

## Kommunalverfassungstreit

Streit über organschaftliche Beziehungen innerhalb einer kommunalen Körperschaft (insb. Gemeinde, Uni o.ä.) und innerhalb ihrer Organe (insb. Rat).

### **A. Zulässigkeit**

#### I. VwRechtsweg § 40 I

##### 1. ÖR-Streitigkeit

- GO ist hoheitliches SonderR
- bei Realakten: Funktionszusammenhang
- § 126 GO (gegen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde) ist KEINE Sonderzuweisung, weil die Länder dafür nicht die Kompetenz haben (VwGO = BundesR)

##### **P:** ehrverletzende Äußerungen

- wenn noch überwiegend verwaltungsrechtlichen / politischen Charakter, dann nach actus-contrarius-Theorie ist Widerruf ÖR (VwRechtsweg)
- wenn so sehr Ausdruck der persönlichen Meinung der äussernden Person selbst, dann nur höchstpersönlicher Widerruf möglich (Zivilrechtsweg)

##### 2. trotz des Namens nichtverfassungsrechtlicher Art (+)

#### II. **P:** statthafte Klageart

- Anfechtungs- / Verpflichtungsklage (-) wegen fehlender Außenwirkung
- Klage sui generis (-), weil VwGO abschließend ist
- allgemLK (+); Arg.: FK ist subsidiär und es wird Aufhebung (Tun) verlangt
- Feststellungsklage (+); Arg.: allgemLK ist nicht auf Kassation gerichtet und nichtige Beschlüsse ohne Außenwirkung sind direkt nichtig, also wird auch keine Aufhebung verlangt
- man wird wohl differenzieren müssen, was der Klagende will. Eher eine Feststellung (z.B. nichtige Beschlüsse), oder eine Leistung (z.B. Widerruf einer Äußerung)

#### III. **P:** Klagebefugnis § 42 II *analog*

Nur organinterne Rechte sind relevant, denn hier streiten Organe (nicht Personen!). Auf GR kann man sich daher nicht berufen.

##### **P:** Klagebefugnis eines Ratsmitglieds für den Rat

- h.M.: nein
- m.M.: ja

#### IV. **P:** Klagegegner

- h.M.: das Organ (der Organteil), dem ggü. die Streitigkeit besteht, weil so komplizierte Konstruktionen (BM für sich selbst gegen sich selbst als Vertreter der Gemeinde) vermieden werden
- m.M.: die Gemeinde selbst, weil dieser das Handeln ihrer Organe zuzurechnen ist

#### V. **P:** Beteiligtenfähigkeit (Kläger und Beklagter)

- t.v.A.: aus § 61 Nr. 1 *analog* (natPers)
  - a.A.: aus § 61 Nr. 2 direkt (bei Rat)
  - a.A.: aus § 61 Nr. 2 *analog*
- } jedenfalls beteiligtenfähig,  
Streit daher offen lassen

### **B. Begründetheit**

nur Prüfung bezogen auf organschaftliche Rechte!

##### **P:** Grundrechte eines Ratsmitgliedes

- t.v.A.: sind grds. unbeachtlich, weil er hier als Organteil und nicht als Person klagt
- BVerwG: findet eine GR-Ausübung (Meinungsfreiheit / körperl. Unversehrtheit) nur *gelegentlich* einer Ratssitzung statt, ist sie beachtlich. Ein Ratsmitglied verliert

seine ihm als Privatperson garantierten GR also auch während der Sitzung nicht, solange sie dort ausübbar sind.

## Kommunalverfassungsbeschwerde vor dem BVerfG

### **A. Zulässigkeit**

#### I. Zuständigkeit

Art. 93 I Nr. 4b GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 II, III, 91 ff. BVerfGG

#### II. Beschwerdefähigkeit

Gemeinden und Gemeindeverbände (nicht aber Zweckverbände, die nur einzelne Aufgaben kommunaler Selbstverwaltung wahrnehmen)

#### III. Beschwerdegegenstand

materielle Gesetze (Landes- / Bundesgesetz)

#### IV. Beschwerdebefugnis

*mögliche* Verletzung im Recht aus Art. 28 II GG

1. selbst

2. gegenwärtig

3. unmittelbar

nicht, wenn die Norm noch durch eine andere Rechtsnorm (insb. RechtsVO; nicht Einzelakt) konkretisiert werden muss.

#### V. Subsidiarität

**A:** nicht, wenn der Gang vor das VerfGH NW zulässig wäre! Es kommt also nicht auf eine Rechtswegerschöpfung an, sondern, ob das VerfGH NW entscheiden konnte. Dessen Maßstab ist nur (!) Art. 78 LV NRW

### **B. Begründetheit**

#### I. Schutzbereich des Art. 28 II

Aufgabenbereich, der grds. alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfasst, sowie die Befugnis zu eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte. Insb.:

- Planungshoheit (→ AnhörungSR, wenn darin eingegriffen wird)
- Personalhoheit
- Finanzhoheit

#### II. Eingriff

#### III. Schranken

1. formell

2. **P:** materiell

a. greift nicht in den Kernbereich ein

(b. Entzug wird durch MitwirkungsR auf höherer Ebene kompensiert (m.M.))

c. aus Gründen des Allgemeinwohls (BVerfG)

nur, wenn eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung anders nicht sicherzustellen ist. Freiwillige Lösungen sind immer vorrangig!

## Gemeinderat

### **Ratsbeschlüsse**

**A: ErmGrdl: Art. 28 II GG, 78 LV NW**

### **B. formell**

#### I. ordnungsgemäße Ladung

**P:** Heilung durch rügeloses Einlassen?

- t.v.A.: nein, weil nicht dispositiv

- a.A.: doch, wenn alle erschienen sind und niemand was dagegen hat

#### II. Geschäftsordnung

**A:** nach h.M. kann die alte GO vom neu konstituierten Rat konkludent übernommen werden

**P:** Verstoß gegen GO im Außenrecht

- t.v.A.: Verstoß unbeachtlich (reines Innenrecht)
- a.A.: Verstoß führt zu Rechtswidrigkeit
- a.A.: nur Rechtswidrigkeit, wenn schwerer Verstoß

III. Beschlussfähigkeit des Rates § 49 I

1. Mitgliederzahl des Rates

der BM gehört nach § 40 II 2 GO dazu; also Zahl nach § 3 KWahlG + 1

2. davon die Hälfte (aufgerundet)

3. oder Beschlussunfähigkeit nicht festgestellt § 49 I 2

**A:** teleologische Reduktion: beschlussunfähig, wenn zu geringe Zahl für Anwesende und den Sitzungsleiter *offensichtlich* war

IV. Befangenheit

**P:** fehlerhafter Ausschluss wg. Befangenheit

- t.v.A.: § 31 VI analog (d.h. nur beachtlich, wenn ergebnisrelevant)
- a.A.: dann immer Beschluss nichtig

V. Anhörung der Bezirksregierung § 37 V GO

**C. materiell**

I. innerhalb der ErmGrdl

II. höherrangiges Recht

III. Verhältnismäßigkeit

→ grds. kein VA (keine Außenwirkung), sondern es muss Vollzug durch BM abgewartet werden (§ 62 II 2 GO). Ausnahmsweise VA bei:

- Ehrenbürger § 34 GO
- Schließung kommunaler Einrichtungen
- Festsetzung von Ordnungsgeldern nach § 29 III GO (Ablehnung von Ehrenamt)
- Rechtmäßigkeitsfeststellung eines Bürgerbegehrens § 26 VI
- Straßenbenennung

**P:** Zweck der Straßenbenennung

- h.M.: kommunale Selbstverwaltung
- m.M.: ordnungsbehördlich ("zur Erfüllung nach Weisung"), weil Gefahr des Sich-Verlaufens bekämpft werden soll

### Ausübung des Hausrechts in Sitzungen

**P:** Suspensiveffekt bei Hausrecht des BM?

- ganz h.M.: ja, weil § 80 II 1 Nr. 2 nur für Polizeibeamte / Verkehrszeichen
- m.M.: § 80 II 1 Nr. 2 analog, weil auch "ordnungspolizeilich" gehandelt

**A. P: ErmGrdl**

- § 51 GO
- Gewohnheitsrecht
- als Annexkompetenz zu § 51 GO

**B. formell**

I. Zuständigkeit: OB

II. Verfahren (insb. Anhörung etc.)

III. Form § 37 VwVfG

**C. materiell**

I. Störung i.S.d. § 51 I

**P:** Tonbandaufnahmen von Ratssitzungen

- h.M.: Eingriff in Art. 2 I (allgemPersR), weil Ratsmitglieder medienpolitisch unerfahren sind und es sonst zu Befangenheiten kommen könnte

- m.M.: Eingriff nicht grds. festzustellen, weil Betätigung von Ratsmitgliedern im öffentlichen Leben statt findet und deshalb weniger schutzwürdig ist

## II. Ermessen

**A:** für Hausverbote (nicht bloß Verweisungen) ist Gefahrprognose erforderlich!

## Fraktionen

**P:** Rechtsnatur der Fraktionen

- h.M.: ÖR, weil Gegenstand des Fraktionsvertrages die Bündelung der spezifischen Kompetenzen als Ratsmitglieder ist
- t.v.A.: ÖR, weil öffentlichrechtliche Körperschaft (aber KÖ werden durch Gesetz gebildet)
- a.A.: Streitigkeiten im Innenrecht immer PR, im Außenrecht immer ÖR

## Ausschluss aus einer *kommunalen* Fraktion

### A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

II. statthafte Klageart

1. Klage sui generis

(-), wenn geregelte Klagen das Ziel erreichen können

2. Anfechtungsklage

(-), weil kein VA (keine Außenwirkung)

3. kassatorische Leistungsklage (m.M.)

(-), weil fehlerhafte Organisationsakte nichtig sind, eine Aufhebung ist nicht nötig

4. Feststellungsklage (h.M.)

III. Klagebefugnis § 42 II VwGO *analog*

(+), weil bei Ausschluss mitgliedschaftliche Rechte des Fraktionsmitgliedes verloren gehen (Einberufung von Sitzungen § 47 I 4 GO, Aufstellung der TOP § 48 I 2 GO, Besetzung von Ausschüssen § 58 I 7 GO).

IV. Feststellungsinteresse (+)

V. **P:** Beteiligtenfähigkeit

- m.M.: natürliche Person § 61 Nr. 1 VwGO

- h.M.: § 61 Nr. 2 *doppelt analog*

1. Analogie: auch auf Teile von Vereinigungen anwendbar

2. Analogie: auch auf Normen des Innenrechts anwendbar

VI. Klagegegner

§ 78 I VwGO nicht anwendbar im Kommunalverfassungsstreit. Wem ggü. besteht das streitige Verhältnis / soll ein Handeln verlangt werden?

VII. Rechtsschutzbedürfnis

nur (-), wenn Entscheidung ohne Nutzen wäre, weil bald Wahlen sind

### B. Begründetheit

I. **P:** Prüfungsumfang

- h.M.: voll überprüfbar wegen Rechtsstaatsprinzip (vgl. § 56 II 2 GO)

- m.M.: nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraum der Fraktionen

**P:** Ausschlussverfahren nicht in Geschäftsordnung geregelt

Da es auch keine Regelung in der GO gibt: Willkürverbot. Muss einigen formellen und materiellen Mindeststandards aus Demokratiegebot und Rechtsstaatsprinzip genügen:

II. formelle Rechtmäßigkeit

1. Anhörung

2. ordentliche Ladung

3. Mehrheitsbeschluss

4. schriftliche Mitteilung der Ausschlussgründe (str.)

Kommunal  
Verf. Streit

### III. materielle Rechtmäßigkeit

Vorliegen eines wichtigen Grundes = Vertrauensverhältnis ist nachhaltig gestört und eine weitere Zusammenarbeit nicht möglich

### Vertretung der Gemeinde durch den BM

**A:** § 64 I 1, IV sind Vertretungsregeln, keine Formvorschriften (denn die Länder haben nicht die Kompetenz Schriftformerfordernisse festzulegen).

## kommunale Satzungen

### A. ErmGrdl

I. allgemeine: § 7 GO

**A:** ist nach h.M. keine ErmGrdl zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum der Bürger!

II. spezielle (insb. § 9 GO; 1, 2 KAG)

### B. formell

formelle Fehler nach § 7 VI nur eingeschränkt rüfbar

I. Zuständigkeit

1. Verband
2. Organ

II. Verfahren

1. Ratsbeschluss
2. ggf. Genehmigung

ist absolute Wirksamkeitsvoraussetzung (vgl. § 7 VI lit. b), sonst Nichtigkeit

**A:** Genehmigungen sind nicht Teil der Rechtssetzung, sondern VA

**A:** kein Ermessen der Genehmigungsbehörde (reine Rechtskontrolle), weil das ein Eingriff in Art. 28 II GG wäre. Der Genehmigungsvorb. ist aber mit 28 vereinbar, weil dieser nur "im Rahmen der Gesetze" garantiert wird.

III. öffentliche Bekanntgabe

### C. materiell

I. ErmGrdl

1. Voraussetzungen liegen vor
2. unbest. Rechtsbegriffe
3. ErmGrdl wirksam

II. Satzung selbst

1. innerhalb Satzungsautonomie
2. höherrangiges Recht
3. Verhältnismäßigkeit

**A:** ohne Härtefallklausel schon deshalb unverhältnismäßig

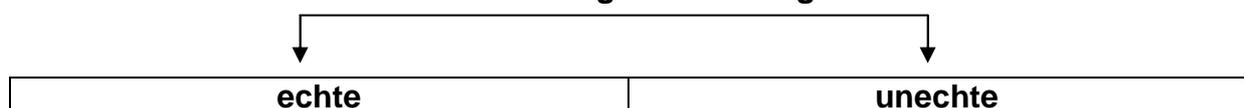
**P:** Aufhebungsansprüche durch neue Satzung beseitigen

wenn ein VA aufgrund einer rechtswidrigen (= nichtigen!) Satzung erlassen wurde und die Gemeinde erlässt später eine (nicht rückwirkende) gültige Satzung, nach der dieser Bescheid wieder so erlassen werden könnte...

- BVerwG: damit bringt Satzungsgeber den Willen zum Ausdruck, bestehende Ansprüche auf Aufhebung früherer VAs beseitigen zu wollen

- h.L.: das wäre ein Eingriff in die Rechtsposition des Bürgers und wg. Art. 20 III bräuchte es dafür eine gesetzliche Grundlage (Vorbehalt des Ges.). Wg. des Bestimmtheitsgrundsatzes kann das nicht durch Auslegung einer Satzung erfolgen.

## Rückwirkung von Satzungen



<i>abgeschlossener</i> Sachverhalt der Vergangenheit wird neu geregelt	Sachverhalt, der in der Vergangenheit begann und <i>andauert</i> wird geregelt
→ i.d.R. unzulässig (20 III GG), außer es bestand kein schutzwürdiges Vertrauen: - Bürger musste damit rechnen - Bagatellschaden - Ersetzung nichtiger Norm, bei der man nicht viel schlechter gestellt wird - Klärung unklarer Rechtslage - überwiegende Gründe des öffentlichen Wohles (str!)	→ i.d.R. zulässig, wenn besondere Umstände ein besonders außergewöhnliches Vertrauen des Bürgers begründet haben  Wenn eine echte RüWi zulässig gewesen wäre, dann auch immer eine unechte!

**Stichtagsregelungen:**

- bestand schutzwürdiges Vertrauen?
- stellt der Stichtag sonst eine unzulässige Härte dar (insb. GR-Verstoß, Art. 14)?

**kommunale Abgaben**

<b>Gebühren §§ 4 ff. KAG</b>	<b>Beiträge §§ 8 ff. KAG</b>	<b>Steuern § 3 KAG</b>
echte Gegenleistung für... - konkretes Vw-Handeln - konkrete Benutzung	Aufwendersersatz für die Gemeinde, die Einrichtungen oder Anlagen errichtet oder betreibt	
1. Wirklichkeitsmaßstab muss Äquivalent der Gegenleistung sein 2. Kostendeckungsprinzip nur soweit es zur Deckung der Kosten nötig ist	1. Nutzungsmöglichkeit reicht 2. Wahrscheinlichkeitsmaßstab <b>A:</b> wird an tatsächliche Nutzung angeknüpft, ist die Beitragserhebung nichtig!	Subsidiarität: nur, wenn die Kosten nicht durch Gebühren / Beiträge gedeckt werden können

**Bürgerbegehren / -entscheid**

**P:** Rechtsnatur der Rechtmäßigkeitsfeststellung

- h.M.: VA, weil hier außenstehende Bürger der Vw gegenüber stehen. Arg.: Wortlaut des § 26 VI 2 "Widerspruch" ist Indiz dafür. → Verpflichtungsklage
- m.M.: keine Außenwirkung, weil Bürgerbegehren Quasi-Organ der Gemeinde ist und es deshalb nur intern ist → Kommunalverfassungsstreit

**A. AGL: § 26 GO**

**B. formell**

I. Antrag (Abs. 1)

II. Schriftform (Abs. 2)

III. bestimmtes Begehren (Abs. VII)

das mit Ja/Nein beantwortet werden kann

IV. kurze Begründung (Abs. Abs. 2)

V. Kostendeckungsvorschlag (Abs. 2)

**A:** entbehrlich, wenn offensichtlich Abgaben gemindert werden oder nur der Status quo beibehalten werden soll

VI. Vertreter (Abs. 2)

**P:** Klagebefugnis

- h.M.: die Vertreter sind klagebefugt (nur ihnen steht das Recht aus § 26 VI zu)
- m.M.: das Recht aus § 26 VI steht *allen Unterzeichnern gemeinsam* zu, die Vertreter sind nur Prozessstandschafter

VII. Unterschriftenquorum (Abs. 4)

Prozentzahl bezieht sich auf die Einwohner, das Quorum muss aber von den Bürgern (§ 21 II GO: Wahlberechtigten) erfüllt werden

VIII. Frist (Abs. 3)

**C. materiell**

I. Angelegenheit der Gemeinde

1. Verbandskompetenz der Gemeinde

- alle Angelegenheiten kommunaler Selbstverwaltung
- NICHT Angelegenheiten zur Erfüllung nach Weisung / Auftragsangelegenh.

2. Organkompetenz des Rates

gem. § 41 GO; hat der Rat die Kompetenz übertragen und besteht ein Rückholrecht gem. § 41 II, III, liegt im Bürgerbegehren auch die Ausübung dieses Rückholrechtes

II. keine Unzulässigkeit (Abs. 5)

- fiskalische Elemente sind OK, solange sie nicht den Schwerpunkt bilden

→ bei rechtmäßig festgestelltem Begehren: Suspensiveffekt, § 26 VI 6 n.F.

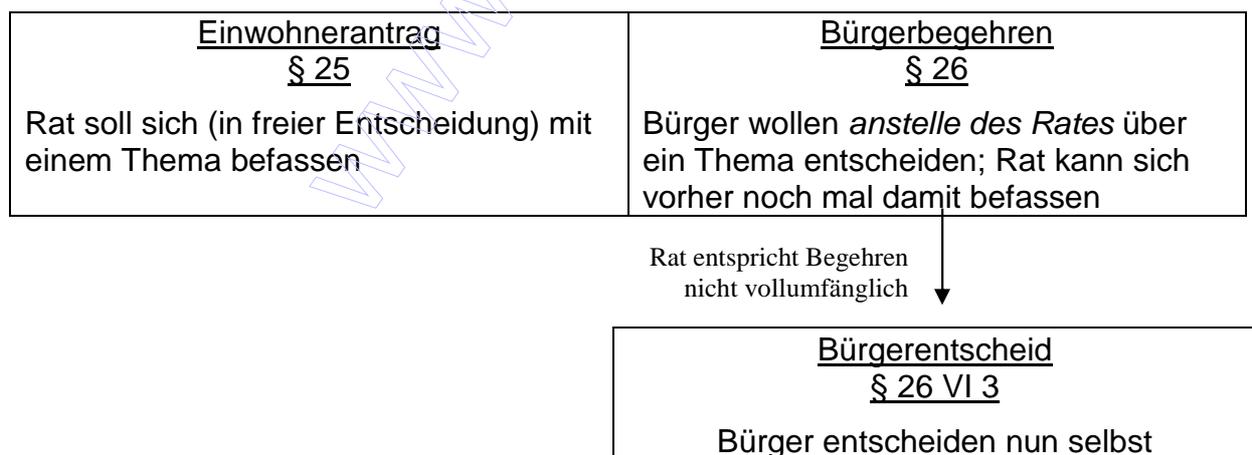
**P:** Klagegegner bei verweigerter Feststellung der rm

- h.M.: der Rat als zuständiges Organ (§ 5 II AGVwGO), gem. § 40 II 3 vertreten durch den BM als Vorsitzender des Rates (NICHT als Vw-Behörde)
- a.A.: gegen Gemeinde (aber wspr. § 5 AGVwGO)
- a.A.: gegen den BM als Behörde der Gemeinde (aber hier ausnahmsweise Ratsbeschluss mit Außenwirkung)

**P:** Suspensiveffekt bei rechtswidrig abgelehntem Bürgerbegehren?

- m.M.: § 26 VI 6 *analog*
- h.M.: keine planwidrige Regelungslücke, weil der Rat von der Unzulässigkeit ausgeht und eine Vereitelungslage nicht in Betracht kommt

**Folge-P:** dann wg. Rechtsschutz ungeschriebener Sicherungsanspruch, weil Bürgerbegehren "anstelle des Rates", also als Quasi-Organ handelt. Aus dem Prinzip der Organtreue kann dann Sicherungsanspr. hergeleitet werden.



**Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen**

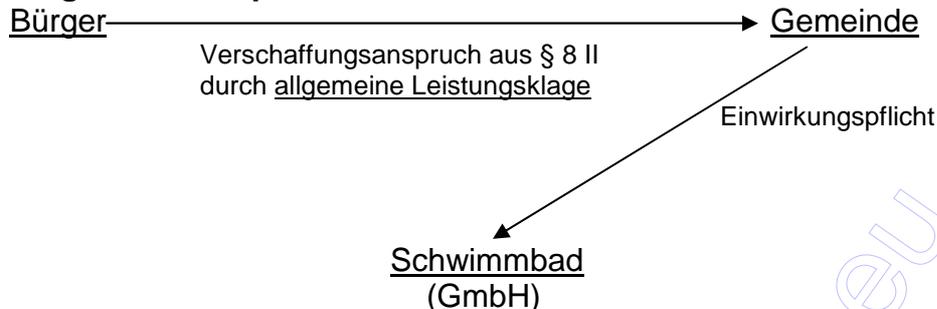
**P:** "öffentliche Einrichtung" in der Zulässigkeit

- h.M.: muss geprüft werden, sonst liegt nämlich keine ör-Streitigkeit vor (rechtswegsbestimmendes TB-Merkmal)

- m.M.: es genügt, wenn der behauptete (!) Anspruch ÖR ist, egal ob dessen Voraussetzungen vorliegen, oder nicht
- I. öffentliche Einrichtung der Gemeinde (i.S.d. § 8 I)
  - alle von Trägern öffentlicher Verwaltung im öffentlichen Interesse der Benutzung durch die Einwohner unterhaltenen Betriebe unabhängig von ihrer Rechtsform (im Zweifel: öffentliche Einrichtung)*
  - Widmung hat hier nur anspruchbegründende (begünstigenden)
- II. Zulassungsanspruch
  1. § 70 GewO bei festgesetzten Märkten
    - A:** Rechtsnatur
    - § 70 GewO ist keine Norm des ÖR, weil nicht zwingend eine Seite Träger der öff. Gewalt sein muss (mod. Subjektstheorie). Aber § 70 ändert auch nicht das eigentliche Verhältnis, d.h. wenn die "für alle Veranstaltungsteilnehmer geltenden Bestimmungen" öR sind (insb. Satzung), liegt eine ÖR-Streitigkeit vor.
    - P:** Verhältnis zu § 8
      - t.v.A.: § 70 ist lex specialis und verdrängt § 8
      - a.A.: stehen neben einander, aber weil § 8 nur "innerhalb der Gesetze" gilt, gelten auch die Einschränkungen des § 70 III, d.h. der Anspruch aus § 8 kann nicht weiter gehen als der nach § 70
  2. Einwohner der Gemeinde (§ 8 II)
  3. Gewerbetreibende / Grundstücksinhaber in der Gemeinde (§ 8 III)
    - P:** Zulassung, *um* ein Gewerbe zu betreiben
      - t.v.A.: nur, wer bereits betreibt hat Anspruch
      - a.A.: genügt für Anspruch
  4. Art. 3 I GG i.V.m. Widmungszweck
    - wenn Widmung sich auch auf Ortsfremde erstreckt und Gemeinde nicht auf Ortsansässigenprivileg abstellt
  5. **P:** § 5 PartG
    - h.M.: lässt einen Anspruch aus § 8 II GO entstehen (überwindet Einwohnererfordernis)
    - a.A.: ist Ausprägung des Gleichheitssatzes (Art. 3 I , 21 GG), deshalb prüfen, ob Gemeinde Parteien die Einrichtung zur Verfügung stellt und eine Ablehnung hier gleichheitswidrig ist.
    - m.M.: direkt Benutzungsanspruch aus § 5 PartG
    - A:** Beteiligtenfähigkeit
    - Parteien / Ortsverbände sind i.d.R. Vereine und als solche Beteiligtenfähig. § 3 PartG schränkt das nicht ein, weil dieser die Rechte von Parteien höchstens erweitern will.
- III. Grenzen ("innerhalb der Gesetze")
  1. Widmungszweck
    - A:** Sonderbenutzungserlaubnis
    - außerhalb des normalen Einrichtungsgebrauchs kann nach freiem Ermessen der Behörde auch eine Sonderbenutzung gestattet werden. Anspruch auf fehlerfreies Ermessen aber nur, wenn die geplante Sonderbenutzung im Sachzusammenhang mit der sozialstaatlichen Verpflichtung der Einrichtung steht. Nicht bei rein kommerziellen Interessen.
  2. Kapazitätsgrenze
    - kein Anspruch auf Erweiterung; → dann Anspruch auf fehlerfreies Auswahlermessen
    - a. "bekannt und bewährt"
      - zulässiges Kriterium, solange Neubewerber grds. noch eine Chance haben
    - b. Rotationsverfahren
    - c. Attraktivität

3. schadensgeneigte / gefahrgeneigte Veranstaltung  
bei solchen kann bezogen auf das genutzte Objekt eine Sicherheitsleistung nach § 90 II GO verlangt werden  
**A:** drohender Verstoß gegen Gesetze (auch § 15 OBG) können Ausschluss rechtfertigen, wenn derjenige zu erwartender Störer ist!  
**A:** nur das BVerfG kann eine Partei für verfassungswidrig erklären (Art. 21 II 1), bis dahin bleibt sie rechtlich geschützt
4. Benutzungsentgelt

### **Trägerschaft in privatrechtlicher Form**



Die GmbH ist an dieselben Ermessenskriterien gebunden wie die Gemeinde, weil sie ja eine gemeindliche Einrichtung ist. „Keine Flucht ins Privatrecht“. Eine Klage direkt gegen die GmbH aus § 8 II ist nicht möglich, weil der sich nur gegen die Gemeinde richtet. Nicht gegen ein Privatrechtssubjekt (m.M.: aber aus drittschützendem ör-Vertrag zwischen GmbH und Gemeinde)

### **wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden**

#### I. wirtschaftliche Betätigung

##### 1. § 107 I 3 GO

###### **P:** einzelne Tätigkeiten

- Rspr.: nur der Unternehmensgegenstand wird beurteilt. Gesellschaftsrechtlich zulässige Neben- und Hilfsgeschäfte werden nicht geprüft (Arg.: "Betrieb eines Unternehmens"), könnten also auch außerhalb von § 107 ff. GO liegen
- m.M.: Beurteilt wird jede wirtschaftliche Einzeltätigkeit

##### 2. kein § 107 II GO ("Einrichtungen")

**A:** dann gilt der komplette § 107 nicht, weil nach h.M. die Abs. 3 ff. sich auf den Abs. 1 beziehen.

#### II. gemeindliche Aufgabe

i.S.d. Art. 28 II GG

#### III. *dringender* öffentlicher Zweck (§ 107 I 1 Nr. 1 GO n.F.)

##### 1. öffentlicher Zweck

Zwecke der Daseinsvorsorge, nicht aber *ausschließlich* Gewinnerzielung

##### 2. dringend

nach systemkonformer Auslegung: wenn sonst in absehbarer Zeit irreversible Schäden für die Allgemeinheit entstehen würden

##### 3. Zweck erfordert wirtschaftliche Betätigung

vernünftigerweise geboten (nicht i.S.v. objektiv erforderlich)

#### IV. angemessener Umfang (§ 107 I 1 Nr. 2)

#### V. Subsidiarität (§ 107 I 1 Nr. 3 GO)

private Anbieter können Zwecke nicht *ebenso gut* (früher noch: besser) erfüllen

###### **P:** Maßstab

- t.v.A.: alle möglichen Gesichtspunkte (auch Zuverlässigkeit, gleichmäßige Versorgung, sozialverträgliche Entgelte etc.)

- a.A.: wirtschaftlicher Vergleich zwischen optimalem Privaten und optimaler Gemeinde

VI. besondere Anforderungen der §§ 108 ff.

**Schutz von privatrechtlicher Konkurrenz**

ÖR-Unterlassungsanspruch. Dafür nötig ist die Verletzung eines subj. öffentlichen Rechts (d.h. Norm mit Drittschutzcharakter):

Nach t.v.A. direkt ein Unterlassungsanspruch aus den §§ 107, 108 GO (i.V.m. § 1004 BGB analog). Dann kann man nämlich die wirtschaftliche Betätigung prüfen und scheitert nicht direkt am subjektiv-öffentlichen Recht. Dieses muss dann in der "Rechtsverletzung", § 113 V VwGO geprüft werden!

I. **P: "Subsidiaritätsklausel"** (§ 107 I 1 Nr. 3 )

- h.M.: kein subj. Recht. Auch eine Auslegung nach Art. 12 GG hilft nicht weiter, weil auch 12 gerade nicht einen absoluten Schutz des Unternehmens gebietet. Eine Verletzung der Nr. 3 wäre dann immer auch eine des Art. 12, wodurch sie überflüssig würde. Außerdem Schutzadressaten zu unbestimmt und systematisch eher Schutz der Gemeinde. Außerdem sei höchstens der gemeindliche Markt an sich geschützt – nicht aber der einzelne Gewerbetreibende.
- m.M.: muss nach Art. 12 GG zu einem subj. Recht ausgelegt werden

II. **P: "öffentliche Zwecke"** (§ 107 I 1 Nr. 1)

- h.M.: auch hier kein Drittschutz (vgl. oben)
- OVG Münster: Drittschutz für die durch die Betätigung betroffenen Wirtschaftsteilnehmer, nicht nur Schutz der Gemeinde vor wirtschaftlicher Überbelastung. Arg.: 107 V verlangt Marktanalyse und Auswirkungsprognose zumindest bei Gründung von / Beteiligung an Unternehmen, wobei die örtliche Wirtschaft gehört werden muss.

III. Grundrechte

1. Art. 12 GG  
schützt Recht zum Wettbewerb, nicht vor Wettbewerb
2. Art. 14 GG (Recht am eingerichteten...)  
nur, wenn Betrieb in seinem Bestand gefährdet

IV. aus UWG

nach BGH sind Verstöße gegen die GO auch keine Verstöße i.S.d. UWG

**Aufsicht über die Gemeinden**

<b>allgemeine Kommunalaufsicht § 119 I GO</b>	<b>Sonderaufsicht § 119 II GO</b>	<b>Auftrags- angelegenheiten des Bundes</b>
<u>Selbstverwaltungsaufgaben</u>	<u>Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung</u>	
Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft 1. freiwillige <ul style="list-style-type: none"> <li>- Sparkassen</li> <li>- örtliche Kulturpflege</li> <li>- Sportanlagen etc.</li> </ul>	Angelegenheiten, die den Gemeinden durch Spezialgesetz als Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung zugewiesen sind: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ordnungsrecht (§ 3 OBG)</li> <li>- Bauaufsicht (§ 60 I Nr. 3</li> </ul>	

<p>2. pflichtige § 3 I GO</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Grund-/Hauptschulen</li> <li>- Bauleitplanung</li> <li>- Gemeindestraßen</li> <li>- Denkmalpflege</li> </ul>	<p>BauO)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Denkmalschutz</li> <li>- Feuerwehr</li> <li>- Wohnungsbauförderung</li> <li>- Landschaftsschutz</li> </ul>	
<p><u>ErmGrdl:</u> § 119 I GO</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- nur Rechtsaufsicht (nachträgl.)</li> </ul>	<p><u>ErmGrdl:</u> aus Spezialgesetz</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Rechtsaufsicht</li> <li>- eingeschränkte Fachaufsicht</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Rechtsaufsicht</li> <li>- unbeschränkte Fachaufsicht</li> </ul>
<p><u>Maßnahmen:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- UnterrichtungsR</li> <li>- BeanstandungsR</li> </ul> <p><b>P:</b> Regelungswirkung?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- h.M.: nein, nur vorbereitend</li> <li>- m.M.: doch, weil sie suspendiert</li> </ul> <p>Der BM ist verpflichtet der Weisung zu folgen und den Beschluss zu beanstanden. Er wird hier im Wege der Organleihe tätig. Die Anweisung an den BM ist deshalb nur eine behördeninterne Weisung → kein VA!</p> <p><b>A:</b> BM weigert sich dann kann die Aufsichtsbehörde selbst beanstanden</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- AufhebungsR nur wenn vorher durch BM gem. § 54 II GO beanstandet (auf eigene Initiative, oder auf Weisung hin)</li> <li>- Ersatzvornahme</li> <li>- Bestellung eines Beauftragten</li> <li>- Auflösung des Rates</li> </ul>	<p><u>Maßnahmen:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- UnterrichtungsR</li> <li>- allgemeine Weisungen</li> <li>- besondere Weisungen</li> <li>- Selbsteintritt</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- allgemeine Weisungen</li> <li>- besondere Weisungen</li> </ul>
<p><u>Rechtsnatur:</u> grds. VA</p> <p>grds. Außenwirkung, weil die Gemeinden hier als Subjekte des Art. 28 II GG der Aufsichtsbehörde gegenüber stehen</p>	<p><b>P: Rechtsnatur</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- h.M.: eher Selbstverwaltung → VA</li> <li>- m.M.: Auftragsangelegenheit in "anderem Gewand" → kein VA</li> <li>- BVerwG: wenn eine durch Art. 28 GG geschützte Position verletzt ist → VA</li> </ul>	<p>grds. kein Rechtsschutz, außer es wird in Art. 28 II eingegriffen</p>

**P: Anspruch auf Einschreiten**

- h.M.: Opportunitätsprinzip, d.h. höchstens einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung; nicht jedoch auf Einschreiten der Aufsichtsbehörde ("*kann*"). Weil das ist Kehrseite der Eigenverantwortlichkeit der Gemeinde.
- m.M.: Legalitätsprinzip, weil folgt aus dem Rechtsstaatsgebot