

Erste Juristische Staatsprüfung 2021/1

A u f g a b e 6

(Arbeitszeit: 5 Stunden)

---

Einige unverbindliche Hinweise zur Lösung:

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.

§ 16 JAPO Zweck und Bedeutung der Prüfung:

...

"Die Bewerber sollen in der Prüfung zeigen, dass sie das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden können und über die hierzu erforderlichen Kenntnisse in den Prüfungsfächern verfügen."

...

"Überblick über das Recht, juristisches Verständnis und Fähigkeit zu methodischem Arbeiten sollen im Vordergrund von Aufgabenstellung und Leistungsbewertung stehen."

***Hinweis: Die Aufgabe kombiniert in Frage 1 baurechtliche und kommunalrechtliche Themen. Der Einstieg erfolgt über die Prüfung einer Pflicht zur Erteilung einer Baugenehmigung, die sich auf einen qualifizierten Bebauungsplan stützt. Es ist sodann inzident zu prüfen, ob der Bebauungsplan rechtmäßig ist. Anspruchsvoll dürfte hier einerseits der "verschachtelte" Aufbau sein, andererseits ist zu erkennen, dass nicht jeder Fehler im Bauleitplanverfahren sich auch auf die Wirksamkeit des Bebauungsplans auswirkt. Ohne Auswirkungen ist deshalb der rechtswidrige Ausschluss der R bei der Fassung des Beschlusses zur Aufstellung des Bebauungsplans. Wegen der nach h.M. fehlenden Normverwerfungskompetenz des Landratsamts kommt man dann trotz Nichtigkeit des Bebauungsplans infolge eines Ausfertigungsmangels zu dem Ergebnis, dass die Baugenehmigung auf dessen Grundlage erteilt werden muss. Dies setzt eine strukturierte Prüfung voraus, die deshalb besonders honoriert werden sollte. Frage 2 behandelt schließlich den sog. Kommunalverfassungsverstreit, bei dem es sich um einen Examensklassiker handeln dürfte.***

**Frage 1: Muss das Landratsamt Lorberg (L) der Fixbau GmbH (F-GmbH) die beantragte Baugenehmigung erteilen?**

Das Landratsamt muss der F-GmbH die beantragte Baugenehmigung erteilen, wenn die formellen Voraussetzungen für die Erteilung vorliegen und das Vorhaben genehmigungspflichtig und genehmigungsfähig ist. Nach Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BayBO besteht eine Pflicht zur Erteilung der Baugenehmigung, wenn das Vorhaben keinen öffentlich-rechtlichen Vorschriften widerspricht, die die Bauaufsichtsbehörde zu prüfen hat.

**A. Rechtsgrundlage**

Rechtsgrundlage für die Erteilung einer Baugenehmigung ist Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BayBO.

**B. Formelle Voraussetzungen**

**I. Zuständigkeit**

**1. Sachliche Zuständigkeit**

Sachlich zuständig für die Erteilung der Baugenehmigung ist nach Art. 53 Abs. 1 Satz 1 und 2 BayBO i.V.m. Art. 54 Abs. 1 BayBO und Art. 37 Abs. 1 Satz 2 LKrO als untere Bauaufsichtsbehörde das Landratsamt, da es sich bei der Gemeinde Gelching (G) um eine kreisangehörige Gemeinde handelt.

**2. Örtliche Zuständigkeit**

Örtlich zuständig ist mangels Sondervorschrift (vgl. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG) nach Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 BayVwVfG das Landratsamt Lorberg (L).

**II. Ordnungsgemäßer Bauantrag**

Ein ordnungsgemäßer Bauantrag liegt vor. Er wurde, wie es Art. 64 Abs. 1 Satz 1 BayBO verlangt, schriftlich bei der Gemeinde eingereicht. Er enthält die nach Art. 64

Abs. 2 Satz 1 BayBO erforderlichen Unterlagen (Bauvorlagen). Der Bauantrag und die Bauvorlagen waren vom Geschäftsführer Fix (F) als gesetzlichem Vertreter der F-GmbH nach Art. 12 Abs. 1 Nr. 3 BayVwVfG i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG sowie von der Architektin Arnold (A) als bauvorlageberechtigte Entwurfsverfasserin ordnungsgemäß nach Art. 61 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 64 Abs. 4 Satz 1 BayBO unterschrieben.

## **C. Materielle Voraussetzungen**

### **I. Genehmigungspflichtigkeit**

Das Vorhaben ist gemäß dem Bearbeitervermerk nach Art. 55 Abs. 1 BayBO genehmigungspflichtig.

***Hinweis: Die Genehmigungspflichtigkeit des Vorhabens kann auch ganz oben als erster Prüfungspunkt geprüft werden, da bei einem nicht genehmigungspflichtigen Vorhaben schon kein Sachbescheidungsinteresse bestünde.<sup>1</sup>***

### **II. Genehmigungsfähigkeit**

#### **1. Prüfungsumfang**

Fraglich ist zunächst, welche Vorschriften das Landratsamt überhaupt zu prüfen hat, vgl. Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BayBO. Nach Art. 59, 60 BayBO ist hierfür entscheidend, ob es sich bei dem Vorhaben um einen Sonderbau i.S.v. Art. 2 Abs. 4 BayBO handelt. Die F-GmbH möchte einen Bauverbrauchermarkt mit einer Verkaufsfläche von 4.800 Quadratmetern errichten. Damit liegt nach Art. 2 Abs. 4 Nr. 4 BayBO ein Sonderbau vor, da die Verkaufsfläche mehr als 800 Quadratmeter beträgt.<sup>2</sup> Das Prüfprogramm richtet sich daher nach Art. 60 BayBO.

#### **2. Vereinbarkeit mit Bauplanungsrecht**

Voraussetzung für die Genehmigungsfähigkeit des Bauvorhabens ist nach Art. 60 Satz 1 Nr. 1 BayBO insbesondere, dass das Vorhaben mit den Vorschriften über die Zulässigkeit baulicher Anlagen nach §§ 29 ff. BauGB übereinstimmt.

##### **a) Anwendungsbereich der §§ 29 ff. BauGB**

Der Anwendungsbereich der §§ 29 ff. BauGB ist eröffnet. Das Vorhaben ist eine bauliche Anlage, da es in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden ist.<sup>3</sup> Zudem ruft die Errichtung des Bauverbrauchermarkts schon allein wegen seiner Größe und seinen Auswirkungen auf die Infrastruktur (z.B. Besucherverkehr) ein Bedürfnis nach einer seine Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervor, sodass das Bauvorhaben auch die nach § 29 BauGB darüber hinaus erforderliche bodenrechtliche Relevanz aufweist.<sup>4</sup> Es handelt sich daher um die Errichtung einer baulichen Anlage im Sinne des Bauplanungsrechts.

---

<sup>1</sup> So Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 431.

<sup>2</sup> Da der Sachverhalt keine Angaben zur Geschosshöhe des Bauverbrauchermarkts enthält, kann nicht schon ohne weiteres nach Art. 2 Abs. 4 Nr. 3 BayBO ein Sonderbau angenommen werden.

<sup>3</sup> Vgl. Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 50.

<sup>4</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 50.

## **b) Zulässigkeit als Vorhaben im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans (§ 30 Abs. 1 BauGB)**

Da der Bebauungsplan Festsetzungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen enthält und somit ein qualifizierter Bebauungsplan vorliegt, ist die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens grundsätzlich nach § 30 Abs. 1 BauGB zu beurteilen. Laut Bearbeitervermerk entspricht das Vorhaben den Festsetzungen des Bebauungsplans.

Rübl (R) wendet allerdings ein, dass der Bebauungsplan nichtig sei und damit gar nicht Grundlage für die Baugenehmigung sein könne.

### **aa) Prüfungskompetenz des Landratsamts**

Auf die Frage der Wirksamkeit des Bebauungsplans kommt es jedoch nur an, wenn das Landratsamt insoweit eine Prüfungs- und/oder Verwerfungskompetenz hat.

Allgemein anerkannt ist, dass der Bauaufsichtsbehörde eine Normprüfungskompetenz bzw. sogar eine Normprüfungspflicht zukommt.<sup>5</sup> Dies ergibt sich daraus, dass die Bauaufsichtsbehörde als Teil der Verwaltung nach Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden ist. Sie muss daher nicht nur prüfen, ob das Bauvorhaben den Festsetzungen des Bebauungsplans entspricht, sondern darüber hinaus auch, ob der Bebauungsplan selbst rechtmäßig, d.h. mit höherrangigem Recht vereinbar ist.

Ob der Verwaltungsbehörde darüber hinaus auch eine (inzidente) Normverwerfungskompetenz zukommt, wenn die Prüfung die Nichtigkeit des Bebauungsplans ergibt, ist dagegen umstritten.<sup>6</sup> Auf diese Frage kommt es jedoch erst an, wenn der Bebauungsplan tatsächlich fehlerhaft und nichtig ist.

***Hinweis: Die Prüfungskompetenz des Landratsamts kann auch (erst) im Zusammenhang mit der Verwerfungskompetenz angesprochen werden. Wird lediglich auf die Verwerfungskompetenz eingegangen, sollte dies nicht allzu negativ gewertet werden.***

Zu prüfen ist damit, ob der Bebauungsplan formell und materiell rechtmäßig ist.

### **bb) Formelle Rechtmäßigkeit**

Der Bebauungsplan müsste als Satzung (§ 10 Abs. 1 BauGB) zunächst formell rechtmäßig sein, es müssten also die Vorschriften zu Zuständigkeit, Verfahren und Form beachtet worden sein. Zu berücksichtigen ist dabei jedoch, dass nach §§ 214 f. BauGB nicht jede Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften beachtlich ist.

---

<sup>5</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 473; zum Bebauungsplan Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 10 Rn. 10.

<sup>6</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 473 ff.; Gril, JuS 2000, 1080.

## **(1) Zuständigkeit**

Die Gemeinde G ist nach §§ 2 Abs. 1 Satz 1, 10 Abs. 1 BauGB für den Erlass des Bebauungsplans sachlich zuständig.<sup>7</sup> Da es sich bei dem Erlass von Satzungen um keine laufende Angelegenheit i.S.v. Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO handelt (vgl. Art. 37 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 GO), liegt die Organkompetenz nach Art. 29 GO beim Gemeinderat. Dieser hat den Bebauungsplan beschlossen. Die Zuständigkeitsordnung wurde also gewahrt.

## **(2) Verfahren**

Das Verfahren der Bauleitplanung ergibt sich insbesondere aus §§ 2 bis 4c BauGB. Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 BauGB hat die Gemeinde den Beschluss, einen Bauleitplan aufzustellen, ortsüblich bekannt zu machen. Fraglich ist daher, ob der hier gefasste Aufstellungsbeschluss rechtmäßig ist und falls nein, welche Auswirkungen dies auf die Rechtmäßigkeit des Bauleitplanverfahrens hat. Der Aufstellungsbeschluss könnte vorliegend deshalb rechtswidrig und unwirksam sein, weil R zu Unrecht von der Sitzung ausgeschlossen worden ist.

### **(a) Ausschluss nach Art. 53 Abs. 1 Satz 3 GO**

Grundlage für den Ausschluss der R könnte Art. 53 Abs. 1 Satz 3 GO sein. Danach kann der Vorsitzende (vgl. Art. 36 Satz 1 GO) mit Zustimmung des Gemeinderats Mitglieder, welche die Ordnung fortgesetzt erheblich stören, von der Sitzung ausschließen.

Die erforderliche Zustimmung des Gemeinderats, der nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GO mit Mehrheit der Abstimmenden entscheidet, liegt vor. Fraglich ist, ob auch eine fortgesetzte erhebliche Störung der Ordnung durch R, ein Mitglied des Gemeinderats, gegeben war.

#### **(aa) Erhebliche Störung**

Eine erhebliche Störung könnte vorgelegen haben, weil R den ersten Bürgermeister Bräu (B) als "Dummschwätzer" bezeichnet hat.

"Beleidigende" oder herabsetzende Äußerungen gegenüber anderen Gemeinderatsmitgliedern oder gegenüber dem Bürgermeister können eine Störung des geordneten Sitzungsablaufs begründen.<sup>8</sup> Wann eine Störung erheblich ist, lässt sich nicht pauschal beantworten, es kommt dabei auf die konkreten Umstände im Einzelfall an.<sup>9</sup> Beim Begriff "erhebliche (fortgesetzte) Störung" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Vgl. Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 224.

<sup>8</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 2. Teil Rn. 263; Wachsmuth, Praxis der Kommunalverwaltung, GO, Art. 53 Anm. 2.2; BayVGH, Urteil v. 29. Juli 1987, Az: 4 B 86/01352.

<sup>9</sup> Wachsmuth, Praxis der Kommunalverwaltung, GO, Art. 53 Anm. 2.2.

<sup>10</sup> Ein Beurteilungsspielraum des Bürgermeisters besteht nach h.M. nicht, vgl. nur Hölzl/Hien/Huber, GO, Art. 53 Anm. 4; a.A. OVG Münster, Beschl. v. 16. Mai 2013 - 15 A 785/12 = BeckRS 2013, 51162.

Eine erhebliche Störung setzt voraus, dass der Sitzungsgang unmöglich gemacht oder wenigstens wesentlich erschwert wird.<sup>11</sup> Bei der Wertung von Äußerungen von Gemeinderatsmitgliedern ist zu bedenken, dass es sich regelmäßig um politische Diskussionen handelt, sodass die Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts zur Meinungsfreiheit entsprechend herangezogen werden können.<sup>12</sup> Auch ist zu berücksichtigen, wie der bisherige Sitzungsablauf war. Gerade bei kontroversen Diskussionen in einer bereits angespannten Sitzungsatmosphäre gehören zu einer offenen Diskussion auch einmal sehr kritische, provokative oder gar polemische Bemerkungen, insbesondere dann, wenn sie die Reaktion auf eine vorausgegangene provokative Bemerkung des anderen sind und diese in der Intensität nicht wesentlich überschreiten.<sup>13</sup> Das BVerfG hat den Begriff "Dummschwätzer" im Rahmen einer Stadtratssitzung zwar als Ehrverletzung angesehen, aber nicht als solche, die die Person als ganze herabsetzt, weil die Äußerung nicht ohne Anlass erfolgte, sondern an ein Verhalten des Betroffenen angeknüpft hatte und damit hinreichenden Sachbezug aufwies. Wenn die Bemerkung sich als sprachlich pointierte Bewertung im Kontext einer bestimmten Aussage des Betroffenen darstellt, wenn also der Gemeinde als "Dummschwätzer" tituiert wird, weil er nach Auffassung des Äußernden dumme Aussagen getroffen hat, dann liegt darin keine Schmähung.<sup>14</sup> Auch ist gerade im politischen öffentlichen Meinungskampf Kritik in überspitzter, polemischer Form eher hinzunehmen als im Privatbereich.<sup>15</sup>

Im vorliegenden Fall war eine hitzige, kontrovers geführte Debatte im Gange. Die Bemerkung von R war die Reaktion auf den Vorwurf des ersten Bürgermeisters B, dass sie offenbar Freude daran habe, der Gemeinde zu schaden. Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände liegt somit hier in der Bezeichnung "Dummschwätzer" noch keine erhebliche Störung; vielmehr handelt es sich um eine vom politischen Meinungskampf gedeckte, wenngleich überspitzte Form der Kritik an der im Rahmen der Debatte gefallenen Äußerung des B.

***Hinweis: Hier ist freilich auch eine andere Ansicht vertretbar. Ebenso vertretbar wäre es, die Frage, ob Gemeinderatsmitglieder sich als solche überhaupt auf Grundrechte berufen können (vgl. hierzu Frage 2 unter B. III.), bereits hier anzusprechen. Sofern man dies bejaht, wäre die Vorschrift des Art. 53 Abs. 1 Satz 3 GO als allgemeines Gesetz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG anzusehen.***<sup>16</sup>

### **(bb) Fortgesetzte Störung**

Selbst wenn man die Erheblichkeit der Störung bejahen würde, müsste die Störung auch "fortgesetzt" gewesen sein, vgl. Art. 53 Abs. 1 Satz 3 GO.

Fortgesetzt bedeutet mehrfach, also mindestens zweimal.<sup>17</sup> R hat den Begriff "Dummschwätzer" bereits in der vorangegangenen Sitzung gebraucht. Allerdings muss die Störung nach Sinn und Zweck und Systematik von Art. 53 Abs. 1 Satz 3 GO gerade

---

<sup>11</sup> BayVGh, BayVBl. 1988, 16 f.; Lissack, Kommunalrecht, § 5 Rn. 95.

<sup>12</sup> Lissack, Kommunalrecht, § 5 Rn. 95.

<sup>13</sup> Wachsmuth, Praxis der Kommunalverwaltung, GO, Art. 53 Anm. 2.2; BayVGh, Urteil v. 29. Juli 1987, Az: 4 B 86/01352.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschluss v. 5. Dezember 2008, Az: 1 BvR 1318/07.

<sup>15</sup> VG Mainz, Urteil v. 13. April 2018, Az: 4 K 762/17.Mz mit Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG.

<sup>16</sup> Lissack, Kommunalrecht, § 5 Rn. 92; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 21 Rn. 20.

<sup>17</sup> Wachsmuth, Praxis der Kommunalverwaltung, GO, Art. 53 Anm. 2.2; BayVGh, Urteil v. 29. Juli 1987, Az: 4 B 86/01352.

(mindestens) zweimal in derselben Sitzung erfolgen, da andernfalls der gegenüber Zuhörern erhöhte Schutz der Gemeinderatsmitglieder eingeebnet wäre.<sup>18</sup> Die Äußerungen fielen hier jedoch in zwei verschiedenen Sitzungen.

Somit lagen die Voraussetzungen für den Ausschluss der R auch aus diesem Grund nicht vor.

### **(cc) Zwischenergebnis**

Nachdem weder eine erhebliche noch eine fortgesetzte Störung durch R vorlag, war der Ausschluss der R rechtswidrig.

***Hinweis: Vertretbar wäre es auch, auf die Verhältnismäßigkeit des Ausschlusses einzugehen und zu diskutieren, ob nicht vorliegend ein milderer Mittel (Ordnungsruf, Abmahnung, Wortentzug) zur Aufrechterhaltung der Ordnung ausreichend gewesen wäre.***<sup>19</sup>

### **(b) Unwirksamkeit des Aufstellungsbeschlusses**

Wird ein Gemeinderatsmitglied zu Unrecht von einer Sitzung ausgeschlossen, führt dies nach h.M. zur Unwirksamkeit der in der Sitzung gefassten Beschlüsse.<sup>20</sup> Das Gemeinderatsmitglied war daran gehindert, das wichtigste organschaftliche Recht, nämlich auf Teilnahme an der Abstimmung, welches aus der Pflicht zur Teilnahme gemäß Art. 48 Abs. 1 Satz 1 GO abgeleitet wird,<sup>21</sup> wahrzunehmen. Die Situation ist insoweit vergleichbar mit derjenigen nach Art. 49 Abs. 1 GO, wenn ein Gemeinderatsmitglied zu Unrecht für persönlich beteiligt erklärt worden ist. Auch in diesem Fall wird der ohne das Gemeinderatsmitglied gefasste Beschluss als rechtswidrig und ungültig angesehen, ohne dass es entsprechend Art. 49 Abs. 4 GO auf das Abstimmungsergebnis ankommen würde.<sup>22</sup>

***Hinweis: Nach anderer Auffassung soll der Sachbeschluss bei Art. 53 Abs. 1 Satz 3 GO jedoch analog Art. 50 Abs. 6 des Gemeinde- und Landkreiswahlgesetzes (GLKrWG) als gültig anzusehen sein, weil hier in der Sache "nur" eine unrichtige Zusammensetzung des Gemeinderats vorliegen soll.***<sup>23</sup> ***Dagegen spricht jedoch, dass der Fall eines Gremiums, das aufgrund einer sich dauerhaft auswirkenden Fehlentscheidung fehlbesetzt ist, nicht mit der hier vorliegenden Situation eines punktuellen Ausschlusses vergleichbar ist.***<sup>24</sup>

---

<sup>18</sup> BayVGh, BayVBl. 1988, 16, 17; Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 2. Teil Rn. 263; Wachsmuth, Praxis der Kommunalverwaltung, GO, Art. 53 Anm. 2.2; Hölzl/Hien/Huber, GO, Art. 53 Anm. 4; Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, GO, Art. 53 Rn. 7.

<sup>19</sup> Vgl. Hölzl/Hien/Huber, GO, Art. 53 Erl. 4.

<sup>20</sup> BeckOK/Wernsmann/Neudenberger, Kommunalrecht Bayern, Art. 53 GO Rn. 23; Lissack, Kommunalrecht, § 5 Rn. 98.

<sup>21</sup> Widtmann/Grasser/Glaser, GO, Art. 48 Rn. 5 mit Verweis auf BayVGh; Art. 47 Rn. 3; Wachsmuth, Praxis der Kommunalverwaltung, GO, Art. 48 Anm. 2 a.E; Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 2. Teil Rn. 206; Hölzl/Hien/Huber, GO, Art. 29 Anm.5.5.

<sup>22</sup> Lissack, Kommunalrecht, § 5 Rn. 98; Wachsmuth, Praxis der Kommunalverwaltung, GO, Art. 49 Anm. 8.1 m.w.N.

<sup>23</sup> Widtmann/Grasser/Glaser, GO, Art. 53 Rn. 10 a.E.

<sup>24</sup> Vgl. Lissack, Kommunalrecht, § 5 Rn. 98.

### (c) Auswirkung eines unwirksamen Aufstellungsbeschlusses

Fraglich ist jedoch, wie sich der unwirksame Aufstellungsbeschluss auf die Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans auswirkt. Der Aufstellungsbeschluss findet zwar in § 2 Abs. 1 Satz 2 BauGB Erwähnung. Es besteht jedoch nach dem BauGB keine Verpflichtung, einen Aufstellungsbeschluss zu fassen, so dass sich ein fehlerhafter Aufstellungsbeschluss nicht negativ auf den folgenden späteren Planbeschluss auswirkt.<sup>25</sup> Dieses Ergebnis wird bestätigt durch § 214 Abs. 1 Satz 1 BauGB, wo der Aufstellungsbeschluss keine Erwähnung findet.<sup>26</sup>

***Hinweis: Jedenfalls wäre ein fehlerhafter Aufstellungsbeschluss durch einen später folgenden Auslegungsbeschluss nach § 3 Abs. 2 BauGB konkludent geheilt.***<sup>27</sup>

Der Bebauungsplan ist daher nicht wegen des fehlerhaften Aufstellungsbeschlusses nichtig.

Weitere Bedenken hinsichtlich des nach §§ 2 ff. BauGB zu beachtenden Verfahrens bzw. Mängel im Abwägungsvorgang (§ 2 Abs. 3 BauGB) sind nicht ersichtlich.

### (3) Form

Der Bebauungsplan wurde gemäß § 10 Abs. 1 BauGB als Satzung erlassen.

Der Beschluss über den Bebauungsplan wurde auch gemäß § 10 Abs. 3 Satz 1 BauGB i.V.m. Art. 26 Abs. 2 Satz 1 GO im Amtsblatt der Gemeinde ortsüblich bekannt gemacht.

Erforderlich ist zudem, dass der erste Bürgermeister den Bebauungsplan ausfertigt. Hierbei handelt es sich um ein allgemeines rechtsstaatliches Erfordernis, welches die Gemeindeordnung für Satzungen zudem in Art. 26 Abs. 2 Satz 1 GO ausdrücklich geregelt hat.<sup>28</sup> Vorliegend hat der erste Bürgermeister B den Bebauungsplan ausfertigt. Problematisch ist jedoch, dass die Ausfertigung erst nach der Bekanntmachung erfolgt ist. Mit der Ausfertigung wird vom ersten Bürgermeister geprüft und bestätigt, dass die zu verkündende Fassung der Rechtsnorm mit der vom Normgeber beschlossenen Fassung der Norm übereinstimmt. Die Ausfertigung ist damit Teil des Rechtssetzungsverfahrens. Die Bekanntmachung bildet als Verkündung den Schlusspunkt des Rechtssetzungsvorgangs. Sie stellt den für das Inkrafttreten der Norm notwendigen letzten Akt dar.<sup>29</sup> Eine Ausfertigung nach der Bekanntmachung ist daher unzulässig,<sup>30</sup> da das Rechtssetzungsverfahren bereits abgeschlossen ist und die Ausfertigung ihre Identitäts- und Beurkundungsfunktion nicht mehr erfüllen kann.

---

<sup>25</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 226; BVerwG, Beschluss v. 15. April 1988, Az: 4 N 4/87.

<sup>26</sup> Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kap. III Teil 1 Rn. 20.

<sup>27</sup> Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 2 Rn. 4; Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kap. III Teil 1 Rn. 20.

<sup>28</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil, Rn. 252.

<sup>29</sup> Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kap. III Teil 1 Rn. 104.

<sup>30</sup> Vgl. nur BVerwG NVwZ 1999, 878; Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 252; Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kap. III Teil 1 Rn. 104.



Der Fehler bei der Ausfertigung hat die Unwirksamkeit des Bebauungsplans zur Folge.<sup>31</sup> Insbesondere ist der Mangel auch nicht nach den Regelungen zur Planerhaltung gemäß §§ 214 f. BauGB unbeachtlich, da die §§ 214 f. BauGB sich nur auf Verfahrens- und Formvorschriften nach dem BauGB ("dieses Gesetzbuchs", vgl. § 214 Abs. 1 Satz 1 BauGB) beziehen.

Eine Behebung des Fehlers durch erneute Bekanntmachung nach Ausfertigung (vgl. § 214 Abs. 4 BauGB) ist nicht erfolgt. Der Bebauungsplan ist daher unwirksam.

***Hinweis: Der Mangel ist auch nicht deswegen "unbeachtlich", weil zwischenzeitlich die Frist zur Stellung eines Normenkontrollantrags nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO verstrichen ist. Nach ganz h.M. gilt die Frist nur für den Antrag auf prinzipale Normenkontrolle nach § 47 VwGO, ein Verbot einer Inzidentkontrolle der Norm nach Ablauf der Frist wäre mit Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte nicht vereinbar.***<sup>32</sup>

#### (4) Ergebnis

Der Bebauungsplan ist aus formellen Gründen unwirksam.

***Hinweis: Vertretbar wäre es ebenso, die Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans "chronologisch" anhand des Verfahrensablaufs aufzubauen, ohne dass zwischen den üblichen Prüfungspunkten "Zuständigkeit", "Verfahren" und "Form" unterschieden wird.***<sup>33</sup>

#### cc) Materielle Rechtmäßigkeitsanforderungen

Fraglich ist darüber hinaus, ob der Bebauungsplan materiell rechtmäßig ist.

#### (1) Städtebauliche (Plan-)Rechtfertigung (§ 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB)

An der Erforderlichkeit des Bebauungsplans i.S.v. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB könnte es fehlen, weil noch eine geeignete Bauparzelle in einem anderen Sondergebiet vorhanden ist.

Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB darf ein Bebauungsplan erlassen werden, wenn es die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erfordert. Die Gemeinde hat dabei wegen Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG einen weiten planerischen Gestaltungsspielraum (teilweise auch "Planungsermessen" genannt<sup>34</sup>).<sup>35</sup> Die städtebauliche Rechtfertigung besteht bereits dann, wenn ein öffentlicher Belang für den Erlass eines Plans spricht.<sup>36</sup> Erforderlich ist ein Bauleitplan danach, wenn er nach der planerischen Konzeption der

---

<sup>31</sup> Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kap. III Teil 1 Rn. 104; siehe auch BVerwG, NVwZ-RR 1999, 161; NVwZ 1999, 878.

<sup>32</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 47 Rn.83 m.w.N.; BVerwG, Beschluss v. 10. Oktober 2006, Az: 4 BN 29/06; BayVGh, Urteil v. 4. Dezember 2001, Az: 2 B 97/1393; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 19 Rn. 40.

<sup>33</sup> Vgl. Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 220 ff.

<sup>34</sup> BVerwG, NVwZ-RR 1998, 217; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 74 Rn. 27; Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kap. III Teil 1 Rn. 113.

<sup>35</sup> BVerwG, Beschluss v. 22. April 1997, Az: 4 BN 1/97; Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 256.

<sup>36</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 256.

Gemeinde als erforderlich angesehen werden kann.<sup>37</sup> Die Gemeinde darf die Bedarfslage dabei auch zukunftsorientiert beurteilen und einer absehbaren künftigen Entwicklung vorgreifen.<sup>38</sup> Dass andernorts noch eine Bauparzelle frei ist, stellt damit jedenfalls kein Hindernis im Sinne einer fehlenden Erforderlichkeit dar. Das Interesse der F-GmbH zeigt (nachträglich) vielmehr, dass ein entsprechender Bedarf tatsächlich vorliegt. Schließlich ist auch nicht ersichtlich, dass es an einem städtebaulichen Konzept insgesamt fehlen würde oder eine reine Gefälligkeitsplanung vorläge.<sup>39</sup>

Der Bebauungsplan verstößt damit nicht gegen den Grundsatz der städtebaulichen Rechtfertigung nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB.

## **(2) Entwicklungsgebot (§ 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB)**

Gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB sind die Bebauungspläne aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln.

(a) Das Entwicklungsgebot bedeutet, dass der Flächennutzungsplan die Grundlage für die Gesamtplanung der Gemeinde bildet und die Bebauungspläne hieraus hervorgehen müssen.<sup>40</sup> Der Bebauungsplan muss die Grundkonzeption des Flächennutzungsplans also konkretisieren, wobei von der Darstellung im Flächennutzungsplan abgewichen werden kann, wenn die angestrebte Ordnung im beplanten Bereich trotzdem gewahrt bleibt.<sup>41</sup> Der Flächennutzungsplan sieht für die betroffene Fläche eine Fläche für Windenergieerzeugung vor. Dabei umfasst der Bebauungsplan die gesamte im Flächennutzungsplan ausgewiesene Fläche; weitere Flächen für Windenergieerzeugung sind im Flächennutzungsplan nicht vorgesehen. Die Darstellung "Windenergieerzeugung" ist nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) BauGB zulässiger Inhalt eines Flächennutzungsplans. Die Nutzungen "Windenergieerzeugung" und "großflächiger Einzelhandel" sind aber so unterschiedlich, dass von einer Wahrung der angestrebten Ordnung im obigen Sinn nicht mehr ausgegangen werden kann. Der Bebauungsplan verstößt daher gegen das Entwicklungsgebot nach § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB.

(b) Fraglich ist, ob der Bebauungsplan aufgrund dieses Verstoßes nichtig ist.

Nach § 214 Abs. 2 Nr. 2 BauGB ist ein Verstoß gegen das Entwicklungsgebot nur dann beachtlich, wenn hierdurch auch die sich aus dem Flächennutzungsplan ergebende geordnete städtebauliche Entwicklung beeinträchtigt ist. Hierbei ist auf das gesamte Gemeindegebiet oder einen über den Bereich des fraglichen Bebauungsplans hinausreichenden Ortsteil abzustellen.<sup>42</sup> Wegen der offensichtlichen Unverträglichkeit der Nutzungen liegt eine Beeinträchtigung der geordneten städtebaulichen Entwicklung hier vor, insbesondere sind auch im übrigen Gemeindegebiet keine weiteren Flächen für Windenergieerzeugung vorgesehen. Der Fehler ist daher beachtlich.

---

<sup>37</sup> BVerwGE 92, 8; BVerwG, Urteil v. 22. Januar 1993, Az: 8 C 46/91; Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kap. III Teil 1 Rn. 113.

<sup>38</sup> BVerwG, NVwZ 1999, 1338, 1339; Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kap. III Teil 1 Rn. 113.

<sup>39</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 257.

<sup>40</sup> BVerwGE 48, 70, 73 ff.; Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 259.

<sup>41</sup> BVerwG NVwZ 2000, 197 f.; Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 259.

<sup>42</sup> BVerwG NVwZ 2000, 197 f.; Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 302.

Allerdings werden gemäß § 215 Abs. 1 BauGB bestimmte Mängel nach gewisser Zeit unbeachtlich (sog. relativ beachtliche Fehler<sup>43</sup>). Gemäß § 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB werden Verletzungen des Entwicklungsgebots unbeachtlich, wenn sie nicht binnen eines Jahres seit Bekanntmachung des Bebauungsplans schriftlich gegenüber der Gemeinde geltend gemacht worden sind.

Der Bebauungsplan wurde am 10. Februar 2020 bekanntgemacht, sodass die Rügefrist bereits am 10. Februar 2021, 24.00 Uhr abgelaufen ist (Art. 31 Abs. 1 BayVwVfG i.V.m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB).<sup>44</sup> Daran ändert auch der Mangel bei der Ausfertigung des Bebauungsplans nichts. Ist die Bekanntmachung als solche fehlerfrei und ist damit der rechtsstaatlich gebotene Verkündungszweck, nämlich den Plan der Öffentlichkeit in einer Weise förmlich zugänglich zu machen, dass die Betroffenen sich verlässlich Kenntnis von seinem Inhalt verschaffen können, erreicht, so ist die Bekanntmachung auch geeignet, Präklusionswirkung für die Rüge von materiellen Mängeln nach Ablauf einer gesetzlich bestimmten Frist zu erzeugen.<sup>45</sup>

***Hinweis: Die Frage, ob sich der Ausfertigungsmangel auf den Fristlauf nach § 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB auswirkt, dürfte nur von sehr guten Bearbeitern aufgeworfen werden. Dazu ist freilich auch eine andere Ansicht vertretbar.***

Von einer formgerecht erhobenen Rüge ist jedoch nichts bekannt. Der Verstoß gegen das Entwicklungsgebot ist damit gemäß § 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB unbeachtlich und führt nicht zur Unwirksamkeit des Bebauungsplans.

### **(3) Festsetzungsfähiger Inhalt (§§ 9 und 9a BauGB)**

Der Bebauungsplan hat nach dem Bearbeitervermerk einen festsetzungsfähigen Inhalt. Insbesondere ist die Ausweisung eines Sondergebiets "großflächiger Einzelhandel" nach §§ 9, 9a BauGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 11, Abs. 3 Satz 1, § 11 BauNVO zulässig.

### **(4) Abwägung (§ 1 Abs. 7 BauGB)**

Mängel im Abwägungsergebnis nach § 1 Abs. 7 BauGB sind nicht ersichtlich.

### **dd) Nichtanwendungskompetenz (inzidente Verwerfungskompetenz) des Landratsamts**

Fraglich ist jedoch, ob das Landratsamt neben der Prüfungskompetenz auch eine inzidente Verwerfungskompetenz im Sinne einer Nichtanwendungskompetenz für den Bebauungsplan hat, ihn also im Rahmen eines Baugenehmigungsverfahrens unbeachtet lassen darf, wenn es dessen Unwirksamkeit erkannt hat, oder ob es ihn trotzdem anwenden muss.

---

<sup>43</sup> Vgl. Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kap. III Teil 1 Rn. 10.

<sup>44</sup> Bei der Frist nach § 215 BauGB handelt es sich um eine Ereignisfrist, vgl. Jäde/Dirnberger/Spieß, BauGB, § 215 BauGB Rn. 4.

<sup>45</sup> BVerwG NVwZ 1997, 893, 894; vgl. auch Jäde/Dirnberger/Spieß, BauGB, § 215 BauGB Rn. 4.

Diese Frage ist umstritten.<sup>46</sup> Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung ist nicht ersichtlich. Insbesondere lässt sich hierfür nicht Art. 100 GG heranziehen, da es sich bei einem Bebauungsplan nach § 10 Abs. 1 BauGB um eine Satzung handelt, also um untergesetzliches Recht und nicht - wie es Art. 100 GG voraussetzt - um ein formelles Gesetz.

Nach einer Auffassung hat auch die Exekutive eine Kompetenz, untergesetzliche Normen wie einen Bebauungsplan unangewendet zu lassen. Begründet wird das mit der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG.<sup>47</sup>

Gegen eine Verwerfungskompetenz der Verwaltung lässt sich jedoch das Prinzip der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) anführen, das dafür spricht, allein der Rechtsprechung die Befugnis der Normverwerfung zuzusprechen. Eine Verwerfungskompetenz der Exekutive würde zudem dem Prinzip der Rechtssicherheit zuwiderlaufen, da andernfalls ein uneinheitlicher Verwaltungsvollzug droht.<sup>48</sup> Soweit es um die Rechtswidrigkeit eines Bauleitplans geht, würde eine Normverwerfung auch in die nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verbürgte Planungshoheit der Gemeinde eingreifen.<sup>49</sup> Der Exekutive eine Inzidentverwerfungskompetenz zuzusprechen erscheint auch nicht notwendig, da die Behörde dann, wenn sie die Rechtswidrigkeit einer untergesetzlichen Norm annimmt, ein Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO einleiten oder den Weg über die kommunalaufsichtliche Beanstandung und ggf. Ersatzvornahme nach Art. 112 und 113 GO beschreiten kann.<sup>50</sup>

***Hinweis: Auch § 36 BauGB spricht dagegen, dem Landratsamt die Befugnis zuzubilligen, einen Bebauungsplan nicht anzuwenden. Wenn nach dieser Norm ohne Bebauungsplan das Einvernehmen der Gemeinde erforderlich ist, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass ein Bebauungsplan zu befolgen ist. Ausführungen zu § 36 BauGB sind angesichts des Bearbeitervermerks zwar nicht zu erwarten, aber auch nicht ausgeschlossen und wären entsprechend positiv zu werten.***

Richtiger Ansicht nach ist daher eine inzidente Normverwerfungskompetenz des Landratsamts abzulehnen,<sup>51</sup> sodass von der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens auszugehen ist.

***Hinweis: Sofern man eine Normverwerfungskompetenz des Landratsamts annimmt, wäre im Folgenden die Genehmigungsfähigkeit des Bauvorhabens nach § 35 BauGB zu prüfen. Da die nächste Bebauung 500 Meter entfernt ist, liegt das Vorhaben im sog. Außenbereich. Das Vorhaben ist dabei nicht nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegiert, so dass sich die Zulässigkeit als sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB richtet. Das Vorhaben beeinträchtigt nach § 35 Abs. 3 Satz 1***

---

<sup>46</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 474 ff.; Sachs, GG, Art. 20 Rn. 97 m.w.N zu pro und contra.

<sup>47</sup> Vgl. Jarass/Piero, GG, Art. 20 Rn. 40; OVG Lüneburg, Urteil v. 15. Oktober 1999, Az: 1 M 3614/99; VGH Kassel, Beschluss v. 22. Februar 1994, Az: 5 TH 1189/92.

<sup>48</sup> Vgl. Kremer, JuS 2012, 431, 436.

<sup>49</sup> Vgl. Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 474.

<sup>50</sup> Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO, VwVfG, § 73 Rn. 37; BayVGH, Urteil v. 1. April 1982, Az: 15 N 81 A/1679.

<sup>51</sup> So auch BGH, Urteil v. 25. Oktober 2012, Az: III ZR 29/12; OVG Koblenz, Urteil v. 14. Mai 2013, Az: 8 A 10043/13; BayVGH, Urteil v. 1. April 1982, Az: 15 N 81 A/1679; OVG Saarlouis, Urteil v. 9. Dezember 1991, Az: 1 R 25/91; Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 474.

**Nr. 1 BauGB jedoch öffentliche Belange, weil es dem Flächennutzungsplan widerspricht und die Voraussetzungen von § 35 Abs. 4 BauGB nicht vorliegen. Das Vorhaben ist daher nicht nach § 35 Abs. 2 BauGB zulässig.**

### **3. Vereinbarkeit mit sonstigen öffentlich-rechtlichen Anforderungen**

Nach dem Bearbeitervermerk entspricht das Vorhaben auch den nach Art. 60 Satz 1 Nr. 2 und 3 BayBO im Baugenehmigungsverfahren zu prüfenden bauordnungsrechtlichen und sonstigen öffentlich-rechtlichen Anforderungen.

### **D. Ergebnis**

Das Landratsamt hat die Baugenehmigung nach Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BauGB zu erteilen.

***Hinweis: Das Landratsamt kann jedoch aufgrund der Unwirksamkeit des Bebauungsplans das Baugenehmigungsverfahren aussetzen<sup>52</sup> und grundsätzlich entweder ein Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO anstrengen oder kommunalaufsichtlich tätig werden. Ein Normenkontrollantrag nach § 47 Abs. 1 und Abs. 2 VwGO scheidet im vorliegenden Fall allerdings aus, weil die Jahresfrist nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO bereits verstrichen ist. Es bleibt die Möglichkeit der rechtsaufsichtlichen Beanstandung nach Art. 112 GO und erforderlichenfalls der Ersatzvornahme nach Art. 113 GO.<sup>53</sup> Dieses Vorgehen ist auch anzuraten. Erteilt das Landratsamt nämlich die Baugenehmigung mangels Verwerfungskompetenz ohne weiteres, so kann das ggf. im Nachhinein zur Amtshaftung nach § 839 BGB i.V.m Art. 34 GG führen.<sup>54</sup>***

***Ausführungen zu den alternativen Handlungsmöglichkeiten des Landratsamts sind nach der Fallfrage nicht zu erwarten, können allerdings positiv gewürdigt werden.***

### **Frage 2: Zulässigkeit der Klage von Rita Rübl (R)**

Zu prüfen ist, ob die Klage der R zulässig ist.

#### **A. Entscheidungskompetenz**

Die Entscheidungskompetenz des Verwaltungsgerichts Regensburg liegt nach dem Bearbeitervermerk vor und ist deshalb nicht zu prüfen.

---

<sup>52</sup> Die Aussetzungsbefugnis wird teilweise auf § 94 VwGO analog (Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 475) gestützt, teilweise aus dem Verwaltungsermessen der Behörde i.V.m. dem Grundsatz der einfachen und zweckmäßigen Verfahrensgestaltung nach Art. 10 Satz 2 BayVwVfG hergeleitet (Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 9 Rn. 53; OVG Lüneburg, Beschluss v. 29. Januar 2016, Az: 11 OB 272/15).

<sup>53</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 475.

<sup>54</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 476; BGH, Urteil v. 20. Oktober 1977, Az: III ZR 142/75; BGH, Urteil v. 25. März 2004, Az: III ZR 227/02.

## **B. Zulässigkeit der Klage**

### **I. Statthaftigkeit**

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klageantrag und dem, ggf. auszulegenden (vgl. § 88 VwGO), klägerischen Begehren.<sup>55</sup> R begehrt die Feststellung, dass ihr Ausschluss von der Sitzung vom 12. November 2019 rechtswidrig gewesen sei.

Dabei könnte es sich um eine kommunalverfassungsrechtliche Streitigkeit handeln. Als solche werden Verfahren bezeichnet, bei denen es um die Durchsetzung organ-schaftlicher Rechte geht.<sup>56</sup> Der Kommunalverfassungsstreit stellt keine besondere Verfahrensart dar, sondern bezeichnet nur eine bestimmte Sachverhaltskonstellation. Die Meinung, wonach die herkömmlichen Klagearten der VwGO auf die Innenrechts-streitigkeit zwischen Organen keine Anwendung finden, wird daher heute kaum noch vertreten.<sup>57</sup>

#### **1. Anfechtungs- oder Fortsetzungsfeststellungsklage**

Für die Bestimmung der Klageart kommt es maßgeblich darauf an, ob es sich bei dem Ausschluss der R von der Beratung und Abstimmung in der Sitzung um eine bloß in-terne Maßnahme oder um einen Verwaltungsakt (Art. 35 Satz 1 BayVwVfG)<sup>58</sup> handelt. In letzterem Fall wäre möglicherweise die Anfechtungsklage (vgl. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) oder bei Erledigung die Fortsetzungsfeststellungsklage (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog) statthaft.

a) Eine Einzelfallentscheidung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts i.S.v. Art. 35 Satz 1 BayVwVfG liegt mit dem Ausschluss unzweifelhaft vor. Problematisch erschei-nen jedoch die Tatbestandsmerkmale "Behörde" und "Regelung, die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist".

b) Behörde ist nach Art. 1 Abs. 2 BayVwVfG jede Stelle, die Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnimmt. Die Gemeinde selbst ist unzweifelhaft eine Behörde. Ob der Bürgermeister als Organ der Gemeinde Behördeneigenschaft hat, ist fraglich.<sup>59</sup> Da der Behördenbegriff in Art. 1 Abs. 2 BayVwVfG weit auszulegen ist ("jede Stelle"), kann die Behördeneigenschaft des Organs erster Bürgermeister wohl bejaht werden.

c) Fraglich ist aber, ob der Entscheidung Außenwirkung i.S.v. Art. 35 Satz 1 BayVwVfG zukommt. Zwar ist mit dem Ausschluss eines Gemeinderatsmitglieds von der Sitzung ein Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht (vgl. Art. 48 Abs. 1 GO) verbunden. Betroffen

---

<sup>55</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 82 Rn. 1 und § 88 Rn. 3.

<sup>56</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 2. Teil Rn. 270.

<sup>57</sup> Vgl. Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 2. Teil Rn. 273, 276.

<sup>58</sup> Nach anderer Ansicht ist im Rahmen der Bestimmung der statthafte Klageart für die Auslegung des Begriffs des Verwaltungsaktes § 35 VwVfG heranzuziehen, da die Begriffsbestimmung im Rahmen der bundesrechtlichen Regelung des § 42 VwGO nicht auf der Grundlage einer landesrechtlichen Regelung erfolgen könne (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, Anh § 42 Rn. 2). Ausführungen der Bearbeiter zu dieser Problematik sind aber nicht zu erwarten, zumal sich in der Sache wegen der inhaltlichen Übereinstim-mung der Vorschriften keine Unterschiede ergeben (vgl. zum Ganzen Jakel JuS 2016, 410). Es ist des-halb gleichermaßen zu akzeptieren, wenn für die Auslegung entweder Art. 35 BayVwVfG oder § 35 VwVfG herangezogen wird.

<sup>59</sup> Die Frage wird von Widtmann/Grasser/Glaser, GO, Exkurs Art. 49 Rn. 20 aufgeworfen, aber offen- gelassen.

ist aber gerade nur die Wahrnehmung der der R in der Eigenschaft als Gemeinderatsmitglied zustehenden Rechte, nicht aber die Organwahrnehmung als solche bzw. die Rechte der R als natürliche Person.<sup>60</sup> Dem Ausschluss fehlt daher die für die Verwaltungsaktsqualität erforderliche Außenwirkung, sodass sich die Streitigkeit als eine reine im Gemeindeverfassungsrecht wurzelnde Innenstreitigkeit darstellt.<sup>61</sup> Somit ist weder die Anfechtungs- noch die Fortsetzungsfeststellungsklage statthaft.<sup>62</sup>

***Hinweis: Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Begründung noch vertretbar.<sup>63</sup> Geht ein Bearbeiter von der Verwaltungsaktsqualität der Maßnahme aus, ist konsequenterweise im Folgenden auf die Anfechtungs- bzw. Fortsetzungsfeststellungsklage abzustellen.***

## 2. Allgemeine Feststellungsklage

In Betracht kommt aber eine allgemeine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO.

a) Hierzu müsste zunächst um ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis gestritten werden.

Ein Rechtsverhältnis ist die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer Norm ergebende rechtliche Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache.<sup>64</sup> Hier wird darum gestritten, ob R als Mitglied des Organs Gemeinderat weiterhin an der Sitzung hätte teilnehmen dürfen oder ob der Bürgermeister sie zu Recht ausgeschlossen hat, mithin handelt es sich um ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis.<sup>65</sup> Gegenstand der Feststellungsklage kann dabei auch ein in der Vergangenheit liegendes Rechtsverhältnis sein, wenn sich dieses auf irgendeine Art noch auf die Gegenwart auswirkt.<sup>66</sup> Aufgrund des ohne die R gefassten Aufstellungsbeschlusses ist dies der Fall.

b) Wegen der Subsidiarität der Feststellungsklage nach § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO ist jedoch zu prüfen, ob auch eine andere vorrangige Klageart statthaft wäre.

Die Leistungsklage ist dabei grundsätzlich die richtige Klageart, wenn ein Tun, Dulden oder Unterlassen verlangt wird.<sup>67</sup> Soweit effektiver Rechtsschutz nicht anders zu erreichen ist, lässt der BayVGH dabei im Rahmen der Leistungsklage auch die Aufhebung (Kassation) eines Beschlusses zu.<sup>68</sup> Die Annahme einer Leistungsklage mit kassatorischer Wirkung stößt in der Literatur jedoch auf Kritik. So wird vorgebracht, eine kassatorische Wirkung sei schon deshalb nicht zu fordern, weil fehlerhafte Handlungen von Organen, insbesondere Beschlüsse des Gemeinderats, in der Regel unwirksam

---

<sup>60</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 2. Teil Rn. 271.

<sup>61</sup> Hölzl/Hien/Huber, GO, Art. 29 Anm. 5.2 und Art. 53 Anm. 4 m.w.N; BayVGH, Urteil v. 29. Juli 1987 Az: 4 B 86.01352; Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 2. Teil Rn. 262 und 264; kritisch: Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, GO, Art. 53 Anm. 8 m.w.N zur h.M und zur Gegenauffassung.

<sup>62</sup> BayVGH, Urteil v. 29. Juli 1987, Az: 4 B 86/01352.

<sup>63</sup> Kopp/Schenke, VwGO, Anh § 42 Rn. 88.

<sup>64</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 43 Rn. 11.

<sup>65</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 43 Rn. 10.

<sup>66</sup> Wolff, in: Decker/Wolff, VwGO/VwVfG Studienkommentar, § 43 Rn. 19.

<sup>67</sup> Wachsmuth, Praxis der Kommunalverwaltung, GO, Art. 29 Anm. 3.2.1; Fehling/Kastner/Wahrendorf, Verwaltungsrecht, VwGO, § 43 Rn. 21.

<sup>68</sup> Hölzl/Hien/Huber, GO, Art. 29 Erl. 5.2.

seien.<sup>69</sup> Im Übrigen kann der konkrete Ausschluss der R, da er in der Vergangenheit liegt, nicht mehr rückgängig gemacht werden, so dass eine Konstellation für eine Leistungsklage in diesem Sinn nicht vorliegt.

**Hinweis: Nach der Rechtsprechung des BayVGH soll in Fällen des unzulässigen Ausschlusses eines Gemeinderatsmitglieds von der Beschlussfassung sogar nicht nur der Ausschlussbeschluss aufzuheben sein, sondern bei entsprechendem Antrag auch der ohne Mitwirkung des zu Unrecht ausgeschlossenen Mitglieds gefasste Beschluss. Diese Frage ist in der Bearbeitung aber nicht aufgeworfen, da nur nach dem gerichtlichen Vorgehen gegen den Ausschließungsbeschluss gefragt ist. Weist ein Bearbeiter im Zusammenhang mit der Frage des effektiven Rechtsschutzes knapp auf diese Problematik hin, kann dies positiv berücksichtigt werden.**

Teilweise wird vertreten, dass hier eine Fortsetzungsfeststellungsklage (in doppelter Analogie) statthaft sein soll.<sup>70</sup> Dies ist jedoch abzulehnen.<sup>71</sup> Es wäre systemwidrig, ohne Vorliegen eines Verwaltungsakts auf die Fortsetzungsfeststellungsklage zurückzugreifen, die gerade auf die Situation der Anfechtungsklage zugeschnitten ist, und nicht nötig, da derartige Fälle über die allgemeine Feststellungsklage erfasst sind.<sup>72</sup>

Schließlich kommt auch eine Klage sui generis<sup>73</sup> nicht in Betracht, da die Konstellationen des Kommunalverfassungsstreits sich mit den in der VwGO geregelten Klagearten sachgerecht lösen lassen.<sup>74</sup>

Für den (angeblich) rechtswidrigen Ausschluss eines Gemeinderatsmitglieds aus einer Ratssitzung ist daher die allgemeine Feststellungsklage statthafte Klageart.<sup>75</sup>

## II. Feststellungsinteresse

R müsste auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung haben, § 43 Abs. 1 VwGO.

Das berechtigte Interesse schließt jedes als schutzwürdig anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art ein.<sup>76</sup> Entscheidend ist, dass die gerichtliche Entscheidung geeignet ist, die Position des Klägers in den genannten Bereichen zu verbessern.<sup>77</sup> Die Fallgruppen, die hierfür bei der Fortsetzungsfeststellungsklage entwickelt wurden, können auch bei der allgemeinen Feststellungsklage

---

<sup>69</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 2. Teil Rn. 276.

<sup>70</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 21 Rn. 12 und § 18 Rn. 44; vgl. zur Erledigung einer allgemeinen Leistungsklage: VG Augsburg, Urteil v. 3. Juli 2017, Az: Au 7 K 16.242 und VG Würzburg, Urteil v. 25. Juli 2007, Az: W 2 K 07.106: dort offengelassen.

<sup>71</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 18 Rn. 44 m.w.N.

<sup>72</sup> Fehling/Kastner/Wahrendorf, Verwaltungsrecht, VwGO, § 43 Rn. 22.

<sup>73</sup> Vgl. z.B. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 21 Rn. 14 m.w.N auch zur Gegenauffassung; Kopp/Schenke, VwGO, Vorb. § 40 Rn 8b m.w.N auch zur Gegenauffassung.

<sup>74</sup> Fehling/Kastner/Wahrendorf, Verwaltungsrecht, VwGO, § 43 Rn. 21; Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Vorb. § 42 Abs. 1 Rn. 18 m.w.N.

<sup>75</sup> Fehling/Kastner/Wahrendorf, Verwaltungsrecht, VwGO, § 43 Rn. 22; BayVGH, Urteil v 29. Juli 1987, Az: 4 B 86.01352; Hölzl/Hien/Huber, GO, Art. 53 Anm.4; Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, GO, Art. 53 Rn. 8.

<sup>76</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 43 Rn. 23.

<sup>77</sup> BVerwG, Urteil v. 16. Mai 2013, Az: 8 C 14.12, dort zur Fortsetzungsfeststellungsklage.



herangezogen werden.<sup>78</sup> Wenn die Maßnahme in der Vergangenheit liegt und bereits Erledigung stattgefunden hat, wird wegen der Vergleichbarkeit der Interessenlage allgemein sogar ein entsprechendes qualifiziertes Feststellungsinteresse gefordert.<sup>79</sup>

Es kommt die Fallgruppe der Wiederholungsgefahr oder ein Interesse an Rehabilitation in Betracht.<sup>80</sup>

Ein berechtigtes Interesse ist wegen Wiederholungsgefahr in der Regel gegeben, wenn die hinreichend bestimmte Gefahr besteht, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen ein gleichartiges Verwaltungshandeln erfolgen wird.<sup>81</sup> Hier hat B angekündigt, auf ein vergleichbares Verhalten der R auch künftig mit einem Ausschluss von der Sitzung zu reagieren. Eine konkrete Wiederholungsgefahr liegt daher vor.

Zudem könnte ein sog. Rehabilitationsinteresse vorliegen. Dies ist der Fall, wenn von der ursprünglichen Maßnahme weiterhin eine diskriminierende Wirkung ausgeht.<sup>82</sup> Teilweise wird zudem verlangt, dass die Stigmatisierung als Beeinträchtigung des Ansehens in der Öffentlichkeit oder im sozialen Umfeld "Außenwirkung" erlangt haben und noch andauern muss.<sup>83</sup> R wurde mit scharfen Worten von der Sitzung ausgeschlossen, was nicht nur von den übrigen Gemeinderatsmitgliedern, sondern auch von den anwesenden Zuhörern wahrgenommen wurde. Von der Maßnahme ging daher eine Diskriminierung aus, die über die Sitzung hinweg fort dauerte und von der Öffentlichkeit wahrgenommen wurde. Ein Rehabilitationsinteresse der R liegt also vor.

***Hinweis: Auf die streitige<sup>84</sup>, vom BVerwG allerdings verneinte<sup>85</sup> Frage, ob sich ein (qualifiziertes) Feststellungsinteresse auch (allein) wegen eines "schwerwiegenden Grundrechtseingriffs" ergeben kann, kommt es daher nicht mehr an. Wird hierauf eingegangen und dies bejaht, müsste bereits an dieser Stelle die "Grundrechtsfähigkeit" der R als Gemeinderatsmitglied angesprochen werden.***

***Diskutiert werden könnte schließlich eine entsprechende Anwendung der Fallgruppe der "typischerweise kurzfristigen Erledigung" (verbunden mit einer spürbaren Grundrechtsbeeinträchtigung<sup>86</sup>) in Bezug auf einen Realakt.<sup>87</sup>***

### III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO analog)

1. Ob auch bei der Feststellungsklage neben dem berechtigten Interesse noch eine Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO zu fordern ist, ist umstritten.

---

<sup>78</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 43 Rn. 23.

<sup>79</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 43 Rn. 25; Posser/Wolff, VwGO, § 43 Rn. 7 und 25; VG Saarlouis, Gerichtsbescheid vom 8. März 2019, Az: 3 K 437/17; VG Schleswig, Urteil v. 20. Februar 2019, Az: 11 A 386/18.

<sup>80</sup> Hölzl/Hien/Huber, GO, § 53 Rn. 4: "Feststellungsinteresse wegen Wiederholungsgefahr oder wegen diskriminierender Wirkung regelmäßig gegeben".

<sup>81</sup> St. Rspr. des BVerwG, u.a. Urteil vom 18. Dezember 2007 - C-47/06 - NVwZ 2008, 571 Rn. 13; in diesem Sinne auch Lindner, NwvZ 2014, 180, 181.

<sup>82</sup> Vgl. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 18 Rn. 50.

<sup>83</sup> BVerwG, Urteil v. 16. Mai 2013, Az: 8 C 14.12.

<sup>84</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 113 Rn. 146 m.w.N.

<sup>85</sup> BVerwG, Urteil v. 16. Mai 2013, Az: 8 C 14.12.

<sup>86</sup> BayVGh, Urteil v. 10. Juli 2018, Az: 10 BV 17.2405.

<sup>87</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 43. Rn. 25 m.w.N.

Die wohl herrschende Auffassung<sup>88</sup> bejaht dies, um Popularklagen auszuschließen.<sup>89</sup>

Nach der Gegenansicht fehlt es insoweit an einer Regelungslücke, da der Gefahr von Popularklagen bereits durch das Erfordernis eines berechtigten Interesses an der Feststellung begegnet werde.<sup>90</sup> Allerdings wird dies auch von denjenigen, die das Erfordernis einer Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO grundsätzlich ablehnen, für den Fall eines verwaltungsgerichtlichen Organstreits wie dem Kommunalverfassungsverstreit anders gesehen und das Vorliegen einer Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO für diesen Fall für erforderlich gehalten.<sup>91</sup>

2. R steht eine Klagebefugnis zu, da es nicht von vornherein nach jedem Gesichtspunkt ausgeschlossen ist, dass sie in einem subjektiven Recht verletzt ist. Als Mitglied des Organs Gemeinderat hat sie aus Art. 48 Abs. 1 Satz 1 GO ein Recht auf Teilnahme an den Beratungen und Abstimmungen. Durch den Ausschluss von der Sitzung ist das Teilnahmerecht der R möglicherweise verletzt.

3. Fraglich ist, ob R sich hier zur Begründung der Klagebefugnis darüber hinaus auch auf eine mögliche Verletzung ihres Grundrechts auf Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG berufen kann. Ob Gemeinderatsmitglieder sich in dieser Funktion auf Grundrechte berufen können, ist umstritten.<sup>92</sup>

Nach einer Auffassung ist dies abzulehnen, weil Gemeinderatsmitglieder als "Teil" des Hoheitsträgers diesem nicht in einer Außenrechtsbeziehung gegenüberstehen, somit selbst Grundrechtsadressaten sind und nicht zugleich Grundrechtsträger sein können. Teilweise wird jedoch eine Verstärkung der einfachgesetzlichen Mitwirkungsrechte durch die Grundrechte angenommen.<sup>93</sup>

Die Gegenauffassung bejaht dies und argumentiert, dass ein Gemeinderatsmitglied seine Grundrechte nicht an der Tür zum Sitzungssaal abgebe. Eine Berufung auf die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG sei damit auch dem Gemeinderatsmitglied grundsätzlich möglich<sup>94</sup>, wobei aber die Tatsache, dass es nicht im Außenverhältnis betroffen ist, im Rahmen der Interessenabwägung Berücksichtigung finden müsse.<sup>95</sup>

Teilweise wird schließlich danach differenziert, ob die entsprechende Äußerung, für die das Grundrecht der Meinungsfreiheit in Anspruch genommen wird, in der Sitzung oder außerhalb der Sitzung erfolgt ist.<sup>96</sup>

Überzeugender Ansicht nach ist eine Grundrechtsfähigkeit eines Gemeinderatsmitglieds jedenfalls in dem hiesigen Fall einer Äußerung während der Sitzung im Rahmen einer politischen Debatte abzulehnen. Denn in diesem Fall agiert das

---

<sup>88</sup> Fehling/Kastner/Wahrendorf, Verwaltungsrecht, VwGO, § 43 Rn. 56.

<sup>89</sup> BVerwG, Urteil v. 28. Juni 2000, Az: 11 C 13/99; VG Regensburg, Urteil v. 8. März 2017, Az: RN 3 K 16.1026; Wachsmuth, Praxis der Kommunalverwaltung, GO, Art. 29 Anm. 3.2.3.

<sup>90</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 43 Rn. 22 und § 42 Rn. 63; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 18 Rn. 17.

<sup>91</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 18 Rn. 17 a.E und § 21 Rn. 15; Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, § 25 Rn. 490; Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 43 Rn. 29.

<sup>92</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 21 Rn. 20; Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 2. Teil Rn. 263 a.E.

<sup>93</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 21 Rn. 20 m.w.N.

<sup>94</sup> BVerfG, Beschluss v. 5. Dezember 2008, Az: 1 BvR 1318/07.

<sup>95</sup> BVerwG, Beschluss v. 12. Februar 1988, Az: 7 B 123/87; VG Gera Urteil v. 20. Februar 2013, Az: 2 K 267/12 Ge; VG Würzburg, Urteil v. 27. November 2002, Az: W 2 K 02.870.

<sup>96</sup> OVG NRW, Urteil v. 15. September 2015, Az: 15 A 1961/13.

Gemeinderatsmitglied selbst als Teil eines Grundrechtsadressaten, sodass es nicht selbst Grundrechtsträger sein kann. Außerdem ist es durch die ihm als Gemeinderatsmitglied zustehenden Rechte hinreichend geschützt.

R kann sich deshalb nicht auf die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG berufen.

***Hinweis: Es sind hier zur "Grundrechtsfähigkeit" von Gemeinderatsmitgliedern alle Auffassungen vertretbar. Entscheidend ist (nur), dass die Bearbeiter die Problematik überhaupt erkennen und einer sachgerechten, begründeten Lösung zuführen.***

#### **IV. Beteiligten- und Prozessfähigkeit**

R und die Gemeinde G, gegen die R die Klage gerichtet hat, müssten auch beteiligten- und prozessfähig sein.

Für den Kommunalverfassungsstreit ist umstritten, auf welche Vorschriften zur Bestimmung der Beteiligtenfähigkeit von Organwaltern zurückzugreifen ist. Zu beachten ist dabei, dass es nicht um die Geltendmachung von Außenrechten, sondern um Organrechte geht. Vertreten wird sowohl eine direkte oder analoge Anwendung von § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO als auch von § 61 Nr. 2 VwGO.<sup>97</sup> Soweit auf § 61 Nr. 2 VwGO in direkter oder analoger Anwendung abgestellt wird, steht der R grundsätzlich auch ein konkretes Organrecht in Gestalt des Rechts auf Teilnahme an den Sitzungen des Gemeinderats aus Art. 48 Abs. 1 Satz 1 GO zu. Der Streit kann daher dahinstehen; R ist nach allen Ansichten beteiligtenfähig. Die Beteiligtenfähigkeit der Gemeinde folgt aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO i.V.m. Art. 1 Satz 1 GO.

Die Prozessfähigkeit der R ergibt sich aus § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Die Gemeinde G wird nach § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 38 Abs. 1 GO vom ersten Bürgermeister B vertreten.

#### **V. Ordnungsgemäße Klageerhebung (§§ 81, 82 VwGO)**

Eine ordnungsgemäße Klageerhebung nach §§ 81, 82 VwGO liegt vor, insbesondere hat R die Klage schriftlich (vgl. § 81 Abs. 1 Satz 1 VwGO) erhoben.

#### **VI. Frist**

Die Feststellungsklage nach § 43 VwGO ist nicht fristgebunden. Verwirkung ist offensichtlich nicht eingetreten.

#### **VII. Rechtsschutzbedürfnis**

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis für die Klage liegt vor. Dieses entfällt auch nicht durch die Möglichkeit, rechtsaufsichtliche Maßnahmen nach Art. 108 ff. GO

---

<sup>97</sup> Vgl. zum Meinungsstreit Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 21 Rn. 6; Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 2. Teil Rn. 274.

anzuregen, da ein Anspruch auf Einschreiten der Rechtsaufsichtsbehörde nicht besteht (vgl. Art. 112 ff. GO).<sup>98</sup>

***Hinweis: Das VG Düsseldorf verlangt aus dem "Grundsatz der Organtreue", dass der Betroffene die Maßnahme rechtzeitig gegenüber dem anderen Organ rügt, um diesem die Möglichkeit zu geben, selbst für Abhilfe zu sorgen.<sup>99</sup> Da R protestiert hat, wird man, wenn man dem folgen will, auch dies bejahen können. Ausführungen hierzu können jedoch nicht erwartet werden.***

### **C. Ergebnis**

Die Klage ist zulässig.

---

<sup>98</sup> Vgl. Lissack, Kommunalrecht, § 4 Rn. 169; BayVGh, Urteil v. 14. August 2006, Az: 4 B 05.939: Die vorherige rechtsaufsichtliche Klärung ist nur eine Obliegenheit, deren Unterlassen dazu führen kann, dass der Kläger ggf. keinen Kostenerstattungsanspruch gegen die Gemeinde hat.

<sup>99</sup> VG Düsseldorf, Urteil v. 18. März 2016, Az: 1 K 8453/15.