

AKER · HAFNER · WEBER · ZINELL

**Gemeindeordnung  
Gemeindehaushaltsverordnung  
Baden-Württemberg**

**Kommentar**

3. Auflage

 BOORBERG

AKER · HAFNER · NOTHEIS · ZINELL

**Gemeindeordnung  
Gemeindehaushaltsverordnung**

**Baden-Württemberg**

# Gemeindeordnung Gemeindehaushaltsverordnung

## Baden-Württemberg

### Kommentar

*Bernd Aker*

Stellvertretender Hauptgeschäftsführer  
des Städtetags Baden-Württemberg a.D.

*Prof. Wolfgang Hafner*

Em. Professor an der Hochschule für öffentliche Verwaltung Kehl

*Christian Weber*

Finanzprüfer bei der Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg

*Senator E.h. Dr. Herbert O. Zinell*

Ministerialdirektor a.D., Oberbürgermeister a.D.  
Ehemals Amtschef des Innenministeriums Baden-Württemberg

3., überarbeitete Auflage, 2025

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über [www.dnb.de](http://www.dnb.de) abrufbar.

3. Auflage, 2025  
ISBN 978-3-415-07612-9

© 2012 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Nutzung sämtlicher Inhalte für das Text- und Data-Mining ist ausschließlich dem Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG vorbehalten. Der Verlag untersagt eine Vervielfältigung gemäß § 44b Abs. 2 UrhG ausdrücklich.

Anfragen gemäß EU-Verordnung über die allgemeine Produktsicherheit (EU) 2023/988 (General Product Safety Regulation - GPSR) richten Sie bitte an: Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Produktsicherheit, Scharfstraße 2, 70563 Stuttgart; E-Mail: [produktsicherheit@boorberg.de](mailto:produktsicherheit@boorberg.de)

Satz: mediaTEXT Jena GmbH, Richard-Sorge-Str. 6a/b, 07747 Jena  
Druck und Bindung: Beltz Grafische Betriebe GmbH, Am Fliegerhorst 8, 99947 Bad Langensalza

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharfstraße 2 | 70563 Stuttgart  
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden  
[www.boorberg.de](http://www.boorberg.de)

**ERSTER TEIL****Wesen und Aufgaben der Gemeinde****1. ABSCHNITT**  
**Rechtsstellung****§ 1****Begriff der Gemeinde****(1) Die Gemeinde ist Grundlage und Glied des demokratischen Staates.****(2) Die Gemeinde fördert in bürgerlicher Selbstverwaltung das gemeinsame Wohl ihrer Einwohner und erfüllt die ihr von Land und Bund zugewiesenen Aufgaben.****(3) Die verantwortliche Teilnahme an der bürgerlichen Verwaltung der Gemeinde ist Recht und Pflicht des Bürgers.****(4) Die Gemeinde ist Gebietskörperschaft.***VwV GemO<sup>1</sup>**Zu § 1*

<sup>1</sup>Die Gemeindeordnung gilt für alle Gemeinden des Landes ohne Unterschied der Größe und der besonderen Rechtsstellung (Stadtkreise, Große Kreisstädte). <sup>2</sup>Sie enthält auch das Recht der Verwaltungsgemeinschaften.

Die Regelungen der Gemeindeordnung gehen als Spezialvorschriften den Regelungen des Landesverwaltungsverfahrensgesetzes vor; enthält die Gemeindeordnung keine abschließenden Regelungen, wird sie gegebenenfalls durch das Landesverwaltungsverfahrensgesetz ergänzt.

**Erläuterungen:**

	Übersicht	Rdnr.
I.	Stellung der Gemeinden im Staatsaufbau . . . . .	1
1.	Zweistufiger Aufbau der staatlichen Organisation . . . . .	1
2.	Ebene der Gemeinden im Staatsaufbau . . . . .	1.1
3.	Keine Legaldefinition des Gemeindebegriffs . . . . .	1.2
4.	Verfassungsformen der Gemeinden . . . . .	2
II.	Grundsätzliche Aufgabenzuweisung, bürgerliche Selbstverwaltung	3
1.	Förderung des Wohls der Einwohner . . . . .	3
2.	Förderung des Wohls der Einwohner in bürgerlicher Selbstverwaltung . . . . .	4
3.	Erfüllung von Pflichtaufgaben . . . . .	6
III.	Die Gemeinde als Gebietskörperschaft	7
1.	Definition und Merkmal der Gebietskörperschaft . . . . .	7
2.	Rechte und Pflichten der Gemeinde . . . . .	8
3.	Grundrechtsfähigkeit der Gemeinde . . . . .	8.1

1 Anmerkung der Herausgeber:

Die außer Kraft getretene VwV GemO wird wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung für die kommunale Praxis in dieser Ausgabe abgedruckt.

4.	Geschäftsfähigkeit der Gemeinde . . . . .	9
5.	Parteifähigkeit der Gemeinde . . . . .	10
6.	Kommunalverfassungsstreitverfahren . . . . .	11
7.	Haftung der Gemeinde . . . . .	12
	a)    Privatrechtliche Tätigkeit . . . . .	12.1
	b)    Hoheitliche Tätigkeit . . . . .	12.2
	c)    Gefährdungshaftung . . . . .	12.3

## I. Stellung der Gemeinden im Staatsaufbau

### 1. Zweistufiger Aufbau der staatlichen Organisation

- 1 Das Grundgesetz geht von einem zweistufigen Aufbau **der staatlichen Organisation** aus. Gemeinden und Gemeindeverbände sind in den Aufbau der Länder einbezogen.<sup>2</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat zwar in der Entscheidung über die Neuordnung des Länderfinanzausgleichs<sup>3</sup> die Auffassung vertreten, dass durch die Hervorhebung der finanziellen Eigenverantwortung der Kommunen in Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG, die Garantie eines Anteils an der Einkommensteuer (Art. 106 Abs. 5 GG) und der Umsatzsteuer (Art. 106 Abs. 5a GG) die Zweistufigkeit der Finanzverfassung modifiziert sei; an der grundsätzlichen Zweistufigkeit der staatlichen Organisation ändert dies jedoch nichts. Dies wurde bei der Einfügung des Satzes 3 in Art. 28 Abs. 2 GG ausdrücklich klargestellt.<sup>4</sup> Die verfassungsrechtliche Einbeziehung der Kommunen in die Länder kommt sehr deutlich darin zum Ausdruck, dass den Ländern die Kommunalgesetzgebung und die Aufsicht über die Gemeinden zusteht, aber auch die Verantwortung für eine angemessene Finanzausstattung der Gemeinden (Art. 73 Abs. 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg).

### 2. Ebene der Gemeinden im Staatsaufbau

- 1.1 Im vierstufigen **Verwaltungsaufbau** bilden die Gemeinden die unterste Ebene. Gemeindebezirke (§ 64) und Ortschaften (§ 68) bilden rechtlich keine eigenständige unterhalb der Gemeinde stehende Einheit, sie sind Bestandteil der Gemeinde. Mit der Wortwahl in Absatz 1 soll verdeutlicht werden, dass der Gemeinde besondere Bedeutung zukommt („Grundlage“), sie aber auch in den Staatsaufbau integriert ist („Glied“).

### 3. Keine Legaldefinition des Gemeindebegriffs

- 1.2 Die Gemeindeordnung folgt damit einer langen Tradition. Bereits in der Verfassung für das Königreich Württemberg vom 25.9.1819<sup>5</sup> ist im V. Kapitel, § 62 formuliert: „Die Gemeinden sind die Grundlagen des Staatsvereins.“ Damit soll jedoch nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass die Gemeinden vorstaatliche Einrichtungen seien, denen die Existenz des Staates nachgeordnet oder von denen die Existenz des Staates abzuleiten sei. Die Länder haben eine eigene Verfas-

2 *Dürig/Herzog/Scholz/Mehde*, Grundgesetz Kommentar, Rdnr. 11 zu § 28 Abs. 2 GG, BVerwG, Urt. v. 8.2.1974 – VII C 16.71, BVerwGE 44, 351 (364).

3 BVerfG, Urt. v. 11.11.1999 – 2 BvF 2/98, BVerfGE 101, 158 (230).

4 S. dazu im Einzelnen. *Dürig/Herzog/Scholz/Mehde*, Rdnr. 81 ff. zu Art. 28 Abs. 2 GG.

5 RegBl. 1819 S. 633.

sungsautonomie<sup>6</sup> Die Bezeichnung der Gemeinden als „ursprüngliche“ Gebietskörperschaften in Art. 11 Abs. 2 der Bayerischen Verfassung und in § 1 Abs. 1 Satz 1 der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern wird heute nicht mehr in dem Sinne verstanden, dass die Gemeinden vorstaatliche, ihnen durch die Natur zugewachsene Aufgaben wahrnehmen.<sup>7</sup>

Der vierstufige Verwaltungsaufbau verwirklicht die Dezentralisation, die vom Grundgesetz als bewusste Abkehr von den zentralistischen Tendenzen nach 1933 verstanden wurde.<sup>8</sup> Die besondere Hervorhebung der unteren Verwaltungsebene soll zum Ausdruck bringen, dass es auf der Gemeindeebene am ehesten gelingen werde, dem Selbstbestimmungsrecht der Gemeindebürger unter Zurückdrängung des bürokratisch-autoritativen Elements wieder erhöhte Geltung zu verschaffen.<sup>9</sup>

Der vierstufige Verwaltungsaufbau dient auch der Gewaltenteilung und der Verwirklichung der bürgerschaftlichen Selbstverwaltung auf der unteren Ebene.<sup>10</sup>

Die Gemeindeordnung hat nicht den Versuch unternommen, eine Legaldefinition des Begriffs „Gemeinde“ zu geben. Es wurde hierfür keine praktische Notwendigkeit gesehen, weil davon ausgegangen werden können, dass im Rechtsleben klar sei, welche Gemeinschaften als Gemeinden zu betrachten seien.<sup>11</sup>

Die in vielen Gemeinden vorhandenen Untergliederungen wie Gemeindebezirke (§ 64) und Ortschaften (§ 68) sind keine Gemeinden, sondern rechtlich unselbständige Verwaltungseinheiten.<sup>12</sup>

#### 4. Verfassungsformen der Gemeinden

Die Gemeindeordnung legt für alle Gemeinden unabhängig von der Einwohnerzahl eine einheitliche Gemeindeverfassung fest.

2

Der Entwurf der Gemeindeordnung sah zunächst 4 Verfassungsformen vor:

- Die Gemeinderatsverfassung als Grundform daneben wahlweise
- Die Bürgerausschussverfassung für Gemeinden mit mehr als 2.000 und nicht mehr als 100 000 Einwohnern
- Die Magistratsverfassung für Gemeinden mit mehr als 100 000 Einwohnern
- Die Gemeindeversammlung für Gemeinden mit nicht mehr als 200 Einwohnern.

Die vom Landtag am 21.7.1955 beschlossene Gemeindeordnung (GBl. S. 129) sah neben der Gemeinderatsverfassung (§ 23 Abs. 1) als durch die Hauptsatzung festzulegende Alternativen nur noch die

- Bürgerausschussverfassung in Gemeinden mit mehr als 3.000 Einwohnern (§ 23 Abs. 2),

6 Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, Rdnr. 3 zu Art. 28 GG.

7 Bauer/Böhle/Ecker/Kuhne, Bayerische Kommunalgesetze, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Rdnr. 16 zu § 1.

8 BVerfG, Beschl. v. 23.11.1988 – 2 BvR 1628/83, BVerfGE 79, 149 („Rastede-Entscheidung“).

9 BVerfGE 61, 82.

10 Maurer, Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, DVBl 1995, 1040.

11 Gützkow, Die neue Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, DÖV 1956, 8.

12 Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, Rdnr. 93 zu Art. 28 GG und Pautsch in Ade/Pautsch/Weber, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar 2. Auflage 2022, Rdnr. 1 zu § 68 GemO.

- Gemeindeversammlung in Gemeinden mit nicht mehr als 200 Einwohnern (§ 23 Abs. 3)

vor.

Die Vorschriften über die Bürgerausschussverfassung waren den Regelungen der Badischen Gemeindeordnung vom 5.10.1921<sup>13</sup> nachgebildet.

Die Möglichkeit der wahlweisen Einführung anderer Verfassungsformen als der Gemeinderatsverfassung wurde kaum wahrgenommen. Nur 15 Gemeinden haben zu den Gemeinderatswahlen 1956 die Bürgerausschussverfassung eingeführt, zwei Gemeinden die Gemeindeversammlung, sie bis 1971 aber wieder aufgegeben.<sup>14</sup>

Durch § 18 Nr. 8 des Allgemeinen Gemeindereformgesetzes v. 9.7.1974 wurden die Wahlmöglichkeiten beseitigt und die Gemeinderatsverfassung als einzige Form der Gemeindeverfassung festgelegt.

## II. Grundsätzliche Aufgabenzuweisung, bürgerschaftliche Selbstverwaltung

### 1. Förderung des Wohls der Einwohner

- 3 § 1 Abs. 2 formuliert die Aufgabe der Gemeinde als Grundsatz und Ziel jeglichen Verwaltungshandelns: die Förderung des gemeinsamen Wohls der Einwohner. Es handelt sich dabei um eine allgemeine Umschreibung mit programmatischem Charakter, die erste Konkretisierung wird in § 2 vorgenommen.<sup>15</sup>

Die Aufgabenstellung der Gemeinde bezieht sich auf das „gemeinsame“ Wohl der Einwohner, die Wahrnehmung und Förderung privater Einzelinteressen ist nicht Aufgabe der Gemeinde. Dies schließt nicht aus, dass die Gemeinde bei ihrer Aufgabenwahrnehmung auch private Interessen berücksichtigt. Es steht nicht im Widerspruch zur Gemeinwohlabbindung, wenn eine Gemeinde den Abschluss eines Bebauungsplanverfahrens davon abhängig macht, dass die Grundstücke im Plangebiet für eine begrenzte Zeit (10 Jahre) nur an Ortsansässige verkauft werden.<sup>16</sup>

Die Gemeinde kann die Vergabe von Grundstücken auch von sozialen Kriterien abhängig machen (Förderung von Familien, Zahl der Kinder).<sup>17</sup>

Die Förderung des gemeinsamen Wohls der Einwohner als öffentliche Aufgabe gibt der Gemeinde kein Mandat, sich zum „Sachwalter“ der einzelnen Bürger bei der Wahrnehmung ihrer Grundrechte zu machen. Diese Befugnis steht als Grundrecht nur denjenigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu, die den Bürgern auch zur Verwirklichung ihrer individuellen Grundrechte dienen, wie z. B. Religionsgemeinschaften. Hierzu gehören die Gemeinden nicht. Die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung dient der allgemeinen politischen Bürgerfreiheit, sie kann nicht individuellen Grundrechten der Bürger zugeordnet werden.

Eine allgemeine Vertretungsbefugnis würde eine gefährliche Einbruchstelle in die Individualfreiheit eröffnen. Die grundrechtlich verbürgten Freiheiten sollen prinzipiell nicht von der Vernunfthoheit öffentlicher Einrichtungen verwaltet werden.<sup>18</sup>

13 GVBl. 1922 S. 183, §§ 55 ff.

14 Kunze, Die Gemeindeordnung – ein malträtiertes Gesetz, BWVPr 1981, 106.

15 So auch Quecke/Schaffarzik, in: Quecke/Schmid u.a., Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen, Rdnr. 9 zu § 1.

16 BVerwG, Urt. v. 11.2.1993 – 4 C 18.91, DÖV 1993, 622.

17 S. dazu: VG Sigmaringen, Beschl. v. 17.06.2019 – 3 K 7459/18 = VBlBW 2020, 123.

18 BVerfG, Beschl. v. 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82 (103) („Sasbach-Entscheidung“).

Daraus hat *Quecke*<sup>19</sup> gefolgert, dass eine gemeindliche Gleichstellungsbeauftragte darauf beschränkt ist, geschlechtsspezifischen Benachteiligungen im Zusammenhang mit der Aufgabenerfüllung der Gemeinde nachzugehen, sie aber nicht berechtigt ist, sich um etwaige Benachteiligungen von Frauen bei staatlichen Behörden oder privaten Betrieben zu kümmern.

Die Aufgabe, das Wohl der Einwohner zu fördern, begründet keine allgemeine Zuständigkeit der Gemeinde, gegen Maßnahmen anderer Verwaltungsträger vorzugehen, durch die Belange der Einwohner betroffen sein können.

Eine Klagebefugnis gegen solche Maßnahmen (atomrechtliche Genehmigung) steht ihr nur dann zu, wenn sie die Verletzung eigener Rechte (z. B. Planungshoheit) geltend macht.<sup>20</sup> Die Verletzung kann sie z. B. geltend machen, wenn sie sich gegen die Sperrung einer Gemeindeverbindungsstraße durch eine Nachbargemeinde wendet. Eine Erfolgsaussicht besteht in einem solchen Fall allerdings nur, wenn die geltend gemachte Beeinträchtigung erheblich ist.<sup>21</sup>

Die Förderung des Wohls der Einwohner obliegt der Gemeinde nur im Zuge der Wahrnehmung ihrer eigenen Aufgaben. Erfüllt sie Aufgaben auch für Nachbargemeinden, ist dem programmatischen Gebot des § 1 Abs. 2 nur dann Rechnung getragen, wenn sie dabei auch eigene Interessen wahrnimmt.<sup>22</sup>

In Zeiten knapper werdender Finanzmittel gewinnt die gemeinsame Erledigung von Aufgaben verschiedener Gemeinden, z. B. die Zusammenlegung von Einrichtungen, zunehmend an Bedeutung.<sup>23</sup>

Durch die Änderung der Gutachterausschussverordnung v. 26.9.2017<sup>24</sup> wurde innerhalb eines Landkreises benachbarten Gemeinden die Möglichkeit eingeräumt, die Aufgabe der Ermittlung von Grundstückswerten nach dem Gesetz über kommunale Zusammenarbeit auf einen Zweckverband oder durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung auf eine der beteiligten Gemeinden zu übertragen. Von dieser Möglichkeit wird in erheblichem Umfang Gebrauch gemacht.

Aus der Pflicht der Gemeinde, das Wohl der Einwohner zu fördern, ergibt sich kein dem einzelnen Einwohner oder Bürger zustehender Rechtsanspruch, dass die Gemeinde in diesem Sinne tätig wird.<sup>25</sup>

## 2. Förderung des Wohls der Einwohner in bürgerschaftlicher Selbstverwaltung

Die Förderung des gemeinsamen Wohls der Einwohner erfolgt in **bürgerschaftlicher Selbstverwaltung**.

4

Das heutige Verständnis kommunaler Selbstverwaltung geht zurück auf die Preußische Städteordnung v. 19.11.1808, in deren § 108 den Stadtverordneten das Recht zuerkannt wird, die Bürgergemeinde „in allen Angelegenheiten des Gemeinwesens der Stadt“ zu vertreten. Den Begriff Selbstverwaltung gebraucht die Preußische Städteordnung von 1808 nicht.

19 AaO (Fn. 15), Rdnr. 12.

20 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 19.1.1977 – X 1408/76, DVBl 1977, 345.

21 BVerwG, Urt. v. 29.6.1983 – 7 C 102/82, DVBl 1984, 88.

22 Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Rdnr. 43 zu § 1.

23 S. dazu die Übersicht in BWGZ 2005, 780.

24 GBl. S. 497.

25 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 5.7.1982 – 1 S 338/8, VBlBW 1983, 271.

In einem Verfassungstext erscheint das Wort „Selbstverwaltung“ zum ersten Mal in Art. 127 der Weimarer Reichsverfassung; definiert wurde der Begriff nicht, er wurde als bekannt vorausgesetzt.<sup>26</sup> Auch in Art. 28 Abs. 2 GG wurde keine Definition des Selbstverwaltungsbegriffs aufgenommen, der Rechtsbegriff der Selbstverwaltung wird vom Grundgesetz ebenfalls vorausgesetzt.<sup>27</sup> Art. 28 Abs. 2 GG enthält mit der in Satz 1 festgelegten Allzuständigkeit lediglich eine Umschreibung der Selbstverwaltung.<sup>28</sup> Püttner<sup>29</sup> kommentiert diesen Definitionsmangel dahin, dass trotzdem jeder glaube, bestimmt zu wissen, was Selbstverwaltung sei.

Art. 28 Abs. 2 GG enthält nach überwiegender Auffassung eine Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, jedoch nur bezogen auf die Einrichtung, eine institutionelle Garantie, d. h. die kommunale Selbstverwaltung als solche muss erhalten bleiben.<sup>30</sup> Der Bestand der einzelnen Gemeinde ist damit nicht garantiert.<sup>31</sup>

Neben dieser Einrichtungsgarantie gewährleistet Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG den Gemeinden einen grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassenden Aufgabenbereich (Garantie des Aufgabenbereichs) und die Befugnis zu eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte in diesem Bereich (Garantie der Eigenverantwortlichkeit).<sup>32</sup>

Die Einrichtungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG enthält keine Status-quo-Garantie des Aufgabenbestands. Nur ein Kernbereich von Aufgaben ist geschützt.<sup>33</sup> Die Gewährleistung des Art. 28 Abs. 2 GG gibt den Gemeinden auch kein Grundrecht als subjektiv-öffentliches Recht gegen den Staat.<sup>34</sup> Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG statuiert aber ein verfassungsrechtliches Aufgabenverteilungsprinzip hinsichtlich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zugunsten der Gemeinden.<sup>35</sup>

Das Recht auf Selbstverwaltung ist den Gemeinden auch durch Art. 71 der baden-württembergischen Landesverfassung garantiert. Die Länder sind an den Umfang der Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. 2 GG nicht gebunden.<sup>36</sup>

Das Land Baden-Württemberg hat von dieser Möglichkeit in mehrfacher Hinsicht Gebrauch gemacht. So bedürfen z. B. Entzug oder Übertragung von Aufgaben bei Gemeinden eines förmlichen Gesetzes (Art. 71 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 LV), dabei sind Bestimmungen über die Kosten und bei Mehrbelastungen Bestimmungen über einen finanziellen Ausgleich zu schaffen. Die Staatsaufsicht ist auf die Gesetzmäßigkeitsskontrolle beschränkt (Art. 75 Abs. 1 LV).

26 Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 19. Zur Geschichte der kommunalen Selbstverwaltung ausführlich: Gern, Kommunalrecht Baden-Württemberg, 9. Aufl. 2005, S. 31 ff.

27 Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, Rdnr. 38 zu Art. 28 Abs. 2 GG. Vgl. hierzu auch Pautsch in Haug (Hrsg.), HK-BWVerf, Art. 71 Rdnr. 19.

28 BVerfG, Beschl. v. 12.7.1960 – 2 BvR 373/60, 442/60, BVerfGE 11, 266 (275).

29 Gefährdungen der Kommunalen Selbstverwaltung, DÖV 1994, 552 (553).

30 Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, Rdnr. 40, 41 zu Art. 28 Abs. 2 GG. Vgl. hierzu auch Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht, 4. Auflage 2019, Rdnr. 69 m.w.N.

31 Staatsgerichtshof Baden-Württemberg, Urt. v. 14.2.1975 – GR 11/74, ESVGH 25, 1. Vgl. hierzu auch Engel/Heilhorn, Kommunalrecht Baden-Württemberg, 12. Auflage 2022, § 5 Rdnr. 13 f.

32 Vgl. hierzu Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Rdnr. 30 zu Art. 28 m.w.N. (143).

33 Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, Rdnr. 42 zu Art. 28 Abs. 2 GG.

34 Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, Rdnr. 16 zu Art. 28 Abs. 2 GG.

35 BVerfG, Beschluss v. 19.11.2014 – 2 BvL 2/13, NVwZ 2015/728 (730).

36 Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, Rdnr. 25 zu Art. 28 Abs. 2 GG.

Vor dem Erlass von Normen mit allgemeinem Inhalt, der die kommunale Selbstverwaltung berührt, sind die Gemeinden oder ihre Zusammenschlüsse zu hören (Art. 71 Abs. 4 LV). Nach § 50a Abs. 6 der Geschäftsordnung des Landtags von Baden-Württemberg beinhaltet dies das Recht der Kommunalen Landesverbände, bei Gesetzgebungs- vorhaben, die wesentliche Fragen der Finanzverteilung zwischen Land und Kommunen betreffen, an nichtöffentlichen Sitzungen der Landtagsausschüsse teilzunehmen und ihre Auffassung vorzutragen.

Gemeinden und Landkreise können nur durch förmliches Gesetz aufgelöst werden (Art. 74 LV).<sup>37</sup>

Die durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistete institutionelle Garantie der Kommunalen Selbstverwaltung steht unter Gesetzesvorbehalt, hierunter fällt auch europäisches Gemeinschaftsrecht, das in vielfältiger Weise in die kommunale Rechtssphäre eingreift.

Hierfür sind beispielhaft das Kommunalwahlrecht für Unionsbürger (§ 12), die Bau- leitplanung (Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie, Richtlinie über die Umweltverträglich- keitsprüfung), die Kommunale Daseinsvorsorge und die Kommunale Wirtschaftsför- derung (§§ 102 ff.) zu nennen.<sup>38</sup>

Diese Einzelbeispiele führen zu der Grundsatzfrage, ob das Recht der Kommunalen Selbstverwaltung in dem in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG garantierten Umfang vor grund- sätzlichen Veränderungen durch europäisches Recht geschützt ist.

Aus dem europäischen Recht unmittelbar ergibt sich ein solcher Schutzgedanke nicht, die kommunale Selbstverwaltungsgarantie i. S. des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG hat keinen Eingang in die Gemeinschaftsverträge gefunden.

Weder aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue (Art. 4 des Vertrages über die Euro- päische Union – EUV) noch aus dem Demokratiegrundsatz lässt sich unmittelbar aus dem Gemeinschaftsrecht die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ableiten. Dies gilt auch für das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 Abs. 3 EUV, das nur die Ebene der Europäi- schen Gemeinschaft und die Ebene der Mitgliedstaaten anspricht und keine Rege- lungen zugunsten der Kommunen enthält.<sup>39</sup>

Auch aus der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung (EKC) lässt sich kein europarechtlich verbindlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung ableiten, da die Charta selbst nicht zum Gemeinschaftsrecht gehört.<sup>40</sup>

Ein beliebiger Eingriff durch Gemeinschaftsrecht in das Kommunale Selbstverwal- tungsrecht i. S. des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ist allerdings durch Art. 23 Abs. 1 GG ausgeschlossen. Art. 23 Abs. 1 GG enthält neben der Integrationsöffnungsklausel eine **Struktursicherungsklausel**, nach der die Europäische Union auch den föderativen Grundsätzen verpflichtet ist und einen dem Grundgesetz im wesentlichen vergleichba- ren Grundrechtsschutz gewährleistet.

37 Vgl. im Einzelnen, *Braun*, Kommentar zur Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Rdnr. 3 zu Art. 71 und Pautsch in *Haug* (Hrsg.), aaO (Fn. 27), Art. 74 Rdnr. 20.

38 *Hobe/Biehl/Schröter*, Der Einfluss des Rechts der Europäischen Gemeinschaften/Europäischen Union auf die Struktur der kommunalen Selbstverwaltung, DÖV 2003, 803. Vgl. auch Pautsch in *Haug* (Hrsg.), aaO (FN 27) Art. 71 Rdnr. 73 und Engel/Heilshorn, aaO (Fn 31) § 4 Rdnr. 1 ff.

39 *Hobe/Biehl/Schröter*, aaO (Fn. 38), S. 805, 806; Pautsch in *Haug* (Hrsg.), aaO (Fn. 27), Art. 71 Rdnr. 74 und Engel/Heilshorn, aaO, (Fn. 31) § 4 Rdnr. 1.

40 *Knemeyer*, Die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung, DÖV 1988, 997 und Engel/Heilshorn, aaO (Fn. 31) § 4 Rdnr. 3.

In der gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat bestand Einigkeit, dass unter die Struktursicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 GG auch die Bestandsgarantie der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie der Bundesrepublik Deutschland fällt. Eine Aufnahme einer dahingehenden Aussage in den Text des Grundgesetzes unterblieb nur, weil man Rücksicht auf die unterschiedliche Verfassungslage in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft nehmen wollte.<sup>41</sup> In § 10 des „Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union“ v. 12.3.1993<sup>42</sup> hat dies aber einfachrechtlich seinen Niederschlag gefunden: „Bei Vorhaben der Europäischen Union ist das Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände zur Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu wahren und sind ihre Belange zu schützen.“

Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft, die in den Kernbereich der Kommunalen Selbstverwaltung derart eingreifen würden, dass den Kommunen kein eigenverantwortlich wahrnehmbarer Gestaltungsspielraum für die Organisation des örtlichen Zusammenlebens der Gemeindebürger verbliebe, wären ausgeschlossen.<sup>43</sup>

Dieser Schutz ergibt sich allerdings nicht aus dem in Art. 23 Abs. 1 GG ebenfalls einbezogenen Art. 79 Abs. 3 GG. Das Recht der Kommunalen Selbstverwaltung fällt nicht unter die „Ewigkeitsgarantie“ dieser Grundgesetzbestimmung.<sup>44</sup>

- 5 § 1 Abs. 2 charakterisiert die Selbstverwaltung als eine bürgerschaftliche, § 1 Abs. 3 verstärkt diese Charakterisierung noch dadurch, dass die Mitwirkung an der bürgerschaftlichen Verwaltung zum Recht und zur Pflicht der Bürger erklärt wird. Dies setzt die Bereitschaft der Bürger voraus, sich in eigener Initiative an der Entwicklung der örtlichen Belange zu beteiligen. Das Bundesverfassungsgericht hat es als „Leitbild des Art. 28 GG“ bezeichnet, dass die örtliche Gemeinschaft „ihr Schicksal selbst in die Hand nehmen und in eigener Verantwortung solidarisch gestalten“ solle.<sup>45</sup>

Die Gemeindeordnung setzt diesen Grundsatz der berechtigenden und verpflichtenden Einbeziehung der Bürger in die Verwaltung konsequent um.

Die Bürger sind grundsätzlich verpflichtet, ehrenamtliche Tätigkeiten anzunehmen (§ 15), eine Ablehnung ist generell nur aus wichtigem Grund möglich (§ 16), ein Ausschluss von ehrenamtlicher Tätigkeit im Einzelfall nur bei Vorliegen von Interessenkolisionen (§ 18).

Die Bürger können entweder aufgrund eigener Initiative (Bürgerbegehren) oder auf der Grundlage eines Gemeinderatsbeschlusses über alle Gemeindeangelegenheiten entscheiden (Bürgerentscheid), die in die Zuständigkeit des Gemeinderats fallen (§ 21). Sie können verlangen, dass der Gemeinderat eine bestimmte Angelegenheit behandelt (§ 20b), die Einwohner haben ein allgemeines Unterrichtungsrecht (§ 20), über wichtige Gemeindeangelegenheiten sollen sie auf Einwohnerversammlungen

41 Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, Rdnr. 96 zu Art. 23 GG.

42 BGBl. I S. 313.

43 Papier, Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht, DVBl 2003, 686 (692). A.A. Pautsch in Haug (Hrsg.) aaO (Fn. 27), Art. 71 Rdnr. 74 mit weiteren Nachweisen.

44 Papier, aaO (Fn. 43), S. 691.

45 BVerfG, Beschl. v. 12.7.1960 – 2 BvR 373/60, 442/60, BVerfGE 11, 266 (276).

informiert werden und zu allen Gemeindeangelegenheiten können die Bürger die Abhaltung einer Einwohnerversammlung beantragen (§ 20a).

### 3. Erfüllung von Pflichtaufgaben

Die Gemeinde ist verpflichtet, die durch Bund und Land übertragenen Aufgaben zu erfüllen (Pflichtaufgaben – § 2 Abs. 2). Dabei kann es sich um weisungsfreie oder weisungsgebundene Aufgaben handeln. Um Weisungsaufgaben handelt es sich nur, wenn dies gesetzlich bestimmt ist (§ 2 Abs. 3).

Hierunter fallen z. B. die Abwasserbeseitigung (§ 45b Abs. 1 Wassergesetz), Beleuchtungs-, Reinigungs-, Räum- und Streupflicht bei Straßen (§ 41 Abs. 1 Straßengesetz), Anlegung, Unterhaltung und Erweiterung von Friedhöfen (§ 1 Abs. 1 Bestattungsgesetz), Schulträgerschaft (§ 28 Schulgesetz), Aufstellung von Bauleitplänen (§ 2 Abs. 1 Baugesetzbuch), Baulastträgerschaft von Gemeinden über 80.000 Einwohner für Ortsdurchfahrten von Bundesstraßen (§ 5 Abs. 2 Bundesfernstraßengesetz).

6

## III. Die Gemeinde als Gebietskörperschaft

### 1. Definition und Merkmal der Gebietskörperschaft

7

Die Gemeinde ist Gebietskörperschaft (§ 1 Abs. 4). Das Bundesverfassungsgericht hat die Gebietskörperschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts definiert, bei denen sich die Mitgliedschaft aus dem Wohnsitz im Gebiet der Körperschaft ergibt und die mit Gebietshoheit ausgestattet sind. Jedermann, der sich in ihrem Gebiet aufhält, wird der Herrschaftsgewalt der Körperschaft unterworfen. Wesentlich ist mithin das unmittelbare Verhältnis, welches zwischen Personen, Fläche und hoheitlicher Gewalt besteht.<sup>46</sup>

Merkmal der Gebietskörperschaft ist die Allseitigkeit ihres Wirkungskreises,<sup>47</sup> die in Art. 71 Abs. 2 Satz 1 der Landesverfassung festgelegt ist. Danach sind die Gemeinden als öffentlich-rechtliche Körperschaft in ihrem Gebiet Träger der öffentlichen Aufgaben. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürfen eines förmlichen Gesetzes. Für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft besteht die **verfassungsrechtliche Vermutung** der Zuständigkeit der Gemeinde.<sup>48</sup>

### 2. Rechte und Pflichten der Gemeinde

8

Als juristische Personen des öffentlichen Rechts haben die Gemeinden im Rechtsverkehr die Rechte und Pflichten wie juristische Personen des Privatrechts: Sie sind rechtsfähig, geschäftsfähig, partei- und prozessfähig und im privatrechtlichen Sinn auch deliktfähig. Ihnen stehen z. B. das Namensrecht (§ 5)<sup>49</sup> und Vermögensrechte zu, darüber hinaus haben sie die Dienstherrnfähigkeit.

Diese eigenständige Rechtspersonalität unterscheidet sie von rechtlich unselbstständigen staatlichen Behörden.

46 BVerfG, Urt. v. 24.7.1979 – 2 BvK 1/78, BVerfGE 52, 95 (117, 118).

47 Gönnenwein, aaO (Fn. 26), S. 46.

48 Braun, aaO (Fn. 37), Rdnr. 31 zu Art. 71 und Pautsch in Haug (Hrsg.), aaO, Art. 71 Rdnr. 29 f. jeweils mit weiteren Nachweisen.

49 S. dazu BVerfG, Urt. v. 8.2.1974 – VII C 16.71, BVerfGE 44, 351.

### 3. Grundrechtsfähigkeit der Gemeinde

8.1 Umstritten ist die Grundrechtsfähigkeit der Gemeinde. Das Bundesverfassungsgericht hat die Grundrechtsfähigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts verneint, soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen.

Das Bundesverfassungsgericht geht dabei von dem Gedanken aus, dass die Grundrechte die Freiheitssphäre des Einzelnen vor Eingriffen der staatlichen Gewalt schützen sollen. Damit sei es unvereinbar, dass der Staat selbst zum Teilhaber oder Nutznießer der Grundrechte werde; er könne nicht gleichzeitig Adressat und Berechtigter der Grundrechte sein.<sup>50</sup>

Dies gilt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auch dann, wenn eine Gemeinde eine Aufgabe durch eine privatrechtliche Gesellschaft erfüllt (im entschiedenen Fall eine Stadtwerke-AG), deren alleiniger Aktionär sie ist. Die Grundrechtsfähigkeit der öffentlichen Hand könne nicht von der Organisationsform abhängig sein, in der eine öffentliche Aufgabe wahrgenommen werde.<sup>51</sup>

Mit Entscheidung v. 8.7.1982<sup>52</sup> hat das Bundesverfassungsgericht diese Rechtsauffassung auch auf die Privatrechtsposition von Gemeinden ausgedehnt. Eine Gemeinde könne gegen die Inanspruchnahme von Grundstücken nicht den Schutz des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 in Anspruch nehmen. Die Nutzung von Vermögen einer Gemeinde sei nur mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zulässig und deshalb nicht mit der Situation vergleichbar, in der sich Private bei Eingriffen in ihr Vermögen befänden. Diese Grundsätze hat das Bundesverfassungsgericht auch auf öffentlich-rechtliche Sparkassen angewandt und deren Grundrechtsfähigkeit verneint.<sup>53</sup>

Der Bundesgerichtshof hat diese Rechtsprechung übernommen und einer Gemeinde eine Entschädigung nach Art. 14 GG versagt, in deren Grundeigentum im Zuge einer Straßenbaumaßnahme eingegriffen wurde.<sup>54</sup>

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat für die bayerische Verfassung die Grundrechtsfähigkeit anerkannt.<sup>55</sup> Für die baden-württembergische Landesverfassung stimmt *Braun* der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu.<sup>56</sup>

In der Literatur ist die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts teilweise auf Kritik gestoßen, soweit es das Eigentumsgrundrecht angeht. Hier befindet sich auch die Gemeinde in einer allgemeinen Gewaltunterworfenheit, also einer grundrechtstypischen Gefährdungslage.<sup>57</sup>

50 BVerfG, Beschl. v. 2.5.1967 – 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, 362 (369, 370). Vgl. hierzu u.a. auch Jarass in Jarass/Pierothe Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 17. Auflage 2022, Art. 19 Rdnr. 30 und Dietlein in Dietlein/Pautsch BeckOK KommunalR BW, 2020, SystVorbKommRDe Rdnr. 164 jeweils mit weiteren Nachweisen.

51 BVerfG, Beschl. v. 7.6.1977 – 1 BvR 108, 424/73, 226/74, BVerfGE 45, 63 (79, 80). Vgl. hierzu u.a. auch Jarass in Jarass/Pierothe aaO, Art. 19 Rdnr. 31 f. mit weiteren Nachweisen.

52 BVerfG, Beschl. v. 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82 (108).

53 BVerfG, Beschl. v. 14.4.1987 – 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192 (197).

54 BGH, Urt. v. 31.10.1974 – III ZR 45/72, NJW 1975, 158.

55 Entsch. v. 13.7.1976 – Vf. 2-VII-74, BayVBl. 1976, 622. Vgl. auch Dietlein in Dietlein/Pautsch aaO, SystVorbKommRDe Rdnr. 164.2. mit weiteren Nachweisen.

56 AAo (Fn. 37), Rdnr. 7 zu Art. 71. So wohl auch Pautsch in Haug (Hrsg.) (Fn. 27), aaO Art. 76 Rdnr. 1 mit weiteren Nachweisen und derselbe in Ade/Pautsch/Weber, aaO (Fn. 12), § 1 Rdnr. 31.

57 Mögèle, Grundrechtlicher Eigentumsschutz für Gemeinden, NJW 1983, 805 mit weiteren Nachweisen.

Unstreitig ist, dass sich die Gemeinden wie alle Träger öffentlicher Gewalt auf die formellen Grundrechte (Art. 19 Abs. 4, Art. 101 Abs. 1, Art. 103 Abs. 1 GG) berufen können.<sup>58</sup>

Juristische Personen des öffentlichen Rechts können allerdings dann grundrechtsfähig sein, wenn sie öffentliche Aufgaben erfüllen, die unmittelbar dem durch die Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet sind, wie z. B. Universitäten hinsichtlich Art. 5 Abs. 3 GG. Dabei handelt es sich um juristische Personen des öffentlichen Rechts, die Bürgern (auch) bei der Verwirklichung ihrer individuellen Grundrechte dienen und die als eigenständige, vom Staat unabhängige oder jedenfalls distanzierte Einrichtungen bestehen. Ihre Tätigkeit betrifft insoweit nicht den Vollzug gesetzlich zugewiesener Aufgaben, sondern die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten.<sup>59</sup>

#### 4. Geschäftsfähigkeit der Gemeinde

Die Gemeinden sind **geschäftsfähig**, sie können öffentlich-rechtlich tätig werden und wie jedes Rechtssubjekt am allgemeinen Privatrechtsverkehr teilnehmen.

Sie können in Ausübung öffentlich-rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten Verwaltungsakte oder Satzungen erlassen oder öffentlich-rechtliche Verträge schließen.

Sie können sich bei der Erfüllung ihrer Aufgaben auch der Gestaltungsmöglichkeiten des Privatrechts (Verwaltungsprivatrecht) bedienen, z. B. bei der Regelung des Zugangs zu öffentlichen Einrichtungen (§ 10) oder der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge (Wasserversorgung). Ausschließlich fiskalisch handeln sie z. B. bei Grundstückskäufen oder -verkäufen, als Vermieter oder Verpächter gemeindeeigener Räumlichkeiten.

Die Gemeinden nehmen **mittelbar** am Rechtsverkehr teil als Eigentümer oder Träger von Unternehmen oder als Inhaber von Beteiligungen an Unternehmen (s. dazu §§ 102 ff.).

Die Gemeinde ist als juristische Person des öffentlichen Rechts an Verwaltungsverfahren **beteiligungsfähig** (§ 11 Nr. 1 LVwVfG). Sie ist jedoch nicht handlungsfähig, sie handelt durch ihre Organe, den Gemeinderat und den Bürgermeister (§ 23). Dabei ist zu unterscheiden zwischen der internen Willensbildung und der Abgabe von rechtlich verbindlichen Erklärungen nach außen.

Die interne Willensbildung erfolgt durch den Gemeinderat, die Vertretung nach außen durch den Bürgermeister (s. Rdnr. 1 zu § 24).

Die Abgabe von Willenserklärungen bei der Teilnahme am Rechtsverkehr ist Aufgabe des Bürgermeisters (§ 42 Abs. 1), seiner Stellvertreter (§§ 48, 49) oder der von ihm Bevollmächtigten (§ 53).

Bei der Begründung von Kreditverpflichtungen (§ 87 Abs. 4) oder kreditähnlichen Rechtsgeschäften (§ 87 Abs. 5), der Übernahme von Bürgschaften, Verpflichtungen aus Gewährverträgen (§ 88 Abs. 2) oder Rechtsgeschäften, die wirtschaftlich solchen Verpflichtungen gleichkommen (§ 88 Abs. 3), bedarf die Gemeinde der Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde, wenn diese Rechtsgeschäfte nicht zu den Geschäft-

9

58 BVerfG, Beschl. v. 7.6.1977 – 1 BvR 108, 424/73, 226/74, BVerfGE 45, 63. Vgl. hierzu u.a. auch Jarass in Jarass/Pieroth, aaO (Fn. 50) Art. 19 Rdnr. 33 ff. mit weiteren Nachweisen.

59 BVerfG, Beschl. v. 9.1.2007 – 1 BvR 1949/05, NVwZ 2007, 1420. Vgl. hierzu u.a. Jarass in Jarass/Pieroth aaO (Fn. 50), Art. 5 Rdnr. 140 f und Art. 19 Rdnr. 34.

ten der laufenden Verwaltung zählen. Wird sie nicht erteilt, ist das Rechtsgeschäft unwirksam.

Die **Form** der Erklärungen der Gemeinden im Rechtsverkehr richtet sich entweder nach Verwaltungsverfahrensrecht (z. B. § 57 LVwVfG; Schriftform für öffentlich-rechtliche Verträge) oder nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Eine Spezialvorschrift für den Bereich des Gemeinderechts stellt § 54 dar, der für Rechtsgeschäfte, durch die eine Gemeinde verpflichtet werden soll, die Schriftform oder bei der Wahl der elektronischen Form die Verwendung einer dauerhaft überprüfbaren Signatur vorschreibt.

## 5. Parteifähigkeit der Gemeinde

- 10 Die Gemeinden sind parteifähig (§ 50 Abs. 1 ZPO), beteiligungsfähig (§ 61 Nr. 1 VwGO) und prozessfähig (§ 51 Abs. 1 ZPO, § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO), sie können vor Zivil- und Verwaltungsgerichten klagen und verklagt werden.

Fraktionen sind rechtlich unselbständige Teile des Gemeinderats. Sie sind daher nicht beteiligungsfähig (§ 61 Nr. 2 VwGO) in einem Normenkontrollverfahren gegen eine kommunale Baumschutzsatzung.<sup>60</sup>

Die gesetzliche Vertretung durch den Bürgermeister gilt auch bei Rechtstreitigkeiten. Sie ist allerdings durch die prozessrechtlichen Vorschriften eingeschränkt. In Zivilprozessen ist bei den Landgerichten und Oberlandesgerichten die Vertretung durch einen Anwalt vorgeschrieben (§ 78 Abs. 1 ZPO), bei verwaltungsgerichtlichen Auseinandersetzungen gilt dies für die Oberverwaltungsgerichte und das Bundesverwaltungsgericht. Gemeinden haben allerdings auch die Möglichkeit, sich durch einen Mitarbeiter mit Befähigung zum Richteramt der Rechtsaufsichtsbehörde oder des jeweiligen Kommunalen Spitzenverbandes des Landes, dem sie als Mitglied zugehören, vertreten zu lassen (§ 67 Abs. 1 Satz 3 VwGO).

## 6. Kommunalverfassungsstreitverfahren

- 11 In den Verfahrensrechten sind Innenrechtsstreitigkeiten nicht vorgesehen, gleichwohl hat die Zahl der Auseinandersetzungen zwischen und innerhalb von Gemeindeorganen erheblich zugenommen. Die **Kommunalverfassungsstreitverfahren** sind mittlerweile fester Bestandteil der kommunalen Landschaft, die Fronten der jeweiligen Auseinandersetzungen verlaufen z.T. zwischen den Gemeindeorganen z.T. innerhalb der Gemeindeorgane. Es geht bei den Rechtstreitigkeiten um die Durchsetzung von Positionen des Gemeinderats gegen den Bürgermeister, um die Rechte von Fraktionen, von einzelnen Mitgliedern des Gemeinderats gegen das Gesamtremium, von Minderheiten gegen die Mehrheit des Gemeinderats.

Die Entwicklung einer umfangreichen Judikatur war begleitet von Zweifeln, ob es der richtige Weg sei, interne Organkompetenzen wie subjektiv-öffentliche Rechte zu behandeln,<sup>61</sup> und von Forderungen, die rechtliche Behandlung dürfe nicht allein der

---

60 OVG Lüneburg, Beschl. v. 20.2.2019 – 4 KN 251/16, NVwZ-RR 2019, 570.

61 Papier, Die verwaltungsgerichtliche Organklage, DÖV 1980, 292.

richterlichen Rechtsfortbildung überlassen, sondern müsse zu einem Anliegen des Gesetzgebers gemacht werden.<sup>62</sup>

Der Gesetzgeber hat sich dieser Aufgabe nicht angenommen. Die Abgrenzung und Qualität der innerorganisatorischen Rechtspositionen sind der Bestimmung durch die Rechtsprechung überlassen.

Die Rechtsprechung hat durchgängig die Parteifähigkeit (Beteiligungsfähigkeit) nach § 61 VwGO von Gemeindeorganen, Organteilen oder Organvertretern kommunaler Gebietskörperschaften anerkannt, wenn sie die Verletzung organschaftlicher Rechte im Klageweg geltend machen.<sup>63</sup>

Als Klageart kommen die allgemeine Leistungsklage und die Feststellungsklage in Betracht. Die Anfechtungs- und die Verpflichtungsklage scheiden aus, da sie Außenrechtwirkung voraussetzen, die bei inner- oder intraorganisatorischen Streitigkeiten nicht vorliegen. Ein verwaltungsrechtliches Vorverfahren nach den §§ 68 ff. VwGO scheidet deshalb aus. Das OVG Münster hat seine zunächst vertretene Auffassung, es handle sich um eine besondere Klageart,<sup>64</sup> inzwischen aufgegeben.<sup>65</sup>

Erforderlich ist in entsprechender Anwendung von § 42 Abs. 2 VwGO die **Klagebefugnis**<sup>66</sup>, es muss also geltend gemacht werden, dass ein organschaftliches Recht verletzt ist, das gerade dem klagenden Organ oder Organteil als subjektives Recht eingeräumt ist.<sup>67</sup>

Bei der Feststellungsklage muss entsprechend § 43 Abs. 1 VwGO ein besonderes Feststellungsinteresse vorliegen.<sup>68</sup> Da zu erwarten ist, dass die unterliegende Partei als Teil der öffentlichen Verwaltung einem Feststellungsurteil Folge leisten wird, ist die Feststellungsklage im Kommunalverfassungsrechtsstreit nicht nur subsidiär (entsprechend § 43 Abs. 2 VwGO) zulässig.

Die Klage ist gegen denjenigen zu richten, der für die Beachtung der jeweiligen innerorganisatorischen Rechtsposition verantwortlich ist (z. B. der Kreistag bei der Klage gegen die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Kreistags<sup>69</sup>, der Bürgermeister bei der Klage wegen fehlender Sitzungsunterlagen<sup>70</sup>).

Die Zulässigkeit eines Kommunalverfassungsstreitverfahrens ist bei Auseinandersetzungen um folgende Rechtspositionen anerkannt:

- Verweigerung der Worterteilung bei einer Kreistagssitzung<sup>71</sup>
- Redezeitbeschränkung für ein fraktionsloses Mitglied des Gemeinderates<sup>72</sup>

62 Hoppe, Die Regelung der verwaltungsrechtlichen Organstreitigkeiten – eine Aufgabe des Gesetzgebers, NJW 1980, 1017.

63 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 29.5.1984 – 1 S 252/84, NVwZ 1984, 664.

64 Beschl. v. 8.3.1973 – III B 44/73, DVBl 1973, 646.

65 Urt. v. 22.8.1978 – XV A 788/76, NJW 1979, 1726 – Einen umfassenden Überblick gibt Ehlers, Die Klagearten und besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen im Kommunalverfassungsstreitverfahren, NVwZ 1990, 105.

66 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 18.1.1988 – 1 S 1036/87, VBlBW 1988, 407, und Urt. v. 25.3.1999 – 1 S 2059/98, VBlBW 1999, 304.

67 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 12.2.1990 – 1 S 588/89, NVwZ-RR 1990, 369; – S. dazu auch Katz, Kommunalverfassungsrechtliches Organstreitverfahren, VBlBW 2019, 97/101.

68 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 25.5.1976 – I 485/75, BWVPr 1977, 181 – so auch Katz, aaO.

69 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 25.5.1976 – I 485/75, BWVPr 1977, 181.

70 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 25.3.1999 – 1 S 2059/98, VBlBW 1999, 304.

71 HessVGH, Urt. v. 7.6.1977 – II OE 95/75, DVBl 1978, 821.

72 VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 4.11.1993 – 1 S 953/9, VBlBW 1994, 99.

- Recht eines Kreisverordneten auf ordnungsmäßige Zusammensetzung des Kreistags<sup>73</sup>
- Recht eines Gemeinderatsmitgliedes auf ordnungsgemäße Einberufung der Sitzung<sup>74</sup>
- Recht auf Akteneinsicht und Information (§ 24 Abs. 3 und 4)<sup>75</sup>
- Recht des Gemeinderats auf Einhaltung der Begrenzungen beim Eilentscheidungsrecht<sup>76</sup>
- Recht eines Viertels der Gemeinderäte, einen Punkt in die Tagesordnung aufzunehmen.<sup>77</sup>  
Verneint wird die Zulässigkeit eines Kommunalverfassungstreitverfahrens in folgenden Fällen:
  - Kein Recht eines einzelnen Gemeinderatsmitgliedes auf fehlerfreie Ermessensentscheidung des Bürgermeisters bei der Aufnahme eines Punktes in die Tagesordnung.<sup>78</sup>
  - Kein Recht eines fraktionslosen Gemeinderates auf Gestaltung der Redezeit für Fraktionen.<sup>79</sup>
  - Kein Recht eines einzelnen Gemeinderatsmitgliedes, dass ihm sämtliche Bestandteile und Anlagen der Jahresrechnung übermittelt werden.<sup>80</sup>
  - Kein Recht eines einzelnen Gemeinderatsmitgliedes die Handhabung des Eilentscheidungsrechts durch den Bürgermeister zu rügen.<sup>81</sup>
  - Kein Recht eines einzelnen Gemeinderatsmitgliedes auf Einhaltung des Öffentlichkeitsgrundsatzes für Sitzungen,<sup>82</sup>
  - Die Auseinandersetzung um den Vorwurf der Verschwiegenheitspflichtverletzung ist kein Streit über Bestand und Reichweite zwischenorganschaftlicher Rechte und Pflichten.<sup>83</sup>

## 7. Haftung der Gemeinde

- 12 Die Gemeinde haftet wie jeder andere öffentliche Aufgabenträger; im Einzelnen richtet sich die Haftung danach, in welchem Rechtsbereich die Gemeinde tätig wird.

73 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 25.5.1976 – I 485/75, BWVPr 1977, 181.

74 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 14.12.1987 – I S 2832/86, DÖV 1988, 469; und Urt. v. 12.2.1990 – I S 588/89, VBlBW 1990, 457.

75 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 6.6.1988 – I S 2460/87, NVwZ-RR 1989, 91.

76 VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 1.9.1992 – I S 506/92, VBlBW 1993, 179.

77 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 29.5.1984 – I S 252/84, NVwZ 1984, 664.

78 AaO (Fn. 65).

79 VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 4.11.1993 – I S 953/93, VBlBW 1994, 99.

80 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 14.12.1987 – I S 2832/86, DÖV 1988, 469.

81 VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 1.9.1992 – I S 506/92, VBlBW 1993, 179.

82 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 24.2.1992 – I S 2242/91, VBlBW 1992, 375; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 2.8.2017 – I S 542/17, VBlBW 2018, 71 (74) – a.A; VGH Kassel, Beschl. v. 14.6.2023 – I B 346/19, NVwZ-RR 2019, 875.

83 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 2.8.2017, I S 542/17, VBlBW 2018, 71 (Fn. 82).

**a) Privatrechtliche Tätigkeit**

Hierunter fällt die gesamte fiskalische Tätigkeit (z. B. Grundstücksgeschäfte) und die erwerbswirtschaftliche Betätigung. Bei öffentlichen Einrichtungen hat die Gemeinde die Wahl, wie sie die Organisation und das Benutzungsverhältnis ausgestaltet.

12.1

Bei Verträgen haftet die Gemeinde für das Verschulden ihrer Organe (Gemeinderat, Bürgermeister, Stellvertreter, Mitarbeiter, deren sie sich zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen bedient) nach den §§ 278, 276 BGB für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Die Haftung kann vertraglich abweichend geregelt werden. Bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen schränkt § 309 BGB die Begrenzung der Haftung allerdings ein.

Außerhalb von Vertragsverhältnissen richtet sich die Haftung der Gemeinde für ihre Organe nach den §§ 31, 89 BGB, bei hoheitlichem Handeln gilt § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG.

Dabei ist der Begriff des verfassungsmäßig berufenen Vertreters weit auszulegen.<sup>84</sup> Die Gemeinde ist verpflichtet, den jeweiligen Bereich so zu organisieren, dass für alle wichtigen Aufgabengebiete ein verfassungsmäßiger Vertreter zuständig ist, der die wesentlichen Entscheidungen selbst trifft. Entspricht die Organisation der Gemeinde nicht diesen Voraussetzungen, muss sie sich so behandeln lassen, als ob der eingesetzte Mitarbeiter der verfassungsmäßige Vertreter ist.<sup>85</sup>

Dabei muss sich die Gemeinde allerdings nicht jedes Wissen eines Mitarbeiters zurechnen lassen. Die Zurechenbarkeit richtet sich nach § 166 BGB. Hat der verfassungsmäßig bestellte Vertreter für Grundstücksangelegenheiten keine Kenntnis von einem verborgenen Mangel, wohl aber ein Sachbearbeiter im Bauaufsichtsamt, braucht sich die Gemeinde dieses Wissen nicht zurechnen lassen.<sup>86</sup>

Handelt allerdings der verfassungsmäßige Vertreter formal im Rahmen seiner Organstellung, muss sich die Gemeinde ein Fehlverhalten zurechnen lassen. Die §§ 31, 89 BGB verfolgen nämlich auch den Zweck, den Rechtsverkehr vor den Risiken, die aus einer Organbestellung erwachsen können, zu schützen. Nach diesen Grundsätzen hat eine Gemeinde für die Folgen des betrügerischen Verhaltens eines Bürgermeisters bei Kreditgeschäften, wenn die Aufnahme von Krediten zu seinem Aufgabenbereich gehört.<sup>87</sup>

Der in § 831 BGB vorgesehene Entlastungsbeweis ist in solchen Fällen ausgeschlossen. Die Haftung der Gemeinde tritt in diesen Fällen nach § 831 BGB nicht ein, wenn das Handeln des Vertreters in keinem inneren Zusammenhang mit der übertragenen Aufgabe steht.<sup>88</sup>

12.2

**b) Hoheitliche Tätigkeit**

Die hoheitliche Tätigkeit unterscheidet sich von anderen gemeindlichen Betätigungen dadurch, dass sie auf die unmittelbare Erfüllung öffentlicher Aufgaben abzielt, im Interesse der Allgemeinheit liegt und nicht den allgemeinen wirtschaftlichen Interes-

<sup>84</sup> Grüneberg/Ellenberger, Bürgerliches Gesetzbuch, Rdnr. 4 zu § 89.

<sup>85</sup> Grüneberg/Ellenberger, aaO (Fn. 84), Rdnr. 7 zu § 31.

<sup>86</sup> BGH, Urt. v. 24.1.1992 – V ZR 262/90, DÖV 1992, 498.

<sup>87</sup> BGH, Urt. v. 20.2.1979 – VI ZR 256/77, NJW 1980, 115.

<sup>88</sup> Vgl. die Beispiele bei Grüneberg/Sprau, aaO (Fn. 84), Rdnr. 9 zu § 831.

sen der Gemeinde dient. Hierzu werden öffentlich-rechtliche Instrumente verwendet, nicht die privatrechtlichen Rechtsformen.<sup>89</sup>

Zwischen der Gemeinde und dem einzelnen Anschlussnehmer einer gemeindlichen Abwasserkanalisation kann ein öffentlich-rechtliches gesetzliches Schuldverhältnis bestehen, aus dem die Gemeinde eine Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) trifft. In den Schutzbereich eines solchen Schuldverhältnisses ist auch der Mieter des angeschlossenen Grundstücks oder einzelner Räume einbezogen.<sup>90</sup>

Hierunter fällt nicht nur die Eingriffsverwaltung, sondern auch der Leistungsbereich (schlichte Hoheitsverwaltung).<sup>91</sup>

Die Haftung aus § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG trifft die Gemeinde, in deren Diensten der Beamte steht. Beamter ist dabei im funktionellen Sinne zu verstehen, er gilt für alle Beschäftigten auch für solche, die nach § 1 Abs. 2 TVöD von der Anwendung des Tarifvertrages ausgeschlossen sind. Er gilt auch für Mitarbeiter, die ausschließlich Weisungsaufgaben erfüllen.<sup>92</sup>

Die Amtspflicht muss dem Beamten gerade gegenüber dem Dritten obliegen.<sup>93</sup>

Der BGH hat diese Drittbezogenheit auch für die Mitglieder eines Gemeinderates bei der Entscheidung über die Erteilung des Einvernehmens nach § 36 BauGB gegenüber dem Antragsteller bejaht.<sup>94</sup> Er hat gefordert, dass die Mitglieder eines Gemeinderates sich umfassend über die Voraussetzungen der zu treffenden Entscheidung informieren.<sup>95</sup>

Bei Erteilung einer Auskunft besteht gegenüber dem Adressaten eine Amtspflicht, dass die Auskunft richtig, klar, unmissverständlich und vollständig ist.<sup>96</sup>

### c) Gefährdungshaftung

12.3 Die Gemeinde haftet für den Betrieb ihrer Fahrzeuge wie jeder private Fahrzeughalter nach § 7 StVG.

Als Betreiber von Kanalisationen trifft die Gemeinden auch die Gefährdungshaftung nach § 22 WHG.

Nach dem Haftpflichtgesetz in der Fassung v. 4.1.1978<sup>97</sup> können Ansprüche gegen den Betreiber einer Schienenbahn oder einer Schwebebahn entstehen, wenn ein Mensch getötet, körperlich oder in seiner Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt wird (§ 1). Gleiches gilt, wenn ein solcher Schaden durch die Wirkungen von Elektrizität, Gasen, Dämpfen oder Flüssigkeiten entsteht, die von Stromleitungs- oder Rohrleitungsanlagen zur Abgabe dieser Energien oder Stoffen ausgehen (§ 2).

89 BGH, Urt. v. 16.3.2000 – III ZR 179/99, NJW 2000, 2810.

90 BGH, Urt. v. 14.12.2006 – III ZR 303/05, DÖV 2007, 702.

91 BGH, Urt. v. 25.3.1969 – VI ZR 252/67, NJW 1962, 796.

92 BGH, Urt. v. 14.11.1978 – VI ZR 133/77, NJW 1979, 864.

93 Grüneberg/Sprau, aaO (Fn. 80), Rdnr. 43 zu § 839.

94 Ausführlich: Desens, Zurechnung amtschaftungsrechtlicher Verantwortung bei mehreren Hoheitsträgern, DÖV 2009, 197.

95 BGH, Urt. v. 19.6.1984 – III ZR 68/83, NVwZ 1986, 504.

96 BGH, Urt. v. 3.5.2001 – III ZR 191/00, NVwZ 2002, 373, bezogen auf die unrichtigen Auskünfte eines Bürgermeisters bei einem Grundstücksverkauf.

97 BGBL I S. 145.

Der BGH hat die Haftung einer Gemeinde für den Fall verneint, dass eine Kanalisation nicht so dimensioniert war, dass sie die Wassermengen eines Katastrophenregens vollständig aufnehmen konnte.<sup>98</sup>

Er hat die Haftung einer Gemeinde auch für den Fall verneint, dass es bei einem Katastrophenregen zum Überlauf eines Regenrückhaltebeckens gekommen ist und die Gemeinde alle technisch möglichen und wirtschaftlich zumutbaren Aufwendungen erbracht hatte und sich der Schaden auch trotz solcher Maßnahmen ereignet hätte.<sup>99</sup> Gefährdungshaftungstatbestände, die für Gemeinden relevant werden können, enthalten auch das Produkthaftungsgesetz v. 15.12.1989<sup>100</sup> für Elektrizität, Gas Fernwärme und Wasser sowie das Umwelthaftungsgesetz v. 18.12.1990<sup>101</sup>, das die Inhaber von Anlagen betrifft, von denen Umwelteinwirkungen ausgehen. Darunter fallen nach dem Anhang zu § 1 auch Abwasseranlagen und Verkehrsanlagen.<sup>102</sup>

## § 2 Wirkungskreis

**(1) Die Gemeinden verwalten in ihrem Gebiet alle öffentlichen Aufgaben allein und unter eigener Verantwortung, soweit die Gesetze nichts anderes bestimmen.**

**(2) <sup>1</sup>Die Gemeinden können durch Gesetz zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben verpflichtet werden (Pflichtaufgaben). <sup>2</sup>Werden neue Pflichtaufgaben auferlegt, sind dabei Bestimmungen über die Deckung der Kosten zu treffen. <sup>3</sup>Führen diese Aufgaben zu einer Mehrbelastung der Gemeinden, ist ein entsprechender finanzieller Ausgleich zu schaffen.**

**(3) Pflichtaufgaben können den Gemeinden zur Erfüllung nach Weisung auferlegt werden (Weisungsaufgaben); das Gesetz bestimmt den Umfang des Weisungsrechts.**

**(4) <sup>1</sup>In die Rechte der Gemeinden kann nur durch Gesetz eingegriffen werden. <sup>2</sup>Verordnungen zur Durchführung solcher Gesetze bedürfen, sofern sie nicht von der Landesregierung oder dem Innenministerium erlassen werden, der Zustimmung des Innenministeriums.**

VwV GemO

Zu § 2

<sup>1</sup>Die Vorschrift des § 2 enthält den Grundsatz der Allzuständigkeit der Gemeinde und der Einheit der Verwaltung auf der Gemeindeebene. <sup>2</sup>Soweit die Gemeinden nicht gesetzlich zur Erfüllung bestimmter Aufgaben verpflichtet sind, ist es ihnen im Rahmen ihres Wirkungskreises überlassen, welche Einrichtungen sie zur Förderung des gemeinsamen Wohls ihrer Einwohner schaffen und welche Vorkeh-

98 BGH, Urt. v. 26.4.2001 – III ZR 102/00, DÖV 2001, 867.

99 BGH, Urt. v. 19.1.2006 – III ZR 121/05, DVBl 2006, 766.

100 BGBl. I S. 2198.

101 BGBl. I S. 2634.

102 Zur öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung ausführlich: Kment, Die öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung des Staates als Anlagenbetreiber, NVwZ 2015, 927.