



Benjamin Pfannkuch

Erforderlichkeit übergebietlicher wirtschaftlicher Tätigkeit der Gemeinden zur Daseinsvorsorge

Einleitung

Im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ist den Kommunen die eigenverantwortliche Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zugewiesen. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Aufgaben der Daseinsvorsorge von Bedeutung. Liberalisierung und Öffnung von Märkten, auf denen zuvor eine gemeindliche Aufgabenerfüllung herrschte, haben jedoch dazu geführt, dass Kommunen und kommunale Unternehmen zunehmend im Wettbewerb mit privaten Unternehmen stehen, die sich auf diesen Märkten betätigen. Dieser Wettbewerb stellt die Kommunen vor die Herausforderung, sich bei der Erbringung von Leistungen für die Bürger und Gemeindeeinwohner behaupten zu müssen. Wettbewerb aber nimmt auf territoriale Grenzen keine Rücksicht. Ob dies für die Gemeinden ebenso anzunehmen ist, erscheint fraglich.

Wenn den Gemeinden vom jeweiligen Landesgesetzgeber gegenwärtig die Möglichkeit zur wirtschaftlichen Betätigung außerhalb ihres eigenen Gemeindegebiets und teils sogar im Ausland gegeben wird, so stellt sich zum einen die Frage, inwieweit bei einem solchen wirtschaftlichen Engagement ein Bezug zu der vom Grundgesetz in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG vorgesehenen Selbstverwaltungsgarantie – noch – gegeben ist und zum anderen, ob diese Form wirtschaftlicher Betätigung für eine adäquate Aufgabenwahrnehmung geeignet oder gar erforderlich ist. Dies insbesondere unter dem Aspekt der in diesem Zusammenhang hervorzuhebenden Aufgaben der Daseinsvorsorge, die innerhalb des weitgefächerten Spektrums gemeindlicher Aktivitäten traditionell von besonderem Gewicht sind¹.

Der Kreis der Einwohner einer Gemeinde, denen die Daseinsvorsorge im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung gerade zugutekommen soll, kann in diesem Zusammenhang beobachten, dass eine Gemeinde verschiedene Wege wählen kann, um Daseinsvorsorgeleistungen im weitesten Sinne zu erbringen: Gemeindliche Selbsterfüllung, Kooperationen mit anderen öffentlichen Hoheitsträgern oder privaten Partnern oder Aufgabenübertragungen, die gemeinhin als „Privatisierung“ aufgefasst werden.

Von Bedeutung könnte sein, inwieweit der Begriff der Daseinsvorsorge im Lichte der aktuellen Entwicklungsstränge² Erforderlichkeit und Verwendbarkeit

1 Tettinger in: v. Mangoldt/Klein/Starck, § 28, Rn. 207.

2 Hierzu können beispielsweise die Liberalisierung der Märkte der Stromversorgung oder der Abfallentsorgung und der damit einhergehende Wegfall ehemals kommunaler Monopolpositionen genannt werden; vgl. dazu unten, 2. Kap., A. II.

– gegebenenfalls sogar in rechtlicher Hinsicht – beanspruchen kann. Dies insbesondere aufgrund der außerordentlichen Weite des begrifflichen Gehalts und der Unklarheit über etwaige Rechtsfolgen oder Zuständigkeiten.

Hierbei kommt zum Tragen, ob eine kommunale Verantwortung zur Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen anzunehmen ist und wenn ja, welcher Umfang dieser zukommt. Angesichts der vorstehend genannten Marktöffnungstendenzen stellt sich die Frage, ob eine Erforderlichkeit - im Sinne einer Notwendigkeit für die adäquate Wahrnehmung der Daseinsvorsorgeaufgaben - dergestalt besteht, dass die Kommunen zur Erfüllung von Daseinsvorsorgeaufgaben auch jenseits ihrer gebietlichen Grenzen wirtschaftlich tätig werden und welchen Bindungen sie dabei unterliegen. Gerade das Feld der Daseinsvorsorge steht in einem engen Kontext zu den in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG genannten „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“. Hinsichtlich der Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge mögen gemeindliche Gebietsgrenzen einerseits für die Mitglieder dieser Gemeinschaft keine entscheidende Rolle spielen. Entscheidend wäre hiernach lediglich, dass die entsprechenden Aufgaben überhaupt erfüllt werden, unabhängig von der Person des Leistungserbringers oder ungeachtet dessen örtlichen Wirkungskreises. Andererseits kann aber auch gerade aufgrund dieser Zugehörigkeit zu der örtlichen Gemeinschaft für die Leistungsempfänger von Bedeutung sein, wer sich der grundlegenden Bedürfnisse des alltäglichen Lebens annimmt oder annehmen soll. Dies kann auch die Frage beinhalten, in welchem räumlichen Umfang der Leistungserbringer tätig werden soll.

Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, unter besonderer Berücksichtigung der Daseinsvorsorge und ihrer Bedeutung einen Ansatz für die Beantwortung der Frage zu entwickeln, ob den Kommunen angesichts geänderter Rahmenbedingungen auf Grundlage der bestehenden rechtlichen Vorgaben über die außergebietliche wirtschaftliche Betätigung die Möglichkeit gegeben ist, die Daseinsvorsorgeaufgaben wahrzunehmen oder ob hierfür eine Neuausrichtung kommunaler Wirtschaftsbetätigung in Bezug auf außergebietliches Tätigwerden erforderlich und unter welchen rechtlichen Bedingungen diese zulässig ist. Zentrale Aspekte werden die Reichweite des kommunalen Selbstverwaltungsrechts und die Bestimmung des Bereichs der Daseinsvorsorge sein.

Gang der Untersuchung

Im ersten Kapitel wird dargestellt, nach welchen verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Maßgaben Daseinsvorsorgeaufgaben in der Gegenwart wahrgenommen werden. Dabei ist nach einer Erörterung der Konzeptionen der kommunalen Selbstverwaltung auf die Felder der Daseinsvorsorge und auf die Relevanz der Begrifflichkeit einzugehen, maßgeblich im Hinblick auf eine etwaige rechtliche Qualität. Insbesondere wird geprüft werden, wann eine Daseinsvorsorgeaufgabe eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft darstellt. Zu fragen wird danach sein, ob und in welchem Umfang die kommunale Selbstverwaltung die Wahrnehmung von Daseinsvorsorge umfasst und ob die kommunale Selbstverwaltung derjenige Rahmen ist, in dem die Daseinsvorsorge zutreffend verankert ist. Schließlich sind das Wesen der kommunalen Wirtschaftstätigkeit und die hier geltenden verfassungsrechtlichen und kommunalrechtlichen Bindungen, die für die Gemeinden gelten, darzulegen. Besonderes Gewicht ist dabei dem Erfordernis eines öffentlichen Zwecks beizumessen.

Das zweite Kapitel untersucht die Frage, ob die Gemeinden angesichts der geänderten Rahmenbedingungen in Gestalt eines zunehmend wettbewerblich geprägten Umfeldes kommunaler Wirtschaftstätigkeit auf Grundlage der bestehenden kommunalrechtlichen Bestimmungen in der Lage sind, die ihnen zugewiesenen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in ausreichendem Maß und auf wirtschaftliche Art und Weise wahrnehmen zu können und welche Konsequenzen sich für die Gemeinden im Hinblick auf eine effiziente Aufgabenwahrnehmung ergeben. Zunächst sind hierbei die geänderten Rahmenbedingungen darzustellen, um anschließend auf die bestehenden verfassungsrechtlichen und kommunalrechtlichen Determinanten der außergebietlichen Wirtschaftsbetätigung einzugehen. Dabei sind der Inhalt des Örtlichkeitsprinzips und dessen Verhältnis zu dem Merkmal des öffentlichen Zwecks zu betrachten und sodann die Verfassungsmäßigkeit der landesrechtlichen Vorschriften über das gemeindliche wirtschaftliche Engagement jenseits der Gebietsgrenzen zu prüfen. Zu untersuchen sind dann die Konsequenzen, die sich aus den geänderten Rahmenbedingungen und aus den bestehenden Regelungen des Kommunalrechts zur außergebietlichen Wirtschaftsbetätigung für die gemeindliche Aufgabenwahrnehmung ergeben. Entscheidend wird sein, ob den Gemeinden vor diesem Hintergrund die Möglichkeit zur ausreichenden und wirtschaftlichen Aufgabenwahrnehmung gegeben ist oder

ob eine Neuausrichtung der wirtschaftlichen Betätigung durch die Gemeinden notwendig ist.

Hiernach soll im dritten Kapitel untersucht werden, ob und inwieweit eine Neuausrichtung der kommunalen Wirtschaftstätigkeit in Bezug auf außergebietliches Tätigwerden rechtlich zulässig ist. Hierbei sind verschiedene Ansätze darzustellen und zu bewerten, die möglicherweise geeignet sind, den Gemeinden angemessene Reaktionsmöglichkeiten auf diese geänderten Rahmenbedingungen zu verschaffen, um eine ausreichende und wirtschaftliche Aufgabenwahrnehmung zu gewährleisten. Im Mittelpunkt der Untersuchung wird die Vereinbarkeit dieser Ansätze mit dem Umfang der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft stehen. Entscheidend wird zu fragen sein, durch welche Faktoren sich die Mitglieder einer örtlichen Gemeinschaft als eine solche identifizieren können. Die hierbei erarbeiteten Ansätze sollen schließlich als Grundlage für die Prüfung der Zulässigkeit einer außergebietlichen gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung dienen. Maßgebliches Kriterium dieser Prüfung wird die kommunale Rückbindung kommunaler überörtlicher Wirtschaftsbetätigung zur Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge sein.

1. Kapitel:

Die Wahrnehmung von Daseinsvorsorgeaufgaben im Rahmen der Selbstverwaltung in der Gegenwart

Im Mittelpunkt der zunächst folgenden Überlegungen steht die Frage nach der „Daseinsberechtigung“ der Daseinsvorsorge innerhalb der gemeindlichen Selbstverwaltung, zugespitzt auf die Formulierung, ob kommunale Selbstverwaltung die Wahrnehmung von Daseinsvorsorge – noch – umfasst und gegebenenfalls, ob die kommunale Selbstverwaltung den zutreffenden Realisierungsrahmen für die Wahrnehmung der Daseinsvorsorgeaufgaben darstellt.

Um dieser Fragestellung nachgehen zu können, ist es erforderlich, den für die Erfüllung von Daseinsvorsorgeaufgaben auf kommunaler Ebene maßgeblichen verfassungsrechtlichen Rahmen zu bestimmen, der aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG folgt.

Für die Bestimmung dieses Rahmens soll zunächst eine Betrachtung der Rechtsnatur der kommunalen Selbstverwaltung unter historischen Gesichtspunkten erfolgen, um sodann auf den Gewährleistungsgehalt der Selbstverwaltung im Sinne des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG einzugehen. Dabei ist zur Bestimmung dieses Gehalts eine nähere Betrachtung der Konzeptionen des Selbstverwaltungsgedankens angezeigt.

A. Die Rechtsnatur der Selbstverwaltung in historischer Perspektive

Da im Zusammenhang mit der Entwicklung der Selbstverwaltung vor allem dem partizipatorischen Element und dem Demokratieprinzip eine besondere Bedeutung zukommt³, soll auf die Entwicklung des Selbstverwaltungsgedankens auch unter diesem Blickwinkel eingegangen werden. Die historische Darstellung ist allerdings nicht in einem überdimensionierten Rahmen darzustellen⁴. Vielmehr soll eine Grundlage für das Verständnis des Selbstverwaltungsprinzips geschaf-

3 BVerfGE 33, 125, 159; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, § 15, I., 1.; Vogelsang/Lübking/Jahn, Kommunale Selbstverwaltung, Rn. 82: „Die kommunale Selbstverwaltung wird (...) als Schule der Demokratie bezeichnet.“

4 Zur historischen Entwicklung der Selbstverwaltung vgl. Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 7 ff.

fen werden, aufgrund derer später die Frage nach gegebenenfalls erforderlichen Modifikationen zu behandeln sein wird.

Für den hier maßgeblichen Bereich der kommunalen⁵ Selbstverwaltung stellt unter dem historischen Blickwinkel zuvorderst das politische Reformprogramm Freiherrn vom und zum Stein und der daraus folgende Erlass der preußischen Städteordnung am 19.11.1808 das epochale Ereignis⁶ für die Grundlegung der Selbstverwaltung in Deutschland dar. Der Grundgedanke des Stein'schen Reformkonzepts bestand darin, die Gesellschaft⁷ stärker an der Erledigung öffentlicher Angelegenheiten zu beteiligen⁸. Darin lag eine Idee, der zwar Ansätze des Demokratieprinzips zugeschrieben werden könnten. Zugegebenermaßen hegte Freiherr zum Stein bei seiner Konzeption jedoch keineswegs derartige „revolutionäre“ Pläne. Ein egalitäres Fundament seiner Gedanken wäre den Vorgängen, die im Zuge der französischen Revolution zu Tage traten und vermieden werden sollten, nahe gekommen⁹.

Nach dem Stein'schen Konzept sollten vielmehr die ständischen Prinzipien der gesellschaftlichen Gliederung beibehalten werden, wenn auch in modernisierter Form¹⁰. Durch die stärkere Mitarbeit bestimmter Bevölkerungskreise an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben sollten „mehr Sach- und Ortskenntnis, mehr tätiges Interesse für den verwalteten Bezirk und die verwalteten Personen in die Kollegien gebracht werden, als durch die Zusammensetzung aus lauter Staatsdienern“¹¹.

Aus diesen Entwicklungen lässt sich bereits – im entsprechenden historischen Kontext – die Bedeutung des partizipatorischen Elements deutlich herausstellen. Dieses prägte in der Folgezeit die Entwicklung der Kommunalverfassung, wobei hier der Zeitraum der nationalsozialistischen Herrschaft unberücksichtigt gelassen wird¹². Das weitere, besonders hervorzuhebende Element der Stein'schen

5 Zu den weiteren Selbstverwaltungsbereichen wie beispielsweise dem Hochschulbereich, dem Handwerk oder den freien Berufen vgl. Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 1 ff.

6 Vgl. Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 8.

7 Beziehungsweise den im Zuge der gegen die Vorherrschaft Bonapartes gerichteten entsprechenden Forderungen nach der „Nation“.

8 Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 9.

9 Vgl. Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 9.

10 Vgl. Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 9 ff.

11 Frh. v. Stein, Schreiben an Minister Schroetter vom 25.08.1808, zit. bei Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 11.

12 Auf das in jener Epoche in der Deutschen Gemeindeordnung vollständige Fehlen des Hauptinstruments der Partizipation, nämlich die Wahl einer kommunalen Vertretungskörperschaft, weist Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 173 ff., m.w.N. hin. Dass gerade in dieser Epoche erstmals die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen gesetzlich geregelt wurde, sei bereits an dieser Stelle vermerkt. Zur Selbstverwaltung in der ehemaligen DDR vgl. Püttner, in: Grupp/Ronellenfisch (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland und Europa, S. 35 ff.

Städteordnung ist in der bedeutsamen Erweiterung der verwaltungsbezogenen Eigenständigkeit der örtlichen Ebene zu sehen. Das Organisationsprinzip der Städteordnung bestand darin, die Gemeinden als relativ unabhängige öffentliche Institutionen auszugestalten, die zwar in den Staat eingegliedert, aber gleichwohl von diesem zu unterscheiden waren¹³.

Nach dieser grob skizzierten Verortung der beiden wesentlichen Parameter kommunaler Selbstverwaltung – Erledigung der örtlichen Angelegenheiten und diesbezügliche Eigenständigkeit – in ihrer historischen Entstehung kann der Blick auf die Konzeption der Selbstverwaltung gerichtet werden, wie sie im Grundgesetz ihre Ausgestaltung gefunden hat.

B. Das Selbstverwaltungsrecht des Grundgesetzes

Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt ist die Vorschrift des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. Dem Wortlaut dieser Norm lässt sich nicht ohne Weiteres entnehmen, in welchem Maße der Verfassungsgeber die soeben dargelegten, historisch gewachsenen Grundprinzipien des selbstverwaltungstheoretischen Wesensgehalts mit rechtlichem Leben ausgefüllt hat. Hierfür sollen die dem grundgesetzlichen Selbstverwaltungsrecht zugrundeliegenden maßgeblichen Konzeptionen näher erörtert werden. Dabei ist insbesondere auf die Unterscheidung formaler bzw. juristischer auf der einen Seite und materialer bzw. politischer Konzeptionen auf der anderen Seite einzugehen. Von Bedeutung ist diese Differenzierung für das Gewicht, das dem partizipatorischen Element zukommt.

I. Konzeptionen des Selbstverwaltungsrechts

Im Hinblick auf die Konzeptionen des Selbstverwaltungsrechts sind diejenige der *juristischen* Selbstverwaltung und diejenige der *politischen* Selbstverwaltung zu untersuchen.

13 Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 16 f., der auf die gleichwohl damit verbundene Einbuße der traditionellen Polizeigewalt und Gerichtsbarkeit hinweist.

1. Selbstverwaltung im juristischen und im politischen Sinn – formaler und materialer Aspekt der Selbstverwaltung

Die Differenzierung nach juristischer und politischer Selbstverwaltung teilt der politischen Selbstverwaltung die Tätigkeit von ehrenamtlichen Kräften, d. h. Laien, in der öffentlichen Verwaltung zu. Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch hauptamtliches Personal, insbesondere Berufsbeamte, hingegen ist dem juristischen Selbstverwaltungsverständnis zuzuordnen¹⁴. Ein Verständnis als politisches Grundprinzip im Sinne einer Beteiligung der Einwohner an der Ausübung von Verwaltungstätigkeiten führt zu einer eher weiten Auffassung der Selbstverwaltung, während ein juristisches Verständnis als zwar eigenverantwortliche, gesetzesdirigierte, aber fachanweisungsfreie Wahrnehmung von öffentlichen Angelegenheiten durch selbständige Verwaltungsträger unter staatlicher Aufsicht zu einer eher engen Auffassung führt¹⁵.

Durch die vom Positivismus geprägte Staats- und Verwaltungsrechtslehre zum Ende des 19. Jahrhunderts erfolgte eine zunehmende Formalisierung des juristischen Begriffs der Selbstverwaltung. Als für diese Formalisierung nach 1945 maßgeblich sind hier Hans Julius Wolff und Ernst Forsthoff zu nennen.

Nach Wolff ist unter Selbstverwaltung die selbständige, fachanweisungsfreie Wahrnehmung enumerativ oder global überlassener oder zugewiesener eigener öffentlicher Angelegenheiten durch unterstaatliche Träger oder Subjekte öffentlicher Verwaltung in eigenem Namen zu verstehen¹⁶. Das oben angeführte, nach der Konzeption des Freiherrn zum Stein wesentliche Postulat der Partizipation kommt hierbei nicht zum Tragen. Dieser Definitionsversuch enthält zwar das für das innere Gefüge der Selbstverwaltung maßgebliche Charakteristikum der Dezentralisierung, das für die Selbstverwaltung im Sinne des Grundgesetzes fundamental ist. Allerdings bringt diese Begriffsbestimmung die besondere Bedeutung des partizipatorischen Elements nicht zum Ausdruck.

Fortgeführt hat dieses formaljuristische Verständnis der Selbstverwaltung Ernst Forsthoff. Dieser definiert Selbstverwaltung als Wahrnehmung an sich staatlicher Aufgaben durch Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts¹⁷. Dass Forsthoff dem personalen Element keine Bedeutung zumisst, erhellt aus seiner Darlegung, der Selbstverwaltungsbegriff sei nicht mehr an den zur Mitwirkung berufenen Staatseinwohner, sondern an den rechts-

14 Vgl. v. Mangoldt/Klein, Art. 20, Anm. V 1 (S. 594); Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, S. 69; Fichtmüller in: AöR 91 (1966), 297, 334 f.; Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 271; Vogelsang/Lübking/Jahn, Kommunale Selbstverwaltung, Rn. 39 ff.

15 Tettinger, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 28, Rn. 129.

16 Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl., 1976, § 84 IV b, S. 180.

17 Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 478.

fähigen Verband angeschlossen¹⁸. Dieses Kriterium der *Rechtsfähigkeit* des Trägers öffentlicher Verwaltungshoheit bildet bei Forsthoff das alleinige Fundament jeglichen Selbstverwaltungsverständnisses und verdrängt das partizipatorische Element vollends. Dadurch wird der *politische* Selbstverwaltungsbegriff gleichsam abgeschafft. Stattdessen gebraucht Forsthoff die Begrifflichkeit der „ehreamtlichen Verwaltung“¹⁹. Die Entbehrlichkeit des politischen Selbstverwaltungsverständnisses begründet Forsthoff damit, dass „nicht recht einzusehen sei, warum es noch auf die körperschaftliche Struktur ankommen soll, nachdem der Selbstverwaltungsbegriff an den selbständigen Träger angeschlossen worden ist.“²⁰. Aufgabe der kommunalen Organe ist damit bei Forsthoff nicht politische Willensbildung, sondern die sachgerechte Erledigung von Verwaltungsobliegenheiten²¹.

Gegen die Hervorhebung der rein formalen Aspekte, die das politische Element der Selbstverwaltung teilweise negieren, bildeten sich vor allem in neuerer Zeit Auffassungen heraus, welche das materiale Moment stärker in den Fokus rücken. Anzuführen sind in diesem Zusammenhang namentlich Erich Becker, Jürgen Salzwedel sowie Ulrich K. Preuß²².

Becker differenziert zwischen der formalen und der materialen Selbstverwaltung und beschreibt die unterschiedlichen Begriffe wie folgt: Der Rechtsbegriff der Selbstverwaltung im *formalen* Sinn bestehe in der öffentlichen Verwaltung durch juristische Personen, die dem Staat eingegliedert seien. Hingegen überhöhe der Rechtsbegriff der Selbstverwaltung im *materialen* Sinn die Selbstverwaltung als Verwaltungsform durch die Zweckbestimmung eigenverantwortlicher Erfüllung von Gemeinschaftsaufgaben mittels Dezentralisation²³.

Becker fasst die beiden Elemente damit zu einem „umfassenden Rechtsbegriff der Selbstverwaltung im materialen Sinne“²⁴ zusammen und definiert diese als eigenverantwortliche Erfüllung gemeinschaftlicher öffentlicher Aufgaben im eigenen Namen durch dem Staat eingegliederte, rechtsfähige öffentliche Verbände mit eigenen gewählten Organen unter der Aufsicht des Staates²⁵. Auf die hiermit verbundene Problematik einer zunehmenden Komplexität infolge einer noch

18 Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 474.

19 Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 474.

20 Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 478.

21 Holtkamp, in: DÖV 2008, 94, 95.

22 Vgl. Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 275 ff.

23 Becker, in: Peters, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, S. 116, 120; Becker, Kommunale Selbstverwaltung, in: Bettermann/Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte, S. 695 f.; s. auch Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 275, m.w.N.

24 Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 276.

25 Becker, in: Peters, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. I, S. 121; Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 276, m.w.N.

weitergehenden Ausdifferenzierung weist Hendler hin, indem er in der Konzeption Beckers trotz der Zusammenfassung des rechtlich-formalen und des rechtlich-materialen Begriffs anstelle einer Zweiteilung des Selbstverwaltungsbegriffs nunmehr eine Dreiteilung erkennt: Denn zu unterscheiden seien demnach ein rechtlich-formaler, ein rechtlich-materialer und ein politischer (staatsbürgerlicher) Selbstverwaltungs-begriff²⁶. Eine solche weitere Ausdifferenzierung des Selbstverwaltungs-begriffs reduziert jedoch die Praktikabilität, insbesondere vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Selbstverwaltungsgedankens, der Integration des bürgerschaftlichen Engagements in die unmittelbare Aufgabenerledigung. Becker ist gleichwohl anzurechnen, dass er, indem er in seine Definition die Einbeziehung „gewählter Organe“ aufnimmt, den Aspekt der Partizipation unterstreicht.

Nach Salzwedel bedeutet Selbstverwaltung diejenige Organisationsform der öffentlichen Verwaltung, bei der vom Staat verschiedene juristische Personen des öffentlichen Rechts aufgrund gesetzlicher Gewährung des Selbstverwaltungsstatus eigene Aufgaben mit eigenen Organen in eigenem Namen und im Rahmen der Gesetze auch in eigener administrativer und finanzieller Verantwortung erfüllen²⁷. Im Gegensatz zu Becker, der von „gewählten Organen“ spricht, kommt das materiale Element bei Salzwedel – lediglich – in Form der „juristischen Personen“ zum Ausdruck, worin eine Besinnung auf die vormals essentielle formale Sichtweise der Selbstverwaltung erblickt werden könnte.

Jedoch kommt auch bei Salzwedel die staatsbürgerliche Teilhabe unter dem Aspekt der sogenannten *gesellschaftlichen* Selbstverwaltung zum Tragen, die sich im hier interessierenden Bereich der kommunalen Selbstverwaltung durch eigenverantwortliche Verwaltung eigener öffentlicher Aufgaben durch körper-schaftlich organisierte Solidargemeinschaften der Betroffenen charakterisiert²⁸. Für diese Kategorie der „gesellschaftlichen Selbstverwaltung“ ist dabei kennzeichnend, dass die aus dem Aufgabenbereich der Staatsverwaltung ausgeglie-

26 Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 276, der in Fn. 31 hinsichtlich der diffizilen „Verfeinerung“ der Selbstverwaltungs-begriffe auf Perntahler, Die verfassungsrechtlichen Schranken der Selbstverwaltung in Österreich, S. 32 f., hinweist. Perntahler nehme sogar eine Vierteilung vor: a) öffentliche Selbstverwaltung, b) gesellschaftliche Selbstverwaltung, c) öffentlich-gesellschaftliche Selbstverwaltung sowie d) gesellschaftlich-öffentliche Selbstverwaltung. Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 276 (Fußnote 32), zweifelt – zutreffend – an dem sachlichen Nutzen dieser hochgradigen Differenzierung, da erneut die Frage der Praktikabilität angesichts der selbstverwaltungsrechtlichen Ausrichtung auf die direkte Teilhabe der Einwohner Platz greift.

27 Salzwedel, in: VVDStRL 22 (1965), S. 206, 216 f., 223 f.; ebenso Frentzel/Jäkel, Die deutschen Industrie- und Handelskammern und der Deutsche Industrie- und Handelstag, S. 11; Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 277.

28 Salzwedel, in: VVDStRL 22 (1965), S. 206, 223 f.; Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 277 (Fn. 41).

derden Agenden dem Selbstverwaltungsträger als eigene Angelegenheiten zur Wahrnehmung im eigenen Interesse überantwortet werden²⁹.

Preuß schließlich erarbeitet in seiner gegen die Formalisierung gerichteten Konzeption die „sozialstaatliche Selbstverwaltung“. Darunter versteht er den Bereich spezifischer verfassungsrechtlicher Legitimation und Verantwortlichkeit, in dem aus dem Verwaltungsapparat der Organe des politischen Gemeinwesens ausgegliederte, grundsätzlich nicht standardisierbare Funktionen der Daseinsvorsorge für die konkreten Bedürfnisse der Adressaten abweichend von den Prinzipien der Art. 20 Abs. 2 und 38 Abs. 1 GG in voll- und teilrechtsfähigen Organisationen demokratisch verwaltet werden³⁰. Durch die Inkorporation der Daseinsvorsorge in seine Definition wird damit bei Preuß die sozialstaatliche Dimension der Selbstverwaltung betont³¹. Der von Preuß entwickelte Begriff bringt durch das Element der Daseinsvorsorge die Bedeutung der Verantwortung, welche die Teilnehmer der Selbstverwaltung bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu tragen bestimmt sind, zum Ausdruck – wenngleich Preuß’ Terminus der sozialstaatlichen Selbstverwaltung das für eine Verwendung als Rechtsbegriff notwendige Maß an Trennschärfe für die Verwendung im Rahmen des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG als Staatsorganisationsnorm nicht enthält³².

2. Hervorhebung des materialen Elements der Selbstverwaltung

Deutlich wird aus der Darstellung dieser Konzeptionen des Selbstverwaltungsrechts die zunehmend auf den materialen Gehalt abzielende Tendenz. Dieses Verständnis liegt auch dem in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG normierten Selbstverwaltungsrecht zugrunde: Gewollt ist die den Gemeindebürgern zukommende Einbindung in die und die Teilhabe an den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, eine Zielsetzung, die vom Bundesverfassungsgericht hervorgehoben wird, wenn es Kommunen als Ausdruck gegliederter Demokratie bezeichnet³³. Indem das Bundesverfassungsgericht dem Selbstverwaltungsrecht des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG

29 Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 278.

30 Preuß, Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, S. 211 f.; Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 279.

31 Gerade das Sozialstaatsprinzip hat für die Selbstverwaltung unter dem Aspekt der Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge eine erhebliche Bedeutung, wie noch zu zeigen sein wird.

32 So auch Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 279.

33 v. Unruh, in: DVBl. 1975, 1, 2; aufgenommen in BVerfGE 52, 95, 111; vgl. auch BVerfGE 79, 127, 143, 148 ff.; Schmidt-Aßmann/Röhl, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Kap., Rn. 8: „dezentralisiert-partizipative Verwaltung“; Schoch/Wieland, Finanzierungsverantwortung, S. 60; Stober, Kommunalrecht in der BRD, § 8 I 1 (S. 116); Dreier, in: Dreier, 28, Rn. 79.

die Intention zur „Aktivierung der Beteiligten für ihre eigenen Angelegenheiten“³⁴ bemisst und es als vom Demokratieprinzip geprägt³⁵ sieht, so lässt sich das politische Element der kommunalen Selbstverwaltung im gegenwärtigen Sinne nicht anders als konstitutiv bezeichnen. Die Erhaltung der bürgerschaftlichen Mitwirkung an den gemeindlichen Aufgaben muss Ziel der kommunalen Gesetzgebung sein³⁶. Das politische Verständnis der Selbstverwaltung ist demnach we-sensimmanenter Bestandteil der Gewährleistung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG³⁷.

II. Die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG als Bestandteil des Staatsorganisationsrechts

Die vorbezeichneten konstitutiven Elemente der Selbstverwaltung führen dazu, dass die grundgesetzlich geregelte Selbstverwaltung eine „janusköpfige“³⁸ Ausformung in einem politischen und einem juristischen Sinne, mithin in einer Doppelrolle, erhalten hat: In der Funktion eines verfassungsrechtlichen Staatsaufbauprinzips einerseits, in der Funktion einer politisch-administrativen Dezentralisation andererseits³⁹. Von Bedeutung für die Wirkungen der Selbstverwaltung in kompetenzieller Hinsicht ist hier die erstgenannte Ausprägung. Diese verleiht der Vorschrift des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG die Funktion einer staatsorganisationsrechtlichen Aufgabenzuweisungs- und Kompetenznorm⁴⁰. Dies folgt in systematischer Hinsicht aus der Stellung des Art. 28 GG – nämlich im Abschnitt „Der Bund und die Länder“⁴¹ und aus der Stellung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG innerhalb des Art. 28 GG. Denn in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG

34 BVerfGE 11, 266, 275 f.

35 BVerfGE 91, 228, 244: „Das Demokratieprinzip prägt das Bild der Selbstverwaltung, wie sie der Gewährleistung des Art. 28 Abs. 2 GG zugrunde liegt.“

36 Maunz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28, Rn. 48.

37 Auf die gleichwohl weiterhin bestehenden unterschiedlichen Deutungsmöglichkeiten weist Tettinger, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 28, Rn. 129, hin; siehe dort die weiterführenden Hinweise in Fn. 18.

38 Nierhaus, in: Sachs, Art. 28, Rn. 31; Pagenkopf, Kommunalrecht I, S. 42 ff.

39 Nierhaus, in: Sachs, Art. 28, Rn. 31; Schmidt-Abmann/Röhl, in: Schmidt-Abmann/Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Kap., Rn. 8; Dreier, in: Dreier, Art. 28, Rn. 80, der vor einer einseitigen Übersteigerung des einen oder des anderen Elements warnt.

40 Waechter, Kommunalrecht, Rn. 63; Hösch, Die Kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 70; Hösch, in: DÖV 2000, 393, 395; Löwer, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, S. 219; Dreier, in: Dreier, Art. 28, Rn. 79; Jarass/Pieroth, Art. 28, Rn. 5a; Papier, in: DVBl. 1984, 453, 455; Koehler, in: VerwRdSch 2000, 44, 47; Stober, Kommunalrecht in der BRD, S. 61.

41 Anders in der Weimarer Reichsverfassung: Dort wurde das Recht zur kommunalen Selbstverwaltung in den Grundrechtskatalog aufgenommen, und zwar in Art. 127 WRV.