

Kommunale Selbstverwaltung im Spiegel von Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht

Herausgegeben von
Markus Hoffmann, Christian Kromberg,
Verena Roth, Bodo Wiegand

35. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und
Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“

Rostock 1995



RICHARD BOORBERG VERLAG
Stuttgart · München · Hannover · Berlin · Weimar · Dresden

Ersetzung förmlicher Kommunalaufsichtsmittel durch „kooperatives Verwaltungshandeln“?

MARTIN IBLER

I. Anwendungsfelder kooperativer Kommunalaufsicht

Wer nach einem Ersatz für förmliche Kommunalaufsichtsmittel fragt, hat bisher weniger die Diskussionen über kooperatives Verwaltungshandeln im Blick. Vielmehr denkt er an das in der Praxis der Kommunalaufsichtsbehörden gebräuchliche Mittel, das einem förmlichen Eingriff der Staatsaufsicht vorbeugen soll: an die Beratung der aufsichtsunterworfenen Kommune durch die Aufsichtsbehörde¹. Und doch gehören diese Beratung und kooperatives Verwaltungshandeln untrennbar zusammen. Beratung findet vorwiegend² in einvernehmlichen Gesprächen statt³; sie läßt sich damit als ein Paradebeispiel kooperativen Verwaltungshandelns begreifen⁴. Diese kooperative Beratung hat verschiedene Anwendungsfelder.

1. Kooperation statt Zwangsmittel

Sie macht erstens eine förmliche Beanstandung, Anordnung, Ersatzvornahme oder gar Einsetzung eines Beauftragten in aller Regel entbehrlich⁵. Entweder lenkt sie frühzeitig vor einem rechtserheblichen kommunalen Handeln dieses

¹ A. Galette, Die Beratung im Rahmen der Kommunalaufsicht, in: Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 19, 1963, S. 37 ff.; C.-P. Glass, Die Realität der Kommunalaufsicht, 1967, S. 35 ff.; H. Klemt, Die Mitwirkung der Kommunalaufsichtsbehörde an der Verwaltung der Gemeinden durch beratende Tätigkeit, Diss. Würzburg 1975.

² Dagegen vergleichsweise selten sind Rundschreiben an die Kommunalaufsichtsbehörden, die diese „einseitig“ beratend an ihre aufsichtsunterworfenen Kommunen weiterleiten, etwa zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe. Beispiele: Runderlaß d. Ml v. 27.01.1983, MBl. Nds. 1983, S. 144 zur Zuständigkeit kommunaler Vertretungen für Erklärungen zu atomwaffenfreien Zonen; Rundschreiben des NdsMl v. 15.02.1994 Az 31.1-10002 / 5a (nicht veröff.) zur mangelhaften Umsetzung des Gesetzes über Frauenbeauftragte in den Kommunen. Sie bergen die Gefahr einer unzulässigerweise aufgedrängten „Einmischungsberatung“, vgl. K. Vogelsang / U. Lübking / H. Jahn, Kommunale Selbstverwaltung, 1991, Rn. 553.

³ K.W. Lee, Kommunalaufsicht in der Bundesrepublik Deutschland und in Korea, 1990, S. 95; allgemein J. Oebbecke, Beratung durch Behörden, DVBl. 1994, 147 (148); H. Schulze-Fielitz, Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, DVBl. 1994, 657 (664).

⁴ H. Maurer, Kommunalrecht, in: H. Maurer / R. Hendler (Hrsg.), Baden-Württembergisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1990, S. 173 (251).

⁵ S. z.B. G. Seele, Die Aufsichtsfunktion der Kreisverwaltung, in: ders., Die Kreise in der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 245 (256). Zur Einordnung des Unterrichtsrechts vgl. F.-L. Knemeyer, Die Staatsaufsicht über die Gemeinden und Kreise, in: G. Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 2. Aufl. 1981, S. 265 (275).

so, daß von vornherein für einen repressiv-förmlichen Aufsichtsakt kein Anlaß besteht. Oder sie erfolgt nach einem (regelmäßig⁶) rechtswidrigen Handeln oder Unterlassen der Kommune, die daraufhin freiwillig ihren Fehler berichtigt. Dann bedarf es auch hier keiner förmlichen Aufsichtsmaßnahme mehr.

Ein Sonderfall dieses Anwendungsfeldes liegt vor, wenn eine Fachaufsichtsbehörde die Kommunalaufsicht bitten muß, eine fachliche Weisung zwangsweise durchzusetzen. Der Rechtsverstoß der Kommune, der in der Nichtbefolgung einer rechtmäßigen fachlichen Weisung liegt, erlaubt ein förmliches Einschreiten nur der Kommunalaufsicht⁷; denn die Kommunen sollen nicht von verschiedenen Seiten mit Zwangsmitteln überzogen werden können⁸. Hier kann die Kommunalaufsicht durch kooperative Beratung zwischen Fachaufsichtsbehörde und Kommune vermitteln, wenn die Kommune die Rechtmäßigkeit der fachlichen Weisung bestreitet⁹.

Man kann noch einen weiteren, aber seltenen Fall dieses ersten Anwendungsfeldes kooperativer Beratung anführen: Gelegentlich erkennt die Kommunalaufsicht auf die Rüge eines Bürgers, daß die Kommune eines der subjektiven öffentlichen Rechte des Bürgers verletzt oder dessen privatrechtlichen Anspruch bestreitet. Dann kann es vorkommen, daß die Aufsichtsbehörde beratend versucht, eine gütliche Einigung zwischen Kommune und Bürger herbeizuführen¹⁰. Gelingt dies, stellt sich auch hier erst gar nicht die Frage nach einem förmlichen Eingreifen.

2. Kooperation statt Genehmigungsversagung

Ein zweites Anwendungsfeld – das durch die Finanznöte der Kommunen heute bedeutendste – hat die kooperative Beratung dort, wo die Gesetze für einzelne Maßnahmen der Gemeinden und Landkreise eine Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde fordern. Wichtig sind hier vor allem bestimmte Geschäfte der Kommune zum Haushalt und zur Vermögensverwaltung, z.B. die Übernahme von Bürgschaften, Kreditaufnahmen, kreditähnliche Geschäfte, Veräußerung von Vermögen¹¹. Ebenfalls wichtig sind die Genehmigungsver-

⁶ Z.B. bei der sog. verstärkten Kommunalaufsicht kann die Kommunalaufsichtsbehörde auch einmal nach rechtmäßigem Handeln der Kommune aus Zweckmäßigkeitsgründen Anlaß zur Beratung haben.

⁷ D. Jesch, Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden bei der Wahrnehmung „staatlicher“ Aufgaben, DÖV 1960, 739 (744).

⁸ Sog. Filterfunktion der Kommunalaufsicht als Ausfluß der Schutzfunktion der Kommunalaufsicht. Vgl. K.R. Hinkel, Zur Situation der kommunalen Selbstverwaltung, NVwZ 1985, 225 (230).

⁹ Vgl. BVerfGE 58, 177 (195).

¹⁰ Vgl. Seele (Fn. 5), S. 260; G. Schmitt, Staatsaufsicht und Rechtsverfolgung, BayVBl. 1973, 478 (483).

¹¹ Weitere Genehmigungspflichten bestehen z.B. für Gebietsänderungsverträge, Verträge zur kommunalen Zusammenarbeit, Änderungen des Namens und des Wahrzeichens der Kommune, des Sitzes der Kreisverwaltung, die Errichtung, Auflösung und Zusammenlegung von Sparkassen. Wahlen und Ernennungen sind bestätigungsbedürftig.

halte für die Rechtsetzung der Kommunen¹²; bestimmte Satzungen¹³ werden erst mit Genehmigung wirksam¹⁴. Die Beratung stellt in diesen Fällen vorbereitend sicher, daß die genehmigungsbedürftige Maßnahme später nicht als genehmigungsunfähig scheitert. Sie kann auch die Fragen betreffen, ob das beabsichtigte kommunale Handeln überhaupt genehmigungsbedürftig ist oder wie man ein gleichwertiges Ziel ohne genehmigungspflichtige Maßnahme erreichen kann.

3. Weitere Konstellationen

Ein drittes Anwendungsfeld findet kooperatives beratendes Verwaltungshandeln zwischen Kommunalaufsicht und Kommune, wenn in regelmäßigen Abständen Beamte der Kommunalaufsicht mit den Hauptverwaltungsbeamten „ihrer“ Kommunen in gemeinsamer Runde zusammenkommen¹⁵. Sie erörtern dann Rechts- und Sachfragen, die für die Kommunen wichtig sind und die zum Gegenstand kommunalaufsichtlicher Überlegungen heranwachsen könnten. Im unverbindlichen Gespräch tauschen die Teilnehmer Erfahrungen, Gedanken und Meinungen aus und erarbeiten mögliche Antworten. Weil dieses kooperative Verwaltungshandeln von konkret anstehenden Aufsichtsakten unabhängig ist, gehe ich hier nicht weiter darauf ein.

Zudem begrenze ich meine Darlegungen zum kooperativen Verwaltungshandeln auf die ausführende Verwaltungstätigkeit. Es geht hier also nicht um Absprachen, die das Unterlassen staatlicher Rechtsetzung oder eine Normsetzung des Staates zum Ziel haben. Dort macht die Anhörung der kommunalen Spitzenverbände eine Beteiligung der Kommunen entbehrlich¹⁶.

Nicht näher behandle ich hier auch die Einspruchspflicht des leitenden Verwaltungsbeamten gegen Beschlüsse anderer Organe der Kommune, die er für rechtswidrig hält. Dort ist schon umstritten, ob es sich überhaupt um staatliche Kommunalaufsicht handelt¹⁷ oder nicht vielmehr um ein Selbstkontrollmittel der Kommune¹⁸. Wichtiger ist, daß in der Praxis Hauptverwaltungsbeamter und Rat weniger Abreden mit Blick auf die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme

¹² Dazu z.B. F. Schoch, Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden?, NVwZ 1990, 801 (805 f.).

¹³ Z.B. § 7 Abs. 2 Satz 1, 2. HS GO Nds (i.d.F. der Änderung v. 14.06.1993, GVBl. S. 137): Genehmigungspflichtigkeit der Hauptsatzung.

¹⁴ § 133 Abs. 1 Satz 1 GO Nds.

¹⁵ Im Bereich der Bezirksregierung Hannover ungefähr monatlich, in den Kreisen weniger häufig.

¹⁶ Näher H. Meyer, Beteiligung der Kommunen an kommunalrelevanten Rechtsetzungsakten von Bund und Ländern, ZG 1994, 262 ff., auch zu informellen Gesprächskontakten zwischen kommunalen Spitzenverbänden und Regierungsstellen und Fraktionen bei Gesetzgebungsvorhaben (276 f.).

¹⁷ Für Aufsichtsmittel z.B. F. Janitschek, Muß der hessische (Ober-)Bürgermeister jedem rechtswidrigen Beschluß widersprechen? (§§ 63 / 74 HGO), VR 1989, 341 (343).

¹⁸ Z.B. M. Fromm, Zur Zulässigkeit der „Beanstandungsbeanstandung“, VR 1980, 123 (124).

treffen, weil kaum Verhandlungsspielraum besteht. Denn die Kommunalordnungen verpflichten den Hauptverwaltungsbeamten zwingend zum Einschreiten gegen Rechtsverstöße; zudem kann ein Nichteinschreiten den Beamten persönlich schadenersatzpflichtig machen, und selbst wenn er verhandeln würde, könnte er nicht verhindern, daß statt seiner die Kommunalaufsicht förmlich eingreift. Beharren Rat wie Hauptverwaltungsbeamter auf ihren gegensätzlichen Ansichten, muß die Kommunalaufsichtsbehörde informiert werden. Nunmehr entscheidet sie, ob der Ratsbeschluß zu beanstanden ist (z.B. § 65 Abs. 1 Satz 5 GO Nds). Diese Frage kann zum Bezugspunkt für kooperatives Verwaltungshandeln zwischen Aufsicht, Rat und Hauptverwaltungsbeamten werden und gehört dann wieder in unser Thema.

II. Die besondere Ausgangslage für kooperatives Verwaltungshandeln zwischen Kommunalaufsicht und Kommune

Über kooperatives Verwaltungshandeln wurde schon auf der Assistententagung zum Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht in Bremen 1991 gesprochen¹⁹. Auch die Staatsrechtslehrertagung in Bayreuth 1992 behandelte Verträge und Absprachen²⁰, und der Meinungsaustausch in der Literatur reißt nicht ab²¹. Während bisher jedoch stets das kooperative Handeln zwischen Staat und Bürger im Brennpunkt stand, lenkt die Frage nach der Ersetzung von Kommunalaufsichtsmitteln die Untersuchung auf das Verhältnis von Staat und Kommunen, also auf im weiteren Sinne innerstaatliche Beziehungen. Weil aber die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften nicht in die unmittelbare Staatsverwaltung eingegliedert sind, erlaubt ihre besondere Position einen Vergleich mit der Bürger-Staat-Konstellation der allgemeinen Debatte um kooperatives Verwaltungshandeln. Ein Gleichlauf der Diskussionen wird damit nicht vorgegeben. Die kommunalaufsichtliche Fragestellung drängt einige Aspekte kooperativen Verwaltungshandelns beiseite und lenkt den Blick auf neue. Umgekehrt erhalten bekannte Streitfragen der Kommunalaufsicht unter dem Blickwinkel kooperativen Verwaltungshandelns neue Schattierungen.

¹⁹ G. Dauber, Möglichkeiten und Grenzen kooperativen Verwaltungshandelns und B. Holznagel, Mittlerunterstützte Aushandlungsprozesse aus Anlaß abfallrechtlicher Planfeststellungsverfahren, beide in: K. Becker-Schwarze / W. Köck / T. Kupka / M. v. Schwanenflügel (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 1991, S. 67 ff. und S. 99 ff.

²⁰ J. Burmeister, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), S. 190 ff.; W. Krebs, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), S. 248 ff.; Aussprache a.a.O., S. 248 ff.

²¹ W. Spannowsky, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, passim und S. 462 ff. zum Verhältnis zwischen Aufsichtsbehörden und beaufsichtigten Verwaltungsträgern; Schulze-Fielitz (Fn. 3), 657 f.; W. Brohm, Rechtsstaatliche Vorgaben für informelles Verwaltungshandeln, DVBl. 1994, 133 ff.

1. Ähnlichkeiten zwischen kooperativem Verwaltungshandeln Bürger – Staat und Kommunalaufsichtsbehörde – Kommune

Die meisten Beschreibungen kooperativen Verwaltungshandelns zwischen Bürger und Staat sind so abstrakt, daß wir sie auf die Beratung zwischen Kommunen und Kommunalaufsichtsbehörde und auf deren Ergebnisse übertragen können. Dies gilt besonders für die gebräuchlichen Vokabeln „Verständigungen“, „Absprachen“, „Abstimmungen“, „Arrangements“, „gentlemen's agreements“. Solchem zweiseitigen informellen Verwaltungshandeln fehlt ein Bindungswille der Gesprächspartner zu durchsetzbaren Rechtsfolgen. Kooperatives Verwaltungshandeln kann aber auch förmlich sein und umfaßt dann verbindliche Abschlüsse in Form verwaltungsrechtlicher Verträge²². Die Diskussion um kooperatives Verwaltungshandeln zwischen Bürger und Staat konzentriert sich indes auf informelles Handeln²³. Grund dafür ist nicht etwa ein geringerer wissenschaftlicher Klärungsbedarf beim förmlichen kooperativen Verwaltungshandeln, für das mit den Vorschriften der VwVfGe über subordinationsrechtliche Verträge nur wenige gesetzliche Regeln bereitstehen. Der Reiz, gerade die informellen Absprachen zu ergründen, beruht auf den Zweifeln, ob und wie das Recht dem Interesse der kooperierenden Partner genügen kann, einer rechtlich durchsetzbaren Bindung auszuweichen, ohne auf einige Gewißheit darüber verzichten zu müssen, wie sich der jeweils andere verhalten wird.

Diesem Befund ähnelt die Lage bei der kooperativen Beratung zwischen Kommunalaufsicht und Kommune. Förmliche Verträge sind zwar auch hier denkbar, werden aber nicht angestrebt. Wollen die Gesprächsparteien einmal durchsetzbare Rechte und Pflichten schaffen, können die Ergebnisse informeller Kooperation in einseitig förmlichen Aufsichtsmaßnahmen festgehalten werden²⁴, z.B. indem die Aufsichtsbehörde eine Genehmigung unter modifizierenden Auflagen erteilt²⁵. Solche Auflagen mögen ggf. in Vorgesprächen gemeinsam erarbeitet sein; sie werden aber in der Verfügung ordnungsgemäß begründet, um – notfalls – gerichtlicher Kontrolle standzuhalten, die indes regelmäßig von keinem der Partner gewollt wird. Nicht selten begleiten auch informelle Absprachen flankierend jene Auflagen oder andere förmlich durchsetzbare Maßnahmen der Kommunalaufsicht, um deren verbindlichen Regelungsgehalt auf das Notwendigste zu beschränken. Üblicherweise sollen solch informelle Beratungen und ihre Ergebnisse keine rechtlich durchsetzbare Bindung der betei-

²² M. Bulling, Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis, DÖV 1989, 277 (281 ff.).

²³ Z.B. Brohm (Fn. 21), 133 ff. m.w.N.

²⁴ Manchmal läßt sich die Kommunalaufsicht schriftlich bestätigen, daß die Kommune einen mehrdeutigen Begriff in einer genehmigungsbedürftigen Satzung in der Weise anwenden wird, die die Kommunalaufsicht für allein rechtmäßig hält.

²⁵ Dies entspricht der Schutzfunktion der Aufsicht gegenüber den Kommunen, die das dann rechtsverbindliche Ergebnis ggf. gerichtlich nachprüfen lassen können.

lichten Partner erzeugen; zudem könnten sie wegen des Fehlens der Schriftform nicht als Verwaltungsverträge qualifiziert werden.

Dementsprechend wird die kooperative Beratung oft beschrieben als Hilfestellung der ratgebenden Kommunalaufsichtsbehörde durch Vorschläge, die verbindlich bleiben und über deren Befolgung die beratene Kommune frei entscheiden könne²⁶. Die Beratung vermittelt den Kommunen neben Rechts- und Fachkenntnissen annähernd Sicherheit darüber, wie die Kommunalaufsicht ein von ihr beanspruchtes aufsichtsbehördliches Ermessen ausübt. Die Aufsichtsbehörde ihrerseits kann in etwa vorhersehen, wie sich die Kommune verhalten wird. Tatsächlich folgt aus dieser Kooperation zwischen Aufsichtsbehörde und Kommune nicht selten ein der Beratung gemäßes Verhalten der Gesprächspartner, z.B. ein zeitweises Stillhalten der Kommunalaufsichtsbehörde oder eine bestimmte Ausübung kommunalen Ermessens.

Die Motive, aus denen Kommunalaufsicht und Kommunen bevorzugt informell kooperieren, ähneln mehr oder weniger stark denen, die Staat und Bürger zur Kooperation bewegen. Das gemeinsame Handeln soll möglichst effektiv, leicht, vertrauensvoll und ungestört, insbesondere frei von Zwangsmaßnahmen und gerichtlicher Kontrolle sein. Dementsprechend lassen sich einige Vorzüge und Gefahren kooperativer Kommunalaufsicht teils sehr ähnlich, teils mit einigen Akzenten bewerten.

So kann in beiden Konstellationen kooperatives Verwaltungshandeln administratives Verwalten effektiver machen, muß es aber nicht²⁷. Einvernehmlich gefundene Lösungen können Zeit, Aufwand und Kosten sparen; eine am Ende vergebliche Suche nach Einvernehmen kann aber auch verzögern und verteuern²⁸. Wie der Staat Erfolge kooperativen Verwaltungshandelns mit einem Bürger gegenüber anderen Bürgern als Beispiel verwenden kann²⁹, so kann auch die Kommunalaufsichtsbehörde Ergebnisse, die sie durch Kooperation mit einer Kommune erzielt, gegenüber anderen aufsichtsunterworfenen Kommunen als Vorbild und Argumentationshilfe nutzen.

2. Besondere Akzente kooperativen Verwaltungshandelns zwischen Kommunalaufsichtsbehörde und Kommune

Durch kooperatives Verwaltungshandeln pflegt man auf Dauer angelegte Beziehungen³⁰. Zwischen Kommunalaufsichtsbehörde und Kommune ist dies noch wichtiger als zwischen Staat und Bürger, weil hier das Gesetz eine enge

²⁶ Ähnlich z.B. Klempt (Fn. 1), S. 13 f.; Lee (Fn. 3), S. 90.

²⁷ Vgl. H. Bauer, Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht, *VerwArch* 78 (1987), 241 (250 ff.) zum Verhältnis Staat-Bürger.

²⁸ Schulze-Fielitz (Fn. 3), 664.

²⁹ Vgl. P. Arnold, Die Arbeit mit öffentlich-rechtlichen Verträgen im Umweltschutz beim Regierungspräsidium Stuttgart, *VerwArch* 80 (1989), 125 (137, 141).

³⁰ Zum Verhältnis Staat-Bürger vgl. C.-E. Eberle, Arrangements im Verwaltungsverfahren, *Die Verwaltung* 17 (1984), 439 (442).

Beziehung für beide Partner unentrinnbar anlegt. Gegenseitiges Vertrauen dieser Partner wird deshalb stets als unabdingbare Voraussetzung für eine funktionierende Kommunalaufsicht beschworen³¹. Kooperatives Verwaltungshandeln zwischen Kommunalaufsicht und Kommune gerät so zum Ausdruck dieses Vertrauensverhältnisses.

Kooperatives Verwaltungshandeln vermeidet Gerichtsverfahren. Das Verhältnis Aufsichtsbehörde – Kommune wird so nicht durch feste Rechtsprechungsansichten zementiert. Das Fehlen faktischer Bindungen an Gerichtsurteile sichert Kommunalaufsichtsbehörden und Kommunen größere Gestaltungsfreiräume auch für künftige gleich- oder ähnlich gelagerte Fälle.

Daß durch Kooperation von Kommune und Aufsichtsbehörde verstärkt Gesetzesumgehungen drohen, ist nicht nachgewiesen. Zwar schaltet ein Einvernehmen der Partner eine Gerichtskontrolle weitgehend aus, und anders als im Verhältnis Bürger-Staat wird die Justiz auch nicht über Drittklagen zur Kontrollinstanz der Kooperation. Aber beim kooperativen Verwaltungshandeln zwischen Aufsicht und Kommune sind beide Verhandlungspartner an das Rechtsstaatsgebot gebunden. Wir dürfen auch nicht einfach unterstellen, daß die Einhaltung dieses Verfassungsgrundsatzes stärker gefährdet ist, wenn zwei staatliche Stellen miteinander verhandeln, als wenn die eine anweist und die andere weisungsgemäß handelt, oder die eine nicht anweist und die andere weitermacht wie bisher.

Ein Hauptargument, mit dem kooperatives Verwaltungshandeln zwischen Staat und Bürger kritisiert wird, ist die Gefahr, daß Rechte Dritter beeinträchtigt werden. Typischerweise werden Dritte an den informellen Kontakten der Gesprächspartner nicht beteiligt³². Sie können ihre Interessen nicht frühzeitig geltend machen und fürchten deshalb um ihren effektiven Rechtsschutz. Im Verhältnis Kommunalaufsichtsbehörde – Kommune besteht diese Gefahr nicht. Kommunalaufsicht findet nur zwischen Staat und Kommune statt. Sie bezweckt nicht, subjektive Rechte privater Dritter zu schützen. Zwar darf die Kommunalaufsichtsbehörde deren Rechte nicht außer acht lassen. Kraft ihrer Aufgabe, das gesetzmäßige Handeln der Kommunen sicherzustellen, muß sie über die Einhaltung des objektiven Rechts auch dann wachen, wenn es drittschützend wirkt. Aber weder entfällt ihre Aufgabe entgegen gelegentlich vertretenen Ansicht deshalb, weil Private vor den Verwaltungsgerichten ihre subjektiven Rechte durchsetzen können und in diesem Umfange automatisch auch für die Wahrung des objektiven Rechts sorgen³³, noch reduziert andererseits allein die Verletzung eines subjektiven Rechts das Ermessen der Kommunalaufsichtsbehörde zur Pflicht zum Einschreiten gegen Rechtsverstöße. Vielmehr ist

³¹ Z.B. J. Klimant, Funktionen, Probleme und Arbeitsweise der Kommunalaufsicht, 1992, S. 102.

³² Vgl. z.B. Ph. Kunig / S. Rublack, Aushandeln statt Entscheiden? Das Verwaltungsverfahrensrecht vor neuen Herausforderungen, *Jura* 1990, I (5 f.).

³³ Z.B. OVG Münster DVBl. 1963, 862 f.

entscheidend, daß es hier allein um im weiteren Sinne innerstaatliche Angelegenheiten ohne unmittelbare Außenwirkung auf Rechte privater Dritter geht. Folgerichtig ist eine Klage Privater gegen die Kommunalaufsicht unzulässig; Dritte können deshalb auch keine gerichtliche Inzidentkontrolle kooperativen Verwaltungshandelns der Kommunalaufsicht herbeiführen. Bemüht sich die Aufsicht auf Wunsch eines Bürgers ausnahmsweise darum, in einem Streit zwischen Kommune und Bürger zu vermitteln³⁴, geschieht das ohne Verpflichtung der Aufsicht dazu; selbstverständlich darf sie dabei weder diesem Bürger noch anderen schaden.

Als Zwischenergebnis des bisherigen Vergleichs können wir festhalten, daß kooperatives Verwaltungshandeln zwischen Kommunalaufsicht und Kommunen unproblematischer erscheint als zwischen Staat und Bürger. Ob dieser Befund sich bestätigt, ist nunmehr anhand des Verhältnisses zwischen Kooperation und förmlichen Eingriffen auszuloten.

In der Beziehung Staat-Bürger wird kooperatives Verwaltungshandeln mit der Zielsetzung diskutiert, daß es hoheitlichen Zwangseingriffen vorbeugen soll. Im Verhältnis Staat-Kommune sind staatliche Eingriffe in das Selbstverwaltungsrecht die schon genannten förmlichen Verwaltungsakte, die die Gemeinde- und Landkreisordnungen den Kommunalaufsichtsbehörden zuweisen: Beanstandung, Anordnung, Ersatzvornahme, Beauftragtenbestellung und Genehmigungsvorsagung; ihnen allen soll kooperative Beratung vorbeugen. Vor diesem Hintergrund darf gefragt werden, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Grenzen kooperatives Verwaltungshandeln diese Verwaltungsakte der Kommunalaufsichtsbehörden ersetzen darf.

III. Das erlaubte Verhandlungspotential

Das bisher Gesagte hat deutlich gemacht, daß unter das Wort „Beratung“ zum Teil Vorgänge gefaßt werden, die treffender durch Begriffe wie „Verhandlung“ oder „kooperatives Verwaltungshandeln“ umschrieben wären. Allein Rechts- und Fachkenntnisse zu vermitteln, ist nämlich nicht weiter aufsehenerregend und infolge der Gebietsreform auch nicht mehr ganz so häufig, seit die meisten Gemeinden hauptamtliche Verwaltungsbeamte beschäftigen. „Reine“ Beratung leisten zudem auch außenstehende Sachverständige und Rechtsberater, insbesondere die kommunalen Spitzenverbände. Aber nur die Kommunalaufsicht verfügt über Zwangsmittel, die eine Kommune durch Kooperation vielleicht abwenden möchte, und nur die Kommunalaufsicht kann die Genehmigungen aussprechen, die die Kommunen benötigen. Wenn auch keine gerichtlich durchsetzbaren Rechtsansprüche vereinbart werden, so stimmen sich Aufsicht und Kommune in diesen Bereichen doch ab und halten ihre Abreden dann ein. Spannend, weil möglicherweise zwielfichtig, wird die Kooperation zwischen Kommunalaufsicht und Kommune wegen solcher Gespräche über „Leistungen“

³⁴ S. o. unter I.1., S. 201 f.

und „Gegenleistungen“ und der Bandbreite der hier denkbaren Verhandlungsgegenstände. Daß mit Leistung und Gegenleistung die von der Kommune angestrebte Genehmigung oder der von ihr gewünschte Verzicht auf den Einsatz förmlicher Kommunalaufsichtsmittel einerseits und das der Aufsicht genehme Verhalten der Kommune andererseits gemeint ist, liegt nahe. Was aber gehört zur erlaubten Verhandlungsmasse? Ich will dazu drei Fragenkreise zunächst skizzieren und dann genauer durchleuchten.

Im ersten geht es darum, ob Rechtmäßigkeitsbeurteilungen Verhandlungsgegenstand sein können. Einseitig eingreifende förmliche Aufsichtsmittel sind regelmäßig nur bei Rechtsverstößen der Kommune erlaubt. Handeln Kommunalaufsicht und Kommunen etwa aus, ob die Kommunalaufsichtsbehörde ein Verhalten der Kommune als Rechtsverstoß ansehen wird? Sprechen sie dazu vielleicht ab, wie Sachverhalte festzulegen und einzuschätzen sind, von denen die aufsichtsbehördliche Prüfung dann ausgeht? Verhandeln sie womöglich über den Inhalt gesetzlicher Tatbestandsvoraussetzungen für ein aufsichtsbehördliches Einschreiten? Oder handeln sie aus, unter welchen Voraussetzungen von einer Genehmigungspflicht kommunalen Handelns auszugehen ist und wann sie erfüllt sind?

Der zweite Fragenkreis gilt dem Aufsichtsermessen als Verhandlungsgegenstand, also einem Absprechen von Rechtsfolgen. Förmliche Aufsichtsmittel setzt die Kommunalaufsicht – für Bayern sieht man das häufig anders³⁵ – nach dem Opportunitätsprinzip ein. Verständigen sich die Gesprächspartner etwa darüber, ob – und bejahendenfalls wie – die Aufsichtsbehörde ihr Ermessen bei einem Rechtsverstoß der Kommune ausüben soll?

Der dritte Fragenkreis betrifft das kommunale Selbstverwaltungsrecht als Verhandlungsgegenstand, insbesondere ein Aushandeln kommunaler Zweckmäßigkeitentscheidungen. Repressive förmliche Aufsichtsmittel sollen die Recht-, nicht die Zweckmäßigkeit kommunalen Handelns sicherstellen; allgemein dürfen eingreifende Aufsichtsmittel das Selbstverwaltungsrecht der Kommune nicht verletzen. Verhandeln die Partner etwa auch über Zweckmäßigkeitentscheidungen der Kommune oder streben sie sonstige Ergebnisse an, die durch einseitige Maßnahmen der Aufsicht nicht ohne Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 GG erzielt werden könnten?

Da es für kooperatives Verwaltungshandeln zwischen Kommunalaufsicht und Kommune keine speziellen gesetzlichen Regelungen gibt, ist diese Skizzierung nur ein tastender Versuch. Die Fragenkreise überschneiden sich; und den praktischen Anwendungsfall eindeutig einer der Konstellationen zuzuordnen ist ebenso schwierig wie das Erkennen synallagmatischer Verknüpfung von „Leistung“ und „Gegenleistung“.

³⁵ Z.B. F.-L. Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, 8. Aufl. 1994, Rn. 317.

Das folgende (nicht erfundene) Beispiel soll helfen, die skizzierten Fragen zu verdeutlichen und Antworten zu finden³⁶.

Die niedersächsische Stadt Hildesheim hatte für 1994 zunächst einen Haushaltsplanentwurf vorbereitet, der wegen eines Defizits von mehr als 16 Mio. DM nicht ausgeglichen war. Dennoch wollte die Stadt ihre Stadtbibliothek erweitern, allerdings ohne für Kauf und Umbau Kredit aufzunehmen. Stattdessen wollte sie auf 20 Jahre Räume für monatlich ca. 34.000,- DM anmieten. Die Stadt war sich zunächst im unklaren darüber, ob diese langjährige Mietzahlungspflicht als Alternative für einen Kauf, für den man einen Kredit hätte aufnehmen müssen, ein im Sinne der Gemeindeordnung kreditähnliches Geschäft und damit genehmigungsbedürftig wäre³⁷. Sie erörterte diese Frage mit der Kommunalaufsicht. Die zuständige Bezirksregierung Hannover nahm nach der gemeinsamen Besprechung den Standpunkt ein, der Mietvertrag sei kein genehmigungsbedürftiges kreditähnliches Geschäft. Gleichwohl erwog die Bezirksregierung, wegen der Bibliothekspläne aufsichtlich einzuschreiten, weil der zusätzliche Mietzins den städtischen Haushaltsausgleich für 1994 noch mehr gefährde³⁸. Diese Erwägungen veranlaßten nunmehr den Hauptverwaltungsbeamten der Stadt, seinerseits gegen den Ratsbeschluß, der die Anmietung vorsah, Einspruch einzulegen³⁹. Der Rat hielt indes seinen Beschluß für rechtmäßig und bestätigte ihn⁴⁰, und da der Hauptverwaltungsbeamte an seiner gegenteiligen Ansicht festhielt, riefen beide, wie in der Gemeindeordnung vorgeschrieben, die Kommunalaufsicht an⁴¹. Diese ließ es auf der Grundlage der vorangegangenen Gespräche offen, ob sie den Anmietungsbeschluß des Rates für rechtswidrig hielt und verzichtete darauf, ihn zu beanstanden⁴². Stattdessen verlangte sie von der Stadt, wegen des absehbaren Haushaltsdefizits ein Haushaltskonsolidierungskonzept für die nächsten vier Jahre zu erarbeiten.

1. Aushandeln von Sachverhalten und Tatbestandsvoraussetzungen?

Im ersten Fragenkreis geht es darum, ob Abreden zulässig sind, nach denen die Rechtmäßigkeit oder die Genehmigungsbefähigung bzw. -fähigkeit kommunalen Handelns bestimmt werden sollen.

Im Beispielsfall haben Bezirksregierung und Stadt zunächst erörtert, ob eine langjährige Zahlungspflicht zum kreditähnlichen Geschäft wird, wenn sie an die Stelle einer einmaligen Kaufpreiszahlung tritt, für die ein Kredit hätte auf-

genommen werden müssen. Es ging also um die Auslegung der Norm der Gemeindeordnung über die Genehmigungsbefähigung kreditähnlicher Geschäfte (§ 92 Abs. 6 GO Nds). Die Diskussion dieser Rechtsfrage durch Aufsicht und Stadt war unbedenklich, denn sie diente dazu, gesetzliche Vorgaben zu beachten. Es wurde nicht etwa einvernehmlich ein Verstoß gegen die Vorschrift bezweckt, weder durch Verdrehen des Sachverhalts noch durch falsche Gesetzesauslegung. Erst ein Gesetzesverstoß würde das Rechtsstaatsprinzip verletzen, das beide Gesprächspartner bindet. Das durch kooperative Beratung erzielte Teilergebnis war der Stadt günstig und schloß schon deshalb eine Gerichtskontrolle aus⁴³. Auch das ist unbedenklich: weder Verfassungs- noch einfaches Recht ermöglichen oder verlangen es gar, daß jede Verwaltungsentscheidung richterlich kontrollierbar ist.

Würde in einem Fall einmal Genehmigungspflichtigkeit bestehen, dürfte die Aufsicht wegen ihrer Gesetzesbindung keine genehmigungsunfähige Maßnahme gestatten. Sie würde sonst neben ihrem eigenen auch noch weitere Rechtsverstöße herbeiführen, weil ihre Genehmigung ein entsprechendes kommunales Handeln freigibt (z.B. Kreditaufnahme, Anwendung von Satzungen). Hier kann auch keine Kooperation die Genehmigung ersetzen. In Betracht kommen nur begleitende Absprachen, die absichern sollen, daß die Kommune Voraussetzungen einhält, die einer rechtmäßigen Genehmigung zugrundeliegen. Erlaubt wäre die Abrede danach, wenn sie die Gemeinde vorbeugend hindern soll, eine auslegungsbedürftige, aber nur bei ganz bestimmter Auslegung rechtmäßige Satzung später fehlerhaft auszulegen. Bedenklich, aber oft praktiziert ist es, wenn die Aufsichtsbehörde nach informeller Absprache bewußt die Genehmigungsfrist verstreichen läßt, so daß eine gesetzliche Genehmigungsfiktion eintritt⁴⁴.

Im Ergebnis ist kooperatives Verwaltungshandeln, das Übereinstimmung bei der Feststellung von Sachverhalten, bei der Auslegung von Tatbestandsmerkmalen und bei den dafür notwendigen Wertungen erreichen soll, unbedenklich, solange es einer rechtmäßigen Gesetzesanwendung dient und so förmliche Zwangsmittel und Genehmigungsversagungen von vornherein ausschließt.

Im Beispielsfall war die Bezirksregierung weiter bereit gewesen, den Anmietungsbeschluß für Bibliotheksräume auch dann nicht zu beanstanden, wenn er das absehbare Haushaltsdefizit noch verstärken würde – obwohl die Gemeindeordnung verlangt, der Haushalt solle in jedem Haushaltsjahr ausgeglichen sein (§ 82 Abs. 3 GO Nds). Die Aufsicht ließ es sogar ausdrücklich offen, ob sie den Beschluß für rechtswidrig hielt. Hier ist nicht zweifelsfrei erkennbar, ob die Gespräche Voraussetzungen der Soll-Vorschrift über den Haushaltsausgleich betrafen, etwa so, daß die Bezirksregierung aufgrund der Gespräche glaubte, die Soll-Vorschrift gelte für diesen Fall nicht. Näherliegend erscheint,

³⁶ Vgl. dazu D. Mlynek, Anmerkungen zur Kommunalaufsicht in Zeiten knapper Kassen, NdsVBl. 1995, 54 (57 f.); weitere Beispiele bei Glass (Fn. 1), S. 35 ff., 60 ff., 100 ff.

³⁷ § 92 Abs. 6 Satz 1 GO Nds.

³⁸ Vgl. § 82 Abs. 3 GO Nds.

³⁹ Vgl. § 65 Abs. 1 Satz 1 GO Nds.

⁴⁰ Vgl. § 65 Abs. 1 Satz 2 GO Nds.

⁴¹ Vgl. § 65 Abs. 1 Satz 4 GO Nds.

⁴² Vgl. § 65 Abs. 1 Satz 5 GO Nds.

⁴³ Vgl. § 42 Abs. 2 VwGO.

⁴⁴ Vgl. das Beispiel bei H.-W. Langrehr, in: W. Thieme / J. Schäfer (Hrsg.), Niedersächsische Gemeindeordnung, Kommentar, 2. Aufl. 1994, § 127 Rn. 6.

daß die Kommunalaufsicht ein Ermessen für sich in Anspruch genommen hat, trotz etwaiger Rechtswidrigkeit des Ratsbeschlusses auf dessen Beanstandung zu verzichten. Dann ist der zweite genannte Fragenkreis einschlägig.

2. Aufsichtsermessen als Verhandlungsgegenstand?

Bei diesem zweiten Fragenkreis geht es um die Bindung der Kommunalaufsichtsbehörde an Recht und Gesetz und um den Ermessenscharakter der Kommunalaufsicht.

In unserem Beispiel könnte die Anmietung neuer Bibliotheksräume den vom Gesetz gewollten Haushaltsausgleich noch unsicherer machen und deshalb gegen die Ausgleichsvorschrift (§ 82 Abs. 3 GO Nds) verstoßen. Würde ein Rechtsverstoß der aufsichtsunterworfenen Körperschaft die Kommunalaufsicht zum förmlichen Einschreiten zwingen, dann wäre eine kooperativ verabredete, auch nur vorübergehende Duldung eines rechtswidrigen Verhaltens der Kommune unzulässig.

a) Die Kommunalaufsicht muß Recht und Gesetz einhalten, Art. 20 Abs. 3 GG. Die sie bindenden Kommunalaufsichtsnormen der Gemeinde- und Kreisordnungen sind allerdings Kann-Vorschriften. Schreitet die Aufsicht trotz Rechtswidrigkeit kommunalen Verhaltens nicht ein, würde sie deshalb nur dann zwangsläufig Art. 20 Abs. 3 GG verletzen, wenn das „Kann“ nicht Ermessen gewährt, sondern, wie gelegentlich angenommen wird⁴⁵, der Kommunalaufsicht nur Kompetenzen zuweist und sie verpflichtet, diese wahrzunehmen. Der h.M. zufolge verlangt die Bindung der Kommunalaufsicht an Art. 20 Abs. 3 GG dagegen nur eine fehlerfreie Ermessensausübung⁴⁶.

b) Hier hat die h.M. recht. Für den Einsatz förmlicher Aufsichtsmittel gewähren die Kann-Vorschriften der Kommunalaufsicht Ermessen. Daß ein Legalitätsprinzip hier ausscheidet, folgt nicht zuletzt daraus, daß die Rechtsordnung die Kommunalaufsicht weder organisatorisch noch personell so ausstattet, daß sie jedweden Rechtsverstoß ahnden kann⁴⁷. Das Ermessen, förmliche Aufsichtsmittel anzuwenden, ist nicht nur ein Auswahlermessen, welches von mehreren Mitteln angewendet werden soll. Es ist auch (Entschließungs-) Ermessen über das „Ob“ förmlichen Eingreifens⁴⁸. Der Rechtsstaatsgrundsatz

wird dadurch nicht ausgehöhlt⁴⁹. Denn die aufsichtsunterworfenen Kommune ist selbst an das Gesetzmäßigkeitsprinzip gebunden, sie muß (und kann⁵⁰) selbst darauf achten, keine Rechtsverstöße zu begehen.

c) Die Kommunalaufsicht muß Ermessensfehler vermeiden. Wegen ihrer Entschließungsfreiheit überschreitet sie ihr Ermessen nicht zwangsläufig dadurch, daß sie bei einem Gesetzesverstoß der Kommune nicht förmlich eingreift. Der Aufsicht ist aber ein aktives Tun verboten, das einen Gesetzesverstoß der Kommune erst hervorruft. Sie darf die Kommune also weder durch förmliche Aufsichtsmittel noch durch kooperatives Verhandeln zu rechtswidrigen Maßnahmen veranlassen. Erlaubt ist der Aufsicht dagegen ein Handeln, das es der Kommune ermöglicht, einen begangenen Rechtsverstoß zu berichtigen. Danach darf die Kommunalaufsicht im Rahmen kooperativen Verwaltungshandelns auch rechtswidriges Verhalten der Kommune vorübergehend dulden, wenn diese Abrede zum Ziel hat, einen rechtmäßigen Zustand herbeizuführen. Die Kooperation soll dann sicherstellen, daß die Kommune das geltende Recht wieder einhalten kann und wird. Die Kommunalaufsicht darf ermessensfehlerfrei annehmen, die Kommune werde sich ohne zwangswises förmliches Aufsichtsmittel absprachegemäß rechtmäßig verhalten, wenn sich bisher zwischen Aufsicht und Kommune ein Vertrauensverhältnis bewährt hat, wenn also die Kommunalaufsicht ihrer Erfahrung nach damit rechnen durfte, die Kommune werde informelle Abreden einhalten. In diesem Fall darf die Aufsicht anstelle eines förmlichen Eingreifens kooperativ handeln und ihr Aufsichtsermessen zum Verhandlungsgegenstand machen. Es liegt auch kein Ermessensfehlergebrauch darin, daß die Kommunalaufsicht ihrem künftigen Verhalten eine Abrede mit der Kommune zugrundelegt. Denn kooperatives Verwaltungshandeln verpflichtet auch die Aufsichtsbehörde nicht; sie darf von der Abrede abweichen.

d) Eine ermessensfehlerfreie Entscheidung der Aufsichtsbehörde, von einem förmlichen Eingriff abzusehen, befreit aber nicht die Kommune von deren Bindung an Recht und Gesetz. Duldet die Kommunalaufsicht nach kooperativer Absprache vorübergehend einen Rechtsverstoß der Kommune, muß dies auch mit der Gesetzesbindung der Kommune vereinbar sein. Daß sich die Kommune vorübergehend rechtswidrig verhält, wird man nur hinnehmen können, wenn die Herstellung eines rechtmäßigen Zustands von heute auf morgen unmöglich erscheint, wenn der Rechtsverstoß wirklich nur vorübergehend besteht, wenn die Abrede bezweckt und geeignet ist, alsbald einen rechtmäßigen Zustand herbeizuführen und wenn die darin liegende Inkaufnahme einer Verzögerung verhindert, daß die sonstige Aufgabenerfüllung der Kommune beeinträchtigt wird.

⁴⁵ Vgl. z.B. W. Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, in: Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht (Fn. 1), S. 17 (20 f.); H. Pagenkopf, Besprechung von „Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht“ (Fn. 1), JZ 1965, 511; E. Schmidt-Jortzig, in: H.-U. Erichsen (Hrsg.), Kommunalverfassung heute und morgen – Bilanz und Ausblick, 1989, Aussprache S. 85.

⁴⁶ Z.B. J. Ipsen, Niedersächsisches Kommunalrecht, 1989, S. 267 f.; H. Köstering, in: Erichsen (Fn. 45), Aussprache S. 86; Maurer (Fn. 4), S. 252; H.-U. Erichsen, Kommunalrecht, in: D. Grimm / H.-J. Papier (Hrsg.), Nordrhein-Westfälisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1986, S. 105 (182).

⁴⁷ Vgl. Maurer (Fn. 4), S. 252 Fn. 164; A. Leidinger, in: Erichsen (Fn. 45), Aussprache S. 87.

⁴⁸ Ipsen (Fn. 46) S. 267; Vogelsang / Lübking / Jahn (Fn. 2), Rn. 514.

⁴⁹ Entgegen E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1973, S. 574.

⁵⁰ Heute besser als früher, nachdem durch die Gebietsreformen die meisten Gemeinden hauptamtlich verwaltet werden.

Im Beispielsfall hat es die Bezirksregierung in Kauf genommen, daß der Anmietungsbeschluß für Bibliotheksräume ein absehbares Haushaltsdefizit der Stadt weiter verstärken könnte. Sie hat dies aber nicht einfach gebilligt, sondern dem Übel entgegengesteuert, indem sie von der Stadt ein Haushaltskonsolidierungskonzept verlangte. Die Stadt konnte den Haushalt wegen ihrer Finanznot unmöglich umgehend ausgleichen. Es durfte aber erwartet werden, daß auf längere Sicht der von der gesetzlichen Soll-Vorschrift geforderte Haushaltsausgleich zu erreichen war. Das Verlangen nach einem Konsolidierungskonzept strebte dieses Ziel an. Es war auch mit den sonstigen Aufgaben der Stadt vereinbar. Es ermöglichte der Stadt, trotz Finanznot eine freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe so wahrzunehmen, wie sie es für sachgerecht hielt. Geldsorgen, denen eine Haushaltskonsolidierung entgegenarbeiten kann, dürfen nicht zwingend bewirken, daß die Kommune auf lange Zeit jede freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe zurückstellen muß. Dies leitet zum dritten Fragenkreis über:

3. Kommunales Selbstverwaltungsrecht als Verhandlungsgegenstand?

Dieser dritte Fragenkreis umfaßt viele Einzelfragen, die eng miteinander zusammenhängen. Ich kann sie nicht bis in jeden Winkel ausleuchten, sondern ebenfalls nur Grundlinien ziehen. Hier geht es insbesondere darum, ob kooperatives Verwaltungshandeln die Handlungsbereiche der Gesprächspartner über dasjenige hinaus erweitern kann, auf das die Kommunalaufsicht festgelegt ist, wenn sie einseitig eingreift, und auf das sich die Handlungsmöglichkeit der Kommunen beschränkt, wenn sie ohne Absprache mit der Aufsicht handeln.

Die Problemstellung ähnelt im Ansatz einem Streitpunkt bei der Staat-Bürger-Kooperation. Dort liefert kooperatives Verwaltungshandeln Zündstoff wegen seines Eingriffersatzcharakters. Einige befürchten, daß Staat und Bürger einvernehmlich Tatsachen schaffen, die der Staat, würde er einseitig handeln, wegen seiner Grundrechtsbindung nicht erzwingen dürfte⁵¹. Andere sehen darin keine Schmälerung von Rechten des Bürgers, sondern umgekehrt eine Erweiterung seiner grundrechtsverbürgten Handlungsfreiheit⁵². Wenn auch die Kommunen keine Grundrechtsträger sind, folgt doch eine ähnliche Problematik daraus, daß ihnen Art. 28 Abs. 2 GG und die Landesverfassungen das Selbstverwaltungsrecht garantieren.

a) Ist kooperatives Verwaltungshandeln der Kommunalaufsicht mit der Kommune danach ein Eingriff in deren Selbstverwaltungsrecht? Erwirkt die Kommunalaufsichtsbehörde durch Abreden womöglich Ergebnisse, die sie nicht ohne Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 GG, die jeweilige Landesverfassung und die Landkreis- und Gemeindeordnung einseitig erzwingen könnte, und darf sie dies? Darf sie auch über Zweckmäßigkeitfragen beraten und verhandeln oder darf kooperatives Verwaltungshandeln, das sich nicht auf die Überwachung

⁵¹ Schulze-Fielitz (Fn. 3), 660 m.w.N.

⁵² Ph. Kunig, Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten, DVBl. 1992, 1193 (1198).

der Rechtmäßigkeit kommunalen Handelns beschränkt, auch nicht an die Stelle förmlicher Rechtsaufsichtsmaßnahmen treten?

Die diesen Fragen zugrundeliegende (erste) Behauptung, die Kommunalaufsicht prüfe auch Zweckmäßigkeitentscheidungen der Kommunen und verhandele darüber, trifft zu. Sie beschreibt die tatsächliche Praxis⁵³ und beruht auf der Einsicht, daß man Recht- und Zweckmäßigkeitserwägungen oft nicht hinreichend voneinander trennen kann⁵⁴. Vertreten beispielsweise Kommunalaufsicht und Gemeinde unterschiedliche Ansichten darüber, ob in einem Handeln der Gemeinde ein Ermessensfehler liegt, kann es vorkommen, daß die Aufsichtsbehörde der Gemeinde vorschlägt, die Ermessensausübung geringfügig zu ändern und daß die Gemeinde dies tut. Aus Sicht der Befugnisse der Kommunen ist dies unbedenklich. Wenn die Kommunen rechtlich nicht vorgezeichnete Zweckmäßigkeitfragen entscheiden, dürfen ihre Entschlüsse auch lauten: Wir sprechen uns ab und handeln absprachegemäß.

Eine (zweite) Behauptung, die Kommunalaufsichtsbehörde dürfe nur Gesetzmäßigkeits- aber keine Zweckmäßigkeitskontrollen vornehmen, wäre – so pauschal – unhaltbar. Richtig daran ist, daß die Kommunalaufsichtsbehörde nur bei Rechtsverstößen der Kommune bestimmte Handlungsinstrumente einsetzen darf, insbesondere die Zwangsmittel Beanstandung, Anordnung, Ersatzvornahme und Beauftragtenbestellung sowie die Versagung bestimmter Genehmigungen. Dies verbietet der Aufsicht aber nicht, Zweckmäßigkeitsentschlüsse der Kommunen zu prüfen, sondern verlangt es im Gegenteil oft von ihr. Denn Zweckmäßigkeitsentscheidungen beruhen auf Normen, die Ermessen gewähren, und Ermessensfehler sind Rechtsverstöße. Um zu erkennen, ob eine Ermessensüber- oder -unterschreitung, gar ein Ermessensausfall oder ein anderer Ermessensfehler vorliegt, muß die Aufsichtsbehörde genau prüfen, ob und wie die Kommune ihr Ermessen ausgeübt hat.

Das bloße Prüfen von Zweckmäßigkeitsentscheidungen ist danach kein Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht. Und selbst wenn man es anders sähe: Dieser Prüfungsumfang wird durch die Pflicht zur Rechtmäßigkeitskontrolle gedeckt, die sich auch auf Ermessensfehler der Kommune erstreckt.

Kooperative Beratung und sonstiges informelles Verwaltungshandeln zwischen Aufsicht und Kommune sind aber nicht bloße „Prüfung“, sondern streben bestimmte Verhaltensweisen der Partner an, wenn auch rechtlich nicht durchsetzbar. Sie sind also nicht schon deshalb kein Eingriff, weil eine Prüfung kein Eingriff ist. In ihrer Nichtdurchsetzbarkeit liegt indes auch ein wichtiger Unterschied zu Eingriffen durch förmliche Aufsichtsmittel:

⁵³ Vgl. z.B. Klimant (Fn. 31), S. 123; vgl. ferner Glass (Fn. 1), passim; Knemeyer (Fn. 35), Rn. 309; Galette (Fn. 1), S. 39; (alle zur Beratungstätigkeit der Kommunalaufsicht).

⁵⁴ Vgl. J. Ipsen, Staatliche Ingerenzen und gemeindliche Selbstverwaltung, in: Niedersächsischer Städtetag (Hrsg.), Aufsicht über die Städte – Kontrolle oder Kondominium?, Schriftenreihe des Niedersächsischen Städtetags, Heft 15, 1986, S. 5 (8 f.); ders. (Fn. 46), S. 266.

Die Kommunen sind weder verpflichtet, sich von der Kommunalaufsicht beraten zu lassen, noch müssen sie mit ihr verhandeln oder Abreden treffen. Selbst eine getroffene kooperative Absprache beschränkt die Selbstverwaltungskörperschaft nicht, denn sie bindet nicht durchsetzbar. Erst die Einhaltung des Gesprächsergebnisses, die auf einem eigenständigen Entschluß der Kommune beruht, engt ihre Handlungsmöglichkeit ein. Dazu entschließt sich die Kommune selbst und frei. Wenn sie der Abrede nicht folgt, kann es zwar sein, daß sie eine förmliche repressive Aufsichtsmaßnahme oder die Versagung einer Genehmigung fürchten muß. Gegen einen solchen förmlichen Eingriffsakt kann sie dann aber ggf. vor den Verwaltungsgerichten Schutz suchen. Kooperatives Verwaltungshandeln zielt danach nicht auf eine Beschränkung kommunaler Selbstverwaltung durch die Aufsicht. Es muß sich deshalb nicht an den Maßstäben messen lassen, denen eine förmliche Zwangsmaßnahme der Aufsicht oder eine Genehmigungsversagung genügen muß. Gleichwohl ist es nicht unberechtigt, wenn man hier nach einer gesetzlichen Absicherung kooperativen Verwaltungshandelns fragt⁵⁵. Immerhin kann das Drohen einer förmlichen Maßnahme einen Handlungsdruck auf die Kommunen erzeugen. Es ist dieses Damoklesschwert förmlicher Aufsichtsbefugnisse, das die Kommunen zur Kooperation mit der Aufsicht bewegt. Man wird kaum übertreiben, wenn man behauptet, ohne die gesetzliche Möglichkeit förmlicher Aufsichtsmittel gäbe es keine Kooperation. Diesem Handlungsdruck steuert die Rechtsordnung aber nicht dadurch entgegen, daß sie der Kommune Rechtsschutz zu seiner Abwehr bereitstellt. Dies schließt nicht aus, daß die bewußte Ausübung faktischen Drucks einmal eine Amtspflichtverletzung der Kommunalaufsicht sein mag. Die Kommunen müssen aber selbstbewußt genug sein, sich keiner unerwünschten Pression zu beugen⁵⁶. Die Rechtsgrundlagen, die einen drückenden Anreiz zu kooperativem Verwaltungshandeln grundsätzlich zulassen, ergeben sich aus den Landesverfassungen und den Kommunalordnungen:

Die Aufsichtsnormen der Landesverfassungen verpflichten den Staat, durch seine Aufsicht die Gesetzmäßigkeit des kommunalen Handelns sicherzustellen (z.B. Art. 57 Abs. 5 Verf Nds⁵⁷). Auf welche Weise diese Sicherstellung erreicht werden soll, entscheiden die Landesgesetzgeber durch einfaches Gesetz. Ihrer Gestaltungsfreiheit setzt nur das höherrangige Recht Schranken. Dieses begründet keine Verfassungspflicht, nach der die Aufsicht auf jeden Rechtsverstoß jeder Kommune förmlich einschreiten muß. In ihren Gemeinde- und Kreisordnungen haben die Länder die Aufsichtsbefugnisse näher ausgestaltet. Sie haben sie nicht auf eine repressive Eingriffsermächtigung bei Rechtsverstößen beschränkt. Um die Gesetzmäßigkeit kommunalen Handelns sicherzustellen, haben sie zusätzlich präventive Genehmigungsvorbehalte geschaffen. Sie haben (mit Ausnahme Bayerns) der Aufsicht zudem Ermessen gewährt, damit diese nicht jeden Rechtsverstoß zwangsweise ahnden muß. Das vereitelt

⁵⁵ Z.B. Erichsen (Fn. 46), S. 181.

⁵⁶ Zur Beratung ebenso Klimant (Fn. 31); Vogelsang / Lübking / Jahn (Fn. 2), Rn. 544.

⁵⁷ V. 19.05.1993 (GVBl. S. 107).

nicht etwa die Sicherung der Gesetzmäßigkeit kommunalen Handelns, sondern stärkt die Funktionsfähigkeit der Aufsicht und ermöglicht es ihr, auch ohne förmliche Mittel auf die Einhaltung der Gesetze hinzuwirken. Hier findet kooperatives Verwaltungshandeln eine wichtige Grundlage. Darüber hinaus haben die Länder der Aufsicht eine Schutzpflicht für die Kommunen auferlegt, Bayern sogar kraft Verfassungsrechts (Art. 83 Abs. 4 Satz 4 Verf Bay⁵⁸). „Die Aufsicht schützt die Gemeinden (die Landkreise) in ihren Rechten und sichert die Erfüllung ihrer Pflichten“ (z.B. § 127 Abs. 1 Satz 1 GO Nds, § 69 Abs. 1 Satz 1 LO Nds⁵⁹). Förmliche Zwangsmaßnahmen nach Gesetzesverstößen allein können diesen Schutz nicht erreichen; es bedarf zusätzlich flankierender Schutzmechanismen. Damit gewährt die Schutzaufgabe Aufsicht und Kommunen die Möglichkeit zu Beratung und sonstiger Kooperation. Diese Schutzpflicht ist deshalb eine weitere wichtige Grundlage für kooperatives Verwaltungshandeln, das auch Zweckmäßigkeitsfragen mitbetreffen kann. Man kann danach festhalten, daß die Kommunalaufsicht durch kooperatives Verwaltungshandeln weitreichender tätig werden darf als durch förmliche Aufsichtsmittel.

b) Auf der anderen Seite ist klärungsbedürftig, ob kooperatives Verwaltungshandeln zur Abwendung förmlicher Aufsichtsmittel Handlungsmöglichkeiten der Kommunen über deren Selbstverwaltungsbereich hinaus erweitern darf. Die Gemeinde- und Kreisordnungen verpflichten die Kommunalaufsicht, Fachaufsichtsbehörden zu unterstützen (z.B. § 128 Abs. 3 Satz 4 GO Nds, § 70 Abs. 2 Satz 2 LO Nds). Die Unterstützung kann notwendig werden, wenn sich eine Kommune der Weisung einer ihrer Fachaufsichtsbehörden widersetzt. Ein weisungsgemäßes Verhalten erzwingen können nur förmliche Mittel der Kommunalaufsicht. Kann die Kommune durch kooperatives Verwaltungshandeln auch so veranlaßte Zwangsmittel abwenden? Würden hier Fachaufsichtsmaßnahmen zum Verhandlungsgegenstand von Kommunalaufsicht und Kommune?

Ein Unterstützungsersuchen der Fachaufsichtsbehörde allein verpflichtet die Kommunalaufsicht nicht zu Zwangsmaßnahmen gegen eine Kommune. Dagegen spricht neben dem Ermessenscharakter der Zwangsmittelvorschriften deren Beschränkung auf Rechtsverstöße und vor allem die Schutzpflicht der Kommunalaufsicht gegenüber den Kommunen. Demnach ist auch die Rechtmäßigkeit der fachaufsichtlichen Weisung für den Zwangsmittelleinsatz nur eine Voraussetzung unter anderen. Diese Voraussetzung muß die Kommunalaufsicht prüfen; sie muß dazu die betroffene Kommune anhören und ggf. beraten. Will die Kommunalaufsicht der fachaufsichtlichen Bitte um Unterstützung durch förmliche Zwangsmittel nicht entsprechen, weil sie die fachaufsichtliche Weisung für rechtswidrig oder der kommunalaufsichtlichen Schutzpflicht zuwiderlaufend hält, sind zwei Wege gangbar: Fachaufsicht und Kommunalaufsicht können eine Entscheidung ihrer gemeinsamen Verwaltungsspitze herbei-

⁵⁸ V. 02.12.1946 (BayBS I S. 3).

⁵⁹ Niedersächsische Landkreisordnung (LO Nds) v. 22.06.1982 (GVBl. S. 256).

führen. Oder die Kommunalaufsicht versucht, auch unter Einbeziehung der Kommune, eine einvernehmliche Lösung zu finden. Hier können die Beteiligten Abreden treffen, die die Selbstverwaltungskörperschaft vor dem Eingriff durch förmliche Zwangsmittel bewahren. Es gelten dafür die bereits oben unter a) aufgezeigten Schranken. Andererseits können solche Abreden den Inhalt der fachlichen Weisung verändern. Sie eröffnen der Kommune dann zulässigerweise Mitwirkungschancen, die ihr sonst verschlossen blieben.

IV. Pflicht der Kommunalaufsicht zu kooperativem Verwaltungshandeln?

Die bisherigen Darlegungen haben gezeigt, daß kooperatives Verwaltungshandeln zulässig und in einigen Fällen auch geeignet sein kann, förmliche Aufsichtsmittel zu ergänzen oder entbehrlich zu machen. Es nutzt und vertieft dann das notwendige Vertrauensverhältnis zwischen Kommunalaufsicht und Kommune. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob eine Pflicht der beteiligten Partner zu einer derartigen Kooperation besteht.

Für die Beratung der Kommunen durch die Kommunalaufsicht wird gelegentlich erwogen, aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel eine vorrangige Beratungspflicht herzuleiten⁶⁰. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist anerkanntermaßen der entscheidende Maßstab für die Auswahl zwischen den verschiedenen repressiven Aufsichtsmitteln Beanstandung bzw. Anordnung, Ersatzvornahme und Beauftragtenbestellung⁶¹. Auf das Verhältnis förmlicher Aufsichtsmittel einerseits, informelles kooperatives Verwaltungshandeln durch Beratung und Abreden andererseits, ist er indes nicht anwendbar. Es fehlen hier hinreichend klare verallgemeinerungsfähige Entscheidungskriterien, nach denen beurteilt werden könnte, ob und ggf. wann ein kooperatives Verwaltungshandeln trotz seiner Nichtdurchsetzbarkeit ebenso geeignet und milder ist als eine förmliche Beanstandung oder Anordnung. Der Variantenreichtum kooperativen Verwaltungshandelns ist ein Ausdruck des jeweiligen Vertrauensverhältnisses zwischen Kommunalaufsicht und Kommune und oft abhängig von dem persönlichen Kontakt der entscheidenden Beamten in der Aufsichtsbehörde mit denen in der Kommune.

Die Kommunalordnungen schreiben vor, die Aufsicht solle so gehandhabt werden, daß die Entschlußkraft und die Verantwortungsfreude der Kommune nicht beeinträchtigt werden (z.B. § 127 Abs. 1 Satz 3 GO Nds). Die daraus ableitbare Pflicht der staatlichen Aufsicht zum gemeinde- bzw. kreisfreundlichen Verhalten ist indes ebenfalls zu allgemein, als daß sie präzise, gleichmäßige Rechtsmaßstäbe dafür liefern könnte, ob und wann kooperatives Verwaltungshandeln an die Stelle förmlicher Aufsichtsmittel treten muß.

⁶⁰ Knemeyer (Fn. 5), 267 f.; Vogelsang / Lübking / Jahn (Fn. 2), Rn. 513.

⁶¹ Vgl. z.B. Maurer (Fn. 4), S. 253.

Ebensowenig zwingt ihre Schutzpflicht⁶² die Kommunalaufsicht, statt durch förmliche Aufsichtsmittel kooperativ vorzugehen. Zwar wird aus der Schutzaufgabe eine Pflicht zur Beratung der Kommune abgeleitet⁶³, und man wird daraus eine allgemeine Pflicht entwickeln können, zu einer Kooperation mit der Gemeinde bzw. dem Kreis grundsätzlich bereit zu sein. Dies zwingt die Kommunalaufsicht aber nicht, vor oder anstelle von förmlichen Aufsichtsmitteln stets Verhandlungen zu versuchen. Denn die Schutzpflicht steht im Einklang mit der weiteren Aufgabe der Kommunalaufsicht, die Gesetzmäßigkeit kommunalen Handelns sicherzustellen und wird von ihr begrenzt. Ob und in welchen Fällen statt durch Zwangsmittel kooperativ vorzugehen ist, läßt sich danach nicht abstrakt festlegen, sondern ist Frage des Einzelfalls, der wiederum vom jeweiligen Vertrauensverhältnis zwischen Aufsicht und Kommune geprägt wird.

Es bleibt deshalb weitgehend den Entscheidungen der beteiligten Partner überlassen, ob sie ihre Aufgaben auch durch kooperatives Verwaltungshandeln erfüllen wollen und wie. Das Recht darf sich damit begnügen, Schranken zu setzen; hier förmliche Kooperationspflichten und -verfahren zu schaffen, wäre kontraproduktiv.

⁶² Vgl. oben III.3.a) (a.E.), S. 217.

⁶³ Z.B. Klemt (Fn. 1), S. 11.