

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1261

Verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben der Gemeinden

Von

Bettina Stepanek



Duncker & Humblot · Berlin

BETTINA STEPANEK

Verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben
der Gemeinden

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1261

Verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben der Gemeinden

Von

Bettina Stepanek



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Julius-Maximilians-Universität Würzburg
hat diese Arbeit im Jahre 2013
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-14247-7 (Print)
ISBN 978-3-428-54247-5 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84247-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg im Sommersemester 2013 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis August 2013 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt zuvörderst meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Joachim Suerbaum, der nicht nur als Betreuer der Arbeit jederzeit ein offenes Ohr hatte, sondern mich bereits seit meiner Studienzeit und als Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl stetig gefördert hat.

Herrn Professor Dr. Ralf-Peter Schenke danke ich ganz herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Zudem sei denjenigen Kollegen und Freunden gedankt, die mich während der Erstellung der Arbeit begleitet, ermutigt und mit Rat und Tat unterstützt haben. Dazu zählen insbesondere Herr Bernd Flurschütz, Herr Dominik Lück, Frau Luisa Ruppert und Herr Tobias Barth.

Mein besonderer persönlicher Dank gilt meinem Freund Alexander sowie meiner Familie und dabei an allererster Stelle meinen Eltern, ohne die die Erstellung der Arbeit nicht möglich gewesen wäre. Sie haben mich während meiner gesamten Ausbildung in jeglicher Hinsicht bedingungslos unterstützt und waren immer der Rückhalt, der mir Kraft gegeben hat. Ihnen sei diese Arbeit deshalb auch gewidmet.

Würzburg, Oktober 2013

Bettina Stepanek

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung	15
§ 2 Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes	27
A. Begriffsdefinition	27
I. Grundsätzliches	27
II. Relevanzbereiche der zu untersuchenden Fragestellung	30
1. Privatisierung kommunaler Aufgaben	30
a) Irrelevanz für die formelle Privatisierung	31
b) Hauptanwendungsfall: materielle Privatisierung	33
c) Funktionelle Privatisierung als Grenze des Relevanzbereichs verfassungsunmittelbarer Pflichtaufgaben	35
2. Pflicht zur Schaffung einer Einrichtung oder Neuaufnahme einer Aufgabe	36
3. Modifikationen bei der Preisgabe von Aufgabenverantwortung an andere Verwaltungsträger	37
a) Kommunale Kooperation	37
aa) Abstimmung und gemeinsame Erledigung von Aufgaben	38
bb) Echte Delegation an andere kommunale Körperschaften	41
b) Übertragung von Aufgaben auf die unmittelbare Staatsverwaltung	43
B. Eingrenzung der Untersuchung	44
I. Abweichende Situation der Gemeindeverbände	44
II. Beschränkung auf Flächenbundesländer	47
C. Gang der Darstellung	47
§ 3 Verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung und gemeindlicher Aufgabenbereich	49
A. Die Konzeption der kommunalen Selbstverwaltung nach dem Grundgesetz	50
I. Entwicklung der Institution der kommunalen Selbstverwaltung ...	50
II. Grundsätzliches zur Rechtsstellung der Gemeinden	53
1. Die Gemeinden als Teil der Staatsgewalt	53
a) Institutionelle Garantie	54
b) Bindung an die Grundrechte und weitere Verfassungsprinzipien	56
2. Die Gemeinden als autonome Verwaltungseinheiten	56

III. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung eines eigenen Aufgabenbereichs	57
1. Gemeindliche Allzuständigkeit	58
2. Angelegenheiten der örtlicher Gemeinschaft	59
a) Entstehungsgeschichtliche Analyse	60
b) Begriffsdefinition durch das Bundesverfassungsgericht	63
c) Revisionsversuche durch die funktionalen und kompensatorischen Theorien	65
d) Spezifischer Ortsbezug bzw. örtliche Verwurzelung	68
IV. Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in den Landesverfassungen	70
B. Einfachgesetzliche Ausformung des gemeindlichen Aufgabenbereichs	71
I. Hochzonung von verfassungsrechtlich den Gemeinden zugewiesenen Angelegenheiten	71
II. Positive Festlegung gemeindlicher Pflichtaufgaben	73
1. Dualistisches Modell	74
a) Übertragung überörtlicher Aufgaben	74
b) Verpflichtung zur Erfüllung eigener Angelegenheiten	74
c) Einordnung verfassungsunmittelbarer Pflichtaufgaben	75
2. Monistisches Modell	76
a) Pflichtaufgaben	76
b) Freie/freiwillige Aufgaben	77
C. Gemeindliche Pflichtaufgaben als Regelungsgegenstand des Verfassungsrechts	77
I. Bedeutung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG für die einfachgesetzliche Verpflichtung der Gemeinden	78
1. Eingriffsqualität gesetzlicher Pflichtaufgaben	78
a) Verständniswandel	78
b) Entwicklung in Bezug auf die Übertragung staatlicher Aufgaben	80
c) Pflichtigmachung eigener Angelegenheiten	82
2. Materielle Rechtfertigungsanforderungen	83
3. Verbot der bundesgesetzlichen Aufgabenübertragung an die Gemeinden	85
II. Regelungen in den Landesverfassungen	86
§ 4 Pflichtmoment des grundgesetzlichen Selbstverwaltungsrechts	87
A. Umgehungspotential einer immanenten Pflichtigkeit	88
B. Grammatikalisch-historische Interpretation des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG	89
I. Berechtigung zur Regelung örtlicher Angelegenheiten	89
1. Grundsätzliche Disponibilität subjektiver Rechte	89
2. Generalklauselartige Abgrenzung des gemeindlichen Kompetenzbereichs	90
II. Einschränkungen der Dispositivität des Selbstverwaltungsrechts	91

1. Allgemeine Grenzen	91
2. Gesteigerter objektiv-rechtlicher Gehalt	92
III. Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund	93
IV. Zwischenergebnis: keine eindeutige Aussagekraft des Wortlauts ..	95
C. Funktionelle Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung	95
I. Verpflichtung aus der demokratischen Funktion der Selbstverwaltung.....	96
1. Argumentativer Ansatz	96
2. Aussagegehalt des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG im Staat-Bürger-Verhältnis	98
3. Besondere demokratische Funktion der Selbstverwaltung	100
a) Geltung des Demokratiegebots	100
b) Selbstverwaltung als Verwirklichung des Demokratieprinzips.....	101
c) Spezielles Legitimationskonzept auf kommunaler Ebene ...	102
4. Konsequenzen aus dem Funktionszusammenhang von Demokratie und Selbstverwaltung	104
a) Legitimationsbedürftigkeit hoheitlicher Tätigkeit	105
b) Demokratie als Verpflichtungstatbestand.....	105
aa) Ausübung von Hoheitsgewalt als Anwendungsvoraussetzung des Demokratieprinzips	106
bb) Schlussfolgerungen aus dem besonderen Legitimationskonzept auf kommunaler Ebene.....	109
cc) Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG als Grenze gemeindlicher Untätigkeit	111
5. Einflussnahme des zentralstaatlichen Legitimationssubjekts ...	112
II. Selbstverwaltung als staatsorganisationsrechtliches Prinzip	114
1. Verpflichtung kraft Kompetenz	114
a) Aufgabenrechtlicher Gehalt verfassungsrechtlicher Kompetenzvorschriften.....	116
b) Fehlende Übertragbarkeit auf Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG	119
2. Absicherung einer verfassungsrechtlich institutionalisierten Ordnungsidee	121
a) Objektive Funktion der Selbstverwaltung.....	122
b) Beeinträchtigung der Institution Selbstverwaltung durch autonomen Aufgabenverzicht.....	125
aa) Vollständige Einstellung der freiwilligen Tätigkeit als verfassungswidriger Zustand	125
bb) Auswahlrecht als Funktionsbedingung.....	126
c) Anwendbarkeit der Kern-/Randbereichsdogmatik	128
aa) Kein Randbereichsschutz	129
bb) Indisponibler Kernbereich.....	130

d) Untauglichkeit der Figur der verfassungsunmittelbaren Pflichtaufgabe zur Verwirklichung des Selbstverwaltungsprinzips.....	133
e) Institutionelles Untermaßverbot.....	135
3. Selbstverwaltungsrecht als Ermittlungs-, Befassungs- und Priorisierungspflicht.....	137
D. Ergebnis: lediglich abstrakt-formelles Pflichtmoment.....	138
§ 5 Inpflichtnahme durch die landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen zur kommunalen Selbstverwaltung.....	140
A. Das Verhältnis von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zum Landesverfassungsrecht.....	140
B. Bestimmung des Pflichtgehalts der Regelungen zur Selbstverwaltung in den Landesverfassungen.....	142
I. Indikative Umschreibung des gemeindlichen Kompetenzbereichs..	142
II. Die Gemeinden als Träger der öffentlichen Verwaltung auf ihrem Gebiet.....	144
1. Die landesverfassungsrechtlichen Regelungen im Einzelnen ...	145
2. Überschießender Garantiegehalt.....	145
a) Bedeutungsgehalte ohne unmittelbare Pflichtenrelevanz ...	146
aa) Vorgaben hinsichtlich der gesetzlichen Übertragung staatlicher Aufgaben.....	146
bb) Verbot der Doppelverwaltung.....	147
b) Potentielle gegenständliche Erweiterung des verfassungsrechtlich den Gemeinden überlassenen Kompetenzbereichs	148
aa) Restriktive Interpretation im Sinne einer Beschränkung der Aufgaben auf den grundgesetzlichen Umfang.....	148
bb) Ansätze einer Ausweitung des Aufgabenzugriffsrechts der Gemeinden.....	150
cc) Verfassungsrechtlich gebotene Restriktion.....	151
III. Explizite Pflichtigkeit.....	153
1. Formulierung einer Selbstverwaltungspflicht.....	154
2. Bedeutung ausdrücklicher Pflichtigkeit.....	155
a) Interpretation als Konkretisierung der Pflichtenstellung.....	155
b) Bewertung.....	157
IV. Inhaltliche Konkretisierung von Aufgaben in Bayern.....	160
C. Betonung des Autonomiegedankens in den Landesverfassungen.....	162
D. Ergebnis.....	164
§ 6 Sonstige Verfassungsnormen als Grundlage gemeindlicher Aufgabenpflichten.....	165
A. Materielle Verpflichtungstatbestände im Grundgesetz, in den Landesverfassungen sowie im supranationalen Recht.....	166
I. Allgemeine Vorüberlegungen.....	166
1. Anforderungen an eine Verpflichtungsnorm.....	166

2.	Zulässigkeit des bundesverfassungsrechtlichen Durchgriffs	166
3.	Konkrete Aufgabenzuweisungen an die Gemeinden im Grundgesetz	168
II.	Inhalt der staatlichen Leistungspflicht	169
1.	Kongruenz von Bundes- und Landesverfassungsrecht in Bezug auf allgemeine Verfassungspflichten.	169
2.	Insbesondere staatlicher Versorgungsauftrag	170
a)	Sozialstaatsprinzip als Verpflichtungstatbestand	171
b)	Grundrechtlicher Leistungsauftrag	173
aa)	Anspruch auf Gewährleistung eines Existenzminimums	174
bb)	Variabilität der Bestimmung des existenziell Notwendigen.	175
3.	Keine direkten Leistungspflichten aus dem Europarecht.	176
4.	Spezielle landesrechtliche Verfassungsaufträge	178
a)	Überblick und Systematisierung	178
b)	Bedeutungsgehalt	179
c)	Partielle Konkretisierung des staatlichen Leistungsauftrags	183
III.	Allgemeine Grenzen einer verfassungsunmittelbaren Pflichtigkeit	184
1.	Beschränkung auf den eigenen Kompetenzbereich.	184
2.	Subsidiarität im Verhältnis zur Tätigkeit Privater	185
a)	Kein europarechtliches Privatisierungsgebot	186
b)	Verfassungsrechtliche Vorgaben	188
aa)	Staatliche Tätigkeit als Grundrechtseingriff.	188
bb)	Rechtfertigungslast aus dem Rechtsstaatsprinzip	190
cc)	Einfachgesetzliche Ausgestaltung des Subsidiaritätsgedankens	190
c)	Ergebnis: relative Beschränkungswirkung	193
IV.	Zwischenergebnis: Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Verpflichtungstatbestände als gestalterische Aufgabe	193
B.	Determinanten für die Konkretisierung der gemeindlichen Pflichtensstellung.	195
I.	Restriktion aus dem Verhältnis zum Gesetzgeber	195
1.	Vorrang der gesetzlichen Ausgestaltung	195
a)	Ausgestaltungsrecht des demokratisch legitimierten Gesetzgebers hinsichtlich staatlicher Leistungsaufgaben.	196
b)	Beschränkungswirkung einer einfachgesetzlichen Ausgestaltung	198
2.	Materielle Ausgestaltungspflicht des Gesetzgebers.	199
a)	Gewährleistungspflicht bezüglich der Versorgung mit grundrechtlich geforderten Leistungen.	199
aa)	Objektive Funktion des Gesetzesvorbehalts	199
bb)	Subjektiv-rechtliche Dimension.	202
b)	Weitergehende Koordinierungspflichten	202
3.	Ausgestaltung des subjektiven Rechtsschutzes	203

4. Rechtstatsächlicher Befund: weitgehende Determination des gemeindlichen Aufgabenbereichs.....	204
a) Einfachgesetzliche Ausgestaltung der landesverfassungs- rechtlichen Aufträge	204
aa) Schulwesen	205
bb) Kinder- und Jugendhilfe.....	205
cc) Schaffung von Arbeitsplätzen/Wirtschaftsförderung....	207
dd) Wohnraumförderung	207
ee) Umweltschutz	209
b) Grundrechtsrelevante Leistungen	209
c) Soziale und kulturelle kommunale Einrichtungen	210
5. Zwischenergebnis: begrenzter Anwendungsbereich verfassungs- rechtlicher Pflichtaufgaben.....	211
II. Besondere Stellung der Gemeinden im Bereich der örtlichen Ver- sorgungsleistungen.....	212
1. Historisches Mandat zur Daseinsvorsorge	212
2. Erweiterung des gemeindlichen Aktionsradius im Verhältnis zu privatwirtschaftlicher Betätigung	214
3. Eingeschränktes Ausgestaltungsrecht des Gesetzgebers.....	215
C. Ergebnis: gemeindliche Daseinsvorsorgeverantwortung	216
§ 7 Verfassungsrechtliche Konzeption der besonderen Daseinsvorsorgever- antwortung der Gemeinden.....	218
A. Begründung und Reichweite des institutionellen Gesetzesvorbehalts für die Festlegung gemeindlicher Pflichtaufgaben.....	218
I. Keine explizite Normierung der Exklusivität der einfachgesetz- lichen Verpflichtung im Verfassungsrecht	219
1. Regelungsinhalt der landesrechtlichen Vorschriften.....	219
a) Eindeutige Beschränkung auf die Zuweisung staatlicher Aufgaben	220
b) Ausdrückliche Regelungen zur Pflichtigmachung von ört- lichen Angelegenheiten	221
c) Einschränkung des Aussagegehalts einiger landesverfas- sungsrechtlicher Normen aus ihrem spezifischen systemati- schen Zusammenhang.....	222
2. Ausschlusswirkung gegenüber einer Verpflichtung unmittelbar kraft Verfassungsrechts.....	223
a) Verfassungsrechtliche Vorgaben.....	223
b) Einfachgesetzliche Wertungen	224
II. Besondere Schutzfunktion des Gesetzes hinsichtlich des kom- munalen Selbstverwaltungsrechts.....	225
1. Eingriffsqualität der Verpflichtung zur Erfüllung eigener Auf- gaben.....	226
2. Finanzielle Schutzmechanismen.....	227

a) Regelungsbereich und Reichweite der Konnexitätsregelungen	229
aa) Pflichtigmachung von örtlichen Angelegenheiten als konnexitätsauslösender Tatbestand	229
bb) Konnexitätspflicht in Bezug auf bereits wahrgenommene Aufgaben	234
cc) Anwendbarkeit der Konnexitätsregelungen auf verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben	236
b) Finanzielle Absicherung als Ausgestaltung der Selbstverwaltungsgarantie	238
aa) Einwände gegen eine Maßstabsfunktion der Konnexitätsregelungen	238
bb) Inhalt der kommunalen Finanzhoheit nach der Rechtsprechung	240
cc) Funktionszusammenhang von Finanzhoheit und Aufgabengarantie	241
dd) Verwirklichung der Interdependenz von Aufgaben- und Finanzgarantie durch die Konnexitätsregelungen und das bundesrechtliche Durchgriffsverbot	243
ee) Unzulänglichkeit der tatbestandlich eingeschränkten Konnexitätsregeln	246
3. Zwischenergebnis: Gefahr der Umgehung der finanziellen Schutzkonzeption	247
III. Inkonsistenzen der Anerkennung verfassungsunmittelbarer Pflichtaufgaben aus rechtsstaatlicher, demokratischer und funktionaler Sicht	248
1. Verlust von Rechtssicherheit und Planbarkeit	248
2. Legitimatorisches Ungleichgewicht	250
a) Einschränkung des örtlichen Souveräns	250
b) Übergriff der Gerichte und Aufsichtsbehörden in die Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers	251
3. Entstehung einer verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzlücke zulasten der Gemeinden	252
a) Verfassungsgerichtliche Überprüfung gesetzlicher Pflichtaufgaben	252
b) Rechtsschutz gegen verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben	253
aa) Grundsätzlich kein verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz	253
bb) Richterrecht als Beschwerdegegenstand	255
cc) Planwidrigkeit der Rechtsschutzlücke	257
4. Fortdauer einer Aufgabenpflicht	258
IV. Generalklauseln als unzureichende Grundlage der Feststellung einer Aufgabenwahrnehmungspflicht	259
V. Zwischenergebnis: grundsätzlicher Vorbehalt des speziellen Gesetzes für die Begründung konkreter Aufgabenpflichten	260

B. Eingrenzung potentieller Schutzlücken bei der Verwirklichung des staatlichen Leistungsauftrages	262
I. Temporäre Übergangsverantwortlichkeit	262
II. Unterschiedliche Bedarfs- und Versorgungsdichte	264
1. Potentieller Anwendungsbereich einer Reserveverantwortung ..	264
2. Kompetentielle und demokratische Verantwortung	265
3. Gesetzgeberische Gestaltungsmöglichkeiten	265
III. Förderaufgaben und kommunale Einrichtungen	266
IV. Zwischenergebnis: Ausschluss genereller verfassungsunmittelbarer Pflichtaufgaben	268
C. Gemeindliche Reserveverantwortung im Einzelfall	268
I. Unmittelbarer Ausgleich verfassungsrechtlicher Wertungen	269
1. Dogmatische Grundlagen einer punktuellen Einschränkung des Gesetzesvorbehalts	269
a) Parallele Problemkonstellation im grundrechtlichen Bereich	270
b) Individuelle Wirkung der institutionellen Gewährleistung der Selbstverwaltung	271
2. Verfassungskonforme Interpretation der gemeinderechtlichen Generalklauseln im Einzelfall	272
II. Keine rechtsverbindlich-konkrete gemeindliche Ergänzungsverantwortung	273
1. Wirtschaftsförderung	273
2. Wohnraumförderung	274
3. Kinder- und Jugendschutz	274
III. Pflicht zur Vorhaltung bestimmter kommunaler Einrichtungen	275
1. Insbesondere kommunale Kulturarbeit als Pflichtaufgabe	275
2. Allgemeine Funktionswidrigkeit heteronom determinierter Pflichtaufgaben	277
a) Aushöhlung kommunaler Autonomie	277
b) Materielle Dysfunktionalität	278
3. Zusammenfassung	280
D. Verwirklichung der besonderen Daseinsvorsorgeverpflichtung durch eigene Gestaltungsmacht	281
I. Überantwortung an den gemeindlichen Willensbildungsprozess ...	281
II. Förderung kommunalen Engagements durch hinreichende Finanzausstattung	283
E. Ergebnis: Systemwidrigkeit verfassungsunmittelbarer Pflichtaufgaben ..	283
F. Ausblick: Rechtsschutz gegen unzulässigerweise definierte verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben	284
§ 8 Zusammenfassung der Ergebnisse	286
Literaturverzeichnis	297
Sachverzeichnis	320

§ 1 Einführung

Das Prinzip der kommunalen Selbstverwaltung¹ und der Bedeutungsgehalt der grundgesetzlichen Selbstverwaltungsgarantie sind eine von der Literatur stark durchdrungene Thematik². Der Inhalt der Gewährleistung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG hat insbesondere auch durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entscheidende Konturierung erfahren³. Im Fokus der Betrachtung stand bisher die negative Funktion der Selbstverwaltungsgarantie als Schutznorm gegenüber heteronomen Eingriffen von staatlicher Seite⁴.

Dabei herrscht im Grundsatz Einigkeit darüber, dass unter dem Grundgesetz das Recht zur Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nicht als originäres Freiheitsrecht⁵ interpretiert werden kann, sondern ein staatsorganisatorisches Prinzip absichert bzw. eine besondere Form der Kompetenzzuweisung⁶ an einen verselbständigten Typus von Hoheitsträgern

¹ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Zum Prinzip der Selbstverwaltung, in: Selmer/v. Münch (Hrsg.), Gedächtnisschrift Martens, 1987, S. 249 ff.; *Hufen*, Die Zukunft der kommunalen Selbstverwaltung, in: Geis/Lorenz (Hrsg.), Staat, Kirche, Verwaltung, Festschrift Maurer, 2001, S. 1177; *Lange*, Die Entwicklung des kommunalen Selbstverwaltungsgedankens und seine Bedeutung in der Gegenwart, in: Schneider/Götz (Hrsg.), Im Dienst an Staat und Recht, Festschrift Weber, 1974, S. 851 ff.

² Nur exemplarisch erwähnt seien: aus jüngerer Zeit *Suerbaum*, Die Wirkmächtigkeit der grundgesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der kommunalen Selbstverwaltung, in: Dreier (Hrsg.), Macht und Ohnmacht des Grundgesetzes, 2009, S. 75 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, S. 803 ff.; *Knemeyer*, Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden und Landkreise, in: v. Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft – Festgabe v. Unruh, 1983, S. 209 ff.; *Grawert*, VVDStRL 36 (1977), S. 278 ff.; *Lerche*, Die Gemeinden in Staat und Gesellschaft als Verfassungsproblem, in: Deutscher Gemeindetag (Hrsg.), Buch deutscher Gemeinden, 1965, S. 9 ff.

³ *Maurer*, DVBl. 1995, S. 1037 (1041); Überblick zur Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 28 Abs. 2 GG bei *Wehr/Knemeyer*, VerwArch 92 (2001), S. 318 ff.

⁴ Dies konstatiert bereits *Gromoll*, Rechtliche Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, untersucht am Beispiel kommunaler Dienstleistungen, 1982, S. 221.

⁵ Zur fehlenden Grundrechtsqualität vgl. BVerfGE 48, 64 (79); 58, 177 (189); ausführlicher hierzu unten § 3.

⁶ Zu vorsichtig deshalb *Krausnick*, VerwArch 102 (2011), S. 360 (376), nach dem die systematische Stellung der Selbstverwaltungsgarantie darauf hindeutet, dass das Selbstverwaltungsrecht als Kompetenz zu verstehen ist, dieser Befund aber

darstellt, die eine funktionsgerechte Organisation staatlicher Aufgabenerfüllung intendiert⁷. Mit seiner vielzitierten⁸ Aussage, dass die Selbstverwaltung dadurch „ein Moment der Pflichtigkeit“ erhält⁹, hat allerdings wohl *Stern* am markantesten den Gedanken formuliert, dass dem Selbstverwaltungsrecht neben der abwehrrechtlichen möglicherweise zusätzlich eine positive Dimension zukommt. Die Urheberschaft der Idee der notwendigen Verknüpfung von Berechtigung und Verpflichtung der Selbstverwaltungsträger, auch in Bezug auf ihre eigenen Angelegenheiten, kann er allerdings – wie aus seiner Darstellung selbst hervorgeht¹⁰ – nicht für sich beanspruchen. Eine intensivere Auseinandersetzung mit der abstrakten Problematik des Inhalts und der Reichweite einer potentiellen Selbstverwaltungspflicht rechtlicher Natur¹¹ ist allerdings trotz mehrfacher Rezeption¹² oder Ableh-

durch die Tatsache der Existenz der Kommunalverfassungsbeschwerde konterkariert würde.

⁷ BVerfG 83, 37 (54); *Stern*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff (Hrsg.), BK-GG, Art. 28 (Zweitbearbeitung 1964) Rn. 65 ff.; *Däubler*, Privatisierung als Rechtsproblem, 1980, S. 99; *Winkler*, JZ 2009, S. 1169 (1170); vgl. näher dazu unten § 3 A., § 4 C.

⁸ *Vitzthum*, AöR 104 (1979), S. 580 (626); *Schnapp*, Zuständigkeitsverteilung zwischen Gemeinden und Kreisen, 1973, S. 20; *Klement*, Verantwortung, 2006, S. 462; *Mann*, in: ders./Püttner (Hrsg.), HbKWP, Bd. 2, 3. Aufl. 2011, § 46, Rn. 9; *Grabbe*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, 1979, S. 88, 200; *Peter*, Rechtliche Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung durch die kommunale Selbstverwaltungsgarantie, 2012, S. 243.

⁹ *Stern*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff (Hrsg.), BK-GG, Art. 28 (Zweitbearbeitung 1964) Rn. 92.

¹⁰ *Stern/Püttner*, Die Gemeindefirtschaft in Recht und Realität, 1965, S. 154, rekurriert selbst auf *Hatschek*, Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung, in: Jellinek/Meyer (Hrsg.), Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen II 1, 1898, S. 83, für den ein wichtiger Punkt, den die preußische Gesetzgebung dem Verfassungsrecht voraus hatte, war, dass erstere „das Pflichtmoment der Gemeinde bei Befriedigung selbst ihrer eigenen Interessen energisch betonte und sicherte.“

¹¹ Mit seiner oft herangezogenen kritischen Aussage „[w]ie freiwillig nämlich jene Selbstverwaltungsaufgaben sind, bei deren Übernahme eine gesetzliche Verpflichtung nicht besteht“ will *Becker*, Kommunale Selbstverwaltung, in: Bettermann/Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. VI 2, 1962, S. 717, wohl primär die praktische Bedeutung der kommunalen Betätigung und insbesondere ihres Gestaltungsspielraums hervorheben, was deutlich wird, wenn er im Folgenden eine Einschränkung der Belastung mit Pflichtaufgaben fordert; insofern ist der Differenzierung von *Schnapp*, Zuständigkeitsverteilung zwischen Kreis und kreisangehörigen Gemeinden, 1973, S. 20, zwischen „rechtlicher und tatsächlicher“ Freiwilligkeit und der Einordnung der Aussage *Beckers* in die letztere Kategorie zuzustimmen.

¹² *Vitzthum*, AöR 104 (1979), S. 580 (626); *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 307; *Schoch*, Privatisierung der Abfallentsorgung, 1992, S. 52; *Hünnekens*, Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur, 1995, S. 247; *Winkler*, JZ 2009, S. 1169 (1170); v. *Mutius*, JuS 1976, S. 652 (657), der dabei stärker die Verantwortung der Repräsentativorgane gegenüber den Gemeindebürgern akzentuiert; dem folgend *Knemeyer*, WiVerw 1978, S. 65 (73); *Thiele*, GewArch

nung¹³ der Grundthese bis heute selten geblieben¹⁴. Auch wenn Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG teilweise als potentielle Privatisierungsschranke von seiner verpflichtenden Seite beleuchtet worden ist, wurde ihm bisher im Ergebnis insbesondere in Bezug auf konkrete Sachaufgaben überwiegend kaum Relevanz attestiert¹⁵. In der Rechtsprechung hat das verpflichtende Element

1980, S. 105 (106); *Krieger*, Schranken der Zulässigkeit der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen der Daseinsvorsorge mit Anschluss- und Benutzungszwang, 1980, S. 103; *Gromoll*, Rechtliche Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, untersucht am Beispiel kommunaler Dienstleistungen, 1982, S. 226; *Vogelgesang*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), BK-GG, Art. 28, Rn. 116 f., verweist allerdings nur auf *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28, Rn. 66, wo sich eine solche Aussage aber auch in der älteren Fassung (Mai 1977) nicht findet, obwohl die entsprechende Randnummer mit „Eigenverantwortlichkeit als Pflicht“ umschrieben ist (in der neuen Fassung von *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 [Lfg. 67, November 2012], Rn. 55 f. wird dagegen in ablehnender Weise zu einer Aufgabenwahrnehmungspflicht Stellung genommen); *Stahl*, Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht und die Verletzung der gemeindlichen Selbstverwaltungspflicht durch eigenes Verwaltungshandeln und durch Unterlassen der Gemeinde, 1969, S. 86, nennt überhaupt keine Quelle für die Annahme, dass dem Selbstverwaltungsrecht auch eine Selbstverwaltungspflicht entspricht; ähnlich *Röper*, Der Staat 37 (1998) S. 249 (253), nach dem dem Selbstverwaltungsrecht eine Versorgungspflicht entspricht.

¹³ *Butzer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, § 74, Rn. 48; *Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, 2005, S. 38.

¹⁴ Als Ausnahmen können hier angeführt werden *Tomerius/Breitkreuz*, DVBl. 2003, S. 426 ff., der ebenfalls konstatiert, dass die Problematik oft nur angedeutet würde; monographisch bereits *Reusch*, Gemeindliche Rechtspflichten auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge, 1970, insb. S. 57 ff.; ferner einzelne Aspekte aufgreifend *Klement*, Verantwortung, 2006, S. 462; *Schnapp*, Zuständigkeitsverteilung zwischen Kreis und kreisangehörigen Gemeinden, 1973, S. 19 ff.; *Gromoll*, Rechtliche Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1982, S. 221 ff., bei dem aber eine teilweise kaum nachvollziehbare Vermengung des Regelungsgehalts des Art. 28 Abs. 2 GG mit anderen Verpflichtungstatbeständen, insbesondere den einfachgesetzlich geregelten Ansprüchen auf Benutzung kommunaler Einrichtungen erfolgt, die ihrerseits wiederum Ausdruck „materieller Grundrechtseffektuiierung“ sein sollen; jüngst *Peter*, Rechtliche Grenzen der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung durch die kommunale Selbstverwaltungsgarantie, 2012, S. 195 ff., dessen Erörterungen sich aber primär auf die Frage kommunaler Ingerenzpflichten in Folge formeller oder funktionaler Privatisierung beschränken und weniger die Frage einer Aufgabenwahrnehmungspflicht betreffen (vgl. insbesondere S. 272 ff.), obwohl er beide Konstellationen nicht immer eindeutig trennt.

¹⁵ *Frenz*, ZHR 166 (2002), S. 302 (320); *Rennert*, Die Verwaltung 35 (2002), S. 319 (325 f.); *Britz*, IR 2004, S. 7 (9); *Hofmann*, VBIBW 1994, S. 121 (123); *Däubler*, Privatisierung als Rechtsproblem, 1980, S. 98 ff.; *Krölls*, GewArch 1995, S. 129 (142); *Schumacher*, LKV 1995, S. 135 (137); *Meyer-Teschendorf/Föttinger* u. a., Neuausrichtung kommunaler Dienstleistungen, 1999, S. 142; *Krieger*, Schranken der Zulässigkeit der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen der Daseinsvorsorge mit Anschluss- und Benutzungszwang, 1980, S. 103 f.; nicht völlig klar *Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 184 ff., der zunächst konstatiert, dass die Gemeinden aus Art. 28 Abs. 2 GG keine Pflicht trifft, ihr Selbstverwaltungsrecht wahrzuneh-