

DAS GEMEINDERECHT

A. Grundbegriffe

I. Begriff der Gemeinde

- 1) **Gemeinden sind Gebietskörperschaften (§ 1 Abs. 2 GONW, § 1 Abs. 2 NGO). Sie sind damit juristische Personen des öffentlichen Rechts, die auf den Gebieten des privaten und öffentlichen Rechts rechts- und geschäftsfähig sind.**
- 2) Die Mitgliedschaft ergibt sich für natürliche Personen kraft Gesetzes aus ihrem Wohnsitz (§ 21 GONW, § 21 NGO).
- 3) Innerhalb ihres Gemeindegebiets sind die Gemeinden mit allumfassender Hoheitsgewalt ausgestattet (**Gebietshoheit**). Die Gemeinde muss mithin die für jede Gebietskörperschaft notwendigen Merkmale aufweisen, nämlich
 - Gemeindegebiet,
 - Personen, die Mitglieder sind und,
 - Hoheitsgewalt.
- 4) Die **Mitglieder der Gemeinde** sind Einwohner und Bürger.
 - a) **Einwohner** ist, wer in der Gemeinde wohnt, d.h. seinen Wohnsitz und ständigen Aufenthalt hat (§ 21 Abs. 1 GONW, § 21 Abs. 1 NGO).
 - b) **Bürger** ist, wer zu den Gemeindewahlen wahlberechtigt ist (§ 21 Abs. 2 GONW, § 21 Abs. 2 NGO). Wahlberechtigt ist ein Deutscher i. S. d. Art. 116 Abs. 1 GG, der das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat und seit drei Monaten in der Gemeinde seine (Haupt-)Wohnung hat (§ 7 KWahlG, § 34 Abs. 1 NGO). Hiernach sind Ausländer eigentlich nicht wahlberechtigt. Deswegen haben EG-Bürger gem. Art. 8b EG-Vertrag das aktive und passive Wahlrecht in den Kommunen. Dies ist in Art. 28 Abs. 1 S.3 GG umgesetzt und wurde für Nordrhein-westfalen in § 7 Abs. 1 KWahlGNW (gleichlautende Vorschriften bestehen in den anderen Bundesländern ebenfalls) gesetzlich normiert. Aus dieser Vorschrift ergibt sich das Wahlrecht von Bürgern der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union in Bezug auf Kommunalwahlen.

Weitere Rechte des Einwohners sind der Anspruch auf Zugang zu den öffentlichen Einrichtungen, die die Gemeinde für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung der Einwohner geschaffen hat. Außerdem hat der Bürger Anspruch auf Nutzung von gemeindlichen Betrieben (Wasserwerk, Gaswerk usw.).

- c) Abgesehen von der Wahlberechtigung hat die Differenzierung zwischen Einwohner und Bürger in NW allerdings kaum praktische Bedeutung, da beide im übrigen identische Rechte und Pflichten haben. Eine wichtige Ausnahme von dieser Regel ist allerdings das in der Gemeindeordnung eingeführte Bürgerbegehren und der Bürgerentscheid (§ 26 GONW). Dieses Recht steht jedem Bürger, nicht aber jedem Einwohner zu. Es beinhaltet die Möglichkeit für die Bürger, zu beantragen, anstelle des Gemeinderates über eine Angelegenheit entscheiden zu dürfen (Bürgerbegehren). Weiterhin beinhaltet es die Möglichkeit, die zur Entscheidung anstehende Frage im Falle eines zulässigen Bürgerbegehrens dann auch selbst zu entscheiden (Bürgerentscheid).
Im Falle des Bürgerbegehrens gegen einen Ratsbeschluss (§ 26 Abs. 3 GONW) sind hierfür Fristen bestimmt und das Begehren muss von einer Mindestanzahl von Bürgern unterschrieben werden.

Deshalb wird gemeinhin zwischen dem **kassatorischen** (gegen einen Beschluss gerichteten) und dem **initiatorischen** (nicht gegen einen Ratsbeschluss gerichteten, eine neue Materie regelnden) Bürgerbegehren unterschieden. Die Abgrenzung ist mitunter schwierig und wird momentan in der Rechtsprechung behandelt. Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass es sich nicht um ein kassatorisches Bürgerbegehren handelt, soweit lediglich ein Beschluss angegriffen wird, der sich darin erschöpft, einen auf Änderung früherer Ratsbeschlüsse gerichteten Sachantrag abzulehnen. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass es sich dann nicht um eine „Regelung“ im Sinne des § 26 Abs. 3 GONW handelt (vgl. hierzu OVG Münster NVwZ 2003, 584ff). Eine ähnliche Regelung findet sich in Nds. (lies § 22 a NGO).

Als zusätzliche Pflicht kann der Bürger ein Ehrenamt oder sonstige ehrenamtliche Tätigkeiten wahrzunehmen haben. Ein Ehrenamt in diesem Sinn ist ein Kreis von bestimmten, abgrenzbaren Verwaltungsgeschäften, die für längere Zeit zu erledigen sind, z.B. das Amt des Brandmeisters. Eine sonstige ehrenamtliche Tätigkeit ist die Mitwirkung bei der Ausführung einzelner Verwaltungstätigkeiten, z. B. Stimmzählungen bei Wahlen.

- d) Die **Hoheitsgewalt der Gemeinden** ist nicht ursprünglicher Art, sondern vom Staat (Bund, Länder) abgeleitet. Da der Bund bzw. die Länder ihre Kompetenzen aus ursprünglicher Hoheitsgewalt ableiten, ist die Wahrnehmung dieser Kompetenzen unmittelbare Staatsverwaltung. Das Handeln der Gemeinden ist wegen ihrer Hoheitsbefugnisse dagegen **mittelbare Staatsverwaltung**.

II. Begriff der Selbstverwaltung

- 1) **Gemeinden haben das Recht zur Selbstverwaltung** (§ 1 Abs. 1 S. 2 GONW, § 1 Abs. 1 S. 2 NGO). Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht ist **verfassungsmäßig garantiert in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 78 LVerfNW, Art. 57 I NdsVerf.** Nach Art. 28 Abs. 2 GG umfasst die Selbstverwaltung alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Dies ist vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung näher präzisiert worden:

Es bedarf

- a) eines räumlichen und sachlichen Bezugs zur örtlichen Gemeinschaft, und
 - b) die Aufgabe muss von der Gemeinde eigenverantwortlich wahrgenommen werden können (grdl. BVerfGE 8, 122, 134; vgl. auch VGH Mannheim, NVwZ 1984, 659 m. w. N.).
 - c) Dies alles wird beurteilt unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung.
- 2) Allerdings besteht die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Selbstverwaltung nur „im Rahmen der Gesetze“. Damit kann der Gesetzgeber den Bereich der Selbstverwaltung einschränken.
- 3) Unentziehbar ist der **Kernbereich der Selbstverwaltung** (vgl. dazu zuletzt BVerfGE 91, 228 bez. der Gewährleistung des Kernbereichs der kommunalen Selbstverwaltung). Dazu gehören:
- Organisationshoheit
 - Personalhoheit
 - Planungshoheit
 - Finanzhoheit
 - Daseinsvorsorge
 - Recht zum Erlass von Satzungen und Verwaltungsakten.

- 4) Die gesetzliche Übertragung einer Selbstverwaltungsaufgabe von den Gemeinden auf die Kreise verstößt nicht ohne weiteres gegen die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie, da diese sich auch auf die Kreise erstreckt (Art. 28 Abs. 2 GG; vgl. BVerwG, DÖV 1984, 548 und 176 ff. sowie NVwZ 1984, 176; vgl. BVerfG, Beschluss vom 23 Juli 2002, Az.: 2 BvL 14/98). Auch die zwangsweise Zuordnung von Gemeinden zu Verwaltungsgemeinschaften greift nicht zwingend in die verfassungsmäßig garantierte Selbstverwaltung ein. Insbesondere wenn die Zuordnung nachvollziehbar dazu dient, die Funktionsfähigkeit der gemeindlichen Verwaltung zu sichern, und wenn weiter keinerlei Vorgaben für die Gestaltung der Verwaltungsgemeinschaft gemacht werden, soll laut der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Kernbereich der Selbstverwaltung nicht tangiert sein (vgl. BVerfG NVwZ 2003, 850ff).

III. Träger der Kommunalverwaltung

Träger der Kommunalverwaltung sind

- Gemeinden
- Gemeindeverbände.

1. Gemeinden

Es ist zwischen kreisangehörigen Gemeinden und kreisfreien Städten zu unterscheiden.

a) Unterscheidung in NW

Gemeindearten		
		Kreisangehörige Gemeinden
		Kreisfreie Städte
Große kreisangehörige Städte (§ 4 Abs. 1 GONW)	Mittlere kreisangehörige Städte (§ 4 Abs. 1 GONW)	Sonstige „kleine“ Gemeinden

Die kreisfreien Städte nehmen sowohl die Aufgaben der Gemeinden als auch die der Kreise wahr.

b) Unterscheidung in Nds.

Gemeindearten		
	Kreisangehörige Gemeinden (§ 10 Abs. 1 NGO)	Kreisfreie Städte (Aufzählung in § 10 Abs. 3 NGO)
Große selbständige Städte (§ 10 Abs. 2 NGO)	Selbständige Gemeinden (§ 12 u. 2 NGO Abs. 1)	Sonstige

Die kreisfreien Städte nehmen neben den Aufgaben der Gemeinden auch diejenigen der Landkreise wahr (§ 11 Abs. 2 NGO).

c) Exkurs: Stadtbezirke und Ortschaften

aa) Nach § 35 Abs. 1 GONW sind die kreisfreien Städte verpflichtet, ihr Stadtgebiet in **Bezirke** einzuteilen. Für Gemeinden über 200.000 Einwohner ergibt sich in Nds. diese Verpflichtung aus § 55 Abs. 1 NGO. Andere kreisfreie Städte und Gemeinden Niedersachsens über 100.000 Einwohner sind zur Einteilung des Stadtgebiets in Stadtbezirke berechtigt (§ 55a NGO). Organ des Stadtbezirks ist die von den Bürgern gewählte Bezirksvertretung (§ 36 Abs. 1 GONW) bzw. der Bezirksrat (§ 55 b Abs. 1 NGO). Die **Bezirksvertretung (-rat) ist Organ der Gemeinde** (so auch angedeutet im Leitsatz der Entscheidung BVerfGE 47, 253). Ihr/sein Handeln wird also der juristischen Person Gemeinde als eigenes Handeln zugerechnet.

bb) Die **Aufgaben** von Bezirksvertretung und -rat sind nahezu identisch (§ 39 Abs. 1 GONW, § 55c Abs. 1 NGO). Sie zeichnen sich sämtlich dadurch aus, dass sie **unmittelbaren Bezug zum Bezirk** haben (z. B. Pflege des Ortsbildes, Ausbau von Straßen und Plätzen, Betreuung und Unterstützung örtlicher Vereine). Auf diese Weise soll das **Interesse des Einwohners an der Kommunalverwaltung** erhalten bzw. neu geweckt werden.

cc) Das Gemeindegebiet kleinerer Gemeinden kann in **Ortschaften** unterteilt werden (§ 39 Abs. 1 GONW, § 55e Abs. 1 NGO). Für diese Ortschaften - es sind im Grunde Gemeindebezirke - ist in NW vom Rat der Gemeinde ein Bezirksausschuss zu bilden oder ein Ortsvorsteher zu wählen (§ 39 Abs. 2 GONW). In Nds. kann für die Ortschaften entweder vom Rat ein Ortsvorsteher bestellt werden (§ 55e Abs. 1 NGO), oder ein Ortsrat von den Bürgern der Ortschaft gewählt werden (§§ 55e Abs. 1 S. 1, 55f Abs. 1 S. 2, 55b Abs. 1 NGO). Die Rechtsstellung der Ortschaften entspricht derjenigen der Stadtbezirke, auch sie sind Organe der Gemeinde.
In NW sind im Rahmen des § 41 Abs. 2 GONW den Ortschaften vom Rat Aufgaben zu übertragen (§ 39 Abs. 3 S. 1 GONW), in Nds. sind ihre Aufgaben enumerativ aufgezählt (§ 55g NGO).

2. Gemeindeverbände

- a) Gemeindeverbände sind **kommunale Körperschaften, die gebietlich über der Gemeinde stehen**. Die wichtigsten sind die **Kreise** (Nds.: *Landkreise*). Da sie eher als die Gemeinden in der Lage sind, die schwieriger und finanziell aufwendiger werdenden Verwaltungsaufgaben zu lösen, steigt ihre Bedeutung ständig. Die Kreise nehmen zudem noch die Aufgaben der unteren staatlichen Verwaltungsbehörde wahr (§§ 47 ff. KrONW a.F./§§ 59 ff. KrONW n.F., § 4 Abs. 1 NLO).
- b) Da im Rahmen dieser Darstellung eine ausführliche Behandlung der KrONW bzw. der NLO nicht möglich ist (und dieser Teil des Kommunalrechts zudem nicht examensrelevant ist), wird - mit Ausnahme der Aufsichtsprobleme über die Gemeinden - darauf verzichtet. Im übrigen entspricht die Organisation der Kreise weitgehend der Organisation der Gemeinden.
- c) Gemeindeverbände auf höherer Ebene als auf Kreisebene sind **in NW die Landschaftsverbände** Westfalen - Lippe und Rheinland. Ihre Hauptaufgaben liegen im Straßenbau und im Gesundheitswesen. In Nds. existieren keine vergleichbaren Organisationsformen.
- d) Weitere Gemeindeverbände sind die **Zweckverbände**. Sie sind Zusammenschlüsse von Gemeinden oder Gemeindeverbänden zur Erfüllung bestimmter, in der Verbandssatzung festgelegter Aufgaben. Zweckverbände existieren in NW und Nds.
- e) Eine Besonderheit in **Nds.** sind die **Samtgemeinden**. Sie sind kommunale Zusammenschlüsse mehrerer Gemeinden zur Stärkung der Verwaltungskraft (§ 71 Abs. 1 S. 1 NGO). Ihre Bedeutung beschränkt sich auf kleinere, finanziell nicht sehr leistungsfähige Gemeinden. Ihr Vorhandensein ist auf den mehr ländlichen Charakter Niedersachsens zurückzuführen. Bis zur kommunalen Neugliederung gab es in NW allerdings vergleichbare Zusammenschlüsse in Form der sog. Ämter.

IV. Aufgaben der Gemeinde und Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde

Vormerkung

- 1) Der Kreis der gemeindlichen Aufgaben ist zu unterteilen in
 - a) **Selbstverwaltungsaufgaben** (= Aufgaben des eigenen Wirkungskreises) und
 - b) **Fremdverwaltungsaufgaben** (= Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises).
- 2) Wichtig ist diese Unterscheidung für die Rechtsschutzmöglichkeiten der Gemeinde gegen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde:
 - a) Berühren sie den **Selbstverwaltungsbereich**, ist die Gemeinde als **eigene Rechtspersönlichkeit** betroffen mit der Folge, dass die Möglichkeit der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage (bei Verweigerung einer für die Erfüllung einer Selbstverwaltungsaufgabe notwendigen Genehmigung, präventive Kommunalaufsicht) besteht.
 - b) Berührt die Aufsichtsmaßnahme dagegen den Bereich der **Fremdaufgaben**, ist die Gemeinde nicht anders betroffen als eine staatliche Behörde, als die sie ja tätig geworden ist bzw. tätig werden soll. Die Maßnahme ist mithin lediglich **innenwirkend**, Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen nicht.

Die Einteilung der gemeindlichen Aufgaben und die davon abhängigen Rechtsschutzmöglichkeiten bedürfen noch einer genaueren Differenzierung.

1. Selbstverwaltungsaufgaben

Zu den Selbstverwaltungsaufgaben gehören die Pflichtaufgaben und die freiwilligen Aufgaben. Der Grundsatz dieser Einteilung ergibt sich für NW aus Art. 78 Abs. 3 LVerfNW.

a) Pflichtaufgaben

Pflichtaufgaben sind solche Aufgaben zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist.

Beispiel: § 10 SchulVerwGNW, §§ 101 ff. NSchG

Hiernach ist die Errichtung und Fortführung von Grund- und Hauptschulen pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe.

Rechtsgrundlage in Nds. ist Art. 57 IV NdsVerf., § 4 Abs. 1 NGO i. V. m. dem speziellen Gesetz.

Beispiel: Die Beseitigung gemeindlicher Abfälle ist pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe nach § 2 Abs. 1 Nds AbfG.

b) Freiwillige Aufgaben

Freiwillige Aufgaben sind alle übrigen Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft. Dies sind Angelegenheiten,

- die einen spezifischen Bezug zur örtlichen Gemeinschaft haben
- die die Verwaltungs- und Finanzkraft der Gemeinde nicht übersteigen
- wobei dies unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung zu beurteilen ist.

Beispiel: Bau eines Schwimmbades

Die Aufsicht ist im Selbstverwaltungsbereich **allgemeine Aufsicht** (auch „Kommunalaufsicht“), d. h. **Rechtsaufsicht** (§ 116 Abs. 1 GONW, § 127 Abs. 1 S. 1 1. Alt. NGO). Die Aufsichtsmittel sind die in den §§ 118 - 122 GONW (§§ 129 - 133 NGO) genannten. Greift die Aufsichtsbehörde bei Erledigung einer Aufgabe aus dem (freiwilligen oder pflichtigen) Selbstverwaltungsbereich durch die Gemeinde zu einem dieser Aufsichtsmittel, ist das immer ein VA mit der Folge, dass die Gemeinde gerichtlichen Rechtsschutz wahrnehmen kann (in NW ohne Vorverfahren, § 123 GONW, in Nds. ohne Vorverfahren nur im Fall der Verweigerung einer Genehmigung, § 133 Abs. 2 NGO).

2. Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises / Fremdaufgaben (NW)

Bei den Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises (auch Fremdaufgaben genannt; weder der eine noch der andere Begriff ist als solcher in der GO erwähnt) wird in NW unterschieden zwischen:

- Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung
- Auftragsangelegenheiten
- Organleihe

☞ **Anmerkung:** Die Bezeichnung „Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung“ ist im Grunde ungenau, da nicht nur die Erfüllung zur Pflicht gemacht worden ist (wie bei den pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben), sondern eine Aufgabe des übertragenen Wirkungskreises, also eine staatliche Aufgabe, als Pflichtaufgabe übertragen worden ist. Treffender ist also die Terminologie „Pflichtaufgabe nach Weisung“.

a) Pflichtaufgaben nach Weisung

- aa) Der Aufgabentyp der Pflichtaufgaben nach Weisung entstand nach dem zweiten Weltkrieg im Zuge der Redemokratisierung des Gemeindewesens. Er war vorgesehen im sog. „Weinheimer Entwurf“ einer GO, dem die Länder weitgehend gefolgt sind. Die Pflichtaufgaben nach Weisung waren vorher größtenteils Auftragsangelegenheiten. Im Unterschied zu den Auftragsangelegenheiten ist aber bei den Pflichtaufgaben nach Weisung das Weisungsrecht der Aufsichtsbehörden nicht unbeschränkt, sondern den Gemeinden muss bei der Durchführung dieser Aufgaben ein **weisungs-freier Beurteilungs- und Ermessensspielraum** bleiben. Der Umfang des Weisungsrechts wird in dem Gesetz festgelegt, das den Gemeinden die Aufgabe überträgt und ihren Status als Pflichtaufgabe nach Weisung bestimmt (Beispiel: Aufgaben der örtlichen Ordnungsbehörden, § 3 Abs. 1 OBG; Umfang des Weisungsrechts: § 9 OBG). Der Streit, ob es sich bei den Pflichtaufgaben nach Weisung um Selbstverwaltungsaufgaben handelt oder nicht (vgl. OVG Münster, OVG 13, 356), ist also im Grunde überflüssig. Entscheidend ist, dass für diesen Aufgabentyp eine besondere Aufsichtsform, nämlich **Sonderaufsicht** (§ 116 Abs. 2 GONW) existiert. Da mithin die den Aufsichtsbehörden zustehenden Befugnisse beschränkt sind, muss im Einzelfall gerichtlich überprüft werden können, ob sich die Aufsichtsmaßnahmen im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage halten.
- bb) Problematisch bei den Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung ist zunächst zu erkennen, wann dieser Aufgabenbereich überhaupt vorliegt. Dies ist der Fall **bei allen Angelegenheiten, bei denen das OBG Anwendung findet** (vgl. §§ 3, 9 OBG). Dies geschieht auch durch die Formulierung die Behörden sind „Sonderordnungsbehörde“ (Beispiel § 20 Abs. 3 DSchG) oder durch die Formulierung die den Behörden obliegenden Aufgaben gelten als solche der Gefahrenabwehr (Beispiel § 60 Abs. 2 BauO NW).

Die wichtigsten Normen hierzu sind:

§ 60 Abs.2 BauO NW, § 35 LAbfG, § 20 Abs. 3 DSchG, § 4 FSHG, § 8 Abs. 2 LG

- cc) Wurde in der Klausur ermittelt, dass es sich um eine Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung handelt, ist für die Frage des richtigen Rechtsschutzes zunächst die **Rechtsnatur** der Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung zu klären.
- (1) Nach einer **Mindermeinung** (Brohm, DÖV 1986, 398) handelt es sich hierbei um **staatlich übertragene Aufgaben**. Folglich stellen Weisungen in diesem Bereich nach dieser Ansicht mangels Außenwirkung keine Verwaltungsakte dar. Hierfür spricht, dass die Gemeinden wie bei der Auftragsangelegenheit weisungsgebunden ist.
 - (2) Nach einer **anderen Ansicht** (vgl. Vietmeier, DVBl. 1992, 420) handelt es sich hierbei um **Selbstverwaltungsangelegenheiten** oder doch zumindest um solche Angelegenheiten, die diesen gleichzustellen sind. Hierfür spricht, dass die Gemeinden gem. Art. 78 Abs. 2 LVerfG NW alleiniger Träger der öffentlichen Verwaltung in ihrem Gebiet sind.
 - (3) Nach **ganz überwiegender Auffassung** handelt es sich hierbei indes um einen **Aufgabentypus sui generis**, weil auf Grund der beschränkten Weisungsbefugnis des Landes weder eine Selbstverwaltungsaufgabe anzunehmen sei, noch wegen der historischen Zuordnung des Ordnungsrechts als Auftragsangelegenheit dieses einschlägig sei. (vgl. von Münch/Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1999, Rdn. 39).

dd) Folgt man der herrschenden Meinung, ist indes noch nicht geklärt, ob eine Weisung in diesem Bereich **Außenwirkung** hat.

(1) Dies ist nach Ansicht einer **Mindermeinung** (vgl. OVG Lüneburg, NVwZ 1982, 386) zu **verneinen**, weil die Gemeinden keine eigenen Angelegenheiten wahrnehmen, sondern solche des Landes und damit funktionell wie eine nachrangige Behörde handeln.

(2) Nach **ganz herrschender Meinung** haben indes Weisungen in diesem Bereich **Außenwirkung** und stellen daher Verwaltungsakte dar. Hierfür spricht, dass sich das Land nur in begrenztem Umfang eine Weisungsmöglichkeit „vorbehalten“ hat (vgl. Art. 78 Abs. 4 LVerfG NW). Das ausdrückliche Erfordernis einer gesetzlichen Begründung und Begrenzung der Aufsicht rücke daher die Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung in die Nähe der Selbstverwaltungsangelegenheiten. Daher sei auch hier die Gemeinde als selbständiges Rechtssubjekt betroffen, so dass eine Außenwirkung anzunehmen sei. (vgl. Seewald in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 294)

b) Auftragsangelegenheiten

aa) Nach Art. 85 Abs. 1 GG besteht die Möglichkeit, dass die Länder Bundesgesetze im Auftrag des Bundes ausführen. Beispiele sind die Verwaltung der Fernstraßen (Art. 90 Abs. 2 GG), oder die Bundeswehrverwaltung (Art. 87 b Abs. 2 GG). Die Länder können die Aufgabe entweder selbst erfüllen oder aber auf die Kommunen weiterleiten. In diesem Fall erfüllen die Kommunen also Auftragsangelegenheiten kraft Bundesrechts. Die Aufsicht ist **Fachaufsicht** (Art. 85 Abs. 4 S. 1 GG), erstreckt sich also auf **Rechtmäßigkeits- und Zweckmäßigkeitskontrolle**.

bb) Für die Frage der **Rechtsschutzmöglichkeiten** der Gemeinden kommt es auch hier darauf an, ob Weisungen in diesem Bereich Außenwirkung und damit Verwaltungsakt-Qualität haben.

(1) Dies ist nach einer Ansicht der Fall, weil die Gemeinden als selbständige Körperschaften des öffentlichen Rechts immer auch als selbständiges Rechtssubjekt betroffen sei.

(2) Nach ganz überwiegender Auffassung sei indes die Verwaltungsaktqualität zu verneinen, da die Gemeinden bei den Auftragsangelegenheiten stets staatliche Aufgaben wahrnehme und damit ähnlich wie eine staatliche Behörde innerhalb eines Instanzenzuges handele.

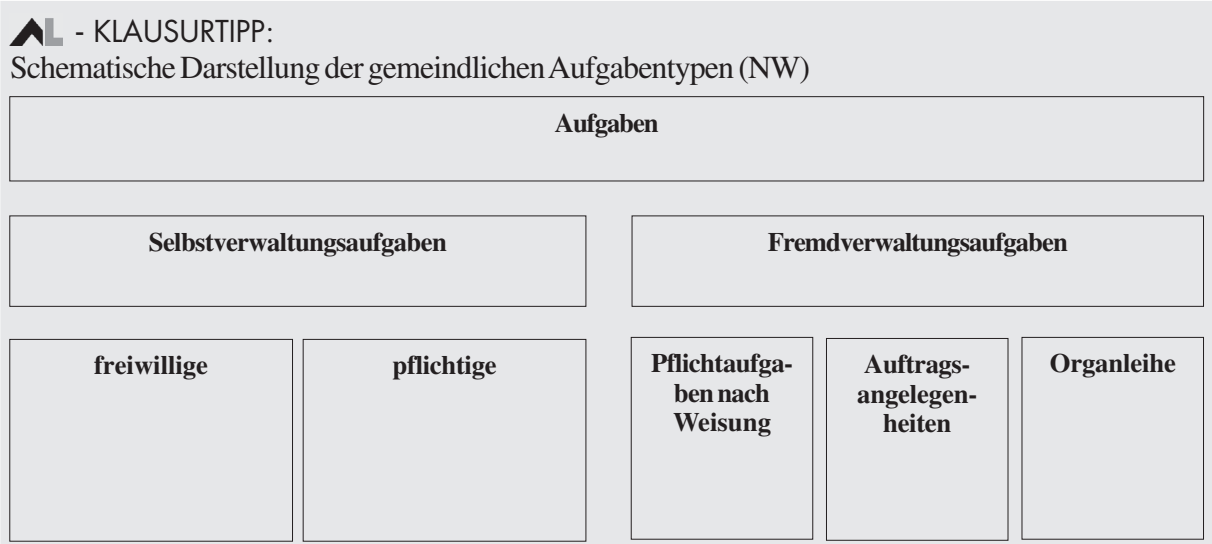
Verneint man die Verwaltungsaktsqualität scheidet die Anfechtungsklage als Rechtsschutzmöglichkeit aus. Es fragt sich indes, ob sich in diesem Fall die Gemeinde durch die allgemeine Leistungsklage wehren kann. Da jedoch für allgemeine Leistungsklage nach ganz herrschender Meinung die Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO erforderlich ist und die Gemeinde in diesem Aufgabenbereich, wie zuvor dargestellt wurde, einzig staatliche Aufgaben wahrnimmt, scheitert die allgemeine Leistungsklage bereits daran, dass es an der erforderlichen Klagebefugnis fehlt. Ebenso kann sich die Gemeinde nicht im Wege der Feststellungsklage wehren, da für diese stets ein Außenrechtsverhältnis erforderlich ist.

c) Organleihe

Eine besondere Form der Erfüllung von Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises ist die Organleihe. Mit den Pflichtaufgaben nach Weisung und den Auftragsangelegenheiten ist ihr gemeinsam, dass alle drei Formen der Erfüllung von Fremdaufgaben dienen. Sie unterscheidet sich von den Pflichtaufgaben nach Weisung und Auftragsangelegenheiten insofern, als bei der Organleihe nicht ein

beauftragter Träger öffentlicher Verwaltung handelt, sondern das **handelnde Organ unmittelbar als staatliches Organ tätig wird.**

Beispiel: Der Landrat, § 59 Abs. 1 KrONW, §§ 4 Abs. 1, 58 Abs. 1 NLO.



3. Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises (Nds.)

In Nds. sind innerhalb der Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises nicht wie in NW verschiedene Aufgabentypen entwickelt worden. Zwar nennt § 5 Abs. 1 NGO scheinbar den besonderen Aufgabentyp der Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung. Das ist aber lediglich ein Synonym für "Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises". Das bedeutet, daß in Nds. die Gemeinden im Bereich des übertragenen Wirkungskreises immer der **Fachaufsicht** (Rechtmäßigkeits- und Zweckmäßigkeitkontrolle) unterliegen (§ 127 Abs. 1 S. 2 2. Alt. NGO). Aufsichtsmaßnahmen entfalten also lediglich Wirkung nach innen. Die Gemeinde hat nicht die Möglichkeit, Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten zu suchen.

Lesen Sie § 5 NGO!

V. Handlungsformen der kommunalen Selbstverwaltung

- 1) Gemeinden (genauer: Bürgermeister, § 63 Abs. 1 GONW n.F, § 63 Abs. 1 NGO) handeln in Einzelfallangelegenheiten grundsätzlich in der für die öffentliche Verwaltung typischen Handlungsform, nämlich durch **VA**.
- 2) Gemeinden haben aber außerdem noch - als Ausfluss aus dem Selbstverwaltungsrecht - die Befugnis, durch **Satzungen** Recht zu erlassen (Satzungsautonomie, Art. 28 Abs. 2 GG, § 7 Abs. 1 GONW, § 6 Abs. 1 NGO).
 - a) Erste Voraussetzung für eine Satzung ist mithin, dass eine **öffentlich-rechtliche Regelung** gegeben ist. Das ist nicht der Fall, wenn z. B. ein Benutzungsverhältnis durch AGB geregelt ist.
 - b) Weiterhin muss diese Regelung **abstrakt-generellen Inhalt** haben, darf also nicht einen Einzelfall betreffen.
 - c) Sie muss außerdem von einem Verwaltungsträger erlassen worden sein, der über **Satzungsautonomie** verfügt. Diese Voraussetzung ist bei allen unterstaatlichen Selbstverwaltungsträgern, also auch bei Gemeinden (und Kreisen) gegeben. Für diese ist sie durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistet. Sie kann durch Spezialgesetz eingeräumt sein (z. B. § 1 Abs. 3 BauGB für Bauleitpläne), ergibt sich im übrigen aus § 7 Abs. 1 GONW, § 6 Abs. 1 NGO.

- d) Eine Satzung muss in dem dafür **vorgesehenen Verfahren** zur Regelung eigener Angelegenheiten erlassen worden sein. Eine Satzung darf mithin nur Selbstverwaltungs- nicht aber Fremdverwaltungsaufgaben betreffen.

- PRÜFUNGSSCHEMA: **Rechtmäßigkeitsprüfung einer Satzung**

Vorprüfung: **Ist begrifflich eine Satzung gegeben?**

1. Ermächtigungsgrundlage

- a) Spezialermächtigung
z. B. § 1 Abs. 3 BauGB i. V. m. § 7 Abs. 1 GONW, § 6 Abs. 1 S.2 NGO
- b) Generalemächtigung,
§ 7 Abs. 1 GONW, § 6 Abs. 1 NGO

2. Formelle Rechtmäßigkeit

- a) Zuständigkeit (Verbandskompetenz) der Gemeinde
Folgt aus der Satzungsautonomie,
- b) Zuständigkeit (Organkompetenz) des Rats
§ 41 Abs. 1 lit. f GONW, § 40 Abs. 1 Ziff. 4 NGO
- c) Zustandekommen des Ratsbeschlusses
§§ 48 ff. GONW n.F./ §§ 33 ff. GONW a.F., §§ 41 ff. NGO
- d) Schriftform und Unterzeichnung des Bürgermeisters
- e) u. U. Genehmigung der Aufsichtsbehörde
(§ 7 Abs. 1 GONW i. V. m. Spezialvorschriften, § 6 Abs. 3 NGO i.V.m. Spezialvorschrift),
- f) Verkündung
§ 7 Abs. 4 und 5 GONW i. V. m. BekanntmachungsVO, § 6 Abs. 4 NGO i.V.m. BekanntmachungsVO

3. Materielle Rechtmäßigkeit

- a) Tatbestandsmerkmale der Ermächtigungsgrundlage
- b) kein Verstoß gegen höherrangiges Recht
insb. Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes, des Rückwirkungsverbots und des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

4. Heilung von Form- oder Verfahrensfehlern vgl. § 7 Abs. 6 GONW, § 6 Abs. 5 NGO

Ist in einer Klausur die Rechtmäßigkeit eines aufgrund einer Satzung ergangenen VAes zu prüfen, so ist zunächst die Rechtmäßigkeit der Satzung mit Hilfe des zuvor dargestellten Schemas festzustellen. Ist die Satzung rechtmäßig, ist dann die Rechtmäßigkeit des VAs zu behandeln.

B. Innere Verfassung der Gemeinde

Die innere Verfassung der Gemeinde umfasst die Rechtsnormen, die die Arten der Gemeindeorgane, die Bildung dieser Organe, ihr Verhältnis zueinander und ihre Kompetenzen bestimmen.

Gemeinsame Organe der Gemeinde waren in NW und in Nds. der **Rat** und noch der **Gemeindedirektor**, welcher in kreisangehörigen Städten die Bezeichnung **Stadtdirektor** und in kreisfreien Städten die Bezeichnung **Oberstadtdirektor** führte, vgl. § 47 Abs. 4 GONW a. F. (auf die Bezirksvertretungen bzw. Ortsräte wird nicht weiter eingegangen, da ihr Verhalten der Gemeinde zugerechnet wird). Daneben bestand bis zur Änderung der Gemeindeordnung im Jahre 1994 noch das Amt des Bürgermeisters, welches jedoch größtenteils repräsentativen Charakter hatte.

In NW wurde diese sogenannte „Doppelspitze“ mit einer neuen Gemeindeordnung jedoch mit Wirkung zum 17.10.94 abgeschafft. Die Änderung bestand darin, dass spätestens mit den Kommunalwahlen 1999 hauptamtliche Bürgermeister und Landräte unmittelbar von den Bürgern gewählt wurden

Das Organ „Gemeindedirektor“ entfällt seither. Hauptverwaltungsbeamter ist der von den Bürgern unmittelbar gewählte **Bürgermeister bzw. Landrat**.

In Nds. besteht noch ein weiteres Organ, der **Verwaltungsausschuss**.

In beiden Bundesländern ist die Gemeindeverfassung von der Grundform her **monistisch**, da alle Zuständigkeiten grundsätzlich bei einem Organ liegen (§ 41 Abs. 1, S. I GONW, § 40 NGO). Die Zuständigkeiten des Bürgermeisters als Hauptverwaltungsorgan (und des Verwaltungsausschusses) sind denen des Rats untergeordnet. Bei der dualistischen Gemeindeverfassung, der anderen möglichen Grundform, sind die Zuständigkeiten auf zwei Organe verteilt. Der Typ der Gemeindeverfassung in NW und in Nds. wird als **norddeutsche Ratsverfassung** bezeichnet (Nds.: auch „modifizierte Ratsverfassung“ des Verwaltungsausschusses wegen).

I. Rat

Die allgemeine Wahlperiode für den Gemeinderat beträgt fünf Jahre (§ 42 Abs. 1 GONW, § 33 NGO). Die Zahl der Ratsherren ist abhängig von der Einwohnerzahl der Gemeinde (lies § 3 KWahIGNW, § 32 NGO).

1. Zuständigkeiten des Rats

Lesen Sie § 41 GONW, § 40 NGO!

2. Zuständigkeiten des Bürgermeisters (Oberbürgermeister in kreisfreien Städten)

- a) Durchführung der Geschäfte der laufenden Verwaltung, § 41 Abs. 3 GO,
- b) Vorbereitung und Durchführung der Ratsbeschlüsse, § 62 Abs. 2 S.1 und 2 GO,
- c) gesetzliche Vertretung der Gemeinde, § 63 GO,
- d) Beanstandung von rechtswidrigen Ratsbeschlüssen, § 54 Abs. 2 GO,
- e) Geschäftsverteilung, § 62 Abs. 1 S.3 GO,
- f) Dienstvorgesetzter, § 73 Abs. 2.

Durch die Absage an die früher vorhandene Doppelspitze -Gemeindedirektor/ Bürgermeister - aufgrund der seit 1994 gültigen Gemeindeordnung nimmt der Bürgermeister somit in Zukunft über seinen bisherigen Aufgabenkreis hinaus auch die Aufgaben wahr, die sonst dem Gemeindedirektor oblagen.

3. Unvereinbarkeit von Amt und Mandat (sog. Inkompatibilität) § 13 KWahlGNW

Neuerdings wird in der Rechtsprechung immer wieder die Frage der Unvereinbarkeit von Amt und Mandat gem. § 13 KWahlG behandelt. Die Vorschrift beinhaltet die Unvereinbarkeit einer Tätigkeit als Beamter oder Angestellter des öffentlichen Dienstes mit der Tätigkeit als Ratsmitglied desjenigen Kommunalverbandes, dessen Verwaltung das Ratsmitglied angehört. Sinn dieser Vorschrift ist die Vermeidung von Umgehungen des kommunalen Gewaltenteilungsprinzips. Hier wurden zuletzt diejenigen Fälle problematisiert, in denen es um die Tätigkeit eines Ratsmitglieds in einer Behörde ging, die der Gemeinde zwar übergeordnet war, die jedoch keine Aufsichtsfunktionen über die Gemeinde wahrnahm. Die Rechtsprechung stellte fest, dass der Gesetzgeber die Inkompatibilität bewusst auf solche Behörden beschränkt hat, die Aufgaben der allgemeinen Kommunalaufsicht oder bezogen auf Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung- der Sonderaufsicht über die betreffende Gemeinde wahrnehmen (vgl. OVG Münster, NVwZ 2003/887ff).

Weiterhin stellte die Rechtsprechung in einem Fall, in dem es um die Inkompatibilität einer Teilzeittätigkeit mit dem Ratsmandat ging (der Fall spielte in Schleswig-Holstein; in Frage standen die Vorschriften der §§37a, Abs. 1, Abs. 4, und 44 SchlHGKWahlG, die den nordrhein-westfälischen Vorschriften im wesentlichen entsprechen) fest, dass jede Tätigkeit in der Gemeindeverwaltung, auch eine geringfügige, zur Inkompatibilität führe (vgl. BVerwG NVwZ 2003, 90ff).

4. Mitwirkungsverbot wegen Befangenheit

- a) **Um Interessenkollisionen auszuschließen**, stellt § 43 Abs. 2 i.V.m. § 31 GONW (§ 39 Abs. 3 i.V.m. § 26 NGO) ein Mitwirkungsverbot für Ratsmitglieder wegen Befangenheit auf. Das Mitwirkungsverbot hindert die Ratsmitglieder, beratend oder entscheidend mitzuwirken, wenn einer Person aus dem in § 31 Abs. 1 GONW (§ 26 Abs. 1 S. 1 NGO) genannten Personenkreis ein Vorteil oder Nachteil durch den jeweiligen Ratsbeschluss entstehen kann. Das Mitwirkungsverbot ist weit auszulegen, um jeden Anschein von Befangenheit zu vermeiden. Wer annehmen muss von der Mitwirkung (Beratung und Beschlussfassung) ausgeschlossen zu sein, hat dies unaufgefordert mitzuteilen und den Sitzungsraum zu verlassen (§ 31 Abs. 4 S. 1 GONW, § 26 Abs. 4 S. 1 NGO).
- b) Bei öffentlichen Sitzungen darf sich der befangene Ratsherr in dem für Zuhörer bestimmten Teil des Beratungsraums aufhalten (§ 31 Abs. 4 S. 1 GONW, § 26 Abs. 5 S. 2 NGO).
- c) Zu beachten sind die **Ausnahmen von der Befangenheit gemäß § 31 Abs. 3 GONW** (§ 26 Abs. 1 S. 2 NGO). Keine Befangenheit liegt insbesondere dann vor, wenn zwar auch ein individuelles Interesse erkennbar ist, die Wahrnehmung von Allgemeininteressen ("gemeinsame Interessen einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe") jedoch überwiegt (Beispiel: Hundehalter stimmt bei Hundesteuersatzung mit; weiteres Beispiel: der Rat beschließt eine Satzung zur Umleitung von Verkehr zum Zwecke der Verkehrsberuhigung einer Strasse, in der das betroffene Ratsmitglied selbst wohnt; vgl. zuletzt OVG Münster NVwZ 2003, 667 ff).
- d) Der **Verstoß** gegen das Mitwirkungsverbot ist ein **Verfahrensfehler** und macht den Ratsbeschluss **formell rechtswidrig**. Das gilt nach ganz h.M. auch dann, wenn die Mitwirkung nicht kausal für den zustande gekommenen Ratsbeschluss war, wenn er also auch ohne die Mitwirkung des Befangenen gefasst worden wäre (OVG Münster, OVG 27,60; OVG Lüneburg, OVG 27,442).

- e) Von der Rechtswidrigkeit des Beschlusses ist seine **Unwirksamkeit** zu unterscheiden. Während die Rechtswidrigkeit des Beschlusses lediglich ein Einspruchsrecht des Bürgermeisters gem. § 54 Abs. 2 GO n.F., § 65 Abs. 1 NGO zur Folge hat, ist seine Unwirksamkeit in NW bei Beschluss einer Satzung, in Nds. unter der Voraussetzung des § 26 Abs. 6 S.1 NGO (Mitwirkung war entscheidend für das Ergebnis) gegeben. Die Mitwirkung kann eine Schadensersatzpflicht des befangenen Ratsherren zur Folge haben (§ 30 Abs. 3b) GONW § 39 Abs. 4 NGO).

II. Bürgermeister

- 1) Der Bürgermeister wird vom Rat in NW für eine Amtszeit von acht Jahren (§ 49 Abs. 2 S.1 GONW), in Nds. für eine Amtszeit von zwölf Jahren (§ 61 Abs. 1 S.1 NGO) gewählt. Er hat den beamtenrechtlichen Status eines Wahlbeamten auf Zeit (vgl. im einzelnen § 49 GONW, § 61 NGO).
- 2) Seine wichtigsten Zuständigkeiten sind:
 - a) Vorbereitung der Beschlüsse des Rats, der Bezirksvertretungen und der Ausschüsse (Nds.: auch des Verwaltungsausschusses), vgl. § 47 Abs. 1 S.1 GONW, § 62 Abs. 1 Ziff. 1 NGO,
 - b) Vertretung der Gemeinde (§ 55 Abs. 1 GONW, § 63 Abs. 1 NGO),
 - c) Geschäftsverteilung (§ 53 Abs. 1 S. 1 GONW, § 62 Abs. 2 S. 1 NGO),
 - d) Dienstvorgesetzter der Beamten, Angestellten und Arbeiter (§ 53 Abs. 2 GONW, § 62 Abs. 22. Hs. NGO).

III. Verwaltungsausschuss (spez. Nds.)

- 1) Der Verwaltungsausschuss besteht aus dem Ratsvorsitzenden, den Beigeordneten, Ratsherren, die einen Sitz ohne Stimmrecht haben (§ § 56 Abs. 3 S. 1, 51 Abs. 4 NGO) und dem Gemeindedirektor. Weitere Mitglieder können, wenn es die Hauptsatzung vorsieht, noch weitere Beamte auf Zeit sein, die aber, ebenso wie der Gemeindedirektor, nur beratende Stimme haben (§ 56 Abs. 1 NGO).
- 2) Der Verwaltungsausschuss wird nicht gewählt, sondern vom Rat gebildet. Anzuwenden ist das Verfahren, nach dem auch Ratsausschüsse gebildet werden (§ 56 Abs. 3 S.1 NGO).
- 3) Aufgabe des Verwaltungsausschusses ist es zunächst, Beschlüsse des Rats vorzubereiten (§ 57 Abs. 1 NGO). Der Verwaltungsausschuss soll außerdem die Tätigkeit der einzelnen Ausschüsse des Rats aufeinander abstimmen (§ 57 Abs. 4 NGO)
- 4) Zu den sonstigen Zuständigkeiten des Verwaltungsausschusses vgl. §§ 57, 58 NGO (lesen!); weitere Zuständigkeiten finden sich unsystematisch verstreut in vereinzelt Bestimmungen der NGO.

IV. Rechtsschutz gegen Akte der Gemeindeorgane

1. Beschlüsse des Gemeinderats

a) Rechtsbehelf des Bürgers

Beschlüsse des Gemeinderats haben selbst mangels Außenwirkung noch keinen Rechtsnorm- oder Verwaltungsaktcharakter. Dazu bedarf es noch ihrer Durchführung durch den Gemeindedirektor oder

Bürgermeister. Zur Durchführung zählen die Bekanntgabe bei Satzungen und der Vollzug von Verwaltungsakten. Da Ratsbeschlüssen also die Außenwirkung fehlt, sind sie **gerichtlich nicht nachprüfbar**.

b) Rechtsbehelf des Bürgermeisters (NW) und Rechtsbehelf des Verwaltungsausschusses (Nds.)

aa) Regelung in NW

- (1) Der Bürgermeister „**kann**“ gem. § 54 Abs. 1 GONW gegen einen Beschluss des Rates Widerspruch erheben, wenn er der Auffassung ist, dass der Beschluss **das Wohl der Gemeinde gefährdet**. Folglich besteht hiernach keine bindende Verpflichtung des Bürgermeisters zum Einschreiten. Vielmehr hat er hier ein Ermessen, ob er einschreitet oder nicht. Weist der Rat den Widerspruch zurück, so hat der Bürgermeister hiernach keine weitere Handhabe.
- (2) Gem. § 54 Abs. 2 GONW „**hat**“ der Bürgermeister einen Ratsbeschluss zu beanstanden, wenn der **Beschluss rechtswidrig** ist. Die Beanstandung hat gem. § 54 Abs. 2 S.2 GONW aufschiebende Wirkung. Bleibt der Rat bei seinem Beschluss, so hat der Bürgermeister unverzüglich die Entscheidung der Aufsichtsbehörde einzuholen.

Der maßgebliche Unterschied zwischen § 54 Abs. 1 GONW und § 54 Abs. 2 GONW besteht somit darin, dass der Bürgermeister bei einem rechtswidrigen Handeln des Rates einschreiten muss, hingegen bei einem rechtmäßigen Beschluss des Rates, welcher seiner Auffassung nach das Wohl der Gemeinde gefährdet, ein Ermessen dahingehend hat, ob er hiergegen einschreitet.

bb) Regelung in Nds.

Die Regelung des Einspruchsrechts des Verwaltungsausschusses gemäß § 60 NGO gegen Beschlüsse des Rats, Stadtbezirks- oder Ortsrats, des Bürgermeisters in NW (also Einspruchsrecht mit aufschiebender Wirkung, erneute Beschlusspflicht des Rats), mit dem Unterschied allerdings, dass der Verwaltungsausschuss auch gegen den weiteren Ratsbeschluss Einspruch einlegen kann.

c) Rechtsbehelf des Bürgermeisters

Der Bürgermeister hat den Ratsbeschluss zu beanstanden, wenn dieser das **geltende Recht verletzt**. Die Beanstandung hat aufschiebende Wirkung (§ 54 Abs. 2 GONW, § 65 Abs. 1 NGO). Hält der Bürgermeister den darauf folgenden Ratsbeschluss für rechtswidrig, hat er seine Beanstandung aufrechtzuerhalten (Nds.: erneut Einspruch einzulegen) und unverzüglich die Entscheidung der Aufsichtsbehörde einzuholen. Die aufschiebende Wirkung bleibt bestehen. In Nds. erfolgt vor der Entscheidung der Aufsichtsbehörde eine Anhörung von Gemeindedirektor und Bürgermeister, der den Standpunkt des Rats vertritt.
Lesen Sie § 54 GONW, § 65 NGO!

d) Rechtsbehelf der Aufsichtsbehörde

Die Aufsichtsbehörde kann einen rechtswidrigen Ratsbeschluss beanstanden (§ 119 Abs. 1 GONW, § 130 NGO).

aa) Regelung in NW

Aus dem Wortlaut des § 119 GONW, speziell aus der Zitierung von § 54 Abs. 2 und 3, ließe sich der Schluss ziehen, dass die Beanstandung nur nach Anrufung der Aufsichtsbehörde durch den Gemeindedirektor/Bürgermeister möglich ist. Die Aufsichtsbehörde hätte also kein Beanstandungsrecht, wenn der Gemeindedirektor die Aufsichtsbehörde nicht benachrichtigt. Da die Gemeinde auf diese Weise der Aufsicht entzogen wäre, kann diese Lesweise des § 119 Abs. 1 S.1 GONW nicht richtig sein. **Eine Anrufung durch den Gemeindedirektor ist mithin nicht erforderlich.** Die Aufsichtsbehörde hat den Gemeindedirektor anzuweisen, den rechtswidrigen Ratsbeschluss zu beanstanden. Das ist ein Fall *der Organleihe; der Bürgermeister hat also gegen die Anweisung keine Möglichkeit des Rechtsschutzes.* Nach Beanstandung durch den Bürgermeister und nochmaliger Beratung kann die Aufsichtsbehörde den Beschluss aufheben (§ 119 Abs. 1 S. 1 GONW).

Gegen die Beanstandung durch den Bürgermeister auf Anweisung durch die Aufsichtsbehörde hat die Gemeinde die Rechtsbehelfsmöglichkeit der **Anfechtungsklage**; ein Widerspruch ist nach § 123 GONW nicht erforderlich.

bb) Regelung in Nds.

Nach § 130 S. 1 NGO kann die Aufsichtsbehörde den rechtswidrigen Ratsbeschluss in beliebiger Weise beanstanden. Folge ist eine Vollzugshemmung (§ 130 S.2 NGO). Außerdem kann verlangt werden, dass bereits getroffene Maßnahmen rückgängig gemacht werden (§ 130 S.3 NGO). Die betroffene Gemeinde hat die Möglichkeit des **Widerspruchs** und der **Anfechtungsklage** (die Klagemöglichkeit ohne Einlegung eines Widerspruchs besteht nur im Fall der Versagung einer Genehmigung, § 133 Abs. 2 NGO).

e) Rechtsbehelf von Organen oder Organteilen der Gemeinde

Durch einen Beschluss des Gemeinderats können die organschaftlichen oder mitgliedschaftlichen Rechte von Organen oder Organteilen der Gemeinde verletzt werden, z.B. rechtswidriger Ausschluss eines Ratsmitglieds aus der Ratssitzung (VA nur, wenn Ratsmitglied nur in Menschenrechten betroffen ist; vgl. dazu OVG Lüneburg, NVwZ 1982, 44).

Es kommt in derartigen Fällen ein **Kommunalverfassungsstreitverfahren** in Betracht. Da diese Verfahrensart aber nicht nur bei rechtswidrigen Ratsbeschlüssen, sondern z.B. auch bei Unterlassungen des Rats oder des Bürgermeisters (er weigert sich, einen bestimmten Antrag in die Tagesordnung aufzunehmen) gegeben ist, wird sie gesondert behandelt (unten 3.).

2. Anordnungen des Bürgermeisters

a) Rechtsbehelf des Bürgers

Hier gelten die allgemeinen Regeln der VwGO. Haben die Anordnungen Verwaltungsaktcharakter, kann der Bürger Rechtsschutz mit der Anfechtungsklage begehren.

b) Rechtsbehelf des Gemeinderats

Ausdrücklich ist nichts bestimmt. Allerdings hat der Gemeinderat die Pflicht die Durchführung seiner Beschlüsse zu überwachen (§ 55 Abs. 3 GONW, § 40 Abs. 3 S.1 NGO). Überwiegend wird darin auch das Recht gesehen, rechtswidrige Anordnungen des Bürgermeisters ihm gegenüber

beanstanden zu können. Haben diese Anordnungen Verwaltungsaktcharakter, kommt als Klageart die Anfechtungsklage, ansonsten die allgemeine Leistungsklage in Betracht (vgl. auch unten 3., Kommunalverfassungsstreitverfahren).

c) Rechtsbehelf der Aufsichtsbehörde

aa) Regelung in NW

Die Aufsichtsbehörde kann Anordnungen des Bürgermeisters, die das geltende Recht verletzen, beim Gemeinderat beanstanden. Die Beanstandung hat aufschiebende Wirkung (§ 119 Abs. 2 S.3 GONW). Der Gemeinderat kann die Beanstandung verwerfen, indem er die Anordnung des Bürgermeisters billigt. Die Aufsichtsbehörde kann letztlich die Anordnung des Bürgermeisters aufheben (§ 119 Abs. 2 S.4 GONW). Billigt der Rat die Anordnung des Bürgermeisters dagegen nicht, hat er nach h.M. das Recht, sie aufzuheben (Raubalt, § 188 Anm.4).

bb) Regelung in Nds.

In Betracht kommt als Aufsichtsmittel die Beanstandung nach § 130 NGO (s. o.).

3. Das Kommunalverfassungsstreitverfahren

- a) Neben diesen speziellen Möglichkeiten steht den Gemeindeorganen (Rat, Bürgermeister) und ihren Organteilen (Ausschüssen, Ratsmitgliedern) die Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage offen, um ihre organ- bzw. mitgliedschaftlichen Rechte durchzusetzen.

Beispiel: Ratsmitglied klagt auf Feststellung, dass der Ausschuss aus einer Ratssitzung rechtswidrig war (vgl. dazu VGH Kassel NVwZ 1982,44 ff.), Ratsmitglied klagt auf Erlass eines Rauchverbots durch den Bürgermeister (vgl. OVG Münster, JZ 1983,25 ff. = NVwZ 1983,485 ff.) oder eine Fraktion klagt gegen den Bürgermeister, wenn dieser sich weigert, einen bestimmten Antrag in die Tagesordnung aufzunehmen (vgl. dazu OVG Münster, DVBl 1984, 155 ff.).

- b) Die Zulässigkeit derartiger Rechtsstreitigkeiten ist nicht ganz unproblematisch, weil es sich um **Streitigkeiten innerhalb einer juristischen Person** handelt (sog. inter- bzw. intraorganschaftliche Streitigkeiten).

- c) **Problematisch** ist hier insbesondere die **statthafte Klageart**.

- aa) Eine Anfechtungsklage scheidet in diesen Fällen bereits daran, weil diesen Streitigkeiten keine Außenwirkung zukommt. Ebenso scheidet eine allgemeine Leistungsklage aus, da Beschlüsse des Rates - anders als Verwaltungsakte - bei Rechtswidrigkeit automatisch nichtig sind und daher eine Aufhebung bereits aus Rechtsgründen unmöglich ist. (vgl. Papier, DÖV 1980, S. 999). Des Weiteren fehlt es auch an den Voraussetzungen einer Feststellungsklage, da es hier insoweit an dem erforderlichen Außenrechtsverhältnis fehlt.

Aus diesem Grund ging die **früher herrschende Meinung** davon aus, dass bei Vorliegen eines Kommunalverfassungsstreitverfahren eine **Klage sui generis** (wenngleich in Anlehnung an die Feststellungsklage) anzunehmen sei (vgl. OVG NW 27, 258 (259 ff.); heute noch von Loebell, GO § 30 Anm. 10).

- bb) Diese Ansicht wird heute jedoch abgelehnt, da es in der VwGO ein **geschlossenes System von**

Klagearten gibt. Aus diesem Grund geht die heute herrschende Meinung (vgl. Martensen, JUS 1995, 1078) davon aus, dass die **vorhandenen Klagearten extensiv auszulegen** sind. Hieraus folgt dass bei dem Kommunalverfassungsstreitverfahren heute entweder die Feststellungsklage oder die allgemeine Leistungsklage in Betracht kommt:

- (1) Die **Leistungsklage** ist dann anzunehmen, wenn der Kläger die Vornahme das Unterlassen oder die Rückgängigmachung eines bestimmten Organhandelns begehrt (Beispiel: Anordnung/Aufhebung eines Rauchverbotes, oder die Aufnahme/Nichtaufnahme eines Verhandlungsgegenstandes in die Tagesordnung).
- (2) Die **Feststellungsklage** sei demgegenüber einschlägig, wenn Streitgegenstand ein Ratsbeschluss sei oder wenn es um eine irreparable Maßnahme eines Organs gehe (Beispiel: Ausschluss eines Ratsmitgliedes aus dem Sitzungssaal).

Im Fall der Feststellungsklage sei das erforderliche Außenrechtsverhältnis (nur hier!) großzügig zu beurteilen. Ein solches könne auch zwischen Organen und Organteilen bestehen (vgl. Martensen, JuS 1995, S.1078; OVG NW, NVWZ 1990, S. 188; Rausch, JZ 1994, S.696).

▲L - KLAUSURTIPP: Der weitere Klausuraufbau richtet sich in beiden Fällen nach den „normalen“ Voraussetzungen der jeweiligen Klageart. Eine **Besonderheit** gilt es indes für die **Feststellungsklage** zu beachten:

Wie bereits i.R.d. Feststellungsklage dargelegt wurde, fordert eine im Vordringen befindliche Ansicht neuerdings auch für diese Klageart eine Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO. Das Erfordernis der **Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO** wird im Falle des kommunalen Verfassungsstreitverfahrens unisono unabhängig von der jeweiligen Klageart gefordert. Zu beachten ist hierbei, dass es nicht um das typisch subjektive Recht geht, weil dieses nur im Verhältnis Bürger - Staat bestehen kann. Erforderlich und ausreichend ist indes, dass sich der Kläger auf rechtlich besonders geschützte Mitgliedschaftsrechte aus seiner Organ- Teil- Stellung berufen kann (Beispiel Recht des Ratsmitglied auf Teilnahme und Beratung an den Ratssitzungen).

Vertiefungshinweis: BVerwG, NVWZ-RR 1994, S. 352 ff.; Martensen JuS 1995, S. 1078

- d) Schließlich gilt im Falle des kommunalen Verfassungsstreitverfahrens noch eine weitere Besonderheit zu beachten:
Problematisch kann hier die **Beteiligtenfähigkeit** sein, wenn hier ein **einzelnes Ratsmitglied** klagt. Hier folgt die Beteiligtenfähigkeit nicht aus § 61 Nr. 1 VwGO, weil der Kläger in diesem Fall nicht als natürliche Person sondern als Organ oder Organteil klagt. Vielmehr folgt die Beteiligtenfähigkeit hier aus **§ 61 Nr.2 analog VwGO** (vgl. OVG NW, NVWZ 1983, S. 486; Martensen, JuS 1995, S. 1079).

C. Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden

1) Definition

Das Gesetz enthält in § 107 Abs. 1 S. 2 GONW eine Negativdefinition des Begriffes „wirtschaftliche Betätigung“:

- a) Positiv lässt sich die wirtschaftliche Betätigung wie folgt definieren (vgl. Bühren, Allgemeines Kommunalrecht NW, 6. Aufl. 2000, S. 106):

Eine wirtschaftliche Betätigung liegt vor, wenn

- die Gemeinde als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern und Dienstleistungen am Markt tätig wird,
- wenn die angebotene Leistung ihrer Art nach auch von Privaten erbracht werden könnte und
- wenn mit der Tätigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht verbunden ist, ohne dass auch tatsächlich ein Gewinn eintreten muss.

b) Ausgenommen vom Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit sind ausdrücklich die in §107 Abs. 2 GONW genannten Einrichtungen. Dies sind im wesentlichen:

- öffentliche Einrichtungen zu denen die Gemeinde verpflichtet ist.
- Öffentliche Einrichtungen die für die soziale und kulturelle Betreuung der Einwohner erforderlich sind (wie etwa Schulen, Volkshochschulen, Kindergärten usw.).
- Einrichtungen, die dem Umweltschutz und der wirtschaftlichen Daseinsvorsorge dienen (wie etwa Abfall- und Abwasserbeseitigung, Straßenreinigung und Winterdienst oder Wirtschaftsförderung)

2) Voraussetzungen wirtschaftlicher Betätigung

- a) Betätigt sich eine Gemeinde aktiv am Wirtschaftsleben, stellt sich sodann die Frage nach der Zulässigkeit einer derartigen Betätigung.
Zum einen ist dies zunächst ein Ausfluss der kommunalen Selbstverwaltung, jedoch stellt sich schnell die Frage nach den Konkurrenten, die durch die wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinde in ihren Rechten betroffen werden.
- b) Zum Schutz der betroffenen Konkurrenten und auch zum Schutz der Gemeinden vor den finanziellen Risiken wirtschaftlicher Betätigung nennen die §§ 107 ff. GONW, §§ 108 ff. NGO die Voraussetzungen für dieses Tätigwerden. Danach dürfen Gemeinden wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn:
 - aa) ein örtlicher Bezug gegeben ist. Überörtliche Tätigkeit darf die Gemeinde nicht entwickeln
 - bb) ein öffentlicher Zweck vorliegt, der die wirtschaftliche Tätigkeit rechtfertigt.
 - cc) die Gemeinde leistungsfähig genug ist, die Wirtschaftstätigkeit auszuüben.
 - dd) kein privates Unternehmen vorhanden ist, welches den öffentlichen Zweck besser und kostengünstiger erfüllen würde und
 - ee) eine Marktanalyse über die Wirtschaftlichkeit der Unternehmung vorgenommen wurde.

Diese Voraussetzungen bezwecken außerdem einen Schutz der Konkurrenzunternehmen vor Tätigkeiten der Gemeinde außerhalb des öffentlichen Bereichs. Die Gemeinde soll sich nicht als Unternehmer betätigen, und insofern hat sie jegliche wirtschaftliche Tätigkeit, die außerhalb einer

öffentlich-rechtlichen Zweckbindung liegt, zu unterlassen. Nach h.M. ergibt sich daraus ein subjektiv-öffentliches Recht der Konkurrenzunternehmen. Dieses ist auf Unterlassen von über den genannten Rahmen hinausgehenden Tätigkeiten der Gemeinde gerichtet (vgl. Buhren, Allgemeines Kommunalrecht NW, 6. Aufl. 2000, S. 106).

Nach § 108 GONW, § 110 Abs. 1 NGO ist eine Gründung oder Beteiligung an wirtschaftlichen Unternehmen ebenfalls nur unter den genannten Voraussetzungen zulässig. Beteiligung in diesem Sinne ist jede aus dem Handelsrecht bekannte Beteiligungsform (z.B. Erwerb von Aktien, GmbH- oder Genossenschaftsanteilen), aber auch die Darlehensgewährung oder Übernahme von Bürgschaften.

d) Rechtsform der gemeindlichen Unternehmen

aa) Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden können geführt werden als Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Eigenbetriebe, § 114 GONW, § 108 Abs. 2 Nr. 1 NGO) oder mit eigener Rechtspersönlichkeit (Gesellschaften, § 108 GONW, bzw. Eigengesellschaften, § 108 Abs. 2 Nr. 2 NGO). Hier ist zu unterscheiden zwischen der öffentlich-rechtlichen Rechtsform und der privatrechtlichen.

bb) Als öffentlich-rechtliche Rechtsform kommen in Betracht:

- Eigenbetriebe ohne eigene Rechtspersönlichkeit
- Betriebe mit eigener Rechtspersönlichkeit (etwa Zweckverband oder öffentlich-rechtliche Anstalt)

cc) Als privatrechtliche Rechtsform kommen in Betracht:

- juristische Personen des Zivilrechts oder
- Beteiligungen an solchen Personen

Eigenbetriebe unterstehen zur Zeit noch dem Bürgermeister, ihre laufenden Geschäfte führt die Werksleitung (§ 114 GONW, § 113 Abs. 5 NGO). Die (Eigen-)Gesellschaften unterliegen den Vorschriften des Handelsrechts.

Bezüglich der anderen Rechtsformen wird auf das zivile Gesellschaftsrecht bzw. auf das Recht der öffentlichen Sachen verwiesen.