

Die Neuregelung der Kostenschätzung beim Bürgerbegehren in Nordrhein-Westfalen

Maria Pottmeyer/Stefan Lenz*

Gegen Personalkürzungen bei den kulturellen Einrichtungen der Stadt Essen wandten sich Anfang 2013 die Initiatoren des Bürgerbegehrens „Kulturgut“¹. Die Unterschriftensammlung war in vollem Gange, als die Behörde ihre ursprüngliche Kostenschätzung nach unten korrigierte und den Initiatoren im Wege der „Kulanz“ zugestand, dass die Frist für das sog. kassatorische Bürgerbegehren neu beginne und alle bereits abgegebenen Unterschriften gültig blieben. „Kulturgut“ in Essen wurde so zum Testfall für die Neufassung von § 26 II GO NRW durch das „Gesetz zur Stärkung der Bürgerbeteiligung“ vom 13. Dezember 2011². Seitdem müssen die Initiatoren eines Bürgerbegehrens ihren Unterschriftenlisten eine Schätzung der Kosten ihres Vorhabens beifügen, die ihnen zuvor die Behörde auf Antrag mitgeteilt hat. Die Kostenschätzung der Behörde ersetzt den Kostendeckungsvorschlag nach alter Fassung, den die Initiatoren selbst zu erarbeiten hatten³. Daran scheiterte eine Vielzahl von Bürgerbegehren⁴. In Berlin und seit kurzem auch in Schleswig-Holstein gelten vergleichbare Vorschriften⁵, die manche Probleme

* Dieser Beitrag beruht auf Referaten der Verfasser auf einer vom Kommunalwissenschaftlichen Institut der Universität Münster und dem dortigen Freiherr-vom-Stein-Institut ausgerichteten Tagung zur Neuregelung der Kostenschätzung in § 26 II 4-5 GO NRW am 18.7.2013. Von der Autorin Pottmeyer stammen die Abschnitte I, II.1.a, II.2.b, III.2, III.3; vom Autor Lenz stammen die Einleitung und die Abschnitte II.1.b, II.1.c, II.2.a, II.3, III.1, IV.

1 Medial am besten dokumentiert durch H. Sibum, Weiter Irritationen um „Kulturgut“, in: Der Westen vom 29.1.2013, abrufbar unter www.derwesten.de/staedte/essen/weiter-irritationen-um-kulturgut-id7534319.html (Abruf: 27.7.2013).

2 GVBl. NRW Nr. 31 vom 20.12.2011, S. 683.

3 Eingehend M. Beckmann/J. Hagmann, Bürgerbegehren in Zeiten knapper Kassen, in: KommJur 2007, S. 89 ff.

4 Statt vieler Beckmann/Hagmann, Bürgerbegehren (Fn. 3), S. 89: Kostendeckungsvorschlag als „Achillesferse“ des Bürgerbegehrens; eingehend zur Erfolgsquote von Bürgerbegehren in NRW H. Hofmann, Bürgerbegehren, Bürgerentscheid, Bürgermitwirkung, 2. Aufl. 2001, S. 51 f. und ders., Erfolgsquote von Bürgerbegehren, in: VR 2001, S. 51 ff.

5 § 45 IV, VI BerlBezVerwG; § 16g III GO SchlH.

der nordrhein-westfälischen Regelung vermeiden, nicht ohne jedoch eigene Fragen aufzuwerfen.

Dieser Beitrag behandelt die Probleme des § 26 II 4-5 GO NRW⁶ in vier Schritten: Zuerst stellt er die Ausgangsthese vor, wonach es sich bei der Kostenschätzung um einen Realakt und nicht etwa um einen Verwaltungsakt handelt (I.). Auf dieser Basis untersucht der Beitrag, unter welchen Voraussetzungen die Behörde ihre Kostenschätzung korrigieren darf und welche Auswirkungen eine solche Korrektur auf die laufende Unterschriftensammlung hat (II.). Dann fragt er danach, wer in welcher Form Rechtsschutz erlangen kann, wenn die Behörde ihre Kostenschätzung zu Unrecht korrigiert oder sich weigert, eine fehlerhafte Kostenschätzung zu korrigieren (III.). Am Schluss stehen einige rechtspolitische Bemerkungen (IV.).

I. Kostenschätzung als Realakt

Dogmatisch ist die Kostenschätzung bzw. ihre Mitteilung durch die Behörde als Realakt zu qualifizieren. Sie erfüllt nicht die Voraussetzungen einer Regelung im Sinne des Verwaltungsaktsbegriffs nach § 35 S. 1 VwVfG NRW⁷, denn sie ist nicht auf Begründung einer *Rechtsfolge* gerichtet. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des § 26 II 5 GO NRW als auch aus dem Inhalt der Mitteilung. Nach § 26 II 5 GO NRW teilt die Verwaltung eine Einschätzung mit. Eine „Einschätzung“ beruht auf Unwägbarkeiten und erfolgt, weil eine genaue Bestimmung nicht möglich ist. Deshalb fehlt auch der behördliche Wille zur rechtlichen Selbstbindung⁸. Eine „Mitteilung“ ist einer Auskunft oder einer gutachterlichen Stellungnahme der Behörde⁹ vergleichbar und dient der Information des Bürgers. Sie kann gedacht sein, um eine Entscheidungsgrundlage zu bieten, und ist dann ein Instrument mittelbarer

6 Probleme, die am ehesten noch *O. Jung*, Welche Änderungen empfehlen sich beim Verfahren für Bürgerbegehren und Bürgerentscheid im Freistaat Sachsen?, in: SächsVBl 2007, S. 173 (178) vorausgesehen hat, als er sich nach Erlass der Berliner Regelung „gespannt“ zeigte, „wie sich die Vertrauensleute gegebenenfalls wehren können, wenn die Verwaltung, was ja nicht ganz ferne liegt, die Kosten eines unliebsamen Bürgerbegehrens „hochrechnet“.

7 Zum Begriffsmerkmal der Regelung statt vieler *P. Stelkens*, in: ders./H.J. Bonk/M. Sachs (Hrsg.), VwVfG, 8. Aufl. 2008, § 35 Rn. 141.

8 Dazu *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, Rn. 62.

9 Näher *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 338.

Verhaltenssteuerung¹⁰. Auf unmittelbare Rechtsfolgen ist sie aber nicht gerichtet¹¹.

Inhaltlich bestimmt die Mitteilung diejenige Kostenschätzung, die die Initiatoren bei der Unterschriftensammlung beizufügen haben. Dies hat aber nur tatsächliche, nicht rechtliche Wirkung, denn die rechtlich relevante Obliegenheit, gerade die nach § 26 II 5 GO NRW mitgeteilte Kostenschätzung bei der Sammlung der Unterschriften anzugeben, ergibt sich bereits aus dem Gesetz, nämlich aus § 26 II 6 GO NRW. Selbst ein der Mitteilung eventuell beigefügter ausdrücklicher Zusatz – etwa: „Diese Kostenschätzung ist bei der Sammlung der Unterschriften anzugeben.“ – hat keine Regelungswirkung.

In Betracht käme lediglich, ihn als feststellenden Verwaltungsakt zu qualifizieren. Die bloße Wiedergabe der gesetzlichen Obliegenheit reicht dafür aber nicht aus, vielmehr hat das Bundesverwaltungsgericht für die Frage, ob eine Feststellung auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet ist, darauf abgestellt, ob das Rechtsverhältnis oder einzelne Rechte und Pflichten zwischen den Beteiligten umstritten oder unklar sind oder ob die gesetzliche Grundlage aus anderen Gründen nicht ohne zusätzliche Prüfung handhabbar ist¹². Nach diesen Kriterien sind als feststellende Verwaltungsakte zum Beispiel die Feststellung der Beendigung des Beamtenverhältnisses¹³, des Besoldungsdienstalters¹⁴, der Staatsangehörigkeit¹⁵ oder auch die Feststellung der Denkmaleigenschaft eines Gebäudes¹⁶ anerkannt worden. Die Feststellung der Obliegenheit, die Kostenschätzung beizufügen, erfüllt die Kriterien dagegen nicht, denn sie ergibt sich aus dem Gesetz, ohne dass es einer Klärung des Einzelfalls bedarf.

10 Dazu R. Stober, in: H.J. Wolff/O. Bachof u.a., Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 57 Rn. 14.

11 So zu gutachterlichen Stellungnahmen BVerwGE 14, 323: Bericht des Luftfahrtbundesamtes über die Untersuchung eines Luftunfalls ist kein anfechtbarer Verwaltungsakt; E 32, 21: Sprüche des Bundesoberseesamtes, die lediglich ein schuldhaftes Verhalten eines Beteiligten feststellen, sind keine Verwaltungsakte und können vor den Verwaltungsgerichten nicht angefochten werden; E 59, 319: Gegen Sprüche des Bundesoberseesamtes, die ein schuldhaftes Verhalten eines Beteiligten feststellen, ist zwar nicht die Anfechtungsklage, wohl aber die Allgemeine Leistungsklage auf Beseitigung der Verschuldensfeststellung zulässig.

12 BVerwGE 34, 353 (355); so auch VGH BW DÖV 1982, 703 (704); dazu H.A. Wolff, in: ders./A. Decker, VwGO/VwVfG, 3. Aufl. 2012, § 35 VwVfG Rn. 58.

13 BVerwGE 34, 353 (355).

14 BVerwGE 45, 201.

15 BVerwGE 41, 277 (279) = NJW 1973, 956 (957).

16 VGH BW DÖV 1982, 703.

II. Voraussetzungen und Auswirkungen der Korrektur der Kostenschätzung

Ob die Korrektur der Kostenschätzung rechtmäßig ist, beurteilt sich in Analogie zu den Vorschriften über die Aufhebung von Verwaltungsakten (§§ 48 f. VwVfG NRW; 1.). Der Rat darf Unterschriften, die ohne Kostenschätzung gesammelt wurden, nicht auf das Unterstützungsquorum anrechnen; umgekehrt muss er auch solche Unterschriften werten, die mit einer in seinen Augen fehlerhaften Kostenschätzung gesammelt wurden (2.). Nach der Korrektur der Kostenschätzung bleiben die bisher gesammelten Unterschriften verwertbar, wohingegen die Frist für kassatorische Bürgerbegehren ungehemmt weiterläuft (3.).

1. Korrektur der Kostenschätzung in Analogie zur Aufhebung von Verwaltungsakten

a) Maßstäblichkeit der §§ 48 f. VwVfG NRW

Da ausdrückliche Regelungen – sowohl zur Befugnis der Verwaltung, Reakkte im Allgemeinen rückgängig zu machen, zu ändern oder neu vorzunehmen als auch zur Korrektur der Kostenschätzung im Besonderen – fehlen, ist die Verwaltung hier nicht völlig frei, sondern die §§ 48 f. VwVfG NRW lassen sich analog heranziehen¹⁷. Es besteht eine planwidrige Regelungslücke. Die Gesetzesmaterialien¹⁸ zeigen, dass der Gesetzgeber die Korrektur der Kostenschätzung nicht bedacht hat. Das Vorliegen einer vergleichbaren Interessenlage ist auf den ersten Blick zweifelhaft, sind die §§ 48 f. VwVfG NRW doch auf Spezifika des Verwaltungsaktes zugeschnitten. Rücknahme und Widerruf beenden die *rechtliche Wirksamkeit* des Verwaltungsaktes gemäß § 43 II VwVfG NRW und sind deshalb im Abschnitt über die *Bestandskraft* von Verwaltungsakten geregelt¹⁹.

Bei genauerer Betrachtung ist die den §§ 48 f. VwVfG NRW zugrunde liegende Interessenabwägung zwischen dem rechtsstaatlich gebotenen Vertrauensschutz des Adressaten auf der einen Seite und den ebenfalls aus

17 Zu den Voraussetzungen der analogen Anwendung von Vorschriften des VwVfG auf schlichtes Verwaltungshandeln im Allgemeinen *M. Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 135 f.

18 LT-Drucks. 15/2151; LT-Drucks. 15/2282; Ausschussprotokoll 15/331.

19 *M. Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/ders.*, VwVfG (Fn. 7), § 48 Rn. 1.

Art. 20 III GG folgenden Anforderungen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auf der anderen²⁰ dem bei der Korrektur der Kostenschätzung zu leistenden Ausgleich widerstreitender Interessen aber doch vergleichbar, denn das Rechtsstaatsprinzip bildet einen „unverzichtbaren Standard“²¹ für das gesamte staatliche Handeln. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Amtshaftungssachen sind deshalb auch Auskünfte und Mitteilungen als schlichtes Verwaltungshandeln geeignet, schutzwürdiges Vertrauen zu begründen²². „Jeder Amtsträger hat die Pflicht, Auskünfte [...] richtig [...] und vollständig zu erteilen.“²³ Deshalb darf der Bürger auf die Verlässlichkeit von Auskünften vertrauen und kann sie seinem künftigen Verhalten zugrunde legen. Darüber hinaus können Auskünfte *mittelbar* Bindungswirkung entfalten, weil es eine unzulässige Rechtsausübung darstellen kann, wenn sich die Behörde in Widerspruch zu einer zuvor über rechtserhebliche Tatsachen erteilten Auskunft setzt oder gar davon profitiert, dass sie eine Auskunft zuvor unrichtig erteilt hat²⁴. Gleichermaßen gilt auch für schlichtes Verwaltungshandeln der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung²⁵. Danach sind falsche Auskünfte zu korrigieren, mit deren Erteilung der Amtsträger gegen seine Pflicht zur Vollständigkeit und Richtigkeit von Auskünften verstoßen hat. Hinzu kommt im Falle der Kostenschätzung das öffentliche Interesse an der zutreffenden Information potenzieller Unterzeichner.

b) Tatbestandsvoraussetzungen

Wäre die Mitteilung der Kostenschätzung Verwaltungsakt, müsste die Behörde bei der Korrektur in zwei Schritten vorgehen: erstens die ursprüngliche Mitteilung aufheben und zweitens ihre neue Kostenschätzung mitteilen, sei es *uno acto* mit der Aufhebung oder zu einem späteren Zeitpunkt. Da die Kostenschätzung aber wie gesehen ein Realakt ist und keine auch nur materielle Bestandskraft entfaltet, die es durch Aufhebung zu durchbrechen gälte, handelt es sich bei ihrer Korrektur um einen einzigen Realakt. Wenn die Korrektur Realakt ist, dann steht die Behörde auch nicht vor der Frage, ob sie

20 *Sachs* (Fn. 19), § 48 Rn. 28.

21 *Schulte*, Verwaltungshandeln (Fn. 17), S. 124.

22 BGH NJW 1994, 2087 (2091); dazu *Stober* (Fn. 10), § 57 Rn. 14.

23 BGH NJW 1994, 2087 (2090).

24 *Stober* (Fn. 10), § 57 Rn. 14.

25 *Schulte*, Verwaltungshandeln (Fn. 17), S. 133; *Stober* (Fn. 10), § 57 Rn. 23.

die Kostenschätzung rückwirkend berichtigen will; ihre Korrektur wirkt notwendig immer nur *ex nunc*.

Die „Rücknahme“ einer rechtswidrigen Kostenschätzung kommt in Betracht, wenn die Schätzung Faktoren (nicht) berücksichtigt, die (nicht) unter den Begriff „Kosten“ fallen, oder die Schätzung ein gewisses Maß an Genauigkeit unterschreitet. Die Behörde kann auch eine rechtmäßige Kostenschätzung „widerrufen“ wollen, wenn sie nämlich zum Beispiel eine rechtlich gesehen hinreichend genaue Kostenschätzung gleichwohl aus Gründen der Zweckmäßigkeit präzisieren will.

Für die weitere Anwendung der §§ 48 f. VwVfG NRW kommt es darauf an, ob die Kostenschätzung begünstigend oder nicht begünstigend (neutral oder belastend) ist. Die Kostenschätzung ist analog § 48 I 2 VwVfG NRW begünstigend, wenn sie einen rechtlich erheblichen Vorteil bestätigt oder begründet. Wenn ein Verwaltungsakt im Ergebnis geändert werden soll, ist maßgeblich, ob der ursprüngliche Verwaltungsakt in Relation zum geplanten neuen Verwaltungsakt begünstigend ist oder nicht²⁶. Nichts anderes gilt für die Korrektur der Kostenschätzung. Wenn die Behörde die Kostenschätzung nach oben korrigiert, verschlechtert sie faktisch die Aussichten der Initiatoren, das Unterstützungsquorum zu erreichen, weil höhere Kosten eine höhere Hemmschwelle für potentielle Unterzeichner bedeuten. Da das Unterstützungsquorum Zulässigkeitsvoraussetzung ist, stellt eine niedrige Kostenschätzung einen auch rechtlich erheblichen Vorteil dar. Die Behörde korrigiert also eine begünstigende Kostenschätzung. Umgekehrt impliziert die Korrektur nach unten die Korrektur einer belastenden Kostenschätzung. Eine rechtswidrige Kostenschätzung kann also unter den Voraussetzungen des § 48 I 1 VwVfG NRW sowohl nach oben wie auch nach unten korrigiert werden. Eine rechtmäßige Kostenschätzung kann nach Maßgabe von § 49 I VwVfG NRW nach unten und nach Maßgabe von § 49 II VwVfG NRW nach oben korrigiert werden.

c) Ermessensausübung

Es fragt sich, welche Grenzen das Recht der Ermessensausübung der Behörde setzt (vgl. § 40 VwVfG NRW, § 114 S. 1 VwGO). Die Behörde hat in ihre Abwägung drei Belange einzustellen: die Gesetzesbindung der Verwaltung nach Art. 20 III GG; das Informationsinteresse der potentiellen Unter-

26 Statt vieler *Maurer* (Fn. 8), § 11 Rn. 15; *Stober* (Fn. 10), § 46 Rn. 21.

zeichner, das vor allem darin besteht, kein Bürgerbegehren zu unterzeichnen, das sich anschließend als teurer entpuppt; das Interesse der Initiatoren und Unterstützer des Bürgerbegehrens an dessen erfolgreichem Abschluss. Die Abwägung leitet eine Vielzahl von Kriterien: ob die Kostenschätzung rechtswidrig ist und wie schwer dieser Rechtsverstoß wiegt; in welche Richtung die Behörde korrigieren will (nach oben oder nach unten); wie stark alte und neue Kostenschätzung voneinander abweichen usw.

Berichtigt die Behörde eine fehlerhafte Kostenschätzung, so streitet dafür neben der Gesetzesbindung der Verwaltung stets auch entweder das Informationsinteresse der potentiellen Unterzeichner (Korrektur nach oben wie nach unten) oder das Interesse der Unterstützer (Korrektur nach unten). Indem sich die Behörde in diesen Fällen für die „Aufhebung“ entscheidet, dürfte sie ihr Ermessen stets rechtmäßig ausüben. Die Korrektur einer rechtmäßigen Kostenschätzung nach unten dürfte ebenso unproblematisch erlaubt sein, denn sie kommt den Unterstützern des Bürgerbegehrens entgegen, ohne andere Belange zu beeinträchtigen. Die Korrektur einer rechtmäßigen Mitteilung nach oben ist hingegen stets unverhältnismäßig: Zwar entspräche sie dem Informationsinteresse potentieller Unterzeichner, das aber als eher gering einzustufen ist, denn die Behörde trifft ohnehin nur eine vage *Kostenschätzung*; dem steht gegenüber das Vertrauen der Unterstützer des Bürgerbegehrens auf die Beibehaltung der Kostenschätzung. So schadet es nicht, dass die Aufhebungsvorschriften auf diese Art der Korrektur nicht passen, weil die Tatbestandsvoraussetzungen des § 49 II 1 Nr. 1-5 VwVfG NRW stets fehlen werden.

2. Kostenschätzung der Behörde und Zulässigkeitsentscheidung des Rates
 - a) Unzulässigkeit des Bürgerbegehrens bei Unterschriftensammlung ohne Kostenschätzung

Sobald die Behörde ihre Kostenschätzung berichtigt hat, müssen die Bürger gemäß § 26 II 6 GO NRW die neue Kostenschätzung auf den Unterschriftenlisten angeben. Unterlassen sie das, stellt sich die Frage, ob der Rat deshalb das Bürgerbegehren als „unzulässig“ zurückweisen wird. Nach dem Wortlaut von § 26 VI 1 GO NRW ist vom „Prüfungsrecht“ des Rates jedenfalls der Ausschlusskatalog des § 26 V 1 GO NRW („unzulässig“) umfasst. § 26 IV 2 GO NRW bezieht ausdrücklich auch das Erreichen des Unterstützungsquorums ein. Denkbar wäre zwar, daraus im Umkehrschluss zu folgern, alle üb-

rigen Vorgaben des § 26 GO NRW gehörten nicht dazu. Die sprachliche Gestaltung der §§ 25 f. GO NRW belegt aber, dass man den Wortlaut damit überanstrengte. Man vergleiche bloß die Regelung der Sperrfrist in § 25 V GO NRW mit § 26 V 2 GO NRW: Dass im ersten Fall von „Zulässigkeit“ und im zweiten vom „Dürfen“ die Rede ist, soll wohl kaum den Maßstab beeinflussen. Nach dem auch bisher gängigen Verständnis prüft der Rat also die Einhaltung sämtlicher Vorgaben des § 26 GO NRW. Unterschriften, die ohne Angabe der Kostenschätzung gesammelt wurden, darf der Rat nicht auf das Unterstützungsquorum anrechnen, und er muss ohne jedes Ermessen²⁷ das Bürgerbegehren als unzulässig zurückweisen, wenn es aus diesem Grunde das Quorum verfehlt.

b) Zulässigkeit des Bürgerbegehrens trotz rechtswidriger Kostenschätzung

Die Rechtmäßigkeit der Kostenschätzung ist dagegen kein Kriterium für die Zulässigkeitsentscheidung des Rates nach § 26 VI 1 GO NRW. Zwar lässt sich für ein „Prüfungsrecht“ des Rates anführen, dass die Kostenschätzung der Verwaltung an die Stelle des Kostendeckungsvorschlags getreten und damit ebenso „zentrales Zulässigkeitskriterium“²⁸ ist, das den gleichen oder aufgrund der größeren Sachkunde der Verwaltung gar höheren Rechtmäßigkeitsanforderungen unterliegt. Nach der Gesetzesbegründung soll die Kostenschätzung durch die Behörde „die Information der Bürger über die Kosten [...] als wesentliches Entscheidungskriterium *sicher(stellen)*“²⁹. Diese Information schon bei der Unterschriftensammlung sei „unabdingbar“, so die neuere Kommentarliteratur³⁰. Ist die Information nicht hinreichend erfolgt, müsste dies also der Zulässigkeit des Begehrens entgegenstehen. Die Rechtsposition der Initiatoren könnte dadurch gewahrt sein, dass es ihnen freisteht, vorab gegen eine ihnen nicht richtig erscheinende Kostenschätzung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorzugehen.

Die frühzeitige Information der Bürger ist aber nicht vorrangiges Ziel der Neuregelung. Die Gesetzesänderung erfolgte durch das programmatisch benannte „Gesetz zur Stärkung der Bürgerbeteiligung“. Ausweislich der Geset-

27 Dass der Rat bei seiner Zulassungsentscheidung keinerlei Spielraum hat, betonen *Beckmann/Hagmann*, Bürgerbegehren (Fn. 3), S. 90.

28 *H.-G. v. Lennep*, in: *E. Rehn/U. Cronauge u.a.*, GO NRW, § 26 (2012), Anm. 3.

29 LT-Drucks. 15/2151, S. 14 (Hervorhebung M.P.).

30 Statt aller v. *Lennep* (Fn. 28), § 26 Anm. 3.

zesbegründung soll der Kostendeckungsvorschlag durch die Kostenschätzung der Verwaltung ersetzt werden, um „die Bürger bei der Initiierung eines Bürgerbegehrens von dem strengen Zulässigkeitskriterium des Kostendeckungsvorschlags zu entlasten“³¹ und so die Möglichkeit der Bürgerbeteiligung zu stärken³². Diesem Ziel liefe es zuwider, eine fehlerhafte Schätzung der Verwaltung nun (quasi) der Bürgerinitiative zuzurechnen und sie der Zulässigkeit des Begehrens entgegenzuhalten. Die Bürgerinitiative zur Wahrung ihrer Rechte auf die Möglichkeit zu verweisen, gegen die Kostenschätzung im einstweiligen Rechtsschutz vorzugehen, würde ihr eine Obliegenheit zur Prüfung der Kostenschätzung aufbürden, die der – nach der Gesetzesbegründung gerade abzuschaffenden – Anforderung, einen eigenen Kostendeckungsvorschlag zu erstellen, gleichkäme.

3. Unterschriftenverwertbarkeit und Fristlauf nach der Korrektur der Kostenschätzung

a) Verwertbarkeit von Unterschriften nach der Korrektur der Kostenschätzung

Nach der Korrektur fragt sich, ob die Unterschriften, die die Bürger mit der ursprünglichen Kostenschätzung gesammelt haben, für den Antrag auf Zulassung des Bürgerbegehrens noch verwertbar sind. Ausgangspunkt ist § 25 IV 1 GO NRW, der wegen des Verweises in § 26 IV 3 GO NRW nicht nur für den Einwohnerantrag, sondern analog auch für das Bürgerbegehren gilt. Danach muss der Text der Unterschriftenlisten mit dem des Bürgerbegehrens wortlautidentisch sein. Im oben erwähnten Fall des Bürgerbegehrens „Kulturgut“ hat sich die Stadt Essen mit Billigung der Aufsichtsbehörden auf den „pragmatischen“ Standpunkt gestellt, durch Korrektur der Kostenschätzung habe sich auf den Unterschriftenlisten eine Zahl und nicht der „Wortlaut“ geändert³³. Die Korrektur habe auf die Verwertbarkeit von Unterschriften keinen Einfluss. Diese Auslegung des Begriffs „Wortlaut“ dürfte eben diesen, den Wortlaut, überspannen. Der Verein „Mehr Demokratie“ hat denn auch mit Recht widersprochen und zusätzlich darauf hingewiesen, dass alle Unter-

31 LT-Drucks. 15/2151, S. 14.

32 LT-Drucks. 15/2151, S. 1.

33 Nochmals *Sibum*, Irritationen (Fn. 1).

schriftenlisten untereinander den gleichen Wortlaut haben müssten³⁴. Der Rat dürfe die Unterschriften, die die Bürger vor der Korrektur gesammelt haben, bei der Prüfung der Zulässigkeit des Bürgerbegehrens nicht auf das Unterstützungsquorum anrechnen. Sie seien letztlich ungültig.

Den Ausweg aus dem scheinbaren Dilemma, entweder dem Gesetzeswortlaut Gewalt anzutun oder in Kauf zu nehmen, dass die Korrektur das Bürgerbegehren zunichtemacht, weist der Begriff des Bürgerbegehrens selbst: Dem Gesetz lässt sich die Unterscheidung zwischen den Inhalten des Bürgerbegehrens nach § 26 II 1-2 GO NRW („enthalten“) einerseits und dem Erfordernis der bloßen „Angabe bei der Sammlung der Unterschriften“ in § 26 II 6 GO NRW andererseits entnehmen. Die Kostenschätzung gehört nicht zum Inhalt des Bürgerbegehrens³⁵ und ist daher von § 25 IV 1 GO NRW überhaupt nicht erfasst. Das Erfordernis der Angabe der Kostenschätzung folgt vielmehr ausschließlich aus § 26 II 6 GO NRW. Ihm genügen die Bürger bereits dadurch, dass sie die *jeweils aktuelle* Kostenschätzung der Behörde angeben. Solange sie dieser Obliegenheit nachkommen, können sie ungeachtet der Korrektur alle gesammelten Unterschriften verwerten.

b) Weiterlaufen der Sammelfrist trotz Korrektur der Kostenschätzung

Damit hängt die Frage zusammen, wie sich die Korrektur der Kostenschätzung auf die Frist für die Einreichung eines kassatorischen Bürgerbegehrens gemäß § 26 III GO NRW auswirkt. Keine Auswirkungen hat sie auf den Fristbeginn, denn die Frist beginnt schon mit Bekanntmachung des Ratsbeschlusses und subsidiär nach dem Sitzungstag. Wohl ist der Lauf der Frist gehemmt für den Zeitraum, da die Bürger ihre Absicht zur Durchführung eines Bürgerbegehrens angezeigt haben, die Behörde ihnen aber noch keine Kostenschätzung mitgeteilt hat. Das trifft sich sinnvoll damit, dass die Initiatoren in dieser Zeit auch keine verwertbaren Unterschriften sammeln können. Die Korrektur der Kostenschätzung dagegen hat auf den Fristlauf keinen Einfluss, denn zu jeder Zeit ist eine Kostenschätzung in der Welt. Unter An-

34 Pressemitteilung von Mehr Demokratie e.V. Landesverband NRW vom 28.1.2013, abrufbar unter [nrw.mehr-demokratie.de/7106.html?&tx_ttnews\[backPid\]=6803&tx_ttnews\[tt_news\]=13282&cHash=fc17bf9011861d23494667ed020c9de7](http://nrw.mehr-demokratie.de/7106.html?&tx_ttnews[backPid]=6803&tx_ttnews[tt_news]=13282&cHash=fc17bf9011861d23494667ed020c9de7) (Abruf: 27.7.2013).

35 Für den Kostendeckungsvorschlag im Ergebnis bereits *Hofmann*, Erfolgsquote (Fn. 4), S. 54.

gabe der jeweils aktuellen Kostenschätzung können die Initiatoren denn auch verwertbare Unterschriften sammeln.

III. Rechtsschutz gegen die Kostenschätzung oder ihre Korrektur

Die Vertretungsberechtigten sind entgegen dem Wortlaut Adressaten weder der ersten noch der korrigierten Kostenschätzung, sondern das sind alle, die ihre Absicht angezeigt haben, das Bürgerbegehren durchzuführen (Initiatoren; 1.). Die Initiatoren können mit der Allgemeinen Leistungsklage gegen die Kostenschätzung oder ihre Korrektur vorgehen, aber jeweils nur ein Bescheidungsurteil erwirken (2.). Eilrechtsschutz wird beide Male über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gewährt; das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz gebietet es, dabei ausnahmsweise die Hauptsache vorwegzunehmen (3.).

1. Redaktionsversehen: Vertretungsberechtigte ohne Bürgerbegehren?

Mit der Neufassung des § 26 II GO NRW hat der Landesgesetzgeber erstmals das Geschehen vor Einreichung des Bürgerbegehrens in Teilen rechtlich erfasst. Dabei ist ihm ein Redaktionsversehen unterlaufen: § 26 II 5 GO NRW nennt die „Vertretungsberechtigten“ als Adressaten der Mitteilung der Kostenschätzung. Vertretungsberechtigte existieren aber nach der Legaldefinition in § 26 II 2 GO NRW erst *nach* Beginn der Unterschriftensammlung, wohingegen die Mitteilung *vor* deren Beginn ergeht. Wo (noch) kein Bürgerbegehren, da (noch) keine Vertretungsberechtigten. Die Vertretungsberechtigten können nicht einmal Adressaten der Mitteilung der korrigierten Kostenschätzung sein, denn die Behörde erfährt erst bei Einreichung des Bürgerbegehrens, wer Vertretungsberechtigter ist. Die Mitteilung der Kostenschätzung kann sich also, so unpraktisch das sein mag, ausschließlich an alle diejenigen Bürger richten, die gemäß § 26 II 3 GO NRW der Behörde ihre Absicht zur Durchführung eines Bürgerbegehrens angezeigt haben, d.h. an alle Initiatoren des Bürgerbegehrens.

2. Rechtsschutz in der Hauptsache

Halten die Initiatoren des Bürgerbegehrens die mitgeteilte Kostenschätzung für zu hoch und deshalb für rechtswidrig oder korrigiert die Verwaltung ihre

ursprüngliche Kostenschätzung nach oben, ist in der Hauptsache die Allgemeine Leistungsklage statthaft. Sie ist in der erstgenannten Fallkonstellation auf Mitteilung einer verringerten Schätzung, in der zweitgenannten auf Unterlassen der Korrektur zu richten. Die analog § 42 II VwGO notwendige Klagebefugnis³⁶ erfordert ein subjektives öffentliches Recht auf Erlass einer Mitteilung. Ein solches folgt aus § 26 II 5-6 GO NRW, der die Verpflichtung der Behörde zur Mitteilung einer fehlerfreien Kostenschätzung und die Obliegenheit der Bürgerinitiative zur Beifügung nicht nur im öffentlichen Interesse an der zutreffenden Information potentieller Unterzeichner, sondern auch im Interesse der Initiatoren an der gegenüber der bisherigen Rechtslage vereinfachten Durchführung des Begehrens begründet. Die Klagebefugnis kommt jedenfalls bis zu Beginn der Unterschriftensammlung den Initiatoren des Bürgerbegehrens zu. Zwar folgt für eine Verpflichtungsklage auf Zulassung des Bürgerbegehrens nach § 26 VI 2 GO NRW, dass klagebefugt die Vertretungsberechtigten sind. Für die Mitteilung der Kostenschätzung hilft die Vorschrift aber bis zum Beginn der Unterschriftensammlung mangels Vertretungsberechtigter nicht weiter.

Dem Rechtsschutzbedürfnis steht in beiden Klagekonstellationen nicht entgegen, dass die Initiatoren der Unterschriftensammlung eine eigene Kostenschätzung beifügen können. Die Kostenschätzung der Behörde wird nämlich für den Bürger auch bei Beifügung einer alternativen Schätzung von Bedeutung bleiben. Denn in der Regel wird der Bürger der Behörde größere Fachkompetenz und Objektivität zuschreiben als der Bürgerinitiative, deren Einschätzung als in höherem Maße interessengeleitet erscheinen wird. Die Kostenschätzung der Behörde greift deshalb jeder weiteren finanziellen Beurteilung ein Stück weit vor³⁷.

Im Rahmen der Begründetheit muss das Gericht den Beurteilungsspielraum beachten, der der Behörde bei einer „Einschätzung“ zusteht. Soweit die Behörde sich in diesem Spielraum bewegt, darf es sie nicht zur Mitteilung einer Kostenschätzung mit bestimmtem Inhalt verpflichten, sondern es kommt nur ein Bescheidungsurteil analog § 113 V 2 VwGO³⁸ in Betracht, das der Behörde aufgibt, die Kosten unter Beachtung der Rechtsauffassung

36 *F.O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 42 Rn. 62; *H. Sodan*, in: *ders./J. Ziekow* (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, § 42 Rn. 371.

37 Die Verhaltensökonomik spricht vom „Ankereffekt“: *M. Englerth*, Verhaltensökonomie, in: *E.V. Towfigh/N. Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 165 (184 ff.).

38 Zur analogen Anwendung des § 113 V 2 VwGO auf die Allgemeine Leistungsklage *W.-R. Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2012, Rn. 867.

des Gerichts erneut zu schätzen und diese Kostenschätzung mitzuteilen oder – im zweiten Szenario – die ursprüngliche Kostenschätzung aus einem nach der Rechtsauffassung des Gerichts näher zu bezeichnenden Grund nicht zu korrigieren.

3. Einstweiliger Rechtsschutz

Der einstweilige Rechtsschutz richtet sich in beiden Fallgruppen nach § 123 VwGO, wobei im Fall der als zu hoch empfundenen Kostenschätzung die Regelungsanordnung nach § 123 I 2 VwGO und im Fall der möglicherweise rechtswidrigen Korrektur die Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO statthaft ist. Der Begründetheit des Antrags steht das sich aus dem Wesen der einstweiligen Anordnung ergebende³⁹ grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache nicht entgegen⁴⁰. Eine grundsätzlich unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache liegt vor, wenn die Entscheidung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nach der Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr rückgängig zu machen ist⁴¹. Das Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV 1 GG gebietet die Vorwegnahme der Hauptsache aber ausnahmsweise dann, wenn der Antragsteller sonst unzumutbare, nicht anders abwendbare Nachteile erleiden würde und eine Korrektur durch die Entscheidung in der Hauptsache ausscheidet⁴².

Hat das Gericht der Behörde in seiner einstweiligen Anordnung aufgegeben, die Kosten unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu schätzen oder die ursprüngliche Kostenschätzung aus einem näher benannten Grund nicht zu korrigieren, und haben die Initiatoren die danach maßgebliche Kostenschätzung bei der Unterschriftensammlung beigefügt, kann die Entscheidung in der Hauptsache nichts mehr ausrichten. Die Eilentscheidung nimmt die Hauptsache vorweg. Anderenfalls würde den Initiatoren aber ein irreversibler Schaden entstehen, denn da die Frist des § 26 III GO NRW nach Mitteilung einer rechtswidrigen Kostenschätzung weiterläuft, wären sie ohne den Eilrechtsschutz genötigt, die Unterschriftensammlung

39 F. Wollenschläger, in: K.F. Gärditz (Hrsg.), VwGO, 2013, § 123 Rn. 121; Kopp/Schenke (Fn. 36), § 123 Rn. 14.

40 Zur Verortung des Problems auf der Ebene der Begründetheit, nicht des Rechtsschutzbedürfnisses Kopp/Schenke (Fn. 36), § 123 Rn. 13, 26; Wollenschläger (Fn. 39), Rn. 121; A. Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO (Fn. 36), § 123 Rn. 73, 102.

41 Kopp/Schenke (Fn. 36), § 123 Rn. 14.

42 Wollenschläger (Fn. 39), § 123 Rn. 126; Puttler (Fn. 40), § 123 Rn. 11.

mit der abschreckend hohen Kostenschätzung fortzuführen, ohne dass die Entscheidung in der Hauptsache nach Fristablauf dies korrigieren könnte.

IV. Kostenschätzung auf dem Prüfstand der Rechtspolitik

Die Angabe der Kostenschätzung als solche hat als Mahnung zur Sparsamkeit in Zeiten desolater Haushalte ihre Berechtigung (1.). Der Gesetzgeber sollte allerdings vorschreiben, dass die Kostenschätzung in einer Abstimmungsbroschüre für den *Bürgerentscheid* und nicht mehr auf den Unterschriftenlisten für das *Bürgerbegehren* angegeben wird (2.). Vor allem gibt es keinen Grund, beim Ratsbürgerentscheid gegenüber dem einfachen Bürgerentscheid auf die Kostenschätzung zu verzichten (3.).

1. Zweckmäßigkeit der Kostenschätzung überhaupt?

Die Kostenschätzung soll ausweislich der Gesetzesbegründung den Bürgern deutlich vor Augen führen, welche (finanziellen) Kosten die angestrebte Maßnahme verursachen wird, und sie ermahnen, bei ihrer Meinungsbildung diese Kosten gegen den Nutzen abzuwägen⁴³. Damit werden die Kosten gegenüber anderen Entscheidungskriterien privilegiert. Denn die Behörde weist den Bürger nicht förmlich zum Beispiel auf die wirtschafts-, sozial- oder umweltpolitischen Folgen („Kosten“) eines Vorhabens hin, die weitaus gravierender sein können. Möglicherweise kann der Gesetzgeber das Erfordernis der Kostenschätzung daher ganz abschaffen, zumal die Kosten ohnehin Gegenstand der öffentlichen Diskussion sein werden⁴⁴. Damit hätten sich die diffizilen Rechtsfragen erledigt, denen dieser Beitrag gilt. Bayern und Hamburg schließlich kommen gut ohne Kostenschätzung aus⁴⁵. Doch die Privilegierung des Kostenfaktors ist gerechtfertigt: Über Jahrzehnte hat die öffentli-

43 Entwurf der Landesregierung eines Gesetzes zur Stärkung der Bürgerbeteiligung, LT-Drucks. 15/2151, S. 14.

44 Im Gesetzgebungsverfahren hat diese Einschätzung schon geäußert *E. Wunder*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Bürgerbeteiligung, LT-Drucks. 15/1073, S. 7. Aus der reichen bayerischen Praxis *D. Seckler*, Das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in Bürgerbegehren und Bürgerentscheid, 2000, S. 246 f.: „[...] in der Mediendebatte wird regelmäßig die Frage gestellt, ‚wie das denn alles finanziert werden soll‘. Initiatoren tun deshalb ohnehin gut daran, ein Finanzierungskonzept vorzustellen [...]“.

45 Art. 18a BayGO und Art. 12a BayKO; § 32 HmbBezVerwG.

che Hand, motiviert durch demokratieimmanente Fehlanreize⁴⁶, hohe Schuldenberge aufgetürmt, nicht zuletzt in vielen Gemeinden in Nordrhein-Westfalen⁴⁷. Der (verfassungsändernde) Gesetzgeber und die Rechtsprechung haben begonnen, der Verschuldungspolitik in Bund und Ländern einen Riegel vorzuschieben, indem sie „Schuldenbremsen“ einführen⁴⁸ bzw. bisher ignorierten Verschuldungskriterien erstes Leben einhauchen⁴⁹. Die Kostenschätzung trägt immerhin ein wenig dazu bei, in diesem Sinne das Bewusstsein für die Grenzen des Finanzierbaren zu schärfen, und sollte beibehalten werden⁵⁰.

2. Kostenschätzung schon beim Bürgerbegehren?

Dann aber muss die Kostenschätzung *de lege ferenda* beim Bürgerentscheid und nicht beim Bürgerbegehren angegeben werden. Dass dem *de lege lata* nicht so ist, beruht auf einem verbreiteten Missverständnis der Struktur und Logik direktdemokratischer Verfahren⁵¹: Beim Bürgerbegehren fällt keine Entscheidung über die Sachfrage, sondern – allenfalls – über den Wechsel der Organzuständigkeit. Die Unterzeichner qualifizieren lediglich eine Sachfrage dafür, zum Gegenstand eines Bürgerentscheids, d.h. einer Abstimmung der Bürger mit „Ja“ oder „Nein“, zu werden. Weder ist das Bürgerbegehren ein „kleiner Bürgerentscheid“ noch der Bürgerentscheid ein „zweites Bür-

46 Sarkastisch unlängst H. Meyer, Volksabstimmungen im Bund: Verfassungslage nach Zeitgeist?, in: JZ 2012, S. 538 (544: „ungute bis verheerende Verschuldungspolitik, die leider auch, wenn nicht gar vorrangig, ein Merkmal von Demokratien ist“); Analyse demokratieimmanenter Fehlanreize aus Sicht der Neuen Politischen Ökonomik bei E.V. Towfigh/N. Petersen, Public Choice Theorie und Social Choice Theorie, in: *dies.*, Methoden (Fn. 37), S. 133 ff. (147 ff.).

47 Zur Sanierungsbedürftigkeit von Gemeindehaushalten in NRW eingehend J. Oebbecke, Rechtliche Vorgaben für den Haushaltsausgleich und ihre Durchsetzung, in: GemH 2009, S. 241 ff., der Problem wie Lösung in (Fehl-)Anreizen für Bürger, Gemeindeorgane und Aufsichtsbehörden sieht.

48 Art. 109 III GG; Art. 72 I, 72a HmbVerf.; Art. 141 I HessVerf.; Art. 65 II, 79a MV-Verf., Art. 117 I RPVerf.; Art. 53 I SchlHVerf.

49 VerfGH NRW NWVBl 2013, 242 – *Haushaltsgesetz 2011*; OVG 53, 296 = NVwZ 2011, 805 – *Nachtragshaushaltsgesetz 2010*; OVG 53, 289 = NWVBl 2011, 216 – *Nachtragshaushaltsgesetz 2010*.

50 Mit ganz ähnlicher Argumentation wie hier Jung, Änderungen (Fn. 6), S. 177 f.

51 Das Folgende findet sich bezogen auf Volksbegehren und Volksentscheid bereits bei S. Lenz, Volksgesetzgebung als „Minderheitendiktatur“?, in: ZG 28 (2013), S. 167 (180 f.) m.w.N.

gerbegehren“. Mit der Verfahrenslogik vereinbar (wenn auch praktisch selten) ist sogar der Fall, dass ein Gegner der begehrten Maßnahme das Bürgerbegehren mit seiner Unterschrift unterstützt, und zwar deshalb, weil in seinen Augen statt des Rates besser die Stimmberechtigten über die Sachfrage entscheiden sollen. Damit ist gesagt: Die Kostenschätzung schon bei der Unterschriftensammlung anzugeben, ist nahezu ungeeignet, die Bürger mit Blick auf ihre (Sach-)Entscheidung zu informieren und zu ermahnen. Am sinnvollsten wäre daher, die Behörde gesetzlich zu verpflichten, eine Abstimmungsbroschüre an alle Haushalte zu verschicken, in der die Behörde und auf Wunsch auch die Vertretungsberechtigten des Bürgerbegehrens ihre Kostenschätzung angeben⁵².

3. Keine Kostenschätzung beim Ratsbürgerentscheid?

Selbst wenn man für zweckmäßig hält, dass die Kostenschätzung beim Bürgerbegehren anzugeben ist, leuchtet nicht ein, warum im Verfahren des Ratsbürgerentscheids die Kostenschätzung an keiner Stelle vorkommt. Der Gesetzgeber mag den Bürgern ein wenig ausgeprägtes und dem Rat ein umso schärferes Bewusstsein für Finanzprobleme unterstellen⁵³ – obwohl die Empirie das genaue Gegenteil nahelegt⁵⁴. Wie dem auch sei: Die angesprochene Verfahrenslogik (auch ein Gegner in der Sache mag den Bürgerentscheid guthießen) wird besonders deutlich beim Institut des Ratsbürgerentscheids. Er findet statt, wenn zwei Drittel der Ratsmitglieder für ihn stimmen. Für den Wechsel der Organzuständigkeit bedarf es also einer größeren Mehrheit als für die Sachentscheidung. Diese Mehrheit kommt nur zustande, wenn auch einige der Gegner in der Sachfrage für den Bürgerentscheid votieren. Ein Ratsbürgerentscheid wird angesichts des qualifizierten Mehrheitserfordernisses dann anberaunt, wenn der Rat in der Sachfrage zerstritten, aber darin ei-

52 Im Gesetzgebungsverfahren erneut *Wunder*, Stellungnahme (Fn. 44), S. 4 ff. Das Satzungsrecht einiger Gemeinden sieht Abstimmungsbroschüren bereits vor, so zum Beispiel § 5 der Satzung der Stadt Münster über das Verfahren zur Durchführung von Bürgerbegehren und Bürgerentscheiden – wonach allerdings der bisherige Kostendeckungsvorschlag nicht in der Broschüre enthalten ist.

53 Solche Unterstellungen jedenfalls bei *Beckmann/Hagmann*, Bürgerbegehren (Fn. 3), S. 94 und vereinzelt im Gesetzgebungsverfahren, vor allem bei *K.-V. Kleerbaum*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Bürgerbeteiligung, LT-Drucks. 15/1096, S. 1 f.

54 Sogar im Zusammenhang mit dem Kostendeckungsvorschlag *Jung*, Änderungen (Fn. 6), S. 177 m.w.N.

nig ist, dass besser die Bürger eben diesen Streit entscheiden mögen. Indem der Rat einen Bürgerentscheid beschließt, stuft er das Vorhaben nicht als kostenmäßig unbedenklich ein, sondern ist womöglich gerade wegen der Kosten uneins.

