner des Verbandsgebietes anspricht und erfaßt. Daraus folgt die Eignung dieses Verbandes als kommunaler Selbstverwaltungskörper mit entsprechenden, von Art. 28 geschützten Befugnissen. Dieser Eignung hat das zweite Änderungsgesetz vom 3. Juni 1958²⁾ Rechnung getragen und die Verfassung des Verbandes demokratischen Verhältnissen angepaßt. Dabei ist in glücklicher Weise der Charakter eines Gemeindeverbandes gewahrt und zugleich betont worden, daß hier ein von den einzelnen Gemeinden deutlich unterschiedenes, nicht von ihnen integriertes Sozialgebilde gestaltet wird. Der beibehaltene § 2 nennt Stadt- und Landkreise als Verbandsmitglieder. Nach

1) Vgl. o. § 2 IIa und c

2) NWGVBl. 1958/249 ff

§ 4 der Neufassung wählen die Mitgliederkreise entsprechend ihren Bevölkerungszahlen für je 125 000 Menschen ein Mitglied der Verbandsversammlung und stellen dadurch ein Drittel dieses Gremiums. Dieses Drittel wählt die restlichen Organwalter der Verbandsversammlung, die von Organisationen des Wirtschaftslebens vorgeschlagen werden.¹⁾ Repräsentanten der im Verband zusammengeschlossenen Gemeindegebiete bestimmen also, welche Repräsentanten von Wirtschaft und Verkehr dem Verband das Gepräge geben, das er ausschließlich von den Gemeinden und Kreisen nicht erhalten kann.

III. Wasser- und Bodenverbände.

Wasser- und Bodenverbände nach der ersten Wasserverbandsverordnung vom 3. September 1937 werden typischerweise nicht von Art. 28 GG erfaßt. Sie sind idR keine Körperschaften, deren Aufgaben die Gesamtheit der Bewohner des Verbandsgebietes ansprechen, wie schon aus dem Institut der "dinglichen Mitgliedschaft"²⁾ hervorgeht: nur einzelne wasserwirtschaftliche Aufgaben werden erledigt, die normalerweise nicht in einem zwingenden Bezug zu den als gemeinsam empfundenen Belangen einer Gesamtheit stehen. Das in § 4 der VO verliehene Selbstverwaltungsrecht steht daher auch nicht unter dem Schutz des Art. 28 GG.

Der Wasser- und Bodenverband ist das typische Instrument des Staates, um durch Dezentralisation einmal zu einer zweckmäßigeren - weil problemnäheren - Verwaltungsführung zu gelangen; zum anderen sind Fragen der Wasserwirtschaft für die Gesamtheit so wichtig, daß die auseinanderstrebenden Interessen einzelner koordiniert werden müssen. Erreicht der Staat diese Disziplinierung unter Verzicht auf eine allzusehr ins einzelne gehende gesetzliche Regelung und entsprechenden staatlichen Gesetzesvollzug durch die Errichtung von Körperschaften, so liegt darin schon eine gewisse Berücksichtigung individueller Freiheit. Am Vorbild kommunaler Selbstverwaltungskörper braucht er die Organisation dieser Verbände nicht zu orientieren.³⁾

1) Vgl. § 4a der Neufassung

2) vgl. § 3 der VO

3) vgl. im übrigen o. unter § 18 II; FORSTHOFF, S. 426 ff

Dasselbe gilt grundsätzlich auch für den sog. "Lippeverband",¹⁾ einen Wasserverband auf sondergesetzlicher Grundlage:²⁾ Aufgaben und Mitglieder des Verbandes bzw. der Genossenschaft³⁾ weisen bereits darauf hin, daß trotz des gewährten Selbstverwaltungsrechts⁴⁾ ein Vergleich mit den in Art. 28 GG genannten kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften nicht zugänglich ist. Die Vereinbarkeit der Organisation des Lippeverbandes mit dem Grundgesetz ist daher unproblematisch und in diesem Zusammenhang nicht weiter zu erörtern.

§ 20. Nachkonstitutionelles Zweckverbandsrecht.

Die Ausführungen im 2. Teil haben ergeben, daß insbesondere das Recht der pflichtigen Zweckverbände lt. RZwVG von 1939 nur ausnahmsweise überholt ist; es ist fast durchweg auch heute noch anwendbar bzw. elastisch genug, um auch dem Grundgesetz gerecht werden zu können. Wollen die heute zuständigen Länder nicht ausdrücklich den Gehalt des Art. 28 GG des näheren zum Ausdruck bringen bzw. eigene Intentionen verwirklichen, so könnte der jeweilige Landesgesetzgeber sich auf redaktionelle Verbesserungen des vorhandenen - heute als partielles Landesrecht geltenden - RZwVG beschränken, wenn er sich überhaupt mit der Materie befassen will.

Während der Gesetzgeber im Lande Rheinland-Pfalz im Jahr 1954 ein Zweckverbandsgesetz verkündet hat (I.), hat die Regierung von Nordrhein-Westfalen am 12. November 1958 den "Entwurf eines Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit" beschlossen (II.) und dem Landtag zur Beschlußfassung zugeleitet.⁵⁾

I. Neufassung des Zweckverbandsgesetzes in Rheinland-Pfalz.

Am 3. Dezember 1954 wurde in Rheinland-Pfalz eine Neufassung des RZwVG bekannt gemacht;⁶⁾ von einigen redaktionellen

1) Vgl. o. § 3 II

2) Lippegesetz v. 19. Januar 1926, PrGS 1926/13 ff

3) vgl. §§ 1, 2, 5, 6 des Gesetzes 4) vgl. §§ 31 - 33

5) Drucksache Nr. 23

6) GVBl. 1954 = Sammelblatt 1955/152

Änderungen abgesehen ("Verbandsmitglieder" statt "Verbandsmitglieder" u.ä.) wird an sachlichen Änderungen nur der im RZwVG vorgesehene Rechtsweg an das geltende Verwaltungsstreitverfahrensrecht angepaßt; ferner wird in der Neufassung des § 31 betont, daß die Aufsicht den Vorschriften der Gemeindeordnung zu entsprechen hat. Den Wandel der Auffassungen seit 1939 macht insbesondere die Neufassung des § 25 deutlich. § 25 der alten Fassung enthielt als Sollvorschrift die Empfehlung des Führerprinzips, § 25 der Neufassung empfiehlt in gleicher Weise für die Verbandsorganisation den in Rheinland-Pfalz maßgeblichen kommunalen Verfassungstyp. Da an der in § 24 Abs. 2 RZwVG erwähnten Satzungsfreiheit nichts geändert wird, hat sich sachlich kaum etwas geändert. Was oben im 2. Teil zum RZwVG gesagt wurde, gilt daher auch für die Neufassung des Gesetzes in Rheinland-Pfalz. Vor allem gegen die auch im neuen § 25 Abs. 4 als möglich bezeichneten Mitwirkungs- und Entscheidungsbefugnisse der Aufsichtsbehörde sind die gleichen Bedenken anzumelden, die oben im 2. Teil bereits geäußert wurden; auf die in der alten Fassung angedeutete, nach heutigem Verfassungsrecht nicht mehr statthafte Möglichkeit, Verbandsorganwalter vom Staat berufen zu lassen, wird in der Neufassung glücklicherweise verzichtet.

II. Entwurf eines Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit in Nordrhein-Westfalen.¹⁾

Im 3. Teil des Entwurfs wird der Zweckverband behandelt, und im Gegensatz zum rheinland-pfälzischen Gesetz wird hier der beachtliche Versuch deutlich, über das RZwVG von 1939 hinauszugehen.

Einerseits wird verhältnismäßig glücklich angestrebt, den Zweckverband bewußt der Systematik des Art. 28 anzupassen (a); andererseits entwickelt die Landesregierung in Abschnitt V der Vorlage ziemlich problematische Gedanken über die Neueinführung eines "Gesetzlichen Zweckverbandes" (b).

1) LT-Drucksache Nr. 23

a) Die Systematik des Art. 28 GG als Grundlage des Regierungsentwurfs.

§ 7 Abs. 3 des Regierungsentwurfs¹⁾ berücksichtigt die Möglichkeit, daß sich der Zweckverband aus Mitgliedern zusammensetzt, die ihrerseits verschiedenen Ländern angehören. Die Vorschrift will das Verfahren für die erforderliche zwischenstaatliche Vereinbarung erleichtern, indem sie die in Art. 66 der Landesverfassung vorgesehene Zustimmung des Landtags zum Abschluß von Staatsverträgen für Zweckverbandsgründungen über die Landesgrenzen hinaus generell erteilt; die Abschlußzuständigkeit der Landesregierung kann gemäß Art. 57 der Verfassung übertragen und dann in Form des § 7 Abs. 3 in der bequem zu handhabenden Genehmigung durch den Innenminister ausgeübt werden.-

Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, daß die Funktion kommunaler Selbstverwaltung nicht ausschließlich dem Lande nützt sondern auch - wenn nicht sogar vordringlich - einem rechtspolitischen Anliegen des Gesamtstaates dienen soll. Wirksame kommunale Selbstverwaltung kann und darf daher u.U. nicht an Landesgrenzen scheitern; insofern enthält § 7 Abs. 3 Ansätze eines Denkens, welches eine Art. 28 GG gerechte Voraussetzung für jede landesrechtliche Ausgestaltung des Kommunalrechts ist.

Der politisch richtige Ausgangspunkt bei den Überlegungen der Landesregierung wird besonders deutlich in § 8 Abs. 2: "Der Zweckverband ist ein Gemeindeverband; Vorschriften, die für Gemeindeverbände gelten, finden auf den Zweckverband Anwendung, soweit sich aus ihnen oder diesem Gesetz nichts anderes ergibt." Damit ist zunächst ausgedrückt, daß Zweckverbände typischerweise Gemeindeverbände sind, und es wird vermutet, daß das Recht der Gemeindeverbände auf Zweckverbände anzuwenden ist; Ausnahmen sind möglich, d.h.: der Regierungsentwurf enthält eine deutliche Absage an eine verfehlte Betonung des Kriteriums der Gebietskörperschaftlichkeit, indem er sichtlich auf materielle Kennzeichen, nämlich

1) fortan ohne Angabe der Quelle zitierte Paragraphen sind solche der Regierungsvorlage

die konkrete Funktion des jeweiligen Verbandes abstellt; und die ist beim Zweckverband normalerweise dieselbe wie bei der Gemeinde und beim Kreis.

§ 17: "Organe des Zweckverbandes sind der Verbandsausschuß und der Verbandsvorsteher." Lt. Begründung soll die monokratische Leitung mit demokratischen Grundsätzen nicht vereinbar sein. Diese Ansicht überspannt zwar die Forderungen des Art. 28;¹⁾ trotzdem liegt § 17 durchaus auf der Linie des Grundgesetzes und gewährleistet mit der Einsetzung von nur zwei Organen eine genügend elastische Verbandsführung, zumal der Ausschuß²⁾ mit den laufenden Geschäften nichts zu tun hat; andererseits verbürgt er durch die Art seiner Befugnisse und seiner Besetzung die Integration der Verbandsarbeit in die Gemeinde- und Kreistätigkeit. Diesem Integrationserfordernis trägt auch § 19 Rechnung: der Vorsteher muß zugleich Hauptverwaltungsbeamter eines Mitglieds sein und ist daher idR mit den zu erfüllenden Aufgaben bereits vertraut und wird so eine gewisse Kontinuität der Verbandsarbeit gewährleisten können. Daß diese Institutionsleihe nicht nur zweck- sondern auch verfassungsmäßig ist, wurde bereits oben im 2. Teil unter § 16 VI nachzuweisen versucht. Folgerichtig begnügt sich § 28 Abs. 3 hinsichtlich der materiellen Aufsichtsregelung mit einer Verweisung auf die Gemeindeordnung; ausgenommen wird § 112 der GO, wonach Maßnahmen der Aufsichtsbehörden unmittelbar vorm Verwaltungsgericht angegangen werden können. Man wird das aber nicht als Schmälerung empfinden können; § 29 regelt die Vorschaltbeschwerde entsprechend der Verwaltungsgerichtsverordnung, der Weg zum Gericht steht dem Verband selbstverständlich frei. Ohnehin kann man über den verwaltungspolitischen Wert des § 112 der GO geteilter Meinung sein.

Gerade - aber nicht nur - für Pflichtverbände enthält § 23 Abs. 3 der Vorlage die wohl bemerkenswerteste Vorschrift: "Die Aufsichtsbehörde kann einem Pflichtverband gegenüber erklären, daß die Gründe für seine zwangsmäßige Bildung

1) Vgl. o. § 16 II

2) vgl. § 18

weggefallen sind. Der Zweckverband besteht in diesem Falle als Freiverband weiter..." Die praktischen Auswirkungen der Vorschrift mögen gering sein; die darin enthaltene Aussage über den Geist des geplanten Gesetzes ist umso bemerkenswerter und man kann nur hoffen, daß der Landtag sich diesen Vorschlag der Regierung nicht verschließt. § 23 Abs. 3 besagt, daß die Pflichtverbandsgründung nur als Ausweg angesichts dringender Notwendigkeit und mangelnder Einsicht der Beteiligten betrachtet werden soll. Die Vorschrift geht über die Behebung eines verwaltungstechnischen Notstandes ohne Rücksicht auf die Meinungen der Mitglieder hinaus; lt. insoweit zutreffender Begründung kann es nach Wegfall der Voraussetzungen für eine Zwangsgründung durchaus zweckmäßig sein, den Verband weiter bestehen zu lassen. Nach § 16 Abs. 1 hat die Aufsicht zunächst nur die Möglichkeit, aus dringenden Erfordernissen heraus die Gründung eines Zweckverbandes anzuregen. Erst wenn die Beteiligten diese Anregung nicht gebührend beachten, setzt staatlicher Zwang ein, der solange anhalten muß, bis der verwaltungstechnische Notstand oder das subjektive Versagen der Mitglieder behoben sind. "Die Aufsichtsbehörde kann ...", d.h. sie muß nicht die Umwandlung in einen Freiverband vornehmen. Einen nützlichen, wenn auch nicht mit letzter Dringlichkeit erforderlichen Verband wird sie idR möglichst fortbestehen lassen, notfalls auch als Pflichtverband. An den Beteiligten liegt es, den Staat davon zu überzeugen, daß sie sich inzwischen zu gemeinsamer Arbeit zusammengefunden haben, so daß es staatlichen Zwanges nicht länger bedarf, um sie zusammen zu halten; die Vorschrift bedeutet einen beträchtlichen Anreiz zur Freiwilligkeit der Pflichterfüllung und bereitwilligen Zusammenarbeit im kommunalen Raum. Sie zielt direkt auf eine möglichst freiwillige, von den Mitgliedern unterstützte Integration der Verbandsarbeit durch die Mitglieder ab und kommt so dem Ideal des Art. 28 GG verhältnismäßig nahe.

b) Der "Gesetzliche Zweckverband."

§ 25 Abs. 1: "Einigen sich die Beteiligten über die Bildung

eines Freiverbandes nicht, so bedarf es eines Gesetzes, wenn a) Gemeinden, Ämter oder Landkreise zu einem Zweckverband zusammengeschlossen werden sollen, um bestimmte Aufgaben, zu deren Wahrnehmung sie berechtigt, aber nicht verpflichtet sind, gemeinsam zu erfüllen, ..." Die Norm bedeutet eine spezielle Verfahrensvorschrift für die Gründung von Pflichtverbänden und insofern eine Ergänzung des § 16. In der allgemeinen Begründung führt die Regierung unter 3 e dazu aus: "Bei Gemeinden, die nachbarlich eng miteinander verflochten sind, kann es aus dringenden Gründen des öffentlichen Wohles notwendig sein, auch freiwillige Aufgaben, wenn sie für das Gesamtgebiet zweckmäßigerweise nur einheitlich durchgeführt werden können, gemeinsam wahrzunehmen. Für diese Fälle sieht der Entwurf, wenn eine freiwillige Regelung nicht zustandekommt, eine gesetzliche Regelung nach dem Muster der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung oder als Zweckverband vor. Der Vorbereitung des Gesetzes hat ein förmliches Anhörungsverfahren voranzugehen." § 15 des RZwVG von 1939 läßt sich wörtlich und begrifflich so auslegen, daß auch "freiwillige" Aufgaben einem Pflichtverband übertragen werden dürfen. Insofern stellt § 25 einen Fortschritt dar; nach Ansicht der Regierung kann ein so schwerer Eingriff in die Rechtsstellung der Gemeinde nur durch förmliches Gesetz vorgenommen werden, was erhöhten Schutz bedeutet. Trotzdem ist die Regelung mit Art. 28 GG nicht vereinbar.

Wie oben im 2. Teil unter den §§ 7, 13, 14 ausgeführt wurde, muß es unentziehbare Gemeindezuständigkeiten geben: die Aufgaben auf dem Gebiete der örtlichen Sachverwaltung und kommunalen Veranstaltungen. Wie aus der allgemeinen Begründung (s.o.) hervorgeht, hält die Regierung den gesetzlichen Zweckverband für freiwillige Aufgaben aus Zweckmäßigkeitsgründen für erforderlich, wobei der Verband das zweckgerechtere Mittel zur Erzielung eines Verwaltungseffektes sein soll. Die Tatsache, daß es sich um die Erfüllung freiwilliger Aufgaben handelt, besagt aber, daß die entsprechende Aufgabenerfüllung nicht mit letzter Notwendigkeit erforderlich ist: daher hat die Gemeinde eine Entscheidungsfreiheit darüber, ob sie

die Aufgabe wahrnehmen will oder nicht. Das bedeutet auch die Möglichkeit einer Fehlentscheidung: der von Art. 28 GG verfolgte absolute Zweck verlangt auch das. Was aus der Sicht relativer Staatszwecke als Lücke wirkt - trotz eines evtl. dringenden und echten Bedürfnisses wird eine Aufgabe u.U. nicht erledigt -, ist in Wirklichkeit, vom übergeordneten Zweck der kommunalen Selbstverwaltung für das Ganze her betrachtet, eine sinnvolle Ergänzung des Kommunalrechts; in der Begründung zu § 25 heißt es: "Diese Vorschrift dient... dazu, eine Lücke auszufüllen, die dadurch entsteht, daß nach dem Entwurf die Bildung eines Zweckverbandes durch aufsichtsbehördliche Anordnung für freiwillige Aufgaben ... nicht zulässig ist. Trotzdem kann die Begründung eines Zweckverbandes auch in solchen Fällen aus Gründen des öffentlichen Wohles dringend geboten sein. Sie wird durch § 25, wenn ein Freiverband nicht zustande kommt, einem Gesetz vorbehalten, dem ein förmliches Verfahren vorangehen muß."

Die Regierung war sich also durchaus klar darüber, wo die Grenzen einer Zuständigkeitsübertragung liegen. Sie irrt, wenn sie glaubt, diese Grenzen aus Zweckmäßigkeitserwägungen heraus überschreiten zu müssen; was sie als "Lücke" empfindet, ist ein von Art. 28 GG geforderter freier Raum der Entscheidung, der gering genug ist angesichts der Überfülle von Pflichtaufgaben, die die finanzielle Basis der Gemeinden schon über Gebühr beanspruchen. § 25 ist ein Auswuchs der Tendenz zum absoluten Verwaltungsstaat. Es darf nach Ansicht der Regierung keine Zuständigkeit geben, deren Wahrnehmung der Staat nicht erforderlichenfalls erzwingen könnte. Dem ist das Anliegen des Art. 28 GG entgegengesetzt. Nun ist es jedoch denkbar, daß eine Gemeinde mangels sachlicher und persönlicher Mittel absolut verhindert ist, eine bestimmte freiwillige Aufgabe wahrzunehmen. Eine derartige Situation ist mit letzter Exaktheit aber nicht nachzuprüfen und weitgehend Ermessensfrage, so daß schon aus diesem Grunde nicht festgestellt werden kann, wieweit eine Gemeinde Wahrnehmung oder Vernachlässigung einer Zuständigkeit noch

in sinnhafter Weise zum Gegenstand einer Entscheidung machen kann; notfalls ist sie eben verpflichtet, von sich aus die Gründung eines Zweckverbandes zu betreiben; über die Vernachlässigung dieser Verpflichtung hat die Gemeinde jedoch nur der Bürgerschaft und sonst niemandem Rechenschaft zu legen; die Verfügung über eine freiwillige Aufgabe, sofern es sich dabei um eine von Art. 28 GG als unentziehbar geschützte Aufgabe handelt, darf einer Gemeinde nicht genommen werden. Die in § 25 Abs. 1a vorgesehene Regelung ist verfassungswidrig: trotzdem muß zugestanden werden, daß mit dieser Vorschrift vernünftige Zwecke verfolgt werden sollen; diese können aber auch ohne § 25 erreicht werden. Dem Staat steht es im Rahmen insbesondere seiner Subventionspolitik frei, den guten Willen der Gemeinden nach Bedarf zu inspirieren. Außerstenfalls kann er sogar durch Gesetz die betreffende Aufgabe zur Pflichtaufgabe machen, soweit Art. 28 nicht entgegensteht. Auf die von § 25 gewährte "Bequemlichkeit" muß er jedoch mit Rücksicht auf das Grundgesetz verzichten. Es ist zu hoffen, daß der Landtag diesem Passus seine Zustimmung versagt.

§ 21. ZUSAMMENFASSUNG.

"Pflichtverbände und Grundgesetz" in ihrem Verhältnis zueinander zu bestimmen, war das Anliegen dieser Schrift; dabei mußten Sinn und Zweck von Gemeindeverbindungen vom Standpunkt des Verfassungsschöpfers aus im Vordergrund stehen. Im 1. Teil wurde versucht, einen Überblick über die verschiedenen Verbandstypen zu gewinnen. Daraus ergab sich dann eine Reihe grundsätzlicher Fragen, die im 2. Teil behandelt werden. - Der heute erforderliche Rechtsschutz ist vom vorkonstitutionellen Verbandsrecht nicht vorgesehen; insofern sind diese Gesetze als ergänzt zu betrachten.- Im übrigen war zur Rechtsstellung der betroffenen Gemeinden zu bemerken: über Art. 127 WRV hinausgehend garantiert Art. 28 GG den Gemeinden die Aufgaben der auf örtliche Probleme begrenzten Sachverwaltung und kommunalen Veranstaltungen als unentziehbare Zuständigkeiten. Solche Agenden dürfen

gegen den Willen der Gemeinden nicht einem anderen Verband übertragen werden. Im übrigen kann jede Aufgabe übertragen werden, soweit die institutionelle Garantie dem nicht entgegen steht.- Eine Möglichkeit, sich grundsätzlich gegen den Anschluß an einen Verband zu wehren, besteht nicht; in besondere Art. 9 GG kann in diesem Zusammenhang gem. Art. 19 Abs. 3 GG nicht zur Anwendung kommen.- Ferner sind, wie § 2 Abs. 3 RZwVG zeigt, Fälle denkbar, in denen staatliche Eingriffe in das Gemeindevermögen keine Entschädigungspflicht des Staates begründen, was aus den Art. 19 Abs. 3, 28 Abs. 2, 14 GG hervorgeht. Die Belastung der Gemeinden mit Beiträgen zu Pflichtverbänden ist auch ohne gesetzliche Regelung für die Aufbringung dieser Kosten verfassungsmäßig.- Die Rechtsstellung der Gemeinden bei Zwangsverbandsgründungen ist demnach nur hinsichtlich der Aufgabenübertragung problematisch.

Die Rechtsstellung der pflichtigen Verbände selbst ist nur soweit interessant, wie die Gemeindeverbindung als "Gemeindeverband" iS des Art. 28 GG zu betrachten ist. Der Rechtscharakter einer solchen Verbindung als "Gemeindeverband" hängt nicht von der Technik der Zuständigkeitsverteilung ab, sondern davon, ob kommunale Selbstverwaltungsaufgaben iS d. Art. 28 GG wahrgenommen werden. Das trifft nur für diejenige Körperschaft zu, deren Produkt "Rechtsordnung" integrierter Bestandteil der auf Gemeinde- bzw. Kreisebene erzeugten kommunalen Ordnung ist; ist das nicht der Fall, so hängt die Qualifikation als "Gemeindeverband", d.h. als echter kommunaler Selbstverwaltungskörper iS des Art. 28 GG, davon ab, daß auf einem Gebiet eine für die Gesamtheit der Einwohner und insofern der staatlichen vergleichbare aktuelle Ordnung errichtet wird; andererseits muß die Körperschaft bzw. ihr Wirken sich soziologisch von der Staatstätigkeit unterscheiden lassen, um so zu einer beispielhaften Wirkung zu kommen. Diese besteht darin, daß dem Bürger die Zusammenhänge und das Funktionieren der Staatsorganisation dadurch näher gebracht werden, wenn er die gleichartige Organisation eines vom Staat verschiedenen Subjekts in leichter überschaubarer Verhältnissen beobachtet bzw. an ihr teilnimmt.

Daraus folgt, daß der typische Gemeindeverband als sinnvolle Ergänzung gemeindlicher Selbstverwaltung funktionieren soll und von dieser sein Gepräge erhält.

WEBER¹⁾ spricht von der Abwehrstellung, in die die Selbstverwaltung seit 1919 geraten sei, um "ihren während eines Jahrhunderts Schritt für Schritt erworbenen und eindrucksvoll ausgebauten Besitzstand gegenüber einer rückläufigen Bewegung zu verteidigen." Der Verfasser warnt vor dem Mißverständnis, das aus diesen Worten entnommen werden könnte. Im 19. Jahrhundert war die Selbstverwaltung der hauptsächlichste Träger demokratischer Gedanken, die gegen die herrschende Staatsform gerichtet waren. Dieser Zustand war politisch folgerichtig, verkannte jedoch die eigentliche, ursprüngliche Konzeption des Freiherrn vom STEIN. Als 1919 die Republik in Deutschland eingeführt wurde, mußte der Standort der Selbstverwaltung neu bestimmt werden, sie mußte auf eine dienende Funktion festgelegt werden, die der staatlichen untergeordnet ist und der Erhaltung und Festigung der Demokratie dienen soll.- Die lapidare Fassung des Art. 127 WRV verrät noch eine gewisse Unsicherheit des Verfassungsschöpfers; das Dilemma der kommunalen Selbstverwaltung bestand darin, daß sie für einen neuen Zweck leben sollte, ohne sich von starken, jedoch weithin überholten Traditionen trennen zu können; man kann aber nicht aus einer Tradition leben, ohne zu wissen, wofür.

Das redaktionelle Geschick des Parlamentarischen Rates insbesondere bei der Abfassung des Art. 28 Abs. 2 GG verdient vielleicht nicht gerade ein Lob; der Fortschritt gegenüber Art. 127 WRV ist jedoch beträchtlich und unverkennbar. Art. 28 stellt klar, daß es in der Demokratie nicht Sache der Selbstverwaltung sein kann, selbst über ihren Sinn und Zweck zu entscheiden. Gemeinden und Gemeindeverbände sind keine "freien Individuen", haben kein eigenes Recht auf Freiheit gegenüber dem Staat, sondern nur das Recht auf die von Art. 28 beschriebene Stellung als Diener der demokratischen Frei-

1) Staats- und Selbstverwaltung, S. 33

heit im Staat, indem sie dem einzelnen Bürger seine Stellung in einer demokratischen Organisation deutlich machen. Nur diese Stellung und Funktion darf die Selbstverwaltung verteidigen; sie muß es, wenn der Staat die demokratische "Linie" verlassen sollte.

Gerade das in Art. 28 Abs. 2 GG bestimmte Verhältnis von Gemeinden und Gemeindeverbänden zueinander und zum Staat macht die maßgebliche Ansicht der Verfassung deutlich: kommunale Selbstverwaltung ist in der Demokratie keine begrifflich-juristische sondern eine tatsächliche Notwendigkeit. Darin liegt dann schon der Ansatzpunkt zu einer neuen Entwicklung des Kommunalrechts.

Es ist das Verdienst des Art. 28 GG, wenigstens den Versuch zu einer seit 1919 problematischen Standortbestimmung der kommunalen Selbstverwaltung unternommen zu haben. Die Bestimmung der heutigen Ausgangsposition und aktuellen Ziele ist aber die Voraussetzung dafür, daß die kommunale Selbstverwaltung erneut oder weiterhin als Instrument tatsächlich Demokratisierung fruchtbar ist.

L e b e n s l a u f

Am 22. Dezember 1933 wurde ich als dritter von vier Söhnen des Kaufmanns August Stockmeier und seiner Ehefrau Brunhilde, geb. Dißmeyer, geboren. Ich bin deutscher Staatsangehörigkeit. Nach Absolvierung der Volksschule besuchte ich neun Jahre lang das Staatlich-Städtische Gymnasium zu Bielefeld, dessen Reifezeugnis mir am 4. März 1954 ausgehändigt wurde.

Das Studium der Rechte begann ich an der Universität Göttingen; ich blieb dort im Sommersemester 1954 sowie im Wintersemester 1954/1955. Das Sommersemester 1955 erlebte ich an der Universität Freiburg/Br. Vom vierten bis siebten Semester (Wintersemester 1955/1956 bis Sommersemester 1957) studierte ich an der Universität Münster. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 22. November 1957 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm mit dem Prädikat "Voll befriedigend."

Anschließend beschäftigte mich ein Professor aus Münster einige Zeit als freien Mitarbeiter. Am 1. Mai 1958 begann meine kaufmännische Ausbildung in einem Hamburger Exportgeschäft, welches ich erst verließ, um am 1. Februar 1959 in das väterliche Unternehmen einzutreten. Seit dem Tode meines Vaters im November 1959 bin ich Geschäftsführer und persönlich haftender Gesellschafter dieser Firma.