



Wer verantwortet was?

Orientierungsverluste im Kommunalrecht*

Von Klaus Lange

In Grundsatzthemen des Kommunalrechts wie der Reichweite der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie, den kommunalen Aufgabenarten und den Ämtern von Bürgermeister und Landrat zeigen sich zunehmend Unklarheiten und Widersprüchlichkeiten. Solche Orientierungsverluste, die wesentlich Fragen der Verantwortungsverteilung in der Kommune betreffen, schwächen die kommunale Selbstverwaltung. In ihnen kommt aber auch eine nicht auf das Kommunalrecht beschränkte pragmatisch-opportunistische Tendenz der Rechtssetzung und Rechtsanwendung zum Ausdruck, die auf Kosten einer konsistenten, berechenbaren und transparenten Steuereffektivität der Rechtsordnung geht.

*Der Beitrag beruht auf der Abschiedsvorlesung von Prof. Dr. Klaus Lange am 17. Juli 2007 und wurde – in leicht veränderter Form – bereits in der Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft „Die Öffentliche Verwaltung“, Heft 19, Oktober 2007, S. 820 ff. publiziert.

Trotz seiner großen Tradition zeigen sich im Kommunalrecht zunehmend Unklarheiten über die Zuweisung von Verantwortung. Das gilt schon für die Frage, wie weit die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung reicht. Hinzu kommen Unsicherheiten und Widersprüchlichkeiten in der Beurteilung und der gesetzlichen Ausgestaltung der kommunalen Aufgabenarten. Speziell in Hessen wirft die Ausgestaltung der Ämter des Bürgermeisters und des Landrats zusätzliche Probleme auf. Solche Orientierungsverluste gefährden nicht allein die kommunale Selbstverwaltung, sondern gehen in ihrer Tragweite erheblich darüber hinaus.

Die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie

Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden ist im Grundgesetz, aber auch in den Landesverfassungen und Gemeindeordnungen der Länder gewährleistet. Zunächst zum Grundgesetz (GG): Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG bestimmt: „Den Gemeinden muss das

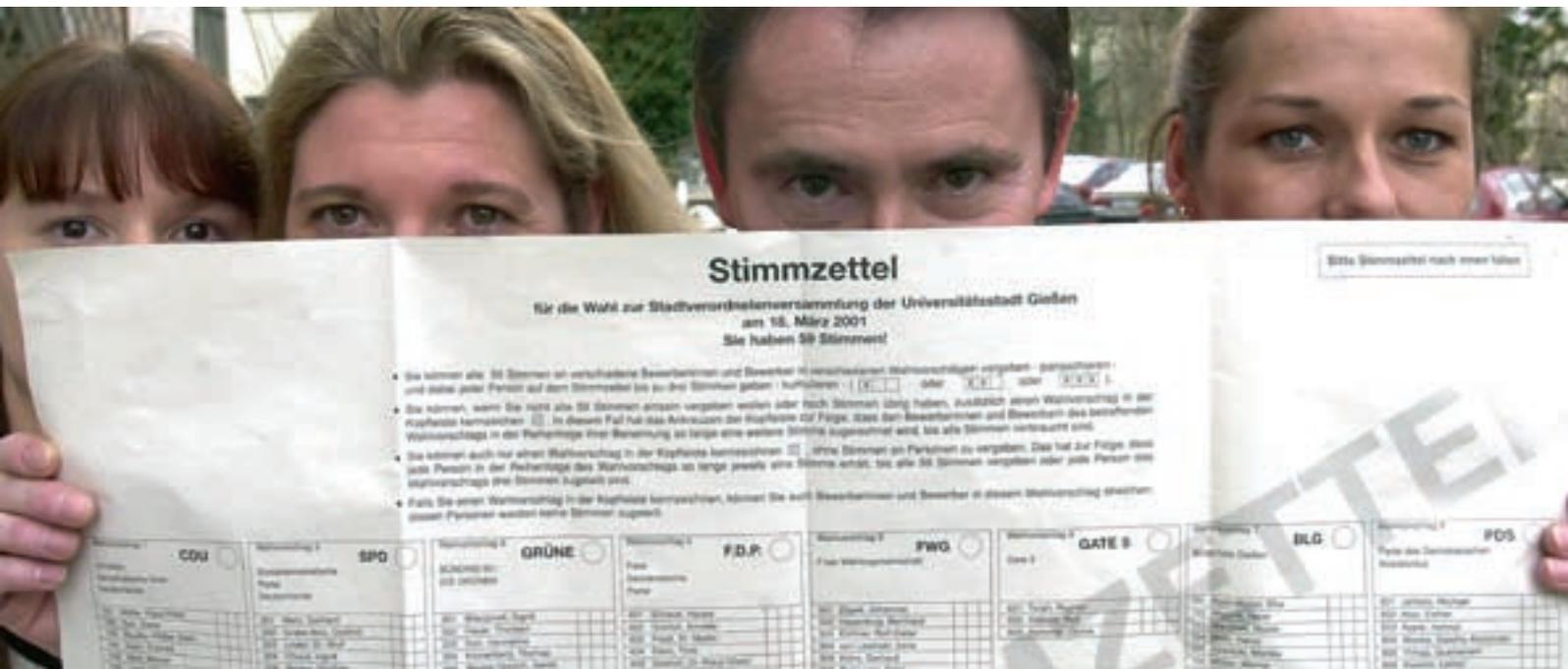
Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.“ Unter Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft werden in einer jedenfalls seit der sogenannten „Rastede-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 79, 127) fast kanonisierten Definition 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“. Das ist bei genauerer Betrachtung der Formulierung „Bedürfnisse und Interessen, die ... den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind“ eine bemerkenswert ausschließlich am Eigennutzen der Gemeindeeinwohner orientierte Definition. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet den Gemeinden das Recht auf Selbstverwaltung dieser Angelegenheiten.

Teilweise wird Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG aber zugleich so verstanden, dass er

eine Beschränkung der gemeindlichen Selbstverwaltung auf Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft statuiert – ja, das Verbot enthält, den Gemeinden über die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft hinaus ein Selbstverwaltungsrecht einzuräumen. Diese Auffassung hat Folgen.

Das lässt sich an einem Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 18.3. 2004 (1 S 2261/02) illustrieren. Es betraf eine gemeindliche Satzung, durch welche die Eigentümer von Grundstücken in der Gemeinde zum Anschluss an die gemeindliche Fernwärmeversorgung und zu deren Benutzung verpflichtet worden waren. Auf ihrer Grundlage war Grundstückseigentümern der Einbau und die Inbetriebnahme einer Ölheizung untersagt worden. Der Verwaltungsgerichtshof erklärte die Satzung für unwirksam, weil das nach § 11 Abs. 1 der baden-württembergischen Gemeindeordnung erforderliche öffentliche Bedürfnis für einen Anschluss- und Benutzungszwang fehle. Denn durch die gemeindliche Fernwärmeversorgung werde die Schadstoffbelastung, wie gutachtlich

Foto: Franz Möller





ermittelt worden war, nicht innerhalb der Gemeinde, sondern nur überörtlich verringert. Und jetzt kommt die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie ins Spiel. Das öffentliche Bedürfnis für einen Anschluss- und Benutzungszwang müsse nämlich, meint der Senat, im Licht der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie verstanden werden. Das Grundgesetz gewährleiste die gemeindliche Selbstverwaltung aber nur für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. An dem danach erforderlichen örtlichen Bezug fehle es bei einer Fernwärmeversorgung, deren Umweltverträglichkeit sich allein überörtlich auswirke.

Es ist hier nicht darauf einzugehen, ob die damit unternommene kommunalrechtliche Institutionalisierung eines umweltpolitischen St.-Florian-Prinzips nach dem Motto „Verschon mein Haus, bring meinen Nachbarn um“ mit der rechtlichen Bedeutung von Umweltbelangen zu vereinbaren ist. Kommunalrechtlich ist sie nach der am Eigennutzen der Gemeindeeinwohner orientierten Definition der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft durch das Bundesverfassungsgericht wohl gar nicht so fernliegend.

Hier interessiert nur die Frage, ob es richtig ist, die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Selbstverwaltungsverbot, nämlich als Verbot einer über die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft hinausgehenden gemeindlichen Selbstverwaltung, oder auch nur als Auslegungslinie im Sinne einer solchen Beschränkung gemeindlicher Selbstverwaltung zu interpretieren. Es dürfte nicht richtig sein.

Artikel 28 Abs. 2 Satz 1 GG spricht nur davon, dass den Gemeinden das Recht gewährleistet sein muss, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Von einem Verbot, den Gemeinden – sei es durch einfaches Bundesgesetz, sei es durch Landesverfassungsrecht oder einfaches Landesrecht – Aufgaben zur Selbstverwaltung zu überlassen, die über die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft hinausgehen, ist hier nicht die Rede. Dafür, diese Norm als Selbstverwaltungsverbot oder Selbstverwaltungsperre zu interpretieren, gibt es weder sachlich noch historisch noch bei Berücksichtigung der Staatspraxis einen Anlass. Auch ein Vergleich mit den Grundrechten spricht dagegen. Auch sie werden als Mindestgarantien verstanden, die einer weitergehenden Einräumung von Freiheiten nicht entgegenstehen. So ist das Versammlungsgesetz nicht etwa deshalb verfassungswidrig, weil es jedem das Versammlungsrecht garantiert, obwohl Art. 8 GG die Versammlungsfreiheit nur, wie es dort heißt, allen Deutschen gewährleistet. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG lässt daher dem Bundes- wie dem Landesgesetzgeber freie Hand zu einer Erweiterung des gemeindlichen Selbstverwaltungsbezugs über die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft hinaus. Gewiss liegt es schon vom Wortsinn, aber auch unter demokratischen Legitimationsaspekten nahe, dass ein Selbstverwaltungsrecht sich auf eigene Angelegenheiten beziehen muss. Aber dazu bedarf es nicht des Bezugs auf Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in dem vom Bundesverfassungsgericht de-

finierten Sinne. Es genügt der Bezug zu Verwaltungstätigkeiten, die in der Gemeinde stattfinden oder die Gemeinde betreffen. Und dazu gehört es auch, wenn eine Gemeinde für Grundstücke im Gemeindegebiet den Anschluss an die gemeindliche Fernwärmeversorgung vorschreibt und Gemeindeeinwohner zu deren Benutzung verpflichtet.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Revisionsurteil vom 23.11.2005 (8 C 14/04) das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg bestätigt und keinen Anlass gesehen, die restriktive Interpretation der grundgesetzlichen Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung durch den Verwaltungsgerichtshof klar zu korrigieren. Immerhin hat es in einer gerade zwei Monate später ergangenen Entscheidung (BVerwGE 125, 68 Rn. 17), in welcher derselbe Senat den Anschluss- und Benutzungszwang für eine gemeindliche Fernwärmeversorgung in Schleswig-Holstein mit einer gegenüber seiner früheren Entscheidung allerdings kaum konsistenten Argumentation billigte, dann doch unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG es nicht ausschließt, dass der Gesetzgeber den Gemeinden darüber hinausgehende Verwaltungsaufgaben zuweist.

Geht man hiervon aus, dann beginnen die eigentlichen Probleme aber erst.

Landesrechtliche Garantien gemeindlicher Selbstverwaltung

Wenn der Landesgesetzgeber den Gemeinden über Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG

hinausgehende Selbstverwaltungsrechte einräumen kann, dann stellt sich natürlich die Frage, ob er es getan hat. In der baden-württembergischen Fernwärmeeinrichtung ist diese Frage ebenso knapp wie unvollständig beantwortet worden.

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg setzt die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie des Art. 71 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg (Verf BW) kurzerhand mit der des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gleich. Dann konnte im Ergebnis selbstverständlich auch nichts anderes herauskommen. Art. 71 Verf BW ist aber ganz anders formuliert als Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Er bezieht die gemeindliche Selbstverwaltung nicht nur auf die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, sondern garantiert den Gemeinden in seinem Abs. 1 uneingeschränkt das Recht auf Selbstverwal-

tung und fügt in seinem insofern entscheidenden Abs. 2 hinzu, dass die Gemeinden in ihrem Gebiet die Träger der öffentlichen Aufgaben sind, soweit nicht bestimmte Aufgaben im öffentlichen Interesse durch Gesetz anderen Stellen übertragen sind. Ähnlich, wenngleich noch gemeindefreundlicher – grammatikalisch allerdings eher etwas unbefriedigend – ist Art. 137 der Hessischen Verfassung (HV) formuliert, in dessen Abs. 1 es heißt: „Die Gemeinden sind in ihrem Gebiet unter eigener Verantwortung die ausschließlichen Träger der gesamten örtlichen öffentlichen Verwaltung. Sie können jede öffentliche Aufgabe übernehmen, soweit sie nicht durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift anderen Stellen im dringenden öffentlichen Interesse ausschließlich zugewiesen sind.“ Art. 137 Abs. 3 HV fügt hinzu, das Recht der Selbstverwaltung ihrer Angelegenheiten werde den Ge-

meinden und Gemeindeverbänden vom Staat gewährleistet. Die Aufsicht des Staates beschränke sich darauf, dass ihre Verwaltung im Einklang mit den Gesetzen geführt werde. Hier wie dort also keine Rede von einer Beschränkung der gemeindlichen Selbstverwaltung auf die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft! Alle öffentliche Verwaltung im Gemeindegebiet ist danach auf Grund Landesverfassungsrechts Gemeindeangelegenheit – und zwar gemeindliche Selbstverwaltungsaufgabe –, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. Dabei darf in Hessen selbst der Gesetzgeber den Gemeinden Aufgaben nur im dringenden öffentlichen Interesse entziehen.

Aber selbst wenn die Landesverfassungen den Gemeinden kein über das Grundgesetz hinausgehendes Selbstverwaltungsrecht einräumen würden – und darüber kann man immerhin dis-



kutieren –, schließen doch auch sie jedenfalls nicht aus, dass dies einfachgesetzlich durch die Gemeindeordnungen erfolgt. Und das ist in weitem Umfang geschehen.

So sagt § 2 Abs. 1 der baden-württembergischen Gemeindeordnung: „Die Gemeinden verwalten in ihrem Gebiet alle öffentlichen Aufgaben allein und unter eigener Verantwortung, soweit die Gesetze nichts anderes bestimmen.“ Wieso das ausschließen soll, dass eine Gemeinde ihre Einwohner im Interesse überörtlicher Umweltziele zur Benutzung der gemeindlichen Fernwärmeversorgung verpflichtet, ist unerfindlich. Selbstverständlich wird damit eine öffentliche Verwaltungsaufgabe im Gemeindegebiet wahrgenommen. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat diese Norm denn auch schlechthin unberücksichtigt gelassen, obwohl es für eine systematische Inter-

pretation der baden-württembergischen Gemeindeordnung primär auf sie angekommen wäre. Erklären lässt sich das nur mit der unzutreffenden Vorstellung des Verwaltungsgerichtshofs, dass es verfassungsrechtlich unter sagt sei, den Gemeinden Aufgaben zur Selbstverwaltung zu überlassen, die über die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in dem vom Bundesverfassungsgericht definierten Sinne hinausgehen.

Ganz ähnlich wie die baden-württembergische Gemeindeordnung bestimmt § 2 Satz 1 der Hessischen Gemeindeordnung (HGO): „Die Gemeinden sind in ihrem Gebiet, soweit die Gesetze nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen, ausschließliche und eigenverantwortliche Träger der öffentlichen Verwaltung.“ Das bezieht die gesamte Verwaltungstätigkeit im Gemeindegebiet ein. Ausschließlich um die

spezifischen Interessen der Gemeindegewohner braucht es dabei nicht zu gehen.

Natürlich ist das eine weitgehende Kompetenzausstattung der Gemeinden. Aber sie hat gute Gründe in der zentralen Rolle, welche die Gemeinden beim Wiederaufbau und Wiedereingangssetzen politischer Entscheidungsprozesse in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg spielten, und vor allem in dem Vertrauen darauf, dass die kommunale Ebene besonders gut geeignet sei für demokratische Willensbildungsprozesse. Hinzu kamen Mitte des letzten Jahrhunderts besondere Impulse zu einer Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung, die mit dem Begriff des Weinheimer Entwurfs verbunden sind, auf den zurückzukommen sein wird.

Die hieraus folgende Kompetenz der Gemeinden zu einer Selbstverwaltungstätigkeit in ihrem Gebiet, die nicht nur

Das neue Rathaus in Gießen ...

Foto: Rolf Wegst





... und in Alsfeld eines der alten Rathäuser in Hessen.

auf die spezifischen Interessen der Gemeindeeinwohner bezogen ist, hat vielfältige Konsequenzen. Sie führt beispielsweise eben dazu, dass ein öffentliches Bedürfnis für einen Anschluss- und Benutzungszwang hinsichtlich der gemeindlichen Fernwärmeversorgung auch mit Rücksicht auf den globalen Klimaschutz angenommen werden kann. Sie führt dazu, dass der relativ neue § 121 Abs. 5 HGO, wonach die Gemeinden nur unter bestimmten Voraussetzungen auch außerhalb des Gemeindegebiets wirtschaftlich tätig sein, also etwa Versorgungsleistungen auch an Kunden außerhalb ihres Gemeindegebiets erbringen dürfen, keine Erweiterung der gemeindlichen Kompetenzen, sondern eine Beschränkung ist, die sich verfassungsrechtlich rechtfertigen lassen muss. Und sie führt beispielsweise auch dazu, dass § 5 Satz 1 HGO, wonach die Gemeinden die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft durch Satzung regeln können, zu kurz greift und deshalb allenfalls deklaratorischen Charakter haben kann.

Denn die Satzungshoheit ist als Teil der eigenverantwortlichen Verwaltungskompetenz bereits Bestandteil des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts, und deshalb ist sie in Hessen nicht auf das beschränkt, was unter Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft firmiert, nämlich die spezifischen Bedürfnisse und Interessen der Gemeindeeinwohner betrifft.

Die kommunalen Aufgabenarten

Orientierungsmängel, die sich bis heute verschärft haben, zeigen sich auch im Verständnis der kommunalen Aufgabenarten. Das traditionelle, preußische Vorstellungen fortführende Kommunalrecht ist von einer Zweiteilung kommunaler Aufgaben, einem Aufgabendualismus geprägt. Danach nimmt die Gemeinde – für die Landkreise gilt Entsprechendes – als Verkörperung der dem Staat gegenüberstehenden Gesellschaft einerseits Selbstverwaltungsaufgaben wahr, bei denen sie – natürlich im Rahmen der Gesetze – über das Ob

und Wie ihrer Aufgabenwahrnehmung eigenverantwortlich entscheidet. In diesem so genannten eigenen Wirkungskreis der Gemeinden ist der Staat auf eine Rechtsaufsicht beschränkt. Weisungen dürfen staatliche Behörden den Gemeinden hier lediglich erteilen, wenn diese gegen die Rechtsordnung verstoßen.

Daneben haben die Gemeinden nach traditionellem Muster aber auch noch staatliche Aufgaben zu erfüllen. Das wird als übertragener Wirkungskreis bezeichnet. Bei der Wahrnehmung dieser so genannten Auftragsangelegenheiten sind die Gemeinden uneingeschränkt den Weisungen staatlicher Behörden unterworfen.

Beim Tätigwerden im eigenen Wirkungskreis agiert die Gemeinde danach als selbständige juristische Person. Sobald sie im übertragenen Wirkungskreis staatliche Auftragsangelegenheiten wahrnimmt, wird sie, wie es heißt, nur als verlängerter Arm des Staates tätig. Ein etwas makabres Bild: Immer dann, wenn sie eine Auftragsangelegenheit wahrnimmt, erlebt die Gemeinde also

eine Amputation, bei der allerdings nicht nur der Arm amputiert wird, sondern nur der Arm übrig bleibt. Glücklicherweise kommt der Rest dann angeblich wieder zurück, sobald sie sich einer Selbstverwaltungsaufgabe zuwendet.

Es gehört zu den hessischen Denkwürdigkeiten, dass im Juli 1948, also vor ziemlich genau 60 Jahren, in Weinheim an der Bergstraße eine Konferenz stattfand, auf der sich Vertreter der Landesinnenministerien und der kommunalen Spitzenverbände auf einen einheitlichen Entwurf einer Gemeindeordnung einigten, der dieser als unbefriedigend empfundenen Situation ein Ende bereiten sollte. Dieser so genannte Weinheimer Entwurf erteilte dem überkommenen Aufgabendualismus eine Absage. Er sah eine Stärkung der Gemeinden dadurch vor, dass die Gemeinden künftig ausschließliche und eigenverantwortliche Träger aller Aufgaben der öffentlichen Verwaltung in ihrem Gebiet sein sollten, soweit diese ihnen nicht durch Gesetz entzogen waren. Übertragener Wirkungskreis, Auftragsangelegenheiten und das damit verbundene uneingeschränkte staatliche Weisungsrecht sollten entfallen. Der Staat sollte auf die Möglichkeit beschränkt sein, bestimmte gemeindliche Aufgaben durch Gesetz zu Pflichtaufgaben zu erklären und sich durch Gesetz hinsichtlich bestimmter gemeindlicher Aufgaben ein Weisungsrecht vorzubehalten, das aber grundsätzlich auf allgemeine Weisungen beschränkt sein und keine Ermächtigung zu Weisungen im Einzelfall enthalten sollte.

Ob diese Vorstellungen schon der Hessischen Verfassung zu Grunde lagen, die bereits im Dezember 1946 in Kraft trat, ist nicht eindeutig. Die ersten drei Absätze des Art. 137 HV, die die Formulierungen des Weinheimer Entwurfs im Wesentlichen vorwegnehmen, sprechen dafür. Jedenfalls zielte die Hessische Gemeindeordnung von 1952 ausdrücklich auf die Beseitigung der hergebrachten Scheidung von Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten. Den Gemeinden wurde eine

„...der Wortlaut des ersten Absatzes der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus der Hessischen Verfassung

(Art. 137 Abs. 1 Hessische Verfassung:/ Die Gemeinden sind in ihrem Gebiet unter eigener Verantwortung die ausschließlichen Träger der gesamten örtlichen öffentlichen Verwaltung. Sie können jede öffentliche Aufgabe übernehmen, soweit sie nicht durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift anderen Stellen im dringenden öffentlichen Interesse ausschließlich zugewiesen sind.“/),...

grundsätzlich unbeschränkte Selbstverwaltung hinsichtlich aller öffentlichen Angelegenheiten der Ortsstufe eingeräumt. Staatliche Weisungsrechte sollten nur durch Gesetz begründet werden können und sich dann regelmäßig auf allgemeine Weisungen beschränken; ihnen unterworfenen Aufgaben wurden im Unterschied zu den nunmehr grundsätzlich verabschiedeten Auftragsangelegenheiten als Weisungsaufgaben bezeichnet. Das entsprach dem Aufgabenmonismus des Weinheimer Entwurfs, wonach es – unter dem Vorbehalt begrenzter staatlicher Weisungsmöglichkeiten – nur noch eine einzige gemeindliche Aufgabenart geben sollte.

Dieser Wechsel der Grundkonzeption der kommunalen Aufgaben ist aber nie vollständig umgesetzt worden. Schon in dem Regierungsentwurf der Gemeindeordnung von 1952 (Drucks. Nr. 1567, S. 2331) hieß es: „Damit ist der Anfang gemacht für eine Überwindung der Auftragsangelegenheiten im bisherigen Sinne. Die volle Verwirklichung dieser Forderung wird Aufgabe der künftigen Gesetzgebung sein. Bis dieses Ziel erreicht ist, wird man in Kauf nehmen müssen, dass die den Gemeinden zur Erfüllung nach Weisung übertragenen Angelegenheiten nach den bisherigen Bestimmungen durchgeführt werden“. Eben dies sah denn auch eine Übergangsvorschrift am Ende der Hessischen Gemeindeordnung (zuletzt § 149 Abs. 1 HGO) vor. Tatsächlich hat es in manchen Bereichen, wie dem

Recht der Ordnungsbehörden, dauerhaft und damit wesentlich länger, als mit einer Übergangsvorschrift intendiert sein konnte, noch Auftragsangelegenheiten in Hessen gegeben. Aber das änderte nichts an der grundsätzlichen Absage der Hessischen Gemeindeordnung an die Kategorie der Auftragsangelegenheiten und ihrer prinzipiellen Entscheidung für eine neue Kategorie einheitlicher kommunaler Selbstverwaltungsaufgaben, auf deren Wahrnehmung der Staat nur noch durch das begrenzte Weisungsrecht im Rahmen der Weisungsaufgaben Einfluss nehmen konnte.

Obwohl es solche Weisungsaufgaben in einer Reihe von Bundesländern nun schon seit mehr als einem halben Jahrhundert gibt, besteht in der Rechtswissenschaft allerdings Unsicherheit, ob man sie als Selbstverwaltungsaufgaben, doch noch als Auftragsangelegenheiten oder als eine Aufgabenkategorie besonderer Art qualifizieren soll. Die Intention des Weinheimer Entwurfs ging dahin, es unter Abkehr von dem überkommenen Aufgabendualismus bei einem einzigen gemeindlichen Aufgabentyp zu belassen. Das aber konnten nur die gemeindlichen Selbstverwaltungsaufgaben sein, da den Gemeinden, die nach dem Weinheimer Entwurf nicht geschwächt, sondern gestärkt werden sollten, ihre Selbstverwaltung selbstverständlich nicht genommen werden sollte. Dies spricht dafür, – wenn es nur noch eine einzige gemeindliche Aufgabenart geben sollte

– auch die Weisungsaufgaben als Selbstverwaltungsaufgaben zu qualifizieren, deren Besonderheit nur darin besteht, dass auf ihre Wahrnehmung in einem begrenzten, gesetzlich vorgesehenen Umfang durch staatliche Weisungen Einfluss genommen werden kann. Soweit das Weisungsrecht nicht reicht oder soweit es reicht, aber nicht in Anspruch genommen wird, entscheiden die Gemeinden auch über Weisungsaufgaben in Selbstverwaltung.

Der Selbstverwaltungscharakter der Weisungsaufgaben ist freilich auch über die Unsicherheiten in deren rechtsdogmatischer Einordnung hinaus unterschätzt worden. So wird Gefahrenabwehr in § 81 des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung als Angelegenheit des Landes und damit doch offenbar als staatliche Aufgabe bezeichnet, obwohl sie nach § 82 des Gesetzes als Weisungsaufgabe wahrgenommen wird. Ähnlich qualifiziert § 53 der Hessischen Bauordnung die Bauaufsicht als Aufgabe des Staates, obgleich sie in § 52 als Weisungsaufgabe ausgestaltet ist. Der Selbstverwaltungscharakter der Weisungsaufgaben, ja jedes in ihnen steckende Selbstverwaltungselement, wird darüber hinaus im Widerspruchsverfahren verkannt. Über Widersprüche gegen Verwaltungsakte der Gemeinden und Landkreise hat, wenn die Gemeinde bzw. der Landkreis ihnen nicht abhilft, die Widerspruchsbehörde zu entscheiden. Als Widerspruchsbehörde wird in Rechtsprechung und Literatur bei Weisungsaufgaben generell nicht die Selbstverwaltungsbehörde, also die Gemeinde bzw. der Landkreis selbst, sondern die – im Allgemeinen staatliche – nächsthöhere Behörde angesehen, weil Weisungsaufgaben keine Selbstverwaltungsangelegenheiten i.S. des § 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) seien. Das hat zur Folge, dass eine staatliche Behörde im Widerspruchsbescheid ihre Auffassung, auch soweit das Weisungsrecht des Staates gar nicht reicht, an die Stelle der Entscheidung der Kommune setzen

kann und damit inhaltlich in einer Weise in das kommunale Selbstverwaltungsrecht eingreift, die nach der kommunalrechtlichen Regelung der Weisungsaufgaben gerade ausgeschlossen ist.

Trotzdem blieb bis zum Jahre 2005 die grundsätzliche Absage Hessens an den klassischen Aufgabedualismus mit seiner Konzeption von zwei nebeneinander bestehenden gemeindlichen Wirkungskreisen, einem eigenen und einem übertragenen staatlichen, aufrechterhalten. Im Jahr 2005 aber wurde diese Grundsatzentscheidung mit einer spektakulären Gesetzesänderung aufgehoben. § 4 Abs. 1 der Hessischen Gemeindeordnung und § 4 Abs. 1 der Hessischen Landkreisordnung, in de-

nen die Weisungsaufgaben geregelt sind, wurden dadurch ergänzt, dass in unmittelbar daran anschließenden Absätzen – sozusagen der Todfeind der Weisungsaufgaben – die Auftragsangelegenheiten klassischen Musters wieder eingeführt wurden.

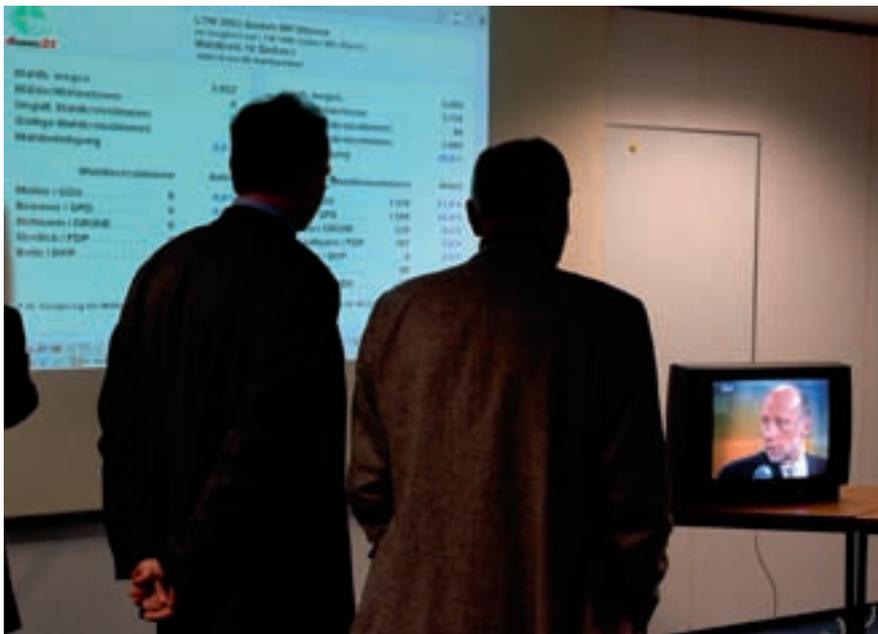
Das mag seinen pragmatischen Grund darin gehabt haben, dass das Land Aufgaben, welche Landräte und Oberbürgermeister bislang in Organleihe für das Land wahrgenommen hatten, auf diesem Wege zu – allerdings weiterhin voll weisungsgebundenen – Angelegenheiten der Kommunen machen und den Kommunen damit auch im Grundsatz die Finanzierungslast für diese Aufgaben zuschieben konnte. Das Gesetz vom 21.3.2005 (GVBl. I S.229),



Prof. Dr. Klaus Lange

Fachbereich Rechtswissenschaft
 Professur für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre
 Hein-Heckroth-Straße 5
 35390 Gießen
 Telefon: 0641 99-21181
 E-Mail: Klaus.Lange@recht.uni-giessen.de

Klaus Lange, Jahrgang 1939, studierte von 1958 bis 1966 Rechtswissenschaft, Wirtschaftswissenschaften und Soziologie an den Universitäten Marburg, Paris, München und Göttingen; 1963: Erste juristische Staatsprüfung, 1965: Prüfung als Diplom-Volkswirt und 1967: Promotion in Göttingen mit einer Dissertation über „Die Organisation der Region“, die später durch die Stiftung der deutschen Gemeinden und Gemeindeverbände zur Förderung der Kommunalwissenschaften ausgezeichnet wurde. 1969: Große juristische Staatsprüfung, 1972: Habilitation an der Universität Göttingen für „Öffentliches Recht“. 1973 vertrat er den Lehrstuhl für Staatslehre und Politik von Prof. Dr. Roman Herzog an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und wurde 1974 zum außerplanmäßigen Professor an der Universität Göttingen ernannt. 1975 bis 1978: Professor für Öffentliches Recht an der Universität Bochum, 1978: Ernennung zum Professor für Verwaltungslehre und Öffentliches Recht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Gießen. Im Sommer 2007 wurde Prof. Lange emeritiert. Seit 1981 ist er Vertrauensdozent der Friedrich-Ebert-Stiftung, seit 1984 Mitglied des Staatsgerichtshofs des Landes Hessen, dessen Präsident er von 1996 bis 2003 war. Im Juni 2008 wurde er erneut zum Präsidenten des hessischen Staatsgerichtshofs gewählt. Prof. Lange war von 1989 bis 1991 Vizepräsident der Universität Gießen. Er initiierte und leitet seit 1990, inzwischen zusammen mit den Professoren Eifert und Reimer, das Umweltrechtliche Praktikerseminar am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität und war dort von 1991 bis 2006 Sprecher des Forschungsschwerpunktes Umweltrecht. Im Jahre 2005 erhielt er den Umweltpreis der Universitätsstadt Gießen.



durch das dies geschah, hieß Gesetz zur Kommunalisierung des Landrats sowie des Oberbürgermeisters als Behörden der Landesverwaltung. Der durch diese Bezeichnung erweckte Eindruck, es handele sich um eine Stärkung der Kommunen, ist indessen allenfalls die halbe Wahrheit. Zwar wurden den Landkreisen und Gemeinden damit Aufgaben zugewiesen, die bisher die Landräte und die Oberbürgermeister als staatliche Verwaltungsbehörden wahrgenommen hatten. Aber bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben, für die sie künftig die finanzielle Verantwortung tragen, sind Gemeinden und Landkreise im Sinne der traditionellen Auftragsangelegenheiten in vollem Umfang an staatliche Weisungen gebunden.

Zugleich ist der Damm gebrochen, den die hessischen Kommunalgesetze in Auftragsangelegenheiten dargestellt hatten, indem es jetzt jeweils in § 4 Abs. 2 Satz 2 der Hessischen Gemeindeordnung und der Hessischen Landkreisordnung (HKO) heißt: „Ihnen (d.h. den Gemeinden und Kreisen K.L.) können durch Gesetz weitere Aufgaben als Auftragsangelegenheit übertragen werden“.

Das ist eine Kehrtwendung des hessischen Kommunalrechts, die die kommunale Selbstverwaltung einschränkt und in ihrer grundsätzlichen Bedeutung bislang gar nicht hinreichend zur Kenntnis genommen worden zu sein scheint. Ob dem hessischen Kommunalrecht prinzipiell eine monistische oder eine dualistische Aufgabenkon-

zeption zu Grunde liegt, ob also von einem einheitlichen Typ kommunaler Aufgaben auszugehen ist oder davon, dass Gemeinden und Kreise neben eigenen auch staatliche Aufgaben wahrnehmen, ist danach unklarer denn je. Die Beibehaltung der Weisungsaufgaben, deren Einführung auf der monistischen Aufgabenkonzeption beruht, wird jetzt überlagert von der Wiedereinführung der vor mehr als 50 Jahren grundsätzlich aufgegebenen Auftragsangelegenheiten und damit dem tragenden Element einer dualistischen Konzeption gemeindlicher Aufgaben.

Bürgermeister und Landräte in Hessen

Das dritte, letzte und auch nur kurze Beispiel betrifft die Rechtsstellung der Bürgermeister und Landräte in Hessen. Durch eine Änderung der Hessischen Verfassung, nämlich ihres Art. 138, ist im Jahre 1991 in Anlehnung an die so genannte Süddeutsche Ratsverfassung die Direktwahl der Bürgermeister und Landräte in Hessen eingeführt worden. Seitdem werden sie von den Bürgern unmittelbar gewählt.

Diese Wahlrechtsänderung ist nicht einhergegangen mit einer Änderung der hessischen Magistratsverfassung. Das bedeutet, dass das Verwaltungsorgan der Gemeinde nicht allein der direkt gewählte Bürgermeister, sondern weiterhin der im Übrigen von der Gemeindevertretung gewählte Gemeindevorstand oder, wie es in den Städten heißt, Magistrat ist und dass der Bürgermeister als Mitglied des Magistrats

je nach den Mehrheitsverhältnissen dort ständig überstimmt werden kann. Ebenso geht es dem Landrat im Kreisausschuss. Diese Schwäche der Bürgermeister und Landräte ist mit ihrer Direktwahl nicht vereinbar. Geringfügige Korrekturen des Kommunalrechts, die zu einer Verbesserung der Stellung des Bürgermeisters und des Landrats führen sollten, haben diese grundlegende Schwäche nicht behoben.

Gute Gründe sprechen für die hessische Magistratsverfassung, die es außerhalb Hessens leider nur noch in Bremerhaven gibt. Denn wenigstens die ehrenamtlichen Mitglieder des Magistrats bzw. des Kreisausschusses werden von der Gemeindevertretung bzw. dem Kreistag entsprechend der Stärke der dort vertretenen politischen Gruppierungen gewählt (§ 55 Abs. 1 Satz 1, 2 HGO, § 37 a Abs. 1 Satz 2 HKO). Damit spiegeln sich die Mehrheitsverhältnisse der von den Bürgern gewählten Gemeindevertretung bzw. des von den Bürgern gewählten Kreistags im Magistrat und im Kreisausschuss in einer demokratisch besonders überzeugenden Weise.

Mit der Direktwahl der Bürgermeister und Landräte hat der hessische Verfassungsgeber sich aber nun einmal dafür entschieden, dem Interesse der Öffentlichkeit an einer stärker sichtbaren Personenorientierung der Politik Rechnung zu tragen. Die Direktwahl eines Bürgermeisters oder Landrats, der seine Amtsgeschäfte in wesentlichen Teilen nicht in eigener Regie wahrnehmen kann, sondern nur als Minderheit in dem entscheidungsbefugten Gremium, erweckt bei den Wählern falsche Erwartungen. Denn wenn ein Amtsträger direkt zu wählen ist, erwartet man von ihm auch einen stärkeren Einfluss. Wenn ich als Bürger schon jemanden an die Spitze der Verwaltung meiner Stadt oder meines Landkreises gewählt habe, muss ich mich doch fragen, warum nicht der von mir Gewählte für die Verwaltungsentscheidungen verantwortlich ist, sondern ein von mir nicht gewähltes Gremium oder ein von mir

nicht gewählter Dezernent, dem der von mir Gewählte nicht einmal etwas zu sagen hat. Eine überzeugende Antwort auf diese Frage ist nicht zu erkennen.

Durch unmittelbare Wahl gewonnene politische Legitimation ist ein kostbares und seltenes Gut. Nicht einmal der Bundeskanzler und die Ministerpräsidenten der Länder werden direkt gewählt. Einer unmittelbaren Wahl des Bundespräsidenten durch das Volk wird entgegengehalten, dass sie der geringen Kompetenzausstattung des Bundespräsidenten nicht entspreche. Die durch unmittelbare Wahl der Bürgermeister und Landräte in Hessen gewonnene hochrangige politische Legitimation wird mit der Einbettung dieser Ämter in die Magistratsverfassung nicht ihrem Gewicht entsprechend genutzt, sondern verschwendet.

Deshalb sollte man, nachdem die Entscheidung für die Direktwahl der Bürgermeister wie auch der Landräte einmal gefallen ist, konsequent sein und sich von der herkömmlichen Magistratsverfassung verabschieden. Die gegenwärtig in Hessen praktizierte Verbindung von Magistrats- und Süddeutscher Ratsverfassung ist kein Gewinn, sondern eine unklare und ineffektive Vermischung widersprüchlicher Strukturprinzipien. Damit soll nicht bestritten werden, dass Bürgermeister und Landräte es auf Grund eines faktischen Informationsvorsprungs, persönlicher Autorität und persönlichen Geschicks schaffen können, diese strukturellen Mängel in den Hintergrund treten zu lassen. Das spricht allerdings nur für solche Bürgermeister und Landräte. Die Strukturprobleme beseitigt es nicht.

Fazit

Die drei genannten Beispiele zeigen, dass die Frage, wer was in der Kommune verantwortet, von der Rechtsordnung gegenwärtig weniger klar beantwortet wird, als in einer gerade auf demokratische Transparenz und Mitwir-

kungsmöglichkeiten ausgerichteten Institution wie der Kommune erforderlich ist. Unklar ist schon, welcher Aufgaben sich die Gemeinde annehmen darf und welche Gesichtspunkte sie bei deren Wahrnehmung berücksichtigen darf – ausschließlich örtliche oder auch überörtliche? Unklar ist der Rechtscharakter kommunaler Weisungsaufgaben und inkonsequent die unzureichende Berücksichtigung ihres Selbstverwaltungscharakters; unklar gerade in Hessen ist das Verhältnis zwischen monistischem und dualistischem Charakter der kommunalen Aufgaben, nachdem unter Beibehaltung von Weisungsaufgaben die traditionellen Auftragsangelegenheiten als normaler Bestandteil des hessischen Kommunalrechts wieder eingeführt worden sind. Zwei gegenläufige Prinzipien, nämlich das der Magistrats- und das der Süddeutschen Ratsverfassung, prägen schließlich die Struktur des Verwaltungsorgans von Gemeinde und Landkreis in Hessen.

Das alles schafft nicht nur Unklarheit über Verantwortung in der Kommune. Es zeigt zugleich eine Tendenz der rechtlichen Einengung und Behinderung kommunaler Selbstverwaltung und damit eine Gefährdung kommunaler Selbstverwaltung von vergleichsweise unbemerkter Seite, nämlich von Seiten der Rechtsdogmatik oder vielmehr fehlender Rechtsdogmatik. Unter dem Einfluss eher punktueller, pragmatischer Entscheidungen lösen sich Strukturen eines Rechtsgebiets von großer Tradition und großer demokratischer und verwaltungspolitischer Bedeutung auf. Das ist nicht nur ein hessisches Phänomen und es ist sicherlich auch nicht nur ein Phänomen des Kommunalrechts. Weit darüber hinaus drohen leitende Gesichtspunkte und Grundstrukturen rechtlicher Regelungen im kurzfristigen Alltagsgeschäft verloren zu gehen. Das gilt für die Legislative und die Exekutive im besonderen Maße, die auf die oft kurzfristige Gewinnung politischer Akzeptanz bei den verschiedensten politischen Akteuren, letztlich aber vor allem beim

Wähler angewiesen sind. Aber auch die Judikative ist nicht dagegen gefeit.

Von der chinesischen Rechtskultur heißt es gelegentlich, dass eine gewisse ihr nachgesagte Unberechenbarkeit durchaus gesellschaftliche Vorteile habe. Sie erziehe die Rechtssubjekte zu größerer Beweglichkeit und Anpassungsfähigkeit sowie zu einer gewissen Enttäuschungsfestigkeit. Ganz überzeugend erscheinen derartige Vorteile der Unberechenbarkeit aber denn doch nicht. Solche Tugenden sollten sich auch auf der Basis eines berechenbaren Rechtssystems entwickeln und hier noch produktiver einsetzen lassen können.

Wenn unser Rechtssystem aber zielgerichtete, aufeinander abgestimmte und transparente Steuerungswirkungen hervorbringen soll, dann setzt das voraus, dass die dafür Verantwortlichen sich der Strukturen bewusst sind, welche die Gestalt einer Rechtsmaterie prägen oder als Alternative dazu in Betracht kommen, und Recht im Einklang mit solchen strukturellen Überlegungen setzen, auslegen und anwenden. Verantwortlich dafür ist auch die Wissenschaft, die noch die größte Unbefangenheit hat, um strukturelle Defizite aufdecken und Änderungen anmahnen zu können. Verantwortlich dafür, dass unser Rechtssystem sich nicht in opportunistischen Entscheidungen nach von Fall zu Fall wechselnden Kriterien auflöst, sondern in Verantwortung gegenüber den ihm zu Grunde liegenden Strukturen und Prinzipien entwickelt und konkretisiert wird, sind aber alle, die am Recht arbeiten. •



Wahlkämpfer
Berlusconi:
wortgewaltig!

Das italienische Rätsel – Politik auf dem Stiefel

Analysen zur Parlamentswahl 2008

Von Alexander Grasse

Italien hat gewählt – wieder einmal. Doch selten hat das Ende einer italienischen Regierung so viel Verwunderung und in Teilen der internationalen Öffentlichkeit auch Bestürzung hervorgerufen, wie das der Regierung Prodi im Januar 2008. Mehr noch: Nie zuvor hat die Wiederwahl eines italienischen Ministerpräsidenten außerhalb Italiens für so viel Erstaunen und Ungläubigkeit gesorgt, wie der Triumph Silvio Berlusconis bei den Parlamentswahlen am 13. und 14. April 2008. Vor den Wahlen gingen zwei Gespenster um: das des Rückfalls in chronische Instabilität und das der Gefährdung der Demokratie. Das erste Gespenst scheint angesichts des klaren Sieges der Mitte-rechts-Allianz und der einschneidenden Veränderungen im Parteiensystem gebannt, denn nicht nur die Mehrheitsverhältnisse sind so klar wie selten zuvor, sondern auch das Feld der Parteien ist dramatisch geschrumpft. Der Wandel ist so grundlegend, dass diese Wahlen historische Bedeutung haben könnten. Das zweite Gespenst scheint wiederum lebendiger denn je zu sein. Während rund 47% der Italiener/innen inmitten einer schwierigen politischen, ökonomischen und sozialen Situation unbeirrt auf die Regierungskünste Berlusconis setzen, wird außerhalb Italiens Berlusconis dritter Regentschaft mit großer Skepsis begegnet. Das politische Italien ist für Viele hierzulande nur schwer zu durchschauen: Politik und Gesellschaft auf dem Stiefel geben immer wieder Rätsel auf.