

Ausschussvorlage INA 21/13
öffentlich vom 14.02.2025
Teil 5

**Schriftliche und mündliche Anhörung
zu Gesetzentwurf Drucks. [21/1303](#)
Stellungnahmen von Anzuhörenden und Sachverständigen**

Hessischer Landtag
Innenausschuss
Schlossplatz 1-3

65183 Wiesbaden

E-Mail: h.dransmann@ltg.hessen.de;

c.kehrein@ltg.hessen.de

Prof. Dr. Matthias Rossi

Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Europarecht sowie Gesetzgebungslehre

Universitätsstraße 24
86159 Augsburg

Tel +49 (0) 821 598 - 4546

Fax +49 (0) 821 598 - 4547

matthias.rossi@jura.uni-augsburg.de

www.jura.uni-augsburg.de/rossi

Augsburg, den 11.02.2025

Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Landesregierung

„Gesetz zur Verbesserung der Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungskörperschaften und zur Änderung kommunalrechtlicher Vorschriften“,

Drucksache 21/1303

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

gerne komme ich der Bitte nach und nehme zum o.g. Gesetzentwurf Stellung.

Meine Ausführungen beschränken sich auf die intendierte Änderung des mathematischen Sitzzuteilungsverfahrens vom Hare/Niemeyer Quotenverfahren zum d'Hondtschen Höchstzahlverfahren, wie sie von Artikel 3 Nr. 3 des Gesetzentwurfs vorgesehen ist (I.). Wegen des Verweises in § 62 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 HGO wirkt sich diese Änderung auch auf Zuteilungsverfahren bei der Besetzung von Ausschüssen aus (II.).

Zusammenfassung

Der Wechsel des Sitzzuteilungsverfahrens vom Hare/Niemeyer Quotenverfahren zum d'Hondtschen Höchstzahlverfahren genügt nicht den verfassungsrechtlich gebotenen Darlegungslasten.

I. Änderung des Sitzzuteilungsverfahrens bei Kommunalwahlen

Durch Art. 3 Nr. 5 des Gesetzesentwurfs vom 12.11.2024 soll § 22 Abs. 3 KWG dahingehend geändert werden, dass bei nach den Grundsätzen der Verhältniswahl durchgeführten Wahlen zu kommunalen Vertretungskörperschaften die Sitze nicht mehr wie bislang nach dem Quotenverfahren Hare/Niemeyer, sondern nach dem Höchstzahlverfahren nach d'Hondt zugeteilt werden. Die Gesetzesbegründung verweist insofern auf zwei ältere Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts, nach denen das d'Hondt'sche Höchstzahlverfahren als verfassungsmäßig angesehen wird (Drs. 21-1303 S. 41). Im Jahre 2025 muss die verfassungsrechtliche Bewertung des d'Hondt'schen Sitzzuteilungsverfahrens allerdings differenzierter ausfallen.

1. Bewertung des Sitzzuteilungsverfahrens nach d'Hondt durch die Rechtsprechung
Zutreffen ist zunächst, dass das Höchstzahlverfahren nach d'Hondt in der verfassungsgerichtlichen Judikatur ganz überwiegend als zulässig erachtet wird.

Das Bundesverfassungsgericht beurteilt das Verfahren nach d'Hondt in ständiger Rechtsprechung mit der Begründung als verfassungskonform, dass kein Sitzzuteilungsverfahren eine absolute Erfolgswertgleichheit der Stimmen gewährleisten könne und sich die einzelnen Verfahren unter diesem Gesichtspunkt somit als gleichwertig darstellen. „Unter diesen Umständen [sei] es der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlassen, für welches System er sich entscheiden will.“¹ Dies hat das Bundesverfassungsgericht 1995 explizit auch in Hinsicht auf Kommunalwahlen festgestellt.²

Von einem weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Festlegung des Sitzzuteilungsverfahrens bei Kommunalwahlen, der auch die Entscheidung für das d'Hondt'sche Höchstzahlverfahren erfasst, geht mehrheitlich auch die Judikatur der Landesverfassungsgerichte aus. Dabei stützt sie sich einheitlich auf die zentralen Argumente, dass sich

¹ BVerfGE 79, 170 (st. Rsp.)

² Vgl. BVerfG, NVwZ-RR 1995, 213.

absolute Erfolgswertgleichheit mit keinem Sitzzuteilungsverfahren erzielen lasse³ und dass der Benachteiligung kleinerer Parteien durch das d´Hondt´sche Verfahren bei den anderen Verfahren je eigene systemimmanente Nachteile gegenüberstünden. Die Verfahren seien deshalb im Ergebnis gleichwertig.⁴

Für verfassungsrechtlich zulässig hält der überwiegende Teil der landesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – insbesondere auch der Staatsgerichtshof für das Land Hessen⁵ – das d´Hondt´sche Zuteilungsverfahren im Übrigen mit denselben Argumenten auch bei Landtagswahlen.⁶

Singuläre Ausnahme ist insofern die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 24.04.1992,⁷ die Anwendung des d´Hondt´schen Höchstzahlverfahrens bei der Wahl zum Bayerischen Landtag 1990 für verfassungswidrig erklärte. Dieses Verdikt galt jedoch auch nicht dem Verfahren als solchem – gegen das „nach wie vor keine verfassungsrechtlichen Bedenken“⁸ geäußert wurden – sondern dessen separate Anwendung in den sieben Wahlkreisen, da diese eine Versiebenfachung der Benachteiligung kleinerer Parteien bewirkt habe. Aus dem erwähnten Urteil folgte somit lediglich die Einschränkung, dass „die verfassungsrechtliche Gleichwertigkeit des d´Hondt´schen Höchstzahlverfahrens etwa mit dem Proporzverfahren nach Hare/Niemeyer im System des Verhältniswahlrechts für den Landtag [...] uneingeschränkt nur dann gegeben [sei], wenn es um die Verteilung eines einzigen Sitzkontingents innerhalb eines einzigen Wahlgebiets geht.“⁹ Diese Bedingung ist bei Kommunalwahlen erfüllt.

Nur vereinzelt begegnet das d´Hondt´sche Höchstzahlverfahren in der landesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung Bedenken. So bezeichnete das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht dasselbe als „augenfällig problematisch unter dem Gesichtspunkt der Erfolgswertgleichheit“¹⁰, ohne es jedoch für verfassungswidrig zu erklären.¹¹

³ Vgl. etwa BayVerfGH, DÖV 1961, 310, 311; VerfGH Berlin, Urt. v. 19.10.1992 – 39/92 (juris) Rn. 12; Beschl. v. 21.02.2000 – 121/99 (juris) Rn. 13; NVwZ-RR 2017, 633 Rn. 21; VerfGH NRW, Urt. v. 16.12.2008 – 12/08 (juris) Rn. 63.

⁴ BayVerfGH, DÖV 1961, 310, 311; Entsch. v. 12.08.1994 – Vf. 6-IVb-94 (juris) Rn. 60; VerfGH Berlin, Urt. v. 19.10.1992 – 39/92 (juris) Rn. 12; Beschl. v. 21.02.2000 – 121/99 (juris) Rn. 13; NdSächsStGH, Urt. v. 20.09.1977 – 1/77 (juris) Rn. 81, 116.

⁵ Vgl. StGH Hessen, NVwZ 1994, 1197, 1202 f.

⁶ Vgl. BayVerfGH, NVwZ-RR 1994, 107 Rn. 49; StGH Ba-Wü, Urt. v. 14.06.2007 – 1/06 (juris) Rn. 77; VerfGH Berlin, Urt. v. 16.12.2016 – 160 A/06 (juris) Rn. 4 ff.; StGH Bremen, Entsch. v. 28.01.1989 – 3/88 (juris) Rn. 19; VerfGH Rh-Pf, NVwZ 1988, 819, 820; VerfGH Sachsen, Beschl. v. 24.03.2021 – Vf. 28-V-20 (juris) Rn. 14; SchlHöLlVerfG, NordÖR 2010, 289, 397.

⁷ BayVerfGH, NVwZ 1993, 113.

⁸ BayVerfGH, NVwZ 1993, 113, 114.

⁹ Ibidem.

¹⁰ SchlHöLlVerfG, NordÖR 210, 389, 398.

¹¹ In der Judikatur anderer Landesverfassungsgerichte fand diese Entscheidung keinen Widerhall, vgl. etwa VerfGH Sachsen, Beschl. v. 24.03.2021 – Vf. 28-V-20 (juris) Rn. 14.

Konsequenzen aus dem nachteiligen Vergleich mit anderen Sitzzuteilungsverfahren zog allein der Verfassungsgerichtshof für das Saarland in seinem Urteil vom 18.03.2013 (Lv 12/12):

„[...] Die Sitzverteilung nach dem Höchstzahlverfahren nach d’Hondt [...] [kann] zu einer Bevorzugung von größeren Stimmanteilen führen. Deshalb sind in der wahlrechtlichen Gesetzgebung (§ 6 Abs. 2 BWG) und der wahlrechtlichen Literatur andere Berechnungsmethoden – in früheren Zeiten das Berechnungsverfahren nach Hare/Niemeyer, zuletzt das Divisorverfahren nach Sainte-Laguë/Schepers – für vorzugswürdig erklärt worden, weil sie den Grundsatz der Erfolgswertgleichheit möglicherweise besser erfüllten als eine Sitzverteilung nach d’Hondt. [...] Der Gesetzgeber ist jedoch nicht verpflichtet, Verbesserungen eines verfassungsrechtlich bislang unbeanstandeten Verfahrens der Sitzverteilung sofort und ohne intensive Prüfung ihrer etwaigen Vor- und Nachteile umzusetzen. [...] Er wird [...] jedenfalls – gegebenenfalls sachverständig beraten – gleichfalls zu prüfen haben, ob tatsächlich nach den besonderen Verhältnissen des Saarlands die Wahl eines anderen Sitzverteilungsverfahrens dem Grundsatz der Erfolgswertgleichheit nachweisliche besser entspricht ohne andere Nachteile aufzuweisen.“¹²

Diesem Prüfauftrag kam der Saarländische Landtag nach, indem er die Anwendung des Sitzzuteilungsverfahrens nach d’Hondt einer verfassungsrechtlichen Prüfung unterzog.¹³ Deren Ausgangspunkt bildete die oben (A.I.2.a) dargestellte Erkenntnis der rechtswissenschaftlichen und wahlmathematischen Forschung, dass das d’Hondt’sche Höchstzahlverfahren die Erfolgswertgleichheit in nachweisbar geringerem Maße gewährleistet als andere gängige Sitzzuteilungsverfahren und sohin als Eingriff in die Erfolgswertgleichheit verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftig ist:

„[Die] Rechtsprechung lässt [...] die Frage der Intensität der Beeinträchtigung vollständig außer Betracht. [...] Unstreitig ist das Sitzzuteilungsverfahren nach d’Hondt dasjenige, das mathematisch am wenigsten erfolgswertoptimal ist [...]. [...] Das Sitzzuteilungsverfahren nach d’Hondt kann mithin nur dann beibehalten werden, wenn die Ungleichheit, die dadurch entsteht, verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.“¹⁴

2. Rechtfertigungsbedürftigkeit des Sitzzuteilungsverfahrens nach d’Hondt

Eine solche (besondere) Rechtfertigungsbedürftigkeit des Sitzzuteilungsverfahrens nach d’Hondt ergibt sich aus folgenden verfassungsrechtlichen Überlegungen.

¹² VerfGH Saarland, Urt. v. 18.03.2013 – Lv 12/12 (juris) Rn. 48 ff.

¹³ Vgl. Bericht des Ausschusses für Inneres und Sport unter Hinzuziehung des Ausschusses für Justiz-, Verfassungs- und Rechtsfragen sowie Wahlprüfung betreffend Evaluation der 5%-Sperrklausel und des Sitzzuteilungsverfahrens vom 07.10.2015, Saarl. LT-Drs. 15/1543, S. 41 ff.

¹⁴ Bericht des Ausschusses für Inneres und Sport unter Hinzuziehung des Ausschusses für Justiz-, Verfassungs- und Rechtsfragen sowie Wahlprüfung betreffend Evaluation der 5%-Sperrklausel und des Sitzzuteilungsverfahrens vom 07.10.2015, Saarl. LT-Drs. 15/1543, S. 41 f.

Verfassungsrechtlicher Maßstab für die Zulässigkeit eines Sitzzuteilungsverfahrens ist der in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG verankerte Grundsatz der Gleichheit der Wahl, der gemäß Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG auch für Wahlen zu kommunalen Vertretungskörperschaften Gültigkeit beansprucht. Danach muss im Sinne einer Erfolgswertgleichheit jede Stimme potenziell den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung der gewählten Körperschaft haben, was bei Verhältniswahlen auch durch das Sitzzuteilungsverfahren nach der Stimmabgabe sicherzustellen ist.¹⁵

Eine Sitzzuteilung gemäß dem d'Hondt'schen Höchstzahlverfahren ist mathematisch zwingend mit einer Begünstigung größerer Parteien verbunden, die spiegelbildlich kleinere Parteien und Wählergruppen benachteiligt.¹⁶ Die durch diese Verzerrung bedingte Beeinträchtigung der Erfolgswertgleichheit der abgegebenen Stimmen ist quantifizierbar. Die Quantifizierung wiederum ermöglicht einen Vergleich des d'Hondt'schen Höchstzahlverfahrens mit anderen gängigen Sitzzuteilungsverfahren in Hinsicht auf die jeweilige Wahrung der Erfolgswertgleichheit.¹⁷ Dabei zeigt sich, dass das Höchstzahlverfahren nach d'Hondt zu stärkeren Beeinträchtigungen der Erfolgswertgleichheit führt als die anderen Sitzzuteilungsverfahren¹⁸ – insbesondere als das Verfahren nach Sainte-Laguë/Schepers, das eine erfolgswertoptimale Sitzzuteilung gewährleistet.¹⁹ Vor diesem Hintergrund wird die Entscheidung für eine Sitzzuteilung gemäß dem d'Hondt'schen Höchstzahlverfahren verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftig.²⁰ In der juristischen Literatur finden sich darüber hinaus Stimmen, die die Verfassungskonformität des d'Hondt'schen Höchstzahlverfahrens bestreiten.²¹

3. Übertragbarkeit der Rechtsprechung zu Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht

Dies gilt umso mehr, als sich aus der von der Gesetzesbegründung zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kein Freibrief für den Wechsel des Sitzzuteilungsverfahrens hin zum d'Hondt'schen Höchstzahlverfahren ableiten lässt. Vielmehr sieht das Bundesverfassungsgericht gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr, dass diese durch machtpolitische Erwägungen korrumpiert wird.²² So betont das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit kommunalwahlrechtlichen Sperrklauseln, dass die

¹⁵ BVerfGE 95, 335, 353 f. (st. Rsp.).

¹⁶ Vgl. nur *Bischof/Hindinger/Pukelsheim*, BayVBl. 2016, S. 73, 73 f.; *Grabmeier*, Erfolgswertgleichheit und Spiegelbildlichkeitsgebot, BayVBl. 2016, 761, 764 f.; *Rauber*, NVwZ 2014, S. 626; *Thomsen*, DVBl. 2024, S. 1126, 1127.

¹⁷ Vgl. zur Quantifizierung des Erfolgswerts *Grabmeier*, BayVBl. 2016, S. 761, 763; *Rauber*, NVwZ 2014, S. 626, 627; *Thomsen*, DVBl. 2024, S. 1126, 1131 f.

¹⁸ Vgl. *Thomsen*, DVBl. 2024, S. 1126, 1132.

¹⁹ Vgl. *Grabmeier*, BayVBl. 2016, S. 761, 766; *Pukelsheim*, , DÖV 2004, S. 405, 409; *Rauber*, NVwZ 2014, S. 626, 628.

²⁰ *Rauber*, NVwZ 2014, S. 626, 628.

²¹ Vgl. nur *Grabmeier*, BayVBl. 2016, S. 761, 765; *Meyer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*. Band III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 55; *Rauber*, NVwZ 2014, S. 628 ff.

²² Vgl. BVerfGE 120, 82, 113 m.w.N.

Wahlrechtsgleichheit im Rahmen des jeweiligen Staatsganzen und mit Rücksicht auf wandelbare politische Realitäten beurteilt werden muss.²³ Wörtlich führt das Bundesverfassungsgericht aus:

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, eine die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit berührende Norm des Wahlrechts zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen in Frage gestellt wird, etwa durch eine Änderung der vom Gesetzgeber vorausgesetzten tatsächlichen oder normativen Grundlagen oder dadurch, dass sich die beim Erlass der Norm hinsichtlich ihrer Auswirkungen angestellten Prognose als irrig erwiesen hat.²⁴

Zwar steht dem Gesetzgeber insoweit ein Einschätzungsspielraum zu. Das Bundesverfassungsgericht unterzieht die Ausgestaltung des kommunalen Wahlrechts jedoch einer strikten verfassungsrechtlichen Kontrolle, die sich auch auf die tatsächlichen Grundlagen gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen erstreckt. Insofern darf sich der Gesetzgeber zur Rechtfertigung einer konkreten Ausgestaltung, die mit einer Beeinträchtigung der Wahlrechtsgleichheit verbunden ist, nicht auf abstrakte Behauptungen beschränken oder auf bloße theoretische Möglichkeiten beziehen. Vielmehr muss er darlegen, dass die rechtfertigenden Umstände zumindest hinreichend wahrscheinlich sind.²⁵

Diese Grundsätze sind auf die Änderung des Sitzzuteilungsverfahrens übertragbar. Denn aufgrund seiner systemimmanenten Wirkungen entspricht das d´Hondt´sche Höchstzahlverfahren in der rechtlichen Beurteilung einer Sperrklausel.²⁶ Es privilegiert die großen und diskriminiert die kleinen politischen Parteien.

Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass Sperrklauseln den Stimmen für Parteien, die dieselbe verfehlen, den Erfolgswert vollständig nehmen, wohingegen durch die Anwendung des d´Hondt´schen Höchstzahlverfahrens lediglich Stimmreste unberücksichtigt bleiben.²⁷ Denn dies betrifft allenfalls das Ausmaß, in dem die Erfolgswertgleichheit beeinträchtigt wird, und ist unter rechtlichen Gesichtspunkten kein prinzipieller Unterschied, sondern allein ein Abwägungsgesichtspunkt. Die oben dargestellten Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Rechtfertigung von Sperrklauseln betreffen indes zumindest auch deren Geeignetheit und Erforderlichkeit und damit inkommensurable Kriterien.

²³ BVerfGE 1, 208, 259; 82, 322, 338; 120, 82, 108.

²⁴ BVerfGE 120, 82, 106, unter Verweis auf Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: März 2007, Art. 38 Rn. 123, dieser unter Hinweis auf BVerfGE 73, 40, 94; 82, 322, 338 f.; 107, 286, 294.

²⁵ Vgl. zu kommunalwahlrechtlichen Sperrklauseln BVerfGE 120, 82, 113 f.

²⁶ Für die Gleichstellung der Entscheidung für ein Sitzzuteilungsverfahren mit Sperrklauseln Thomsen, DVBl. 2024, S. 1126, 1132.

²⁷ So VerfGH Berlin, NVwZ-RR 2017, 633, 634.

Ein Unterschied zwischen Sperrklauseln und der Anwendung des d'Hondt'schen Höchstzahlverfahrens besteht auch nicht insofern, als nur Sperrklauseln innerhalb der Wahlrechtsgleichheit differenzieren würden.²⁸ Der benachteiligende Effekt des Höchstzahlverfahrens nach d'Hondt auf Parteien mit geringeren Stimmanteilen ist vielmehr in der verfassungsgerichtlichen Judikatur allgemein anerkannt und wurde im genannten Prüfauftrag, den der Verfassungsgerichtshof für das Saarland in seinem Urteil vom 18.03.2013 ausgesprochen hat, in der Verfassungspraxis zumindest in der Sache bereits vollzogen.

4. Unzureichende Darlegung

Dieser gesteigerten Rechtfertigungslast genügt der Gesetzentwurf nicht.

a) *Zur Stärkung und Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungskörperschaften*

Ausweislich der Begründung auf S. 41 der Drs. 21/1303 soll die Ersetzung des Sitzzuteilungsbeitrag nach Hare/Niemeyer durch dasjenige nach d'Hondt einen „Beitrag zur Stärkung und Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungskörperschaften“ leisten.

Im Allgemeinen ist die Funktionalität von Vertretungskörperschaften zwar geeignet, um Beeinträchtigungen der Erfolgswertgleichheit zu rechtfertigen. Bei kommunaler Vertretungskörperschaften ist dabei jedoch zu berücksichtigen, dass diese keine Parlamente im staatsrechtlichen Sinne, sondern primär Verwaltungsorgane darstellen.²⁹ Die verfassungsrechtliche Bewertung von Bestimmungen, die die Funktionsfähigkeit von kommunalen Vertretungskörperschaften sicherstellen sollen, kann daher anders ausfallen als bei Parlamenten im engeren Sinne.

So hält die verfassungsgerichtliche Judikatur etwa Sperrklauseln bei Bundes- und Landtagswahlen einhellig für zulässig, wohingegen sie diese bei Kommunalwahlen regelmäßig für verfassungswidrig erklärt.³⁰ Im Hinblick auf die Rechtfertigung von Beeinträchtigungen der Erfolgswertgleichheit durch die Sicherung der Funktionsfähigkeit einer kommunalen Vertretungskörperschaft ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts daher auf die Anforderungen abzustellen, die sich aus den der betreffenden Vertretungskörperschaft konkret obliegenden Funktionen ergeben.³¹

Hierzu hält die Begründung zu Art. 3 Nr. 5 des Gesetzesentwurfs vom 12.11.2024 fest:

²⁸ So VerfGH Berlin, NVwZ-RR 2017, 633, 634.

²⁹ BVerfGE 12, 82, 112 m.w.N.

³⁰ Vgl. etwa BVerfGE 120, 82; BayVerfGH, DÖV 52, 438; VerfGH NRW, KommJur 2018, 18; ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1; VerfGH Rh-Pf, KommJur 2014, 374.

³¹ BVerfGE 120, 82, 112 f.

„Die Gemeindevertretung ist das oberste Organ der Gemeinde, trifft die wichtigen Entscheidungen und überwacht die gesamte Verwaltung (§ 9 Abs. 1 HGO). Vergleichbares gilt für den Kreistag (§ 8 HKO). Angesichts dieser grundsätzlichen, bedeutsamen und weitreichenden Entscheidungsbefugnisse auch für zunehmend komplexe Sachverhalte und Fragestellungen ist es erforderlich, dass die Sitzungen von kommunalen Vertretungsorganen stringent und ergebnisorientiert durchgeführt werden können.“³²

Hinter dem Verweis auf die Grundsatznormen § 9 Abs. 1 HGO und § 8 HKO und auf „grundsätzliche, bedeutsame und weitreichende Entscheidungsbefugnisse“ verschwinden die Details der kommunalverfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung. Desgleichen berücksichtigt die Begründung nicht die in HGO und HKO vorgesehenen Instrumente, um die Entscheidungsfähigkeit der kommunalen Vertretungsorgane gegen Störungen durch kleine Gruppen zu immunisieren. Diese Gesichtspunkte sind nach der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur jedoch entscheidend für eine substantiierte gesetzgeberische Prognose, ob eine Störung der Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungsorgane mit hinreichender Wahrscheinlichkeit besteht.³³

Die Gemeindevertretung ist gemäß § 50 Abs. 1 S. 1 HGO grundsätzlich für die Beschlussfassung in Angelegenheiten der Gemeinde zuständig und überwacht nach Abs. 2 S. 1 deren gesamte Verwaltung. Vergleichbares gilt für den Kreistag (§ 29 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 HKO). Darüber hinaus fällt es der Gemeindeverwaltung (bzw. dem Kreistag) zu, gemäß § 62 Abs. 1 HGO (bzw. § 33 Abs. 1 HKO) zu, vorbereitende Ausschüsse zu bilden, denen sie nach §§ 50 Abs. 1 S. 2, 62 Abs. 1 S. 3 HGO (bzw. §§ 29 Abs. 1 S. 2, 33 Abs. 1 S. 3 HKO) auch Angelegenheiten zur eigenständigen Beschlussfassung nach übertragen darf. Insofern bleiben ihr (bzw. ihm) die in § 51 HGO (bzw. § 30 HKO) aufgeführten, grundlegenden Aufgaben zwingend vorbehalten, wozu namentlich die Bestimmung allgemeiner Verwaltungsgrundsätze (§ 51 Nr. 1 HGO bzw. § 30 Nr. 1 HKO), der Erlass, die Änderung und die Aufhebung von Satzungen zählen (§ 51 Nr. 6 HGO bzw. § 30 Nr. 5 HKO) sowie der Erlass der Haushaltssatzung (§ 51 Nr. 7 HGO bzw. § 30 Nr. 6 HKO) zählen. Zudem wählt die Gemeindevertretung nach § 39a Abs. 1 HGO die Beigeordneten, aus deren Kreis sich – unter dem Vorsitz des Bürgermeisters – der Gemeindevorstand rekrutiert (§ 65 Abs. 1 HGO). Dasselbe gilt für den Kreistag in Hinsicht auf die Kreisbeigeordneten und den Kreisausschuss nach §§ 36, 37a HKO. Der Gemeindevorstand (bzw. der Kreisausschuss) ist die Verwaltungsbehörde der Gemeinde (bzw. des Landkreises) und besorgt deren (bzw. dessen) laufende Verwaltung, § 66 Abs. 1 HGO bzw. § 41 Abs. 1 HKO. Die

³² Drs. 21/1303, S. 41.

³³ BVerfGE 120, 82, 115.

Gemeindevertretung (bzw. der Kreistag) erfüllt somit im Wesentlichen eine Beschlussfassungs- sowie eine Kurationsfunktion.

In Hinsicht auf die Kurationsfunktion ist zu betonen, dass sie sich explizit nicht auf den Bürgermeister (bzw. den Landrat) erstreckt, welcher nach § 39 Abs. 1a S. 1 HGO (bzw. § 37 Abs. 1a S. 1 HKO) unmittelbar von den Bürgern der Gemeinde (bzw. den Kreisangehörigen) gewählt wird. Diesem obliegen grundsätzlich die Vorbereitung und Ausführung der Beschlüsse des Gemeindevorstands (§ 70 Abs. 1 S. 1 HGO), die Leitung und Beaufsichtigung der gesamten Verwaltung (S. 2) sowie die Geschäftsverteilung innerhalb des Gemeindevorstands (S. 3). Entsprechendes gilt für den Landrat (§ 44 Abs. 1 HKO). Insoweit gilt nach § 70 Abs. 2 HGO (bzw. 44 Abs. 2 HKO) der Grundsatz der eigenständigen Aufgabewahrnehmung. Gemäß § 70 Abs. 3 S. 1 HGO (bzw. § 44 Abs. 3 S. 1 HKO) ist der Bürgermeister (bzw. der Landrat) überdies befugt, in dringenden Angelegenheiten auch ohne vorherige Entscheidung des Gemeindevorstands (bzw. des Kreisausschusses) tätig zu werden. Die Kurationsfunktion von Gemeindevertretung und Kreistag wird nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts schon daher schon durch die unmittelbare Wahl des Bürgermeisters bzw. des Landrats so weitgehend relativiert, dass eine funktionierende Gemeinde- bzw. Kreisverwaltung unabhängig von den Mehrheitsverhältnissen garantiert ist.³⁴ Im Übrigen werden die von der Gemeinde (bzw. dem Kreistag) gebildeten Ausschüsse gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 HGO (bzw. gemäß §§ 33 Abs. 2 HKO, §§ 62 Abs. 2 S. 2, 55 Abs. 1 S. 1 HGO) nach den Grundsätzen der Verhältniswahl besetzt, wobei de lege lata das Sitzzuteilungsverfahren nach Hare/Niemeyer Anwendung findet (§ 55 Abs. 4 S. 1 HGO i.V.m. § 22 Abs. 3 KWG). Soweit dadurch die Gefahr bestünde, dass eine Zersplitterung der Kommunalvertretung zu einer Zersplitterung von Ausschüssen führt, kann diese durch eine zweckmäßige Bestimmung der Zahl der Sitze minimiert werden, die im Ausschuss zu besetzen sind: Denn die Zahl der Ausschussmitglieder kann mit besonderer Rücksicht auf die Funktionsfähigkeit der Ausschüsse festgesetzt und auch so bemessen werden, dass nicht alle Fraktionen in den Ausschüssen vertreten sind.³⁵ Nicht vertretene Fraktionen können allenfalls einen Gemeindevertreter (bzw. Kreisvertreter) mit beratender Stimme in den betreffenden Ausschuss entsenden (§ 62 Abs. 4 S. 2 HGO bzw. § 33 Abs. 2 HKO, § 62 Abs. 4 S. 2 HGO). Auch betreffs der Ausschüsse ist die Kurationsfunktion der Gemeindevertretung ergo nicht durch die Repräsentation kleiner Parteien und Wählergruppen in der Gemeindevertretung bedroht.³⁶

³⁴ Vgl. BVerfGE 120, 82, 117 unter Verweis auf *Schmidt-De-Caluwe*, NVwZ 2001, S. 207, 273.

³⁵ *Engels*, in: Dietlein/Ogorek (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht Hessen, 29.Edition (Stand: 01.11.2024), § 62 HGO Rn. 10 m.w.N.; *Deicke-Schäfer*, in: Dietlein/Ogorek (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht Hessen, 29.Edition (Stand: 01.11.2024), § 33 HKO Rn. 5 m.w.N.

³⁶ Vgl. BVerfGE 120, 82, 121.

Was die Beschlussfassungsfunktion der Gemeindevertretung bzw. des Kreistags betrifft, wird diese durch die HGO bzw. durch die HKO weitreichend gegen die Effekte einer Zersplitterung gefeit. So ist die Gemeindevertretung (bzw. der Kreistag) nach § 53 Abs. 2 S. 1 HGO (bzw. § 31 S. 2 HKO, § 53 Abs. 2 S. 1 HGO) bei der zweiten Befassung mit einem Gegenstand ohne Rücksicht auf das Anwesenheitsquorum nach § 53 Abs. 1 S. 1 HGO beschlussfähig, wenn eine erste Befassung an der Verfehlung dieses Quorums gescheitert ist. Folglich können kleinere Parteien und Wählergruppen eine effektive Beschlussfassung auch im Verbund miteinander nicht von vornherein unmöglich machen, indem sie die Sitzungsteilnahme verweigern. Die Beschlussfassung selbst erfolgt in der Gemeindevertretung grundsätzlich mit einfacher Abstimmungsmehrheit, wobei Stimmenthaltungen und ungültige Stimmen für die Berechnung der Mehrheit nicht mitgezählt werden (S. 3). Dasselbe gilt für den Kreistag gemäß § 32 S. 2 HKO, § 53 Abs. 2 S. 3 HGO. Auch die eigentliche Beschlussfassung kann somit nicht über die bloße demokratische Notwendigkeit der Organisation von Mehrheiten hinaus von kleineren Parteien oder Wählergruppen torpediert werden. Diese Grundsätze gelten nach § 62 Abs. 5 S. 1 HGO (bzw. § 32 S. 2 HKO, § 62 Abs. 5 S. 1 HGO) auch für die Beschlussfassung in den Ausschüssen. Unter diesen Bedingungen sieht das Bundesverfassungsgericht „keine nachhaltigen Gefahren für die Fähigkeit [einer] Kommunalvertretung, Beschlüsse zu fassen“³⁷.

Nach alledem kann vor dem Hintergrund der konkreten Ausgestaltung des hessischen Kommunalverfassungsrechts nicht von einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit kommunaler Vertretungskörperschaften durch die Repräsentation auch kleinerer Parteien und Wählergruppen ausgegangen werden. Soweit die Begründung zu Art. 3 Nr. 5 des Gesetzesentwurfs vom 12.11.2024 insoweit davon spricht, Sitzungen die Arbeit der kommunalen Vertretungskörperschaften werde „über Gebühr erschwert“ und es läge eine „erhebliche Beeinträchtigung einer konstruktiven politischen Arbeit und einer effektiven Wahrnehmung der den Kommunen obliegenden Aufgaben“, ist dies als bloße Behauptung verfassungsrechtlich nicht tragfähig.³⁸

Auffällig ist in diesem Zusammenhang weiter, dass die Begründung auf S. 41 der Drs. 21/1303 in Hinsicht auf die behauptete Gefährdung Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungskörperschaften durch die gegenwärtige Anwendung des Sitzzuteilungsverfahrens nach Hare/Niemeyer keinen Bezug auf die einschlägigen Erfahrungswerte aus anderen Bundesländern nimmt. Diese müssen nach dem Bundesverfassungsgericht jedoch Berücksichtigung bei der gesetzgeberischen Prognoseentscheidung finden, ob durch eine bestimmte Ausgestaltung des Kommunalwahlrechts eine Beeinträchtigung der

³⁷ BVerfGE 120, 82, 119 m.w.N.

³⁸ Vgl. BVerfGE 120, 82, 114.

Funktionsfähigkeit kommunaler Vertretungskörperschaften droht.³⁹ Insoweit ist festzustellen, dass das d'Hondt'sche Höchstzahlverfahren derzeit allein im Kommunalwahlrecht des Saarlandes Anwendung findet, während alle anderen Bundesländer entweder dem Verfahren nach Hare/Niemeyer oder dem nach Sainte-Laguë/Schepers den Vorzug geben.⁴⁰ Die Besorgnis einer hierdurch bedingten Zersplitterung, die die Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungskörperschaften infrage stellen könnte, besteht jedoch, soweit ersichtlich, in keinem anderen Bundesland.

Zuletzt ist zu bemerken, dass die Begründung zu Art. 3 Nr. 5 des Gesetzesentwurfs vom 12.11.2024 auch nicht hinreichend dartut, inwiefern der von ihr behaupteten Zersplitterung der kommunalen Vertretungskörperschaften gerade durch die Umstellung des Sitzzuteilungsverfahrens hin zum Verfahren nach d'Hondt begegnet werden könnte. Dort heißt es lediglich:

„Gegenwärtig werden die auf die Bewerberinnen und Bewerber entfallenden Sitze gemäß dem Sitzzuteilungsverfahren nach Hare/Niemeyer ermittelt. Dieses Verfahren führt allerdings dazu, dass auch Parteien und Wählergruppen einen Sitz erhalten können, die nur sehr wenige Stimmen auf sich vereinigen konnten. Teilweise reichen bereits deutlich weniger Stimmen für die Zuteilung eines ersten Sitzes aus als die durchschnittliche Anzahl der Stimmen, die für einen Sitz benötigt werden. Dies hat zu einer erheblichen und sich fortwährenden Zersplitterung der Kommunalvertretungen beigetragen. Einige kommunale Vertretungen setzen sich mittlerweile aus mehr als zehn unterschiedlichen Parteien und Wählergruppen zusammen.“⁴¹

Nicht nur wird die behauptete Zersplitterung nicht durch statistische Angaben belegt. Auch fehlt, obwohl dieser ggf. durchaus mathematisch nachvollziehbar wäre, jeder Beleg für einen Zusammenhang zwischen dieser Zersplitterung und der Sitzzuteilung gemäß dem Verfahren nach Hare/Niemeyer. Da eine verstärkte Vertretung auch kleinerer Parteien und Wählergruppen in kommunalen Vertretungskörperschaften ohne Weiteres auch auf ein verändertes Wahlverhalten zurückzuführen sein könnte, wären diesbezügliche empirische Belege jedoch unbedingt nötig, wie bereits vonseiten der FDP-Landtagsfraktion angemerkt worden ist.⁴² Die Begründung auf S. 41 der Drs. 21/1303 begnügt sich stattdessen mit abstrakten Behauptungen, wie sie dem Wahlgesetzgeber bei der Einschränkung der Erfolgswertgleichheit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gerade verwehrt sind.⁴³

³⁹ Vgl. BVerfGE 120, 821, 122.

⁴⁰ Vgl. <https://www.wahlrecht.de/kommunal/> (zuletzt abgerufen am 26.01.2025 um 14:15 Uhr).

⁴¹ Drs. 21/1303, S. 41.

⁴² Vgl. Pressemitteilung vom 14.11.2024, abrufbar unter: <https://fdp-fraktion-hessen.de/meldung/promny-schwarz-rot-startet-angriff-auf-demokratische-pluralitaet/> (zuletzt abgerufen am 21.01.2025 um 17:01 Uhr).

⁴³ Vgl. BVerfGE 120, 82, 114.

b) *Zum Einfluss von Kleinst- und Splitterparteien*

Neben der Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungskörperschaften führt die Begründung zu Art. 3 Nr. 5 des Gesetzesentwurfs vom 12.11.2024 an, es erscheine

„problematisch, wenn Kleinst- und Splitterparteien, die über einen nur geringen Rückhalt in der Wählerschaft verfügen, in die kommunalen Vertretungsorgane einziehen und dort als ‚Zünglein an der Waage‘ einen im Verhältnis zu ihrer Stimmenzahl weit überproportionalen Einfluss erlangen bzw. in die Rolle der Mehrheitsbeschaffer oder -verhinderer gelangen können.“

Ausweislich der Ausführungen von *Cirsten Kunz-Strueder* (SPD) im Rahmen der ersten Lesung zum Gesetzesentwurf vom 12.11.2024, die dort von „Ein-Themen-Listen mit Stimmergebnissen im Null-Komma-Bereich“⁴⁴ gesprochen hat, bezieht sich die Begründung mit „Kleinst- und Splitterparteien“ auf die Exponenten partikularer Interessen. Kommunalwahlen dienen jedoch der Selbstverwaltung der Gemeindebürger und müssen daher gerade auch die chancengleiche Teilnahme solcher Parteien und Wählergruppen gewährleisten, die spezifische oder partikulare Ziele verfolgen und dementsprechend nur einen geringen Rückhalt im Elektorat genießen.⁴⁵ Das Bundesverfassungsgericht erachtet daher jedenfalls im Zusammenhang mit Sperrklauseln den Ausschluss solcher Parteien und Wählergruppen auf kommunaler Ebene für ungeeignet, um Beeinträchtigungen der Erfolgswertgleichheit zu rechtfertigen.⁴⁶ Insoweit hat schon *Moritz Promny* (FDP) in der ersten Lesung zum Gesetzesentwurf vom 12.11.2024 mit Recht angemerkt, dass die demokratische Vielfalt in den kommunalen Vertretungskörperschaften zu respektieren sei und nicht als „Zersplitterung“ diffamiert werden dürfe.⁴⁷

Insgesamt genügt die Änderung des Sitzzuteilungsverfahrens auf das Höchstzahlverfahren nach d'Hondt nicht den verfassungsrechtlich gebotenen Rechtfertigungsanforderungen.

II. Änderung des Sitzzuteilungsverfahrens bei der Besetzung von Ausschüssen im Wege des Benennungsverfahrens

Die Bildung von Ausschüssen der Gemeindevertretung erfolgt nach § 55 Abs. 1 S. 1 HGO grundsätzlich im Wege der Verhältniswahl. Gemäß § 62 Abs. 2 S. 1 HGO kann die Gemeindevertretung jedoch beschließen, die Ausschüsse stattdessen nach dem Stärkeverhältnis der Fraktionen zu besetzen. Nach Art. 1 Nr. 20 des Gesetzesentwurfs vom 12.11.2024

⁴⁴ Plenarprotokoll 21/25 vom 20.11.2024, S. 1565.

⁴⁵ BVerfGE 11, 266, 276; 120, 82, 110.

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 120, 82, 109 f.

⁴⁷ Plenarprotokoll 21/25 vom 20.11.2024, S. 1563.

kommt über die Verweisung in § 62 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 HGO hierbei § 22 Abs. 3, Abs. 4 KWG und damit das d'Hondt'sche Höchstzahlverfahren unter Wahrung absoluter Mehrheiten zur Anwendung.

Die Begründung zum Gesetzesentwurf vom 12.11.2024 gibt lediglich diesen Regelungsinhalt wieder, ohne sachliche Gründe für seine Notwendigkeit vorzutragen.⁴⁸

In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung wird die Anwendung des d'Hondt'schen Höchstzahlverfahrens bei der Besetzung von Ausschüssen als zulässig beurteilt.⁴⁹

Insoweit ist jedoch zu bedenken, dass der im Höchstzahlverfahren nach d'Hondt angelegte Diskriminierungseffekt bei der Besetzung von Ausschüssen stärker zutage tritt als bei der Sitzzuteilung in der Gemeindevertretung: Aufgrund der geringeren Größe des Ausschusses im Vergleich zur Gemeindevertretung sehen sich kleinere Fraktionen sowie Fraktionslose von vornherein einer gesteigerten Gefahr ausgesetzt, bei der Sitzzuteilung keine Berücksichtigung zu finden. Dieses Risiko wird durch das d'Hondt'sche Höchstzahlverfahren potenziert. Dieser doppelte Verzerrungseffekt kann jedenfalls im Einzelfall bewirken, dass eine Spiegelung der fraktionellen Stärkeverhältnisse, wie sie in der Gemeindevertretung bestehen, im Ausschuss auch nicht näherungsweise möglich ist.⁵⁰ Vor dem Hintergrund dessen erscheint es verfassungsrechtlich bedenklich, dass Art. 1 Nr. 20 des Gesetzesentwurfs vom 12.11.2024 für die Besetzung der Ausschüsse das d'Hondt'sche Höchstzahlverfahren einführt, ohne die Freiheit der Gemeindevertretung bei der Bemessung der Ausschusssitze zu berühren.⁵¹ Auch in der verfassungsgerichtlichen Judikatur ist die Anwendung des Höchstzahlverfahrens in Kombination mit der geringen Bemessung der zu besetzenden Sitze bereits für unzulässig gehalten worden.⁵²

Im Übrigen bestehen dieselben Bedenken auch insoweit, wie die Ausschüsse der Gemeindevertretung nicht im Wege des Benennungsverfahrens, sondern im Wege der Verhältniswahl besetzt werden (§ 55 Abs. 1 S. 1 HGO), da auch diesbezüglich die Geltung des Spiegelbildlichkeitsgrundsatzes anerkannt ist.⁵³

gez. Rossi

⁴⁸ Vgl. Drs. 21/1303, S. 32.

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 130, 318, 354 f.; VerfGH Rh-Pf., Urt. v. 23.01.2018 – O 17/17 (juris) Rn. 68.

⁵⁰ Vgl. OVG Bautzen, Urt. v. 14.09.2010 – 4 B 87/19 (juris) Rn. 22.

⁵¹ Vgl. zur Freiheit bei der Sitzzahlbemessung *Engels*, in: Dietlein/Ogorek (HRsg.), BeckOK Kommunalrecht Hessen, 29. Edition (Stand: 01.11.2024), § 62 HGO Rn. 7.

⁵² Vgl. zu einer Delegation des Sächsischen Landtags VerfGH Sachsen, URt. v. 21.03.2013 – Vf. 95-I-12 (juris) Rn. 41.

⁵³ *Engels*, in: Dietlein/Ogorek (HRsg.), BeckOK Kommunalrecht Hessen, 29. Edition (Stand: 01.11.2024), § 62 HGO Rn. 13.

Univ.-Prof. Dr. Elke Gurlit, Fachbereich 03, D-55099 Mainz

Per mail:
h.dransmann@ltg.hessen.de
c.kehrein@ltg.hessen.de

Hessischer Landtag
Der Vorsitzende des Innenausschusses
Herrn Thomas Hering MdL
Schlossplatz 1-3
65183 Wiesbaden

Univ.-Prof. Dr. Elke Gurlit

Telefon: +49 6131 39-23114
+49 6131 39-23123
Fax: +49 6131 39-24059
E-Mail: gurlit@uni-mainz.de
Datum: 11. Februar 2025

Stellungnahme

Öffentliche mündliche Anhörung des Innenausschusses des Hessischen Landtags zum Gesetzentwurf der Landesregierung „Gesetz zur Verbesserung der Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungskörperschaften und zur Änderung kommunalrechtlicher Vorschriften“ (Drs. 21/1303)

Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren,

anbei übersende ich Ihnen die erbetene Stellungnahme zu dem o.g. Gesetzentwurf. Wie schon vorab mitgeteilt, beschränken sich meine Ausführungen auf die beabsichtigten Änderungen von § 8b HGO (Bürgerentscheid) und § 121 HGO (wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden).

Mit freundlichen Grüßen



Univ.-Prof. Dr. Elke Gurlit

Stellungnahme¹

A. Änderung von § 8b Abs. 2 Nr. 5a HGO (Bürgerentscheid)

Der Gesetzentwurf sieht eine Änderung und Ergänzung des Katalogs der von einem Bürgerentscheid ausgenommenen Angelegenheiten in § 8b Abs. 2 Nr. 5a HGO vor. Die im Jahr 2011 eingeführte Ausnahme für Entscheidungen im Rahmen der Bauleitplanung² soll insoweit geändert werden, als die Rückausnahme zugunsten des Planaufstellungsbeschlusses nach § 2 Abs. 1 BauGB umformuliert wird in eine solche für den „verfahrenseinleitenden Beschluss“ (I.). Des Weiteren soll die Ausnahme ergänzt werden um „sonstige Angelegenheiten, die im Rahmen eines Planfeststellungsverfahrens, eines förmlichen Verwaltungsverfahrens mit Öffentlichkeitsbeteiligung oder eines abfallrechtlichen, immissionsschutzrechtlichen, wasserrechtlichen oder vergleichbaren Zulassungsverfahrens zu entscheiden sind“ (II.).

I. Bürgerentscheid im Umfeld der Bauleitplanung

Mit der Umformulierung der Reichweite der auf die Bauleitplanung bezogenen Ausnahme soll klargestellt werden, dass der jeweils erste sachbezogene Beschluss in der Bauleitplanung auch künftig einem Bürgerentscheid zugänglich ist. Dieser erste Beschluss kann, muss aber nicht der Aufstellungsbeschluss gem. § 2 Abs. 1 BauGB sein³.

1. Der Regelungsvorschlag im Ländervergleich

Einige (Flächen-)Länder verzichten in ihren Kommunalgesetzen vollständig auf eine ausdrückliche Ausnahme für Entscheidungen im Rahmen der Bauleitplanung⁴. Grenzen ergeben sich insoweit allein aus höherrangigem Recht, nämlich aus der Verfassung und dem bundesrechtlichen Bauplanungsrecht. Hingegen schließt eine große Zahl von Ländern Bürgerentscheide für alle Entscheidungen über die Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung von Bauleitplänen aus, ohne den Planaufstellungsbeschluss oder die verfahrenseinleitende Entscheidung davon

¹ Der sprachliche Gebrauch des generischen Maskulinums schließt in den folgenden Ausführungen alle Geschlechter ein.

² Eingefügt durch Gesetz v. 12.12.2011, s. dazu LT-Drs. HE 18/4031, S. 29; sprachliche Änderung durch Streichen des Verweises auf die Bekanntmachungfassung des BauGB durch Gesetz v. 20.12.2015.

³ Begr. RegE, LT-Drs. HE 21/1303, S. 25.

⁴ Keinerlei Beschränkungen sehen vor: Art. 18a Abs. 2 BayGO; § 1 Abs. 3 ThürEBBG; § 24 Abs. 2 SächsGO; dasselbe gilt für die drei Stadtstaaten: § 45 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 BezVerwG Bln; § 32 HmbBezVG; für Bremerhaven § 17 Abs. 3 VerfBrhv.

auszunehmen⁵. Eine Rückausnahme für den Planaufstellungsbeschluss i.S.v. § 2 Abs. 1 BauGB sieht – wie bislang in Hessen – Schleswig-Holstein vor⁶. Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen ordnen die Rückausnahme sprachlich abweichend – wie nun auch nach dem hessischen Entwurf beabsichtigt – für den verfahrenseinleitenden Beschluss an⁷. Die auf die Bauleitplanung bezogene Ausnahme erscheint ungeachtet ihrer Umformulierung auf den ersten Blick im Ländervergleich moderat.

2. Analyse der beabsichtigten Änderung

Einer verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Bewertung der vorgeschlagenen Änderungen muss eine Analyse der rechtlichen Wirkungen der intendierten Regelung vorausgehen. Hierfür bietet es sich an, rechtsvergleichend die Judikate insbesondere derjenigen Bundesländer heranzuziehen, die schon über vergleichbare Regelungen verfügen.

Der hessische Gesetzgeber rechtfertigte im Jahr 2011 die Aufnahme einer auf die Bauleitplanung bezogenen Ausnahme mit der Erwägung, die Legitimation des aufwendigen Planungsverfahrens mit einer umfassenden Bürgerbeteiligung werde unterlaufen, wenn die abschließende Entscheidung noch mit einem kassatorischen Bürgerbegehren angegriffen werden könne⁸. Diese Begründung ist unvollständig und lädt zu Missverständnissen ein. Denn maßgeblich ist nicht die zu widersprüchlichen Entscheidungen führende Doppelung der Beteiligungsstrukturen, sondern die **Natur des Beschlusses über den Bauleitplan als komplexer Abwägungsentscheidung**, die einer schlichten Ja/Nein-Antwort, die den Bürgerentscheid kennzeichnet, nicht zugänglich ist⁹. Die Verhältnismäßigkeit der in den bauplanerischen Festsetzungen liegenden Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums wäre nicht gewahrt, wenn dieser nicht auf einer umfassenden Abwägung der privaten und öffentlichen Belange beruht, wie dies einfachgesetzlich § 1 Abs. 7 BauGB anordnet. Es entspricht deshalb der ganz überwiegenden Auffassung, dass das höherrangige Recht – Verfassungsrecht (Rechtsstaatsprinzip, Art. 14 GG) und das einfache Bun-

⁵ So § 15 Abs. 5 Nr. 9 BbgKVerf; § 20 Abs. 2 Nr. 4 KV M-V; § 32 Abs. 2 Nr. 6 NKomVG; § 17a Abs. 2 Nr. 6 GemO Rh-Pf; § 26 Abs. 2 Nr. 6 KVG LSA; § 21a Abs. 4 Nr. 6 SaarlKSVG.

⁶ § 16a Abs. 2 Nr. 6 GO SH.

⁷ § 21 Abs. 2 Nr. 6 GemO BW; § 26 Abs. 5 Nr. 5 NWGO.

⁸ Begr. GesE der Fraktionen CDU und FDP, LT-Drs. HE 18/4031, S. 29.

⁹ OVG NRW, Beschl. v. 25.9.2020 – 15 A 4306/19, BeckRS 2020, 43357 Rn. 37, 47; s. auch OVG NRW, Beschl. v. 19.11.2019 – 15 B 1338/19, Rn. 11 (juris); OVG NRW, Beschl. v. 17.7.2007, 15 B 874/07, NVwZ-RR 2007, 803 (804); VGH BW, Beschl. v. 26.2.2024 – 1 S 1925/23, NVwZ-RR 2024, 1012 Rn. 25; *Brüning*, NordÖR 2014, 509 (513); *Durinke/Fiedler*, ZfBR 2012, 531 (532) m.w.N.; so auch zutreffend die Begründungen zu der nordrhein-westfälischen und der baden-württembergischen Regelung, s. LT-Drs. NRW 15/2151, S. S. 15 f.; LT-Drs. BW 15/265, S. 35.

desrecht (§ 1 Abs. 7 BauGB) – Bürgerentscheiden über den Inhalt eines Bebauungsplans entgegensteht¹⁰. Aus diesem Grund sind etwa auch in Bayern, dessen Gemeindeordnung für das Bürgerbegehren keine auf die Bauleitplanung bezogene Ausnahme kennt, Bürgerbegehren unzulässig, die auf den Erlass, die Änderung oder die Aufhebung eines Bauleitplans abzielen¹¹.

Dieses Verständnis trägt im Übrigen auch die in § 8b Abs. 2 Nr. 5a HGO normierte **Rücknahme** zugunsten von **Aufstellungsbeschlüssen i.S.v. § 2 Abs. 1 BauGB**. Wenn nämlich „die Einleitung des Planungsverfahrens, die Entscheidung darüber, ob ein gemeindlicher Bauleitplan (Flächennutzungsplan oder Bebauungsplan) erlassen, geändert oder aufgehoben werden soll (Aufstellungsbeschluss) (...) zukünftig noch bürgerentscheidsfähig sein soll“ und dasselbe für darauf gerichtete Initiativbürgerbegehren gilt¹², so findet dies seine innere Rechtfertigung darin, dass durch die Entscheidung über das „Ob“ einer gemeindlichen Planung nicht der planerische Abwägungsspielraum innerhalb des Bauleitplanverfahrens verkürzt wird¹³.

Bei der Einführung des § 8b Abs. 2 Nr. 5a HGO setzte die Entwurfsbegründung die Verfahrenseinleitung mit dem Aufstellungsbeschluss i.S.v. § 2 Abs. 1 BauGB gleich. Mit der nun intendierten Änderung soll der Einsicht Rechnung getragen werden, dass der **verfahrenseinleitende Beschluss** auf dem Weg zu einem Bauleitplan nicht notwendig ein Aufstellungsbeschluss i.S.v. § 2 Abs. 1 BauGB ist¹⁴. Dies folgt schon daraus, dass ein förmlicher Aufstellungsbeschluss bundesrechtlich keine Wirksamkeitsvoraussetzung für einen Bauleitplan ist¹⁵, sofern nicht wie im Fall der Veränderungssperre nach § 14 Abs. 1 BauGB normativ ein Aufstellungsbeschluss vorausgesetzt wird¹⁶. Wegen der diesbezüglichen gemeindlichen Verfahrensgestaltungsfreiheit ist es auch denkbar, dass der Aufstellungsbeschluss konkludent im Auslegungs- und Veröffentlichungsbeschluss gem. § 3 Abs. 2 BauGB enthalten ist¹⁷. Zudem ist teilweise eine gesonderte Verfahrenseinleitung vorgesehen. Dies gilt für die Einleitung eines Verfahrens zum Erlass eines

¹⁰ Dazu nur *Kaup*, Bürgerbegehren und Bürgerentscheid zu Fragen der Bauleitplanung, 2014, S. 28 f.; *Guckelberger*, VerwArch 106 (2015), 1 (22 ff.); *Brüning*, NordÖR 2014, 509 (513).

¹¹ Dies wird landesrechtlich aus Art. 18a Abs. 4 Satz 1 BayGO abgeleitet, der die Ja/Nein-Beantwortbarkeit für den Bürgerentscheid vorgibt: BayVGh, Urt. v. 27.7.2005 – 4 CE 05.1961 (juris); BayVGh, Beschl. v. 18.1.2019 – 4 CE 18.2578 -, Rn. 19 (juris). Bürgerbegehren zu Fragen der Bauleitplanung sind daher nach der bayerischen Gemeindeordnung zulässig, sofern sie nur „Rahmenfestlegungen“ betreffen.

¹² Begr. GesE der Fraktionen CDU und FDP, LT-Drs. HE 18/4031, S. 29; zu auf eine Planungsverhinderung gerichteten Initiativbegehren s. VG Wiesbaden, Urt. v. 8.12.2025 – 7 K 564/15.WI, BeckRS 2015, 133086 Rn. 27.

¹³ *Brüning*, NVwZ 2018, 299 (301); *Guckelberger*, VerwArch 106 (2015), 1 (25) zu den entsprechenden Rücknahmen in Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg LT-Drs. NRW 15/2151, S. 16; LT-Drs. BW 15/265, S. 35; OVG NRW, Beschl. v. 25.9.2020 – 15 A 4306/19, BeckRS 2020, 43357 Rn. 47 ff.; s. zu den insoweit geltenden rechtlichen Grenzen die Ausführungen unter I.3.

¹⁴ Begr. RegE, LT-Drs. 21/1303, S. 25.

¹⁵ BVerwG, Beschl. v. 15.4.1988 – 4 N 4/87, BVerwGE 79, 200 = NVwZ 1988, 916.

¹⁶ Weitere Konstellationen eines rechtlich vorausgesetzten Aufstellungsbeschlusses sind die Zurückstellung von Baugesuchen und deren vorläufige Untersagung gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 und 2 BauGB und die vorgezogene Zulässigkeit von Vorhaben nach § 33 BauGB.

¹⁷ BVerwG, Beschl. v. 15.4.1988 – 4 N 4/87, BVerwGE 79, 200 = NVwZ 1988, 916; *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 2 Rn. 4.

vorhabenbezogenen Bebauungsplans gem. § 12 BauGB, über die gemeindlich nach § 12 Abs. 2 BauGB auf Antrag des Vorhabenträgers zu entscheiden ist¹⁸. In diesem Verständnis wird der Anwendungsbereich des Bürgerbegehrens durch die geänderte Formulierung tendenziell erweitert, in dem auch Beschlüsse, die nicht formell als Aufstellungsbeschlüsse i.S.v. § 2 Abs. 1 BauGB bezeichnet werden, als verfahrenseinleitender Beschluss bürgerentscheidfähig gestellt werden.

Allerdings ist fraglich, ob die beabsichtigte Änderung tatsächlich diese Wirkung haben wird. Denn sie stößt auf eine **Judikatur des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs**, derzufolge gegen Aufstellungsbeschlüsse gerichtete Bürgerbegehren in weitem Umfang der Unzulässigkeit verfallen: Nach Auffassung des Gerichts ist bzw. wird das Bürgerbegehren gegen den Planaufstellungsbeschluss unzulässig, *sobald* im damit eingeleiteten Bauleitplanungsverfahren eine Entscheidung über den nächsten Verfahrensschritt getroffen worden ist, sei es auch nur über die Einleitung der frühzeitigen Bürgerbeteiligung nach § 3 Abs. 1 BauGB¹⁹. Wird diesem Verständnis gefolgt, so kann jedem gegen einen Aufstellungsbeschluss gerichteten Bürgerbegehren umgehend der Zahn gezogen werden, indem vor fristgemäßer (§ 8b Abs. 3 HGO) Einreichung des Bürgerbegehrens von der Gemeinde die nächste verfahrensrechtliche Entscheidung z.B. über die Einleitung der frühzeitigen Bürgerbeteiligung gem. § 3 Abs. 1 BauGB getroffen wird²⁰.

Der Hessische Verwaltungsgerichtshof stützt seine Rechtsauffassung darauf, dass mit dem Beschluss über die frühzeitige Bürgerbeteiligung eine weitere „Zwischenentscheidung“ getroffen worden sei, deren Vorliegen durch die Aufhebung des Planaufstellungsbeschlusses nicht mehr außer Kraft gesetzt werden könne²¹. Zu dieser Lesart mag die missverständliche Gesetzesbegründung – Vermeidung von doppelten Beteiligungsstrukturen – beigetragen haben²². Wird hingegen zugrunde gelegt, dass § 8 Abs. 2 Nr. 5a HGO die Bauleitplanung bürgerentscheidfähig halten will, soweit ein Verstoß gegen das bundesrechtliche Bauplanungsrecht, insb. das Abwägungsgebot, nicht zu besorgen ist, so spricht nichts dagegen, den Bürgerentscheid gegen den Aufstellungsbeschluss auch dann noch für zulässig zu halten, wenn weitere verfahrensleitende

¹⁸ Hierbei handelt es sich nicht um einen Planaufstellungsbeschluss i.S.v. § 2 Abs. 1 BauGB, *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 155. EL 8/2024, § 12 Rn. 107; *Mitschang*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 12 Rn. 49. - VG Gelsenkirchen, Urt. v. 25.8.2023 – 15 K 238/23, BeckRS 2023, 24193 und OVG NRW, Beschl. v. 25.9.2020 – 15 A 4306/19, BeckRS 2020, 43357 hatten entsprechende Gestaltungen zum Gegenstand. Allerdings wurde in beiden Fällen auch ein Planaufstellungsbeschluss gefasst.

¹⁹ HessVGH, Beschl. v. 20.9.2019 – 8 B 1358/18, NVwZ-RR 2019, 333 Rn. 22 ff.; bestätigt durch HessVGH, Beschl. v. 28.1.2019 – 8 B 1/19, BeckRS 2019, 4398 Rn. 16; wohl zustimmend *Dünchheim*, in: Dietlein/Ogorek, BeckOK Kommunalrecht Hessen, 29. Ed. 11/2024, § 8b HGO Rn. 40.

²⁰ Vollkommen zutreffender Hinweis von VG Darmstadt, Beschl. v. 7.12.2018 – 3 L 2133/18.DA, BeckRS 2018, 40703 Rn. 38 ff.; ähnlich VGH BW, Beschl. v. 26.2.2024 – 1 S 1925/23, NVwZ-RR 2024, 1012 Rn. 26.

²¹ HessVGH, Beschl. v. 20.9.2019 – 8 B 1358/18, NVwZ-RR 2019, 333 Rn. 20, 32 ff.

²² HessVGH, Beschl. v. 20.9.2019 – 8 B 1358/18, NVwZ-RR 2019, 333 Rn. 29 mit Verweis auf die „Legitimation des aufwendigen und kostenintensiven Planungsverfahrens“.

Entscheidungen getroffen wurden. Denn auch die Durchführung der Bürgerbeteiligung dient zunächst nur der Zusammenstellung des Abwägungsmaterials, ist aber nicht selbst eine Abwägungsentscheidung²³. Die rechtlich bedeutsame zeitliche Zäsur wird erst mit dem Beschluss über die Verabschiedung des Bauleitplans gesetzt²⁴. Mit dessen Erlass läuft ein Bürgerbegehren gegen den Aufstellungsbeschluss ins Leere. Wird dem beabsichtigten Plan jedoch vor seiner Verabschiedung die Grundlage durch eine Kassation des Aufstellungsbeschlusses mittels eines Bürgerentscheids entzogen, so hat dies allein den Abbruch des Verfahrens und ggf. vergebliche Planungsaufwendungen der Gemeinde zur Folge: Die von den Bürgern getroffene Entscheidung über das „Ob“ führt zu einem kommunalen Planungsverzicht²⁵, der bauplanungsrechtlich grds. zulässig ist²⁶.

Das Verwaltungsgericht Darmstadt hat dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof mehrfach vergeblich dieses an Sinn und Zweck der Rückausnahme für Planaufstellungsbeschlüsse orientierte Verständnis entgegengesetzt²⁷. Sowohl das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen als auch der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg sehen für die im dortigen Landesrecht normierte Bürgerentscheidfähigkeit verfahrenseinleitender Beschlüsse keine zeitliche Sperre für ein auf den Planaufstellungsbeschluss bezogenes Bürgerbegehren durch den Erlass weiterer Zwischenentscheidungen und setzen sich damit deutlich vom Hessischen Verwaltungsgerichtshof ab²⁸. Die Begründung des hessischen Gesetzentwurfs adressiert das durch die Judikatur des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs herbeigeführte faktische Leerlaufen von gegen Planaufstellungsbeschlüsse gerichteten Bürgerbegehren mit keinem Wort. Deshalb bleibt auch unklar, ob die vorgeschlagene semantische Umstellung auf den „verfahrenseinleitenden Beschluss“ möglicherweise eine Annäherung an das Normverständnis des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg signalisieren soll. Der geänderte Wortlaut allein müsste jedenfalls den Hessischen Verwaltungsgerichtshof nicht zu einer Revision seiner Rechtsprechung veranlassen.

²³ Ausf. OVG NRW, Beschl. v. 25.9.2020 – 15 A 4306/19, BeckRS 2020, 43357 Rn. 49 ff.; in der Sache auch *Brüning*, NordÖR 2014, 509 (514); s. auch *Kühling/Wintermeier*, DVBl. 2012, 317 (323 f.).

²⁴ Leicht modifizierend *Brüning*, NordÖR 2014, 509 (514 f.): Bürgerentscheidfähigkeit des Aufstellungsbeschlusses bis zum Abschluss der Bürgerbeteiligung.

²⁵ VGH BW, Beschl. v. 26.2.2024 – 1 S 1925/23, NVwZ-RR 2024, 1012 Rn. 22 f.; OVG NRW, Beschl. v. 25.9.2020 – 15 A 4306/19, BeckRS 2020, 43357 Rn. 57.

²⁶ Zu den Grenzen s. sogleich die Ausführungen unter A.I.3.

²⁷ VG Darmstadt, Beschl. v. 22.6.2018 – 3 L 526/18.DA, BeckRS 2018, 25290 Rn. 16 f.; VG Darmstadt, Beschl. v. 22.7.2018 – 3 L 526/18.DA, BeckRS 2018, 46035 Rn. 15 f.; VG Darmstadt, Beschl. v. 7.12.2018 – 3 L 2133/18.DA, BeckRS 2018, 40703 Rn. 30 ff.

²⁸ VGH BW, Beschl. v. 26.2.2024 – 1 S 1925/23, NVwZ-RR 2024, 1012 Rn. 22 ff. in ausdrücklicher Abweichung von HessVGH; OVG NRW, Beschl. v. 25.9.2020 – 15 A 4306/19, BeckRS 2020, 43357 Rn. 47 ff.

3. Bewertung

Die Bürgerentscheidfähigkeit von Beschlüssen, die ein Bauleitplanungsverfahren einleiten – Planaufstellungsbeschlüsse oder andere verfahrenseinleitende Beschlüsse – wirft **keine grundsätzlichen Probleme der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht** auf. Dies gilt insbesondere auch für die von der restriktiven Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs abweichende Lesart der Rückausnahme für verfahrenseinleitende Beschlüsse, wie sie von den Gerichten in Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg praktiziert wird. Denn eine Friktion mit dem bundesrechtlichen Bauplanungsrecht entsteht noch nicht dann, wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens schon weitere Verfahrensentscheidungen getroffen wurden. Erst mit der Verabschiedung des Bauleitplans scheidet ein Bürgerbegehren gegen den Aufstellungsbeschluss aus²⁹.

Im konkreten Einzelfall können allerdings bundesrechtliche Vorgaben sowohl einem auf Verhinderung eines Aufstellungsbeschlusses gerichteten Initiativbegehren als auch einem auf Aufhebung eines Aufstellungsbeschlusses gerichteten Bürgerbegehren entgegenstehen. Das wäre der Fall, wenn das gemeindliche Planungsermessen nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB auf Null reduziert ist³⁰ oder wenn verbindliche Zielbestimmungen eines Raumordnungsplans gem. § 1 Abs. 4 BauGB zur Anpassung des Bauleitplans oder zur Erstplanung nötigen. Die für die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens maßgebliche Kontrollfrage lautet dann jeweils, ob sowohl ein „Ja“ als auch ein „Nein“ mit § 1 Abs. 3 bzw. § 1 Abs. 4 BauGB vereinbar wäre³¹. Ist die Frage zu verneinen, weil eine qualifizierte gemeindliche Planungspflicht besteht, wären ein auf die Kassation eines Aufstellungsbeschlusses oder ein initiativ auf einen Planungsverzicht gerichtetes Begehren unzulässig. Für diese Rechtsfolge muss nicht auf allgemeine Rechtsgrundsätze oder Art. 31 GG zurückgegriffen werden. Vielmehr schließt schon § 8b Abs. 2 Nr. 7 HGO ein auf ein gesetzwidriges Ziel gerichtetes Bürgerbegehren aus³².

In **rechtspolitischer Hinsicht** bleibt zu erwägen, ob eine Korrektur der Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs erstrebt werden sollte. Hierfür sprechen Gründe der Normenklarheit und des (ursprünglichen) gesetzgeberischen Willens, mit der Bürgerentscheidfähigkeit des Aufstellungsbeschlusses als verfahrenseinleitendem Beschluss den Bürgern ein direktdemokratisches Instrument über das „Ob“ einer Bauleitplanung an die Hand zu geben. Auf der

²⁹ Siehe dazu schon die Ausführungen oben A.I.2.

³⁰ Das gilt in Fällen eines zwingenden Planungsbedürfnisses, zu einer derartigen Konstellation grundlegend BVerwG, Urt. v. 17.9.2003 – 4 C 14/01, BVerwGE 119, 25 = NVwZ 2004, 220.

³¹ *Kaup*, Bürgerbegehren und Bürgerentscheid zu Fragen der Bauleitplanung, 2014, S. 155; *Guckelberger*, VerwArch 106 (2015), 1 (22); *Brüning*, NordÖR 2014, 509 (512).

³² Dazu VG Wiesbaden, Urt. v. 8.12.2015 – 7 K 564/15.WI, BeckRS 2015, 133086 Rn. 27.

Grundlage der Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs werden zwar nicht Initiativbegehren auf einen Planungsverzicht, wohl aber gegen einen verfahrenseinleitenden Beschluss gerichtete Begehren weitgehend ausgeschlossen. Denn schon im regulären Verfahrensablauf gemeindlicher Planungen wird im Zeitpunkt der Einreichung des Bürgerbegehrens typischerweise eine weitere „Zwischenentscheidung“ vorliegen, die nach der gerichtlichen Konstruktion das Bürgerbegehren unzulässig werden lässt. Dass nicht schon eine weitere Verfahrensentcheidung zur Unzulässigkeit eines Bürgerbegehrens gegen den verfahrenseinleitenden Beschluss führt, sondern für dessen Zulässigkeit allein die Freihaltung der in der Zuständigkeit der Gemeindevertretung liegenden Abwägungsentscheidung über den Plan maßgeblich ist, könnte ggf. in einer nachfolgenden Landtagsdrucksache klargestellt werden. Denkbar ist aber auch eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung.

II. Ausnahme für infrastrukturelle Vorhaben

Die zusätzlich zur Ergänzung des § 8 Abs. 2 Nr. 5a HGO vorgeschlagene Ausnahme für die dort genannten „sonstigen Angelegenheiten“ steht im Dienste der „zügigen Realisierung von Infrastrukturprojekten“³³. Für Planfeststellungsverfahren wird eine fehlende Eignung der durch komplexe Abwägungen gekennzeichneten Verfahren für die auf eine Ja/Nein-Antwort beschränkten Bürgerentscheide angenommen³⁴. Zudem wird auf die hier wie auch in den anderen genannten Verfahren regelmäßig vorgesehene Öffentlichkeitsbeteiligung verwiesen und im Sinne der Verfahrenseffizienz für eine Vermeidung der Doppelungen bei Beteiligungen plädiert³⁵. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass die Gemeinden in den genannten Verfahren vielfach nicht im eigenen Wirkungskreis handeln, sodass die Zulassungsentscheidungen als solche einem Bürgerentscheid ohnehin nicht zugänglich seien. Der Ausschluss umfasse insoweit das kommunale Stellungnahmerecht³⁶.

1. Der Regelungsvorschlag im Ländervergleich

Bei der Suche nach Ausnahmen für infrastrukturelle Vorhaben von der Bürgerentscheidfähigkeit lässt sich eine Dreiteilung der Länder feststellen. Die Hälfte der Bundesländer verzichtet wie bislang auch Hessen vollständig auf entsprechende Exemtionen³⁷, sodass sich Beschränkungen

³³ Begr. RegE, LT-Drs. HE 21/1303, S. 23.

³⁴ Begr. RegE, LT-Drs. HE 21/1303, S. 25.

³⁵ Begr. RegE, LT-Drs. HE 21/1303, S. 23, 25.

³⁶ Begr. RegE, LT-Drs. HE 21/1303, S. 25.

³⁷ Dies gilt für Bayern, Baden-Württemberg, Sachsen, Schleswig-Holstein, Thüringen und die drei Stadtstaaten.

der Bürgerentscheidfähigkeit allein aus dem höherrangigen Recht ergeben. Die Länder Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt halten hingegen in ihren Negativkatalogen eine Ausnahme bereit, die das exakte sprachliche Vorbild für die beabsichtigte hessische Ausnahmeregelung ist³⁸. In Rheinland-Pfalz und dem Saarland ist die entsprechende Ausnahmenvorschrift zumindest gegenständlich enger gefasst. Sie gilt hier für „Vorhaben, für deren Zulassung ein Planfeststellungsverfahren oder ein förmliches Verwaltungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung erforderlich ist“³⁹. Hessen würde sich also mit der Ausnahme für die genannten „sonstigen Angelegenheiten“ in eine Gruppe von Bundesländern einreihen, deren Regelungen zumindest sprachlich auf einen umfassenden Ausschluss von Bürgerentscheiden zu Infrastrukturprojekten abzielen, während andere Bundesländer diese Ausnahme im Wortlaut enger fassen oder ganz auf sie verzichten.

2. Analyse des Regelungsvorschlags

Der Bewertung muss auch hier eine Analyse der rechtlichen Reichweite des beabsichtigten Ausschlusses vorangehen, für deren Ermittlung der rechtsvergleichende Blick insbesondere auf die Judikatur in anderen Bundesländern instruktiv ist. Als Lackmustest mag der als Vertreterbegehren durchgeführte Bürgerentscheid zum Projekt einer „Wiesbadener Citybahn“ dienen. Den Bürgern wurde folgende Frage zur Abstimmung vorgelegt: „Soll der Verkehr in Wiesbaden, zur Vermeidung von Staus und weiteren Verkehrsbeschränkungen für den Autoverkehr, durch eine leistungsfähige Straßenbahn (Citybahn) von Mainz kommend über die Wiesbadener Innenstadt bis Bad Schwalbach weiterentwickelt werden, um Verkehrszuwächse aufzufangen und Umweltbelastungen (Luftverschmutzung, Lärmbelastung) zu verringern?“ Die Wiesbadener Bürger verneinten die Frage am 1. November 2020 mehrheitlich und sorgte damit bis auf Weiteres für eine Beerdigung des Projekts.

Anders als die auf die Bauleitplanung bezogene Ausnahme setzt diejenige für Infrastrukturprojekte nicht an bestimmten Entscheidungen an, sondern an **Verfahrensarten**. Genannt werden zunächst **Planfeststellungsverfahren** i.S.v. §§ 72 ff. VwVfG, die für zahlreiche Vorhaben wie etwa den Bau oder die Änderung von Verkehrswegen fachgesetzlich angeordnet sind und eine umfassende Öffentlichkeitsbeteiligung vorsehen (§ 73 VwVfG). Soweit ersichtlich, bestehen keine Zuständigkeiten der hessischen Gemeinden als Planfeststellungsbehörden. Soweit für den Bau oder die Änderung von Gemeindestraßen ein Planfeststellungsverfahren durchgeführt wird,

³⁸ § 20 Abs. 2 Nr. 4 KV M-V; § 32 Abs. 2 Nr. 5 NKomVG; § 26 Abs. 5 Nr. 4 NWGO; § 26 Abs. 2 Nr. 7 KVG LSA.

³⁹ § 17a Abs. 2 Nr. 7 GemO Rh-Pf; § 21 Abs. 4 Nr. 5 SaarlKSVG.

ist das Regierungspräsidium Planfeststellungsbehörde⁴⁰. Für die Planfeststellung der „Wiesbadener Citybahn“ wäre – auch wenn nur die Streckenführung innerhalb Wiesbadens in den Blick genommen wird – das Regierungspräsidium Darmstadt zuständig gewesen⁴¹. Ob der weiteren Ausnahme für **förmliche Verwaltungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung** eine rechtspraktische Bedeutung zukommt, erscheint fraglich. Denn die damit vom Gesetzentwurf in Bezug genommenen Verfahren i.S.v. §§ 63 ff. HessVwVfG⁴² bedürfen jeweils fachgesetzlicher Anordnung des Bundes bzw. der Länder (§ 63 Abs. 1 VwVfG)⁴³. Der hessische Gesetzgeber hat hiervon aber kaum einmal Gebrauch gemacht⁴⁴.

Nach dem Regelungsvorschlag sollen des Weiteren **abfallrechtliche, wasserrechtliche und immissionsschutzrechtliche Zulassungsverfahren** ausgenommen sein. Den Verfahren ist gemeinsam, dass die Zulassungsentscheidung grundsätzlich dem Regierungspräsidium zugewiesen ist, also nicht bei den Gemeinden liegt⁴⁵. In ihrer Ausgestaltung unterscheiden sich die Verfahren aber erheblich. So können immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren als förmliche Genehmigungsverfahren i.w.S. mit einer umfassenden Öffentlichkeitsbeteiligung ausgestattet sein (§ 10 BImSchG i.V.m. 9. BImSchV), allerdings je nach Zuordnung der Anlage⁴⁶ auch einem vereinfachten Genehmigungsverfahren unterliegen, in dem eine Öffentlichkeitsbeteiligung nicht stattfindet (§ 19 Abs. 2 BImSchG). Dasselbe gilt entsprechend für Abfallentsorgungsanlagen (§ 35 Abs. 1 KrWG)⁴⁷. Für die Zulassung von Abfalldeponien ist hingegen stets ein Planfeststellungsverfahren vorgesehen, mit dem eine Öffentlichkeitsbeteiligung einhergeht (§ 35 Abs. 2 KrWG). Die Vorgaben für das Planfeststellungsverfahren gelten in Hessen auch entsprechend für wasserrechtliche Erlaubnisse und Bewilligungen⁴⁸.

⁴⁰ §§ 33 Abs. 1 Satz 2, 35 Abs. 2 HStrG.

⁴¹ §§ 29 Abs. 1, 11 Abs. 2 Nr. 1 PBefG i.V.m. § 1 Nr. 2 lit. b Hessische Verordnung über die Zuständigkeiten nach dem Personenbeförderungsgesetz.

⁴² Begr. RegE, LT-Drs. HE 21/1303, S. 25 legt dieses rechtstechnische Verständnis von förmlichen Verwaltungsverfahren i.e.S. zugrunde.

⁴³ Zu den Anforderungen *Reimer*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, EL 7/2024, § 63 VwVfG Rn 17; *Sachs/Kamp*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 63 Rn 30 f.

⁴⁴ Das förmliche Verwaltungsverfahren ist in Hessen nicht einmal für das Enteignungsverfahren nach §§ 22 ff. HEEG vorgesehen. Ein Anwendungsfall findet sich aber in § 65 Abs. 3 Satz 3 HessHG für die Exmatrikulation; s.a. die Auflistung bei *Reimer*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, EL 7/2024, § 63 VwVfG Rn. 22; *Sachs/Kamp*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 63 Rn. 39 ff.

⁴⁵ Für das Kreislaufwirtschaftsrecht § 19 HAKrWG; für das Immissionsschutzrecht §§ 1, 4 HessImSchZuV; für das Wasserrecht § 65 Abs. 1 HessWasserG i.V.m. § 1 HessVO über die Zuständigkeiten der Wasserbehörden.

⁴⁶ Diese bestimmt sich nach § 2 i.V.m. Anh. 1 der 4. BImSchV; gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. c der 4. BImSchV findet auch auf kleinere Vorhaben das förmliche Genehmigungsverfahren Anwendung, wenn das Vorhaben UVP-pflichtig ist und deshalb nach §§ 18 ff. UVPG einer Öffentlichkeitsbeteiligung bedarf.

⁴⁷ Siehe nur Anh. 1 der 4. BImSchV lfd. Nr. 8; dazu instruktiv OVG Rh-Pf, Urt. v. 25.11.1997 – 7 A 12417, NVwZ 1998, 425 (426); da nach § 17a Abs. 2 Nr. 7 GemO Rh-Pf nur Planfeststellungsverfahren und förmliche Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung ausgenommen sind, unterfiel ein Bürgerentscheid zu einem Abfallentsorgungskonzept zugunsten der biologischen Abfallbehandlung nicht dem Ausschlussgrund, weil das Vorhaben nur dem vereinfachten Genehmigungsverfahren unterfiel.

⁴⁸ § 11 WHG i.V.m. § 9 Abs. 1 HessWasserG.

Wegen der Heterogenität der Verfahren mit Blick auf die Öffentlichkeitsbeteiligung ist unklar, welche Merkmale andere Verfahren als ebenfalls vom Bürgerentscheid ausgenommene **vergleichbare Zulassungsverfahren** kennzeichnen. Die Begründung des Gesetzentwurfs bietet keinen Anhaltspunkt. Ein naheliegender Ansatz liegt darin, auf die Komplexität der Vorhaben mit gewichtigen Auswirkungen auf die Allgemeinheit und Einzelne unter Einschluss der Vorhabenträger abzustellen. Den jeweiligen Zulassungsentscheidungen gehen deshalb entsprechend komplexe Abwägungen voraus ungeachtet des Umstands, ob die jeweilige Entscheidung durch einen Abwägungsspielraum gekennzeichnet ist oder als gebundene Entscheidung ergeht. Diese Abwägungen können indessen nicht durch eine Ja/Nein-Entscheidung in einem Bürgerentscheid ersetzt werden⁴⁹. Freilich ist für die Komplexität des Vorhabens wiederum das Gebot einer Öffentlichkeitsbeteiligung indiziell. Denkbar wäre auch, die Vergleichbarkeit auf den Sachbereich des Zulassungsverfahrens zu beziehen und diese bei solchen Zulassungsverfahren anzunehmen, die raumbeanspruchende Vorhaben mit Auswirkungen auf die Umwelt zum Gegenstand haben.

Für die Reichweite der Ausnahme insgesamt ist aber vor allem entscheidend, in welchen Konstellationen von **Angelegenheiten, die im Rahmen dieser Verfahren zu entscheiden sind**, auszugehen ist. Für eine sehr weite Lesart plädiert das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen. Nach seiner Auffassung ist ein Bürgerbegehren schon dann ausgeschlossen, wenn es auf Sachentscheidungen zielt, „die auf ein planungs- oder zulassungsbedürftiges Vorhaben gerichtet sind“. Der Ausnahmegrund liegt also nicht erst dann vor, wenn das Bürgerbegehren eine Frage stellt, die Gegenstand des jeweiligen Zulassungsverfahrens wäre. Dass nur ein Rahmenbezug zu einem (potenziellen) Planfeststellungs- oder Zulassungsverfahren vorliegen muss, folge semantisch aus den Formulierungen „Angelegenheit“ und „im Rahmen“⁵⁰. In der Konsequenz sind auch politische Vorentscheidungen, die sich auf ein planungs- oder zulassungsbedürftiges Vorhaben beziehen, vom Bürgerentscheid ausgenommen, wie etwa eine Festlegung des Abfallwirtschaftskonzepts zugunsten einer biologisch-thermischen Abfallbehandlung, weil eine entsprechende Abfallentsorgungsanlage ein zulassungsbedürftiges Vorhaben wäre⁵¹. Auf der Grundlage der Judikatur des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen wäre das zur „Wiesbader Citybahn“ gestellte Vertreterbegehren gewiss unzulässig gewesen, denn es bezieht sich auf ein nach § 28 Abs. 1 PBefG planfeststellungsbedürftiges Vorhaben.

⁴⁹ OVG NRW, Beschl. v. 16.6.2020 – 15 A 4343/19, BeckRS 2020, 15884 Rn. 8; OVG NRW, Beschl. v. 27.2.2009 – 15 A 3224/08, BeckRS 2009, 31971; OVG NRW, Ur. v. 5.2.2002 – 15 A 1965/99, NVwZ-RR 2003, 448 (450); s. dazu auch die Ausführungen unter A.II.3.

⁵⁰ OVG NRW, Beschl. v. 16.6.2020 – 15 A 4343/19, BeckRS 2020, 15884 Rn. 6 ff.; zuvor schon OVG NRW, Beschl. v. 27.2.2009 – 15 A 3224/08, BeckRS 2009, 31971; OVG NRW, Ur. v. 5.2.2002 – 15 A 1965/99, NVwZ-RR 2003, 448 (449 f.).

⁵¹ OVG NRW, Ur. v. 5.2.2002 – 15 A 1965/99, NVwZ-RR 2003, 448 (449 f.).

Einen engeren Ansatz verfolgt hingegen bei insoweit identischem Wortlaut des Ausnahmetatbestands das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht. Nach seiner Auffassung reicht ein bloßer „Rahmenbezug“ des Bürgerbegehrens zu einem allfälligen Zulassungsverfahren für die Aktivierung des Ausnahmetatbestands nicht aus. Vielmehr werde dieser erst dann erfüllt, wenn Fragen zum Bürgerentscheid gestellt werden, die Gegenstand eines entsprechenden Verfahrens sein könnten. Dies sei aber bei politischen Grundsatzentscheidungen im Vorfeld eines Verfahrens – konkret: die Festlegung der Gemeinde auf das Befürworten einer bestimmten Planungsvariante – nicht der Fall. Denn die Auswahl der zu verfolgenden Planungsvarianten liege dem eigentlichen Planfeststellungsverfahren voraus⁵². Wied diese Sichtweise zugrunde gelegt, so spricht einiges dafür, dass das Vertreterbegehren zur „Wiesbadener Citybahn“ mit dem Bürgerentscheid zur „Planungsvariante Null“ rechtlich zulässig gewesen wäre.

3. Bewertung

Die lokale Infrastruktur und ihre Fortentwicklung – Straßen, schienengebundener Verkehr, Abfallentsorgungsanlagen, Energieversorgung, Krankenhäuser etc pp – sind Themen, die für die Bürger von hoher Bedeutung und nicht selten streitträchtig sind, weshalb die Bürgerbeteiligung für die Akzeptanz der Vorhaben eine bedeutende Rolle spielt. Dass für die Zulassung dieser Infrastrukturvorhaben im Regelfall keine gemeindliche Entscheidungszuständigkeit besteht, nimmt die kommunale Befassung mit diesen Vorhaben noch nicht aus dem eigenen Wirkungsbereich i.S.v. § 8b Abs. 1 HGO aus. Denn die fehlende kommunale Letztentscheidungszuständigkeit wird teilweise kompensiert durch gemeindliche Mitwirkungsrechte an diesen den höheren staatlichen Verwaltungsebenen – in Hessen zumeist den Regierungspräsidien – zugewiesenen Zulassungsverfahren. Die Mitwirkung in Gestalt eines Stimmrechts und Anhörensrechts der Gemeinden ist dabei nicht Bestandteil der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung, sondern Ausfluss der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie⁵³. Besonders deutlich wird dies an der gemeindlichen Stellung in Planfeststellungsverfahren, in denen die Gemeinde nicht (allein) als anzuordnende Behörde i.S.v. § 73 Abs. 2 und 3a VwVfG agiert, sondern als Trägerin subjektiver Rechte eine den anderen Betroffenen gleichgestellte Einwanderin i.S.v. § 73 Abs. 4 VwVfG ist⁵⁴. Die beabsichtigte Ausnahme von der Bürgerentscheidfähigkeit erfasst deshalb insbesondere die

⁵² NdsOVG, Beschl. v. 25.4.2024 – 10 ME 75/24, BeckRS 2024, 11436 Rn. 15 betr. die Beibehaltung eines ebenerdigen Bahnübergangs; zuvor schon NdsOVG, Beschl. v. 2.3.2021 – 10 ME 14/21, NordÖR 2021, 233 betr. die Standortsuche für einen Klinikneubau.

⁵³ Dazu schon *Ritgen*, NVwZ 2000, 129 (132 f.).

⁵⁴ BVerwG, Urt. v. 9.2.2005 – 9 A 62/03, NVwZ 2005, 813 (815); BVerwG, Urt. v. 17.3.2005 – 4 A 18/04, BVerwGE 123, 152 (154) = NVwZ 2005, 811; s. auch *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 73 Rn. 78; *Weiß*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 5. EL 7/2024, § 73 VwVfG Rn. 99.

gemeindliche Stellungnahme im jeweiligen Planfeststellungs- oder Zulassungsverfahren, nach weitergehender Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen allerdings auch schon politische Weichenstellungen im Vorfeld der jeweiligen Verfahren.

Im Ergebnis ist gleichwohl davon auszugehen, dass auch einer Ausnahme in diesem weitreichenden Verständnis **keine verfassungsrechtlichen Bedenken** entgegenstehen. Denn weder das Grundgesetz noch die Landesverfassung zwingen dazu, dass Planungs- und Zulassungsentscheidungen zur kommunalen Infrastruktur bzw. die gemeindliche Position zu derartigen Vorhaben durch ein direktdemokratisches Votum der Bürgerschaft verantwortet werden⁵⁵.

Die beabsichtigte Ausnahme ist auch **in wesentlichen Teilen rechtspolitisch gut vertretbar**. Die von der Entwurfsbegründung neben der Komplexität der Abwägungsprozesse ins Feld geführte fachrechtlich vorgesehene umfassende Öffentlichkeitsbeteiligung für Planfeststellungs- und Zulassungsverfahren⁵⁶ ist allerdings für sich genommen kein aussagekräftiges Argument: Denn die Beteiligung der Bürger an den Zulassungsverfahren ist ungeachtet ihrer Weite immer noch eine Betroffenenbeteiligung, die jedenfalls auch (grund-)rechtsschützende Funktionen übernimmt⁵⁷. Wegen der unterschiedlichen Funktionen der jeweiligen Mitwirkung steht deshalb nicht die Vermeidung von doppelten Beteiligungsstrukturen im Raum, wohl aber die Verhinderung von Disfunktionalitäten, die sich daraus ergeben, dass im Bürgerentscheidverfahren mit der auf eine Ja/Nein-Antwort beschränkten Option nur einige vorhabenbezogene Gesichtspunkte herausgegriffen werden, andere aber aufgrund eines fehlenden Abwägungsprozesses keine Rolle spielen. Auch kann der Kreis der Abstimmungsberechtigten an einem Bürgerentscheid u.U. sogar kleiner sein als der Kreis derjenigen, die an einem Planfeststellungsverfahren zu beteiligen sind. Das zeigte sich instruktiv am Vertreterbegehren zur „Wiesbadener Citybahn“: Mit ihrer Ablehnung beerdigten die Wiesbadener Bürger das Vorhaben zugleich für die Bürger von Mainz, Taunusstein und Bad Schwalbach, die im Rahmen eines Planfeststellungsverfahrens für das stadtübergreifende Projekt beteiligt worden wären, beim Bürgerentscheid der Stadt Wiesbaden aber keine Stimme hatten.

Es bleibt zu erwägen, ob der Ausnahmetatbestand auf Angelegenheiten im Rahmen solcher **Verfahren** begrenzt werden sollte, **die zwingend eine Öffentlichkeitsbeteiligung vorsehen**. In der Sache wären damit Bürgerentscheide im Umfeld kleinerer Vorhaben möglich, für die etwa immissionsschutzrechtlich nur das vereinfachte Genehmigungsverfahren Anwendung finden. Die Begrenzung könnte durchaus Auswirkungen haben. So sah das Oberverwaltungsgericht

⁵⁵ OVG NRW, Beschl. v. 16.6.2020 – 15 A 4343/19, BeckRS 2020, 15884 Rn. 17; OVG NRW, Ur. v. 5.2.2002 – 15 A 1965/99, NVwZ-RR 2003, 448 (450).

⁵⁶ Begr. RegE, LT-Drs. HE 21/1303, S. 25.

⁵⁷ Siehe dazu auch OVG NRW, Ur. v. 5.2.2002 – 15 A 1965/99, NVwZ-RR 2003, 448 (450).

Nordrhein-Westfalen einen Bürgerentscheid über ein kommunales Abfallwirtschaftskonzept wegen der Ausnahme für abfallrechtliche Zulassungsverfahren als unzulässig an⁵⁸, während das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz einen Bürgerentscheid zu einem entsprechenden Konzept mit Blick darauf, dass die landesrechtliche Ausnahme nur für Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung Geltung beansprucht, als zulässig erachtete⁵⁹.

Für einen diesbezüglichen Rückbau der Ausnahme spricht, dass in Angelegenheiten im Rahmen dieser Verfahren regelhaft von einer geringeren Komplexität des Abwägungsprozesses ausgegangen werden kann. In rechtspraktischer Hinsicht würden durch die Beschränkung auf Zulassungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung ggf. Unklarheiten über die Bestimmung „vergleichbarer“ Zulassungsverfahren beseitigen.

B. Änderung von § 121 HGO (Kommunalwirtschaftliche Betätigung)

Die vorgeschlagenen Änderungen der Zentralvorschrift zur Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden zielen neben einer redaktionellen Bereinigung vor allem darauf, den Gemeinden eine wirtschaftliche Betätigung zu erleichtern⁶⁰. Zum einen soll die bislang in § 121 Abs. 1a HGO geregelte Privilegierung der wirtschaftlichen Betätigung im Bereich der Energieerzeugung und –versorgung mit erneuerbaren Energien⁶¹ abwandern in den neugefassten § 121 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 HGO und dort den Status einer fiktiven nicht-wirtschaftlichen Betätigung erhalten. Des Weiteren sollen auch kommunale Tätigkeiten auf dem Gebiet des Wohnungsbaus als nicht wirtschaftliche Tätigkeiten i.S.v. § 121 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 HGO eingeordnet werden, deren Status zuvor gesetzlich nicht explizit geregelt war. Und schließlich sollen das bislang obligatorische Markterkundungsverfahren gem. § 121 Abs. 6 HGO als optional gekennzeichnet werden und die in § 121 Abs. 7 HGO normierte Pflicht zur jährlichen Prüfung der Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 HGO entfallen.

I. Die vorgeschlagenen Änderungen im Ländervergleich

Die Regelungen der Länder zur Zulässigkeit kommunaler Wirtschaftsbetätigung haben zum Ziel, das Spannungsverhältnis von Kommunalwirtschaft und (vorrangiger) Privatwirtschaft auszubalancieren. Die Art des Ausgleichs von „Staat und Markt“ folgt politischen Konjunkturen. Rechtstechnisch stehen dem Landesgesetzgeber verschiedenste Stellschrauben zur Verfügung, etwa

⁵⁸ OVG NRW, Urt. v. 5.2.2002 – 15 A 1965/99, NVwZ-RR 2003, 448 (450).

⁵⁹ OVG Rh-Pf, Urt. v. 25.11.1997 – 7 A 12417/96, NVwZ 1998, 425 (426) zu § 17a Abs. 2 Nr. 7 GemO Rh-Pf.

⁶⁰ Zum folgenden Begr. RegE, LT-Drs. HE 21/1303, S. 35.

⁶¹ Eingeführt durch Gesetz v. 16.12.2011, HessGVBl. S. 786; s. auch LT-Drs. HE 18/4816.

die „Schärfe“ der Subsidiaritätsklausel, ggf. verbunden mit einem einfachgesetzlichen Abwehrrechtsschutz Privater gegen kommunale Konkurrenz, die Befreiung bestimmter kommunaler Betätigungen von der Subsidiaritätsklausel, der Umfang eines „Negativkatalogs“ fiktiver nichtwirtschaftlicher Betätigungen bzw. eines entsprechenden Daseinsvorsorgevorbehalts, schließlich auch prozedurale Umgehungen des Vorrangs privatwirtschaftlicher Betätigung in Gestalt von kommunalen Marktanalysepflichten. Ein „fairer“ Vergleich der Ausgestaltung in den Bundesländern müsste das jeweilige „Gesamtpaket“ in den Blick nehmen und ist im Rahmen dieser Stellungnahme nicht leistbar.

Hier muss deshalb die Feststellung genügen, dass sich – bei jeweils isolierter Betrachtung – für die vorgeschlagenen Regelungen Vorbilder in anderen Bundesländern finden. Besonders weitgehend im Ländervergleich ist allerdings die vorgeschlagene Umqualifizierung der **Versorgung mit erneuerbarer Energie** zu einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit. Fast alle Bundesländer privilegieren zwar die Energieversorgung durch kommunale Unternehmen⁶². Regelmäßig ordnen sie diese aber weiterhin der wirtschaftlichen Betätigung zu und modifizieren allein die Geltung der Schrankentrias (Befreiung von der Subsidiaritätsklausel, Fiktion eines öffentlichen Zwecks)⁶³. Soweit ersichtlich, schließt nur Mecklenburg-Vorpommern die Geltung der Schrankentrias insgesamt aus⁶⁴. Sehr vermischt ist das Bild mit Blick auf den **kommunalen Wohnungsbau**. Hier finden sich für Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, das Saarland und Schleswig-Holstein keinerlei Privilegierungen⁶⁵, in Bayern und Baden-Württemberg können Freistellungen allein aus dem die Subsidiaritätsklausel ausschließenden Daseinsvorsorgevorbehalt folgen⁶⁶. Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen befreien die kommunale Wohnungswirtschaft ausdrücklich von der Geltung der Subsidiaritätsklausel⁶⁷. Eine mit der intendierten hessischen Regelung vergleichbare Zuordnung zu den nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten wurde in Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz vorgenommen⁶⁸.

⁶² Ausdrückliche Regelungen fehlen in § 91 BbgKV und § 102 GemO BW; die Subsidiaritätsklausel in § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW enthält allerdings einen allgemeinen Vorbehalt zur kommunalen Daseinsvorsorge.

⁶³ Art. 87 Abs. 3 BayGO; § 128 Abs. 2 KVG LSA; § 136 Abs. 1 S. 3 und 4 NKomVG; § 107a NWGO; § 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und Satz 2 GemO Rh-Pf; § 108a KSVG Saarl; § 97 Abs. 1 SächsGemO; § 101a Abs. 2 GemO SH; § 71 Abs. 2 Nr. 4 ThürKO.

⁶⁴ § 68 Abs. 3 Nr. 4 KV M-V.

⁶⁵ Ein bemerkenswerter Sonderfall ist § 94a Abs. 2 SächsGemO, der zusätzliche Anforderungen an die kommunale Wohnungswirtschaft stellt. Danach muss die Gemeinde darauf hinwirken, „dass die zur angemessenen Bewirtschaftung des Wohnungsbestandes erforderliche Kredit- und Investitionsfähigkeit gesichert ist und der von ihr unmittelbar oder mittelbar gehaltene Wohnungsbestand keine marktbeherrschende Stellung einnimmt“.

⁶⁶ Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO; § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW; die Judikatur fasst die kommunale Wohnungswirtschaft unter § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW, dazu VGH BW, Urt. v. 5.11.2014 – 1 S 2333/13, NVwZ-RR 2015, 307; VGH Mannheim, Urt. v. 23.3.2023 – 1 S 2793/20, KommJur 2023, 212.

⁶⁷ § 136 Abs. 1 Satz 3 und 4 NKomVG; § 128 Abs. 2 KVG LSA; § 71 Abs. 2 Nr. 4 ThürKO.

⁶⁸ § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 NWGO; § 85 Abs. 4 Nr. 6 GemO Rh-Pf.

Ein Gebot zur einer vorgängigen **Markterkundung** i.S.v. § 121 Abs. 6 HGO ist hingegen, soweit ersichtlich, nur im Saarland vorgesehen⁶⁹. In Brandenburg und Thüringen wird dieses Verfahren – ähnlich wie nunmehr in Hessen beabsichtigt – empfohlen⁷⁰, Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen und Sachsen fordern die Gemeinden allein zu einem Dialog mit den Kammern der Wirtschaft auf⁷¹, und in Bayern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein ist dieses prozedurale Instrument vollkommen unbekannt. Soweit ersichtlich, steht Hessen mit der derzeit in § 121 Abs. 7 HGO geregelten Pflicht zur jährlichen Prüfung der Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 HGO allein auf weiter Flur.

Im Ergebnis würde sich also Hessen mit den Regelungen zur Energieversorgung und zum Wohnungsbau jeweils bei den besonders „kommunalwirtschaftsfreundlichen“ Ländern einreihen. Mit der vorgeschlagenen Flexibilisierung des vorgängigen Markterkundungsgebots gehört hingegen Hessen immer noch zu den Ländern, die kommunalwirtschaftliche Betätigungen prozedural einhegen.

II. Analyse des Regelungsvorschlags

Die folgenden Ausführungen sollen sich auf die gewichtigeren Punkte der Zuordnung der Energieversorgung und des Wohnungsbaus zu den nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten beschränken.

1. Versorgung mit erneuerbaren Energien

Mit der 2011 ins Werk gesetzten Privilegierung der kommunalen Versorgung mit erneuerbaren Energien durch § 121 Abs. 1a HGO sollte der besonderen Rolle der Gemeinden für das Gelingen der Energiewende Rechnung getragen werden⁷². Dabei wurde die Freistellung von der Subsidiaritätsklausel des § 121 Abs. 1 Nr. 3 HGO und der Wegfall des darauf bezogenen Rechtsschutzes teilweise durch § 121 Abs. 1b Satz 1 HGO aufgefangen, der § 121 Abs. 1a HGO als drittschützend qualifiziert. Mit der beabsichtigten Zuordnung der Energieversorgung zu § 121 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 HGO würde nicht nur der verbleibende Rest der Schrankentrias – Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck, Darlegung von Leistungsfähigkeit und Bedarf – für die Versorgung mit erneuerbaren Energien unbeachtlich, sondern auch der besondere Drittschutz entfallen, den bislang § 121 Abs. 1b HGO vermittelt.

⁶⁹ § 108 Abs. 4 KSVG Saarl.

⁷⁰ § 92 Abs. 3 BbgKV; § 71 Abs. 2 Nr. 4 ThürKO.

⁷¹ § 102 Abs. 2 GemO BW; § 68 Abs. 7 KV M-V; § 107 Abs. 5 NWGO; § 94a Abs. 1 Satz 2 SächsGemO.

⁷² LT-Drs. HE 18/4816, S. 2.

Soweit die lokale Energieversorgung konventionell, d.h. nicht aus erneuerbaren Energien gespeist ist, bestehen für sie indessen keinerlei Privilegierungen. Insbesondere unterfällt sie vollumfänglich der Subsidiaritätsklausel. Sein Begriffsverständnis erneuerbarer Energien hat der hessische Gesetzgeber bereits im Jahr 2011 formuliert⁷³, sodass insoweit keine Abgrenzungsprobleme entstehen dürften. Der Begriff der Versorgung soll die gesamte Wertschöpfungskette abbilden, also die Erzeugung, den Vertrieb, die Verteilung im Netz und die Speicherung erneuerbarer Energien⁷⁴.

2. Wohnungsbau

Der Status der kommunalen Wohnungswirtschaft ist derzeit in § 121 HGO nicht ausdrücklich geregelt. Jedoch ging der hessische Innenminister im Jahr 2015 in einer Antwort auf eine Kleine Anfrage von Abgeordneten der SPD-Fraktion davon aus, der „soziale Wohnungsbau“, d.h. die sichere und sozial verantwortbare Wohnraumversorgung breiter Bevölkerungsschichten, werde bereits von der als nichtwirtschaftlich qualifizierten Tätigkeit auf dem Gebiet des Sozialwesens nach § 121 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 HGO erfasst. Der frei finanzierte Wohnungsbau sei hingegen eine erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und müsse sich dementsprechend an der Schrankentrias des § 121 Abs. 1 HGO messen lassen⁷⁵. Unter Anknüpfung an diese Rechtsauffassung soll nun der „Wohnungsbau“ insgesamt, d.h. unter Einschluss des frei finanzierten Wohnungsbaus, der nichtwirtschaftlichen Tätigkeit zugeordnet werden⁷⁶.

Es kann dahinstehen, ob sich der soziale Wohnungsbau bereits de lege lata der nichtwirtschaftlichen Tätigkeit auf dem Gebiet des „Sozialwesens“ i.S.v. § 121 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 HGO zuordnen lässt⁷⁷. Mit der Qualifizierung des (gesamten) Wohnungsbaus als nichtwirtschaftliche Tätigkeit kann jedenfalls dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der frei finanzierte Wohnungsbau auch die Funktion übernehmen muss, erschwinglichen Wohnraum außerhalb der engen Grenzen des sozialen Wohnungsbaus bereitzustellen. Hierauf nimmt auch die Entwurfsbegründung mit dem Verweis auf die „Schaffung von bezahlbarem Wohnraum“ und die Vermietung „zu bezahlbaren Bedingungen“ Bezug⁷⁸.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der mit der Zuordnung zu § 121 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 HGO verbundene Wegfall der Geltung der Schrankentrias unter Einschluss der Subsidiaritätsklausel

⁷³ LT-Drs. HE 18/4816, S. 3.

⁷⁴ Begr. RegE, LT-Drs. HE 21/1303, S. 35.

⁷⁵ Antwort des Ministers des Innern und für Sport auf eine Kleine Anfrage, LT-Drs. HE 19/1570.

⁷⁶ Begr. RegE, LT-Drs. HE 21/1303, S. 35.

⁷⁷ Eine Einordnung unter die „Wohlfahrtspflege“ erwägt immerhin auch VGH Mannheim, Urt. v. 23.3.2023 – 1 S 2793/20, KommJur 2023, 212 (220).

⁷⁸ Begr. RegE, LT-Drs. HE 21/1303, S. 35.

des § 121 Abs. 1 Nr. 3 HGO im Grundsatz solchen Tätigkeiten vorbehalten bleiben sollte, die von der Privatwirtschaft nicht (rentabel) erbracht werden und zugleich existenziell für die Einwohner sind. Deshalb rechnen etwa die Schaffung von gehobenem Wohnraum und das klassische Bauträgergeschäft – Erwerb und Bebauung von Grundstücken mit anschließendem Wohnungsverkauf – nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg nicht zu der von der Subsidiaritätsklausel freigestellten kommunalen Daseinsvorsorge⁷⁹. Diese erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten können allenfalls als untergeordnete bzw. verbundene Tätigkeit von der Privilegierung profitieren⁸⁰. Eine Beschränkung der Privilegierung auf einen in diesem Sinne gemeinwohlorientierten Wohnungsbau lässt sich der vorgeschlagenen Regelung nicht entnehmen.

III. Bewertung

Die vorgeschlagenen Regelungen setzen landesrechtlich den schon seit gut 15 Jahren zu beobachtenden Trend zur einer „Rekommunalisierung“ fort. Im Ergebnis sind gegen die Zuordnung des Wohnungsbaus und der kommunalen Versorgung mit erneuerbarer Energie zu den nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten i.S.v. § 121 Abs. 2 HGO **keine verfassungsrechtlichen Bedenken** anzumelden⁸¹.

In **rechtspolitischer Hinsicht** erscheint die Zuordnung der **Energieversorgung** zu den nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten i.S.v. § 121 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 HGO im Ergebnis maßvoll. Denn die Privilegierung erfasst nicht – anders als in anderen Bundesländern⁸² – die gesamte kommunale Energieversorgung, sondern nur diejenige, die aus erneuerbaren Quellen gespeist wird. In der Sache geht auch die intendierte Zuordnung zu den nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten kaum über den Effekt hinaus, den die in vielen Bundesländern praktizierte Kombination aus Abbedingung der Subsidiaritätsklausel, Fiktion eines öffentlichen Zwecks und Wegfall des Bedarfsnachweises erzeugt⁸³. Für die Qualifikation des **Wohnbaus** als nichtwirtschaftliche Tätigkeit sollte aber er-

⁷⁹ VGH BW, Beschl. v. 29.11.2012 – 1 S 1258/12, NVwZ-RR 2013, 328 (329); VGH BW, Urt. v. 5.11.2014 – 1 S 2333/13, NVwZ-RR 2015, 307 Rn. 66 ff. jeweils zu § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW.

⁸⁰ VG Stuttgart, Urt. v. 8.7.2020 – 7 K 7009/17, BeckRS 2020, 21237 Rn. 91 ff., Rn. 100 zur Querfinanzierung von preisreduziertem Wohnraum.

⁸¹ Anderes könnte hingegen für die **Breitbandversorgung** gelten, die mit der HGO-Novelle von 2014 dem Katalog des § 121 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 HGO zugeordnet wurde. Da hiervon auch der Betrieb von Telekommunikationsnetzen und die Erbringung von Telekommunikationsdiensten i.S.v. § 3 Nr. 61 und 65 TKG umfasst ist, gilt das Gebot der Privatwirtschaftlichkeit gem. Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG. Dieses verbietet zwar nicht per se eine kommunale Leistungserbringung, setzt aber voraus, dass sich das kommunale Unternehmen vorwiegend am Gewinnprinzip und nicht am Gemeinwohl orientiert, dazu BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 50/16, BeckRS 2018, 34187 Rn. 15 ff. – *Vectoring I*. Gegen die Privatwirtschaftlichkeit der sog. nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten spricht § 121 Abs. 2 Satz 2 HGO.

⁸² Siehe nur Art. 87 Abs. 3 BayGO; § 107a NWGO; § 136 Abs. 1 Satz 3 NKomVG; § 71 Abs. 2 Nr. 4 ThürKO; § 68 Abs. 3 Nr. 4 KV M-V.

⁸³ So etwa Art. 87 Abs. 3 BayGO; § 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und Satz 2 GemO Rh-Pf; § 128 Abs. 2 KVG LSA; § 68 Abs. 3 Nr. 4 KV M-V; § 136 Abs. 1 Satz 3, 4 und 7 NKomVG.

wogen werden, diese Privilegierung auf den Wohnbau zum Zweck der Versorgung der Einwohner mit erschwinglichem Wohnraum zu begrenzen, denn eine Freistellung auch etwa für das klassische Bauträgersgeschäft lässt sich nur schwerlich sachlich rechtfertigen. Möglicherweise entspricht diese Modifizierung ohnehin den legislativen Vorstellungen. Sie könnte durch eine nachfolgende Drucksache verdeutlicht oder aber im Wortlaut des § 121 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 HGO zum Ausdruck gebracht werden.