

§ 37 Das kommunalrechtliche Mitwirkungsverbot und die Gretchenfrage nach der Unmittelbarkeit

Trutz M. Harder

„Verwalten ist Entscheiden in fremder Sache;
der Befangene entscheidet in eigener Sache.“¹

Dieser prägnante Satz aus der Feder *Paul Kirchhofs* hebt eine rechtspolitische Zielsetzung ins Wort, die, wenngleich unterschiedlich akzentuiert, sämtlichen Mitwirkungsverboten rechtsgebietsübergreifend zugrunde liegt. Es ist die des idealen Entscheidungsprozesses, an dessen Ende eine objektive, allein an Gesetz und Recht orientierte Erkenntnis steht.² Im Kommunalrecht, wo Interessenkonflikte seit jeher eine prominente Rolle spielen,³ gewinnt sie Kontur vor allem in den Befangenheitsvorschriften der Gemeindeordnungen, die im Wesentlichen inhaltsgleich kommunale Mandatsträger von der Beratung und Beschlussfassung ausschließen, sofern eine Entscheidung ihnen oder ihnen nahestehenden Personen einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen kann.⁴ Dieses sog. kommunalrechtliche Mitwirkungsverbot⁵ ist „[...] *Dauerthema der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, von hoher Praxisrelevanz und dementsprechend auch ständiger Kandidat für Examens- und andere Prüfungsaufgaben*“⁶. Den für Baden-Württemberg insoweit *sedes materiae* bildenden § 18

¹ P. Kirchhof, VerwArch 66 (1975), 370 (370).

² G. Hager, VBIBW 1994, 263 (263); vgl. auch C. Waldhoff, JuS 2014, 1150 (1151).

³ Ausführlich M. Glage, Mitwirkungsverbote in den Gemeindeordnungen, 1995, S. 15.

⁴ Vgl. nur Art. 49 Abs. 1 S. 1 BayGO; § 18 Abs. 1, 2 Nr. 1-3 BWGemO; § 22 Abs. 1, 2 Nr. 1 u. 2 BbgKVerf; § 25 Abs. 1 Nr. 1-5 HessGO; § 31 Abs. 1, 2 Nr. 1 u. 2 NWGO; § 22 Abs. 1 Nr. 1 u. 3 lit. a-c RhPfGO; § 20 Abs. 1 SächsGO; § 38 Abs. 1 S. 1 ThürKO.

⁵ Es handelt sich dabei – dies sei der Vollständigkeit halber erwähnt – nur um eine der beiden Grundkonstellationen kommunalrechtlicher Befangenheit. Daneben wäre eine Befangenheit auch wg. Vorbefassung denkbar (vgl. etwa § 18 Abs. 2 Nr. 4 BWGemO).

⁶ So zutreffend H. C. Röhl, JURA 2006, 725 (725). Vgl. auch H. Lang, Gesetzgebung in eigener Sache, 2007, S. 435: „Dauerbrenner“; ähnlich H. H. v. Arnim, JA 1986, 1 (1).

GemO zum Thema einer Fortgeschrittenenklausur⁷ zu machen, lag daher besonders nahe. Im Mittelpunkt der angestellten Überlegungen stand dabei die Frage nach dem Begriff der Unmittelbarkeit, dessen sachangemessene Interpretation bekanntermaßen Schwierigkeiten bereitet.⁸ Diese zumindest in ihren Grundzügen abzubilden, ist Ziel des vorliegenden Beitrags, dem als perspektivische Fluchtlinie die baden-württembergische Gemeindeordnung fungiert.

1. Das Unmittelbarkeitskriterium als entscheidendes Regulativ

Wie alle kommunalrechtlichen Befangenheitsvorschriften ist auch § 18 GemO eingebettet in ein Spannungsfeld konfligierender Interessen.⁹ Einerseits sollen Entscheidungen in „eigener Sache“ verhindert, persönliche Konfliktsituationen vermieden und das Vertrauen der Bürger in die „Sauberekeit“ der Kommunalverwaltung gesichert werden, andererseits gilt es das Mitwirkungsverbot nicht zu weit auszudehnen, sollen nicht unangemessene Repräsentations- und Funktionsdefizite die Folge sein.¹⁰ Um diesen Zielkonflikt zu lösen, reicht die in § 18 Abs. 3 GemO vorgesehene Ausklammerung von „Gruppeninteressen“¹¹ alleine nicht aus. Durch sie wird zwar ein auf kommunalpolitische Realitäten abgestimmter Grobfilter eingeführt,¹² die Grundproblematik als solche indes nur unzureichend entschärft. Insbesondere die Tatsache, dass § 18 GemO den Kreis drittbetroffener Personen äußerst weit zieht und als Vor- oder Nachteil, den die Entscheidung muss bringen können, jedwede materielle oder immaterielle

⁷ Diese war Bestandteil der im SS 2015 von Prof. Dr. Hanno Kube LL.M. (Cornell) ausgerichteten Fortgeschrittenenübung im Öffentlichen Recht und findet sich nunmehr bei T. Harder, VBlBW 2016, 217 f. (Sachverhalt) u. 254 ff. (Lösungsvorschlag).

⁸ Dies gilt freilich auch außerhalb des Gemeinderechts, vgl. J. W. Hidién, VR 1983, 128 (129) sowie insbesondere das vielzitierte *Aperçu* H. C. Nipperdeys (NJW 1967, 1985 (1990)): Unmittelbarkeit als „[...] Ausdruck [...] dogmatische[r] und sachliche[r] Verlegenheit, (noch) nicht ganz präzise angeben zu können, was überhaupt gemeint ist“.

⁹ OVG Münster NJW 1979, 2632 (2632); V. Hassel, DVBl. 1988, 711 (713) m.w.N.

¹⁰ Vgl. OVG Koblenz NVwZ-RR 1996, 218 (219); VGH Mannheim BauR 2005, 57 (58); I. Bock, BWGZ 2014, 478 (478); W. Krebs, VerwArch 71 (1980), 181 (186); S. Pfab, JURA 1999, 625 (626); H. C. Röhl, JURA 2006, 725 (726) sowie Anm. 9.

¹¹ Daneben sind auch „Wahlen zu ehrenamtlicher Tätigkeit“ als Ausnahme verfasst.

¹² Vgl. B. Aker, in: Aker/Hafner/Notheis, GemO u. GemHVO, 2013, § 18 GemO Rn. 22.

Besser- oder Schlechterstellung genügen lässt,¹³ macht deutlich, dass es eines weiteren Regulativs bedarf, um eine Ausuferung des Mitwirkungsverbots zu verhindern.¹⁴ Dieses Regulativ findet sich im Tatbestandsmerkmal der Unmittelbarkeit, dessen richtige Ausdeutung insofern – entgegen einzelner Stimmen¹⁵ – zur – man wird *cum grano salis* sagen dürfen – alles entscheidenden „Gretchenfrage“ gerät.¹⁶

2. Die verschiedenen Interpretationsansätze und ihre Würdigung

In Antwort auf diese haben Literatur und Rechtsprechung im Wesentlichen drei verschiedene Lösungskonzepte formuliert. Die streng-formale Theorie¹⁷ geht vom Wortlaut aus und versteht „unmittelbar“ im Sinne direkter Kausalität. Danach ist Unmittelbarkeit nur dann anzunehmen, wenn der Vor- oder Nachteil direkt auf der jeweiligen Entscheidung beruht, also keines weiteren Zwischenakts mehr bedarf.¹⁸ Diese Ansicht ist jedoch zu Recht auf Kritik gestoßen. Ihr ist zwar zugutezuhalten, dass sie sich „[...] *nicht zu weit vom Wortlaut entfernt, [...] vorhersehbare Ergebnisse ermöglicht und relativ leicht praktikabel ist*“¹⁹, genau gelesen zieht sie allerdings eine mit dem „Regelungszweck“ unvereinbare Verkürzung des Anwendungsbezugs nach sich. So zeigt bereits das vielzitierte Beispiel *Borchmanns*, wonach es einem Mandatsträger nicht einmal verwehrt wäre, über die Veräußerung seines eigenen Grundstücks an die Gemeinde mitzuberaten und zu

¹³ Zum Vor- bzw. Nachteil siehe VGH Mannheim NVwZ-RR 2005, 773 (774); NVwZ-RR 1997, 183 (183); NVwZ-RR 1993, 504 (505); M. Schäfer, VBIBW 2003, 271 (272).

¹⁴ Vgl. G. Hager, VBIBW 1994, 263 (264); A. v. Mutius, VerwArch 65 (1974), 429 (433 f.).

¹⁵ Siehe v.a. R. Stahl, DVBl. 1972, 764 (767 f.), der das Merkmal für „überflüssig“ hält, was freilich nicht nur aus den o.a. Gründen, sondern auch insofern wenig plausibel erscheint, als es offenkundig vorhanden, mithin vom Rechtsanwender zu beachten ist; vgl. i.d.S. auch M. Glage, Mitwirkungsverbote in den Gemeindeordnungen, 1995, S. 159.

¹⁶ Vgl. nur V. Hassel, DVBl. 1988, 711 (713 f.); R. Molitor, JA 1992, 303 (303).

¹⁷ Zur Bezeichnung der verschiedenen Auffassungen H. C. Röhl, JURA 2006, 725 (728).

¹⁸ VGH Kassel NVwZ 1982, 44 (45) – aufgegl. mit Urt. v. 28.11.2013, NVwZ-RR 2014, 563; T. Budde, Mitwirkungspflicht und Befangenheit im Gemeinderat, 1988, S. 81 f.; R.-D. Theisen/G. Klein, VR 1977, 316 (317); P. Zinzow, DVBl. 1966, 827 (831).

¹⁹ V. Hassel, VR 1985, 108 (111). Siehe außerdem ders., DVBl. 1988, 711 (715).

beschließen,²⁰ dass viele Konstellationen unberücksichtigt blieben, in denen eine Interessenkollision offensichtlich ist.²¹ Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber, wollte er den Ausdruck im Sinne direkter Kausalität verstanden wissen, eine eindeutige Formulierung gewählt,²² zumindest aber keinen Begriff verwendet hätte, der erfahrungsgemäß Beurteilungsspielräume eröffnet.²³ Schließlich spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 18 GemO gegen einen streng-formalen Ansatz. Schon für dessen Vorgängernorm, § 25 DGO, war nämlich anerkannt, dass mit „unmittelbar“ keine direkte Kausalität, sondern vielmehr das Betroffensein in individuellen Sonderinteressen gemeint war.²⁴ Weder methodisch noch *sub specie* ihrer Resultate vermag die streng-formale Theorie insofern zu überzeugen. Gleiches gilt für die modifiziert-formale Theorie, die entscheidend auf das Fehlen eines „nicht determinierten freien Willensakts“ abhebt.²⁵ Sie bezieht zwar die zur Vor- oder Nachteilsrealisierung regelmäßig erforderlichen Zwischenereignisse mit ein, erweist sich aber in jenen Fällen als defizitär, in „[...] denen die Gemeinde an Verfahren beteiligt wird, die eine andere Behörde entscheidet“²⁶. Vor allem aber – und das muss angesichts ihres Selbstverständnisses verwundern²⁷ – bleibt sie den Nachweis schuldig, wann ein Zwischenakt hinreichend determiniert ist, um nach eigener Definition ein Mitwirkungsverbot auszulösen.²⁸ Insgesamt erscheint es daher überzeugender, mit der überwiegend vertretenen Ansicht auf das Vorliegen eines Sonderinteresses abzustellen, also die – für jeden Einzelfall gesondert zu beantwortende – Frage aufzuwerfen, ob der Mandatsträger

²⁰ Siehe M. Borchmann, NVwZ 1982, 17 (19); ebenso S. Pfab, JURA 1999, 625 (Fn. 13).

²¹ Zum Ganzen M. Borchmann, ebd., 17 (18 f.); M. Glage, Mitwirkungsverbote in den Gemeindeordnungen, 1995, S. 154; G. Hager, VBlBW 1994, 263 (265); H. C. Röhl, JURA 2006, 725 (728); siehe überdies auch VGH Kassel NVwZ-RR 2014, 563 (564).

²² N. Kazele, Interessenkollisionen und Befangenheit im Verwaltungsrecht, 1990, S. 111.

²³ Vgl. W. Krebs, VerwArch 71 (1980), 181 (183 f.); R. Molitor, JA 1992, 303 (304).

²⁴ Siehe dazu H. H. v. Arnim, JA 1986, 1 (3); M. Borchmann, NVwZ 1982, 17 (18); J. W. Hidien, VR 1983, 128 (129); a.A. insbesondere V. Hassel, DVBl. 1988, 711 (714 f.).

²⁵ V. Hassel, VR 1985, 108 (111 f.); ders., DVBl. 1988, 711 (715 f.); zustimmend F. Erlenkämper, NVwZ 1985, 795 (801 f.); ähnlich H. Meyer, LKV 2003, 118 (120); siehe überdies die – nicht unumstrittene – Legaldefinition in § 31 Abs. 1 S. 2 NWGO sowie § 41 Abs. 1 S. 2 NKomVG und § 38 Abs. 1 S. 3 ThürKO (beide – wohl – noch enger).

²⁶ G. Hager, VBlBW 1994, 263 (265). Siehe auch H. C. Röhl, JURA 2006, 725 (728); G. Waibel, Gemeindeverfassungsrecht Baden-Württemberg, 5. Aufl. 2007, Rn. 188.

²⁷ Vgl. V. Hassel, DVBl. 1988, 711 (716): „[...] Formel [dient] der Rechtssicherheit [...]“.

²⁸ Vgl. T. Maier, Befangenheit im Verwaltungsverfahren, 2001, S. 59; R. Molitor, Die Befangenheit von Gemeinderatsmitgliedern, 1993, S. 86 f.; ders., JA 1992, 303 (304).

„[...] aufgrund persönlicher Beziehungen zu dem Gegenstand der Beratung oder Beschlussfassung ein individuelles Sonderinteresse hat, das zu einer Interessenkollision führen kann und die Besorgnis rechtfertigt, dass [er] nicht mehr uneigennützig und nur zum Wohle der Gemeinde handelt“²⁹. Denn nur ein solches, auf wertende Kriterien hin ausgerichtetes Begriffsverständnis deckt sich mit Genesis und Funktion der Befangenheitsvorschriften und erlaubt, die Vielfalt möglicher Interessenkollisionen auf kommunaler Ebene angemessen zu erfassen.³⁰ Wendet man den Blick von der eher abstrakten zu einer konkreten Betrachtungsweise, so wird man im Übrigen auch jene Stimmen beruhigen dürfen, die die Sonderinteressentheorie als wenig eindeutig und zu erratischen Ergebnissen neigend kritisieren.³¹ Abgesehen davon, dass sich in ihnen eine – *a priori* fragwürdige – Verallgemeinerung vereinzelt gebliebener Judikate spiegelt,³² hat die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung nämlich inzwischen „[...] einen Grad an Konstanz erreicht, der sie in ihren Grundzügen vorhersehbar und damit für die tägliche Rechtsanwendung handhabbar macht“³³. Zudem genügt auch nicht jede, noch so vage Interessenkollision, um ein Befangenheitsurteil auszulösen, sondern ein solches setzt nach gefestigter Rechtsprechung voraus, dass „[d]ie Entscheidung [...] so eng mit den persönlichen Belangen des [Mandatsträgers] – oder der Bezugsperson – zusammenhäng[t], dass sie sich sozusagen auf ihn „zuspitzt“ und er – weil im Mittelpunkt oder jedenfalls im Vordergrund der Entscheidung stehend – als deren „Adressat“ anzusehen ist“³⁴. Man wird der Sonderinteressenlehre also nicht nur ein – für normativ-wertende Ansätze – hinreichendes Maß an Rechtssicherheit attestieren dürfen, sondern auch festhalten müssen, dass es ihren Konturen

²⁹ VGH Mannheim ZfBR 2006, 584 (584); NVwZ-RR 1998, 63 (63 f.); NVwZ-RR 1993, 504 (505). Siehe auch VGH Mannheim, Urt. v. 18.11.2015 – 8 S 2322/12 – juris, Rn. 73; OVG Koblenz NVwZ-RR 2000, 103 (104); NVwZ 1986, 1048; OVG Lüneburg NVwZ 1982, 44 sowie dem folgend H. H. v. Arnim, JA 1986, 1 (3); G. Hager, VBIBW 1994, 263 (265); T. Maier, Befangenheit im Verwaltungsverfahren, 2001, S. 59 f.; H. C. Röhl, JURA 2006, 725 (728); E. Schwerdtner, VBIBW 1999, 81 (82).

³⁰ Siehe hierzu nur VGH Kassel NVwZ-RR 2014, 563 (564); T. Maier, Befangenheit im Verwaltungsverfahren, 2001, S. 59 f.; H. C. Röhl, JURA 2006, 725 (728) m.w.N.

³¹ So v.a. V. Hassel, DVBl. 1988, 711 (715); ähnlich H. Meyer, LKV 2003, 118 (120 f.).

³² Vgl. dazu mit entsprechenden Nachweisen H. C. Röhl, JURA 2006, 725 (728 f.).

³³ So zutreffend G. Hager, VBIBW 1994, 263 (265), der in diesem Kontext v.a. (auch) den Fragenkreis der Bauleitpläne betont und diesen als in Rspr. und Praxis konsolidiert sieht.

³⁴ VGH Mannheim ZfBR 2006, 584 (584). Vgl. auch VGH Mannheim, Urt. v. 18.11.2015 – 8 S 2322/12 – juris, Rn. 73; ZfBR 2012, 590 (593); NVwZ-RR 2005, 773 (774); NVwZ-RR 1993, 97 (98) sowie VGH Kassel NVwZ-RR 2014, 563 (565) m.w.N.

weniger an Randschärfe mangelt, als bisweilen behauptet wird.³⁵ Einstweilen scheint sie jedenfalls – so zugleich das Fazit dieser Grobskizze – am ehesten die Adresse zu sein, unter der die mit dem Unmittelbarkeitskriterium verbundenen Fragen gestellt und angemessen beantwortet werden können.³⁶

³⁵ Im Schrifttum finden sich noch weitere, hier im Einzelnen nicht darstellbare Ansätze zur Bestimmung bzw. Konturierung des individuellen Sonderinteresses. Von ihnen hat v.a. der Ansatz A. v. Mutius Bedeutung erlangt, der vom Empfängerhorizont ausgeht und darauf abstellt, „[...] *welchen Eindruck es auf die Bürger macht, wenn gerade dieses in seinen Interessen möglicherweise tangierte Rats- bzw. Ausschußmitglied an der [...] Entscheidung mitwirkt*“, vgl. VerwArch 65 (1974), 429 (435). Die Rspr. zieht dieses Kriterium mitunter ergänzend heran, vgl. VGH Mannheim VBIBW 1987, 24 (25 f.).

³⁶ Zur Formulierung vgl. U. Di Fabio, Die Staatsrechtslehre und der Staat, 2003, S. 81.