

Insolvenzfähigkeit von Kommunen

Bearbeitet von

Dr. Felix Hornfischer, Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Schmidt-Aßmann, Prof. Dr. Friedrich Schoch

1. Auflage 2010. Taschenbuch. 398 S. Paperback

ISBN 978 3 415 04495 1

Format (B x L): 14,5 x 20,8 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Kommunalrecht > Kommunalrecht, Kommunalverfassung](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-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.

1. Teil: Grundlagen

§ 1 – Das kommunale Finanzverfassungsrecht

- A. Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung**
 - I. Die verfassungsrechtliche Garantie kommunaler Selbstverwaltung**

Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung ist in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG verankert. Danach muss den Gemeinden das Recht gewährt sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Die Regelungen der Landesverfassungen wiederholen und ergänzen diese Garantie¹, dahinter zurückzubleiben ist ihnen durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG untersagt.²

1. Kommunale Selbstverwaltung und Staatsaufbau

Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung führt im staatsorganisationsrechtlichen System des Grundgesetzes nicht zur Etablierung einer dritten Ebene von Staatlichkeit³; vielmehr sind die Gemeinden und Gemeindeverbände organisatorisch den Ländern zuzuordnen.⁴ Vom zweistufigen *Staatsaufbau* ist der *Verwaltungsaufbau* zu unterscheiden, der mit den Gemeinden und Gemeindeverbänden neben Bund und Ländern über eine dritte Ebene verfügt.⁵ Diese ist zur mittelbaren Staatsverwaltung zu zählen

1 E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl, Kommunalrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S. 1 (33). Vgl. Art. 71 Abs. 1 und 2 LV BaWü; Art. 11 Abs. 2 LV Bay; Art. 97 Abs. 1 und 2 LV Bbg.; Art. 137 Abs. 1 – 3 LV Hess.; Art. 72 Abs. 1 LV MV; Art. 57 Abs. 1 und 3 LV Nds.; Art. 78 Abs. 1 und 2 LV NRW; Art. 49 Abs. 1 – 3 LV RP; Art. 117, 118 LV Saarl.; Art. 84 Abs. 1 LV Sachs.; Art. 87 Abs. 1 und 2 LV LSA; Art. 46 Abs. 1 und 2 LV SH; Art. 91 Abs. 1 und 2 LV Thür.

2 F. Schoch, Stand der Dogmatik, in: Kommunale Selbstverwaltung, S. 11 (12); BbgVerfG, DVBl 1994, S. 857 (858).

3 Allgemein zur historischen Grundlegung kommunaler Selbstverwaltung J. Hatschek, Selbstverwaltung, S. 3 ff.

4 BVerfGE 39, 96 (109); 86, 148 (215); BVerwGE 96, 45 (56); E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl, Kommunalrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S. 1 (15); H. Pünder/C. Waldhoff, Kommunales Finanzrecht in der Verfassungsordnung von Bund und Ländern, in: RdKomFin, § 1 (Rn. 2).

5 H. Dreier, in: H. Dreier, GG, Art. 28 Rn. 95.

und Teil des verfassungsrechtlichen Konzepts der dezentralisiert-partizipativen Verwaltung mit eigenem Legitimationssystem.

Dagegen ist die *Finanzverfassung* des Art. 104 a GG eine dem Staatsaufbau folgende Verfassung⁶, die ihrerseits nur Bund und Länder als unmittelbare Adressaten kennt. Die Gemeinden und Gemeindeverbände sind zwar benannt⁷, jedoch „durch die Länder finanzverfassungsrechtlich media nisiert.“⁸ Dies wird insbesondere durch Art. 106 Abs. 9, 107 Abs. 2 S. 1, 2. Hs. GG deutlich. Die Divergenz zwischen Bundesfinanzverfassung und Verwaltungsaufbau führte – und führt auch nach der Föderalismusreform, die am 1. September 2006 in Kraft trat⁹, – zu einem „Spannungsverhältnis“¹⁰ zwischen Bund und Kommunen hinsichtlich der Aufgabenzuweisung und der Ausgabenlast. Hierauf wird noch zurückzukommen sein.¹¹

2. Wesen und Inhalt der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie

a) Wesen der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie

Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung ist nicht als Grundrecht ausgestaltet.¹² Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG begründet vielmehr eine institutionelle Garantie der kommunalen Selbstverwaltung.¹³ Als solche gewährleis-

6 S. Mückl, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz, S. 159.

7 Z. B. Art. 104 b Abs. 1; 106 Abs. 9 GG.

8 H. Pünder/C. Waldhoff, Kommunales Finanzrecht in der Verfassungsordnung von Bund und Ländern, in: RdKomFin, § 1 Rn. 4; vgl. auch J. Isensee, Föderalismus, in: HStR IV, § 98 Rn. 173. Gegen eine finanzverfassungsrechtliche Dreistufigkeit auch BVerfGE 39, 96 (122). Diese Mediatisierung ist jedoch nicht uneingeschränkt, sondern an einigen Stellen durchbrochen. Dazu näher S. 57.

9 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (BGBl. I S. 2034).

10 D. Thürer, Bund und Gemeinden, S. 28.

11 § 2 F.I.2. (S. 85).

12 BVerfGE 6, 19 (22); 8, 359; S. Mückl, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz, S. 53 ff.; H. Dreier, in: H. Dreier, GG, Art. 28 Rn. 21, 87; F. Schoch, VerwArch 81 (1990), S. 18 (24). Dies ergibt eine Auslegung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. Blickt man dagegen weiter zurück, so ist festzustellen, dass die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung in den Verfassungen der liberal-rechtsstaatlichen Staatswesen als überindividuelles Grundrecht begründet wurde und die Selbstverwaltung als naturrechtliche Institution der Gesellschaft gegenüber dem Staat begriffen wurde.

Zur Grundrechtsähnlichkeit und der Möglichkeit der Übertragung der für die Grundrechte entwickelte *Prinzipientheorie* auf die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung s. § 4 B.I. (S. 145).

13 Bereits zu Art. 127 WRV, C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 170 ff., sowie C. Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, S. 140 ff. Übernommen für Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG in BVerfGE 1, 167, (174 f.). Zum Begriff als solchem E. Schmidt-Jortzig, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, S. 31 f.: „Einrichtungsgarantien sind die erkennbar gesteigerten, verfassungsgesetzlichen Fixierungen von bestimmten rechtlich wie tatsächlich determinierten Faktoren grundlegend und eigengewichtig ordnender Funktion für das verfaßte Gemeinwesen.“ Kritik an diesem Konzept wird dahingehend vorgetragen, dass im Interesse einer Stärkung der subjektiven Rechtsstellung der Gemeinde Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG als subjektives Recht konzipiert sei,

tet Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG verfassungsrechtlich die historische Kontinuität der sozialen und staatlichen Struktur einer kommunalen Selbstverwaltung. Diese erfährt ihre konkrete Ausgestaltung durch Regelungen wie z. B. in den Landesverfassungen und Gemeindeordnungen der Länder, es ist dem Gesetzgeber jedoch verwehrt, dergestalt Regelungen zu erlassen, dass vom garantierten Institut nicht mehr übrig bliebe, als dessen „Hülle ohne Kern“¹⁴.

b) Inhalt der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie

Inhaltlich lässt sich die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in drei Ebenen ausdifferenzieren¹⁵: die Rechtssubjektsgarantie, die Rechtsinstitutionsgarantie und die subjektive Rechtsstellungsgarantie.

(1) Die institutionelle Rechtssubjektsgarantie

Zunächst wird durch die Rechtssubjektsgarantie verfassungsrechtlich gewährleistet, dass es überhaupt Gemeinden und Gemeindeverbände als Bausteine der Verwaltungsstruktur geben muss. Mit dem Begriff der *Gemeinde* werden dabei die Eigenschaften des Bausteins näher spezifiziert, so dass nicht irgendeine Verwaltungseinheit der Garantie gerecht werden würde. Vielmehr ist eine Gemeinde i. S. d. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG „ein auf personaler Mitgliedschaft zu einem bestimmten Gebiet beruhender Verband, der die Eigenschaft einer (rechtsfähigen) Körperschaft des öffentlichen Rechts besitzt.“¹⁶ Die Rechtsfähigkeit bewirkt ihre Zuordnung zur mittelbaren Staatsverwaltung und damit zur Selbständigkeit gegenüber dem Staat.¹⁷

Dieser Garantie entspricht nicht ein subjektives Recht jeder einzelnen Gemeinde auf ihren Fortbestand, sondern sie verpflichtet den Staat lediglich dazu, die *gemeindliche Verwaltungsebene* an sich zu erhalten.¹⁸ Die Auflösung einer Gemeinde oder die Zusammenführung mit anderen Gemeinden ist damit grundsätzlich zulässig, aber formell an eine Anhörung

vgl. *H. Maurer*, DVBl 1995, S. 1037 (1041f.); ähnlich *W. Kahl*, Staatsaufsicht, S. 446 ff., der schließlich eine Lehre des korporativen subjektiven Rechts begründet (S. 451). Dem ist jedoch zu entgegnen, dass die Konzeption als Einrichtungsgarantie die subjektive Rechtsstellung der Kommunen nicht behindert, da die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung die subjektive Rechtsstellungsgarantie der Kommunen mit umfasst, vgl. § 1 A.I.2.b)(3) (S. 42). Dazu auch *F. Schoch*, Stand der Dogmatik, in: *Kommunale Selbstverwaltung*, S. 11 (21). *K. Waechter*, *Die Verwaltung* 29 (1996), S. 47 (63 ff.) begreift Art. 28 Abs. 2 GG vielmehr als staatsorganisationsrechtliche Kompetenznorm.

14 So *S. Mückl*, *Finanzverfassungsrechtlicher Schutz*, S. 54.

15 Grundlegend hierzu *K. Stern*, *Staatsrecht*, Bd. 1, S. 409.

16 *K. Stern*, in: *R. Dolzer*, *Bonner GG*, Art. 28 Rn. 80.

17 *E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl*, *Kommunalrecht*, in: *Besonderes Verwaltungsrecht*, S. 1 (17).

18 BVerfGE 50, 50; 86, 90 (107); 103, 322 (366); *H. Dreier*, in: *H. Dreier*, *GG*, Art. 28 Rn. 100;

E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl, *Kommunalrecht*, in: *Besonderes Verwaltungsrecht*, S. 1 (17);

F. Schoch, *Stand der Dogmatik*, in: *Kommunale Selbstverwaltung*, S. 11 (21).

der betroffenen Gemeinden und materiell an das Vorliegen von Gründen des öffentlichen Wohls gebunden.¹⁹ Insoweit kann von einer beschränkt-individuellen Rechtssubjektsgarantie gesprochen werden.²⁰ Auf die Möglichkeit der Auflösung einer Kommune wird noch zurückzukommen sein.²¹

(2) Die objektive Rechtsinstitutionsgarantie

Diese Gewährleistungsebene betrifft die kommunale *Selbstverwaltung* an sich. Sie füllt den Begriff der Selbstverwaltung aus. Danach steht den Gemeinden die Allzuständigkeit für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu, diese müssen sie eigenverantwortlich ausfüllen können, wobei sie dem Vorbehalt der Gesetze unterliegen.²² Diese sind ihrerseits wieder in bestimmte Schranken gewiesen.²³ Dagegen ist den Gemeindeverbänden kein universeller, sondern ein nur durch den Gesetzgeber zu konkretisierender Aufgabenbestand garantiert. Danach dürfen die Gemeindeverbände jedenfalls nicht aufgabenlos gestellt werden oder in ihrer Aufgabenwahrnehmung so detaillierten Regelungen unterworfen sein, dass für eine Selbstverwaltung kein Raum mehr verbleibt.²⁴

Die *Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft* als Gegenstand der Allzuständigkeit (Universalität) werden vom Bundesverfassungsgericht seit der „Rastede-Entscheidung“²⁵ als diejenigen Bedürfnisse und Interessen verstanden, „die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und – wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen; auf die Verwaltungskraft der Gemeinde kommt es hierfür nicht an.“²⁶ Liegen solche Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft vor, fallen sie nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG in den gemeindlichen Aufgabenbereich. Der letzte – und durch die „Rastede-

19 St. Rspr.: BVerfGE 50, 50 (50f.); 50, 195 (202); *H. Dreier*, in: *H. Dreier, GG, Art. 28 Rn. 131; I. Gebhardt*, Kommunales Selbstverwaltungsrecht, S. 55 ff.

20 So *E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl*, Kommunalrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S. 1 (17).

21 § 4 C.I.4.b) (S. 162).

22 *H. Dreier*, in: *H. Dreier, GG, Art. 28 Rn. 102; F. Schoch*, Stand der Dogmatik, in: Kommunale Selbstverwaltung, S. 11 (21f.). In den Grundzügen bereits *J. Hatschek*, Selbstverwaltung, S. 101: „Das Recht auf Selbstverwaltung ist ein subjektives, öffentliches Recht auf Ausübung eines vom Staate abgeleiteten Imperium für die Befriedigung örtlicher Kollektivinteressen“.

23 S. dazu und zur Differenzierung von Rand- und Kernbereich § 1 A.I.5. (S. 44).

24 BVerfGE 6, 19 (23); *S. Mückl*, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz, S. 57.

25 BVerfGE 79, 127 ff.

26 BVerfGE 79, 127 LS 4 und (151f.). Vorbereitend bereits BVerfGE 8, 122 (134); 50 195 (201); 52, 95 (120). Dabei betont das Bundesverfassungsgericht jedoch auch, dass damit kein statischer Aufgabenbestand gemeint sein kann, sondern der Aufgabenkreis vielmehr in Wechselwirkung mit Einwohnerzahl, flächenmäßiger Ausdehnung und Struktur der jeweiligen Gemeinde steht, BVerfGE 79, 127 (152).

Entscheidung“ erstmals hinzugefügte²⁷ – Halbsatz stellt dabei das Verhältnis von Finanzkraft und Aufgabenbestand klar: Die Finanzausstattung hat sich nach dem verbürgten Aufgabenbestand zu richten, nicht dieser nach der Finanzkraft der jeweiligen Gemeinde.²⁸ Die gesetzgeberische Begründung einer anderweitigen Zuständigkeit ist wegen des Gesetzesvorbehaltens des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zwar grundsätzlich möglich, dabei jedoch an gewisse Schranken gebunden.²⁹ Auch steht den Gemeinden das *Recht der Spontaneität* zu: ist eine anderweitige Aufgabenzuweisung nicht erfolgt, steht es der Kommune jederzeit frei, sich einer *neuen* Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft anzunehmen.³⁰ Wird sie durch Finanzmittelknappheit dazu gezwungen, sich einer Wahrnehmung neuer Aufgaben zu enthalten, ist dies ein Eingriff in die Garantie des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG.

Den Gemeindeverbänden steht dagegen nur ein gesetzlich zugewiesener Aufgabenbestand zu, der jedoch einen hinreichenden Anteil *kreiskommunaler* Aufgaben mit umfassen muss.³¹ Die Gemeindeverbände dürfen aber dennoch nicht aufgabenlos gestellt oder in der Aufgabenwahrnehmung so sehr determiniert werden, dass von der Institution der Selbstverwaltung nichts übrig bliebe.³²

Die *Eigenverantwortlichkeit* der Wahrnehmung heißt zunächst einmal Freiheit von Vorgaben anderer Hoheitsträger – insbesondere des Staates.³³ Ihr Umfang richtet sich nach der Art der Aufgaben. Bei freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben umfasst sie das „Ob“, „Wie“ und „Wann“, bei pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben lediglich das „Wie“, eine Entschließungsfreiheit ist dort nicht vorhanden.³⁴ Den Gemeinden und Gemeindeverbänden ist damit eine umfassende Gestaltungsfreiheit bei der Aufgabenwahrnehmung garantiert, die ihre Grenzen in Art. 20 Abs. 3 GG

27 Anders noch BVerfGE 8, 122 (134); 23, 353 (368); 26, 228 (239); 52, 95 (120), wonach die Leistungsfähigkeit der Gemeinde konstitutives Element der Selbstverwaltungsgarantie war. Abgestellt wurde dabei nämlich auf das bewältigen Können der Aufgaben.

28 So S. Mückl, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz, S. 56. Dies gilt für die Frage des Schutzbereiches des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, davon zu trennen ist die Frage der Rechtfertigung des Entzugs einer Aufgabe durch „Hochzonung“, hierzu BVerfGE 79, 127 (153): “[...] Gründe der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung insgesamt rechtfertigen eine ‚Hochzonung‘ nicht schon aus sich heraus, sondern erst dann, wenn ein Belassen der Aufgabe zu einem unverhältnismäßigen Kostenanstieg führen würde.“

29 S. dazu § 1 A.I.5. (S. 44).

30 P. J. Tettinger, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, GG, Art. 28 Rn. 178; E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl, Kommunalrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S. 1 (21).

31 BVerfG 83, 363 (383); P. J. Tettinger, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, GG, Art. 28 Rn. 237; S. Mückl, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz, S. 57.

32 BVerwGE 6, 19 (23f.).

33 Statt aller H. Dreier, in: H. Dreier, GG, Art. 28 Rn. 114; P. J. Tettinger, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, GG, Art. 28 Rn. 178; E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl, Kommunalrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S. 1 (21).

34 Vgl. nur P. J. Tettinger, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, GG, Art. 28 Rn. 178.

und dem Gesetzesvorbehalt des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG findet.³⁵ Die zentralen Aspekte eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung werden rechtsdogmatisch in bestimmte Hoheitsrechte ausdifferenziert, die dabei jedoch weder stets den Kern der Eigenverantwortlichkeit bilden, noch diese abschließend umschreiben.³⁶ Hierzu werden regelmäßig gezählt: die Gebietshoheit, die Organisationshoheit, die Kooperationshoheit, die Personalhoheit, die Planungshoheit, die Rechtsetzungshoheit, die Abgabenhoheit sowie die Finanzhoheit.³⁷ Im Bereich der Eigenverantwortlichkeit siebt sich auch die Frage an, wie die Verfassungsmäßigkeit der Überführung freiwilliger in pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben sowie der Zuweisung pflichtiger Aufgaben aus dem staatlichen Wirkungskreis zu beurteilen ist. Diese unmittelbaren bzw. mittelbaren³⁸ Eingriffe haben erhebliche Auswirkungen auf die (finanzielle) Entschließungs- und Ausgestaltungsfreiheit der Kommunen bei der Aufgabenwahrnehmung.

(3) Die subjektive Rechtsstellungsgarantie

Mit dieser Garantie belässt es Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG nicht bei der kommunalen Selbstverwaltung als objektivem „Konstitutionsprinzip“³⁹, sondern gewährt der einzelnen Gemeinde bzw. dem einzelnen Gemeindeverband eine subjektive Rechtsstellung und macht damit die kommunale Selbstverwaltungsgarantie für die einzelne Gemeinde erst „wehrfähig“⁴⁰. Daraus resultieren vornehmlich Abwehransprüche auf Beseitigung bzw. Unterlassung, zum Teil aber auch Teilhabe- und Leistungsansprüche.⁴¹ Der Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz geht unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG hervor.⁴²

3. Verpflichtungsadressaten des kommunalen Selbstverwaltungsrechts

Die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG ist an alle Träger öffentlicher Gewalt adressiert. Neben dem Landesgesetzgeber⁴³ ist ins-

35 E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl, Kommunalrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S. 1 (21).

36 F. Schoch, Stand der Dogmatik, in: Kommunale Selbstverwaltung, S. 11 (44).

37 Vgl. z. B. P. J. Tettinger, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, GG, Art. 28 Rn. 179 ff.

38 H. Dreier, in: H. Dreier, GG, Art. 28 Rn. 120f.

39 E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl, Kommunalrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S. 1 (26).

40 H. Dreier, in: H. Dreier, GG, Art. 28 Rn. 103.

41 H. Dreier, in: H. Dreier, GG, Art. 28 Rn. 105; F. Schoch, Stand der Dogmatik, in: Kommunale Selbstverwaltung, S. 11 (23).

42 E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl, Kommunalrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S. 1 (26). Ob sich die Gemeinden daneben auch auf Art. 19 Abs. 4 GG berufen können, ist streitig. Ablehnend W. Löwer, in: I. von Münch/P. Kunig, GG, Art. 28 Rn. 41 m. w. N.

43 Es ist nur ausnahmsweise denkbar, dass der Bundesgesetzgeber die Selbstverwaltungsgarantie betreffende Regelungen erlässt. Durch die Föderalismusreform in Form des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (BGBl. I S. 2034) ist es dem Bundesgesetzgeber nun nicht mehr möglich, gesetzliche Aufgabenzuweisungen an die Kommunen vor-

besondere die Verwaltung Verpflichtete der Garantie. Dies aber nicht nur in vertikaler, sondern auch in horizontaler Dimension. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung bietet damit einen „Rundumschutz“⁴⁴ auch gegenüber anderen Selbstverwaltungskörperschaften.⁴⁵

Auch ist Art. 28 Abs. 2 GG (bislang) nicht „europafest“,⁴⁶ d. h., dass er keinen Schutz gegenüber Maßnahmen der Europäischen Gemeinschaften gewährt und sekundäres Gemeinschaftsrecht damit ohne eine Bindung an eine Garantie der Selbstverwaltung auf die Kommunen als Aufgabenträger zugreifen kann. Damit sind finanzielle Schutzmechanismen im deutschen Landes- und Bundesverfassungsrecht⁴⁷ gegen europarechtliche Aufgabenzuweisungen wirkungslos.

zunehmen, vgl. Art. 84 Abs. 1 S. 7; 85 Abs. 1 S. 2 GG. Zu den finanzverfassungsrechtlichen Auswirkungen des bundesgesetzlichen Durchgriffs, § 2 F.I.2. (S. 85).

⁴⁴ So *H. Dreier*, in: *H. Dreier, GG, Art. 28 Rn. 106*.

⁴⁵ BVerwGE 67, 321.

⁴⁶ *E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl*, Kommunalrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S. 1 (28); *F. Schoch*, Stand der Dogmatik, in: Kommunale Selbstverwaltung, S. 11 (23); *H.-W. Rengeling*, DVBL 1990, S. 893 (896 ff.); *K. Stern*, Europäische Union und kommunale Selbstverwaltung, in: FS Friauf, S. 75 (83 ff.). Eine ausdrückliche Verankerung der Selbstverwaltungsgarantie ist auf europäischer Ebene (noch) nicht erfolgt. Da Art. 28 Abs. 2 GG nicht an der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG partizipiert, kann die Selbstverwaltungsgarantie nicht über Art. 6 Abs. 3 EUV in das europäische Primärrecht ausstrahlen. Da sie auch keine grundrechtliche Gewährleistung darstellt, fällt sie ebenso wenig unter Art. 6 Abs. 2 EUV. Die Grundsätze der Demokratie, Art. 2 EUV bzw. der Bürgernähe, Art. 1 Abs. 2 EUV werden zwar durch die Garantie der Selbstverwaltung verwirklicht, die Formulierungen im EUV sind jedoch bewusst so allgemein formuliert, dass deren Umsetzung auch durch andere Verwaltungsstrukturen verwirklicht werden können. Auch Art. 5 Abs. 1, EUV der den Grundsatz der Subsidiarität bestimmt, ist vielmehr in Bezug auf die Kompetenzen der Mitgliedstaaten gegenüber der Europäischen Union als auf die mitgliedstaatsinterne Subsidiarität hin zu verstehen. Noch unklar ist, welche Impulse von der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung vom 15. Oktober 1985 ausgehen. Diese Charta wurde vom Europarat erarbeitet und am 22. Januar 1987 von Deutschland ratifiziert (BGBl. II S. 65). Eine ausdrückliche Absicherung hat die kommunale Selbstverwaltung bislang nur im Vertrag über eine europäische Verfassung vom 29. Oktober 2004 in Art. 5 Abs. 1 gefunden. Zum vorstehenden insgesamt *P. J. Tettinger*, in: *H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, GG, Art. 28 Rn. 145 ff. m. w. N.*

⁴⁷ Insbesondere die durch die Föderalismusreform nunmehr untersagte Zugriff des Bundes auf die Länder, Art. 84 Abs. 1 S. 7; 85 Abs. 1 S. 2 GG entfaltet keine Wirkungen zugunsten der Kommunen, wenn die Zuweisung einer Aufgabe aus Brüssel durch die EU vorgenommen wird.

4. Schranken der kommunalen Selbstverwaltung

Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG garantiert die kommunale Selbstverwaltung „im Rahmen der Gesetze.“⁴⁸ Insbesondere sind dadurch die Länder zur rechtlichen Konstituierung und Ausgestaltung der Institution der kommunalen Selbstverwaltung in Form einer Kommunalverfassung ermächtigt.⁴⁹ Darüber hinaus ist der gesetzliche Rahmen aber auch als Gesetzesvorbehalt zu verstehen, der dem Gesetzgeber die Beschränkung des Aufgabenbestandes als auch der Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung ermöglicht.⁵⁰ Adressat des Gesetzesvorbehaltes im Rahmen des Art. 28 Abs. 2 S. 1 und 2 GG, ist grundsätzlich der Landesgesetzgeber, allerdings unter der Einschränkung, dass das Grundgesetz nichts anderes bestimmt, Art. 70 Abs. 1 GG. Dem Bund ist es nach Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG n. F.⁵¹ nunmehr ausdrücklich verwehrt, durch Bundesgesetz den Gemeinden und Gemeindeverbänden *Aufgaben zu übertragen*.⁵² Ob und gegebenenfalls wie weit ein zu konzipierendes Insolvenzrecht für Kommunen durch den Bund geregelt werden könnte, bedarf einer intensiveren Auseinandersetzung mit der bundesstaatlichen Kompetenzordnung.⁵³

5. Beschränkung der Schranken auf den Randbereich – die Unantastbarkeit des Kernbereichs

Dem Gesetzesvorbehalt des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG sind seinerseits Grenzen gesetzt, andernfalls könnte er unversehens zur „Achillesverse“⁵⁴ der Selbstverwaltungsgarantie werden. Dabei differenzieren die neuere Rechtsprechung und die Literatur zwischen Kernbereichsschutz und Schutz des Randbereiches durch das materielle Aufgabenverteilungsprinzip.⁵⁵

48 Zur vierfachen Dimension des gesetzlichen Rahmens ausführlich *W. Löwer*, in: I. von Münch/P. Kunig, GG, Art. 28 Rn. 59; *P. J. Tettinger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, GG, Art. 28 Rn. 187ff.

49 *W. Löwer*, in: I. von Münch/P. Kunig, GG, Art. 28 Rn. 59 bezeichnet diese Dimension des gesetzlichen Rahmens als „eingriffsneutral“.

50 BVerfGE 79, 127 (143), noch zurückhaltender BVerfGE 56, 298 (312): „Vorbehalt des „Rahmens der Gesetze“; *W. Löwer*, in: I. von Münch/P. Kunig, GG, Art. 28 Rn. 59; *P. J. Tettinger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, GG, Art. 28 Rn. 189; *H. Dreier*, in: H. Dreier, GG, Art. 28 Rn. 118.

51 In der Neufassung vom 1. September 2006, geändert durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (BGBl. I S. 2034).

52 Kritisch hierzu *P. Selmer*, JuS 2006, S. 1052 (1056). Zur alten Rechtslage ausführlich *W. Löwer*, in: I. von Münch/P. Kunig, GG, Art. 28 Rn. 54–58; *H. Dreier*, in: H. Dreier, GG, Art. 28 Rn. 122; *F. Schoch*, Stand der Dogmatik, in: *Kommunale Selbstverwaltung*, S. 11 (13 ff.), sowie unten § 2 F.I.2. (S. 85 Fn. 169).

53 § 8 (S. 249 ff.).

54 So *E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl*, Kommunalrecht, in: *Besonderes Verwaltungsrecht*, S. 1 (22).

55 S. nur BVerfGE 11, 266 (274); 22, 180 (205); 50, 195 (202), 79, 127 (143, 152ff.), 83, 363 (382); *E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl*, Kommunalrecht, in: *Besonderes Verwaltungsrecht*,

a) Schutz des Kernbereiches

Die Rechtsinstitution der kommunalen Selbstverwaltung weist einen Kern auf, der sich einer gesetzlichen Regelung entzieht, da andernfalls Typus und Struktur der garantierten Rechtsinstitution durch gesetzgeberisches Tätigwerden maßgeblich verändert werden würden.⁵⁶ Dieser sog. *Kernbereich*⁵⁷ entzieht sich jedoch nicht nur dem gesetzgeberischen Zugriff, sondern auch der genauen Bestimmung von Grenzen und Inhalt. So führt das Bundesverfassungsgericht aus, bei der Bestimmung des Kernbereichs sei „in besonderer Weise der geschichtlichen Entwicklung und den verschiedenen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung Rechnung zu tragen.“⁵⁸ Auch wenn ein gegenständlich bestimmter oder nach festen Merkmalen abgrenzbarer Aufgabenkatalog jedenfalls nicht in den Kernbereich falle, so aber jedenfalls „die Befugnis, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die nicht durch Gesetz bereits anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen sind, ohne besonderen Kompetenztitel anzunehmen.“⁵⁹

Aus dem Kernbereichsschutz resultiert weiter, dass Bestands- und Gebietsänderungen von Gemeinden nur aus Gründen des öffentlichen Wohls und nach Anhörung der betroffenen Gebietskörperschaften zulässig sind.⁶⁰ Außerdem verbieten sich hinsichtlich der Eigenverantwortlichkeit Regelungen, die die Gestaltungsmöglichkeiten der Gemeinden ersticken würden.⁶¹ So weit gehende Reglementierungen sind jedoch die Ausnahme, so dass es auch kaum Judikatur über Gesetze gibt, die den Kernbereich tatsächlich verletzt haben.

Das Kernbereichskonzept des Bundesverfassungsgerichts ist damit jedoch nicht mehr als ein Warnsignal an den Gesetzgeber, hier besonders

55 S. 1 (27 f.); *P. J. Tettinger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, GG, Art. 28 Rn. 191, 195.

56 K. Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 416: Die Kernbereichsgarantie schützt „das Essentielle einer Einrichtung, das man aus einer Institution nicht entfernen kann, ohne deren Struktur und Typus zu verändern.“

57 Das BVerfG spricht auch von „Wesensgehalt“, BVerfGE 79, 127 (143, 146). Dieser Begriff ist jedoch im Hinblick auf das Wesen der Selbstverwaltungsgarantie irreführend, da er an die grundrechtliche Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG erinnert, woraus sich der Kernbereichsschutz gerade nicht ergibt, *H. Dreier*, in: H. Dreier, GG, Art. 28 Rn. 125.

58 BVerfGE 59, 216 (226); 76, 107 (118); 79, 127 (146), st. Rspr.

59 BVerfGE 79, 127 (146) – Universalitätsprinzip. So auch schon *J. Hatschek*, Selbstverwaltung, S. 102: „Das Recht auf Selbstverwaltung schließt nämlich auch die Befugnis in sich, alles neu entstehende örtliche Kollektivinteresse in Besitz zu nehmen, sofern es nicht vom Staat bereits occupiert worden ist oder occupiert wird.“

60 BVerfGE 86, 90 (1. und 2. Leitsatz); ausführlich *I. Gebhardt*, Kommunales Selbstverwaltungsrecht, S. 55 ff.

61 BVerfGE 91, 228 (239).

behutsam zu agieren.⁶² Jenseits der Auffangfunktion bei Einzelfällen besonders intensiven Eingreifens ist damit die Bedeutung des Kernbereichsschutzes eher marginal.⁶³ Das Kernbereichskonzept erfährt allerdings hinsichtlich der Frage der finanziellen Mindestausstattung eine Renaissance.⁶⁴

b) Schutz des Randbereiches

Jenseits des Kernbereiches hat der Gesetzgeber das gemeindespezifische materielle Aufgabenverteilungsprinzip zu beachten.⁶⁵ Dahinter verbirgt sich die Wahrung der verfassungsrechtlichen Regel-Ausnahme-Systematik des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. Aufgaben mit relevantem örtlichem Charakter sind grundsätzlich dezentral von der Gemeinde wahrzunehmen. Ein zentralisierender Entzug auf die nächste Verwaltungsebene (Hochzonung) ist nur aus Gründen des Gemeinwohls zulässig⁶⁶, was insbesondere die Sicherstellung der ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung mit umfasst. Ausgeschlossen sind damit Gründe der Verwaltungsvereinfachung oder der Konzentration, da das Grundgesetz diesem Bestreben gerade die dezentrale kommunale Selbstverwaltung entgegengesetzt hat. Finanzielle Erwägungen können den Aufgabenentzug nur dann rechtfertigen, wenn ein Verbleib der Aufgabe einen unverhältnismäßigen Kostenanstieg bedeutete.

II. Die Garantie einer angemessenen Finanzausstattung

„Ohne Geld keine Selbstverwaltung.“⁶⁷ Das sich selbst Verwalten, das eigenverantwortliche Handeln ist für die kommunalen Gebietskörperschaften vor allem eine Frage der zur Verfügung stehenden Finanzmittel. Die freiwillige Wahrnehmung örtlicher Aufgaben, die Bildung und Betätigung des freien Willens der auf kommunaler Ebene gewählten Vertretungen steht und fällt mit dem Vorhandensein der finanziellen Möglichkeiten. So ein-

62 *P. J. Tettiger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, GG, Art. 28 Rn. 191 spricht von Signalfunktion mit Verweis auf *F. Ossenbühl*, Energierechtsreform und kommunale Selbstverwaltung S. 53: „Der ‚Kernbereich‘ ist längst als ‚definiens indefinibilis‘ erkannt. Seine Bedeutung wird heute eher in einer ‚Signalfunktion‘ für den Gesetzgeber gesehen, mit besonderer Vorsicht ans Werk zu gehen, wenn es um die Ausgestaltung und Ausformung der kommunalen Selbstverwaltung geht.“

63 *D. Ehlers*, Garantie, in: Grundfragen, S. 59 (81f.); dem nur bedingt zustimmend *F. Schoch*, Stand der Dogmatik, in: Kommunale Selbstverwaltung, S. 11 (28).

64 § 1 A.III.2. (S. 53).

65 BVerfGE 79, 127 (152ff.); 83, 363 (382). Kritisch zur Terminologie des materiellen Aufgabenverteilungsprinzips und zur Frage der Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Staatsorganisationsrecht *F. Schoch*, Stand der Dogmatik, in: Kommunale Selbstverwaltung, S. 11 (29f.), der – den Begriff des Übermaßverbotes verwendend – auf die Dogmatik zur Institutionsgarantie des Art. 14 GG verweist, sowie *H. Dreier*, in: H. Dreier, GG, Art. 28 Rn. 128; *P. J. Tettiger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, GG, Art. 28 Rn. 194f. Noch vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgehend z. B. BVerfGE 67, 321.

66 BVerfGE 107, 1 (13); 110, 370 (400).

67 *G. Püttner*, DÖV 1994, S. 552 (553).