

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1521

Die Beratung als Instrument der Kommunalaufsicht

**Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung
der Rechtslage und Verwaltungspraxis
im Freistaat Sachsen**

Von

Stefan Vetter



Duncker & Humblot · Berlin

STEFAN VETTER

Die Beratung als Instrument der Kommunalaufsicht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1521

Die Beratung als Instrument der Kommunalaufsicht

Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung
der Rechtslage und Verwaltungspraxis
im Freistaat Sachsen

Von

Stefan Vetter



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
hat diese Arbeit im Jahr 2023
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-18915-1 (Print)
ISBN 978-3-428-58915-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Elena & Moritz

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2022/2023 von der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis August 2022 umfassend berücksichtigt werden. Öffentliche Verteidigung und wissenschaftliche Aussprache fanden im Januar 2023 statt.

Ein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater und akademischen Lehrer Herrn Professor Dr. Winfried Kluth. Bereits während meines rechtswissenschaftlichen Studiums ermöglichte er mir, als akademische Hilfskraft an seinem Lehrstuhl tätig zu sein. Nicht zuletzt daraus ergab sich die Gelegenheit, nach Abschluss des zweiten juristischen Staatsexamens bei ihm zu promovieren. Er beriet mich bei der Auswahl des Themas und bot mir als externer Doktorand die zum Gelingen dieses Vorhabens nötige wissenschaftliche Freiheit. Zugleich leistete er mir bei Bedarf stets fachliche Beratung und hilfreiche Unterstützung.

Großer Dank gebührt zudem Herrn Professor Dr. Thorsten Franz für die gründliche und zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie für seine konstruktiven Anmerkungen. Überdies bedanke ich mich bei Herrn Professor Dr. Armin Höland für seine Bereitschaft, den Vorsitz des Prüfungsausschusses zu übernehmen.

Zu Dank verpflichtet bin ich Vertretern der Landratsämter des Erzgebirgskreises und des Vogtlandkreises sowie der Landkreise Görlitz, Leipzig, Mittelsachsen, Sächsische Schweiz-Osterzgebirge und Zwickau, die sich, ebenso wie ein Vertreter der Landesdirektion Sachsen, bereiterklärten, mir für ein Experteninterview zur Verfügung zu stehen. Ebenso danke ich zahlreichen Vertretern sächsischer Städte und Gemeinden, die sich an der von mir durchgeführten Fragebogenerhebung beteiligten.

Herzlich danke ich meinen Eltern, Sabine und Henry Vetter, für die Vermittlung von Werten und Fähigkeiten, die sich als tragfähiges Fundament für meinen bisherigen Lebens- und Bildungsweg erwiesen haben. Von Herzen danke ich zudem meiner Ehefrau Maja Vetter, die mich inspirierte, eine empirische Studie durchzuführen, und die mich stets bedingungslos bei meiner Promotion unterstützte. Ausgesprochen dankbar bin ich meinem Mentor, Herrn Staatsminister a.D. Klaus Hardraht, der während der gesamten Ausarbeitungsphase zum fachlichen Gedankenaustausch bereitstand. Ferner danke

ich meinem Bruder Dr.-Ing. Sebastian Vetter für seine interdisziplinären Anregungen sowie meiner ehemaligen Kollegin und Wegbegleiterin Dr. Stefanie Michaelis für das akribische Korrekturlesen des Manuskripts. Schließlich bedanke ich mich herzlich bei meinen Kindern für die unbewusst erduldeten Entbehrungen. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Dresden, im März 2023

Stefan Vetter

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
A. Allgemeine Einführung	23
B. Gang der Untersuchung	28
I. Methodenwahl	29
II. Datenerhebung	31
1. Vorbereitungsphase	31
2. Durchführung der Experteninterviews	32
3. Durchführung der Fragebogenerhebung	33
III. Datenauswertung	34
<i>1. Kapitel</i>	
Selbstverwaltungsrecht und Staatsaufsicht	36
A. Das kommunale Selbstverwaltungsrecht	36
I. Die Gemeinde im Staatsaufbau	37
II. Selbstverwaltungsgarantie	39
1. Aufgabenuniversalität	40
2. Eigenverantwortlichkeit	42
3. Gesetzesvorbehalt	43
4. Gemeindehoheiten	46
a) Gebietshoheit	46
b) Organisationshoheit	47
c) Personalhoheit	48
d) Planungshoheit	49
e) Finanzhoheit	49
f) Abgabehoheit	50
g) Satzungshoheit	51
III. Der Landkreis als Gemeindeverband	52
IV. Einflüsse des Unionsrechts	52
B. Die Staatsaufsicht als Korrelat der Selbstverwaltung	54
I. Aufgaben der Gemeinde	56
1. Aufgabengliederungsmodelle	56
a) Dualistisches Aufgabengliederungsmodell	56
b) Monistisches Aufgabengliederungsmodell	57

2. Aufgabenarten	58
a) Freiwillige Selbstverwaltungsangelegenheiten	58
b) Pflichtige Selbstverwaltungsangelegenheiten	59
c) Staatliche Auftragsangelegenheiten beziehungsweise Weisungsaufgaben	60
II. Das Wesen der Staatsaufsicht	62
1. Terminologie	63
2. Funktionen und Grundsätze	64
3. Aufgabenorientiertes Aufsichtssystem	67
a) Kommunalaufsicht	67
b) Fachaufsicht	68
4. Interne Kontrollmaßnahmen	70
a) Beanstandungspflicht/-recht des Bürgermeisters	70
b) Rechnungsprüfung	71
c) Dienstaufsicht	71
III. Aufbau der Aufsichtsbehörden	72
1. Kommunalaufsichtsbehörden	72
a) Allgemeine Organisation der Kommunalaufsichtsbehörden	72
b) Organisation der Kommunalaufsichtsbehörden im Freistaat Sachsen	75
c) „Kommunalisierung“ der Kommunalaufsicht	77
2. Fachaufsichtsbehörden	80
C. Aufsichtsmittel im Überblick	82
I. Beratung	84
II. Anzeige- und Vorlagepflicht	85
III. Genehmigungsvorbehalt	85
IV. Unterrichtsrecht	87
V. Beanstandung	89
VI. Anordnung	91
VII. Ersatzvornahme	92
VIII. Bestellung eines Beauftragten	93
IX. Auflösung der Vertretungskörperschaft	95
X. Abberufung des Bürgermeisters	95

2. Kapitel

Charakteristik der Beratung	97
A. Beratungsbegriff	97
I. Beratungsbegriff im rechtlichen Sprachgebrauch	97
II. Beratungsbegriff im kommunalaufsichtlichen Kontext	98
B. Erscheinungsformen	102
I. Erscheinungsformen nach Galette	103

1. Koordinierende Beratung	103
2. Fachliche Beratung	104
3. Schlichtende Beratung	105
4. Schutzberatung	105
5. Vergleichende Beratung	105
6. Rechtsauslegende Beratung	105
7. Kritische Würdigung	106
II. Erscheinungsformen nach Klemt	108
1. Fachliche Beratung	108
2. Koordinierende Beratung	109
3. Kritische Würdigung	109
III. Erscheinungsformen nach Knopp	110
IV. Abgeleitete Erscheinungsformen	111
C. Beratungshorizont	112
I. Beschränkung auf Rechtmäßigkeit	113
II. Erstreckung auf Zweckmäßigkeit	114
III. Vermittelnde Ansicht	116
IV. Kritische Würdigung	117
V. Beratung in zivilrechtlichen Angelegenheiten	120

3. Kapitel

Rechtssystematische Verortung der Beratung

A. Rechtsgrundlagen	123
I. Gesetzliche Regelungen zur kommunalaufsichtlichen Beratung	123
II. Gesetzesvorbehalt	125
B. Beratung als Aufsichtsmittel	127
I. Beratung als staatliches Mitwirkungsrecht	127
II. Beratung als Instrument der Kommunalaufsicht	129
III. Kritische Würdigung	130
C. Abgrenzung zu weiteren formlosen Aufsichtsmitteln	132
I. Aufklärung/Information	132
II. Hinweis/Belehrung	132
III. Auskunft	133
IV. Absprache/Verhandlung	134
D. Beratung durch andere Stellen	135
I. Diversität der Kommunalberatung	135
II. Beratung durch kommunale Spitzenverbände	139
III. Auswahl des Beraters	141
IV. Parallelberatung	145

4. Kapitel

	Beratungsermessen	146
A.	Recht auf und Pflicht zur Beratung	146
I.	Beratungsrecht der Kommunalaufsicht	148
II.	Aktive Beratungspflicht der Kommunalaufsicht und Beratungsanspruch der Gemeinden	150
1.	Herleitung	150
2.	Personelle Inanspruchnahme der Beratung	154
3.	Grenzen	156
III.	Passive Beratungspflicht der Gemeinden	160
B.	Rechtsfolgen und Rechtsschutz	161
I.	Einsatz förmlich-repressiver Aufsichtsmittel ohne vorherige Beratung	162
II.	Fehlerhafte Beratung	166
1.	Meinungsspektrum „vor Oderwitz“	166
2.	Oderwitz-Entscheidung des BGH	167
3.	Zur Erstreckung der Oderwitz-Entscheidung auf Beratungsfälle	169
III.	Nichtberatung	171
IV.	Strafrechtliche Folgen von Nicht- oder Falschberatung	173

5. Kapitel

	Praktische Relevanz der Beratung	175
A.	Bedeutung in der Praxis	175
I.	Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur	175
II.	Praxisanalyse im Freistaat Sachsen	176
III.	Entwicklung	181
B.	Beratungsempfänger	182
I.	Beratungsempfänger im Allgemeinen	182
II.	Beratungsempfänger im Speziellen	188
C.	Beratungsthemen	189
I.	Allgemeines Themenspektrum	189
II.	Konkrete Beratungsthemen	192
III.	Thematische Grenzen	195
IV.	Themenpotentiale	197

6. Kapitel

	Beratung im Lichte des Selbstverwaltungsrechts	201
A.	Chancen und Risiken	201
I.	Chancen der Beratung	201

1. Katalysator der kommunalen Selbstverwaltung	201
2. Eingriffsvermeidung	202
3. Stärkung der Verwaltungskraft	204
4. Koordinierungseffekt	207
5. Einzelfallbezogenheit	208
6. Akzeptanz durch Überzeugung	209
7. Vertrauensverhältnis	210
8. Entlastungseffekt	210
9. Lerneffekt	211
II. Risiken der Beratung	212
1. Schwächung der kommunalen Selbstverwaltung	212
a) Ortsferner Berater	212
b) Entpolitisierung und Entparlamentarisierung	213
c) Beeinflussung der Entscheidungsträger	214
d) Dauerberatung	216
e) Mitverwaltung der Gemeinden	217
2. Eingriffs- und Widerspruchsbehörde als Ratgeber	218
3. Instrumentalisierung des Ratschlags	221
B. Art und Weise der Ausübung	221
I. Grundsätze	221
1. Allgemeine Beratungsgrundsätze	222
2. Hilfe zur Selbsthilfe	223
3. Förderung der Individualität der einzelnen Gemeinden	225
4. Vertrauensverhältnis	226
5. Korrektur durch Beratung	228
II. Beratungsinitiative	229
III. Beratungszeitpunkt	232
IV. Beratungsfrequenz	233
V. Beratungsintensität	236
VI. Folgen der Nichtbeachtung eines Ratschlags	239
C. Organisatorische und personelle Umsetzung	240
I. Organisatorische Umsetzung	241
1. Zuständigkeit	241
2. Zusammenspiel mit anderen Stellen	242
a) Zusammenspiel mit Fachaufsichtsbehörden	242
b) Zusammenspiel mit anderen Kommunalaufsichtsbehörden	245
c) Zusammenspiel mit kommunalen Spitzenverbänden	249
3. Form	249
a) Formen der Individualberatung	250
aa) Persönliches oder fernmündliches Gespräch	250
bb) Teilnahme an Gremiensitzungen	253
cc) Schriftliche Individualberatung	254

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Schematische Darstellung eines Beratungsprozesses	102
Abbildung 2: Erstreckung der Beratung auf Zweckmäßigkeitserwägungen . . .	112
Abbildung 3: Erstreckung der Beratung auf zivilrechtliche Angelegenheiten . .	113
Abbildung 4: Beratungsanspruch aus Sicht der Kommunalaufsichtsbehörden beziehungsweise aus Sicht der Gemeinden	148
Abbildung 5: Bedeutung der kommunalaufsichtlichen Beratung aus Sicht der Gemeinden	180
Abbildung 6: Beratungsbedarf in Abhängigkeit zur Gemeindegröße	188
Abbildung 7: Beratungsbedarf zu aktuellen Fragen aus Sicht der Gemeinden beziehungsweise aus Sicht der Kommunalaufsichtsbehörden (Quelle: Sächsischer Rechnungshof, Jahresbericht 2004, S. 310)	197
Abbildung 8: Gewünschte zukünftige Beratungsschwerpunkte aus Sicht der Gemeinden beziehungsweise aus Sicht der Kommunalaufsichts- behörden (Quelle: Sächsischer Rechnungshof, Jahresbericht 2004, S. 311)	198

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Dualistisches Aufgabengliederungsmodell	57
Tabelle 2: Monistisches Aufgabengliederungsmodell	58
Tabelle 3: Freiwillige Selbstverwaltungsangelegenheiten	59
Tabelle 4: Pflichtige Selbstverwaltungsangelegenheiten	60
Tabelle 5: Staatliche Auftragsangelegenheiten beziehungsweise Weisungsaufgaben	60
Tabelle 6: Kommunalaufsicht über kreisangehörige Gemeinden im zweistufigen Staatsaufbau	73
Tabelle 7: Kommunalaufsicht über kreisfreie Städte und Landkreise im zweistufigen Staatsaufbau	74
Tabelle 8: Kommunalaufsicht über kreisangehörige Gemeinden im dreistufigen Staatsaufbau (außer Saarland)	74
Tabelle 9: Kommunalaufsicht über kreisfreie Städte und Landkreise im dreistufigen Staatsaufbau	75
Tabelle 10: Kommunalaufsicht über kreisangehörige Gemeinden im Freistaat Sachsen	76
Tabelle 11: Kommunalaufsicht über kreisfreie Städte und Landkreise im Freistaat Sachsen	77
Tabelle 12: Fachaufsicht über kreisangehörige Gemeinden im zweistufigen Staatsaufbau	80
Tabelle 13: Fachaufsicht über kreisfreie Städte und Landkreise im zweistufigen Staatsaufbau	81
Tabelle 14: Fachaufsicht über kreisangehörige Gemeinden im dreistufigen Staatsaufbau	81
Tabelle 15: Fachaufsicht über kreisfreie Städte und Landkreise im dreistufigen Staatsaufbau	82
Tabelle 16: Kategorien der Aufsichtsmittel	83
Tabelle 17: Erscheinungsformen der kommunalaufsichtlichen Beratung	112

Abkürzungsverzeichnis

A	Antwortgeber
A I-Abschluss	Abschluss einer (Verwaltungs-)Fachangestelltenausbildung
A II-Lehrgang	Angestelltenlehrgang II
a. A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz/Absätze
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
ähnl.	ähnlich
Amtsbl.	Amtsblatt
Anm.	Anmerkung(en)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BA	Berufsakademie
BauGB	Baugesetzbuch
BayBezO	Bezirksordnung für den Freistaat Bayern
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
BayLKrO	Kreisordnung für den Freistaat Bayern
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	Betriebsberater
BbgKVerf	Kommunalverfassung des Landes Brandenburg
BbgVerf	Verfassung des Landes Brandenburg
BbgVerfG	Verfassungsgericht des Landes Brandenburg
Bd.	Band
beBPo	besonderes Behördenpostfach
Begr.	Begründer
ber.	berichtigt
Beschl.	Beschluss

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
Doppik	doppelte kommunale Buchführung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Dr.	Doktor
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
DV	Die Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EDV	elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
Erg.-Lfg.	Ergänzungslieferung
et al.	et alii (und andere)
etc.	et cetera (und so weiter)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EUV	Vertrag über die Europäische Union
e. V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
F	Fragesteller
f.	folgende
FAQ	frequently asked questions (häufig gestellte Fragen)
ff.	fortfolgende
FG	Festgabe
FH	Fachhochschule

Fn.	Fußnote
GBL.	Gesetzblatt
gem.	gemäß
GemO	Gemeindeordnung
Ges.S.	Gesetzessammlung
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Gl.-Nr.	Gliederungsnummer
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GO	Gemeindeordnung
GrStG	Grundsteuergesetz
GS	Gedächtnisschrift
GV.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVOBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
Habil.	Habilitation
HGO	Hessische Gemeindeordnung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Hochschule
Hs.	Halbsatz
HVerf	Verfassung des Landes Hessen
i. d. F.	in der Fassung
insb.	insbesondere
i. S.	im Sinne
IT	Informationstechnologie
iur.	iuris (des Rechts)
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
krit.	kritisch
KrO	Kreisordnung
KV	Kommunalverfassung
kV	Kilovolt
KVG	Kommunalverfassungsgesetz
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LSA	Sachsen-Anhalt
LV	Landesverfassung

M-V	Mecklenburg-Vorpommern
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n	Stichprobengröße
nds.	niedersächsisch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NKomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz
Nr.	Nummer(n)
NRW	Nordrhein-Westfalen
NuR	Natur und Recht
NVerf	Verfassung für das Land Niedersachsen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Rechtsprechungs-Report
NW	Nordrhein-Westfalen
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Prof.	Professor
RDG	Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer(n)
RP	Rheinland-Pfalz
Rs.	Rechtssache
S.	Seite(n)
SaarlKSVG	Kommunale Selbstverwaltungsgesetz Saarland
SächsGemO	Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen
SächsGVBl.	Sächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
SächsJG	Sächsisches Justizgesetz
SächsKomZG	Sächsisches Gesetz über kommunale Zusammenarbeit
SächsLKrO	Landkreisordnung für den Freistaat Sachsen
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter
SächsVerf	Verfassung des Freistaates Sachsen
SächsVerfGH	Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen
SächsVwOrgG	Gesetz über die Verwaltungsorganisation des Freistaates Sachsen
Schl.-H.	Schleswig-Holstein
SH	Schleswig-Holstein

SKV	Staats- und Kommunalverwaltung
Slg.	Sammlung
SMI	Sächsisches Staatsministerium des Innern
sog.	sogenannt
SSG	Sächsischer Städte- und Gemeindetag
StGB	Strafgesetzbuch
StT	Der Städtetag
SVerf	Verfassung des Saarlandes
ThürKO	Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung
ThürVBl.	Thüringer Verwaltungsblätter
ThürVerf	Verfassung des Freistaats Thüringen
ThürVwVfG	Thüringer Verwaltungsverfahrensgesetz
tw.	teilweise
u. a.	und andere/unter anderem
unbek.	unbekannt
Urt.	Urteil
UStG	Umsatzsteuergesetz
v.	vom/von
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgemeinschaft/Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOBl.	Verordnungsblatt
VOP	Verwaltung, Organisation, Personal
Vorb.	Vorbemerkung(en)
VV	Verwaltungsverband
VWA	Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VZÄ	Vollzeitäquivalent
z. B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
z. T.	zum Teil
zugl.	zugleich

Einleitung

„Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.“

A. Allgemeine Einführung

Mit diesen Worten wird in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz (GG)¹ die kommunale Selbstverwaltungsgarantie beschrieben. Sie umfasst das Recht, alle Angelegenheiten, die in den räumlichen Verantwortungsbereich der Gemeinden fallen, in eigener Zuständigkeit zu erledigen, sofern nicht der Staat durch Gesetze bestimmte Aufgaben sich selbst vorbehalten oder anderen Aufgabenträgern zugewiesen hat. Damit wird den Gemeinden die Entschließungsfreiheit eingeräumt, die ihrer Verbandskompetenz unterliegenden Aufgaben ohne staatliche Einflussnahme so zu erfüllen, wie dies dem Gestaltungswillen ihrer gesetzmäßigen Organe entspricht.²

Dieser statuierten Freiheit steht als „Korrelat“ eine staatliche Beaufsichtigung gegenüber.³ Der Umfang dieser Aufsicht wird durch das gemeindliche Aufgabenspektrum bedingt. Dieses kann je nach Landesrecht eine monistische oder eine dualistische Struktur aufweisen. Die Rechtsaufsicht, die in ihrer kommunalrechtlichen Ausprägung auch als Kommunalaufsicht bezeichnet wird, kontrolliert die ordnungsgemäße Erfüllung der freiwilligen Aufgaben und weisungsfreien Pflichtaufgaben (monistisch) beziehungsweise der Aufgaben im eigenen Wirkungskreis (dualistisch). Die Fachaufsicht ist hingegen für die weisungsgebundenen Pflichtaufgaben (monistisch) beziehungsweise die Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises (dualistisch) zuständig. Während die Kommunalaufsicht sich auf eine Überwachung der Gesetzmäßigkeit gemeindlichen Handelns beschränkt, erstreckt sich die Fachaufsicht auf eine Überprüfung sowohl der Recht- als auch der Zweckmäßigkeit.⁴

¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. Mai 1949 (BGBl. III Gl.-Nr. 100-1), zuletzt geändert durch Gesetz v. 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2478).

² Siehe bereits *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 531.

³ BVerfGE 6, 104 (118); 78, 331 (341). Bereits im Jahr 1869 bezeichnete *Stein*, Die Verwaltungslehre, Bd. 2, S. 69 die „Oberaufsicht“ als „großes Correlat“ der Selbstverwaltung.

⁴ Vgl. dazu nur *Brüning/Vogelgesang*, Die Kommunalaufsicht, Rn. 305.

Die Befugnisse der Fachaufsicht werden durch die jeweiligen Fachgesetze normiert und sind daher von Natur aus heterogen. Sie sollen im Rahmen dieser Untersuchung lediglich eine untergeordnete Rolle spielen. Die Kompetenzen der Kommunalaufsicht finden sich demgegenüber in den einzelnen Landesgemeindeordnungen.⁵ Darin ist jeweils auch der grundlegende Aufbau der zuständigen Kommunalaufsichtsbehörden normiert.

Die den Kommunalaufsichtsbehörden zur Verfügung stehenden Instrumente lassen sich trotz landesspezifischer Besonderheiten auf einen gemeinsamen Nenner bringen. Wegen ihres unterschiedlichen Wirkungszeitpunktes wird allgemein zwischen präventiven und repressiven Aufsichtsmitteln differenziert.⁶ Abstellend auf den Verbindlichkeitsgrad wird weiterhin zwischen formlosen und förmlichen Instrumenten unterschieden.⁷

⁵ Im Einzelnen für Baden-Württemberg: Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (GemO BW) i.d.F. der Bekanntmachung v. 24. Juli 2000 (GBl. S. 581, ber. S. 698), zuletzt geändert durch Gesetz v. 2. Dezember 2020 (GBl. S. 1095); Bayern: Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (BayGO) i.d.F. der Bekanntmachung v. 22. August 1998 (GVBl. S. 796), zuletzt geändert durch Gesetz v. 9. Dezember 2022 (GVBl. S. 674); Brandenburg: Kommunalverfassung des Landes Brandenburg (Bbg-KVerf) v. 18. Dezember 2007 (GVBl. I S. 286), zuletzt geändert durch Gesetz v. 30. Juni 2022 (GVBl. I Nr. 18); Hessen: Hessische Gemeindeordnung (HGO) i.d.F. der Bekanntmachung v. 7. März 2005 (GVBl. S. 142), zuletzt geändert durch Gesetz v. 11. Dezember 2020 (GVBl. S. 915); Mecklenburg-Vorpommern: Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern (KV MV) v. 13. Juli 2011 (GVOBl. M-V S. 777), zuletzt geändert durch Gesetz v. 23. Juli 2019 (GVOBl. M-V S. 467); Niedersachsen: Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz (NKomVG) v. 17. Dezember 2010 (Nds. GVBl. S. 576), zuletzt geändert durch Gesetz v. 22. September 2022 (Nds. GVBl. S. 588); Nordrhein-Westfalen: Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW) i.d.F. der Bekanntmachung v. 14. Juli 1994 (GV NW S. 666), zuletzt geändert durch Gesetz v. 13. April 2022 (GV NRW S. 490); Rheinland-Pfalz: Gemeindeordnung (GemO RP) i.d.F. der Bekanntmachung v. 31. Januar 1994 (GVBl. S. 153), zuletzt geändert durch Gesetz v. 27. Januar 2022 (GVBl. S. 21); Saarland: Kommunal selbstverwaltungsgesetz (SaarlKSVG) i.d.F. der Bekanntmachung v. 27. Juni 1997 (Amtsbl. S. 682), zuletzt geändert durch Gesetz v. 12. Oktober 2022 (Amtsbl. I S. 1296); Sachsen: Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen (SächsGemO) i.d.F. der Bekanntmachung v. 9. März 2018 (Sächs-GVBl. S. 62), zuletzt geändert durch Gesetz v. 20. Dezember 2022 (SächsGVBl. S. 705); Sachsen-Anhalt: Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (KVG LSA) v. 17. Juni 2014 (GVBl. LSA S. 288), zuletzt geändert durch Gesetz v. 7. Juni 2022 (GVBl. LSA S. 130); Schleswig-Holstein: Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein (GO SH) i.d.F. der Bekanntmachung v. 28. Februar 2003 (GVOBl. Schl.-H. S. 57), zuletzt geändert durch Gesetz v. 4. März 2022 (GVOBl. Schl.H. S. 153); Thüringen: Thüringer Gemeinde- und Kreisordnung (ThürKO) i.d.F. der Bekanntmachung v. 28. Januar 2003 (GVBl. S. 41), zuletzt geändert durch Gesetz v. 5. Oktober 2022 (GVBl. S. 414).

⁶ Ausgehend von *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 117 ff., so etwa *Brüning/Vogelgesang*, Die Kommunalaufsicht, Rn. 162; *Franz*, JuS 2004,

In den meisten Landesgemeindeordnungen sind im Wesentlichen die repressiven beziehungsweise förmlichen Aufsichtsmittel wie Beanstandung, Anordnung, Ersatzvornahme oder Bestellung eines Beauftragten explizit geregelt. Angesichts der immer komplexer werdenden kommunalen Aufgaben- und Problemstellungen kann eine optimale Lösung jedoch oftmals nicht allein innerhalb der Gemeindegrenzen gefunden werden. Dieser Umstand ruft die Notwendigkeit von Planung, Koordinierung und Ausführung im Zusammenwirken mit staatlichen Behörden hervor. In der Praxis kommen daher vordergründig präventive beziehungsweise formlose Maßnahmen zum Einsatz, die darauf gerichtet sind, die Gemeinden bei der Durchführung ihrer Aufgaben zu fördern und zu unterstützen. Zu diesen zählt insbesondere die kommunalaufsichtliche Beratung, die Gegenstand dieser Untersuchung sein soll. Hierunter ist eine unverbindliche Hilfestellung zu verstehen, welche die Kommunalaufsichtsbehörden den Gemeinden durch die Weitergabe von Kenntnissen, Fähigkeiten und/oder Erfahrungen gewähren.⁸

Um sich der Charakteristik dieses Instrumentariums zu nähern, wurden in der einschlägigen Literatur bereits vereinzelte Versuche unternommen, die kommunalaufsichtliche Beratung zu kategorisieren.⁹ Ausgehend von den hierzu entwickelten Meinungen werden im Rahmen dieser Untersuchung zunächst mögliche Erscheinungsformen der aufsichtsbehördlichen Beratung beschrieben.

Für die angestrebte umfassende Betrachtung dieses Aufsichtsmittels ist weiterhin von Interesse, innerhalb welcher Grenzen die Kommunalaufsichtsbehörden beratend tätig werden dürfen. Müssen sie sich – der Systematik der Staatsaufsicht folgend – auf Fragen der Rechtmäßigkeit beschränken oder dürfen sie – wegen des unverbindlichen Charakters des Ratschlags – auch Zweckmäßigkeitserwägungen anstellen? In einem engen Zusammenhang dazu steht die Frage, ob sich die Beratung auch auf zivilrechtliche Angelegenheiten der Gemeinde erstrecken kann oder ob sie allein den öffentlich-rechtlichen Themen vorbehalten ist.

Der in den letzten Jahrzehnten weitgehend vollzogene Wandel der Kommunalaufsicht vom Legalitätsprinzip zum Opportunitätsprinzip hat eine ste-

937 (938); *ders./Kolb*, in: Kluth (Hrsg.), Landesrecht Sachsen-Anhalt, § 2, Rn. 88 und 91 ff.; *Hegele*, SächsVBl. 1994, 20 (21 f.); *Pfeiffer*, ThürVBl. 2007, 201 (203 ff.).

⁷ Dieser Differenzierung folgt etwa *Bracker*, in: FG v. Unruh, S. 459 (466 ff.).

⁸ Vgl. *Klemt*, Die Mitwirkung der Kommunalaufsichtsbehörde an der Verwaltung der Gemeinden durch beratende Tätigkeit, S. 13 f.

⁹ Vgl. insb. *Galette*, in: HS Speyer (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, S. 37 (45 ff.); *Klemt*, Die Mitwirkung der Kommunalaufsichtsbehörde an der Verwaltung der Gemeinden durch beratende Tätigkeit, S. 34 ff.