

Wasserverbandsgesetz: WVG

Kommentar

von

Prof. Dr. Michael Reinhardt, Dr. Frank Hasche, Prof. Dr. Christoph Brüning, Prof. Dr. Tilman Cosack, Dr. Ludger Giesberts, Dr. Jochen Hentschel, Mark Klein, Dr. Jens Martin König, Dr. Marcel Séché, Per Seeliger, Dr. Sabine Wabnitz

Prof. Dr. Reinhardt ist der führende wissenschaftliche Experte im dt. Wasserwirtschaftsrecht und Inhaber des Lehrstuhls am Institut für Deutsches und Europäisches Wasserwirtschaftsrecht der Universität Trier

1. Auflage

[Wasserverbandsgesetz: WVG – Reinhardt / Hasche / Brüning / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Wasserrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 61573 3

	Rn.
II. Rechtsschutz	8
1. Verfahren	8
2. Unterbliebene Ankündigung gegenüber Dritten	9
C. Entschädigungspflicht	10
I. Voraussetzungen	11
1. Zulässige Maßnahme	11
2. Vermögensnachteil	12
3. Unmittelbarkeit	13
4. Kein Sonderopfer	14
II. Rechtsfolgen	15

A. Allgemeines

I. Eingriffsermächtigung

Die Durchführung von Arbeiten auf dem Eigentum Privater stellt einen Grundrechtseingriff dar und darf daher nur aufgrund einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung erfolgen. § 12 Abs. 1 enthält diese verfassungsrechtlich notwendige gesetzliche Ermächtigung. Aus der Vorschrift ergibt sich zugleich, dass die Aufsichtsbehörde zur Sachverhaltsermittlung von Amts wegen verpflichtet ist. § 12 Abs. 1 erfüllt damit zugleich die Funktion, die § 24 VwVfG für das Verwaltungsverfahren hat.

II. Entschädigung

§ 12 Abs. 2 enthält eine Entschädigungsregelung, die als spezialgesetzliche Ausprägung des Anspruch aus enteignendem Eingriff oder als eine Verhältnismäßigkeitsausgleich im Rahmen zu einer Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG angesehen werden kann. Davon hängt ab, ob der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten oder der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist (§ 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO). Nachdem das BVerfG den materiellen Enteignungsbegriff zugunsten des formellen Enteignungsbegriffs aufgegeben hat (Beschl. v. 15. 7. 1981 – 1 BvL 77/78 – BVerfGE 58, 300) und daher eine entschädigungslos hinzunehmende Inhalts- und Schrankenbestimmung nicht mehr in eine entschädigungspflichtige Enteignung umschlagen kann, hat es die auf der Grundlage des materiellen Enteignungsbegriffs in vielen Gesetzen enthaltenen salvatorischen Klauseln umgedeutet in eine zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit der Inhalts- und Schrankenbestimmung notwendige Ausgleichsregelung (BVerfG, Beschl. v. 2. 3. 1999 – 1 BvL 7/91 – BVerfGE 100, 226). Für Ansprüche aufgrund solcher Regelungen ist nunmehr gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Vorliegend spricht vieles dafür, Abs. 2 nicht als einen Verhältnismäßigkeitsausgleich, sondern als Aufopferungsentschädigung anzusehen. Es geht um nicht bezweckte einmalige Kollateralschäden bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben wie bei Schießübungen der Bundeswehr (BGH, Urt. v. 20. 3. 1962 – VI ZR 176/61 – RiA 1962, 319) und nicht um gezielt angeordnete dauerhafte Nutzungsbeschränkungen. Die vom BVerfG entwickelten Zulässigkeitsanforderungen an einen finanziellen Verhältnismäßigkeitsausgleich, insbesondere der Vorrang des Primärrechtsschutzes und die Entscheidung *uno actu* über Eingriff und Ausgleich, passen daher nicht. Im Streitfall muss

§ 12 3–7

2. Teil. Errichtung des Verbands

über den Rechtsweg gemäß § 17a GVG vorab entschieden und der Rechtsstreit ggf. an das zuständige Gericht verwiesen werden. Dies hat keinen Einfluss auf die Rechtshängigkeit und damit auch nicht auf die Hemmung der Verjährung.

B. Duldungspflicht (Abs. 1)

I. Voraussetzungen

- 3 1. **Betreten und Ausführen von Arbeiten.** Abs 1 Satz 1 gestattet der Aufsichtsbehörde nicht nur das Betreten zur Durchführung von Vorarbeiten, sondern auch die Durchführung dieser Arbeiten. Aus Abs. 2 folgt allerdings, dass mit den Arbeiten einhergehende Substanzverletzungen ebenfalls von der Befugnis des Abs. 1 erfasst sind. Die beispielhaft genannten Arbeiten lassen keine Rückschlüsse auf die Eingriffsintensität zu. Dies könnte allenfalls dadurch beschränkt werden, dass ausdrücklich nur das Betreten, nicht jedoch das Befahren mit schwerem Gerät zu dulden ist. Das entspräche jedoch nicht dem Zweck der Vorschrift, die nicht nur eine Inaugenscheinnahme, sondern auch Untersuchungen ermöglichen soll. Auch die Entschädigungsregelung des Abs. 2, die es bei den gewerberechtlichen Betretensrechten nicht gibt, würde praktisch nie zur Anwendung kommen, wenn lediglich das Betreten von Flächen gestattet würde, die in der Regel vom Eigentümer oder Pächter mit schwerem Gerät bewirtschaftet werden. Damit wird auch nicht der Primärrechtsschutz aufgegeben. Die Schranke der Verhältnismäßigkeit stellt immer noch eine hinreichende Begrenzung der Eingriffsbefugnis dar, deren Einhaltung auch durchgesetzt werden kann. Eine über die passive Duldung hinausgehende Mitwirkungspflicht besteht allerdings nur insoweit, als das Grundstück zugänglich gemacht werden muss.
- 4 2. **Grundstücke und Wohnungen.** Gegenständlich erstreckt sich das Eingriffsrecht auf Grundstücke und Wohnungen. Das Betreten von Wohnungen ist nach Abs. 1 Satz 3 allerdings nur mit Zustimmung des Inhabers zulässig. Eingriffe in Art. 13 GG sind also nicht zulässig. Der Wohnungsbezug ist enger als derjenige des Art. 13 GG und gilt nicht für Freiflächen wie Terrassen und Gärten. Inhaber sind alle Personen, die berechtigterweise in der Wohnung wohnen, also nicht nur der Mieter, sondern auch dessen Angehörige. Die Zustimmung kann nicht erzwungen werden, ein Betreten gegen den Willen des Inhabers also nicht durchgesetzt werden.
- 5 3. **Eigentümer und Besitzer.** Zur Duldung verpflichtet sind Eigentümer und Besitzer, also insbesondere Pächter, aber auch Nießbraucher (§ 1036 BGB) und Rechtsbesitzer, soweit Ihnen Besitzschutzzansprüche zustehen (§ 1029 BGB).
- 6 4. **Vorherige Ankündigung.** Die vorherige Ankündigung gemäß Satz 2 ermöglicht dem Pflichtigen die Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz und damit die spätere Geltendmachung einer Entschädigung. Daraus ergibt sich, dass Art und Umfang der Arbeiten mitgeteilt werden müssen, und zwar „den“, also allen Eigentümern und Besitzern. Die Zweitwochenfrist ist in analoger Anwendung der § 187 ff. BGB zu berechnen.
- 7 5. **Verhältnismäßigkeit.** Die Ausübung der Befugnis steht im Ermessen und wird damit beschränkt durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Durchführung von Arbeiten ist nur zu den üblichen Arbeitszeiten zulässig. Die Arbeiten

selbst müssen zur Vorbereitung der im Errichtungsverfahren zu treffenden Maßnahmen nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich sein und der Erkenntniswert muss im Hinblick auf die in Kauf genommenen Substanzverletzungen und sonstigen Vermögensnachteile auch angemessen sein.

II. Rechtsschutz

1. Verfahren. Die Durchführung der Arbeiten ist gegenüber dem Eigentümer oder sonstigen Verfügungsberechtigten kein Verwaltungsakt, sondern schlichthaftes Handeln. Verweigert der Verfügungsberechtigte das Betreten seines Grundstücks, kann der Zugang durch Erlass einer mit der Anfechtungsklage und ggf. vorgeschaltetem Widerspruch anfechtbaren Duldungsverfügung und deren Vollstreckung nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz des jeweiligen Landes erzwungen werden. Die Befugnis zum Erlass einer Duldungsverfügung ergibt sich unmittelbar aus § 12 (so zu § 52 BImSchG bereits BVerwG, Urt. v. 25. 8. 1999 – 8 C 12/98).

2. Unterbliebene Ankündigung gegenüber Dritten. Wird eine Duldungsverfügung nur gegenüber einem Berechtigten – dem Eigentümer – erlassen und von diesem angefochten, stellt sich die Frage, ob die Verfügung aufgehoben werden muss, wenn die vorherige Ankündigung gegenüber einem anderen Berechtigten – dem Pächter – nicht erfolgt ist. Das ist zu verneinen, weil insoweit § 46 VwVfG anwendbar ist.

C. Entschädigungspflicht

Die Entschädigungspflicht nach Abs. 2 ist eine besondere Ausprägung des Anspruchs aus enteignendem Eingriff (s. o. Rn. 2).

I. Voraussetzungen

1. Zulässige Maßnahme. Die Entschädigung wird nur gewährt bei einer nach Abs. 1 zulässigen Maßnahme. Wird der Zutritt verweigert, eine daraufhin erlassene rechtswidrige Duldungsverfügung jedoch bestandskräftig, ist die Durchführung der Arbeiten zwar zulässig, inhaltlich aber gleichwohl rechtswidrig. Bei verfassungskonformer, d. h. den Vorrang des Primärrechtschutzes berücksichtigender Auslegung muss unter einer zulässigen daher eine formell und materiell rechtmäßige Maßnahme verstanden werden, wobei für Verfahrensfehler § 46 VwVfG gilt. Der Entschädigungsanspruch ist also ausgeschlossen, wenn eine Duldungsverfügung nicht angefochten wird. Wird sie nicht angefochten, weil die vorherige Ankündigung nicht erfolgt ist, kann Schadensersatz nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG, nicht jedoch eine Entschädigung nach Abs. 2 verlangt werden.

2. Vermögensnachteil. Eine Entschädigung kann nicht nur für Sachbeschädigungen, sondern für jeden Vermögensnachteil verlangt werden, insbesondere also z. B. Verdienstausfall.

3. Unmittelbarkeit. Wie im sonstigen Entschädigungsrecht auch werden nur unmittelbare Vermögensnachteile entschädigt, nicht jedoch Folgeschäden. Gefordert wird jedoch keine Unmittelbarkeit im naturwissenschaftlichen Sinne. Ausreichend ist vielmehr jede typische Auswirkung nach Eigenart der Maß-

§ 13 14–16

2. Teil. Errichtung des Verbands

nahme (grundlegend BGH, Urt. v. 28. 6. 1984 – III ZR. 35/83 – BGHZ 92, 34 (41f.). Das sind z. B. Wiederherstellungskosten bei Substanzverletzungen und der Verdienstausfall am Tag der Inanspruchnahme.

- 14 **4. Kein Sonderopfer.** Im Gegensatz zum Anspruch aus enteignendem Eingriff setzt der Entschädigungsanspruch nach Abs. 2 kein über den Vermögensnachteil hinausgehendes Sonderopfer voraus. Der gesetzlich geregelte Anspruch kann auch nicht zur Angleichung an die Voraussetzungen des richterrechtlich anerkannten Anspruchs aus enteignendem Eingriff einschränkend ausgelegt werden. Der Gesetzgeber hat selbst entschieden, das die Zumutbarkeitschwelle überschritten ist und ein Sonderopfer vorliegt, wenn Vorarbeiten im Einzelfall zu Vermögensnachteilen führen.

II. Rechtsfolgen

- 15 Gewährt wird kein voller Schadensersatz, sondern lediglich eine angemessene **Entschädigung**, also regelmäßig kein entgangener Gewinn, sondern nur die Wiederherstellungskosten.
- 16 **Anspruchsgegner** ist die Aufsichtsbehörde bzw. deren Rechtsträger.

§ 13 Feststellung der Beteiligten, Stimmenzahl

(1) Für das Errichtungsverfahren hat die Aufsichtsbehörde die Beteiligten festzustellen. Sie hat ferner die auf jeden Beteiligten entfallende Stimmenzahl zu ermitteln. In einem Verfahren mit mehr als zwei Beteiligten hat kein Beteiligter mehr als zwei Fünftel aller Stimmen.

(2) Maßstab für die Festlegung der Stimmenzahl ist grundsätzlich der Vorteil, den der Beteiligte von der Durchführung der Verbandsaufgaben zu erwarten hat. Hat ein Beteiligter von der Durchführung der Verbandsaufgaben nur einen Nachteil zu erwarten oder überwiegt der Nachteil gegenüber dem zu erwartenden Vorteil, ist Maßstab für die Festlegung der Stimmenzahl der Nachteil. Eine annähernde Ermittlung des Vorteils oder Nachteils reicht aus.

(3) Stellt die Aufsichtsbehörde zu Unrecht Personen als Beteiligte fest oder unterlässt sie zu Unrecht eine solche Feststellung, hat dies auf die Wirksamkeit von Beschlüssen der Beteiligten im Errichtungsverfahren sowie auf die Errichtung des Verbands keinen Einfluß.

Übersicht

	Rn.
A. Allgemeines	1
I. Grundrechtsschutz durch Verfahren	1
II. Kein Verwaltungsakt	2
1. Beteiligeneigenschaft	2
2. Stimmenzahlfestlegung	3
3. Kritik	4
B. Feststellung der Beteiligten (Abs. 1 Satz 1)	5
I. Voraussetzungen	5
II. Form	6
III. Fehlerfolgen	7
1. Zu Unrecht nicht festgestellte Beteiligte	7
2. Zu Unrecht festgestellte Beteiligte	8

	Rn.
a) Bei Zustimmung	9
b) Bei Ablehnung	10
C. Feststellung der Stimmenzahl (Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs 2)	11
I. Stimmengewichtung	11
1. Vorteil und Nachteil	12
2. Bewertung	13
a) Bei gleichen Vorteilen	14
b) Bei unterschiedlichen Vorteilen	15
3. Annähernde Ermittlung	18
II. Stimmenbegrenzung	19
III. Fehlerfolgen (Abs. 3)	20
D. Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern (Abs. 3)	21
I. Beteiligtenfeststellung	21
1. Unbeachtlichkeit	21
2. Verfassungswidrigkeit	22
3. Keine Möglichkeit verfassungskonformer Auslegung	25
4. Korrekturmöglichkeit des Gesetzgebers	26
II. Stimmenzahlfeststellung	27

A. Allgemeines

I. Grundrechtsschutz durch Verfahren

Die Regelungen der §§ 13 und 15 zu Stimmrecht und Zustandekommen von Beschlüssen bestimmen die Mehrheitsverhältnisse im Verhandlungstermin. Rechtfertigt der Mehrheitsbeschluss einen weiteren Aufgabenkreis als bei einer Errichtung von Amts wegen, dienen die Verfahrensregelungen der §§ 13 bis 15 zugleich dem materiellen Grundrechtsschutz (vgl. dazu grundlegend BVerfG, Beschl. v. 20. 12. 1979 – 1 BvR 385/77 – BVerfGE 53, 30). Dies hat zur Konsequenz, dass jeder Beteiligte in eigenen Rechten verletzt ist, wenn die Feststellung anderer Beteiligter zu Unrecht erfolgt oder unterblieben ist. Entsprechendes gilt für die Festlegung der Stimmenzahl. Das wirft die Frage auf, ob die Unbeachtlichkeitsklauseln der § 13 Abs. 2 Satz 3 (siehe unten Rn. 18) und Abs. 3 (siehe unten Rn. 21 ff.) und die Zustimmungsfiktion des § 15 Abs. 3 Satz 2 (siehe Rn. 19 zu § 15) verfassungswidrig sind.

II. Kein Verwaltungsakt

1. Beteiligeneigenschaft. Die Feststellung der Beteiligeneigenschaft hat nach Abs. 1 Satz 1 nach § 8 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 konstitutive Wirkung, ist aber gleichwohl kein selbständig anfechtbarer Verwaltungsakt, sondern nur unselbstständige Verfahrenshandlung i. S. d. § 44 a VwGO (unklar *Rapsch*, Rn. 97 u. 119, der dazu lediglich bemerkt, dass die Beteiligeneigenschaft „in jedem einzelnen Fall förmlich festzustellen“ sei, a. A. *Löwer*, Wasserverbandsrecht Rn. 61 u. 72). Die Unbeachtlichkeitsklausel des Abs. 3 und die Rechtsschutz ermögliche Heranziehung nach § 9 wären überflüssig, wenn die Beteiligtenfeststellung in Bestandskraft erwachsen könnte. Da sich aus dem Grundbuch nicht die Anschrift des Eigentümers ergibt und Grundbucheintragungen nicht richtig sein müssen, die Ermittlung der Beteiligten im Einzelfall unmöglich, jedenfalls aber langwierig und aufwendig und auf alle Fehler äußerst fehleranfällig macht, ist auch verständlich,

§ 13 3–5

2. Teil. Errichtung des Verbands

dass der Gesetzgeber gegen die Beteiligtenfeststellung keine Rechtsbehelfe zulassen und Fehler bei der Beteiligtenfeststellung nicht auf die Verbandserrichtung durchschlagen lassen wollte. Nicht nachvollziehbar ist hingegen, warum der Gesetzgeber die diesen Erwägungen Rechnung tragenden Regelungen der §§ 12 bis 15 FlurbG nicht übernommen hat, obwohl er nach der Gesetzesbegründung eine Verfahrensangleichung vorgenommen haben will (BT-Drs. 11/6764 S. 26).

- 3 **2. Stimmenzahlfestlegung.** Auch die Stimmenzahlfestlegung ist kein Verwaltungsakt. Der Gesetzgeber hat insoweit nicht nur von der Übernahme der materiellen Wertermittlungskriterien der §§ 27 ff. FlurbG abgesehen, sondern auch darauf verzichtet, die Stimmenzahlfestlegung entsprechend der Wertermittlung im Flurbereinigungsverfahren als eigenen, durch zwar anfechtbaren, vor allem aber in Bestandskraft erwachsenden Verwaltungsakt abzuschließenden Verfahrensschritt zu regeln. Dem trägt Löwer nicht hinreichend Rechnung, wenn er die Festsetzung der Stimmenzahlen als Verwaltungsakt ansieht (Wasserverbandsrecht Rn. 72). Dies hätte zur Konsequenz, dass mangels gesetzlich vorgesehener Bekanntgabe durch öffentliche Bekanntmachung nur eine individuelle Bekanntgabe nach § 41 VwVfG möglich wäre und eventuelle Widerspruchs- und Klageverfahren vor der öffentlichen Bekanntmachung des Errichtungsvorhabens bestands- bzw. rechtskräftig abgeschlossen sein müssten. Das würde die öffentliche Bekanntmachung sinnlos machen und die Verbandserrichtung um Jahre verzögern.
- 4 **3. Kritik.** Die fehlende Verwaltungsaktsqualität der Beteiligtenfeststellung und der Stimmenzahlfestlegung lässt sich dogmatisch allerdings nicht begründen. Ob eine Maßnahme ein Verwaltungsakt ist oder nicht, hängt nur davon ab, ob die Begriffsmerkmale der Legaldefinition des § 35 VwVfG vorliegen. Wenn überhaupt, dann lässt sich wohl nur das Merkmal der Außenwirkung verneinen, denn die Feststellung der Beteiligeneigenschaft führt anders als die Hinzuziehung nach § 13 Abs. 2 VwVfG nicht zu einer Bindungswirkung. Die Mitgliedschaft entsteht nämlich nur bei und aufgrund einer Zustimmung zum Errichtungsbeschluss, während sie bei Ablehnung und Errichtung von Amts wegen erst durch eine Heranziehung nach § 9 begründet wird. Die Heranziehung setzt allerdings lediglich die Beteiligeneigenschaft voraus, die gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 durch die Feststellung nach § 13 Abs. 1 Satz 1 begründet wird. Zwar kann man argumentieren, dass die Feststellung dann inzident auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft wird, weil § 13 Abs. 3 nur für die Satzung gilt. Dagegen spricht jedoch, dass dies nur möglich wäre, wenn die Feststellung kein Verwaltungsakt wäre, die Verneinung der Verwaltungsaktsqualität also nur mit einem Zirkelschluss begründet werden könnte. Darüber hilft auch die fehlende Bekanntgabe der Beteiligtenfeststellung nicht hinweg, weil diese nach § 41 VwVfG nur Wirksamkeitsvoraussetzung, nicht jedoch Begriffsmerkmal ist, sich die Notwendigkeit der Bekanntgabe also aus der Verwaltungsaktsqualität ergibt und nicht umgekehrt die Verwaltungsaktsqualität aus der Bekanntgabe.

B. Feststellung der Beteiligten (Abs. 1 Satz 1)

I. Voraussetzungen

- 5 Die inhaltlichen Voraussetzungen der Beteiligtenfeststellung nach Abs. 1 Satz 1 ergeben sich aus § 8, der auf die in § 4 genannten Personen verweist und zusätzliche Betroffenheitsanforderungen regelt. Auf die Kommentierung zu § 8 wird insoweit verwiesen.

II. Form

Da die Beteiligtenfeststellung kein Verwaltungsakt ist, bedarf diese keiner Bekanntgabe nach § 41 VwVfG und kann daher formfrei erfolgen (vgl. VG Mainz, Urt. v. 4. 4. 2005 – 6 JK 903/04 – n.v.). Legt der Antragsteller gemäß § 11 Abs. 2 eine tabellarische Auflistung der betroffenen Grundstücke mit Eigentümerangabe vor, ist die Liste auf Richtigkeit und Vollständigkeit zu prüfen und der Antragsteller ggf. gemäß § 11 Abs. 3 zur Nachbesserung aufzufordern. Wird das Beteiligtenverzeichnis bis zum oder im Verhandlungstermin geändert, ist die letzte Fassung maßgeblich.

III. Fehlerfolgen

1. Zu Unrecht nicht festgestellte Beteiligte. Wegen § 13 Abs. 3 hat eine unterbliebene oder unzureichende Prüfung der Richtigkeit und Vollständigkeit zur Folge, dass zu Unrecht nicht festgestellte Beteiligte nur nach § 23 Abs. 2 zur Mitgliedschaft herangezogen werden können, der neben dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 die Erforderlichkeit der Heranziehung zur ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung voraussetzt, was z.B. bei Grundstücken, denen der Hochwasserschutz einen Vorteil vermittelt, nicht der Fall sein dürfte. Deren Eigentümer können dann nicht zu Verbandsbeiträgen herangezogen werden, was allerdings zu Lasten des Verbandes und nicht der Aufsichtsbehörde geht.

2. Zu Unrecht festgestellte Beteiligte. Bei zu Unrecht festgestellten Beteiligten ist zu unterscheiden:

a) Bei Zustimmung. Soweit festgestellte Beteiligte der Verbandserrichtung zugestimmt haben oder zum Verhandlungstermin nicht erschienen sind und daher die **Zustimmungsfiktion** des § 15 Abs. 3 Satz 2 greift, müssen sie spätestens im Verhandlungstermin Einwendungen gegen die Beteiligtenfeststellung erheben, nach Ablehnung dieser Einwendungen innerhalb der Monatsfrist die Entscheidung der Aufsichtsbehörde nach § 18 Abs. 1 beantragen, um dann gegen die Entscheidung der Aufsichtsbehörde klagen zu können. Da die Entscheidung der Aufsichtsbehörde einen Verwaltungsakt darstellt, kann nur Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage erhoben werden. Da die Beteiligtenfeststellung konstitutive Wirkung hat, ohne das ihr Verwaltungsaktsqualität zukommt, kommt nur eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines Verwaltungsakts in Betracht, mit dem das Nichtbestehen der Verbandsmitgliedschaft festgestellt wird. Die bloße Aufhebung der die Einwendung zurückweisenden oder den Antrag ablehnenden Entscheidung würde nämlich hinter dem Begehr zurückbleiben, die Beteiligtenfeststellung rückgängig zu machen, und deren Aufhebung kann mangels Verwaltungsaktsqualität nicht verlangt werden. Ist das Errichtungsverfahren beendet und die Beteiligteneigenschaft in die Verbandsmitgliedschaft übergegangen, kann es auch nur noch um das Bestehen der Mitgliedschaft gehen. Eine derartiger Klagantrag ist auch begründet, weil die im Zustimmungsfall nach § 22 begründete Verbandsmitgliedschaft nur bei Beteiligten i.S.d. § 8 besteht und damit nur dann, wenn neben der Feststellung nach § 13 Abs. 1 auch die materiellen Voraussetzungen des § 8 vorliegen. Es besteht daher keine Regelungslücke, die durch entsprechende Anwendung des § 24 geschlossen werden müsste (a. A. Rapsch, Rn. 99).

b) Bei Ablehnung. Soweit die zu Unrecht festgestellten Beteiligten im Verhandlungstermin erschienen sind und die Verbandserrichtung abgelehnt haben,

§ 13 11–14

2. Teil. Errichtung des Verbands

müssen sie nach § 9 als Mitglieder herangezogen werden und können und müssen den Heranziehungsbescheid anfechten, um eine Verbandsmitgliedschaft zu vermeiden.

C. Feststellung der Stimmenzahl (Abs. 1 Satz 2 und 3; Abs. 2)

I. Stimmengewichtung

- 11 Die Inhaltlichen Voraussetzungen der Stimmenzahlfestlegung nach Abs. 1 Satz 2 ergeben sich aus Abs. 2.
- 12 **1. Vorteil und Nachteil.** Nach Abs. 2 Satz 1 ist grundsätzlich auf den Vorteil abzustellen, den der jeweilige Beteiligte von der Durchführung der Verbandsaufgaben zu erwarten hat. Die Ausnahme zu diesem Grundsatz ist in Abs. 2 Satz 2 geregelt. Danach kommt es auf den zu erwartenden Nachteil an, wenn überwiegend oder ausschließlich Nachteile zu erwarten sind. Dies ist vor allem bei Beteiligten i. S. d. § 8 Abs. 1 Nr. 2 und 3 möglich. Weitere Ausnahmen gibt es nicht. Eine Saldierung der Vor- und Nachteile ist nach dem klaren Wortlaut nicht möglich. Das wirft die Frage auf, ob der Vorteilsbegriff des § 13 Abs. 2 vom Vorteilsbegriff des § 8 abweicht, der auf den nach Abzug der Verbandslasten verbleibenden wirtschaftlichen Nutzen abstellt (siehe Rn. 7 ff. zu § 8). Dafür spricht, dass der Regierungsentwurf noch vorsah, dass bei ausschließlich dinglichen Mitgliedern der Flächeninhalt der Grundstücke für die Stimmenzahlfestlegung maßgeblich sein sollte, während im Übrigen die Stimmenzahlen bei Beteiligten i. S. d. § 8 Abs. 1 Nr. 2 und 3 durch Schätzung und bei Beteiligten i. S. d. § 8 Abs. 1 Nr. 1 nach dem zu erwartenden Vorteil festgelegt werden sollte (BT-Drs. 11/6764 S. 8). Danach wäre der Vorteilsbegriff zwar derselbe wie der des § 8, doch wäre dieser bei ausschließlich dinglichen Mitgliedern nicht maßgeblich gewesen. Die heutige Fassung geht auf einen Änderungsvorschlag des Bundesrats zurück, der damit begründet wurde, dass zu den dinglichen Mitgliedern nicht nur Grundstückseigentümer zählen würden und die Bezugnahme auf Flächeninhalten daher zu kurz greife (BT-Drs. 11/6764 S. 37). Die Stimmenzahlfestlegung nach Flächeninhalten sollte also möglich bleiben und wurde durch die nur für die Stimmenzahlfestlegung zugelassene „annähernde Ermittlung“ des Vorteils oder Nachteils auch tatsächlich ermöglicht (so auch *Rapsch*, Rn. 98).
2. Bewertung. Nicht geregelt ist, wie die Vor- und Nachteile zu bewerten sind. Dies ist sowohl eine inhaltliche als auch eine Verfahrensfrage. Inhaltlich werden der Aufsichtsbehörde lediglich durch das Willkürverbot Grenzen gesetzt. Verfahrensmäßig kann sie als Herrin des Verfahrens bestimmen, inwieweit sie selbst Tatsachen ermittelt (vgl. § 12) oder Unterlagen von den Antragstellern nachfordert (vgl. § 11 Abs. 3).
- 14 **a) Bei gleichen Vorteilen.** Da es letztlich nur auf das Stimmenverhältnis kommt, kann bei gleichen Vorteilen je Flächeneinheit auf eine wertmäßige Ermittlung der Vor- und Nachteile verzichtet werden, soweit überwiegende Nachteile ausgeschlossen werden können. Gleiche Vorteile kommen nur in Betracht, wenn ausschließlich Grundeigentümer beteiligt sind. Der Vorteil kann dann nach den Flächeninhalten der zum Verband gehörenden Grundstücke be-