

Stellungnahme in Sachen Stadt Emmerich ./ Greensill Bank AG

Mitwirkungsverbote des Bürgermeisters und der Kämmerin an den Tätigkeiten des „Begleitausschusses zur weiteren Prüfung und Be- gleitung der Sache Greensill“

A. Sachverhalt und Prüfungsauftrag

Am 06.05.2021 fand die konstituierende Sitzung des Begleitausschusses Greensill der Stadt Emmerich (im Folgenden: Begleitausschuss) statt. In dieser Sitzung wurde aus den Reihen der Ausschussmitglieder die Frage aufgeworfen, ob der Bürgermeister und die Kämmerin, von der Teilnahme und Mitwirkung an Sitzungen des Begleitausschusses aufgrund von Befangenheit ausgeschlossen werden müssten. Hintergrund ist, dass der Bürgermeister und die Kämmerin in die Geldanlage bei der Greensill Bank AG in Höhe von 6 Mio. Euro involviert waren und daher den Vorgang mitverantwortet haben, über den der Begleitausschuss nunmehr beraten soll.

B. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Ein Mitwirkungsverbot im Begleitausschuss kann sich für den Bürgermeister, der an den Sitzungen des Begleitausschusses gem. § 58 Abs. 2 Satz 2 Gemeindeordnung NRW (im Folgenden: GO) mit beratender Stimme teilnimmt, grundsätzlich aus § 50 Abs. 6 in Verbindung mit § 31 Abs. 1 GO ergeben. Danach darf der Bürgermeister weder beratend noch entscheidend mitwirken, wenn die Entscheidung einer Angelegenheit dem Bürgermeister einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen kann.
2. Ein unmittelbarer Nachteil kann materieller sowie immaterieller Natur sein. Erforderlich ist aber in jedem Fall, dass der Eintritt eines Sondervor- oder -nachteils aufgrund der fraglichen Entscheidung konkret möglich und hinreichend wahrscheinlich erscheint. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, denn es steht nicht fest, welche Entscheidung der Begleitausschuss zukünftig treffen bzw. dem Rat zur Entscheidung vorschlagen wird.
3. Eine Befangenheit aufgrund des Gegenstands des Begleitausschusses als solchem, das heißt hinsichtlich aller im Begleitausschuss behandelten Themen, kommt nicht in Betracht. Die Befangenheit muss sich nach der Struktur des Gesetzes aus einer konkreten Entscheidung ergeben, kann also nur in Bezug auf konkrete Tagesordnungspunkte beurteilt werden. Insofern ist auch zu betonen, dass der Begleitausschuss kein Untersuchungsausschuss ist, der ein etwaiges Fehlverhalten des Bürgermeisters aufklärt. Ein solcher Untersuchungsausschuss wäre auf kommunaler Ebene nicht zulässig.
4. Ein Mitwirkungsverbot des Bürgermeisters an der Festsetzung der Tagesordnung der Ausschusssitzungen ist kommunalrechtlich nicht vorgesehen. Eine analoge Anwendung des § 50 Abs. 6 GO scheitert jedenfalls an der fehlenden Planwidrigkeit einer

Regelungslücke. Die Festsetzung der Tagesordnung „im Benehmen“ mit dem Bürgermeister bedeutet allerdings nicht, dass der Bürgermeister sein Einverständnis zu Tagesordnungspunkten erteilen muss.

5. Auf die Kämmerin sind die Befangenheitsvorschriften der Gemeindeordnung NRW von vornherein nicht anwendbar, weshalb auch ein Mitwirkungsverbot ausscheidet.
6. Insgesamt ist ein Mitwirkungsverbot des Bürgermeisters und der Kämmerin an den Tätigkeiten des Begleitausschusses aufgrund von Befangenheit daher nicht erkennbar.

C. Rechtliche Würdigung im Einzelnen

I. Ausschluss des Bürgermeisters von einer Mitwirkung an der Tätigkeit des Begleitausschusses

Die Gemeindeordnung NRW (im Folgenden: GO) schreibt dem Bürgermeister grundsätzlich eine teilhabende Funktion an den Sitzungen der Ratsausschüsse zu. So hat der Bürgermeister gem. § 58 Abs. 1 Satz 3 GO das Recht, mit beratender Stimme an den Sitzungen der Ausschüsse teilzunehmen. Dabei ist ihm auf Verlangen jederzeit das Wort zu erteilen. § 58 Abs. 2 Satz 2 GO ordnet ferner an, dass der Ausschussvorsitzende die Tagesordnung „im Benehmen“ mit dem Bürgermeister festsetzt.

In Bezug auf diese beiden Mitwirkungsrechte – Teilnahme an Ausschusssitzungen und Festsetzung der Tagesordnung – ist jeweils zu untersuchen, ob ein Ausschluss des Bürgermeisters rechtlich angeordnet ist.

1. Teilnahme an den Sitzungen des Begleitausschusses

Die Rechtsgrundlage eines möglichen Ausschlusses des Bürgermeisters von der Teilnahme an den Ausschusssitzungen ergibt sich aus § 50 Abs. 6 in Verbindung mit § 31 Abs. 1 GO. Nach § 31 Abs. 1 GO besteht ein Mitwirkungsverbot, wenn die Entscheidung einer Angelegenheit dem Amtsträger selbst, einem seiner Angehörigen oder einer von ihm kraft Gesetzes oder kraft Vollmacht vertretenen natürlichen oder juristischen Person einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann. Über § 50 Abs. 6 GO, nach dem ein Mitglied des Rates, in dessen Person ein Ausschließungsgrund nach § 31 GO besteht, an der Beratung und Abstimmung nicht teilnehmen kann, findet die Vorschrift des § 31 GO auf den Bürgermeister Anwendung.

Rohde, in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht, 15. Edition 2021, § 50 GO Rn. 34.

1.1

Ein Mitwirkungsverbot kann sich grundsätzlich auch auf die Mitwirkung eines Bürgermeisters an den Sitzungen eines Ratsausschusses erstrecken.

Der Begriff der „Beratung“ in § 50 Abs. 6 GO wird weit verstanden und erfasst das gesamte amtliche, einer Entscheidung vorausgehende Beratungsverfahren. Erfasst ist nicht nur das Beratungsverfahren im Rat selbst, sondern auch in den vorberatenden Ausschüssen, in denen die Entscheidungen des Rates vorbereitet werden.

Dies dürfte auch für die Teilnahme des Bürgermeisters an Ausschusssitzungen gelten, denn das Gesetz weist dem Bürgermeister insoweit eine „beratende“ Stimme zu (§ 58 Abs. 1 Satz 3 GO) und greift damit ausdrücklich den in § 50 Abs. 6 GO verwendeten Begriff der „Beratung“ auf.

Rechtsprechung zu der Frage, ob eine Befangenheit bereits die mögliche Teilnahme an Ausschusssitzungen verbietet, existiert allerdings – soweit ersichtlich – nicht.

1.2

Die Voraussetzungen für ein Mitwirkungsverbot des Bürgermeisters sind vorliegend allerdings mit Blick auf den bislang nicht hinreichend abgegrenzten Gegenstand der Beratungen im Begleitausschuss nicht erfüllt.

Dem Zweck des Mitwirkungsverbots entsprechend soll nach ständiger Rechtsprechung bereits der „böse Schein“ einer Interessenverflechtung vermieden werden. Deshalb kommt es für ein Mitwirkungsverbot zwar nicht darauf an, dass tatsächlich eine individuelle Betroffenheit des jeweiligen Amtsträgers besteht. Erforderlich ist aber, dass der Eintritt eines Sondervor- oder - nachteils aufgrund der fraglichen Entscheidung konkret möglich und hinreichend wahrscheinlich erscheint.

Vgl. nur OVG NRW, Beschl. v. 8.5.2015 – 15 A 1523/14; Beschl. v. 27.09.2017 - 15 A 1059/16.

Dabei können nicht nur materielle, sondern auch immaterielle Vor- oder Nachteile zu einer Interessenkollision führen. Immaterielle Nachteile können sich beispielsweise aus Erwägungen im Hinblick auf das öffentliche Ansehen einer Person ergeben.

VGH Mannheim, Urt. v. 10.05.1993 – 1 S 1943/92.

Von einem möglichen immateriellen Nachteil des Bürgermeisters ist zum Beispiel der Verwaltungsgerichtshof (VGH) Mannheim in einem Fall ausgegangen, in dem ein Gemeinderatsmitglied von der Gemeinde Kostenerstattung für eine von ihm gegen den Bürgermeister erhobene Dienstaufsichtsbeschwerde begehrt hatte. Der VGH Mannheim entschied insofern, dass der Bürgermeister an der Abstimmung über die Kostenerstattung für das Ratsmitglied nicht teilnehmen durfte.

VGH Mannheim, Urt. v. 10.05.1993 – 1 S 1943/92.

Anders als in dem vom VGH Mannheim zu entscheidenden Fall erscheint vorliegend aber ein unmittelbarer Vor- oder Nachteil aufgrund der Tätigkeit des Begleitausschusses weder konkret möglich noch hinreichend wahrscheinlich. Denn anders als im Fall des VGH Mannheim ist bislang nicht absehbar, welche Beschlüsse der Begleitausschuss konkret treffen wird bzw. welche Beschlussempfehlungen er an den Rat richten wird. Dies dürfte maßgeblich auch davon abhängen, zu welchem Ergebnis die örtliche Rechnungsprüfung und der beauftragte externe Wirtschaftsprüfer kommen. § 31 Abs. 1 S. 2 GO, nach dem ein Vorteil oder Nachteil für einen Amtsträger (nur) dann unmittelbar ist, wenn die Entscheidung den Amtsträger direkt berührt, verdeutlicht aber, dass eine Befangenheit immer nur anhand der konkret zu treffenden „Entscheidung“ beurteilt werden kann. Es bedarf insofern nach dem Willen des Gesetzgebers

einer direkten Kausalbeziehung zwischen der zu treffenden Entscheidung und dem daraus resultierenden Vor- oder Nachteil.

LT-Drs. 10/4890, S. 5; Paal, in: Rehn u.a., Gemeindeordnung NRW, 51. EGL Juni 2020, § 31 Erl. II.2.

Ist die durch den Begleitausschuss zu treffende Entscheidung nicht bekannt, ist auch nicht erkennbar, dass sich aus der Teilnahme an den Sitzungen des Begleitausschusses die hinreichend wahrscheinliche Gefahr eines unmittelbaren Vor- oder Nachteils für den Bürgermeister ergibt.

Aus der Anknüpfung an eine konkrete „Entscheidung“ folgt außerdem, dass sich ein Mitwirkungsverbot des Bürgermeisters nicht schon aus dem Gegenstand des Begleitausschusses an sich ergeben kann. Vielmehr wird die Befangenheit anhand konkreter Tagesordnungspunkte zu beurteilen sein.

In diesem Zusammenhang ist auch zu betonen, dass der Begleitausschuss kein Untersuchungsausschuss zur Aufklärung eines Fehlverhaltens der Verwaltung ist und sein kann. Die Bildung von Untersuchungsausschüssen nach dem Vorbild entsprechender Gremien im parlamentarischen Bereich entbehrt nach allgemeiner Ansicht einer kommunalrechtlichen Grundlage, ist auf kommunaler Ebene also unzulässig. Der Bürgermeister ist somit nicht „Beschuldigter“ des Begleitausschusses.

Vgl. zur Unzulässigkeit von Untersuchungsausschüssen VG Arnsberg, Beschl. v. 20.04.1999 – 12 L 553/99 –, juris; Wellmann, in: Rehn u.a., Gemeindeordnung NRW, 51. EGL Juni 2020, § 57 Rn. 26

Die Mitwirkung des Bürgermeisters (und der Kämmerin) an den Vorgängen, die zur Gründung des Begleitausschusses geführt haben, kann für die Besorgnis der Befangenheit ebenfalls nicht genügen. Ein anderes Verständnis würde die Mitwirkungsverbote des § 31 GO zu weit ausdehnen. Es sind unzählige Fallkonstellationen denkbar, in denen der Bürgermeister als Leiter der Verwaltung und gesetzlicher Vertreter der Gemeinde (§ 63 Abs. 1 Satz 1 GO) mit einer Sache vorbefasst war und für die Gemeinde eine rechtsverbindliche Erklärung abgegeben hat. Dies kann nicht stets zu einem Mitwirkungsverbot an darauffolgenden Beratungen und Entscheidungen im Gemeinderat und seinen Ausschüssen führen; andernfalls würden die gesetzlichen Teilnahmerechte des Bürgermeisters zu weit eingeschränkt.

2. Festsetzung der Tagesordnung

Auf die Festsetzung der Tagesordnung gem. § 58 Abs. 2 Satz 2 GO finden die Befangenheitsvorschriften nach § 50 Abs. 6 i.V.m. § 31 Abs. 1, soweit ersichtlich, bereits keine Anwendung. Der Anwendungsbereich des § 50 Abs. 6 GO ist auf Beratungen und Entscheidungen beschränkt und erscheint insofern abschließend. Eine analoge Anwendung dürfte jedenfalls mangels Vorliegens einer planwidrigen Regelungslücke nicht in Betracht kommen. Dem Gesetzgeber war die Möglichkeit der Befangenheit des Bürgermeisters offensichtlich geläufig, wie § 50 Abs. 6 GO zeigt. Das lässt darauf schließen, dass eine Befangenheit in anderen Tätigkeitsbereichen des Bürgermeisters keine Relevanz haben sollte.

Lediglich klarstellend wird darauf hingewiesen, dass die Festsetzung der Tagesordnung „im Benehmen“ mit dem Bürgermeister nicht bedeutet, dass der Bürgermeister sein Einverständnis zu einem bestimmten Tagesordnungspunkt erklären muss. Dem Bürgermeister ist lediglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Kallerhoff, in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht, 15. Edition 2021, § 58 GO Rn. 36.

II. Ausschluss der Kämmerin

Ein Ausschluss der Kämmerin wegen Befangenheit kommt aus verschiedenen Gründen nicht in Betracht.

1. Geltung der Befangenheitsvorschriften

Die Befangenheitsvorschrift des § 31 GO gilt zwar für den Bürgermeister als Mitglied des Rates kraft Gesetzes, nicht aber für gemeindliche Dienstkräfte. Für diese gilt lediglich die allgemeine Befangenheitsvorschrift des § 21 Verwaltungsverfahrensgesetz NRW (VwVfG NRW).

Paal, in: Rehn u.a., Gemeindeordnung NRW, 51. EGL Juni 2020, § 31 Erl. I.4.

In § 21 Abs. 1 VwVfG ist normiert, dass derjenige, der in einem Verwaltungsverfahren für eine Behörde tätig werden soll, den Leiter der Behörde oder den von diesem Beauftragten zu unterrichten und sich auf dessen Anordnung der Mitwirkung zu enthalten hat, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsausübung zu rechtfertigen, oder wenn von einem Beteiligten das Vorliegen eines solchen Grundes behauptet wird. Auch § 21 VwVfG ist vorliegend indes nicht anwendbar. § 21 Abs. 2 VwVfG NRW verweist zwar ausdrücklich auf die Mitglieder von Ausschüssen nach § 88 VwVfG. § 88 VwVfG setzt aber zwingend voraus, dass der Ausschuss im Rahmen eines konkreten Verwaltungsverfahrens tätig wird, also „nach außen“ tätig wird und auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet ist (vgl. § 9 VwVfG). Das ist vorliegend nicht der Fall.

2. Teilnahmerecht

Im Übrigen folgt nicht schon aus der Stellung der Kämmerin ein Teilnahmerecht an den nicht-öffentlichen Sitzungen des Begleitausschusses, sodass sich auch die Frage ihres Ausschlusses eigentlich nicht stellt.

Nach § 69 Abs. 2 GO sind lediglich der Bürgermeister und die Beigeordneten berechtigt, auf Verlangen eines Ausschusses in Angelegenheiten ihres Geschäftsbereichs aber auch verpflichtet, an dessen Sitzungen teilzunehmen zu einem Tagesordnungspunkt Stellung zu nehmen. § 69 GO ist insoweit abschließend. Eine Teilnahme anderer Dienstkräfte der Verwaltung kann der Begleitausschuss somit nicht verlangen.

Vgl. Paal, in: Rehn u.a., Gemeindeordnung NRW, 51. EGL Juni 2020, § 69 Erl. I.

Dem Bürgermeister steht es allerdings frei, Dienstkräfte wie die Kämmerin in die Auskunftserteilung gegenüber dem Begleitausschuss einzuschalten.

Paal, in: Rehn u.a., Gemeindeordnung NRW, 51. EGL Juni 2020, § 55 Rn. 18.