

AUSBILDUNG UND PRÜFUNG

Aufgabe 9 der Zweiten Juristischen Staatsprüfung 2006/2

(Arbeitszeit: 5 Stunden)

Im Büro von Rechtsanwältin Marion Glaser erscheint am 5. 12. 2006 Bernhard Braun und trägt Folgendes vor:

„Frau Rechtsanwältin, ich brauche Ihren Rat.

Ich bin Mitglied des Gemeinderates der kreisangehörigen Gemeinde Wolfenberg, Landkreis Ansbach, und wurde vom Gemeinderat beauftragt, mich in der folgenden Angelegenheit an Sie zu wenden:

Die Gemeinde Wolfenberg betreibt in ihrem Gemeindegebiet eine Wasserversorgungs- und Entwässerungsanlage als öffentliche Einrichtung. Im Frühjahr 2004 hat die Gemeinde beschlossen, die zwischenzeitlich schon recht alte und vielfach marode Abwasserkanalisation komplett sanieren zu lassen. Diese Maßnahme soll über die Erhebung von Verbesserungsbeiträgen gemäß Art. 1, 5 Abs. 1 KAG finanziert werden. Mit den Bauarbeiten wurde im August 2004 begonnen; sie werden im Frühjahr 2007 abgeschlossen sein.

Um eine ansonsten erforderliche Vorfinanzierung der Verbesserungsmaßnahme über Kredite zu vermeiden, hat die Gemeinde im September 2004 gegenüber den Eigentümern sämtlicher an die Abwasserkanalisation angeschlossener Grundstücke Vorauszahlungsbescheide nach Art. 5 Abs. 5 KAG erlassen. Die Höhe der jeweils angeforderten Vorauszahlungen wurde dabei unter Zugrundelegung der in der gemeindlichen Satzung über die Erhebung von Beiträgen für die Verbesserung der Entwässerungsanlage der Gemeinde Wolfenberg (Verbesserungsbeitragsatzung) vom 14. 5. 2004 enthaltenen Verteilungsregelung ermittelt.

Der Großteil der Adressaten hat die Vorauszahlungsbescheide akzeptiert und die geforderten Vorauszahlungen anstandslos geleistet. Lediglich zehn Grundstückseigentümer haben gegen die an sie gerichteten Vorauszahlungsbescheide Klage erhoben. Die zuständige Kammer des Verwaltungsgerichts Ansbach hat diese Klagen zwar in erster Instanz als unbegründet abgewiesen. Im Berufungsverfahren hat dann aber der Bayerische Verwaltungsgerichtshof im September 2005 bedauerlicherweise alle angefochtenen Bescheide aufgehoben und die Gemeinde Wolfenberg verurteilt, die von den Klägern jeweils geleisteten Vorauszahlungen zuzüglich jährlich 6 % Zinsen seit Rechtshängigkeit an diese zurückzuzahlen. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof sah nämlich – anders als noch das Verwaltungsgericht in erster Instanz – die Verbesserungsbeitragsatzung vom 14. 5. 2004 als infolge einer rechtswidrigen Verteilungsregelung nichtig an; die Anforderung von Vorauszahlungen setze aber eine gültige Beitragsatzung voraus. Noch im Oktober 2005 hat die Gemeinde deswegen allen zehn Klägern die Vorauszahlungen zuzüglich der vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zugesprochenen Zinsen zurückbezahlt.

Mitte 2006 hat die Gemeinde Wolfenberg nun eine neue Verbesserungsbeitragsatzung mit einer entsprechend den Vorgaben des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs geänderten Verteilungsregelung erlassen. Diese neue Verteilungsregelung hat zur Folge, dass an die Abwasserkanalisation angeschlossene Gewerbebetriebe nunmehr deutlich höhere Verbesserungsbeiträge zu zahlen haben als nach der ursprünglichen Satzung, während dementsprechend die von privaten Grundstückseigentümern zu zahlenden Beiträge deutlich niedriger ausfallen werden. Einige daraufhin eingehende Anfragen privater Grundstückseigentümer, die die an sie gerichteten Vorauszahlungsbescheide seinerzeit hatten bestandskräftig werden lassen, beantwortete die Gemeinde dahingehend, dass sie nach Erlass der endgültigen Verbesserungsbeitragsbescheide im Frühjahr 2007 selbstverständlich die Differenz zwischen den vereinnahmten Vorauszahlungen und den dann festgesetzten Beiträgen jeweils zurücker-

statten werde; eine Verzinsung der zurückzuerstattenden Beträge sei freilich mangels gesetzlicher Grundlage nicht möglich.

Am 13. 10. 2006 wurde bei der Gemeinde Wolfenberg ein – die formellen Voraussetzungen des Art. 18 a Abs. 4 bis 6 GO erfüllendes – Bürgerbegehren eingereicht, mit dem die Durchführung eines Bürgerentscheids in der Gemeinde zu folgender Fragestellung beantragt wurde:

„Sind Sie dafür, dass die Gemeinde Wolfenberg die im Herbst 2004 für die Sanierung der Abwasserkanalisation vereinnahmten Vorauszahlungen, soweit diese die endgültig festgesetzten Verbesserungsbeiträge übersteigen und daher zurückzuerstatten sein werden, ab dem Tag der Vereinnahmung mit jährlich 6 % verzinst?“

In der Begründung des Bürgerbegehrens wurde vorgebracht, es könne nicht angehen, dass diejenigen Bürger, die auf die Rechtmäßigkeit der Vorauszahlungsbescheide vertraut und daher auf eine Anfechtung verzichtet hätten, hinsichtlich der Verzinsung jetzt schlechter gestellt würden als diejenigen, die die Gemeinde mit Klagen überzogen hätten. Eine solche Privilegierung „klagefreudiger“ Bürger sei dem Rechtsfrieden in der Gemeinde abträglich. Dass von der öffentlichen Hand zu Unrecht vereinnahmte und daher zurückzuerstattende Beträge zu verzinsen seien, stelle zudem einen allgemeinen abgabenrechtlichen Grundsatz dar, der auch in diversen Rechtsvorschriften, wie etwa Art. 5 Abs. 5 Satz 4 KAG und Art. 49 a Abs. 3 BayVwVfG, seinen Niederschlag gefunden habe.

Der Gemeinderat der Gemeinde Wolfenberg hat das Bürgerbegehren in seiner Sitzung vom 3. 11. 2006 als unzulässig zurückgewiesen. Er trat die Auffassung, dass es für die begehrte Verzinsung keine rechtliche Grundlage gebe; insbesondere seien die in der Begründung des Bürgerbegehrens angeführten Vorschriften nicht einschlägig. Die Gemeinde würde damit, wenn sie die Verzinsung gewähren würde, gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der gemeindlichen Haushaltsführung verstoßen.

Daraufhin trat allerdings das – offenbar von den Vertretern des Bürgerbegehrens eingeschaltete – Landratsamt Ansbach auf den Plan und erließ am 24. 11. 2006 nach ordnungsgemäßer Anhörung der Gemeinde den folgenden Bescheid“.

Landratsamt Ansbach 24. 11. 2006
Crailsheimstraße 1
91522 Ansbach

Mit Postzustellungsurkunde Gemeinde Wolfenberg
An die Gemeinde Wolfenberg Eingang: 27. 11. 2006
zu Händen des ersten Bürgermeisters
Werner Huber o. V. i. A.
Marktstraße 5
91525 Wolfenberg

Gz.: 59 – 418/06 – Wb

Rechtsaufsichtliche Beanstandung des Beschlusses des Gemeinderates der Gemeinde Wolfenberg vom 3. 11. 2006 betreffend die Zurückweisung des Bürgerbegehrens vom 13. 10. 2006

Das Landratsamt Ansbach erlässt folgenden

Bescheid:

I. Der Beschluss des Gemeinderates der Gemeinde Wolfenberg vom 3. 11. 2006 betreffend die Zurückweisung des Bürgerbegehrens vom 13. 10. 2006 wird rechtsaufsichtlich beanstandet. Die Gemeinde Wolfenberg wird aufgefordert, den vorgenannten Beschluss bis spätestens

- vier Wochen nach Bestandskraft dieses Bescheids aufzuheben und das Bürgerbegehren zuzulassen.
- II. Sollte die Gemeinde Wolfenbergs dieser Aufforderung nicht fristgerecht nachkommen, wird das Landratsamt Ansbach im Wege der Ersatzvornahme den Gemeinderatsbeschluss vom 3. 11. 2006 aufheben und das Bürgerbegehren zulassen.
- III. Für diesen Bescheid werden keine Kosten erhoben.

Gründe:

1. Die Zurückweisung des Bürgerbegehrens vom 13. 10. 2006 ist rechtswidrig.

Da das Bürgerbegehren – was unstreitig ist – die Voraussetzungen des Art. 18 a Abs. 4 bis 6 GO erfüllt, muss es zugelassen werden. Eine Kompetenz zur inhaltlichen Überprüfung der mit dem Bürgerbegehren verfolgten Ziele steht dem Gemeinderat bei seiner Entscheidung nach Art. 18 a Abs. 8 GO nicht zu; es wäre nämlich mit dem Demokratiegedanken nicht vereinbar, wenn die Gemeinde auf diese Weise ihr „missliebige“ Bürgerentscheid von vornherein unterbinden könnte, anstatt sich politisch mit ihnen auseinanderzusetzen.

Abgesehen hiervon zielt das vorliegende Bürgerbegehren auch nicht auf eine rechtswidrige Maßnahme ab: Es kann dahinstehen, ob sich eine Verpflichtung der Gemeinde Wolfenbergs zur Verzinsung der nach endgültiger Beitragsfestsetzung zurückzuerstattenden Beträge aus den von den Vertretern des Bürgerbegehrens herangezogenen gesetzlichen Vorschriften ergibt. Denn jedenfalls kann die Verzinsung unter dem Gesichtspunkt der Rückerstattung ungerechtfertigt erlangter Zahlungen sowie als Schadensersatz wegen der rechtswidrigen Festsetzung überhöhter Vorauszahlungen verlangt werden. Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet eine Verzinsung.

Im Hinblick auf den hohen Stellenwert, der dem Bürgerbegehren als Instrument unmittelbarer Demokratie auf kommunaler Ebene zukommt, hat sich das Landratsamt zum Erlass dieses Bescheids entschieden.

2. Begründung der Kostenentscheidung: ... (ordnungsgemäß)

Rechtsbehelfsbelehrung: ... (ordnungsgemäß)

I. A.

Dr. Maier

Regierungsrätin

Bernhard Braun fährt fort: „Unser Gemeinderat ist nach wie vor der Auffassung, dass die Zurückweisung des Bürgerbegehrens aus den oben genannten Gründen rechtens war, und hat daher mit überwältigender Mehrheit beschlossen, gegen den Bescheid des Landratsamts vorzugehen. Leider ist aber unser erster Bürgermeister Huber damit überhaupt nicht einverstanden. Er ist der Auffassung, dass die Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen den Bescheid politisch nicht opportun sei. Da die Gemeinde bei der gerade geplanten Ansiedelung eines Factory-Outlet-Centers in ihrem Gebiet, mit der sich Herr Huber als Bürgermeister bei der Bevölkerung profilieren will, auf eine vertrauensvolle Kooperation mit dem Landratsamt angewiesen sei, sollte sie sich seiner Ansicht nach lieber mit dem Bescheid abfinden, als zu riskieren, das Landratsamt durch einen Rechtsbehelf hiergegen zu verärgern. Er hat daher angekündigt, dass er den Beschluss des Gemeinderates auf keinen Fall vollziehen werde.“

Bitte raten Sie uns, was wir tun sollen.“

Rechtsanwältin Glaser bittet den ihr zur Ausbildung zugewiesenen Rechtsreferendar Georg Rothmann, zur Vorbereitung der Beratung in einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, zu prüfen,

1. ob ein Rechtsbehelf der Gemeinde Wolfenbergs gegen den Bescheid des Landratsamts Ansbach vom 24. 11. 2006 Aussicht auf Erfolg hätte;

2. ob der Gemeinderat den ersten Bürgermeister Huber, falls dieser sich nicht umstimmen lassen sollte, im Wege vorläufigen Rechtsschutzes zur Einlegung des Rechtsbehelfs für die Gemeinde zwingen könnte.

Vermerk für die Bearbeiter:

Das Gutachten des Rechtsreferendars Georg Rothmann ist zu erstellen. Der Sachbericht ist erlassen.

Zustellungen und sonstige Formalien sind in Ordnung, soweit sich aus der Aufgabe nichts anderes ergibt.

Es ist davon auszugehen, dass die ursprüngliche Verbesserungsbeitragsatzung der Gemeinde Wolfenbergs vom 14. 5. 2004 tatsächlich nichtig war und dass gegen die Wirksamkeit der Mitte 2006 erlassenen neuen Verbesserungsbeitragsatzung keine Bedenken bestehen.

Lösungsskizze zur Aufgabe 9 der Zweiten Juristischen Staatsprüfung 2006/2*

Die nachfolgenden *unverbindlichen* Hinweise zur Lösung behandeln die nach Auffassung des Erstellers maßgeblichen Probleme der Aufgabe. Sie stellen keine „Musterlösung“ dar und schließen andere vertretbare, folgerichtig begründete Ansichten selbstverständlich nicht aus. Der Inhalt und der Umfang der Lösungshinweise, die Ausführlichkeit und die Detailgenauigkeit der Darlegungen sowie die wiedergegebene Rechtsprechung und Literatur enthalten insbesondere keinen vom Prüfungsausschuss vorgegebenen Maßstab für die Leistungsanforderung und -bewertung.

A. Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs der Gemeinde Wolfenbergs gegen den Bescheid des Landratsamts Ansbach

In Betracht kommt die Erhebung einer Anfechtungsklage. Diese hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Klage

1. Der Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO) ist unproblematisch gegeben.

2. Die Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) ist statthaft. Beanstandung und Aufhebungsverlangen gemäß Art. 112 GO stellen als Maß-

nahme der Rechtsaufsicht gegenüber der Gemeinde unstreitig einen Verwaltungsakt i. S. des Art. 35 BayVwVfG dar (Bauer/Böhle/Masson/Samper, Bayerische Kommunalgesetze, Stand: Juli 2005, Art. 112 RdNr. 29, 46, Art. 120 RdNr. 1; Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. 2005, Anh. § 42 RdNr. 34, 80).

3. Die Klagebefugnis der Gemeinde (§ 42 Abs. 2 VwGO) ergibt sich aus einer möglichen Verletzung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts gemäß Art. 11 Abs. 2 BV, Art. 28 Abs. 2 GG.

4. Ein Vorverfahren ist gemäß § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO i. V. m. Art. 15 Abs. 2 AGVwGO nicht durchzuführen; es liegt insbesondere kein Fall des fakultativen Widerspruchsverfahrens gemäß Art. 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGVwGO vor, da der Streitgegenstand (Beanstandung der Zurückweisung des Bürgerbegehrens) als solcher dem Kommunalrecht, nicht aber unmittelbar dem Kommunalabgabenrecht zuzuordnen ist. Die Klage

* Die Lösungsskizze wurde im Hinblick auf die zwischenzeitlich erfolgten Änderungen des AGVwGO zum Widerspruchsverfahren aktualisiert. S. im Einzelnen Geiger, Die Neuregelung des Widerspruchsverfahrens durch das AGVwGO, BayVBl. 2008, 161 ff.

wäre somit innerhalb der Frist des § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO zu erheben, also gemäß § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 BGB bis 27. 12. 2006, 24.00 Uhr.

Die Klage wäre damit – bei Einhaltung der Klagefrist – zulässig.

II. Begründetheit der Klage

Die gegen den Freistaat Bayern als richtigen Beklagten i. S. des § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zu richtende (vgl. Art. 110 Satz 1 GO, Art. 37 Abs. 1 Satz 2 LKRö) Klage ist begründet, wenn der aufsichtliche Bescheid des Landratsamts rechtswidrig ist und die Gemeinde in ihren Rechten verletzt (§ 113 Abs. 1 Satz 1, § 114 VwGO).

1. Formelle Rechtmäßigkeit des Bescheids

Die Zuständigkeit des Landratsamts zum Erlass des Bescheids ergibt sich aus Art. 112 Satz 1, Art. 110 Satz 1 GO. Sonstige Probleme ergeben sich hier nicht.

2. Materielle Rechtmäßigkeit des Bescheids

Rechtsgrundlage für den aufsichtlichen Bescheid ist Art. 112 Satz 1 GO. Danach kann die Rechtsaufsichtsbehörde rechtswidrige Beschlüsse und Verfügungen der Gemeinde beanstanden und ihre Aufhebung oder Änderung verlangen. Entscheidend ist damit, ob die Entscheidung des Gemeinderates der Gemeinde Wolfenber, das Bürgerbegehren nicht zuzulassen, rechtswidrig ist.

a) Die Zuständigkeit des Gemeinderates zur Entscheidung über die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens ergibt sich aus Art. 18 a Abs. 8 Satz 1 GO. Anhaltspunkte für Verfahrensfehler sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

b) Fraglich ist, ob der Gemeinderat die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens zu Recht verneint hat, ob dieses also tatsächlich unzulässig ist.

aa) Die in Art. 18 a Abs. 4 bis 6 GO normierten formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind laut Sachverhalt eingehalten.

bb) Gemäß Art. 18 a Abs. 1 GO sind nur Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises einem Bürgerbegehren zugänglich. Die Erhebung von Beiträgen nach dem KAG unterfällt unproblematisch dem eigenen Wirkungskreis der Gemeinden (vgl. Art. 83 Abs. 2 Satz 2 BV, Art. 22 Abs. 2 Satz 2 GO; Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, 11. Aufl. 2004, RdNr. 133, 353). Gleiches gilt umgekehrt auch für deren Rückabwicklung einschließlich der hier relevanten Frage der Verzinsung zurückzuerstattender Beitragszahlungen, die lediglich eine Modalität der Rückabwicklung darstellt (vgl. VG Würzburg, Beschluss vom 14. 1. 2004 Az. W 2 S 03.1449).

cc) Der Zulässigkeit des Bürgerbegehrens steht auch Art. 18 a Abs. 3 GO nicht entgegen. Bürgerbegehren sind nur dann wegen Verstoßes hiergegen unzulässig, wenn sie *direkt* auf die Haushaltssatzung (Art. 63 GO) gerichtet sind, nicht bereits dann, wenn sie lediglich Auswirkungen auf den gemeindlichen Haushalt haben. Denn da nur wenige Fallkonstellationen denkbar sind, in denen über ein Bürgerbegehren wirksam Einfluss auf gemeindliches Handeln genommen werden kann, ohne irgendwie die Gemeindefinanzen zu tangieren, hätte Art. 18 a GO ansonsten kaum einen nennenswerten Anwendungsbereich (Knemeyer, RdNr. 189; Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 18 a RdNr. 7 m. w. N.).

dd) Fraglich ist, ob das Bürgerbegehren deswegen unzulässig ist, weil es auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet ist.

(1) Hierbei ist zunächst zu untersuchen, ob dem Gemeinderat bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens überhaupt die Befugnis zusteht, über die in Art. 18 a Abs. 1 bis 6 GO ausdrücklich normierten Zulässigkeitsvoraussetzungen hinaus auch zu prüfen, ob die Maßnahmen, die das Bürgerbegehren erreichen will, mit der Rechtsordnung in Einklang stehen.

Die GO regelt nicht ausdrücklich, was unter dem Begriff der „Zulässigkeit des Bürgerbegehrens“ i. S. des Art. 18 a Abs. 8 Satz 1 GO zu

verstehen ist. Weder dem Wortlaut noch der Systematik des Art. 18 a GO lassen sich insoweit eindeutige Anhaltspunkte entnehmen. Insbesondere zwingt der Umstand, dass die Entscheidung über die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens in Absatz 8 geregelt ist, nicht dazu, diese allein an den vorangehenden Absätzen auszurichten. Die Reihenfolge der einzelnen Absätze spiegelt lediglich den Verfahrensablauf des Bürgerbegehrens von der Entstehung bis zum abschließenden Bürgerentscheid wider.

Für eine umfassende Kompetenz zur Prüfung der Zulässigkeit, die sich auch auf die Rechtmäßigkeit der Ziele des Bürgerbegehrens erstreckt, sprechen folgende Überlegungen:

Nach Art. 18 a Abs. 13 Satz 1 GO hat der Bürgerentscheid die Wirkung eines Gemeinderatsbeschlusses. Hieraus ergibt sich als Ausfluss des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, dass ein Bürgerentscheid ebenso wie auch das übrige Handeln der Gemeinde mit der geltenden Rechtsordnung in Einklang stehen muss (vgl. Art. 56 Abs. 1 Satz 1 GO). Würde der Gemeinderat die Zulässigkeit eines Bürgerbegehrens nur nach den Voraussetzungen des Art. 18 a Abs. 1 bis 6 GO prüfen, müsste auch ein Bürgerbegehren zugelassen werden, dessen Ziele der Rechtsordnung widersprechen, und darüber ein Bürgerentscheid herbeigeführt werden. Wäre ein solchermaßen rechtswidriger Bürgerentscheid erfolgreich, müsste er von der Rechtsaufsichtsbehörde aufgehoben werden. In Art. 18 a Abs. 8 Satz 1 GO kommt aber der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass zunächst die Gemeinde selbst und nicht die Rechtsaufsichtsbehörde zur Überprüfung des Bürgerbegehrens berufen ist; rechtsaufsichtliche Maßnahmen haben nur eine Ersatzfunktion in Fällen, in denen die zuständigen Gemeindeorgane nicht selbst rechtmäßige Zustände herstellen. Eine nur eingeschränkte Prüfung durch die Gemeinde hätte aber zur Folge, dass die Rechtsaufsichtsbehörde nicht nur die Entscheidung der Gemeinde überprüfen, sondern an deren Stelle erstmals über die Rechtmäßigkeit der Ziele des Bürgerbegehrens entscheiden müsste.

Zudem müsste dann auch ein auf ein rechtswidriges Ziel gerichteter Bürgerentscheid bis zu seiner Aufhebung vollzogen werden, was Probleme aufwerfen könnte, da der Bürgerentscheid zwischen seinem erfolgreichen Zustandekommen und seiner nachträglichen „Beseitigung“ zunächst zu beachten wäre; Vollzugshandlungen könnten unter Umständen nur noch schwer oder überhaupt nicht mehr rückgängig gemacht werden.

Eine umfassende Zulässigkeitsprüfung stellt weiterhin sicher, dass der Bürgerentscheid nicht mit erheblichem politischen Engagement der Bürger und einem hohen Verwaltungs- und Kostenaufwand für die Gemeinde durchgeführt wird, obwohl von vornherein absehbar ist, dass er, sollte er erfolgreich sein, wegen Rechtswidrigkeit keinen Bestand haben kann. Es liegt damit auch im Interesse der Vertreter des Bürgerbegehrens selbst, dass bereits im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung durch den Gemeinderat die Rechtmäßigkeit der Ziele des Bürgerbegehrens mitgeprüft wird. Ein Verstoß gegen das Demokratiegebot kann in einer solchen reinen Rechtmäßigkeitskontrolle (die gerichtlich uneingeschränkt überprüfbar ist, vgl. BayVG, BayVBl. 1999, 729; Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 18 a RdNr. 18) nicht gesehen werden.

Die Prüfungskompetenz des Gemeinderates erstreckt sich somit auch auf die Übereinstimmung des Bürgerbegehrens mit der Verfassung und den Gesetzen (BayVG, VG n. F. 51, 11 = BayVBl. 1998, 209; BayVBl. 1998, 242/243; 1998, 402/403; Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 18 a RdNr. 18; Knemeyer, RdNr. 189, 191).

(2) Das Bürgerbegehren könnte deswegen rechtswidrig sein, weil die in ihm geforderte Verzinsung gegen den in Art. 61 Abs. 2 Satz 1 GO normierten Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung verstoßen könnte. Sparsamkeit i. S. des Art. 61 Abs. 2 Satz 1 GO bedeutet die Vermeidung unnötiger Ausgaben, d. h. solcher Ausgaben, die nicht durch die Erfüllung gemeindlicher Aufgaben gerechtfertigt sind (vgl. Widtmann/Grasser, Bayerische Gemeindeordnung, Stand: Mai 2005, Art. 61 RdNr. 5). Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die Haushaltsplanung in ihrer Gesamtheit, sondern ist auch Maßstab für Einzelmaßnahmen der Gemeinde. Allerdings hat die Gemeinde aufgrund ihres Selbstverwaltungsrechts einen weitgehenden Entscheidungsspielraum. Die Schwelle zur Rechtswidrigkeit ist erst überschritten, wenn das ge-

meindliche Handeln mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlechthin unvereinbar ist (BayVGh, BayVbl. 1992, 628/630; 1998, 402/403; OVG Münster, DÖV 1991, 611). Entsprechendes gilt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Bürgerbegehren, die Auswirkungen auf die Haushaltswirtschaft der Gemeinde haben. Denn die Rechtmäßigkeit eines Bürgerbegehrens kann schon wegen Art. 18 a Abs. 13 Satz 1 GO nicht unter strengeren Voraussetzungen beurteilt werden als die Rechtmäßigkeit gemeindlicher Beschlüsse (BayVGh, BayVbl. 1998, 402/403; VGh n. F. 51, 11/16 = BayVbl. 1998, 209/211; Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 18 a RdNr. 18; Knemeyer, RdNr. 189; Widtmann/Grasser, Art. 18 a RdNr. 33).

Eine unnötige Ausgabe, die mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens unvereinbar ist, liegt jedenfalls dann vor, wenn die Gemeinde Zahlungen an Dritte leistet, für die es an einer rechtlichen Grundlage fehlt (VG Würzburg, Beschluss vom 14. 1. 2004, a.a.O.). Es ist daher zu prüfen, ob für die in dem Bürgerbegehren geforderte Verzinsung von nach der endgültigen Beitragsfestsetzung zurückzuerstattenden Beträgen eine Rechtsgrundlage besteht.

(a) Eine Verzinsung kommt im Kommunalabgabenrecht gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 b aa KAG i. V. m. § 233 Satz 1, § 37 Abs. 1 und 2 AO nur in Betracht, wenn dies gesetzlich vorgeschrieben ist.

(b) Die allgemeine Verzinsungsvorschrift des § 233a AO ist vorliegend allerdings nicht anwendbar, da der bayerische Landesgesetzgeber auf diese Vorschrift in Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 b aa KAG gerade nicht Bezug genommen hat (vgl. BayVGh, BayVbl. 1998, 633; Beschluss vom 11. 5. 2000 Az. 23 ZB 00.411; VG Würzburg, Beschluss vom 14. 1. 2004, a.a.O.).

(c) In Art. 5 Abs. 5 Sätze 3 und 4 KAG ist eine Verzinsung ausdrücklich nur für den Fall bestimmt, dass die Vorauszahlung zurückgezahlt werden muss, weil sechs Jahre nach Erlass des Vorauszahlungsbescheids die Beitragspflicht noch nicht entstanden und die öffentliche Einrichtung noch nicht benutzbar ist. Diese Zeitspanne ist vorliegend noch längst nicht erreicht; nach dem Sachverhalt wird die Erneuerung der Abwasserkanalisation im Frühjahr 2007, also weniger als drei Jahre nach Anforderung der Vorauszahlungen, abgeschlossen sein.

Da ratio legis der Vorschrift ersichtlich nicht die Bewältigung der Folgen überhöhter Vorauszahlungen ist, sondern allein, die über die Vorauszahlungen vorzufinanzierenden Arbeiten an der gemeindlichen Anlage zu beschleunigen, damit nicht die Gemeinde ungerechtfertigt lange Zeit Mittel der Grundstückseigentümer nutzt, ohne ihnen alsbald einen entsprechenden möglichen Vorteil aus der Anlage zu schaffen (vgl. VG Würzburg, Urteil vom 26. 1. 2005 Az. W 2 K 04.1426), scheidet auch eine entsprechende Heranziehung hier von vornherein aus (vgl. BVerwG, NVwZ 1992 495/496; 1993, 1209; Quaa, Kommunales Abgabenrecht, 1997, RdNr. 523).

(d) Art. 49 a Abs. 3 BayVwVfG ist bereits nicht anwendbar, da das KAG und die AO gemäß Art. 1 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG als Spezialvorschriften vorgehen; zudem fehlt es auch an einer Aufhebung der fraglichen Vorauszahlungsbescheide. Im Übrigen betrifft Art. 49 a Abs. 3 BayVwVfG nicht den vorliegenden Fall (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl., § 49 a RdNr. 3).

(e) Eine Verzinsungspflicht folgt auch nicht aus dem Rechtsinstitut des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs, der auch die Herausgabe etwa gezogener Nutzungen, d. h. also Zinsen aus dem hingegebenen Kapital, umfassen würde (vgl. BVerwGE 71, 85/93). Voraussetzung hierfür wäre eine rechtsgrundlose Vermögensverschiebung. Hieran fehlt es aber bereits deshalb, weil die nicht angefochtenen und damit bestandskräftig gewordenen Vorauszahlungsbescheide einen Rechtsgrund für das – vorläufige – Behaltendürfen der Vorauszahlungen darstellen (VG Würzburg, Urteil vom 26. 1. 2005, a.a.O.; vgl. auch Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2002, § 29 RdNr. 24).

(f) Die begehrte Verzinsung ist schließlich auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines Schadensersatzanspruchs wegen Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG) gerechtfertigt.

In dem rechtswidrigen Erlass überhöhter Vorauszahlungsbescheide auf der Grundlage einer rechtswidrigen und daher nichtigen Beitragsatzung kann zwar grundsätzlich eine Amtspflichtverletzung der die Bescheide erlassenden Amtsträger gesehen werden, für die die Gemeinde

einstehen muss (vgl. BGHZ 113, 17; OLG Koblenz, OLG 2001, 505; allgemein zur Amtspflicht zu gesetzmäßigem Verwaltungshandeln Palandt/Sprau, BGB, 64. Aufl. 2005, § 839 RdNr. 32; Maurer, § 26 RdNr. 16 a. E.). Ein Verschulden (§ 276 BGB) ist vorliegend allerdings schon im Hinblick darauf zu verneinen, dass nach dem Sachverhalt die Kammer des Verwaltungsgerichts, also mangels anderweitiger Angaben ein Kollegialgericht (vgl. § 5 Abs. 3 Satz 1 VwGO), die ursprüngliche Beitragsatzung und damit auch die Vorauszahlungsbescheide als rechtmäßig bewertet hat; von einem durchschnittlichen Beamten können keine besseren Rechtskenntnisse erwartet werden als von einem Kollegialgericht (BGHZ 73, 161/164 f.; BGH, DVBl. 1981, 825; BVerwG, BayVbl. 1985, 503 = NVwZ 1985, 265; Palandt/Sprau, § 839 RdNr. 53; kritisch Maurer, § 26 RdNr. 25).

Fraglich ist, ob zudem der Ausschlussgrund des § 839 Abs. 3 BGB eingreift. Dies würde voraussetzen, dass den Grundstückseigentümern, die es unterlassen haben, gegen die an sie gerichteten Vorauszahlungsbescheide einen Rechtsbehelf einzulegen, insoweit ein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann, was davon abhängt, ob für sie hinreichender Anlass zu Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der Bescheide bestand (vgl. BGHZ 113, 17; OLG Koblenz, OLG 2001, 505; Maurer, § 27 RdNr. 99). Kann man einen entsprechenden Verschuldensvorwurf aber gegenüber den handelnden Amtsträgern im Hinblick auf die die Rechtmäßigkeit behandelnde Entscheidung des Verwaltungsgerichts nicht machen, muss dies – erst recht – auch hier gelten. § 839 Abs. 3 BGB greift daher nicht ein.

Eine Amtspflichtverletzung liegt schließlich nicht darin, dass die Gemeinde die ab Erlass der neuen Beitragsatzung für sie erkennbaren Überzahlungen nicht bereits zu diesem Zeitpunkt zurückerstattet hat (a. A. für den Fall erheblicher Überzahlungen OLG Karlsruhe, NVwZ-RR 1997, 490, was allerdings auf eine Aushebelung der Bestandskraft und der Regeln über das Wiederaufgreifen des Verfahrens hinausläuft und daher nicht überzeugen kann). Jedenfalls würde hier insoweit § 839 Abs. 3 BGB eingreifen, da es – bei Bejahung einer entsprechenden Rückzahlungspflicht der Gemeinde – den betreffenden Beitragsschuldern möglich und zumutbar gewesen wäre, diese notfalls klageweise durchzusetzen (a. A. mit entsprechender Begründung vertretbar; ein Zinsschaden wäre dann freilich erst ab Mitte 2006 gegeben, das Bürgerbegehren stellt aber allein auf eine Verzinsung ab Vereinnahmung in 2004 ab; von den Bearbeitern dürfte ein Eingehen auf diesen Ansatz für eine Amtshaftung wohl nicht zu erwarten sein [zum Problem der nur teilweisen Unzulässigkeit eines Bürgerbegehrens vgl. Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 18 a RdNr. 18]).

(g) Eine Verzinsung ist schließlich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 Abs. 1 BV) geboten. Nach diesem Grundsatz sind im Wesentlichen gleich gelagerte Sachverhalte gleich zu behandeln. Hieran fehlt es aber: Die betroffenen Grundstückseigentümer haben die an sie gerichteten Bescheide im Gegensatz zu den Eigentümern, denen die Vorauszahlungen zurückerstattet worden sind, gerade nicht angegriffen. Der bayerische Gesetzgeber räumt gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 b bb KAG i. V. m. § 236 AO bewusst nur demjenigen einen Anspruch auf Verzinsung einer zu Unrecht gezahlten Leistung ein, der gegen die Festsetzung erfolgreich Widerspruch oder Klage erhoben hat und somit ein Kostenrisiko eingegangen ist. Dies entspricht auch Sinn und Zweck des Rechtsinstituts der Bestandskraft: Jeder Empfänger eines ihn belastenden Bescheids, der diesen bestandskräftig werden lässt in der Annahme, alles habe seine Richtigkeit, geht das Risiko ein, dass der somit gerichtlich ungeprüfte Bescheid Fehler enthält. Die der Herstellung der Rechtsfriedens dienende Bestandskraft will gerade verhindern, dass die aus der Fehlerhaftigkeit fließenden negativen Konsequenzen, die zunächst unerkannt geblieben sind, später rückgängig gemacht werden (VG Würzburg, Beschluss vom 14. 1. 2004 sowie Urteil vom 26. 1. 2005, jeweils a.a.O.).

Die mit dem Bürgerbegehren verfolgte Verzinsung verstößt damit gegen Art. 61 Abs. 2 Satz 1 GO. Da das Bürgerbegehren somit unzulässig ist, hätte das Landratsamt die Zurückweisung des Bürgerbegehrens nicht beanstanden dürfen. Der aufsichtliche Bescheid ist daher rechtswidrig und verletzt die Gemeinde Wolfenbergr in ihrem kommunalen Selbstverwaltungsrecht. Die Anfechtungsklage würde damit Erfolg haben.

B. Erfolgsaussichten eines gerichtlichen Vorgehens des Gemeinderates gegen den ersten Bürgermeister

Rechtsschutzziel ist hier die durch das Gericht im Wege vorläufigen Rechtsschutzes ausgesprochene Verpflichtung des ersten Bürgermeisters, in Vollziehung des entsprechenden Gemeinderatsbeschlusses für die Gemeinde Klage gegen den aufsichtlichen Bescheid des Landratsamts gemäß Teil A zu erheben. (Die Gemeinde ist als juristische Person selbst prozessunfähig und muss im Verwaltungsprozess gemäß § 62 Abs. 3 VwGO i. V. m. Art. 38 Abs. 1 GO durch den ersten Bürgermeister vertreten werden; dies ist nicht nur Sachentscheidungs-, sondern auch Prozesshandlungsvoraussetzung, so dass bereits die Wirksamkeit der Klageerhebung als Prozesshandlung von der Einhaltung dieser Voraussetzung abhängt [vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner/Bier, VwGO § 62 RdNr. 2]; ohne Mitwirkung des ersten Bürgermeisters könnte die Klage der Gemeinde damit nicht in zulässiger Weise erhoben werden.) In Betracht kommt insoweit ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO, der Aussicht auf Erfolg hat, wenn er zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit des Antrags

1. Aus § 123 Abs. 2 Satz 1 VwGO ergibt sich, dass für das Hauptsacheverfahren der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein muss. Dies ist vorliegend zu bejahen. Es handelt sich hier um einen sog. „Kommunalverfassungsstreit“, d. h. eine Streitigkeit zwischen Organen derselben Gemeinde über die ihnen nach der GO zustehenden Rechte, der unstreitig als öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art i. S. des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu qualifizieren ist (vgl. Kopp/Schenke, § 40 RdNr. 34; Widtmann/Grasser, Art. 29 RdNr. 29).

2. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist gemäß § 123 Abs. 5 VwGO nur statthaft, wenn kein vorläufiger Rechtsschutz nach §§ 80, 80 a VwGO in Betracht kommt. Diese Voraussetzung ist unproblematisch erfüllt, da es hier nicht um einstweiligen Rechtsschutz gegen die Vollziehung eines Verwaltungsakts geht.

Zudem muss der Antrag auf ein im Rahmen des § 123 Abs. 1 VwGO liegendes Rechtsschutzziel gerichtet sein, d. h. das Begehren des Antragstellers muss entweder auf die Sicherung eines ihm zustehenden Rechts vor einer drohenden Zustandsänderung (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO) oder auf die Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis (§ 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO) gerichtet sein (Brühl, Verwaltungsrecht für die Fallbearbeitung, 6. Aufl. 2003, S. 269 f.; Erichsen, Jura 1984, 644/646; Huba, JuS 1990, 983/984; Kopp/Schenke, § 123 RdNr. 18; wer mit Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl. 1998, RdNr. 91, dieses Zulässigkeitskriterium ablehnt, muss die folgende Abgrenzung Sicherungsanordnung – Regelungsanordnung in der Begründetheit vornehmen):

Während die Sicherungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO auf eine vorläufige Aufrechterhaltung des status quo, d. h. in erster Linie die Abwehr belastender Eingriffe, gerichtet ist und insbesondere nicht vor den nachteiligen Auswirkungen des bloßen Zeitablaufs schützt, zielt die Regelungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO auf eine Änderung des bestehenden Zustandes und ist daher dazu bestimmt, die Durchsetzung von Verpflichtungs- und Leistungsbegehren zu ermöglichen (Finkelnburg/Jank, RdNr. 141, 185; Kopp/Schenke, § 123 RdNr. 6 ff.). Das Begehren des Gemeinderates richtet sich hier auf die Verpflichtung des ersten Bürgermeisters zu einem Tätigwerden, nämlich zur Abgabe einer Prozessklärung, die im Hauptsacheverfahren mit der allgemeinen Leistungsklage zu verfolgen wäre. Dieses Ziel kann im Rahmen einer Regelungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO verfolgt werden. Der Antrag ist damit statthaft.

3. Erforderlich ist nach h.M. eine der Klagebefugnis im Hauptsacheverfahren entsprechende Antragsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO (Finkelnburg/Jank, RdNr. 102 f.; Pietzner/Ronellenfisch, Das Assessor-examen im Öffentlichen Recht, 10. Aufl. 2000, § 59 RdNr. 10; Schoch, Jura 2002, 318/322 m. w. N.; Brühl, S. 270; ähnlich Kopp/Schenke, § 123

RdNr. 18; ablehnend Erichsen, Jura 1984, 644/648 f.). Der Gemeinderat muss somit geltend machen können, durch die Ablehnung der Klageerhebung möglicherweise in eigenen Rechten verletzt zu sein, d. h. einen Anspruch auf das begehrte Tätigwerden des ersten Bürgermeisters zu haben (Finkelnburg/Jank, RdNr. 104 f.; Happ/Allesch/Geiger/Metschke, Die Station in der öffentlichen Verwaltung, 5. Aufl. 2003, S. 194). Dabei kommt es im Rahmen des Kommunalverfassungsstreits nicht auf die Verletzung von subjektiv-öffentlichen Rechten im traditionellen Sinne („Außenrechten“) an, sondern auf die Verletzung von sog. organschaftlichen Rechten (BayVGH, BayVBl. 1995, 661/662; Kopp/Schenke, § 42 RdNr. 80 m. w. N.).

Eine derartige Rechtsposition des Gemeinderates ergibt sich vorliegend aus Art. 36 Satz 1 GO. Der erste Bürgermeister ist nach dieser Vorschrift grundsätzlich verpflichtet, die Beschlüsse des Gemeinderates zu vollziehen (Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 36 RdNr. 1, 3; Hölzl/Hien, GO, Stand: Juni 2004, Art. 36 Anm. 2). Dieser gesetzlichen Verpflichtung korrespondiert nach ganz h. M. grundsätzlich ein entsprechendes organschaftliches Recht des Gemeinderates gegenüber dem ersten Bürgermeister, das verwaltungsgerichtlich durchgesetzt werden kann (Hölzl/Hien, Art. 36 Anm. 2, Art. 59 Anm. 6; Widtmann/Grasser, Art. 59 RdNr. 10; Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 59 RdNr. 10). Eine Verletzung dieses Rechts durch die Weigerung des ersten Bürgermeisters, Klage zu erheben, erscheint denkbar und möglich, so dass die Antragsbefugnis des Gemeinderates zu bejahen ist.

4. Der Antragsteller muss weiterhin das Vorliegen eines Anordnungsgrundes geltend machen, d. h. die besondere Dringlichkeit bzw. Eilbedürftigkeit, weswegen nicht bis zur Entscheidung in der Hauptsache zugewartet werden kann (Happ/Allesch/Geiger/Metschke, S. 194; Kopp/Schenke, § 123 RdNr. 20). Diese Eilbedürftigkeit kann hier im Hinblick auf die in Kürze ablaufende Frist für die Klageerhebung der Gemeinde unschwer dargelegt werden (ob der Anordnungsgrund tatsächlich vorliegt bzw. glaubhaft gemacht ist, ist eine Frage der Begründetheit).

5. Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis für den Erlass einer einstweiligen Anordnung fehlt, wenn der Antragsteller auch ohne sie, insbesondere durch eigenes Handeln, die drohenden Nachteile abwehren könnte (Erichsen, Jura 1984, 644/649; Pietzner/Ronellenfisch, § 59 RdNr. 10). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Solange kein Vertretungsfall i. S. des Art. 39 Abs. 1 GO vorliegt, kann die Klage gemäß Teil A nicht durch den Vertreter des ersten Bürgermeisters an diesem vorbei erhoben werden. Das Vertretungsrecht nach Art. 38 Abs. 1 GO kann, da es auf Gesetz beruht, dem ersten Bürgermeister schließlich weder allgemein noch im Einzelfall – etwa durch Beschluss des Gemeinderates – entzogen werden (Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 38 RdNr. 2; Widtmann/Grasser, Art. 38 RdNr. 1).

6. Die Beteiligungsfähigkeit des Gemeinderates ergibt sich aus § 61 Nr. 2 VwGO (strittig, ob direkte oder analoge Anwendung, vgl. Martensen, JuS 1995, 991; Kopp/Schenke, § 61 RdNr. 11; Hölzl/Hien, Art. 29 Anm. 5 c). Gemäß § 62 Abs. 3 VwGO müsste der Gemeinderat durch seinen Vorsitzenden, vorliegend also durch den Vertreter des insoweit rechtlich verhinderten ersten Bürgermeisters (Art. 36 Satz 1, Art. 39 Abs. 1 GO) vertreten werden (Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 29 RdNr. 14; Hölzl/Hien, Art. 29 Anm. 5 c).

Der Antrag wäre damit zulässig.

II. Begründetheit des Antrags

1. Die Passivlegitimation ist im Rahmen des § 123 VwGO entsprechend § 78 VwGO zu ermitteln (Kopp/Schenke, § 123 RdNr. 30; Schoch, Jura 2002, 318/322). Im Rahmen eines Kommunalverfassungsstreits ist der Antrag nach der in Bayern h. M. analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen die Gemeinde zu richten, der das Verhalten des ersten Bürgermeisters insoweit zuzurechnen ist (BayVGH, BayVBl. 1990, 111; 1995, 661/662; Lissak, Bayerisches Kommunalrecht, 1997, § 4 RdNr. 170; a. A. – Klage gegen den ersten Bürgermeister als Organ – mit entsprechender Begründung ebenso vertretbar, so z. B. Hölzl/Hien, Art. 29 Anm. 5 c; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner/Meissner, § 78 RdNr. 50).

2. Der Antrag ist begründet, wenn aufgrund einer summarischen Prüfung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrundes besteht (Kopp/Schenke, § 123 RdNr. 23; Pietzner/Ronellenfitch, § 59 RdNr. 12; Happ/Allesch/Geiger/Metschke, S. 195).

a) Im Fall der Regelungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist ein Anordnungsanspruch dann zu bejahen, wenn zwischen den Parteien ein streitiges Rechtsverhältnis besteht, aus dem sich ein Rechtsanspruch des Antragstellers ergibt, dessen Verwirklichung Gefahr droht (Finkelnburg/Jank, RdNr. 142 ff.; Kopp/Schenke, § 123 RdNr. 25; Schoch, Jura 2002, 318/324).

Vorliegend besteht zwischen dem Gemeinderat und dem ersten Bürgermeister Streit um dessen nach Art. 36 Satz 1 GO grundsätzlich bestehende Verpflichtung zur Vollziehung des Gemeinderatsbeschlusses bezüglich der Erhebung der Klage gemäß Teil A. Eine solche Verpflichtung und damit ein entsprechender Anspruch des Gemeinderates (s. o. I. 3.) würde lediglich dann nicht bestehen, wenn der erste Bürgermeister den Gemeinderatsbeschluss für rechtswidrig hielte und daher das Verfahren nach Art. 59 Abs. 2 GO einleiten würde. Dies ist vorliegend aber nicht der Fall. Abgesehen davon, dass der erste Bürgermeister auch im Fall der angenommenen Rechtswidrigkeit eines Beschlusses nicht einfach dessen Vollziehung unterlassen und somit dessen Gültigkeit „in der Schwebe halten“ darf, ohne unverzüglich nach Art. 59 Abs. 2 GO die Rechtsaufsichtsbehörde einzuschalten (vgl. Widmann/Grasser, Art. 59 RdNr. 8), hat er hier gerade keine rechtlichen Bedenken, sondern hält eine Klage lediglich für unzumutbar bzw. für die Gemeinde schädlich. In diesem Fall ist es ihm aber nicht gestattet, die Vollziehung eines Gemeinderatsbeschlusses auszusetzen (allgemeine Meinung; vgl. Widmann/Grasser, Art. 36 RdNr. 6, Art. 59 RdNr. 7; Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 36 RdNr. 3, Art. 59 RdNr. 7; Hölzl/Hien, Art. 36 Anm. 2, Art. 59 Anm. 3). Denn damit würde er sich über die vom Gemeinderat als Vertretung der Gemeindebürger (Art. 30 Abs. 1 Satz 1 GO) nach dem Mehrheitsprinzip des Art. 51 Abs. 1 GO getroffene politische bzw. Zweckmäßigkeitentscheidung hinwegsetzen. Ihm ist durch Art. 59 Abs. 2 GO aber lediglich eine im Hinblick auf das in Art. 56 Abs. 1 GO verankerte Gesetzmäßigkeitsprinzip gebotene Rechtmäßigkeitskontrolle gestattet.

Ein Anordnungsanspruch des Gemeinderates ist somit zu bejahen.

b) Die für die Bejahung eines Anordnungsgrundes erforderliche besondere Dringlichkeit (s. o. I. 4.) ist im Hinblick darauf, dass bei einem Abwarten der Hauptsacheentscheidung zwischenzeitlich die Frist zur Erhebung der Klage gemäß Teil A ablaufen würde, gegeben. Denn da die Klage der Gemeinde gegen den Freistaat Bayern dann unzulässig wäre, würde der im hiesigen Hauptsacheprozess durchzusetzende Anspruch des Gemeinderates auf zulässige Erhebung einer solchen durch Zeitablauf vereitelt werden.

c) Die einstweilige Anordnung dient nur zur Sicherung von Rechten des Antragstellers, nicht zu ihrer Befriedigung. Sie darf daher nach ganz h.M. die endgültige Entscheidung in der Hauptsache nicht vorwegnehmen und auf diese Weise vollendete Tatsachen schaffen (Kopp/Schenke, § 123 RdNr. 13; Pietzner/Ronellenfitch, § 59 RdNr. 14; Finkelnburg/

Jank, RdNr. 203, 211; kritisch Schoch, Jura 2002, 318/326 f.). Dies wäre hier bei einer Verpflichtung des ersten Bürgermeisters zur Erhebung der Klage durch das Verwaltungsgericht aber der Fall, da sich diese Verpflichtung mit dem im Hauptsacheprozess zu erreichenden Rechtsschutzziel deckt.

Eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache besteht aber im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG dann, wenn eine solche zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes schlechterdings notwendig ist, insbesondere wenn die Entscheidung in der Hauptsache zu spät kommen würde und die für den Antragsteller drohenden Nachteile nicht mehr beseitigen könnte (Kopp/Schenke, § 123 RdNr. 14 m. w. N.; Pietzner/Ronellenfitch, § 59 RdNr. 14 f.; Finkelnburg/Jank, RdNr. 212/217). In diesem Fall kann und muss die einstweilige Anordnung ausnahmsweise auch zu einer (vorläufigen und unter dem Vorbehalt der Hauptsacheentscheidung stehenden) Befriedigung des Anspruchs des Antragstellers führen. Zusätzliche Voraussetzung ist in diesem Fall allerdings, dass ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg in der Hauptsache spricht (Happ/Allesch/Geiger/Metschke, S. 193; Finkelnburg/Jank, RdNr. 217 ff.).

Vorliegend kann eine endgültige Vereitelung des Rechts des Gemeinderates durch den drohenden Ablauf der Frist für die Klage gemäß Teil A nur durch den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung verhindert werden; insbesondere dürfte die Möglichkeit, zunächst fristgerecht eine mangels ordnungsgemäßer Vertretung unzulässige Klage gegen den Freistaat Bayern gemäß Teil A zu erheben und dann im hiesigen Hauptsacheverfahren eine Verurteilung des ersten Bürgermeisters zu einer diesen Mangel heilenden nachträglichen Genehmigung der Prozessführung (vgl. Kopp/Schenke, § 62 RdNr. 17) anzustreben, keine zumutbare Alternative darstellen, auf die der Gemeinderat verwiesen werden kann. Dass der Gemeinderat auch nicht darauf verwiesen werden kann, den Bescheid vom 24. 11. 2006 bestandskräftig werden zu lassen und erst gegen die angedrohte Ersatzvornahme des Landratsamts vorzugehen, ergibt sich schon daraus, dass er dann gegen diese nicht mehr die Rechtswidrigkeit der Beanstandung geltend machen könnte (vgl. Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 113 RdNr. 14). Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass der Gemeinderat, falls er gezwungen würde, das Bürgerbegehren zuzulassen, und dieses Erfolg hätte, ein entsprechendes Votum der Gemeindebürger auch nicht durch anderweitige Beschlussfassung ohne Weiteres wieder beseitigen könnte (vgl. Art. 18 a Abs. 13 Satz 2 GO).

Da auch die Hauptsacheklage nach den vorstehenden Ausführungen unzweifelhaft Erfolg haben wird, wäre eine Vorwegnahme der Hauptsache durch Ausspruch der gewünschten Verpflichtung des ersten Bürgermeisters hier damit ausnahmsweise zulässig.

3. Liegen die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung vor, so muss das Verwaltungsgericht sie erlassen; ihm steht insoweit nach zutreffender h. M. kein zusätzliches Ermessen bzgl. des „ob“ der Anordnung zu (Finkelnburg/Jank, RdNr. 172; Kopp/Schenke, § 123 RdNr. 23; Schoch, Jura 2002, 318/323; a. A. vertretbar, vgl. Brühl, S. 271).

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wäre damit auch begründet und hätte daher Aussicht auf Erfolg.

Aufgabe 5 der Ersten Juristischen Staatsprüfung 2008/2*

(Arbeitszeit: 5 Stunden)

Anton Almer, Bertram Bauer und Christian Claudius betreiben in der kreisangehörigen Stadt Friedberg (25000 Einwohner; Landkreis Aichach-Friedberg; Regierungsbezirk Schwaben) im Innerortsbereich jeweils eine kleine Schweinemast. Die drei befreundeten Landwirte beschließen aufgrund der beschränkten Erweiterungsmöglichkeiten im Stadtkern von Friedberg, gemeinsame Sache zu machen und ihre Landwirtschaften „auszustedeln“. So wollen sie auf den Flurstücken Nr. 301 (Eigentum von Almer), Nr. 302 (Eigentum von Bauer) und Nr. 303 (Eigentum von Claudius) einen gemeinsamen Schweinemastbetrieb für 400 Tiere mit den zum Betrieb notwendigen Gebäuden neu errichten. Der geplante Schweinemastbetrieb soll dabei auf überwiegend eigener Futtergrundlage erfolgen.

Der in Aussicht genommene Standort befindet sich in der so genannten „Friedberger Au“ 600 Meter außerhalb der nächsten zusammenhängenden Bebauung liegend. Die Grundstücke von Almer, Bauer und Claudius sind bislang unbebaut.

Im Flächennutzungsplan der Stadt Friedberg aus dem Jahr 2004 sind sämtliche in Aussicht genommenen Grundstücke als „Allgemeine Grünflächen“ dargestellt. Ein Bebauungsplan existiert für diesen Bereich nicht.

Um den Aufwand für die entsprechende Baugenehmigung möglichst gering zu halten, kommen die drei Landwirte überein, dass lediglich Almer als Antragsteller für das gemeinsame Bauprojekt auftreten soll. Almer reicht deshalb am 10. 4. 2008 bei der Stadt Friedberg einen ordnungsgemäßen Bauantrag (für die Flurstücke Nrn. 301 – 303) ein.

Nachdem sich das Projekt der drei Landwirte innerhalb kürzester Zeit herumgesprochen hat, mehrt sich hiergegen massiver Widerstand. Die dem geplanten Schweinemastbetrieb am nächsten gelegenen Anwohner befürchten massive Geruchsbelästigungen.

Da die Stadt Friedberg aber zunächst unerschüssig ist, wie sie sich zu dem Bauantrag verhalten soll, und insbesondere rechtliche Bedenken dahingehend äußert, ob Almer denn überhaupt für die Grundstücke von Bauer und Claudius einen Bauantrag stellen könne, schließen sich am 24. 4. 2008 zwei Anwohner zusammen, mit dem Ziel, das Projekt mittels eines Bürgerentscheides zu verhindern. In Vorbereitung des Bürgerbegehrens stellen sie fest, dass die Stadt Friedberg 20 000 Wahlberechtigte zählt. Die Fragestellung wird wie folgt gewählt: „Sind Sie dafür, dass die Stadt Friedberg ihr Einvernehmen zum Bauantrag von Anton Almer – künftiger Schweinemastbetrieb in der Friedberger Au – verweigert und gleichzeitig einen Bebauungsplan für das betreffende Gebiet mit dem Inhalt, landwirtschaftliche Tierhaltungen vollständig auszuschließen, aufstellt – Ja oder Nein“. Als Vertreter des Bürgerbegehrens werden auf den Unterschriftenlisten zwei Personen aus der Nachbargemeinde Dasing benannt.

Für dieses Bürgerbegehren werden mit korrekten Unterschriftenlisten 7 000 berechtigte Unterschriften gesammelt. Anschließend wird das Bürgerbegehren am 6. 5. 2008 schriftlich bei der Stadt Friedberg einschließlich ausreichender Begründung eingereicht.

Nach entsprechender Beschlussfassung im Stadtrat lehnt die Stadt Friedberg den Antrag auf Durchführung eines entsprechenden Bürgerentscheides mit Bescheid vom 21. 5. 2008 ab. Begründet wird dies damit, dass die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens bereits ein untauglicher Gegenstand für ein Bürgerbegehren sei. Wie jedermann wisse, sei die Erteilung der Baugenehmigung eine Angelegenheit des Staates, so dass bereits Art. 18 a Abs. 1 GO der Zulässigkeit des Antrages entgegenstehe. Im Übrigen umgehe das Bürgerbegehren das gesetzlich vorgeschriebene Bauleitplanverfahren.

In Ermangelung finanzieller Mittel zur Weiterverfolgung des Ziels Bürgerentscheid wird der ablehnende Bescheid der Stadt Friedberg bestandskräftig.

Da mittlerweile aber auch die Stadt Friedberg skeptisch ist, ob der Schweinemastbetrieb mit dem Bild der touristisch aufstrebenden Stadt vor den Toren Augsburgs vereinbar ist, schlägt der erste Bürgermeister vor, man könne doch das Vorhaben einfach dadurch verhindern, dass man einen Aufstellungsbeschluss zu einem Bebauungsplan erlasse und diesen mittels einer Veränderungssperre sichere. Als Planungsziel könne man eine Hochwasserschutzanlage für das Gebiet der „Friedberger Au“ ins Auge fassen.

In der Sitzung vom 3. 6. 2008 beschließt deshalb der Stadtrat, einen Bebauungsplan mit dem Inhalt „Hochwasserspeicher Friedberger Au“ aufzustellen und diesen mit einer Veränderungssperre (Inhalt der Veränderungssperre soll sein, dass Bauvorhaben nach § 29 BauGB im künftigen Plangebiet unzulässig sind) zu sichern. Der Bebauungsplan soll auch die Grundstücke von Almer, Bauer und Claudius umfassen. Den zutreffenden Einwand des Stadtratsmitglieds Konrad Klug, dass die Friedberger Au noch niemals überschwemmt gewesen sei, weil der Friedberg querende Fluss Paar hier in rund 3 km Entfernung verlaufe, will niemand hören.

Nach vorheriger Ausfertigung wird der Beschluss über die Veränderungssperre am 4. 6. 2008 ortsüblich bekannt gemacht. Die ortsübliche Bekanntmachung des Aufstellungsbeschlusses „Bebauungsplan Friedberger Au – Hochwasserspeicher“ erfolgt am 6. 6. 2008.

Mit Bescheid vom 9. 6. 2008 lehnt die Stadt Friedberg das Baugesuch von Almer ab. Zwar sei das landwirtschaftliche Bauvorhaben hinsichtlich seiner Größe, Gestaltung und Ausstattung am geplanten Standort durchaus angemessen, so dass möglicherweise von einer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB auszugehen sei. Aber die Darstellung der Grundstücke im Flächennutzungsplan als „Allgemeine Grünfläche“ stehe dem Vorhaben nun einmal entgegen. Jedenfalls sei das Vorhaben wegen der Veränderungssperre unzulässig.

Gegen den ordnungsgemäß zugestellten Bescheid vom 9. 6. 2008 erhebt Almer fristgerecht Klage zum Verwaltungsgericht Augsburg mit dem Ziel, doch noch den geplanten Schweinemastbetrieb errichten zu können. Almer meint, die Veränderungssperre sei nichtig und die allgemein gehaltene Darstellung im Flächennutzungsplan treffe noch keine Aussage zur Bebauung für den vorgesehenen Standort.

Vermerk für die Bearbeiter:

In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, sind in der vorgegebenen Reihenfolge folgende Fragen zu beantworten:

1. Hat die von Anton Almer eingereichte Klage Aussicht auf Erfolg? Dabei ist zu unterstellen, dass von dem geplanten Schweinemastbetrieb keine unzumutbaren Geruchsbelästigungen ausgehen und die Erschließung der Grundstücke gesichert ist.

2. Angenommen, der das Bürgerbegehren zurückweisende Bescheid der Stadt Friedberg vom 21. 5. 2008 wäre mit einer Versagungsgegenklage zulässig, insbesondere fristgerecht, angegriffen worden: Wäre eine derartige Klage begründet? Auf die Zulässigkeit der Klage ist nicht einzugehen.

Hinweise:

1. Auf die Bestimmung des § 5 Abs. 1 der ZustVBau (Ziegler/Tremel Nr. 63) wird hingewiesen.

2. Der Lösung ist die nunmehr aktuelle Fassung der Bayerischen Bauordnung (BayBO) zugrunde zu legen.

3. Immissionschutzrechtliche Bestimmungen bleiben bei der Bearbeitung außer Betracht.

* Die Aufgabe wurde aktualisiert (s. auch den Hinweis Nr. 2 im Bearbeitervermerk).

Lösungsskizze zur Aufgabe 5 der Ersten Juristischen Staatsprüfung 2008/2

Die nachfolgenden *unverbindlichen* Hinweise zur Lösung behandeln die nach Auffassung des Erstellers maßgeblichen Probleme der Aufgabe. Sie stellen keine „Musterlösung“ dar und schließen andere vertretbare, folgerichtig begründete Ansichten selbstverständlich nicht aus. Der Inhalt und der Umfang der Lösungshinweise, die Ausführlichkeit und die Detailgenauigkeit der Darlegungen sowie die wiedergegebene Rechtsprechung und Literatur enthalten insbesondere keinen vom Prüfungsausschuss vorgegebenen Maßstab für die Leistungsanforderung und -bewertung.

1. Teil: Erfolgsaussichten der Klage von A gegen den ablehnenden Bescheid der Stadt Friedberg vom 9. 6. 2008

Die beim VG Augsburg eingereichte Klage von A hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Entscheidungskompetenz des Gerichts

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (§ 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg ist hier eröffnet, da sich die streitentscheidenden Normen aus dem öffentlichen Baurecht (BayBO, BauGB) ergeben (Sonderrechtstheorie; modifizierte Subjektstheorie), keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vorliegt und eine abdrängende Sonderzuweisung bei der Klage auf Erteilung einer Baugenehmigung nicht erkennbar ist.

II. Zuständiges Gericht (§§ 45, 52 VwGO)

Da der Fall im Regierungsbezirk Schwaben angesiedelt ist, ist das VG Augsburg sachlich wie örtlich zur Entscheidung berufen (§§ 45, 52 Nr. 1 VwGO, Art. 1 Abs. 2 Nr. 6 AGVwGO).

B. Zulässigkeit der Klage

I. Statthafte Klageart

Da sowohl der ablehnende Bescheid der Stadt Friedberg vom 9. 6. 2008 wie auch die begehrte Baugenehmigung (Art. 68 Abs. 1 Satz 1 BayBO) sämtliche Merkmale eines Verwaltungsaktes (Art. 35 Satz 1 BayVwVfG) aufweisen und dem Begehren des Klägers mit einer bloßen Kassation des ablehnenden Bescheides nicht genügt ist, ist vorstehend die Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO) der statthafte Rechtsbehelf.

II. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

Bei Vorliegen einer Verpflichtungsklage lässt sich die Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) nicht mit Hilfe der Adressatentheorie (Art. 2 Abs. 1 GG) begründen. Bei der Verpflichtungsklage ist stets auf eine mögliche anspruchsbegründende Norm abzustellen, auf die sich der Kläger berufen kann. Im Falle des Erstreitens einer abgelehnten Baugenehmigung ist dies Art. 68 Abs. 1 Satz 1 BayBO. Aus der grundsätzlichen Baufreiheit des Art. 14 Abs. 1 GG¹ resultiert ein möglicher Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung, die dann das gesetzliche Verbot mit Erlaubnisvorbehalt beseitigt. Ob dem Kläger tatsächlich ein Anspruch auf die abgelehnte Baugenehmigung zusteht, ist hingegen eine Frage der Begründetheit der Klage.

Hinweis: Gut vertretbar erscheint es, bereits an dieser Stelle oder unter dem Prüfungspunkt „Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis“ die Antragstellung durch A auch für die Grundstücke von B und C zu thematisieren (vgl. dazu unten D II 2 a).

III. Vorverfahren (§ 68 VwGO)

Nach § 68 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VwGO ist in Fällen der Verpflichtungsklage bei abgelehntem Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsaktes grundsätzlich ein Vorverfahren durchzuführen. Da vorliegend der ablehnende Bescheid der Stadt Friedberg nach dem 1. 7. 2007 erlassen wurde, gilt gemäß § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO die abweichende landesrechtliche Bestimmung des Art. 15 Abs. 2 AGVwGO. Danach entfällt – sofern Art. 15 Abs. 1 AGVwGO nichts Abweichendes regelt – bei Verwaltungsakten, die von Behörden des Freistaates Bayern, den Gemeinden und Gemeindeverbänden erlassen werden, das Vorverfahren. Art. 15 Abs. 1 AGVwGO sieht in Fällen des bauaufsichtlichen Verfahrens kein fakultatives Widerspruchsverfahren vor, so dass gegen den gemeindlichen Bescheid der Stadt Friedberg vom 9. 6. 2008 ein Vorverfahren unstatthaft ist.

IV. Klagefrist (§ 74 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 VwGO)

Die Klage wurde fristgerecht erhoben.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit (§§ 61, 62 VwGO)

1. A als Kläger ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 (natürliche Person), § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, §§ 2, 104 BGB beteiligten- und prozessfähig.

2. Die Stadt Friedberg ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig, da sie eine juristische Person des öffentlichen Rechts (Art. 1 Satz 1 GO) ist. Sie ist als solche prozessunfähig und wird gemäß § 62 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit Art. 38 Abs. 1 GO im Prozess durch den ersten Bürgermeister vertreten.

VI. Zwischenergebnis

Die Klage von A ist als Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage zulässig.

C. Beiladung

Da durch die Entscheidung auch die rechtlichen Interessen von B und C berührt werden, können diese gemäß § 65 Abs. 1 VwGO beigeladen werden. Ein Fall der notwendigen Beiladung gemäß § 65 Abs. 2 VwGO liegt aber nicht vor, weil sie keinen eigenen Bauantrag gestellt haben.

D. Begründetheit der Klage

Die Klage von A ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet (Passivlegitimation), die Ablehnung der Baugenehmigung im Bescheid der Stadt Friedberg vom 9. 6. 2008 rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO). Dies bedeutet mit anderen Worten, dass die Klage dann begründet ist, wenn der Kläger einen *Anspruch* auf die begehrte Baugenehmigung besitzt.

Hinweis: Fehlerhaft ist es an dieser Stelle, die ablehnende Entscheidung der Stadt Friedberg rechtlich zu überprüfen, da auch wenn deren Rechtswidrigkeit belegt ist, noch keine Aussage darüber getroffen werden kann, ob A tatsächlich ein Anspruch auf Baugenehmigung zur Seite steht.

¹ Vgl. *Jäde/Dirnberger/Weiß*, BauGB, BauNVO, 6. Aufl. 2010, § 30 RdNr. 86.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Erfolgsaussicht der Verpflichtungsklage ist dabei der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung².

I. Passivlegitimation (§ 78 VwGO)

Die Klage ist gegen die kreisangehörige Stadt Friedberg zu richten. Diese ist nach Art. 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BayBO, § 5 Abs. 1 ZustVBau (Fall der großen Delegation) Bauaufsichtsbehörde in unbeschränktem Umfang und damit für Erteilung und Ablehnung von örtlichen Bauanträgen zuständig. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass die Stadt Friedberg nach Art. 54 Abs. 1 Halbsatz 2 BayBO im übertragenen Wirkungskreis handelt. Für die Frage der Passivlegitimation sind die gemeindlichen Wirkungskreise irrelevant.

II. Anspruch auf Baugenehmigung

Dem Kläger steht dann ein Anspruch auf Baugenehmigung zur Seite, wenn das geplante Vorhaben genehmigungspflichtig und genehmigungsfähig ist.

1. Genehmigungspflicht

Die Genehmigungspflicht beurteilt sich nach der BayBO. Diese ist auf die geplante Stallanlage nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1, Art. 2 Abs. 1 Satz 1 BayBO anwendbar.

Es liegt eine bauliche Anlage nach Art. 2 Abs. 1 Satz 1 BayBO vor. Die geplante Stallanlage ist eine mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten (Art. 2 Abs. 10 BayBO), also künstlich hergestellte Anlage. Sie erfüllt zusätzlich den Begriff des Gebäudes in Art. 2 Abs. 2 BayBO.

Mit der Errichtung (erstmaligen Herstellung) liegt ein baurechtlich relevanter Vorgang im Sinn von Art. 55 Abs. 1 BayBO vor.

Eine *Verfahrensfreiheit* nach Art. 57 Abs. 1 BayBO ist nicht ersichtlich, zumal es sich bei dem geplanten Stallgebäude nicht um ein Gebäude im Sinn von Art. 57 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c BayBO handelt. Der geplante Stall dürfte die dort genannten Flächengrößen bei Weitem überschreiten und über eine Feuerungsanlage verfügen. Jedenfalls dient der Stall der *dauerhaften* Unterbringung von Tieren. Ebenfalls liegt kein bloßer Lager-, Abstell- und Ausstellungsplatz für die Landwirtschaft nach Art. 57 Abs. 1 Nr. 16 Buchst. a BayBO vor.

Eine *Genehmigungsfreistellung* nach Art. 58 Abs. 1, 2 BayBO scheidet bereits am fehlenden Bebauungsplan nach § 30 Abs. 1 BauGB bzw. nach §§ 12, 30 Abs. 2 BauGB.

Ein vorrangiges Genehmigungsverfahren (z. B. Art. 56 Satz 1 BayBO) ist nicht ersichtlich.

Hinweis: Auf immissionsschutzrechtliche Bestimmungen ist nach dem Bearbeitervermerk nicht einzugehen.

Die geplante Stallanlage von A ist *genehmigungspflichtig*.

2. Genehmigungsfähigkeit

a) Formelle Voraussetzungen der Baugenehmigung (nicht des Ablehnungsbescheides)

A hat unter dem 10. 4. 2008 einen ordnungsgemäßen schriftlichen Bauantrag bei der Stadt Friedberg eingereicht (Art. 64 Abs. 1 Satz 1 BayBO). Unerheblich ist, dass A den Bauantrag auch für die Grundstücke von B und C gestellt hat. Die Bayerische Bauordnung spricht in Art. 50 BayBO bewusst vom „Bauherrn“ und nicht vom Grundstückseigentümer und normiert in Art. 68 Abs. 4 BayBO weiter, dass die Baugenehmigung unbeschadet von privaten Rechten Dritter ergeht. Daraus wird geschlossen, dass auch ein Dritter, der nicht Grundstückseigentümer ist, einen entsprechenden Bauantrag einreichen kann, zumal die Bayerische Bauordnung grundstücks- und nicht personenbezogenes Recht darstellt, d.h. die Baugenehmigung wird für das betreffende Grundstück erteilt. Dies ergibt sich auch aus Art. 54 Abs. 2 Satz 3 BayBO, der bestimmt, dass Baugenehmigungen auch für und gegen die Rechtsnachfolger gelten. Die bayerische Praxis verneint lediglich

in solchen Fällen das Sachbescheidungsinteresse für die Durchführung eines bauaufsichtlichen Verfahrens, in denen erkennbar ist, dass der Antragsteller eine Baugenehmigung für das beantragte Grundstück unter keinem denkbaren Umstand ausnutzen, d.h. über das betreffende Grundstück verfügen kann³. Letzteres ist hier jedenfalls nicht der Fall, da sich die drei Grundstückseigentümer über das gemeinsame Projekt einig sind.

Hinweis: Das rechtliche Problem der Antragstellung durch A auch für die Grundstücke von B und C und die damit verbundene Frage des Sachbescheidungsinteresses könnten bereits in der Zulässigkeit der Klage unter den Prüfungspunkten „Klagebefugnis“ oder „Allgemeines Rechtschutzbedürfnis“ erörtert werden.

b) Materielle Voraussetzungen der Baugenehmigung

Da die geplante Stallanlage keinen Sonderbau nach Art. 2 Abs. 4 BayBO darstellt, ist die Genehmigungsfähigkeit nach dem eingeschränkten Prüfmaßstab des Art. 59 Satz 1 BayBO zu beurteilen. Hierbei gilt es nach der Neufassung der Bayerischen Bauordnung durch § 1 des Gesetzes vom 27. 7. 2009 (GVBl. S. 385) zu beachten, dass der Bauaufsichtsbehörde die Befugnis eingeräumt ist, den Bauantrag auch dann abzulehnen, wenn das Bauvorhaben gegen sonstige, d.h. außerhalb des Pflichtprüfprogramms liegende öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt. Insbesondere in Evidenzfällen ist es der Bauaufsichtsbehörde unbenommen, den Bauantrag wegen fehlendem Sachbescheidungsinteresse abzulehnen⁴. Für das gerichtliche Verfahren spielt diese Regelung in Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO nach überwiegender Ansicht hingegen keine Rolle.

Hier stellt sich nun die Frage, ob das Bauvorhaben insbesondere mit bauplanungsrechtlichen Bestimmungen vereinbar ist. Art. 59 Satz 1 Nr. 1 BayBO verlangt die Übereinstimmung mit den Bestimmungen der §§ 29 bis 38 BauGB.

aa) Zunächst müsste es sich um eine bauliche Anlage im Sinn des Bauplanungsrechts handeln (§ 29 BauGB). Der eigenständige planungsrechtliche Begriff der baulichen Anlage deckt sich zwar weitgehend mit Art. 2 Abs. 1 BayBO, verlangt aber zusätzlich eine städtebauliche Relevanz der zu beurteilenden Anlage, die nach der Rechtsprechung dann vorliegt, wenn die Anlage – in mehrfacher Ausführung gedacht – die Belange in § 1 Abs. 6 BauGB in einer Art und Weise berührt, dass ein Bedürfnis nach Bauleitplanung entstehen kann⁵. Dies ist hier der Fall, da die größentechnisch bedeutende Anlage in einem bislang unbebauten Bereich angesiedelt werden soll. Im Hinblick auf die mit der Schweinehaltung verbundenen Geruchsemissionen ist eine Betroffenheit der Belange nach § 1 Abs. 6 Nrn. 1, 7, 8 Buchst. b BauGB jedenfalls nicht auszuschließen.

Darüber hinaus muss die Anlage für eine bodenrechtliche Relevanz Gegenstand einer Festsetzung nach § 9 Abs. 1 BauGB sein können⁶. Dies ist hier nach § 9 Abs. 1 Nr. 18 Buchst. a BauGB der Fall.

§ 38 BauGB steht der Anwendung der §§ 29 ff. BauGB hier nicht entgegen.

bb) Die geplante bauliche Anlage könnte sich im *Außenbereich* i. S. des § 35 BauGB befinden. Der Begriff des Außenbereichs ist gesetzlich nicht definiert. Es ist derjenige Bereich, der außerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils und außerhalb des Geltungsbereichs eines Bebauungsplans nach § 30 Abs. 1, 2 BauGB liegt. Da die zu bebauenden Grundstücke nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans liegen und die nächste Bebauung 600 Meter vom in Aussicht genommenen Standort entfernt ist, befindet sich das Vorhaben nicht im Innenbereich nach § 34 BauGB. Die bauplanungsrechtliche Beurteilung hat am Maßstab des § 35 BauGB zu erfolgen.

² Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 113 Rdnr. 217.

³ Vgl. Simon, BayBO, Art. 72 Rdnrn. 148, 150.

⁴ Weiterführend zu dieser Thematik Schröder, BayVBl. 2009, 495 ff.; Koehl, BayVBl. 2009, 645 ff.; Jäde, BayVBl. 2009, 709 ff.; Manssen/Greim, BayVBl. 2010, 421 ff.; Ingold/Schröder, BayVBl. 2010, 426 ff.; Jäde, BayVBl. 2010, 741 ff.

⁵ Vgl. Jäde/Dirnberger/Weiß, a.a.O., § 29 Rdnrn. 7 ff., 14.

⁶ Jäde/Dirnberger/Weiß, a.a.O., § 29 Rdnr. 14.

Das Gesetz differenziert weiter im Außenbereich zwischen privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB und sonstigen Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB und nennt in § 35 Abs. 3 BauGB als öffentliche Belange Gründe, die gegen Bauvorhaben im Außenbereich sprechen können und bei der Entscheidung über die Zulässigkeit mit den für das Vorhaben streitenden Gründen abgewogen werden müssen⁷. Dabei liegt dem § 35 BauGB der Gedanke zugrunde, dass im Außenbereich das Bauen grundsätzlich unterbleiben soll. Der Unterschied zwischen privilegierten und nicht privilegierten Vorhaben besteht nun darin, dass es bei den Ersteren vom Gesetz anerkannte Gründe für einen Standort im Außenbereich gibt, die sich in der Regel gegen die vom Vorhaben berührten öffentlichen Belange durchsetzen, während sonstige Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB an sich im Außenbereich standortfremd sind mit der Folge, dass in der Regel die öffentlichen Belange mehr Gewicht haben und sich durchsetzen. Während die privilegierten Vorhaben im Außenbereich kraft ihrer Funktion legitimiert sind und dem Außenbereich quasi planartig zugewiesen sind, sind nicht privilegierte Vorhaben schon bereits dann unzulässig, wenn sie öffentliche Belange beeinträchtigen.

(1) Hier kommt eine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB – land- und forstwirtschaftlicher Betrieb – in Betracht. Landwirtschaft (vgl. § 201 BauGB) hat das BVerwG ausgehend von den klassischen Landwirtschaftsformen Ackerbau, Wiesen- und Weidewirtschaft, Erwerbsgartenbau und -obstbau sowie Weinbau definiert als eine Tätigkeit, bei der der Boden planmäßig und eigenverantwortlich bewirtschaftet wird, um Ertrag (pflanzliche und tierische Erzeugnisse) zu nutzen (Urproduktion)⁸. Das Halten von Tieren ist nach dieser Begriffsbestimmung nur dann Landwirtschaft, wenn das Futter überwiegend selbst erzeugt wird⁹. Tiermast, die überwiegend oder vollständig mit zugekauftem Futter betrieben wird, erfüllt nicht den Begriff der Landwirtschaft. Da der Stallbetrieb hier auf überwiegend eigener Futtergrundlage erfolgen soll, liegt eine Landwirtschaft im Sinn von § 201 BauGB vor.

Weiter müsste ein Betrieb im Sinn von § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB vorliegen. Ein Betrieb ist ein nachhaltiges, ernsthaftes, auf Dauer angelegtes und lebensfähiges Unternehmen mit einer bestimmten Organisation¹⁰. Davon ist hier bei einer Zahl von 400 Schweinen auszugehen.

Schließlich müsste dem Vorhaben „dienende“ Funktion zukommen. Dabei ist nach der Rechtsprechung danach zu fragen, ob ein „vernünftiger“ Landwirt, der die Entscheidung des Gesetzgebers, dass im Außenbereich grundsätzlich nicht gebaut werden soll, respektiert, das geplante Vorhaben in etwa gleicher Größe, Gestaltung und Ausstattung errichten würde¹¹. Da vorliegend die Stadt Friedberg davon ausgeht, dass diese Voraussetzungen gegeben sind, nur die zum Betrieb notwendigen Gebäude errichtet werden sollen und im Übrigen keine anderweitigen Anhaltspunkte bestehen, ist eine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB zu bejahen.

(2) Fraglich ist, ob dem Vorhaben öffentliche Belange entgegenstehen. Obwohl § 35 Abs. 3 BauGB nur von „Beeinträchtigung“ spricht und damit die gesetzliche Terminologie von § 35 Abs. 2 BauGB aufgreift, ist anerkannt, dass auch privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB am Maßstab des § 35 Abs. 3 BauGB zu beurteilen sind¹². Im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung ist allerdings das besondere Gewicht der Privilegierung angemessen zu berücksichtigen, d. h., das privilegierte Vorhaben überwindet regelmäßig berührte öffentliche Belange.

(a) Zunächst könnte die Aussage „Allgemeine Grünfläche“ (vgl. § 5 Abs. 2 Nr. 5 BauGB) im Flächennutzungsplan der Stadt Friedberg dem Vorhaben entgegenstehen (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB). Bei privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB wird die Bedeutung des Flächennutzungsplanes eingeschränkt. Da privilegierte Vorhaben planartig dem Außenbereich zugewiesen sind, steht der Flächennutzungsplan nur insoweit entgegen, als er für den vorgesehenen Standort eine konkrete andere Planung vorsieht¹³. Eine derartige qualifizierte Standortaussage im Flächennutzungsplan kann auch einem Privilegierungstatbestand entgegengehalten werden. Trifft der Flächennutzungsplan hingegen nur eine Aussage des Inhalts, dass der Außenbereich grundsätzlich kein Bauland ist (sog. Allgemeinaussage), setzt sich der Privilegierungstatbestand durch, da keine Vorabentscheidung der Gemeinde zur Bebauung für den Außenbereichsstandort getroffen wurde. Der Inhalt des Flächennutzungs-

plans „Allgemeine Grünfläche“ trifft gerade keine konkrete Nutzungsentscheidung, die zum landwirtschaftlichen Vorhaben von A gegenläufig wäre. Damit setzt sich hier der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB gegen § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB durch.

Hinweis: Detaillierte Kenntnisse dieses Problems können von den Bearbeitern nicht erwartet werden. Entscheidend ist, dass das Problem argumentativ gelöst wird.

(b) Schädliche Umwelteinwirkungen im Sinn von § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB werden (nach dem Bearbeitervermerk) vom Vorhaben nicht hervorgerufen.

(c) Auch beeinträchtigt das Vorhaben nicht die natürliche Eigenart der Landschaft (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB), da die landwirtschaftliche Nutzung im Außenbereich (neben der Erholungsfunktion) wesensmäßig¹⁴ ist.

(d) Für eine Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB) ist nichts ersichtlich.

(e) Damit könnte dem Bauvorhaben von A nur noch die am 3. 6. 2008 beschlossene Veränderungssperre (§ 14 BauGB) als Versagungsgrund entgegenstehen. Da diese zu einer bauplanungsrechtlichen Unzulässigkeit des Vorhabens nach §§ 29 ff. BauGB führen könnte, ist sie auch im Rahmen des Art. 59 Satz 1 Nr. 1 BayBO zu würdigen.

Hinweis: Vertretbar ist auch eine Argumentation über Art. 59 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. Art. 63 Abs. 2 BayBO.

Die Satzung über die Veränderungssperre könnte hier aus mehreren Gründen nichtig sein und daher dem Bauvorhaben von A nicht entgegengehalten werden können.

Zwar hat hier der Stadtrat der Stadt Friedberg den Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan und die sichernde Veränderungssperre beschlossen (Art. 47 Abs. 2, Art. 51 Abs. 1, Art. 49 GO). Eine Veränderungssperre darf gemäß § 14 Abs. 1 BauGB aber nur erlassen werden, wenn die Gemeinde mit einem nach § 2 Abs. 1 Satz 2 BauGB bekanntgemachten Aufstellungsbeschluss ein Bebauungsplanverfahren eingeleitet hat (materielle Wirksamkeitsvoraussetzung der Veränderungssperre)¹⁵. Verlangt wird deshalb, dass der Aufstellungsbeschluss des Bebauungsplanes zeitlich vor der Satzung über die Veränderungssperre bekanntgemacht wird¹⁶. Dies hat die Stadt Friedberg missachtet, da sie zuerst am 4. 6. 2008 die Veränderungssperre bekanntgemacht hat.

Darüber hinaus bestehen materielle Bedenken gegen die beabsichtigte Planung, die gesichert werden soll. Planungen, die unter keinem denkbaren Gesichtspunkt im Sinn von § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB erforderlich sein können, können nicht durch eine Veränderungssperre gesichert werden¹⁷. Hier liegt nun eine reine Negativplanung im Sinn von § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB vor, da ausschließliches Planungsziel die Verhinderung des Bauvorhabens von A ist. Zwar können Hochwasserschutzanlagen nach § 9 Abs. 1 Nr. 16 BauGB Gegenstand einer Bauleitplanung sein. Eine Sicherung wäre aber hier nur dann erforderlich im Sinn von § 1

Abs. 3 Satz 1 BauGB, wenn es sich tatsächlich um eine hochwassergefährdete Fläche handeln würde. Dies ist aber ausgeschlossen (Verlauf der Paar und bisher fehlende Hochwasserereignisse).

Damit verbleibt es bei der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB.

cc) Ein gemeindliches Einvernehmen (§ 36 BauGB) war hier nicht zu erteilen, da die Stadt Friedberg selbst Bauaufsichtsbehörde ist. Das

⁷ Vgl. BVerwG, DVBl. 1983, 893 = BayVBl. 1984, 345 (amtliche Leitsätze).

⁸ BVerwG, NVwZ-RR 1993, 396 f.

⁹ Jäde/Dirnberger/Weiß, a.a.O., § 35 RdNr. 20.

¹⁰ BVerwG, NVwZ 1986, 916; NVwZ-RR 1997, 9 f.

¹¹ Vgl. BVerwG, BayVBl. 1986, 535; NVwZ 1986, 644 ff.; DÖV 1992, 73.

¹² Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 9. Aufl. 2005, § 35 RdNr. 45.

¹³ Vgl. Battis/Krautzberger/Löhr, a.a.O., § 35 RdNr. 50; BVerwG, NVwZ 1988, 54 ff.; NVwZ 1998, 960 f.

¹⁴ Vgl. zu diesem Kriterium Battis/Krautzberger/Löhr, a.a.O. § 35 RdNr. 61.

¹⁵ Vgl. BVerwG, DVBl. 1988, 958.

¹⁶ VGH Baden-Württemberg, NVwZ-RR 1998, 717; NuR 1999, 220.

¹⁷ Vgl. Jäde/Dirnberger/Weiß, a.a.O., § 14 RdNr. 16.

gemeindliche Einvernehmen entfällt, wenn Gemeinde und Bauaufsichtsbehörde identisch sind. § 36 BauGB setzt immer die Personenverschiedenheit von Bauaufsichtsbehörde und Gemeinde voraus¹⁸.

Da auch sonst nicht ersichtlich ist, dass das Bauvorhaben Vorschriften i. S. des Art. 59 Satz 1 BayBO bzw. sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzt, und auch die Erschließung gesichert ist, ist es baurechtlich *genehmigungsfähig*. Damit steht auch fest, dass die Ablehnung unter dem 9. 6. 2008 rechtsfehlerhaft war und den Kläger in seinen Rechten aus Art. 68 BayBO, Art. 14 Abs. 1 GG verletzt. Das Gericht wird daher den ablehnenden Bescheid der Stadt Friedberg vom 9. 6. 2008 aufheben und die beklagte Stadt Friedberg zur Erteilung der Baugenehmigung verpflichten. Da die Entscheidung in Art. 68 BayBO eine rechtlich gebundene ist, liegt Spruchreife nach § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO vor.

Ergebnis: Die Klage von A auf Erteilung der Baugenehmigung hat Aussicht auf Erfolg, weil sie zulässig und begründet ist.

2. Teil: Begründetheit einer Versagungsgegenklage auf Zulassung des Bürgerbegehrens

Eine Verpflichtungsklage in Gestalt der Versagungsgegenklage wäre begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richten würde, die Zurückweisungsentscheidung des Stadtrates der Stadt Friedberg vom 21. 5. 2008 rechtswidrig wäre und die vertretungsberechtigten Personen¹⁹ dadurch in ihren Rechten verletzt würden (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO), mit anderen Worten, wenn ein Anspruch auf Zulassung des Bürgerbegehrens bestünde (Art. 18 a Abs. 8 Satz 1 GO, Art. 7 Abs. 2, Art. 12 Abs. 3 Satz 1 BV).

A. Passivlegitimation (§ 78 VwGO)

Nach dem Rechtsträgerprinzip ist die Klage gegen die Stadt Friedberg zu richten, da deren Organ (Stadtrat) die zurückweisende Entscheidung vom 21. 5. 2008 getroffen hat (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO).

B. Anspruch auf Zulassung des Bürgerbegehrens

Den vertretungsberechtigten Personen steht dann ein Anspruch auf Zulassung des Bürgerbegehrens und nachfolgende Durchführung eines Bürgerentscheides (Art. 18 a Abs. 10 GO) zu, wenn die *formellen und materiellen* Voraussetzungen für ein Bürgerbegehren vorliegen. Die Zulässigkeitsprüfung des Gemeinderats erstreckt sich dabei auf die formellen und materiellen Rechtmäßigkeitsanforderungen an ein Bürgerbegehren²⁰. Durch dieses umfassende Prüfungsrecht wird sichergestellt, dass der Bürgerentscheid nicht mit erheblichem politischen Engagement der Bürger und einem hohen Verwaltungs- und Kostenaufwand durchgeführt wird, obwohl von vornherein absehbar ist, dass ein entsprechender nachfolgender Bürgerentscheid infolge Rechtswidrigkeit keinen rechtlichen Bestand haben kann²¹.

I. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Die formellen Voraussetzungen für die Zulassung eines Bürgerbegehrens sind in Art. 18 a Abs. 4 bis 6 GO normiert.

1. Zunächst muss das Bürgerbegehren schriftlich bei der Gemeinde eingereicht werden (Art. 18 a Abs. 4 Satz 1 GO). Dies war hier der Fall.

2. Weiter muss das schriftliche Begehren inhaltlich bestimmt eine mit Ja oder Nein zu entscheidende Fragestellung enthalten (Art. 18 a Abs. 4 Satz 1 GO). Der Bürger muss dabei erkennen, für oder gegen was er seine Stimme abgibt²². Hier erscheint problematisch, dass das Bürgerbegehren zwei thematisch unterschiedliche Verfahrensgegenstände – Verweigerung des bauplanungsrechtlichen Einvernehmens und Inhalt eines künftigen Bebauungsplanes – zu einer Fragestellung koppelt. Dies steht der Zulassung

aber nicht entgegen, da ein enger, sachlicher Zusammenhang zwischen den verbundenen Sachfragen besteht und die Möglichkeit einer einheitlichen Entscheidung gegeben ist²³.

3. Eine ausreichende Begründung im Sinn von Art. 18 a Abs. 4 Satz 1 GO liegt vor.

4. Auch die Benennung der zwei ortsfremden Vertreter begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Zum einen ist in Art. 18 a Abs. 4 Satz 1 GO nur eine Höchstzahlregelung getroffen („bis zu drei“), d. h., auch zwei Vertreter sind rechtlich zulässig. Zum anderen müssen die Vertreter nicht zwingend Gemeindebürger im Sinn von Art. 15 Abs. 2 GO sein. Weder dem Wortlaut noch der Systematik des Art. 18 a GO lassen sich Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Vertreter Bürger der Gemeinde sein muss, in der der Bürgerentscheid durchgeführt werden soll²⁴. An die Person des Vertreters stellt das Gesetz keine besonderen, über die Geschäftsfähigkeit und Prozessfähigkeit hinausgehenden Anforderungen.

5. Das *Quorum* gemäß Art. 18 a Abs. 6 GO ist ebenfalls erreicht. Bei 25 000 Einwohnern (Art. 15 Abs. 1 GO) muss das Bürgerbegehren von 8 % der 20 000 Gemeindebürger (Art. 15 Abs. 2 GO) unterzeichnet sein, d. h., es werden 1 600 Unterschriften berechtigter Personen benötigt. Diese Zahl wird hier mit 7 000 korrekt gesammelten Unterschriften bei Weitem übertroffen.

Zwischenergebnis: Das Bürgerbegehren ist formell ordnungsgemäß.

II. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Die materiellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen sind in Art. 18 a Abs. 1 und 3 GO geregelt.

1. Zunächst muss das Bürgerbegehren eine Angelegenheit des eigenen Wirkungskreises betreffen (Art. 18 a Abs. 1 GO). Der Begriff der Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises in Art. 18 a Abs. 1 GO ist derselbe wie der der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG)²⁵.

a) Die Frage der Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens in § 36 BauGB betrifft die Planungshoheit der Gemeinde und damit den eigenen Wirkungskreis²⁶ und ist folglich tauglicher Gegenstand eines Bürgerbegehrens²⁷. Diese Entscheidung ist gerade nicht diejenige über die Erteilung der Baugenehmigung, die nach Art. 54 Abs. 1 Halbsatz 2 BayBO in den übertragenen Wirkungskreis fällt. Das Gesetz unterscheidet hier deutlich zwischen Bauaufsichtsbehörde und Gemeinde, die ihr Einvernehmen zur Baugenehmigung zu erteilen hat.

b) Auch die gekoppelte Thematik der Aufstellung und inhaltlichen Ausgestaltung eines Bebauungsplanes betrifft die gemeindliche Selbstverwaltung. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 BauGB stellen die Gemeinden die Bauleitpläne (Flächennutzungs- und Bebauungsplan, § 1 Abs. 2 BauGB) in eigener Verantwortung auf und üben so ihre Planungshoheit nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG aus.

2. Der Negativkatalog des Art. 18 a Abs. 3 GO ist ebenfalls nicht betroffen.

3. Darüber hinaus sind, obwohl in Art. 18 a GO nicht ausdrücklich erwähnt, auch Anträge, die ein rechts- oder gesetzwidriges Ziel verfolgen,

¹⁸ Vgl. *Jäde/Dirnberger/Weiß*, a.a.O., § 36 RdNr. 17.

¹⁹ Auf Letztere stellt der BayVGh in ständiger Rechtsprechung ab; vgl. nur *BayVGh*, BayVbl. 1996, 597 ff.; BayVbl. 2000, 219 ff. Ebenfalls vertretbar an dieser Stelle ist es, einen möglichen Anspruch aus Art. 18 a Abs. 8 Satz 1, Abs. 10 GO der Gesamtheit der Unterzeichner des Bürgerbegehrens zuzubilligen.

²⁰ *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, Bayerische Kommunalgesetze, Stand: November 2008, Art. 18 a RdNr. 18; *BayVGh*, BayVbl. 1998, 242; BayVbl. 2000, 564.

²¹ *BayVGh*, BayVbl. 1998, 209 ff.

²² *BayVGh*, BayVbl. 1998, 242.

²³ Vgl. *VG Augsburg*, BayVbl. 2003, 91 ff.; *BayVGh*, BayVbl. 1998, 242 ff.; zur vergleichbaren Situation bei Volksentscheiden *BayVerfGH*, BayVbl. 2000, 306 ff.

²⁴ *BayVGh*, BayVbl. 2008, 82 ff.

²⁵ *BayVGh*, BayVbl. 1997, 276.

²⁶ Vgl. *Jäde/Dirnberger/Weiß*, a.a.O., § 36 RdNr. 3.

²⁷ Vgl. *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, a.a.O., Art. 18 a RdNr. 2.

wegen des zu beachtenden Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 56 Abs. 1 GO) in einem Bürgerbegehren ausgeschlossen.

a) Soweit das Bürgerbegehren die Frage zur Entscheidung stellt, ob die Gemeinde ihr bauplanungsrechtliches Einvernehmen zum Bauantrag von A verweigern soll, scheidet es bereits daran, dass für den Bauantrag von A ein Einvernehmen gerade nicht erforderlich ist (s. o. Teil 1). Das Bürgerbegehren geht insoweit jedenfalls ins Leere. Soweit man es dahingehend auslegen könnte, dass es auf die Verweigerung der Baugenehmigung gerichtet ist, wäre es bereits unzulässig, da es dann eine Angelegenheit des übertragenen Wirkungsbereiches betrifft (vgl. Art. 54 Abs. 1 Halbsatz 2 BayBO).

b) Soweit das Bürgerbegehren die Aufstellung eines Bebauungsplanes mit dem Inhalt beehrt, Tierhaltungen in der „Friedberger Au“ generell auszuschließen, ist das Bürgerbegehren gleichfalls unzulässig. Das Bürgerbegehren sieht nach seinem eindeutigen Wortlaut eine abschließende materielle Entscheidung im mehrstufigen gesetzlich vorgeschriebenen Bauleitplanverfahren (§§ 2 ff. BauGB) vor, die jedoch zwingend nach § 1 Abs. 7 BauGB als gemeindliche Abwägungsentscheidung zu erfolgen hat²⁸. Durch die in der Fragestellung enthaltene strikte Vorgabe, dass ein

aufzustellender Bebauungsplan in seinem Geltungsbereich Tierhaltungen allgemein ausschließen soll, bleibt kein Raum mehr für die gemeindliche Abwägung. Die mit dem Bürgerbegehren angestrebte Entscheidung betrifft damit nicht nur das „Ob“ einer künftigen Bauleitplanung, sondern bereits das detaillierte „Wie“. Nur die Frage, ob die Gemeinde ganz allgemein in ein Verfahren zum Erlass eines Bebauungsplanes einsteigen soll, ist einem Bürgerbegehren zugänglich – inhaltliche Vorgaben, die die gemeindliche Abwägungsentscheidung quasi ersetzen, sind dagegen unzulässig²⁹.

Ergebnis: Da für ein Bürgerbegehren, das auf ein mit der Rechtsordnung nicht in Einklang stehendes Ziel gerichtet ist, kein Zulassungsanspruch besteht, wäre eine Klage der vertretungsberechtigten Personen des Bürgerbegehrens jedenfalls unbegründet.

²⁸ Vgl. *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, a.a.O., Art. 18 a RdNr. 8; *VG Augsburg*, BayVBl. 2003, 91 ff.

²⁹ Zur „Bauleitplanung durch Bürgerbegehren“ s. auch *BayVGH*, BayVBl. 2011, 309 (in diesem Heft).