

Teilflächennutzungsplan der Gemeinden Obermaiselstein und Balderschwang

Verbindungsbahn Grasgehren – Balderschwang

Gutachten zum kommunalrechtlichen Mitwirkungsverbot nach Art. 49 der Bayerischen
Gemeindeordnung (BayGO)

von

Prof. Dr. Gerrit Manssen

Universität Regensburg

Fakultät für Rechtswissenschaft

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere deutsches und europäisches Verwaltungsrecht

im Auftrag der

Gesellschaft für ökologische Forschung e.V.

Frohschammerstr. 14

D-80807 München

Stand: 17. Januar 2017

I. Problemstellung

In den bayerischen Gemeinden Balderschwang und Obermaiselstein (Allgäu) planen private Investoren den Ausbau der vorhandenen Skigebiete und -anlagen. Beabsichtigt ist vor allem die Errichtung einer „Skischaukel“ und einer „Familienabfahrt“, die die Skigebiete beider Gemeinden verbinden und dadurch die touristische Attraktivität für den Wintersport erhöhen sollen. Zu diesem Zweck wurden Beschlüsse zum Erlass eines gemeinsamen Teilflächennutzungsplans „Verbindungsbahn Grasgehren-Balderschwang“ in den Gemeinderäten (nach Pressemitteilungen einstimmig) gefasst. Wegen Verstoßes gegen das Landesentwicklungsprogramm (sog. Alpenplan) kann die gemeinsame Flächennutzungsplanung derzeit noch nicht verbindlich werden. Es muss abgewartet werden, ob das Landesentwicklungsprogramm entsprechend geändert wird. Die grundsätzliche Entscheidung für die Planung ist laut Presseberichten in beiden Gemeinderäten jedoch gefallen. Bürgerentscheide in beiden Gemeinden führten ebenfalls zu einer positiven Entscheidung über die Planung.

Potentieller Betreiber der geplanten Verbindungsbahn ist die „Grasgehrenlift Otto Schmid OHG“ (im Folgenden kurz „Schmid-OHG“ oder „OHG“).

Siehe den Entwurf von Begründung und Umweltbericht, erstellt von LARS consult Gesellschaft für Planung und Projektentwicklung mbH vom 16.10.2014, S. 24.

Die OHG besteht aus 28 Gesellschaftern, „ausschließlich (heimatverbundene) Bürgerinnen/Bürger aus Obermaiselstein und vereinzelt aus Balderschwang“.

So Entwurf von Begründung und Umweltbericht (a. a. O.), S. 24.

Durch einen Artikel der Süddeutschen Zeitung ist auch der breiten Öffentlichkeit bekannt geworden, dass der Erste Bürgermeister von Obermaiselstein, Peter Stehle, vier Gemeinderatsmitglieder aus Obermaiselstein und ein Gemeinderatsmitglied aus Balderschwang Gesellschafter der OHG sind. Ein weiteres Gemeinderatsmitglied von Obermaiselstein ist Sohn eines OHG-Gesellschafters.

Vgl. Süddeutsche Zeitung vom 8. Dezember 2016, „Riedberger Horn: Lokalpolitiker würden von Skischaukel profitieren“. Siehe <http://www.sueddeutsche.de/bayern/abstimmung-riedberger-horn-lokalpolitiker-wuerden-von-skischaukel-profitieren-1.3283916> (Abruf am 8.1.2017, 20.55 Uhr).

Der Erste Bürgermeister sowie die Gemeinderatsmitglieder und der Sohn eines weiteren Gesellschafters hätten das Projekt in ihren jeweiligen Gemeinderäten „befürwortet und vorangetrieben“ und entsprechenden Beschlüssen zur Aufstellung des gemeinsamen Teilflächennutzungsplans zugestimmt.

Vgl. SZ, a. a. O.

Nach dem genannten Bericht der Süddeutschen Zeitung sowie weiteren Meldungen im Bayerischen Fernsehen hat das Landratsamt Oberallgäu als zuständige Rechtsaufsichtsbehörde die Auffassung vertreten, ein Mitwirkungsverbot nach Art. 49 Bayerische Gemeindeordnung (BayGO) bestehe nicht. Als Begründung soll maßgeblich darauf hingewiesen worden sein, dass die OHG aus 28 Gesellschaftern bestehe, von denen nur zwei vertretungsbefugt seien. Die übrigen Gesellschafter – auch die erwähnten „Lokalpolitiker“ – seien von der Vertretung ausgeschlossen.

Vgl. <http://www.br.de/mediathek/video/sendungen/nachrichten/riedberger-horn-gemeinderate-gesellschafter-100.html> (Abruf am 9.1.2017, 10.40 Uhr).

Gegenstand des vorliegenden Gutachtens ist die Überprüfung dieser Rechtsauffassung. Dabei geht es nicht um die Beurteilung konkreter Gemeinderatsbeschlüsse, sondern um die allgemeine Frage, ob Mitglieder des Gemeinderates, die gleichzeitig Gesellschafter einer Investoren-OHG sind, an der Beschlussfassung im Gemeinderat im Hinblick auf die Schaffung der planungsrechtlichen Voraussetzungen mitwirken dürfen und in Zukunft mitwirken dürfen. Nicht Gegenstand des Gutachtens ist die Frage, ob die Beschlüsse zu den durchgeführten Bürgerentscheiden ebenfalls betroffen sind und welchen Einfluss die Bürgerentscheide auf das weitere Verfahren haben. Dies müsste einer weiteren Untersuchung vorbehalten bleiben.

II. Wortlaut des Art. 49 Abs. 1 Bayerische Gemeindeordnung (BayGO)

Art. 49 BayGO lautet in seiner derzeit noch gültigen Fassung:

Ausschluß wegen persönlicher Beteiligung

(1) ¹Ein Mitglied kann an der Beratung und Abstimmung nicht teilnehmen, wenn der Beschluß ihm selbst, seinem Ehegatten, seinem Lebenspartner, einem Verwandten oder Verschwägerten bis zum dritten Grad oder einer von ihm kraft Gesetzes oder Vollmacht vertretenen natürlichen oder juristischen Person einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil

bringen kann.² Gleiches gilt, wenn ein Mitglied in anderer als öffentlicher Eigenschaft ein Gutachten abgegeben hat.

(2) Absatz 1 gilt nicht

1. für Wahlen,

2. für Beschlüsse, mit denen der Gemeinderat eine Person zum Mitglied eines Ausschusses bestellt oder sie zur Wahrnehmung von Interessen der Gemeinde in eine andere Einrichtung entsendet, dafür vorschlägt oder daraus abberuft.

(3) Ob die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen, entscheidet der Gemeinderat ohne Mitwirkung des persönlich Beteiligten.

(4) Die Mitwirkung eines wegen persönlicher Beteiligung ausgeschlossenen Mitglieds hat die Ungültigkeit des Beschlusses nur zur Folge, wenn sie für das Abstimmungsergebnis entscheidend war.

Eine Neufassung des Art. 49 BayGO befindet sich zur Zeit im parlamentarischen Verfahren. Sie wird allerdings für die hier in Frage stehende Problematik keine Änderung bringen, sondern lediglich den Wortlaut der Vorschrift durch einen Verweis auf Art. 20 VwVfG übersichtlicher gestalten.

Siehe <https://bayvr.de/2016/07/14/staatsregierung-gesetzentwurf-zur-aenderung-des-gemeinde-und-landkreiswahlgesetzes-glkrwg-und-anderer-vorschriften/> (Abruf am 9.1.2017, 10.48 Uhr).

§ 2 Nr. 14 des Gesetzentwurfs der Staatsregierung zur Änderung des Gemeinde- und Landkreiswahlgesetzes und anderer Gesetze vom 06.12.2016, LT-Drs. 17/14651

Eine ähnliche Regelung wie Art. 49 BayGO enthält Art. 38 des Gesetzes über kommunale Wahlbeamte (KWBG). Sie schließt kommunale Wahlbeamte (vor allem den Ersten Bürgermeister) von einer Amtshandlung aus, wenn sie ihnen einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil verschaffen würde.

III. Unmittelbarkeit des Vorteils oder Nachteils

1. Zielsetzung der Regelung des Art. 49 BayGO

Der Zweck des Art. 49 Abs. 1 GO besteht darin, möglichen Interessenkollisionen der Gemeinderatsmitglieder von vornherein entgegenzutreten. Die Integrität des Gemeinderates soll geschützt werden, damit dieser sich bei seinen Entscheidungen alleine an öffentlichen Interessen orientieren kann und sich nicht maßgeblich von privaten Sonderinteressen leiten lässt. Ähnliche Bestimmungen gibt es in allen deutschen Kommunalordnungen.

Siehe allgemein etwa Widtmann/Grasser/Glaser, Bayerische Gemeindeordnung mit VGemO, LKrO und KommZG, Kommentar (Loseblatt), Art. 49 GO Rn. 1 (Stand: November 2013). Vgl. aktuell auch VG Mainz, Urteil vom 19.8.2015 – 3 K 1140/14.MZ – juris Rn. 16.

Art. 49 BayGO findet auch für den Ersten Bürgermeister bei der Beratung und Beschlussfassung im Gemeinderat Anwendung. Ansonsten gilt für den Ersten Bürgermeister die (ähnliche) Regelung des Art. 38 Kommunales Wahlbeamtengesetz (KWBG).

Eine Flächennutzungsplanung erfolgt in einem mehrstufigen Prozess, in deren Verlauf regelmäßig mehrere Beschlüsse in den Gemeindevertretungen getroffen werden (Aufstellungsbeschluss, Beschlüsse über die Bürgerbeteiligung, Behandlung von Stellungnahmen, Änderungs- oder Billigungsbeschlüsse, Beschlüsse über die Abwägung). Für die spätere Verbindlichkeit des Planes ist der endgültige Planbeschluss von Bedeutung, während Verstöße gegen Mitwirkungsverbote bei vorhergehenden Beschlüssen bundesrechtlich keine Auswirkung auf die Wirksamkeit des Flächennutzungsplanes haben.

Siehe BVerwG, Beschluss vom 15.4.1988, E 79, 200 ff. Siehe dazu Pfab, Jura 1999, 625/628.

Das Mitwirkungsverbot des Art. 49 Abs. 1 BayGO gilt als landesrechtliche Vorschrift gleichwohl umfassend. Es erstreckt sich auf alle, auch die vorgelagerten Beschlüsse und ist auch dann zu beachten, wenn ein Verstoß bundesrechtlich keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit oder Bestandskraft des späteren Planes hätte.

So sehr eindeutig Brügelmann-Gierke, a. a. O., § 6 Rn. 40; weiterhin v. Arnim, JA 1986, 1/2.

Das ist die zwingende Konsequenz daraus, dass Art. 49 Abs. 1 BayGO die „befangenen“ Mitglieder des Gemeinderates von Beratung **und** Beschlussfassung ausschließt. Führt also der endgültige Planbeschluss zu einem Vor- oder Nachteil im Sinne des Art. 49 Abs. 1 BayGO, ist jegliche Mitwirkung auch in der vorbereitenden Phase ausgeschlossen.

Der Ausschluss von Beratung und Beschlussfassung tritt aber nur ein, wenn der Beschluss dem Mitglied des Gemeinderats (oder einem der in Art. 49 Abs. 1 BayGO genannten Angehörigen) einen **unmittelbaren Vorteil oder Nachteil** bringen kann. Das Merkmal der Unmittelbarkeit hat Rechtsprechung und Literatur in den letzten Jahrzehnten intensiv beschäftigt.

Siehe etwa Widtmann/Grasser/Glaser, a. a. O., Art. 49 Rn. 11 ff. m. w. Nachw.; Glage, Mitwirkungsverbote in den Gemeindeordnungen, 1995; Molitor, JA 1992, 303 ff..

Mittlerweile besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass ein „unmittelbarer“ Vor- oder Nachteil kein „direkter“ Vor- oder Nachteil sein muss. Der Beschluss muss also nicht „selbst“ den Vor- oder Nachteil herbeiführen. Es genügt, dass eine sog. **adäquate Kausalität** vorliegt.

Siehe Bauer/Böhle/Ecker, Bayerische Kommunalgesetze, Kommentar, Loseblatt, Art. 49 Rn. 7 (Stand: Januar 2007); Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Loseblatt, Art. 49 Rn. 6 (Stand: 1.6.2014); Widtmann/Grasser/Glaser, a. a. O., Art. 49 Rn. 11; Bauer u. a., Praxis der Kommunalverwaltung, B 1 Bay, 3.2.;

Kein unmittelbarer Vor- oder Nachteil liegt vor, wenn lediglich ein sog. **Gruppeninteresse** gegeben ist. Dies ist dann der Fall, wenn nicht über Einzelinteressen der betroffenen Mitglieder entschieden wird, sondern diese lediglich als Angehörige einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe betroffen sind (z. B. Beschlussfassung über Abgabensatzungen). Die Abgrenzung ist nicht immer einfach zu treffen. Vor allem kommt es darauf an, ob die gemeinsamen Interessen rein zufällig miteinander verbunden sind (z. B. alle Eltern von Kindergartenkindern im Hinblick auf die Höhe der Kindergartengebühren, alle Hundehalter bezüglich der Hundesteuer). Dann liegt ein Gruppeninteresse vor. Schließen sich hingegen mehrere zur Verfolgung eines bestimmten Projektes zusammen und werden sie im Hinblick auf ein solches Projekt notwendig einheitlich behandelt, es geht um eine willentliche Bündelung von Einzelinteressen, die zum Ausschluss der Betroffenen nach Art. 49 BayGO führt.

Siehe auch Widtmann/Grasser/Glaser, a. a. O., Art. 49 Rn. 13.

2. Unmittelbarer Vorteil bzw. Nachteil bei der gemeindlichen Flächennutzungsplanung

Die Kommunalpolitiker in der Region, insbesondere der Erste Bürgermeister von Obermaiselstein, wehren sich – angeblich nach einer entsprechenden Beratung durch das zuständige Landratsamt - gegen die Annahme einer unmittelbaren Betroffenheit zunächst mit dem Argument, es gehe „nur“ um die Flächennutzungsplanung und noch nicht um die Anlagengenehmigung. Bei der Flächennutzungsplanung bestehe kein Mitwirkungsverbot nach Art. 49 Abs. 1 BayGO.

<http://www.br.de/nachrichten/riedberger-horn-lokalpolitiker-100.html> (abgerufen am 8.1.2017, 16:07 Uhr)

Flächennutzungsplanung ist – soviel ist zutreffend – zunächst lediglich eine „vorbereitende Bauleitplanung“, aus der später gegebenenfalls noch Bebauungspläne zu entwickeln sind (siehe § 1 Abs. 2 Baugesetzbuch – BauGB). Die Regelung des Art. 49 Abs. 1 BayGO darf nicht so ausgelegt werden, dass regelmäßig bei der Beschlussfassung über die Flächennutzungsplanung eine Beschlussunfähigkeit des Gemeinderates gegeben ist, da ansonsten die Funktionsfähigkeit der

gemeindlichen Organe gefährdet wäre. Da der Flächennutzungsplan grundsätzlich die geplante städtebauliche Ordnung für das gesamte Gemeindegebiet umfasst, bestände eine solche Gefahr, wenn beispielsweise jeder Grundstückseigentümer und jeder Angehörige von Grundstückseigentümern im Gemeindegebiet nicht mitwirken dürfte.

Vgl. etwa Bauer/Böhle/Ecker, a. a. O., Art. 49 Rn. 7; Widtmann/Grasser/Glaser, Art. 49 Rn. 14b.

Das bedeutet aber nicht, dass bei der Flächennutzungsplanung Art. 49 Abs. 1 BayGO nie anzuwenden ist. Vielmehr besteht heute weitgehende Einigkeit darüber, dass eine differenzierte Betrachtung des Einzelfalls nötig ist. Es kommt darauf an, ob der Gemeindevertreter derart intensiv von der Angelegenheit betroffen ist, dass sein Ausschluss gerechtfertigt erscheint, um den „bösen Schein“ der Voreingenommenheit zu vermeiden.

Siehe etwa Glage, a. a. O., S. 203 ff.; weiterhin Menke, Das kommunale Mitwirkungsverbot bei der Bauleitplanung, 1990, S. 148 ff.; Molitor, Die Befangenheit von Gemeinderatsmitgliedern, 1993, S. 104 ff. Vgl. auch VG Mainz, a. a. O., Rn. 18 f.; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 2 Rn. 83 (Stand: August 2016).

Im vorliegenden Fall soll ausdrücklich ein sachlicher und örtlicher Teilflächennutzungsplan erlassen werden, um ein bestimmtes Projekt zu realisieren. Daher ist die genannte Auffassung der Nichtanwendbarkeit des Art. 49 Abs. 1 BayGO auf die Flächennutzungsplanung schon von ihren Prämissen her nicht einschlägig. Bei einer räumlich eng umgrenzten Teilplanung droht typischerweise keine Beschlussunfähigkeit der kommunalen Beschlussgremien, da ja nur ein eng umgrenzter Kreis von Grundstückseigentümern betroffen ist. Des Weiteren ist anerkannt, dass auch bei der Beschlussfassung über einen Gesamtplan für solche Betroffenen von einem unmittelbaren Vor- oder Nachteil auszugehen ist, für die sich die planerische Situation grundlegend ändert. Schulbeispiel ist die Ausweisung von neuem Bauerwartungsland in einem Flächennutzungsplan. Dann dürfen diejenigen Grundstückseigentümer, deren Grundstücke durch die Darstellung als Bauerwartungsland eine erhebliche Wertsteigerung erhalten, an der Beschlussfassung nicht mitwirken.

Zu dieser Ausnahme siehe Bauer/Böhle/Ecker, a. a. O., Art. 49 Rn. 7; Widtmann/Grasser/Glaser, a. a. O., Rn. 14b.

Eine entsprechende differenzierte Betrachtung ist also heute juristisches Allgemeingut. Es ist schlicht nicht zutreffend, wenn behauptet wird, bei einer Flächennutzungsplanung sei Art. 49 Abs. 1 BayGO nie anzuwenden. Es kommt vielmehr darauf an, ob sich eine individuelle Betroffenheit zeigt.

Siehe vor allem die hierzu wegweisende Entscheidung des OVG Münster, Urteil v. 20.2.1979 – XV A 809/78, NJW 1979, 2632. Siehe allgemein auch Brügelmann-Gierke, BauGB, Kommentar, § 6 Rn. 37 (Stand: Mai 2006); Frey/Stiefvater, Befangenheit bei der Flächennutzungsplanung für die Ausweisung von Flächen für Windkraftanlagen, NVwZ 2014, 249 ff.; Glage, a. a. O., S. 203 ff.; VG Mainz, a. a. O., Rn. 20.

Eine solche individuelle Betroffenheit kann sich aus der Tatsache ergeben, dass jemand Grundeigentum im Plangebiet hat, aber auch daraus, dass er auf den betroffenen Flächen eine bestimmte Investition plant.

Richtig ist, dass der in Aufstellung befindliche gemeinsame Teilflächennutzungsplan kein unmittelbares Baurecht für die geplante Anlage schaffen würde. Hierzu wäre eine Genehmigung nach dem Bayerischen Eisenbahn- und Seilbahngesetz (BayESG) oder unter Umständen eine baurechtliche Genehmigung nach der Bayerischen Bauordnung erforderlich. Ein wirksamer Teilflächennutzungsplan würde allerdings die Genehmigungsfähigkeit der Anlage maßgeblich fördern. Denn nach § 21 Abs. 5 Nr. 3 BayESG darf die Genehmigung nur erteilt werden, wenn die Anlagen „öffentlichen Interessen nicht zuwider läuft“. Ein Widerspruch zu öffentlichen Interessen würde vorliegen, wenn die Anlage mit § 35 Abs. 1 BauGB in Verbindung mit dem Flächennutzungsplan nicht vereinbar wäre. Im baurechtlichen Genehmigungsverfahren nach Art. 59, 60 BayBO präformiert der Teilflächennutzungsplan ebenfalls die nach § 35 BauGB notwendige nachvollziehende Abwägung.

Die geplante Anlage ist unter landesplanerischen sowie umwelt- und naturschutzrechtlichen Gesichtspunkten hochproblematisch.

In der Zone C des Alpenplans i .d. F. vom 22.08.2013 230-1-5-W sind nach Nr. 2.3.6 Verkehrsvorhaben unzulässig. Zu den unzulässigen Verkehrsvorhaben zählen nach Nr. 2.3.3 Seilbahnen und Pisten, wie hier von den Gemeinden geplant. Deshalb haben die Gemeinden ein Zielabweichungsverfahren nach Art. 4 BayLplG beantragt. Dieses ist gescheitert. Nun beabsichtigt die Staatsregierung, den Alpenplan selbst, also die verbindliche Norm, zu ändern und die fraglichen Flächen der Zone B zuzuschlagen, in der Seilbahnen und Piste im Einzelfall genehmigt werden können, obwohl nach Auffassung der Naturschutzverbände die Gründe für die Zuordnung zur Zone C unverändert fortgelten. Dieses sind: außergewöhnliche naturschutzfachliche Qualität, hohe Labilität des Geländes, große Bedeutung des Riedberger Horns für den extensiven Tourismus als Wander- und Skitourenberg. Hinzu kommt, dass nach Meinung der Verbände nationales und internationales Natur- und Bodenschutzrecht entgegensteht

Die angestrebte Ergänzung der Flächennutzungsplanung wäre daher ein wichtiges Element, um die Anlage der Genehmigungsfähigkeit näher zu bringen, weil im Rahmen der notwendigen Abwägung in späteren Verfahrensschritten die Umwelt- und Naturschutzbelange als gegenüber dem Investitionsinteresse nachrangig eingestuft werden müssen, wenn die Anlage genehmigt werden soll. Ohne eine entsprechende positive Ausweisung in der Flächennutzungsplanung beider Gemeinden

müssten die Genehmigungsbehörden in späteren Verfahren davon ausgehen, dass die Anlage öffentlichen Interessen zuwider läuft. Die in Vorbereitung befindliche Flächennutzungsplanung würde hingegen den planerischen Willen der Gemeinden dokumentieren, den Aspekten der Förderung des Tourismus trotz aller Bedenken den Vorrang gegenüber den ökologischen Belangen einzuräumen. Somit soll mit dem Erlass des Teilflächennutzungsplans die planerische Grundlage für die Genehmigung des Vorhabens geschaffen werden. Dies genügt, um von einem unmittelbaren Vorteil oder Nachteil auszugehen, denn die nachfolgenden Entscheidungen werden durch den Teilflächennutzungsplan jedenfalls gesteuert.

Zu diesem Kriterium siehe Ehlers, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage 2007, § 21 Rn. 24.

Deshalb führt ein Beschluss über den Flächennutzungsplan sowie jeder Beschluss, der den endgültigen Planbeschluss vorbereitet, zu einem unmittelbaren Vorteil für die Investoren, also die „Schmid-OHG“.

Dies wird durch eine weitere Überlegung bestätigt. Im Normalfall einer Flächennutzungsplanung bedarf es noch einer weiteren planerischen Umsetzung durch den Erlass eines Bebauungsplanes (etwa bei der Neuausweisung eines Wohn- oder Gewerbegebietes). Im vorliegenden Fall entfällt diese Stufe. Die in Aussicht genommenen Liftanlagen wären – vorbehaltlich weiterer Erfordernisse – nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 oder 4 BauGB als im Außenbereich privilegierte Anlagen grundsätzlich genehmigungsfähig. Einer weiteren Bauleitplanung bedarf es nicht, sie ist auch nicht vorgesehen. Dies bedeutet, dass der Teilflächennutzungsplan in diesem Fall die bauplanungsrechtliche Zulassung der Anlage ähnlich wie ein Bebauungsplan herbeiführt, für den unstreitig von einer Anwendbarkeit von Art. 49 Abs. 1 BayGO für Planbetroffene ausgegangen wird.

Vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., § 2 Rn. 85 für den Fall der Belegenheit von Grundstücken im Plangebiet eines Bebauungsplanes. Entsprechendes gilt, wenn Nutzungsrechte an dem Grundstück bestehen, siehe Söfker, a. a. O. Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass die Schmid-OHG gegebenenfalls auch ohne eigenes Grundeigentum die Errichtung der Anlagen zivilrechtlich mit den Grundstückseigentümern vereinbaren wird oder bereits vereinbart hat.

3. Künftiger Investor

In der „Verteidigung“ gegenüber dem SZ-Bericht vom 8.12.2016 ist das „Argument“ aufgetaucht, es gebe noch gar keinen Investor für die Skischaukel.

Dazu <http://www.br.de/nachrichten/riedberger-horn-lokalpolitiker-100.html>

Dies ist vermutlich schlicht unwahr, denn der Investor (die „Schmid-OHG“) ist im Entwurf zur Begründung des Teilflächennutzungsplanes bereits genannt. Da die OHG 28 Gesellschafter aus der Region einschließlich des Ersten Bürgermeisters von Obermaiselstein umfasst, ist faktisch auszuschließen, dass irgendein anderer Investor für die Realisierung in Betracht kommt. Letztlich kommt es aber hierauf auch nicht an. Voraussetzung für ein Mitwirkungsverbot nach Art. 49 Abs. 1 BayGO ist, dass ein Vor- oder Nachteil eintreten „kann“. Die konkrete Möglichkeit genügt.

4. Skischaukel als „Gruppenvorteil“ oder „Sonderinteresse“

Der Entwurf von Begründung und Umweltbericht gibt sich große Mühe, das Projekt als im öffentlichen Interesse geboten erscheinen zu lassen. Nutznießer sei nicht eine Privatperson, sondern die Bürgerinnen und Bürger der Gemeinden Obermaiselstein, Balderschwang sowie der angrenzenden Gemeinden der Verwaltungsgemeinschaft Hörnergruppe.

Siehe Entwurf Begründung und Umweltbericht, S. 25.

Ob das Projekt im öffentlichen Interesse geboten ist, müssen die Gemeindevertretungen entscheiden. Gemeinderatsmitglieder, die in der Gemeinde als Pensionsbetreiber, Hotelbesitzer oder Geschäftsleute von der Anlage möglicherweise profitieren, sind mitwirkungs berechtigt. Für sie geht es lediglich um einen Gruppenvorteil (oder -nachteil).

Der bzw. die potentiellen Investoren sind hingegen individuell betroffen. Sie erwarten sich nicht nur mittelbare Vorteile aus einer Aufwertung des Skigebietes. Sie hoffen auf Gewinne aus dem konkreten Projekt. Bei ihnen besteht der „böse Schein“, dass sie sich auch oder sogar primär von ihren eigenen finanziellen Interessen leiten lassen. Genau solche Entscheidungen will Art. 49 Abs. 1 BayGO verhindern.

5. Zwischenfazit

Ein Beschluss über den Teilflächennutzungsplan „Verbindungsbahn Grasgehren-Balderschwang“ führt zu einem unmittelbaren Vorteil für die potentielle Betreibergesellschaft. Dieses Auslegungsergebnis ist eindeutig. Wäre eine natürliche Person Investor, wäre diese Person im Gemeinderat von der Mitwirkung nach Art. 49 Abs. 1 BayGO auszuschließen. Es bleibt allerdings noch die Frage zu klären, welche Folgen sich daraus ergeben, dass der Investor keine Einzelperson, sondern eine Offene Handelsgesellschaft ist.

IV. Die Behandlung von Offenen Handelsgesellschaften im Hinblick auf das kommunale Mitwirkungsverbot nach Art. 49 Abs. 1 BayGO

Die Offenen Handelsgesellschaften gehören zu den sog. Personengesellschaften. Nach der gesetzlichen Regelung im Handelsgesetzbuch (HGB) sind grundsätzlich die Gesellschafter Träger aller gesellschaftlichen Rechte und Pflichten. Sie trifft insbesondere eine unbegrenzte Haftung, die auch das Privatvermögen betrifft (§§ 105, 128 HGB).

Vgl. etwa Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 8. Auflage 2016, Rn. 15 f.

Es wurde bereits ausgeführt, dass das kommunale Mitwirkungsverbot eindeutig eingreifen würde, wenn eine natürliche Person Investor der „Skischaukel“ wäre. Schließen sich nun wie im Fall der „Schmid-OHG“ mehrere (konkret 28) Personen in der Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft zusammen, ändert sich an der grundsätzlichen Wertung nichts. Alle Rechte und Pflichten treffen auch den einzelnen Gesellschafter, er haftet beispielsweise im Fall der Insolvenz seiner Mitgesellschafter komplett für alle Verpflichtungen der Gesellschaft. Von einem solchen Gesellschafter kann bei typisierter Betrachtung nicht erwartet werden, dass er sich bei Beratung und Beschlussfassung an öffentlichen Interessen (Tourismusförderung, Naturschutz etc.) leiten lässt. Er hat ein unmittelbares Interesse an einer Verwirklichung des in Aussicht genommenen Projektes, von dem sein persönliches finanzielles Schicksal entscheidend mit abhängt.

Es liegt daher wiederum ein eindeutiges Ergebnis vor: Die persönliche haftenden Gesellschafter der Schmid-OHG sind an Beratung und Beschlussfassung nach Art. 49 Abs. 1 BayGO ausgeschlossen, soweit es um die unmittelbare Förderung ihres Gesellschaftszwecks, vor allem die Errichtung einer weiteren Liftanlage, geht.

An diesem relativ eindeutigen Ergebnis ändert auch nichts, dass die Gemeinderatsmitglieder und der Erste Bürgermeister Stehle von der Vertretung der OHG ausgeschlossen sind. Die Gesellschafter sind lediglich im Außenverhältnis nicht befugt, für die OHG aufzutreten (§ 125 Abs. 1 HGB). Intern sind sie gleichberechtigt mit den beiden vertretungsberechtigten Gesellschaftern. Auch haften sie wie die vertretungsberechtigten Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten (§ 128 Satz 1 HGB). Die Haftung kann Dritten gegenüber nicht ausgeschlossen werden (§ 128 Satz 2 HGB). Jeder Gläubiger der Gesellschaft kann daher auch die nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter in voller Höhe in Anspruch nehmen. Am unmittelbaren finanziellen Interesse der Gesellschafter am Erfolg der Anlage ändert sich daher durch den Ausschluss der Vertretungsbefugnis nichts.

Art. 49 Abs. 1 BayGO schließt zwar auch solche Personen bei Beschlüssen aus, die einer „von ihm kraft Gesetz oder Vollmacht vertretenen natürlichen oder juristischen Person einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann“. Hierauf kommt es aber nicht an, denn die persönlichen haftenden Gesellschafter sind bereits „selbst“ betroffen. Die zitierte Vertretungsregelung zielt auf solche Fälle, in denen der unmittelbare Vorteil oder Nachteil bei einer anderen Person eintritt, etwa einer GmbH. Dann ist der Geschäftsführer der GmbH im Gemeinderat von der Mitwirkung ausgeschlossen, weil der Vor- oder Nachteil zwar nicht unmittelbar ihn selbst trifft, er jedoch trotzdem in einem Loyalitätskonflikt steht: Er ist als Gemeinderatsmitglied verpflichtet, öffentliche

Interessen wahrzunehmen, und als Vertreter einer anderen Person dazu, deren Interessen zu verfolgen. Um diesen Loyalitätskonflikt zu vermeiden, ist der Vertreter ebenfalls ausgeschlossen.

Die OHG ist demgegenüber keine juristische Person. Träger der namens der OHG begründeten Rechte und Pflichten ist nicht ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt, sondern die gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter selbst. Es gibt kein dazwischengeschaltetes Privatrechtssubjekt vergleichbar der GmbH, auch wenn das Handelsrecht zur Vereinfachung in § 124 HGB vorsieht, dass die OHG „unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann“.

Vgl. Roth, in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 37. Aufl. 2016, § 124 Rn. 1.

Die Regelung des Art. 49 Abs. 1 BayGO ist also nicht etwa „lückenhaft“, weil sie sich nicht auf Personengesellschaften erstreckt, ja diese noch nicht einmal erwähnt. Der Begriff der „juristischen Person“ in Art. 49 Abs. 1 BayGO ist auf diese nicht entgegen dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauch auszuweiten. Vielmehr erfasst Art. 49 Abs. 1 BayGO solche Fälle bereits, indem die Vorschrift an die in der Gesamthand verbundenen Gesellschafter als solche abstellt. Daher findet das Vertretungskriterium im Fall der Personengesellschaft keine Anwendung. Der Gesellschafter sieht sich nicht einem Loyalitätskonflikt als Vertreter einer anderen Person (die es nicht gibt) ausgesetzt, sondern ist aufgrund seiner eigenen Interessen befangen.

Somit bestätigt sich das bereits angedeutete Ergebnis: Die Gesellschafter der OHG unterliegen dem Mitwirkungsverbot nach Art. 49 BayGO. Sie hätten zu keiner Zeit an der Beratung und Beschlussfassung über den Teilflächennutzungsplan teilnehmen dürfen. Der Erste Bürgermeister Stehle ist nach Art. 38 KWBG auch von jeder Befassung außerhalb des Gemeinderates ausgeschlossen und muss die entsprechenden Amtshandlungen seinem Stellvertreter überlassen. Ansonsten handelt er dienstpflichtwidrig.

V. Fehlerfolgen

1. Mitwirkung eines ausgeschlossenen Mitglieds

Der bayerische Gesetzgeber bemüht sich, mit der Regelung des Art. 49 BayGO einer „Vettern-“ oder „Spezlwirtschaft“ im Gemeinderat entgegen zu wirken. Verstoßen die Mitglieder des Gemeinderates gegen das Mitwirkungsverbot, handeln sie rechtswidrig. Der Gesetzgeber begrenzt allerdings die Folgen eines Verstoßes auf mehrfache Weise. So hat nach Art. 49 Abs. 4 BayGO die Mitwirkung eines wegen persönlicher Beteiligung ausgeschlossenen Mitglieds die Ungültigkeit des Beschlusses nur dann zur Folge, wenn sie für das Abstimmungsergebnis entscheidend war. Dies wird von der bayerischen herrschenden Meinung so verstanden, dass es nur darauf ankommt, dass die Stimme des ausgeschlossenen Mitglieds für das Abstimmungsergebnis entscheidend war. Ändert sich also am Ergebnis der Beschlussfassung nichts, wenn man die Stimme des ausgeschlossenen Mitglieds wegdenkt, bleibt der Beschluss wirksam.

Siehe etwa Widmann/Grasser/Glaser, Art. 49 Rn. 18 m. w. Nachw.

Im vorliegenden Fall sind laut Presseberichten die Beschlüsse in beiden beteiligten Gemeinden einstimmig getroffen worden. Vor dem Hintergrund des Art. 49 Abs. 4 BayGO war deshalb die Mitwirkung der auszuschließenden Mitglieder unschädlich.

Zur Klarstellung: Die Mitwirkung war gleichwohl rechtswidrig. Die Rechtsaufsichtsbehörde könnte und sollte ein solches Vorgehen beanstanden und die Aufhebung verlangen (Art. 112 Satz 1 BayGO).

2. Beschlussfähigkeit des Gemeinderates in Obermaiselstein

In der Gemeinde Obermaiselstein stellt sich allerdings ein weiteres Problem. Der dortige Gemeinderat hat einschließlich des Ersten Bürgermeisters neun Mitglieder (Art. 31 Abs. 2 S. 1 BayGO). Von ihnen fallen – soweit die Angaben im Artikel der Süddeutschen Zeitung vom 8.12.2016 zutreffen – fünf unter das Vertretungsverbot des Art. 49 Abs. 1 BayGO. Damit ist der Gemeinderat in Angelegenheiten betreffend die „Skischaukel“ nicht beschlussfähig, denn es bleiben nur vier stimmberechtigte Gemeinderatsmitglieder übrig. Nach Art. 47 Abs. 2 BayGO muss die Mehrheit der Mitglieder stimmberechtigt sein. Das wären in Obermaiselstein mindestens 5. Aus diesem Grund ist der Beschluss über den Teilflächennutzungsplan „Skischaukel“ unwirksam.

Hinzu kommt, dass der Gemeinderat von Obermaiselstein auch in Zukunft keine wirksamen Beschlüsse über die „Skischaukel“ treffen kann. Dies würde auch eventuell notwendige Entscheidungen der Gemeinde im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens (etwa nach § 36 BauGB) betreffen. In der derzeitigen Zusammensetzung bleibt der Gemeinderat beschlussunfähig, es sei denn, einer der von der Mitwirkung ausgeschlossenen Mitglieder scheidet aus der „Schmid-OHG“ wieder aus oder die personelle Zusammensetzung des Gemeinderates ändert sich.

Eine Lösungsmöglichkeit könnte sich aus Art. 114 BayGO ergeben. Danach kann ein weiterer Bürgermeister (soweit nicht ausgeschlossen) beauftragt werden, für die Gemeinde zu handeln. Kommt auch dies nicht in Betracht, kann die Rechtsaufsichtsbehörde nach Art. 114 Abs. 2 Satz 2 BayGO für die Gemeinde handeln. Voraussetzung dafür wäre aber, dass der „geordnete Gang der Verwaltung durch die Beschlussunfähigkeit des Gemeinderates ... ernstlich behindert ist.“ (Art. 114 Abs. 1 BayGO). Davon wird erst dann ausgegangen, wenn die Gemeinde eine größere Zahl von gebotenen Maßnahmen pflichtwidrig unterlässt.

Siehe Widtmann/Grasser/Glaser, a. a. O., Art. 114 Rn. 3, Stand: Juni 2000.

Die Vorschrift ist deshalb auf den Beschluss des Teilflächennutzungsplanes bezüglich der „Skischaukel“ nicht anzuwenden. Denn es besteht keine rechtliche Verpflichtung der Gemeinde, einen entsprechenden positiven Beschluss zu fassen. Anders wäre die Situation unter Umständen bei Mitwirkungshandlungen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens für das Bauprojekt.

Dieses Ergebnis der Gesetzesauslegung ist konsequent. Die Bayerische Gemeindeordnung verhindert damit, dass sich eine Mehrheit der Mitglieder des Gemeinderates zusammenschließt und zu Lasten öffentlicher Interessen Maßnahmen durchsetzt, die ihrem persönlichen Vorteil dienen. Solche Beschlüsse können rechtlich nicht getroffen werden.

Ein denkbarer Ausweg aus einer solchen Situation bestände darin, die Beschlussfassung über den abschließend abgestimmten Plan selbst zum Gegenstand eines Bürgerentscheides nach Art. 18a BayGO zu machen. Ob dies rechtlich möglich ist, ist jedoch angesichts der beim Satzungsbeschluss notwendigen komplexen Abwägung streitig, bejahend Manssen, in: Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 5. Auflage 2011, Rn. 291 ff.; ablehnend zur Zulässigkeit solcher Bürgerentscheide vor allem Kühling/Wintermeier, DVBl. 2012, 317 ff.; dies., in: Jürgen Kühling (Hrsg.), Die Einzelhandelsimmobilie - Bau(recht)liche Todsünden und vernünftige Problemlösungen - Tagungsband zum 4. Regensburger Immobilienrechtstag, Köln, 2012, S. 1 ff.

VI. Ergebnisse

1. Gemeinderäte und Erste Bürgermeister, die in den Gemeinden Obermaiselstein und Balderschwang an der Offenen Handelsgesellschaft beteiligt sind, die voraussichtlich die Anlage errichten soll, waren und sind von der Beschlussfassung über entsprechende Maßnahmen ausgeschlossen. Sie durften und dürfen insbesondere nicht an der Beratung und Beschlussfassung über den Teilflächennutzungsplan „Verbindungsbahn Grasgehren – Balderschwang“ mitwirken.
2. Beschlüsse in der Gemeinde Balderschwang können gleichwohl wirksam sein, wenn nur ein Gemeinderatsmitglied von der Mitwirkung ausgeschlossen war, die Beschlüsse aber einstimmig oder mit mehr als einer Stimme Mehrheit gefasst wurden.
3. Beschlüsse in der Gemeinde Obermaiselstein bezüglich der Teilflächennutzungsplanung „Skischaukel“ sind hingegen auf der Grundlage der vorliegenden Informationen unwirksam. Der Gemeinderat war und ist nicht beschlussfähig, da nicht mindestens die Hälfte seiner Mitglieder an der Abstimmung mitwirken darf.