

Gutachtliche Stellungnahme
zu den kommunalverfassungsrechtlichen Fragen des
Bürgerbegehrens „Aktionsgemeinschaft Kauffmann-Areal“
für die
Stadt Ebersbach an der Fils

Vorgelegt von
Prof. Dr. Alfred Katz, Rechtsanwalt, EBM a.D.
Schneider, Geiwitz & Partner, Neu-Ulm.

Gliederungsübersicht:

1. Auftrag
2. Sachverhalt
3. Kommunalverfassungsrechtliche Bewertung
4. Zusammenfassende Ergebnisse

1. Auftrag

Die Stadt Ebersbach an der Fils hat mit Vertrag vom 24. September 2008 Herrn Rechtsanwalt Prof. Dr. Alfred Katz, Partner der Schneider, Geiwitz, Partnerschaftsgesellschaft, Bahnhofstr. 41, 89321 Neu-Ulm, beauftragt, eine gutachtliche Stellungnahme zu den kommunalverfassungsrechtlichen Fragen des Bürgerbegehrens der Aktionsgemeinschaft Kauffmann-Areal in der Stadt Ebersbach zu erstellen (zur Vorbereitung der Gemeinderatsentscheidung über die Prüfung der Zulässigkeit des Bürgerbegehrens). Auf das Schreiben der Stadt vom 15. September 2008, auf die Besprechung am 19. September 2008 und den Vertrag vom 24. September 2008 wird Bezug genommen.

2. Sachverhalt

Am 4. September 2008 hat das Aktionsbündnis Kauffmann-Areal nach Durchführung eines Bürgerbegehrens den Antrag auf Durchführung eines Bürgerentscheids mit dem Ziel gestellt, den Gemeinderatsbeschluss zum „Kauffmann-Areal“ aufzuheben. Dem Antrag waren 2.034 Unterschriften beigelegt. Die Stadtverwaltung hat die abgegebenen Unterschriften geprüft und 1.926 gültige Unterschriften festgestellt. Das Bürgerbegehren zur Durchführung eines Bürgerentscheids hatte folgenden Wortlaut („Vorspann“ zur Unterschriftenliste; außerdem war den Listen ein Lageplan mit handschriftlichen Anmerkungen beigelegt):

*„Mit diesem **Bürgerbegehren** beantragen die Unterzeichner/innen einen Bürgerentscheid über die Frage, ob der Beschluss des Gemeinderates vom 22.07.2008 zur Vergabe des „Kauffmann-Areals“ an den Bieter ImmoInvest GmbH & Co. KG (i.G.) aufgehoben werden soll.*

Begründung:

- *Die Entwicklung des Kauffmann-Areals ist eine Jahrhundertchance für Ebersbach. Darüber sollten alle Ebersbacher entscheiden.*

- *Statt einen Riesen-Parkplatz in den Mittelpunkt zu stellen, sollte mehr Aufenthaltsqualität erreicht werden.*
- *Der Schutz der schwächsten Verkehrsteilnehmer (Kinder, Schüler, Jugendliche, Erwachsene und Senioren) wird nicht ausreichend berücksichtigt. Gerade Schüler und Jugendliche werden den kürzeren Weg über das Kauffmann-Areal zu den Schulen und zum Jugendhaus wählen.*
- *Die durch Ebersbacher Bürger erarbeiteten Vorschläge zum Kauffmann-Areal sind nicht genügend eingeflossen.“*

Der Gemeinderat der Stadt Ebersbach hat sich nach jahrelangen Diskussionen in letzter Zeit in einer Vielzahl von Sitzungen mit der städtebaulichen Entwicklung des „Kaufmann-Areals“ beschäftigt. Insbesondere sind hier zu nennen:

- Sondersitzung am 23.05.2006, Klausurtagung am 23./24.06.2006, Sondersitzung am 18.07.2006 und Beschlussfassung am 25.07.2006: Festlegung der nutzungs- und verkehrskonzeptionellen sowie städtebaulichen Eckpunkte als Vorgabe für die Investorensuche (Wettbewerb; vgl. insb. Dr.S. 155/2006 mit Anlagen).
- Beschluss vom 20.11.2007, mit dem die FIRU-GmbH, Kaiserslautern, beauftragt wurde, den Vergabeprozess Veräußerung und Neubebauung mit sog. Baukonzession zu betreuen. Die rechtliche Beratung wurde RA Dr. Weiblen (Anwaltskanzlei Mohring & Kollegen, Stuttgart) übertragen (vgl. im Einzelnen Dr.S. 266/2007).
- Beschluss vom 22.01.2008, mit dem zur städtebaulichen Neuordnung des Kaufmann-Areals die Durchführung des Vergabeverfahrens einer Baukonzession gem. § 32 VOB/A und die europaweite Ausschreibung gem. § 3 Nr. 4 VOB/A i.V.m. § 101 Abs. 4 GWB festgelegt wurde (Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb). Die inhaltlichen Vorgaben hat der Gemeinderat anerkannt (Gebietsabgrenzung, erwünschte Nutzungen, angestrebte öffentliche Einrichtungen, Energieversorgung, Städtebau und Architektur; vgl. dazu eingehend Dr.S. 290-1/2007 mit Anlagen).
- Beschluss vom 22.07.2008, mit dem die Baukonzession für das Kaufmann-Areal an die Fa. ImmoInvest GmbH & Co. KG (i.G.) unter Beachtung von § 3 VgV und § 28 VOB vergeben wurden (vgl. im Einzelnen, insb. zu dem Verfahren und der Angebotsbewertung Dr.S. 186/2008). Über den Beschluss wurde in der örtlichen Presse am 24.7.2008 berichtet.

Die Baukonzession Kaufmann-Areal ist am 24.01.2008 europaweit ausgeschrieben worden: „Die Stadt Ebersbach a.d.F. (15.500 Einw.), Bad.-Württ. (D), beabsichtigt die Vergabe einer Baukonzession gem. § 32 VOB/A für ein in integrierter städtebaulicher Lage befindliches, ca. 1,95 ha großes Areal (Kaufmann-Areal). Es ist eine städtebauliche Neuordnung mit den Nutzungselementen Einzelhandel, Dienstleistungen, Wohnen vorgesehen. Abgerundet werden soll dieses Angebot durch städtische Einrichtungen sowie eine öffentliche Tiefgarage. Die Nutzung soll durch private Personen und Firmen sowie in Teilbereichen auch durch die Kommune erfolgen. Das Gebiet der Baukonzession umfasst überwiegend im kommunalen Eigentum befindliche Grundstücke. Es wird ein zweistufiges Verfahren durchgeführt (Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb. Allein maßgebend ist der Ausschreibungstext in der Gesamtfassung. Der Ablauf der Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge ist der 20.03.2008.“

Beim Teilnahmewettbewerb, in der 1. Stufe, gingen vier Interessenbekundungen von Bewerbern ein, die alle die Teilnahmevoraussetzungen erfüllten und daher zur 2. Stufe zugelassen wurden. Anfang Mai 2008 hat ein Bewerber auf die weitere Wettbewerbsteilnahme verzichtet, sodass noch mit drei Bewerbern das Verhandlungsverfahren durchgeführt wurde.

In einem zeitintensiven, gründlichen Verfahren hat die siebenköpfige Verhandlungskommission (Projektgruppe aus 4 GR-Mitgliedern und 3 Mitgliedern der Verwaltung) in einer Vielzahl von Verfahrensschritten mit den drei Bewerbern das Verhandlungsverfahren durchgeführt. Die Projektgruppe wurde von 4 Experten begleitet und beraten. Die Zusammensetzung der Projektgruppe und deren Verfahren einschließlich der Vorgaben inhaltlicher Art (Kernpunkte) sowie der Kriterien für Bewertung und Gewichtung der Angebote (6 Bewertungskriterien mit unterschiedlicher Gewichtung) hat der Gemeinderat am 22.01.2008 festgelegt (vgl. Dr.S. 290-1/2007 mit Anlagen). Die Beschreibung und Bewertung der drei Angebote ist in der Beschlussvorlage vom 15.07.2008 dargestellt (Dr.S. 186/2008). Das Ergebnis der Abschlussbewertung ergab für die drei Bewerber folgendes Bild: HBB 11,574 Gesamtpunkte, Procom 12,397 Gesamtpunkte und ImmoInvest 15,269 Gesamtpunkte. Die Bewerber schnitten in den einzelnen Kriterien (Themenblöcke) recht unterschiedlich ab. So erhielt etwa der Drittplazierte beim Kriterium 3, der städtebaulichen Qualität, die beste Beurteilung. Entsprechend dem Votum der Projektgruppe hat der Gemeinderat mehrheitlich die Baukonzession an die Fa. ImmoInvest GmbH & Co. KG (i.G.) vergeben (vgl. im Einzelnen Dr.S. 186/2008 mit Anlagen und GR-Niederschrift).

Parallel dazu sind den Bietern von der Stadtverwaltung die Entwürfe eines Grundstückskaufvertrags und einer Grundvereinbarung zugeleitet worden.

Gegen den Beschluss des Gemeinderats vom 22.07.2008 zum Kauffmann-Areal regte sich in den Wochen danach Widerstand, der sich in öffentlichen Diskussionen, Leserbriefen usw. entlud und aus dem sich das „Aktionsbündnis Kauffmann-Areal“ bildete. Die Bürgerinitiative versuchte die notwendigen Unterschriften für ein Bürgerbegehren zu sammeln, um den Gemeinderatsbeschluss aufzuheben. Das Aktionsbündnis hält die beschlossene ImmoInvest-Lösung für keine angemessene Lösung, die „historische Chance“ für eine qualitätvolle städtebauliche Lösung werde vertan, man wolle mit der Stadt eine „bessere Lösung suchen“. Die Vorschläge, die in zwei Planungswerkstätten von rd. 50 Bürgern/-innen ausgearbeitet worden seien, seien nicht hinreichend berücksichtigt worden (vgl. im Einzelnen die Begründung zum Bürgerbegehren und etwa NWZ vom 28.08.2008).

Von Seiten der Stadt wurde nach bekannt werden der Aktivitäten des „Aktionsbündnisses“ die Bürgerschaft über die rechtlichen Grundlagen für Bürgerbegehren und Bürgerentscheid informiert und das Verfahren „Baukonzession Kauffmann-Areal“ nochmals erläutert (Presseerklärung von Bürgermeister Wolff vom 27.08.2008). In einem aufwändigen, gesetzlich durch Vergabe- und Wettbewerbsrecht bis hin zu europarechtlichen Bestimmungen verbindlich vorgegebenen Verfahren sei der Beschluss vom 22.07.2008 auf der Grundlage und in Vollzug der Gemeinderatsbeschlüsse vom 20.11.2007 und 22.01.2008 objektiv und nachvollziehbar getroffen worden. Das Verfahren und die Entscheidungsgrundlagen seien sachgerecht und qualifiziert durchgeführt bzw. erarbeitet worden. Die Vergabeentscheidung des Gemeinderats sei zwar nicht die

Erfüllung aller Wünsche, aber eine finanziell vertretbare, städtebaulich und auch hinsichtlich der vorgesehenen Nutzungen gute und für Ebersbach weiterführende Lösung. Weiter wird von der Stadt darauf hingewiesen, dass für den Fall, dass der GR-Beschluss durch Bürgerentscheid aufgehoben werden sollte, eine jetzt machbare und mit vielen Vorteilen für die Bürgerschaft einhergehende Lösung sowie ein aufwändiges Vergabeverfahren in Frage gestellt wäre. Nicht nur das: Angesichts des europaweiten Ausschreibungsverfahrens stellt sich die Frage, woher eine vom Aktionsbündnis gewünschte alternative Lösung kommen soll. Es bestünde die Gefahr, dass neben rechtlichen und finanziellen Risiken aus einem evtl. gescheiterten Vergabeverfahren am Ende Ebersbach ganz mit leeren Händen dastehen und die Bebauung des Kauffmann-Areals sich über viele Jahre hinziehen würde. Der vom Gemeinderat am 22.07.2008 gefasste Vergabebeschluss sei deshalb zum Wohle der Stadt erfolgt, eine Aufhebung des Beschlusses wäre nicht richtig und mit erheblichen Risiken verbunden (Presseerklärung von BM Wolff vom 27.08.2008).

Für das Gebiet „Stadtmitte – Westl. Bahnhofstraße – Planbereich 01 –“, das mit dem „Kauffmann-Areal“ weitgehend identisch ist, hat die Stadt Ebersbach a.d.F. in den 90er Jahren einen Bebauungsplan aufgestellt und mit Satzungsbeschluss vom 24.9.1996 beschlossen. Durch Bekanntmachung im Mitteilungsblatt ist er am 5.3.1999 in Kraft getreten. Damit besteht auch für das hier interessierende „Kauffmann-Areal“ ein rechtsgültiger Bebauungsplan, der bei Umsetzung der Vergabeentscheidung des Gemeinderats vom 22.7.2008 entsprechend angepasst werden muss. Das förmliche Verfahren dazu wurde inhaltlich bisher noch nicht eingeleitet. Lediglich durch Beschluss des Gemeinderats vom 11.3.2008 wurde der Arbeitstitel des Bebauungsplans von „Stadtmitte – Westl. Bahnhofstraße“ in „Kauffmann-Areal“ geändert und die Abgrenzung des Geltungsbereichs leicht modifiziert bzw. angepasst (vgl. dazu im Einzelnen: Beschlussvorlage 0044/2008).

Insbesondere in den Jahren 2005 bis 2007 wurden vom Rat und von der Verwaltung der Stadt Ebersbach a.d.F. sowie deren Bürgerschaft, insbesondere den Mitgliedern der Planungswerkstätten Erneuerungsgebiet „Ludwigstraße/Kauffmann-Areal“, in einem breit angelegten, offenen und intensiven Meinungsbildungsprozess die städtebauliche Neuordnung des „Kauffmann-Areals“ sowie die nutzungskonzeptionellen und städtebaulichen Eckpunkte und Vorgaben für einen Wettbewerb beraten und diskutiert. Die Planungswerkstätten wurden von einer ausgewiesenen und erfahrenen Gesellschaft, der Kommunalentwicklung LEG Bad.-Württ. – KE -, koordiniert und fachlich beraten (vgl. Power-Point-Präsentation der KE zu der Auftaktveranstaltung am 4.5.2005). Die Bürgerschaft hat in den Planungswerkstätten viele Anregungen und Ideen entwickelt, die in vier Planungsvarianten dargestellt wurden (Varianten 1a, 1b, 2a und 2b). Diese Planungsvarianten sind dann in die Beratungen des Gemeinderats eingeflossen bzw. eingebracht worden (vgl. dazu insb. Beschlussvorlage Dr.S. 0155/2006 vom 15.5.2006 mit Anlagen und die Power-Point-Präsentation der Stadt „Neuordnung Kauffmann-Areal“ sowie die Protokolle über Gespräche der Stadtverwaltung mit Vertretern der Planungswerkstätten am 4.5.2006). Die diesbezüglichen Aktivitäten und die Öffentlichkeitsarbeit sind in einem Aktenvermerk vom 11.9.2008 vom Bau- und Umweltamt zusammengestellt worden.

3. Kommunalverfassungsrechtliche Bewertung

- a) In § 21 GemO ist festgelegt, dass über Angelegenheiten des Wirkungskreises der Gemeinde unter dort im Einzelnen geregelten Voraussetzungen ein Bürgerentscheid durchzuführen ist, nach § 21 Abs. 1 GemO dann, wenn der Gemeinderat es mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen aller Mitglieder beschließt, und nach § 21 Abs. 3 GemO, wenn die Bürgerschaft durch Bürgerbegehren einen Bürgerentscheid beantragt (vgl. auch Art. 60 und 72 LV). Von Anfang an hat die bad.-württ. GemO als Grundprinzip das System der repräsentativen Demokratie festgelegt, allerdings die Bürger nicht nur auf die Ausübung des Wahlrechts beschränkt, sondern ihnen zusätzliche plebiszitäre Rechte eingeräumt. Die Bürgerschaft sollte in ihrem örtlichen, überschaubaren Lebensraum nicht auf die Rolle des bloßen Zuschauers beschränkt sein, sondern als „Betroffene“ aktiv mitwirken (§§ 20 ff.; vgl. allgemein: Kunze/Bronner/Katz, Kommentar zur GemO, § 21 Rn. 1 ff.; Katz BWGZ 2006, 841, 857, 866, 891 ff.). Diese Grundkonzeption ist im Laufe der letzten rd. 30 Jahre weiterentwickelt und den kommunalpolitischen Bedürfnissen angepasst worden, besonders sind die zunächst relativ engen Grenzen für solche plebiszitären Elemente mehrfach modifiziert und weniger restriktiv festgelegt worden (vgl. die „Demokratisierungsnovellen“ vom 4.11.1975, GBl. S. 726, vom 15.7.1998, GBl. S. 418, und vom 28.7.2005, GBl. S. 577). Mit der GemO-Novelle 2005 wurden insbesondere der Positivkatalog abgeschafft, das Quorum von 30 auf 25 Prozent abgesenkt und die Fristen verlängert (vgl. LTDS 13/4385; Katz BWGZ 2006, 841, 866).
- b) Nach heute geltender Rechtslage müssen für ein nach § 21 Abs. 3 GemO zulässiges Bürgerbegehren gegen einen Gemeinderatsbeschluss folgende **rechtlichen Voraussetzungen** erfüllt sein:
- Es muss sich um eine Angelegenheit des Wirkungskreises der Gemeinde handeln, für die der Gemeinderat zuständig ist **(1)**;
 - Das Bürgerbegehren (Bürgerentscheid) darf nicht rechtswidrige Ziele oder unzulässige Inhalte verfolgen bzw. die Stadt nicht zu rechtswidrigem Handeln zwingen **(2)**;
 - Es darf keine in § 21 Abs. 2 GemO ausgeschlossene Angelegenheit Gegenstand des Begehrens sein **(3)**;
 - Über die Angelegenheit darf in den letzten drei Jahren kein Bürgerentscheid durchgeführt worden sein **(4)**;
 - Der Antrag muss schriftlich gestellt, eindeutig formuliert und hinreichend begründet sein **(5)**;
 - Der Antrag muss einen durchführbaren Vorschlag für die Aufbringung der erforderlichen Mittel enthalten (Finanzierungsvorschlag; **(6)**);
 - Der Antrag muss von einer Mindestzahl von Bürgern/-innen unterstützt werden (Unterschriftenquorum, 10 % der Wahlberechtigten; **(7)**);
 - Das Begehren muss innerhalb von 6 Wochen nach der Bekanntgabe des Gemeinderatsbeschlusses eingereicht werden (Ausschlussfrist; **(8)**).

Dazu ist noch besonders auf folgendes hinzuweisen: Abgesehen von den Gesetzesmaterialien, die aber auch einiges im Unklaren lassen, gibt es zu der Neuregelung 2005 nur ganz wenige Gerichtsurteile, auf eine gesicherte Rechtsprechung kann also nicht zurückgegriffen werden. Deshalb ist es im Folgenden in einigen Punkten nicht möglich, eindeutige Antworten zu geben. Da die gutachtliche Stellungnahme sich schwerpunktmäßig auf die kommunalverfassungsrechtlichen Fragen beziehen, sind im Übrigen die darüber hinausgehende Ausführungen, insbesondere zu den Vergaberechtsfragen, als Hinweise zu verstehen (zu den Vergaberechtsfragen vgl. das Gutachten von RA Weiblen, Stuttgart).

c) Zu den **einzelnen rechtlichen Voraussetzungen** ist folgendes auszuführen:

Zu (1):

Gegenstand des Bürgerbegehrens ist jede „**Angelegenheit des Wirkungskreises der Gemeinde**“, für die der Gemeinderat zuständig ist (§ 21 Abs. 3 S. 1 GemO). Auf dem Hintergrund der Zielsetzung der Neuregelung 2005 ist dieser Begriff weit zu fassen und darunter alle Angelegenheiten zu verstehen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder einen spezifischen Bezug zur Gemeinde haben und die der Gemeinde im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts garantiert sind (vgl. Art. 28 Abs. 2 GG; Art. 71 LV; Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 21 Rn. 3; Katz BWGZ 2006, 841, 851 ff.; Kaltenborn/Lenz VBIBW 2008, 128 f.). Dass es sich bei der Veräußerung und Neubebauung sowie der Vergabe der Baukonzession für das Kauffmann-Areal, einer städtebaulichen Maßnahme im Zentrum der Stadt, um eine Angelegenheit des Wirkungskreises der Stadt Ebersbach handelt, ist unbestritten, zumal auch die Stadt Eigentümer von mehr als 80 % des Geländes ist.

Zu (2):

Problematisch könnte sein, ob durch die vorangegangenen Gemeinderatsbeschlüsse und deren bisherigen Vollzug, insbesondere vom 22.01.2008, nicht bereits Fakten geschaffen worden sind, die das Bürgerbegehren (Bürgerentscheid) deshalb als unzulässig einstufen lassen, als es **rechtswidrige Ziele oder unzulässige Inhalte** verfolgt.

Dies könnte im hier zu beurteilenden Fall **einerseits** dadurch gegeben sein, dass das Bürgerbegehren auf einen Gemeinderatsbeschluss gerichtet ist, der bereits rechtswirksam vollzogen ist oder das Vergabeverfahren mit Baukonzession als einheitliche Gesamtmaßnahme mit mehreren Verfahrensschritten anzusehen ist („gestrecktes“ Entwicklungs- und Vergabeverfahren), dessen wesentliche Inhalte in dem GR-Beschluss vom 22.1.2008 enthalten sind und der Beschluss vom 22.7.2008 nur eine unselbständige Folgeentscheidung, eine reine Vollzugsmaßnahme darstellt (vgl. etwa Landtag BW, Petition 14/1451, Drs. 14/2098, S. 18 ff.; BayVGH NVwZ 1998, 423 ff.; OVG NRW NVwZ-RR 2006, 625; VG Stgt., Urteil vom 26.1.2007 – 7 K 4164/06; Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 21 Rn. 14). Nach h.M. gehen Bürgerentscheide, die auf Aufhebung bereits unterschriebener

Verträge und Vorgänge abzielen, die **bereits Rechtsverbindlichkeit erlangt** haben, ins Leere (sind „verbraucht“), da die Erfüllung solcher Verpflichtungen für die Stadt unmöglich ist (vgl. etwa OVG NRW NVwZ-RR 2006, 625; VG Stgt., Urteil vom 26.1.2007 – 7 K 4164/06; Kaltenborn/Lenz VBIBW 2008, 128, 132 f. m.w.N.). Da aber der Vergabebeschluss vom 22.7.2008 noch nicht vollzogen ist und im Vergabeverfahren grundsätzlich keine Rechtspflicht zur Auftragserteilung besteht, der Auftraggeber bei Vorliegen oder Nichtvorliegen von Aufhebungsgründen den Zuschlag nicht erteilen muss, liegt ein solcher Fall hier nicht vor. Auch die wahrscheinliche Rechtsfolge, dass eine Aufhebung des Vergabebeschlusses ohne Rechtsgrund Schadensersatzansprüche nach den Grundsätzen „culpa in contrahendo“ auslösen wird (negatives Interesse; Ersatz der bisher entstandenen Aufwendungen für die Vorbereitung des Angebots und die Teilnahme am Vergabeverfahren in einer Größenordnung von grob geschätzt 100.000 bis 200.000 Euro), ändert daran nichts (ständige Rspr des BGH; vgl. BGH NJW 1998, 3636 ff. und 3640 ff.; DB 2003, 659; KG BauR 2003, 775). Ein solcher möglicher Schadensersatzanspruch verleiht dem Bürgerbegehren nach der ratio legis des § 21 GemO noch keinen unzulässigen Inhalt. Im Hinblick auf die Zielsetzung der GemO-Novelle 2005, die Elemente unmittelbarer Demokratie im repräsentativen System zu stärken, geht das Bürgerbegehren nicht „ins Leere“, richtet sich nicht gegen ein rechtswidriges Ziel, da die Vergabe gegenüber dem Auftragnehmer noch nicht erfolgt ist, kein Rechtsanspruch auf Zuschlagserteilung besteht und auch ein wahrscheinlicher Schadensersatzanspruch, der nur auf das negative Interesse gerichtet ist, nicht entgegensteht (vgl. dazu auch unten (6)).

Von der Rechtsprechung ist bisher nicht eindeutig geklärt, ob ein Bürgerbegehren/Bürgerentscheid einen Aufhebungsgrund i.S. des § 26 VOB/A darstellt. Lediglich in einem Urteil des bay. VGH wird erwähnt, dass dies – wenn überhaupt - allenfalls nach einem erfolgreichen Bürgerentscheid zu bejahen wäre (vgl. etwa BayVGH NVwZ 1998,423 ff.). Kommt man zum Ergebnis, dass ein Bürgerbegehren/Bürgerentscheid einen „schwerwiegender Grund“ i.S.v. § 26 VOB/A darstellt, entfällt auch ein Anspruch auf das negative Interesse. Nach dem vorliegenden Sachverhalt ist kaum zu befürchten, dass ausnahmsweise ein Schadensersatzanspruch auf das positive Interesse gegeben ist. Ein Rechtsanspruch auf Zuschlagserteilung wurde in der Ausschreibung ausgeschlossen (Erfüllungsinteresse einschließlich des entgangenen Gewinns; vgl. BGH NJW 1998, 3636 ff. und BauR 2002, 1082; OLG Naumburg BauR 2005, 914; Locher/Vygen, VOB/A-Kommentar, § 26 Rn. 3 ff.; Weyand, VOB/A-Kommentar, § 26, Rn. 5872 ff.; Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A-Kommentar, § 26 Rn. 1 ff. und 31).

Andererseits ist zu prüfen, ob die mit dem **Beschluss vom 22.1.2008** und der öffentlichen europaweiten Ausschreibung vom 24.1.2008 festgelegte und eingeleitete städtebauliche Entwicklungsmaßnahme „Veräußerung und Neubebauung mit sog. Baukonzession“ nicht im Sinne eines einheitlichen Gesamtprojekts zu verstehen ist, für das bereits im Januar 2008 alle **„weichenstellenden“ Inhalte** und Fragen festgelegt und entschieden wurden, und der Vergabebeschluss vom 22.7.2008 damit nur noch eine „unselbständige Folgemaßnahme“, ein **bloßer Vollzugsbeschluss** darstellen würde (vgl. etwa VGH BW EKBW GemO § 21 E 17, 20 und 21; VG Karlsruhe,

Urteil vom 30.5.2008 – 1 K 78/08; BayVGH BayVBI 1997, 21 f.; NVwZ 1998, 423 ff.; Kaltenborn/Lenz VBIBW 2008, 128, 133 m.w.N.). Bei Bejahung dieser Frage hätte bei dem vorliegend zu prüfenden kassatorischen Bürgerbegehren der Antrag schon innerhalb von 6 Wochen nach Bekanntgabe des Gemeinderatsbeschlusses vom 22.1.2008 gestellt werden müssen. Damit wäre der Beschluss vom 22.7.2008 nicht mehr bürgerentscheidsfähig, der Antrag vom 4.9.2008 gegen einen nicht bürgerentscheidsfähigen Beschluss gerichtet und auch wegen Fristablauf unzulässig (vgl. Landtag BW, Petition 14/1451, Drs. 14/2098, S. 18 ff.; VGH BW EKBW GemO § 21 E 17, 20 und 21; VG Stgt., Urteil vom 26.1.2007 – 7 K 4164/06; Kaltenborn/Lenz VBIBW 2008, 128, 132).

Die damit zusammenhängenden **Fragen sind nicht ganz eindeutig zu beantworten**. Einerseits kann es bei Maßnahmen, die über Jahre hinweg komplexe, kostenintensive und aufwendige Entwicklungs- und Verfahrensprozesse sowie damit zusammenhängende politische Willensbildungsprozesse erfordern und u.U. eine Vielzahl von Gemeinderatsbeschlüssen bedürfen, nicht zulässig sein, alle diesbezüglichen Beschlüsse des Gemeinderats als bürgerentscheidsfähig anzusehen („gestrecktes“ Planungsverfahren, Entwicklungsstufen usw.; komplexe Projekte, schwierige Entwicklungs- und Planungsprozesse usw., die eine mehrmalige Befassung des Gemeinderats erfordern oder eine solche kommunalpolitisch geboten ist). Das gilt auch im Hinblick auf die Grundsätze der Effizienz und Sparsamkeit sowie auf die Notwendigkeit einer nachhaltigen und noch berechen- und planbaren kommunalen Aufgabenwahrnehmung und Politik. Sonst könnten etwa bereits eingeleitete, im Bau befindliche oder abgewickelte Projekte nachträglich bei sich verändernden tatsächlichen Entwicklungen und dadurch notwendigen sachlichen oder finanziellen Anpassungen „durch die Hintertür“ erneut zum Gegenstand eines kassatorischen Bürgerentscheids gemacht werden (vgl. anschaulich Morlock BWVP 1992, 5 ff. zur „Schwarzwaldautobahn“ und Kaltenborn/Lenz VBIBW 2008, 128 ff. zu „Stuttgart 21“). So hat etwa der bay. VGH im Rahmen der Vergabe des Bauvorhabens Tiefgarage und Theatererweiterung, bei der in dem „Projektbeschluss“ bereits alle wesentlichen Punkte festgelegt wurden, die Zuschlagserteilung und die endgültige Auftragsvergabe als unselbständige Folgebeschlüsse eingeordnet, die nicht bürgerbegehrensfähig sind (NVwZ 1998, 423 ff.). Andererseits darf bei solchen Maßnahmen, wenn die Zielsetzung des § 21 GemO, effektive Plebiszite und unmittelbare Aktivierung der Bürger nicht ohne Not zu stark zu begrenzen, erreicht werden soll, nicht nur ein Beschluss, der „Projektbeschluss“, bürgerentscheidsfähig sein, zumal die Wirtschaftlichkeits- und Planbarkeitsaspekte ja auch durch die Sechswochenfrist für die Einreichung des kassatorischen Bürgerbegehrens abgemildert werden (vgl. LT-Drs. 13/4385, S. 1 und 9 ff.; Katz BWGZ 2006, 841, 866).

Nach dem **VGH BW** ist ein Bürgerbegehren als Kassation gegen einen Gemeinderatsbeschluss nicht allein gegen den „Projektbeschluss“ zulässig, mit dem der Gemeinderat nach Abschluss der Planungen „grünes Licht“ für die Realisierung des Vorhabens gibt. Vielmehr seien alle **„weichenstellende“ Grundsatzbeschlüsse bürgerentscheidsfähig**. Dazu gehören auch die Einleitung des Planungsverfahrens, die Standortfrage,

wesentliche Einzelheiten der Gestaltung, der Nutzung und dergleichen, aber auch „wiederholende“ Grundsatzbeschlüsse, wenn sie nach nochmaliger eingehender Sachdiskussion gefasst wurden. Nicht bürgerentscheidsfähig sind rein referierende, bloß bestätigende oder rein vollziehende Beschlüsse von grundsätzlich getroffenen Entscheidungen (insb. Beschlüsse, die sich mit der Baudurchführung, Finanzierungsmodifizierungen oder den Folgekosten beschäftigen; vgl. dazu VGH BW EKBW GemO § 21 E 17, 20 und 21; OVG NRW, Urteil vom 28.1.2003 – 15 A 203/02; Sapper VBIBW 1983, 89 ff.; Kaltenborn/Lenz VBIBW 2008, 128, 133). Danach werden auch nach Grundsatzbeschlüssen bei Durchführung eines Architektenwettbewerbs oder eines Verhandlungsverfahrens wesentliche Einzelheiten von „weichenstellender“ Bedeutung meist erst nach Vorliegen deren Ergebnisse feststehen und deshalb durch weitere Beschlüsse entschieden werden müssen (anders wohl bei reinen Bauvergaben; vgl. BayVGH NVwZ 1998, 423 ff.).

Im vorliegend zu beurteilenden Fall kommt dem Vergabebeschluss durchaus „weichenstellende Bedeutung“ i.S. des VGH BW zu. Zwar wurden mit dem Beschluss vom 22.1.2008 die Ausschreibungskonditionen, Bewertungskriterien usw. festgelegt, aber in der Ausschreibung waren so viel Alternativen und Spielräume für städtebauliche Konzepte, Architektur, Nutzungen, Erschließung, Vertragsstruktur, Preisgebot, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Investors usw., dass die aus dem Verhandlungsverfahren sich ergebenden, dem Vergabevorschlag zugrunde liegenden Ergebnisse „wesentlich“, nicht nur vollziehend sind und damit der Vergabebeschluss des Gemeinderats vom 22.7.2008 bürgerentscheidsfähig ist. Durch die Unterschiedlichkeit der aus dem Verhandlungsverfahren hervorgegangenen Angebote wird dies bestätigt (siehe im Einzelnen die Beschlussvorlage 0186/2008 mit Anlagen; vgl. insb. VGH BW EKBW GemO § 21 E 21; Kaltenborn/Lenz VBIBW 2008, 128, 133). Rechtliche Restzweifel können allerdings nicht ganz ausgeschlossen werden (auch im Hinblick auf BayVGH NVwZ 1998, 423 ff.).

Zu (3):

Zu prüfen ist weiter, ob es sich um eine Angelegenheit handelt, in der nach dem **Negativkatalog** des § 21 Abs. 2 GemO ein Bürgerentscheid ausgeschlossen ist. In Betracht kommt hier der Ausschlussgrund in Nr. 6: „Bauleitpläne und örtliche Bauvorschriften“. Tragender Grund dafür ist, dass insoweit ja baurechtliche Verfahrensvorschriften mit Bürgerbeteiligung bestehen und ihnen Abwägungsprozesse zugrunde liegen, die sich nicht auf die für den Bürgerentscheid typische Ja/Nein-Entscheidung reduzieren lassen. Dieser vielschichtige Abwägungsprozess soll dem Gemeinderat vorbehalten bleiben. Diese Ausnahme soll nach dem Willen des Gesetzgebers aber nicht für Grundsatzentscheidungen im Vorfeld eines bauplanungsrechtlichen Verfahrens zur Gemeindeentwicklung gelten, da insofern die konkreten planerischen Abwägungen erst durch einen späteren Gemeinderatsbeschluss im Rahmen des Bebauungsplanverfahrens erfolgen. Grundsatzentscheidungen zur Stadtentwicklung sind also von dieser Ausnahme nicht erfasst, sondern grundsätzlich bürgerentscheidsfähig, da keine Abwägungen i.S. des förmlichen Verfahrens nach dem BBauG

erforderlich sind (vgl. LT-Drs. 13/4385 S. 11 und 18; Landtag BW, Sitzungsprotokolle 13. Wahlperiode, S. 6910 und 6919; Landtag BW, Petition 14/1451, Drs. 14/2098, S. 18 ff.; Innenministerium, in: Rundschreiben des Städtetags vom 6.12.2005; VG Karlsruhe, Urteil vom 30.5.2008 – 1 K 78/08; Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 21 Rn. 12; Kaltenborn/Lenz VBIBW 2008, 128, 130). Die Frage, was formal zur Bauleitplanung gehört und damit nicht bürgerentscheidsfähig ist und was eine Grundsatzentscheidung über die Entwicklung der Gemeinde ist, muss nach den konkreten Umständen des Einzelfalls entschieden werden. Das dem Vergabebeschluss aufgrund des Verhandlungsverfahrens zugrunde liegende Konzept zur Gestaltung und Entwicklung des innerstädtischen „Kauffmann-Areals“ stellt eine Grundsatzentscheidung dar, die förmlich nicht unmittelbar mit dem Bebauungsplanverfahren zusammenhängt, und deshalb nach ganz h.M. bürgerentscheidsfähig ist. Die konkreten bauplanerischen Abwägungen nach dem BBauG werden inhaltlich erst in dem später förmlich zu beschließenden Bebauungsplanverfahren vorgenommen (Beschlussvorlage 0044/2008; vgl. den Sachverhalt in Ziff. 2 sowie die oben genannten Fundstellen; VG Karlsruhe, Urteil vom 30.5.2008 – 1 K 78/08; Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 21 Rn. 12).

Zu (4):

Nach § 21 Abs. 3 S. 2 GemO ist ein Bürgerbegehren unzulässig, wenn über dieselbe Angelegenheit innerhalb der letzten drei Jahre ein Bürgerentscheid aufgrund eines Bürgerbegehrens stattgefunden hat („**Sperrfrist**“). Dadurch soll vor allem angestrebt werden, dass unnötige Unruhe vermieden und der stadtpolitische „Friede“ nicht zusätzlich belastet wird (vgl. Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 21 Rn. 22). Zwar haben in Ebersbach in den letzten Jahren zum Thema „Kauffmann-Areal“ viele Beratungen und Diskussionen stattgefunden, sind zahlreiche Überlegungen, Anregungen, Vorschläge usw. gemacht worden. Ein Bürgerbegehren/Bürgerentscheid hat allerdings nicht stattgefunden.

Zu (5):

Der **Antrag** muss **schriftlich** gestellt, **eindeutig** formuliert und hinreichend begründet sein. Maßgebend für die Auslegung ist der objektive Erklärungsinhalt, wie er in der Formulierung und Begründung des Antrags zum Ausdruck gebracht wurde und von den Unterzeichnenden verstanden werden konnte und musste. Die Bürger/-innen müssen wissen, welchen Inhalt das von ihnen unterstützte Begehren hat. Die Anforderungen dafür dürfen nicht zu hoch angesetzt werden (vgl. VGH BW VBIBW 1977, 10 ff.; EKBW GemO § 21 E 16; vgl. auch § 21 Abs. 8 GemO i.V.m. § 41 KomWG und § 53 KomWO). Aus dem Antrag/Schreiben vom 4.9.2008 ergibt sich unter Heranziehung des Vorspanns der Unterschriftenliste und des Lageplans mit ausreichender Klarheit und Eindeutigkeit, dass die Unterzeichner das Ziel verfolgen, den Vergabebeschluss des Gemeinderats vom 22.7.2008 aufzuheben (Bürgerbegehren als Kassation). Die Begründung ist hinreichend, zwar nicht ganz objektiv (vgl. z.B. die handschriftlichen Eintragungen in dem Lageplan), aber auch nicht verfälschend, für die Unterzeichner nicht unzulänglich oder irreführend (keine unzulässige Beeinflussung, Täuschungsabsicht usw. durch

die Initiatoren des Begehrens; vgl. die Begründung auf den Unterschriftslisten und den beigefügten Lageplan). Den Unterzeichnern war der Inhalt hinreichend erkennbar. Das Bürgerbegehren ist auch mit Ja/Nein zu beantworten (vgl. OVG NRW DÖV 2002, 961 f.; OVG NRW, Urteil vom 19.3.2004 – 15 B 522/04; Sapper VBIBW 1983, 90 ff.; Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 21 Rn. 16 ff.).

Nicht ganz zweifelsfrei ist allerdings, ob nach dem Willen der Antragsteller mit der Aufhebung des Vergabebeschlusses nur die Vergabe an den Bieter ImmoInvest GmbH & Co. KG gemeint ist und das Verfahren selbst mit dem Ziel eines i.S. der Antragsteller besseren Ergebnisses „weitergeführt“ werden soll oder ob das gesamte europaweite Ausschreibungsverfahren aufgehoben werden soll (vgl. bereits oben Zu (2); §§ 26, 28 und 19 VOB/A). Der Wortlaut des Antrags spricht eher für Ersteres. Die städtebauliche Entwicklung i.S. einer „Jahrhundertchance“, wie es in der Begründung des Antrags heißt, wird allerdings mit den angebotenen Konzepten, dessen Nr. 1 die Antragsteller nicht verwirklichen wollen, wohl nicht zu realisieren sein. Mangels konkreter Angaben und Vorgaben in dem Antrag auf einen Bürgerentscheid, vor allem wie das weiterzuführende bzw. wieder zu eröffnende Verhandlungsverfahren inhaltlich und verfahrensmäßig zu betreiben wäre, ist von einer Aufhebung der Ausschreibung insgesamt auszugehen.

Zu (6):

Weiter muss der Antrag einen nach den gesetzlichen Bestimmungen durchführbaren Vorschlag für die Aufbringung der erforderlichen Mittel enthalten (**Finanzierungsvorschlag** nach § 21 Abs. 3 S. 3 GemO). Die Bürgerschaft soll nicht nur Leistungen von der Gemeinde fordern können, sondern muss auch die Möglichkeit einer Finanzierung prüfen, sich also der finanziellen Verantwortung für die mit dem Begehren/Entscheid verbundene Maßnahme bewusst sein (Kostenhöhe und Deckungsvorschlag für Herstellungs- und Folgekosten). Im Hinblick auf die Wirkung eines Bürgerentscheids als endgültiger Gemeinderatsbeschluss muss in diesen Fällen grundsätzlich auch die Bürgerschaft ihre Forderungen am Kommunalrecht, insbesondere den §§ 77 ff. GemO, ausrichten und verantwortlich handeln, wenngleich dabei die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen (überschlägige, aber schlüssige Kostenschätzungen und rechtlich zulässiger Deckungsvorschlag usw.; ob dies auch für Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo, nutzlos aufgewendete Kosten des negativen Interesses gilt – wie oben zu 2 dargestellt ist – , ist umstritten und bei der Zielsetzung des § 21 GemO eher zu verneinen; vgl. VwV GemO zu § 21, Ziff. 3; VGH BW BWVP 1977, 10 f. und VBIBW 1983, 309; EKBW GemO § 21 E 6, 10 und 11; Nds. OVG ZKF 2003, 342 f.; OVG NRW, Urteil vom 19.3.2004 – 15 B 522/04; Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 21 Rn. 20; Stegmaier BWVP 1990, 173 f.; Ritgen, Bürgerbegehren und Bürgerentscheid. Baden-Baden 1997, S. 142).

Problematisch ist hier, dass der Antrag ausdrücklich keinen solchen Finanzierungsvorschlag enthält, die Antragsteller sich u.U. keine Gedanken über die Kostendeckung gemacht haben. Grundsätzlich wird die Auffassung vertreten, dass man sich stets bei Bürgerbegehren/Bürgerentscheid mit dem

Thema Kostendeckung auseinander setzen muss, die Kosten und deren Finanzierung verantwortlich prüfen, sich dazu äußern und in den Antrag aufnehmen muss, eben um auch allen Unterzeichnern diese Fragen transparent zu machen und vor Augen zu führen. Ob diese Grundsätze uneingeschränkt auch für kassatorische Bürgerentscheide gelten, wird nicht einheitlich beantwortet. Überwiegend hält die Rechtsprechung das Erfordernis der Kostendeckung dann für entbehrlich, wenn ausschließlich ein Gemeinderatsbeschluss aufgehoben werden soll oder eine weniger aufwendige Maßnahme beantragt wird. Trotz rechtlichen Restzweifeln wird man einen solchen Fall hier vertreten können. Der Bürgerentscheid scheidet also nicht mangels Deckungsvorschlag (vgl. VGH BW EKBW GemO § 21 E 6 und 19).

Zu (7):

Der Begehrensantrag auf Durchführung eines Bürgerentscheids muss nach § 21 Abs. 3 S. 5 GemO von mindestens 10 v.H. der Bürger unterzeichnet sein. Durch Unterschrift muss das Bürgerbegehren von einer Mindestzahl von wahlberechtigten Bürgern ausdrücklich unterstützt und damit die Ernsthaftigkeit des Bürgeranliegens dokumentiert werden (**Unterschriftenquorum**; vgl. § 41 KomWG; § 53 KomWO; Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 21 Rn. 17 f.; Sapper VBIBW 1983, 89 f.; Stegmaier BWVP 1990, 173, 177 f.). Am 4.9.2008 hat das Aktionsbündnis „Kauffmann-Areal“ den Antrag auf Durchführung eines Bürgerentscheids mit insgesamt 2.034 Unterschriften eingereicht. Nach Prüfung hat die Stadt Ebersbach mit Pressemitteilung vom 17.9.2008 folgendes mitgeteilt: „Am 4.9.2008 waren in Ebersbach 11.082 Bürgerinnen und Bürger wahlberechtigt, 10 % hievon sind 1.108 Unterschriften. Mit 1.926 gültigen Unterschriften ist dieses Quorum erreicht.“

Zu (8):

In den Fällen, in denen ein Bürgerbegehren nicht „initiiierend“ gegen ein Projekt usw., sondern „kassatorisch“ gegen einen Gemeinderatsbeschluss gerichtet ist und wie hier konkret die Aufhebung des Vergabebeschlusses vom 22.7.2008 beantragt wird, ist nach § 21 Abs. 3 S. 3 GemO zu prüfen, ob es sich um einen bürgerentscheidsfähigen Beschluss handelt und die **6-Wochenfrist** eingehalten wurde (vgl. dazu oben zu (2) und etwa Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 21 Rn. 21; Kaltenborn/Lenz VBIBW 2008, 138, 131 ff.;). Die Rechtsfrage, ob der Vergabebeschluss vom 22.7.2008 bürgerentscheidsfähig ist, ob es sich dabei um einen wesentlichen, „weichenbestimmenden“ Grundsatzbeschluss oder nur um einen bloßen Vollzugsbeschluss handelt, ist oben unter Zu (2) eingehend geprüft und i.S. der Bürgerentscheidsfähigkeit bewertet worden. Auch die 6-Wochenfrist wurde von dem antragstellenden Aktionsbündnis beachtet. Über den Vergabebeschluss vom 22.7.2008 wurde in der örtlichen Presse am 24.7.2008 berichtet (vgl. Zeitungsbericht in der NWZ vom 24.7.2008 „Freude hält sich in Grenzen“). Exakt 6 Wochen danach wurde der Antrag mit den Unterschriftslisten bei der Stadtverwaltung korrekt abgegeben (vgl. die städt. Pressemitteilungen vom 5. und 17.9.2008; VGH BW EKBW GemO § 21 E 14 und NVwZ 1985, 288; Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 21 GemO Rn. 21).

4. Zusammenfassende Ergebnisse

Die verfassungsrechtliche Prüfung der Zulässigkeit des Bürgerbegehrens „Aktionsgemeinschaft Kauffmann-Areal“ kommt zu dem Ergebnis, dass die rechtlichen Voraussetzungen beachtet sind, auch wenn einige rechtliche Restzweifel bestehen bleiben (insbesondere zu (2): Vergabe rein vollziehender Beschluss und Schadensersatzansprüche auslösende Aufhebung der Vergabe als unzulässiger Begehrensinhalt; zu (5): unklare Antrags- bzw. Fragestellung, Aufhebung der Zuschlagserteilung oder des gesamten Vergabeverfahrens; zu (6): fehlender Finanzierungsvorschlag). Der Antrag des Aktionsbündnisses auf Durchführung eines Bürgerentscheids zur Aufhebung des Vergabebeschlusses des Gemeinderats der Stadt Ebersbach a.d.F. in Sachen „Veräußerung und Neubebauung mit Baukonzession des Kauffmann-Areals“ vom 22.7.2008 beinhaltet eine kommunale Angelegenheit der Stadt, verfolgt keine rechtswidrigen Ziele oder unzulässige Inhalte, stellt keinen Gegenstand des Negativkatalogs dar, der schriftliche Antrag ist hinreichend klar formuliert und begründet, verstößt nicht gegen die Pflicht zur Vorlage eines Finanzierungsvorschlages und wurde fristgerecht mit der erforderlichen Zahl von Unterschriften eingereicht.

Da also die formalen und inhaltlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens nach Meinung des Gutachters erfüllt sind, wird dem Gemeinderat der Stadt Ebersbach a.d.F. empfohlen, das Bürgerbegehren durch entsprechenden Beschluss zuzulassen (§ 21 Abs. 4 S. 1 GemO).

Prof. Dr. Alfred Katz
Rechtsanwalt