

Landesrecht Nordrhein-Westfalen

## Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen

Eine prüfungsorientierte Darstellung

Bearbeitet von  
Von Prof. Dr. Johannes Dietlein, und Prof. Dr. Johannes Hellermann

7. Auflage 2019. Buch. XXXVI, 586 S. Softcover  
ISBN 978 3 406 73172 3  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Landesrecht, insbes. Rechtssammlungen > Landesrecht  
Nordrhein-Westfalen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beek-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

der Organisation und des Personals Spielräume zur eigenverantwortlichen Gestaltung eröffnet sind.

### bb) Organleihe

Ein weiterer – neben die Begründung von Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung tretender – Sonderfall staatlicher Inanspruchnahme von Gemeinden auf der unteren Ebene der Verwaltungsorganisation (vgl. Rn. 5) ist die Organleihe. Anders als auf Landkreisebene (vgl. Rn. 79, 351 zur Tätigkeit des Landrats als „untere staatliche Verwaltungsbehörde“ nach § 59 KrO) stellt sie auf Gemeindeebene nur einen seltenen Ausnahmefall dar (vgl. §§ 9 Abs. 4 S. 1 OBG, 16 Abs. 2 LOG, 122 Abs. 1 S. 1 GO). Hierbei bedient sich der Staat eines einzelnen Organs einer kommunalen Körperschaft, bei der Gemeinde insbesondere des Bürgermeisters. Dieses wird nicht als Kommunalorgan tätig, sondern ohne Rückbindung an die Kommune per Gesetz in die staatliche Verwaltungsorganisation eingegliedert. Es erfüllt sodann im Rahmen dieser Tätigkeit staatliche Aufgaben als **untere staatliche Verwaltungsbehörde**. Aus diesem Grund spricht man auch vom „verlängerten Arm“ des Staates (BVerwG, NVwZ-RR 1990, 44, 46; ausführlich hierzu *Erichsen*, Kommunalrecht NW, S. 148f.). Richtiger Klagegegner in Fällen dieser Art ist das Land als „Rechtsträger“ i. S. d. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (OVG NRW, NWVBl. 2011, 269).

Bei der Organleihe kommt staatlichen Aufsichts- und Weisungsmaßnahmen infolge der Einschaltung in die staatliche Organisation **keine Außenwirkung** zu. Es handelt sich allein um verwaltungsinterne Maßnahmen, eine Betroffenheit in Selbstverwaltungsrechten ist ausgeschlossen. Neben der Fachaufsicht besteht die auf den jeweiligen Amtswalter bezogene Dienstaufsicht.

## 2. Staatsaufsicht

### a) Begriff und Funktion

Verwaltungsrechtlich betrachtet ist die Staatsaufsicht ein Steuerungsmittel mit langer historischer und aktueller Bedeutung. Im hier relevanten engeren Sinne betrifft sie rechtsfähige Träger mittelbarer Staatsverwaltung und damit auch die Kommunen. Als notwendiges **Korrelat der Dezentralisierung** ist sie im Grundsatz demokratisch-rechtsstaatlich zwingend; Art. 78 Abs. 4 LV sieht sie ausdrücklich vor. Selbstverwaltung begreift „nach ihrem inneren Sinn eine Beteiligung des Staates im Wege der Kommunalaufsicht ... in sich“ (VerfGH NRW, OVGE 9, 74, 83; vgl. auch BVerfGE 78, 331, 341).

Die Staatsaufsicht findet innerhalb der Exekutive statt, ist also **Eigenkontrolle**. Ergänzt wird sie durch das verwaltungsinterne Rechtsbehelfsverfahren (nach § 79 VwVfG, §§ 68ff. VwGO) sowie durch die gemeindeinterne Kontrolle des Bürgermeisters gegenüber dem Rat (vgl. zum Widerspruchsrecht gemäß § 54 GO Rn. 189).

Weder um Kontrolle noch um Staatsaufsicht geht es bei zahlreichen anderen staatlichen Maßnahmen, die die Gemeinde bei ihrem Tätigwerden betreffen und gegen die sie nach allgemeinen Grundsätzen vorgehen kann. So kann sie sich im Rahmen einer Klage gegen den Bau eines Flughafens auf die durch Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 78 LV gestützte Planungshoheit berufen. Es kommt auch vor, dass die Gemeinde nicht als der Staatsaufsicht unterworfenen Verwaltungsträgerin, sondern als polizeipflichtige Verantwortliche für Störungen der öffentlichen Sicherheit in Streitigkeiten involviert wird (zur Anordnung der staatlichen Immissionsschutzbehörde gegenüber einer Gemeinde, für die Einhaltung der Lärmgrenzwerte in einer gemeindlichen Einrichtung zu sorgen, vgl. BVerwG, NVwZ 2003, 346; allg. zum Problem der sog. Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern § 3 Rn. 113ff.).

- 75 Die Staatsaufsicht liegt ausschließlich im **öffentlichen Interesse**. Nach § 11 GO soll sie die Kommunen zur Erfüllung ihrer Pflichten anhalten, aber auch schützen. Wegen des ausschließlich öffentlichen Interesses haben Bürger der Gemeinde keine klagbaren Rechte darauf, dass sie ausgeübt wird.
- 76 Der Schutzfunktion korrespondiert, dass nach einem modernen Verständnis Aufsicht nicht so sehr punktuell-korrigierendes, sondern immer mehr handlungsbegleitend-steuerndes, insbesondere auch informelles Handeln bis hin zu einer durchgehenden Kooperation bedeutet. Die Beratung der Gemeinde im Vorfeld kommunalen Agierens gilt als die wichtigste Form der – von den Instrumenten der repressiven Aufsicht zu unterscheidenden – **präventiven Aufsicht** (vgl. BVerfGE 58, 177, 195). Diese dient der Vermeidung von Fehlentwicklungen im Vorfeld kommunalen Handelns, birgt indes den Nachteil in sich, dass die kommunale Selbstverwaltung schon im Ansatz erstickt zu werden droht. Aus diesem Grund bedürfen Aufsichtsmittel, die den Kommunen verbindlich ein Verhalten vorschreiben wollen, einer klaren gesetzlichen Grundlage. Insoweit sind bloße Anzeige- oder Vorlagepflichten (vgl. z.B. § 115 GO) von besonderen Genehmigungsvorbehalten zu unterscheiden. Sie finden sich als Erfordernisse aufsichtsbehördlicher Genehmigung, Zustimmung oder Bestätigung z.B. bei Gebietsänderungen (vgl. § 18 Abs. 2 GO) und für bestimmte Satzungen (vgl. § 7 Abs. 1 GO) sowie in Fachgesetzen, etwa bei der gemeindlichen Bebauungsplanung (vgl. § 10 Abs. 2 BauGB) oder beim Flächennutzungsplan (vgl. § 6 BauGB). Bei der Interpretation der fachgesetzlichen Regelungen muss Art. 78 Abs. 4 S. 1 LV Rechnung getragen werden. Dieser beschränkt die Staatsaufsicht außerhalb von Weisungsaufgaben explizit auf eine Rechtmäßigkeitsprüfung, so dass die entsprechenden landesgesetzlichen Bestimmungen verfassungskonform zu reduzieren sind.

**Beispiel:** So bildet etwa die Genehmigung einer Abgabensatzung eine Maßnahme der präventiven Rechtsaufsicht, da der Satzungserlass zum weisungsfreien Bereich der gemeindlichen Finanzhoheit gehört (vgl. zur Zweitwohnungssteuer einer bayerischen Gemeinde BayVerfGH, NVwZ 1989, 551).

#### b) Insbesondere: Allgemeine Aufsicht und Sonderaufsicht

- 77 Die Staatsaufsicht rückt v.a. dann in den Mittelpunkt, wenn sich die Gemeinde gegen eine **verbindliche Maßnahme der staatlichen Aufsichtsbehörde** verwaltungsgerichtlich zur Wehr setzen will; dann werden für die Zulässigkeit die Qualifizierung der Maßnahme als Verwaltungsakt sowie die Klagebefugnis (vgl. noch Rn. 91 ff.) und für die Begründetheit Fragen der Zuständigkeit und der Reichweite virulent.

##### aa) Allgemeine Aufsicht

- 78 Die allgemeine Aufsicht des Staates (vgl. Art. 78 Abs. 4 S. 1 LV, §§ 11, 119 Abs. 1 GO) erstreckt sich auf **die gesamte Selbstverwaltungstätigkeit der Gemeinde**. Erfasst ist damit nicht nur die Wahrnehmung der freiwilligen und pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben (zu den Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung vgl. Rn 64 ff.), sondern auch etwa die Ausübung der Organisations-, Personal- oder Finanzhoheit.
- 79 Die **Zuständigkeit** für die allgemeine Aufsicht knüpft an die Gemeindekategorie (Rn. 44) an. Über kreisangehörige Gemeinden führt der Landrat im Wege der Organelihe (vgl. Rn. 71 f., 351) als untere staatliche Verwaltungsbehörde die Aufsicht (vgl. §§ 120 Abs. 1 GO, 59 Abs. 1 KrO); ist an einer Aufsichtsmaßnahme der Kreis beteiligt, ordnet § 59 Abs. 2 KrO zur Vermeidung von Interessenkollisionen die Entschei-

dung durch die (obere) Aufsichtsbehörde, das ist nach § 120 Abs. 3 GO die Bezirksregierung, an (vgl. OVG NRW, NWVBl. 2013, 290). Die Aufsicht über kreisfreie Städte führt die Bezirksregierung (vgl. § 120 Abs. 2 GO), obere Aufsichtsbehörde ist hier das Innenministerium (vgl. § 120 Abs. 3 GO). Als oberste Aufsichtsbehörde fungiert stets das Innenministerium (vgl. § 120 Abs. 4 GO).

Die allgemeine Aufsicht ist ihrem Maßstab nach **Rechtsaufsicht**. Sie wacht darüber, dass die Kommunen bei der Erledigung ihrer Aufgaben in rechtmäßiger Weise, unter Einhaltung des formellen und materiellen europäischen Rechts, des Bundes- und des Landesrechts handeln. Ist der Gemeinde beim Erlass von Verwaltungsakten Ermessen eingeräumt (vgl. § 40 VwVfG), beschränkt sich die staatliche Aufsicht deshalb auf die Einhaltung der allgemeinen Ermessensgrenzen; der Maßstab entspricht hierbei dem der Verwaltungsgerichte bei der Kontrolle von Ermessensentscheidungen (vgl. § 114 VwGO).

**Beispiel:** Lediglich der Rechtsaufsicht unterliegt etwa die Einstellung von Beamten durch die Gemeinde. Sofern die Aufsichtsbehörde von der Gemeinde einen HIV-Test als Einstellungsvoraussetzung verlangt, ist dies nicht mehr von den Rechtsaufsichtsbefugnissen gedeckt (vgl. BayVGh, NJW 1989, 790).

Im Rahmen der allgemeinen Aufsicht sieht die Gemeindeordnung folgende **repräsentative Aufsichtsinstrumente** in der Hand der zuständigen Aufsichtsbehörden vor:

- **Unterrichtungsrecht** mittels Aktenvorlage, Berichterstattung bzw. Einsichtnahme (vgl. § 121 GO).
- **Beanstandungsrecht** gegenüber dem Rat hinsichtlich Anordnungen des Bürgermeisters, die das geltende Recht verletzen (vgl. § 122 Abs. 2 S. 1 GO); diese Beanstandung hat gemäß § 122 Abs. 2 S. 3 GO aufschiebende Wirkung. Falls der Rat indes die Anordnung des Bürgermeisters billigt, kann die Aufsichtsbehörde sodann die Anordnung aufheben (vgl. § 122 Abs. 2 S. 4 GO).
- **Anweisungsrecht** bei rechtswidrigen Beschlüssen des Rates und der Ausschüsse gegenüber dem Bürgermeister, diese gemäß § 54 Abs. 2, 3 GO zu beanstanden (vgl. § 122 Abs. 1 S. 1 GO); der Bürgermeister ist hier im Rahmen der sog. Organleihe tätig (vgl. Rn. 71 f.). Nach erfolgter Beanstandung durch den Bürgermeister und erneuter Beratung im Rat bzw. Ausschuss kann die Aufsichtsbehörde solche Beschlüsse aufheben (§ 122 Abs. 1 S. 2 GO).
- **Anordnungsrecht** (vgl. § 123 Abs. 1 GO), wenn die Gemeinde die ihr kraft Gesetz obliegenden Pflichten oder Aufgaben nicht erfüllt. Im Unterschied zum Beanstandungsrecht greift die Möglichkeit der Anordnung also im Falle eines gemeindlichen Unterlassens ein.
- **Ersatzvornahme** (vgl. § 120 Abs. 2 GO); sie besteht in der Durchführung der notwendigen Maßnahmen anstelle und auf Kosten der Gemeinde durch die Aufsichtsbehörde (näher Müller, NWVBl. 2012, 414). Dies setzt voraus, dass die Gemeinde einer Beanstandung bzw. Anordnung nicht nachgekommen ist. Die Ersatzvornahme hat eine Doppelnatur. Sie ist gegenüber der Gemeinde ein Verwaltungsakt mit Regelungsgehalt (auf „Duldung“) und enthält zugleich den jeweils ersatzweise vorgenommenen Akt (dies kann z. B. ein Verwaltungsakt oder ein Vertragsabschluss sein). Einer vorherigen Festsetzung ähnlich dem Vorgehen bei Zwangsmitteln nach § 44 VwVG NRW bedarf es nicht (OVG NRW, NWVBl. 2011, 104).

Darüber hinaus gibt es **Instrumente, die nicht von der zuständigen Aufsichtsbehörde** eingesetzt werden. So kann das Innenministerium einen Beauftragten bestel-

len (sog. Staatskommissar), wenn und solange die Befugnisse der Aufsichtsbehörde nicht ausreichen (vgl. § 124 GO). Der Beauftragte nimmt sodann in der Stellung eines Organs der Gemeinde alle oder einzelne Aufgaben der Gemeinde auf ihre Kosten wahr. Schließlich kann das Innenministerium durch Beschluss der Landesregierung ermächtigt werden, einen Rat aufzulösen, wenn er dauernd beschlussunfähig ist oder wenn eine ordnungsgemäße Erledigung der Gemeindeaufgaben aus anderen Gründen nicht gesichert ist (vgl. § 125 GO). Innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe der Auflösung ist eine Neuwahl durchzuführen.

- 83 Die **tatbestandlichen Voraussetzungen** für den Einsatz des jeweiligen Aufsichtsinstrumentes haben – von ihren Spezifika abgesehen – gemeinsam, dass das gemeindliche Handeln rechtswidrig gewesen sein muss; die Rechtmäßigkeit von Aufsichtsmaßnahmen hängt von der Rechtswidrigkeit des kommunalen Handelns ab, so dass die Rechtmäßigkeit des nach Außen gerichteten kommunalen Handelns inzident geprüft werden muss. Der Maßstab der Rechtmäßigkeit kann zum Teil nahe an die Grenzen der Zweckmäßigkeit heranrücken, wenn es um die Beachtung eines konkretisierungsbedürftigen Tatbestandsmerkmals geht. So ist z.B. ein aufsichtsbehördliches Eingreifen im Rahmen der „Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit“ der kommunalen Haushaltswirtschaft nach § 75 Abs. 2 GO erst dann gerechtfertigt, wenn die von der Kommune gewählte Handlungsoption eindeutig unwirtschaftlich ist. Eine solche Feststellung bereitet indes angesichts der unterschiedlichen Auffassungen und oftmals nur schwer nachprüfbarer Einschätzungen erhebliche Schwierigkeiten (vgl. VG Köln, NWVBl. 2005, 111).
- 84 Liegen die gesetzlich vorgegebenen tatbestandlichen Voraussetzungen vor, liegt es im **Ermessen** der Aufsichtsbehörde, ob und mit welchem Aufsichtsinstrument sie nachträglich einschreitet (Opportunitätsprinzip). Hierfür sprechen neben dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften (zumeist „kann“) auch die kommunale Selbstverwaltungsgarantie sowie die ebenfalls bestehende Schutzfunktion der Aufsicht (vgl. § 11 GO). Die Auswahl der Aufsichtsinstrumente ist am Übermaßverbot zu orientieren, d.h. nach der Eingriffsintensität zu staffeln.

#### bb) Sonderaufsicht

- 85 Nach Art. 78 Abs. 4 S. 2 LV i. V.m. § 3 Abs. 2 GO kann das Land den Gemeinden Pflichtaufgaben auferlegen und sich hierbei ein besonderes Weisungs- und Aufsichtsrecht gesetzlich vorbehalten. Für solche Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung wird damit die sog. Sonderaufsicht begründet (§ 119 Abs. 2 GO). Diese umfasst eine **Zweckmäßigkeitssaufsicht** nach Maßgabe der jeweiligen gesetzlichen Festlegung, so dass Gesichtspunkte der Effektivität der Durchsetzung politischer Zielvorstellungen hinzutreten können. Die Sonderaufsicht ist inhaltlich konkret durch Gesetz festzulegen (vgl. so z.B. in §§ 9, 3 Abs. 1 OBG). Die Zuständigkeit der Sonderaufsichtsbehörden bestimmt sich nach § 11 GO i. V.m. den jeweiligen Fachgesetzen (z.B. § 7 OBG).

Dass entsprechende Weisungsbefugnisse bei den freiwilligen und den Pflichtaufgaben ohne Weisung nicht existieren, lässt dort sog. weisungsfreie Räume entstehen. Ein verfassungsrechtlich zu problematisierendes Demokratiedefizit ist hierin allerdings nicht zu sehen, wird eine Legitimation doch über die kommunale Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 78 LV erreicht. Diese verschafft der Gemeindeverwaltung mittels Wahlen durch das Gemeindevolk (als Teil-Staatsvolk) ein hinreichendes Maß an zusätzlicher demokratischer Legitimation.

- 86 Die Sonderaufsichtsbehörden verfügen im Gegensatz zu den Behörden der Rechtsaufsicht (vgl. Rn. 81f.) nicht über repressive Instrumente, um gegen eine Gemeinde, die Weisungen missachtet, vorgehen zu können. Zur Durchsetzung ihrer Weisungen

mit den Eingriffsmitteln der GO sind sie nicht befugt (vgl. § 127 GO). An dieser Stelle besteht nun eine **Verknüpfung von Sonderaufsicht und Rechtsaufsicht**. Die jeweilige Sonderaufsichtsbehörde kann sich an die zuständige Rechtsaufsichtsbehörde wenden, und diese kann sodann mit ihren Instrumenten (vgl. Rn. 76, 81f.), z.B. durch Beanstandung oder Ersatzvornahme, für die Durchsetzung der Weisung sorgen (vgl. § 11 OBG). In der Nichtbeachtung einer Weisung ist angesichts der diesbezüglichen Verpflichtung der Gemeinden ein die Rechtsaufsicht auslösender Rechtsverstoß zu sehen. Gegenüber einer solchen rechtsaufsichtlichen Maßnahme ist in gleicher Weise Rechtsschutz eröffnet, wie allgemein gegenüber der Rechtsaufsicht (vgl. Rn. 91 ff.). Allerdings ist im Rahmen der Begründetheitsprüfung zu berücksichtigen, dass nicht „durch die Hintertür“ die fachaufsichtliche Weisung als solche beanstandet werden kann, sondern dass sich der Rechtsschutz allein auf den Einsatz des fraglichen repressiven Rechtsaufsichtsinstrumentes bezieht.

### 3. Anhang

**Literatur:** *Erchsen*, Kommunalrecht NW, S. 67 ff., 349 ff.; *Vietmeier*, Die staatlichen Aufgaben der Kommunen und ihre Organe, 1992; *Kahl*, Die Staatsaufsicht, 2000; *Knemeyer*, Staatsaufsicht über Kommunen, JuS 2000, 521; *Oebbecke*, Kommunalaufsicht – Nur Rechtsaufsicht oder mehr?, DÖV 2001, 406; *Groß*, Was bedeutet Fachaufsicht?, DVBl. 2002, 793; *Schoch*, Die staatliche Rechtsaufsicht über Kommunen, JURA 2006, 188; *ders.*, Die staatliche Fachaufsicht über Kommunen, JURA 2006, 358; *Knemeyer*, Die Staatsaufsicht über die Gemeinden und Kreise (Kommunalaufsicht), in: HdbKWP I, 2007, 217; *Brüning/Vogelgesang*, Die Kommunalaufsicht, 2. Aufl. 2009.

**Klausurfälle:** *Schnapp/Mühlhoff*, Die Kündigung einer Gemeindeangestellten im Wege der Kommunalaufsicht, NWVBl. 2000, 271; *Körllings/Tönningsen*, Der gemeindliche Verordnungserlass und die Aufsicht, JuS 2014, 422; *Dietlein*, 4. Klausur, in: Dietlein/Hellermann, Klausurenbuch Öffentliches Recht in NRW, 2. Aufl. 2014, 43; *Schiffbauer*, Partnerstadt Pjöngjang, JuS 2015, 548; *Kümper*, Kommunalrecht: Kein Festkommers im Friedenssaal der Stadt M?, JURA 2015, 1231; *Beyerbach*, Ein Dorf bleibt unter sich, JA 2018, 121.

#### Kontrollfragen:

1. In welchen Situationen wirkt sich der Unterschied zwischen Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten aus?
2. Wie werden die Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung in das monistische Aufgabensystem eingeordnet und welche Konsequenzen ergeben sich hieraus?
3. Wie unterscheiden sich Rechts- und Fachaufsicht?
4. Was kann die zuständige Aufsichtsbehörde unternehmen, wenn auf Gemeindeebene rechtswidrig gehandelt wird bzw. wenn die Gemeinde (rechtswidrig) nicht handelt?

### III. Rechtsschutz im Verhältnis zwischen Gemeinde und Staat

Soweit den Gemeinden kraft Verfassungsrechts oder kraft einfachen Rechts subjektiv-rechtliche Positionen gegenüber dem Staat zustehen, stellt sich die Frage nach den **Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung dieser gemeindlichen Rechte**. In der Sache geht es dabei entweder um die Vereinbarkeit von Gesetzen mit der bundes- oder landesverfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie oder um die Vereinbarkeit staatlicher Verwaltungs-, insbesondere auch Aufsichtsmaßnahmen mit den gemeindlichen Rechten. Zunächst sind dabei die Möglichkeiten des Primärrechtsschutzes in den Blick zu nehmen; dieser kann vor den Verfassungsgerichten (dazu 1.) und vor den Verwaltungsgerichten (dazu 2.) gesucht werden. Danach ist ein Blick auf die Ebene des Sekundärrechtsschutzes zu werfen; dort geht es insbesondere um die Durchsetzung von Amtshaftungsansprüchen der Gemeinde gegen den Staat (dazu 3.).

In der Klausur sind, wenn die Fallfrage auf beide Ebenen zielt, zunächst die Möglichkeiten des Primärrechtsschutzes gutachtlich zu untersuchen. Auch wenn die Fallfrage nur auf die Sekundärrechtsebene zielt, empfiehlt es sich, den jeweiligen Fall zunächst auf der Ebene des Primärrechtsschutzes zu durchdenken, bevor der Sekundärrechtsschutz gutachtlich erörtert wird; denn diese Vorüberlegung führt zu den in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen, und zudem kann der Vorrang des Primärrechtsschutzes zum Ausschluss sekundärrechtlicher Ansprüchen führen (vgl. Rn. 99ff.).

### 1. Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz

- 89 Verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz gegenüber **Rechtsetzungsakten des Bundes** können die Gemeinden ausschließlich vor dem BVerfG suchen. Mangels Grundrechtsfähigkeit kommt als Verfahrensart die Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG nicht in Betracht; durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b Hs. 1 GG ist den Gemeinden jedoch die Möglichkeit einer auf „die Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nach Art. 28 GG“ gerichteten eigenen Form der Verfassungsbeschwerde eröffnet (sog. Kommunalverfassungsbeschwerde). Die Zulässigkeit entsprechender Anträge beurteilt sich nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b Hs. 1 GG i. V.m. §§ 13 Nr. 8a, 91ff. BVerfGG. Ein Antrag kann sich dabei nur gegen ein Gesetz des Bundes richten, nicht gegen Maßnahmen der Verwaltung; erfasst sind alle Gesetze im materiellen Sinne, d. h. Paragrafengesetze, Verordnungen und Satzungen. Darüber hinaus muss der Antragsteller (Gemeinde oder Gemeindeverband) behaupten, in seinem Recht auf Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG verletzt zu sein. Hierbei ist er an eine Jahresfrist gebunden (§ 93 Abs. 3 BVerfGG). Begründet ist eine Kommunalverfassungsbeschwerde, wenn das angegriffene Gesetz die kommunale Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG verletzt. Dabei bilden den Prüfungsmaßstab neben dem primär heranzuziehenden Art. 28 Abs. 2 GG selbst auch, aber auch nur solche Normen, die geeignet sind, „das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung zu bestimmen“ (vgl. BVerfGE 91, 228, 242; 119, 331, 356f.); dies gilt etwa für das Willkürverbot, Art. 20 Abs. 1 GG (Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip) und die Gesetzgebungskompetenzbestimmungen der Art. 70ff. GG.
- 90 Bei **Rechtsetzungsakten des Landes** ist Rechtsschutz vor dem BVerfG durch die Subsidiaritätsklausel des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b Hs. 2 GG ausgeschlossen, es sei denn, der landesverfassungsrechtliche Rechtsschutz bleibt hinter dem durch das BVerfG gewährten Rechtsschutz oder die landesverfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung bleibt materiell hinter dem Gewährleistungsniveau des Art. 28 Abs. 2 GG zurück (BVerfGE 147, 185, Rn. 50ff.). Grundsätzlich bleibt danach nur die Anrufung des VerfGH NRW im Verfahren der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 75 Nr. 4 LV i. V.m. §§ 12 Nr. 8, 52 VGHG (vgl. dazu näher § 1 Rn. 242ff.). Der Begriff des Landesrechts i. S. d. § 52 Abs. 1 VGHG ist angesichts der Intention, Gemeinden und Gemeindeverbänden einen lückenlosen Rechtsschutz zu gewähren, weit auszulegen. Daher sind nicht nur formelle Gesetze und Rechtsverordnungen, sondern alle Rechtsnormen, die mit dem Anspruch auf Verbindlichkeit tatsächlich gelten, von der staatlichen Autorität garantiert werden und denen Außenwirkung zukommt, erfasst (Gesetze im materiellen Sinne). Unzulässig ist dagegen eine Verfassungsbeschwerde gegen einen ministeriellen Erlass, der auch (mittelbar) vor den Verwaltungsgerichten überprüft werden könnte, so dass ausreichender Rechtsschutz besteht (vgl. VerfGH NRW, VR 1995, 31). Der Antragsberechtigte muss behaupten können, in seinem Recht auf Selbstverwaltung verletzt zu sein, und zwar selbst, unmittelbar und gegenwärtig. Keine unmittelbare Betroffenheit liegt vor, wenn das angefochtene Gesetz erst im Zusammenwirken mit einer weiteren Norm (z. B. einer konkretisierenden Satzung)

auf das Selbstverwaltungsrecht einwirkt (VerfGH NRW, NWVBl. 2003, 99). Für die Antragstellung gilt eine Frist von einem Jahr (vgl. § 52 Abs. 2 VGHG). Prüfungsmaßstab ist die Landesverfassungsgarantie nach Art. 78 Abs. 1, 2 LV (§ 52 Abs. 1 VGHG); daneben kommen auch hier u.U. diejenigen Grundsätze in Betracht, die ihrem Inhalt nach „das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung“ mitzubestimmen geeignet sind (VerfGH NRW, NVwZ-RR 2010, 705, 706), wobei der VerfGH NRW seine Jurisdiktion hier auch auf die Einhaltung einschlägiger bundesrechtlicher Vorgaben erstreckt (vgl. VerfGH NRW, DVBl. 2008, 241, 243; DVBl. 2012, 837, 838).

## 2. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz

Gegen Maßnahmen der staatlichen Verwaltung von Bund und Ländern ist der **91 Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten** eröffnet, da es sich um „öffentlich-rechtliche Streitigkeiten“ i. S. v. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO handelt. Auch liegt regelmäßig eine Streitigkeit „nichtverfassungsrechtlicher Art“ vor: Zwar sind die Verfassungsnormen der Art. 28 Abs. 2 GG, 78 Abs. 1, 2 LV Grundlage der geltend gemachten subjektiven Position der Gemeinde, diese ist aber nicht unmittelbar am Verfassungsleben beteiligt, sondern als Verwaltungsträger betroffen. § 126 GO, der für Aufsichtsmaßnahmen ausdrücklich auf die Rechtsschutzmöglichkeiten der VwGO hinweist, ist mithin deklaratorischer Natur.

Zu unterscheiden sind **die Abwehr- und die Verpflichtungssituation**. In der **92** Abwehrsituation wehrt sich eine Gemeinde gegen eine Maßnahme der Staatsaufsicht, in der Verpflichtungssituation will eine Gemeinde die erforderliche Mitwirkung einer staatlichen Behörde, z. B. die Erteilung einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung, erzwingen. In beiden Konstellationen ergeben sich gegenüber der sonst im Vordergrund stehenden Klage eines Bürgers gegen staatliche Verwaltungsmaßnahmen einige Besonderheiten insbesondere hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer verwaltungsgerichtlichen Klage, die im Folgenden betrachtet werden sollen.

Keine Besonderheiten bestehen, wenn es nicht um staatliche Aufsichtsmaßnahmen einschließlich Weisungen geht, sondern die Gemeinde z. B. als Planungs- oder Einrichtungsträgerin gegen bestimmte Verwaltungsmaßnahmen (etwa: Beeinträchtigung eines gemeindlichen Seebades durch eine wasserrechtliche Erlaubnis für eine Fischzucht [OVG MV, NVwZ-RR 1996, 197]) oder als Adressatin polizeilicher Maßnahmen gegen diese vorgehen will. Nicht möglich ist die Berufung auf Rechtspositionen der Gemeindeglieder (z. B. auf Abwehrrechte der Grundstückseigentümer gegen die staatliche Genehmigung eines Bergbauvorhabens). Hier mangelt es an der erforderlichen Klagebefugnis (vgl. § 42 Abs. 2 VwGO), da die Gemeinde nicht als Treuhänderin oder Sachwalterin auftreten kann.

### a) Statthafte Klageart

Die Klageart richtet sich nach dem gemäß § 88 VwGO auszulegenden Begehren der **93** Gemeinde. Vorrangig ist in der Abwehrsituation eine Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Hs. 1 VwGO), in der Verpflichtungssituation eine Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Hs. 2 VwGO) in Betracht zu ziehen. Deren Statthaftigkeit hängt maßgeblich von der Qualifikation der Maßnahme, deren Aufhebung oder deren Erlass die Gemeinde begehrt, als **Verwaltungsakt** ab. In beiden Konstellationen ist insoweit – anders als bei Maßnahmen des Staates gegenüber dem Bürger – das Merkmal der Außenwirkung (vgl. § 35 VwVfG) problematisch; sie hängt von der Qualifikation der in Rede stehenden gemeindlichen Aufgabenwahrnehmung ab (vgl. R.n. 62 ff.). Da Art. 78 Abs. 2 LV, §§ 2, 3 Abs. 1, 2 S. 1 GO die Wahrnehmung sämtlicher Verwaltungsaufgaben im Gemeindegebiet der Gemeinde als Selbstverwaltungskörperschaft zuweisen, ist diese bei der Erledigung nicht nur von freiwilligen Aufgaben und Pflichtaufgaben, sondern auch

von Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung als selbständiger Rechtsträger von einer staatlichen Maßnahme betroffen, so dass die Außenwirkung und die Verwaltungsaktsqualität zu bejahen ist. Ist die Gemeinde dagegen bei der Erledigung einer staatlichen Auftragsangelegenheit kraft Bundesrecht tätig, so fehlt es hieran. Hier kann nur ausnahmsweise eine Betroffenheit als Selbstverwaltungsträger und damit eine Außenwirkung angenommen werden, und zwar wenn in Wahrheit gar keine Auftragsangelegenheit, sondern eine Selbstverwaltungsangelegenheit vorliegt. Gegen Maßnahmen, die an den Bürgermeister im Bereich einer Organleihe (vgl. Rn. 71 f.) gerichtet sind, kann die Gemeinde nicht einschreiten, da solche Maßnahmen den staatlichen Innenbereich, in den das „entlehene“ Organ einbezogen ist, nicht überschreiten.

Ein Verwaltungsakt liegt jedenfalls, d.h. ungeachtet der Aufgabenqualität und der hierzu vertretenen Auffassung, vor, wenn die Gemeinde durch eine Maßnahme betroffen ist, die gegenüber einem Privaten erlassen worden ist und sämtliche Merkmale des § 35 VwVfG erfüllt. Beispiel: Die Gemeinde verfügt einen Verwaltungsakt, gegen den ein Bürger Widerspruch erhebt. Die staatliche Widerspruchsbehörde gibt dem Widerspruch statt und hebt den gemeindlichen Verwaltungsakt auf (einmal Verwaltungsakt, immer Verwaltungsakt; vgl. BVerwG, DVBl. 1994, 1194; BVerwG, NVwZ 2002, 1254). Allerdings ist dann die Klagebefugnis der Gemeinde problematisch (vgl. Rn. 96 f.).

- 94 Fehlt es der streitgegenständlichen Maßnahme am Verwaltungsaktcharakter, so kann bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen entweder **die allgemeine Leistungsklage (vgl. § 42 Abs. 2 S. 1 VwGO) oder die allgemeine Feststellungsklage (vgl. § 43 Abs. 1 VwGO)** erhoben werden. Das **Ob** der Rechtsschutzgewähr ist mithin grundsätzlich nicht vom Vorliegen eines Verwaltungsaktes abhängig. Fehlt es allerdings mangels Außenwirkung an der Verwaltungsaktsqualität, wird regelmäßig auch die – auch in diesen Klagearten erforderliche – Klagebefugnis nicht vorliegen (vgl. Rn. 96 f.).

#### b) Beteiligten-/Prozessfähigkeit

- 95 Die **Beteiligtenfähigkeit** der Gemeinde folgt aus § 61 Nr. 1 VwGO („juristische Person“); das gilt seit Inkrafttreten des JustG NRW auch bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. Die **Prozessfähigkeit** beurteilt sich stets nach § 62 Abs. 3 VwGO i. V.m. § 63 Abs. 1 S. 1 GO (vgl. zur Vertretung der Gemeinde durch den Bürgermeister noch Rn. 194 ff.).

#### c) Klagebefugnis

- 96 Bei allen Klagearten, d.h. sowohl bei einer Anfechtungs- und Verpflichtungsklage als auch bei einer allgemeinen Leistungs- sowie einer Feststellungsklage muss die Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO bzw. § 42 Abs. 2 VwGO analog) gegeben sein. Eine Klage ist nur zulässig, wenn die klagende Gemeinde geltend machen kann, in ihren Rechten verletzt zu sein. Als **möglicherweise verletzte Rechte** in diesem Sinne kommen die Selbstverwaltungsgarantien nach Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 78 Abs. 1, 2 LV, ggf. i. V.m. einfachgesetzlichen Normen (z.B. § 3 Abs. 2 GO oder § 9 Abs. 2 OBG, wenn die Voraussetzungen für eine Einzelweisung nicht vorliegen) in Betracht. Zwar handelt es sich wegen fehlender Grundrechtsqualität nicht um „Rechte“ i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG (sog. Rechtsschutzgarantie). Das schließt aber nicht aus, die Selbstverwaltungsgarantien als Grundlage von „Rechten“ i. S. d. § 42 Abs. 2 VwGO anzusehen.
- 97 Auch hier muss wieder nach der **Art der betroffenen Aufgabe** unterschieden werden. Im Rahmen von Selbstverwaltungsangelegenheiten i. S. v. Art. 28 Abs. 2 GG kann sich die Gemeinde ohne weiteres auf subjektive Positionen berufen, so dass die Klagebefugnis im Bereich von freiwilligen Aufgaben und Pflichtaufgaben unproblematisch