



RATHAUS UND RECHT

Beratungspraxis für Kommunen

24. August 2006

Ausgabe 4/2006

Rechtsprechung	Seite
21. Verpflichtung zur Rücknahme eines Antrages auf Ausschussumbildung	1
22. Mitwirkung des Bürgermeisters an Ratsbeschlüssen	2
23. Zulässige Angelegenheit eines Einwohnerantrags	6
24. Beförderung von Beamten	8
25. Berichtigung des Melderegisters	11
 Gutachten/Aufsätze	
26. Die konstituierende Sitzung	12

21. Verpflichtung zur Rücknahme eines Antrages auf Ausschussumbildung

Leitsatz:

Bei einer (parteipolitischen) innerfraktionellen Streitigkeit handelt es sich nicht um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne von § 40 Abs. 1 VwGO, so dass der Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben ist.

VG Hannover, Beschl. v. 28.03.2006 – 1 B 2208/06-

Sachverhalt

Der Antragsteller, Mitglied einer Fraktion im Rat (Antragsgegnerin), begehrt, nachdem in deren Namen deren Fraktionsvorsitzende gegenüber dem Ratsvorsitzenden den Antrag gestellt hatte, in der Tagesordnung der bevorstehenden Ratssitzung die Möglichkeit einer personellen Umbesetzung des Verwaltungsausschusses vorzusehen, im Wege einer einstweiligen Anordnung die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Antrag zurückzunehmen, weil er befürchtet, aus dem Verwaltungsausschuss abberufen zu werden. Das VG hat den Antrag abgelehnt.

Aus den Gründen:

Der Antragsteller bleibt mit seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach Maßgabe von § 123 VwGO ohne Erfolg. Der Antrag ist unzulässig. Für ihn ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 VwGO nicht gegeben.

Es ist fraglich, ob der (*Tagesordnungs-*) Antrag der Antragsgegnerin den Anforderungen von § 39a NGO i.V.m. § 41 Abs. 3 NGO an die Konkretetheit eines Antrags, der in die Tagesordnung der Sitzung des Rates aufgenommen werden muss (vgl. hierzu Blum in KVR – NGO, § 41, Rdnrn. 64 ff.) genügt. Denn nach seinem Wortlaut möchte sich die Antragsgegnerin lediglich unverbindlich die Möglichkeit vorbehalten, einen Beschluss des Rates über die Neubesetzung des Verwaltungsausschusses herbeizuführen. Dann wäre der Antrag des Antragstellers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung als Inanspruchnahme vorbeugenden einstweiligen Rechtsschutzes zu werten, für den das erforderliche besondere Rechtsschutzbedürfnis nicht er-

sichtlich ist. Diese Frage bedarf jedoch keiner Vertiefung und Entscheidung.

Ausschlaggebend ist allein, dass hier ein streitiges Rechtsverhältnis zwischen dem Antragsteller und „seiner“ Fraktion im Rat besteht, in der es lediglich um unterschiedliche Auffassungen über die Beibehaltung der Funktion des Antragstellers als Erster stv. Bürgermeister der Stadt vor dem Hintergrund einer möglichen Kandidatur des Antragstellers als parteiloser Bewerber bei der nächsten Wahl des Bürgermeisters der Stadt geht. Demzufolge handelt es sich um eine (parteipolitische) innerfraktionelle Streitigkeit und nicht um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.v. § 40 Abs. 1 VwGO. Dass sie sich unter Umständen mittelbar auf die Funktion des Antragstellers als Erster stv. Bürgermeister auswirken kann, macht sie nicht zu einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit.

In diesem Zusammenhang verweist die Antragsgegnerin mit Recht darauf, dass eine Fraktion gemäß §§ 56 Abs. 3 Satz 5 und 51 Abs. 8 Satz 3 NGO ihre Mitglieder im Verwaltungsausschuss abberufen kann. Eine derartige Entscheidung einer Fraktion, die die in § 61 Abs. 7 Satz 3 NGO dem Rat vorbehaltene Ermächtigung, den stellvertretenden Bürgermeister abzurufen, unberührt lässt, ist grundsätzlich einer verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung entzogen (vgl. Menzel in KVR – NGO, § 51 Rdnrn. 38 und 132).

Auch dieser Gesichtspunkt spricht dafür, die konkreten Auseinandersetzungen zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin als innerfraktionelle und nicht als öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.v. § 40 Abs. 1 VwGO anzusehen.

Anmerkung:

Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Zu der Ansicht des VG, innerfraktionelle Streitigkeiten seien keine öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten im Sinne des § 40 Abs. 1 VwGO, die danach auch nicht als kommunalverfassungsrechtliche Streitigkeiten ausgetragen werden könnten, ist jedoch auf die Rechtsprechung der niedersächsischen Verwaltungsgerichte einschließlich des OVG aufmerksam zu machen, nach der das Rechtsverhältnis zwischen der Fraktion und ihren Mitgliedern ein öffentlich-rechtliches ist mit der

Folge, dass z.B. die Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines Fraktionsausschlusses im Wege der kommunalverfassungsrechtlichen Streitigkeit zugelassen wird (so beispielsweise VG Hannover, Beschl. v. 27.07.1987 - 9 VG D 10/87 -; OVG Lüneburg, Beschl. v. 24.03.1993, KommP N 1995 S. 124, Beschl. v. 17.01.2002, NdsVBl. 2002 S. 135; VG Göttingen, Beschl. v. 15.12.2004, R&R 1/2005, S. 12). Bei Zugrundelegung dieser Rechtsansicht wäre der Antrag zulässig.

Stellt man wie das Gericht die Zweifel an dem Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers, der in dem Tagesordnungsantrag gar nicht genannt wird, hinten, dann ist der Antrag jedenfalls unbegründet, weil es an einem Anordnungsanspruch fehlt. Zu Recht verweist das Gericht darauf, dass eine Fraktion ihre Mitglieder aus dem Verwaltungsausschuss abberufen und durch andere ersetzen kann (§ 56 Abs. 3 Satz 5 NGO). Ein solcher Austausch bedarf keiner Begründung, so dass es für die gerichtliche Nachprüfung eines Austausches keine tatsächliche Grundlage gibt. Nimmt man angesichts dessen an, dass für die Abberufung eines Ratsmitgliedes aus einem Ausschuss dieselben Grundsätze gelten, die die Rechtsprechung für die Abberufung von Wahlbeamten entwickelt hat, die ebenfalls ohne vorherige Aussprache erfolgt (§ 81 Abs. 4 NGO), dann kann sich eine gerichtliche Überprüfung nur darauf erstrecken, ob Rechtsmissbrauch vorgelegen hat, wenn der Betroffene ihn behauptet und Tatsachen dafür dargelegt hat, dass sachfremde Motive für die Abberufung ausschlaggebend gewesen sind (OVG Lüneburg, Ur. v. 17.12.1991, DVBl. 1992, S. 983; BVerwG, Beschl. v. 22.09.1992, NVwZ 1993, S. 377). Die Abberufung des Antragstellers aus dem Verwaltungsausschuss, mit der der Verlust der Funktion als erster stellvertretender Bürgermeister verbunden ist, um ihm die Plattform für eine eventuelle Kandidatur als Bürgermeister gegen den Willen der Fraktion und der hinter ihr stehenden Partei zu entziehen, kann nicht als sachfremd motiviert und damit rechtsmissbräuchlich angesehen werden.

(Robert Thiele)

Rathaus & Recht Nr. 21/2006

22. Mitwirkung des Bürgermeisters an Ratsbeschlüssen

Leitsatz:

Die Mitwirkung des Bürgermeisters an Ratsbeschlüssen verletzt weder den Grundsatz der Gewaltenteilung noch den der Inkompatibilität und stellt auch keinen Verstoß gegen die Vorschriften über das Mitwirkungsverbot dar.

VG Lüneburg, Ur. v. 26. 04. 2006 - 5 A 414/05 –

Sachverhalt:

Der Kläger, Mitglied des Rates, begehrt mit seiner gegen den Rat gerichteten Klage die Feststellung, dass der Ratsbeschluss zur Änderung eines Flächennutzungsplans wegen der Mitwirkung des Bürgermeisters rechtswidrig sei. Das VG hat die Klage abgewiesen.

1. Die Klage ist zulässig.

Die im Rahmen eines Kommunalverfassungsstreitverfahrens erhobene Feststellungsklage ist statthaft. Ein Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO kann auch - wie hier - organschaftliche Mitwirkungsrechte umfassen (Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 14. Aufl. 2005, § 43 Rdnr. 10 m. w. N.). Die Beteiligtenfähigkeit des Klägers und des Beklagten ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung von § 61 Nr. 2 VwGO. Das erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben. Ein „berechtigtes Interesse“ i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO ist jedes schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art. Hier folgt das Feststellungsinteresse aus politischen und damit letztlich ideellen Gründen des Klägers, denn die Frage der Stimmberechtigung des hauptamtlichen Bürgermeisters ist von erheblicher politischer Bedeutung und wird auch bei der künftigen politischen Auseinandersetzung eine Rolle spielen.

Dem Kläger steht die auch in einem Kommunalverfassungsstreitverfahren erforderliche Klagebefugnis gemäß § 42 Abs. 2 VwGO zu. Er kann geltend machen, durch die Mitwirkung des Bürgermeisters bei der Beschlussfassung über die 1. Änderung des Flächennutzungsplanes 2020 am 12.07.2005 möglicherweise in seinen eigenen subjektiven Mitgliedschaftsrechten verletzt zu sein. Eine derartige Verletzung in Mitgliedschaftsrechten

im Rahmen eines Kommunalverfassungsverstreits liegt vor, wenn durch die von dem Mitglied des Organs Gemeinderat gerügte Maßnahme in einen gesetzlich geschützten Status eingegriffen wird, der dem Besitzstand zuzuordnen ist, den er als Mitglied des Organs Gemeinderat innehat. Hierzu rechnen bei einem kommunalen Mandatsträger z.B. das Recht auf Teilnahme und Beratung sowie Abstimmung in der Sitzung, das Recht, Anträge zu stellen und sich mit anderen Mitgliedern zu Fraktionen zusammenzuschließen, das Recht auf Sicherstellung der Geheimhaltung bei geheimen Wahlen (OVG Lüneburg, Urt. v. 28.02.1984, NVwZ 1985, 850), der Anspruch auf Einhaltung der Sitzungsöffentlichkeit (OVG Münster, Urt. v. 19.12.1978, OVG 35, 8) und auf Unterbindung nachhaltiger Störungen des organinternen Funktionsablaufes wie etwa Rauchen (OVG Münster, Urt. v. 10.09.1982, DVBl. 1983, 53) oder das Tragen von politischen Ansteckern (OVG Koblenz, Beschl. v. 13.03.1985, DÖV 1985, 632).

Im vorliegenden Fall ergibt sich die Klagebefugnis aus Folgendem: Das Stimmrecht des Ratsmitglieds umfasst nicht allein das Recht abzustimmen, sondern auch den Anspruch darauf, dass seine Stimme mit dem ihr nach dem Kommunalverfassungsrecht zukommenden Gewicht bei der Abstimmung berücksichtigt wird. Mit der Mitgliedschaft im Rat wird eine Rechtsstellung erworben, die sich bei Abstimmungen nach § 47 Abs. 1 NGO dahin konkretisiert, dass Beschlüsse grundsätzlich mit Stimmenmehrheit gefasst werden und dass bei Stimmgleichheit ein Antrag abgelehnt ist. Dies bedeutet nicht nur rechnerisch, dass mehr Ja-Stimmen als Nein-Stimmen für einen Beschluss erforderlich sind, sondern auch, dass allein die Stimmen der Stimmberechtigten maßgeblich sind. Werden bei Abstimmungen nicht nur die Stimmen der Stimmberechtigten mitgezählt, sondern auch solche nicht stimmberechtigter Personen, so würde das sich in der Zahl der Stimmberechtigten und der genannten Abstimmungsregel konkretisierte (Abstimmungs-)Mitwirkungsrecht des einzelnen Ratsmitglieds rechtswidrig geschmälert und diesen zur klageweisen Wahrung seines Stimmrechts im Kommu-

nalverfassungsverstreit berechtigen (OVG Münster, Beschl. v. 21.12.1995, NVwZ-RR 1997, 52). Das Stimmrecht des Klägers würde somit hier verletzt, wenn der Bürgermeister zu seiner Stimmabgabe nicht berechtigt gewesen wäre. Auch das OVG Lüneburg (Urt. v. 19.03.1991 - 10 L 51/89 -) sieht Mitgliedschaftsrechte dann als verletzt an, wenn das zahlenmäßige Gewicht der einzelnen Stimme durch eine rechtsfehlerhafte Zusammensetzung des Rates verfälscht wird. In diesem Fall kann der Erfolgswert der einzelnen Stimme beeinträchtigt sein mit der Folge, dass das einzelne Ratsmitglied in einer eigenen Rechtsposition verletzt ist. Anders liegt es nur dann, wenn die fehlerhafte Mitwirkung eines möglicherweise aus individuellen Gründen befangenen Ratsmitgliedes geltend gemacht wird (OVG Koblenz, Urt. v. 29.08.1984, NVwZ 1985, 283; OVG Münster, Beschl. v. 07.08.1997, NVwZ-RR 1998, 325, 326).

2. Die Klage ist aber unbegründet.

Die vom Kläger begehrte Feststellung kann nicht getroffen werden. Der Beschluss des Beklagten vom 12.07.2005 über die 1. Änderung des Flächennutzungsplanes 2020 ist nicht rechtswidrig. Das in § 31 Abs. 1 Satz 2 NGO vorgesehene Stimmrecht des hauptamtlichen Bürgermeisters verstößt nicht gegen höherrangiges Recht. Die Doppelfunktion des hauptamtlichen Bürgermeisters als Leiter der Verwaltung und stimmberechtigtes Mitglied des Gemeinderates begegnet mithin keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Der Grundsatz der Gewaltenteilung ist nicht verletzt. Dieser in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG normierte Grundsatz ist für das Grundgesetz zwar ein tragendes Organisations- und Funktionsprinzip und dient der gegenseitigen Kontrolle der Staatsorgane und damit der Mäßigung der Staatsherrschaft. Grundsätzlich lassen sich die Staatsgewalten in die drei selbstständigen und dem Grunde nach voneinander getrennten Bereiche der gesetzgebenden Gewalt (Legislative), der exekutiven Gewalt und der Judikative einordnen. Ein Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz ist hier nicht gegeben. Dies gilt aber nicht bereits deshalb, weil sowohl der

Bürgermeister einer Gemeinde als auch der Gemeinderat nicht der Legislative, sondern der Exekutive zugeordnet werden. Nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG muss die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern und - weil die Gemeindeebene den Ländern zugeordnet wird - auch in den Gemeinden den Grundsätzen u.a. des demokratischen Rechtsstaates im Sinne des Grundgesetzes entsprechen. Zu diesen Grundsätzen gehört auch der Gewaltenteilungsgrundsatz (BVerfG, Beschl. v. 10.06.1953, BVerfGE 2, 307, 319). Auch wenn kommunale Verwaltungsträger wie z.B. eine Gemeinde unterstaatliche Verwaltungsträger auf örtlicher Ebene sind und sie damit zur mittelbaren Staatsverwaltung, der Exekutive, auf Ebene der Länder gehören, muss dem Gewaltenteilungsgrundsatz auch auf Gemeindeebene Rechnung getragen werden. Dies bedeutet, dass - jedenfalls dem Grundsatz nach - ein Gemeindeparlament und eine Gemeindeverwaltung bestehen und diese - jedenfalls dem Grundsatz nach - getrennt sind. Diesem Gebot tragen Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 57 Abs. 2 Satz 1 NV dadurch Rechnung, dass sie auf Gemeindeebene eine aus Wahlen hervorgegangene Volksvertretung vorsehen. Das Prinzip der Gewaltenteilung ist aber nirgends rein verwirklicht. Es bestehen zahlreiche Gewaltenverschränkungen und -balancierungen. Das Grundgesetz fordert nicht eine absolute Trennung, sondern die gegenseitige Kontrolle, Hemmung und Mäßigung der Gewalten. Dabei muss die in der Verfassung vorgegebene Verteilung der Gewichte zwischen den drei Gewalten gewahrt bleiben. Keine Gewalt darf ein von der Verfassung nicht vorgesehenes Übergewicht über eine andere Gewalt erhalten. Keine Gewalt darf der für die Erfüllung ihrer verfassungsmäßigen Aufgaben erforderlichen Zuständigkeiten beraubt werden. Der Kernbereich der verschiedenen Gewalten ist unveränderbar. Damit ist ausgeschlossen, dass eine der Gewalten die ihr von der Verfassung zugeschriebenen typischen Aufgaben verliert. Für das Verhältnis von Legislative und Exekutive bedeutet dies, dass dem Parlament als Legislative die Aufgabe der Normsetzung zusteht. Nur das Parlament besitzt hierfür die demokratische Legitimation. Der Exe-

kutive obliegt die Regierung und die Vollziehung von Gesetzen im Einzelfall (vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 17.07.1996, UPR 1997, 24 m.w.N.). Der Volksvertretung auch auf kommunaler Ebene muss daher in den jeweiligen Kommunalverfassungen eine materiell gewichtige Rolle zugewiesen werden.

Dieses Erfordernis wird jedoch nicht dadurch in Frage gestellt, dass dem Bürgermeister ein Stimmrecht im Gemeinderat zuerkannt ist. Zwar hat diese Regelung eine relative Minderung des Gewichts des Stimmrechts der unmittelbar gewählten Ratsmitglieder und damit des Klägers zur Folge. Der Kernbereich dieser „Gewalten“ wird durch diese auf eine einzelne Person bezogene Verschränkung hingegen nicht tangiert. Eine gleiche Gemengelage findet sich seit langem im Landes- und Bundesbereich, wo Mitglieder der Landes- und Bundesregierung oftmals auch zugleich stimmberechtigte Parlamentsabgeordnete sind, ohne dass dies zu durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken geführt hat (vgl. hierzu Herzog, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Kommentar, Stand: August 2005, Art. 20 Ziffer V. Rdnr. 46 m.w.N.). Daher begegnet es unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung auch keinen durchgreifenden Bedenken, dass der hauptamtliche Bürgermeister als Leiter der „Exekutive“ von Amts wegen auch stimmberechtigtes Mitglied im Gemeinderat als „Legislative“ ist.

Gleiches gilt für den Grundsatz der Inkompatibilität. Ein Verstoß gegen Vorschriften gemäß § 35 a NGO über die Inkompatibilität liegt nicht vor. Eine derartige Beschränkung bedarf der verfassungsrechtlichen Ermächtigung, die sie in Art. 137 Abs. 1 GG und Art. 61 NV findet. Hierdurch soll die organisatorische Gewaltenteilung in personeller Hinsicht gewährleistet werden. Es soll verhindert werden, dass sich durch „Personalunion“ die Kontrolleure der Verwaltung selbst kontrollieren. Damit soll der Gefahr von Entscheidungskonflikten und Verfilzungen entgegengewirkt werden. Die Anordnung einer Inkompatibilität ist daher von der Ermächtigung nur gedeckt, wenn sie Personen betrifft, deren berufliche Stellung die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit von Interessen- und Entscheidungskonflikten nahe

legt. Da hier eine Grenzziehung schwierig ist, hat der Gesetzgeber bei der Bestimmung der von der Inkompatibilität betroffenen beruflichen Funktionen einen weiten Einschätzungsspielraum. Diesen kann er durch generalisierende Tatbestände ausfüllen, die an die Wahrscheinlichkeit einer Konfliktlage anknüpfen (Wefelmeier, in: KVR-NGO, Kommentar, Stand: Januar 2006, § 35 a Rdnr. 2 und 3 m.w.N.). Von Verfassungs wegen ist eine Erstreckung der Inkompatibilität des Amtes des hauptamtlichen Bürgermeisters auf das Amt eines Ratsherren oder einer Ratsfrau daher auch nach Art. 137 Abs. 1 GG nicht geboten. Art. 137 Abs. 1 GG erlaubt eine Beschränkung des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 und des Art. 48 Abs. 2 GG, fordert sie aber nicht zwingend. Gleiches gilt für Art. 61 NV. Daher ist der niedersächsische Gesetzgeber nicht verpflichtet, bei der Ausgestaltung seiner Kommunalverfassung das Stimmrecht des Bürgermeisters in bestimmten Fällen - etwa vergleichbar der Rechtslage in Hamburg oder Nordrhein-Westfalen - einzuschränken oder auszuschließen.

Der nach Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG auch für die Gemeinden geltende Grundsatz der repräsentativen Demokratie des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG ist ebenfalls gewahrt. Der Bürgermeister ist zwar kein gewählter Volksvertreter i.S.d. Homogenitätsgebotes des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG, sondern Ratsmitglied kraft Amtes gemäß § 31 Abs. 1 Satz 2 NGO. Der niedersächsische Landesgesetzgeber hat sich jedoch in konsequenter Fortsetzung der Verleihung des Status als Ratsmitglied dafür entschieden, ihm für die Tätigkeit als Ratsmitglied gleiche Befugnisse wie den Ratsfrauen und Ratsherren einzuräumen. Dies ist mit dem Homogenitätsgebot vereinbar, da Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG den Ländern in der Gestaltung des Landesrechts verfassungsrechtlichen Spielraum lässt (OVG Münster, Beschl. v. 21.12.1995, a.a.O.; Wefelmeier, in: KVR-NGO, a.a.O., § 39 Rdnr. 5). Außerdem erhält auch der hauptamtliche Bürgermeister einer Gemeinde seine demokratische Legitimation durch eine unmittelbare Wahl durch das Gemeindewahlvolk gemäß § 61 NGO. Ein Verstoß gegen die Vorschriften über das Mitwirkungsverbot gemäß §§ 64

Abs. 3, 26 Abs. 1 Satz 1 NGO ist nicht gegeben. Nach § 26 Abs. 1 Satz 1 NGO darf, wer ehrenamtlich tätig ist, in Angelegenheiten der Gemeinde nicht beratend oder entscheidend mitwirken, wenn die Entscheidung ihm selbst oder näher bestimmten Verwandten einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann. Dieses Mitwirkungsverbot gilt nach § 64 Abs. 3 NGO für den hauptamtlichen Bürgermeister entsprechend. Als unmittelbar gilt nach § 26 Abs. 1 Satz 3 NGO nur derjenige Vorteil oder Nachteil, der sich aus der Entscheidung ergibt, ohne dass, von der Ausführung von Beschlüssen abgesehen, weitere Ereignisse eintreten oder Maßnahmen getroffen werden müssen. Im vorliegenden Fall greift dieses Verbot unmittelbar nicht. Dies stellt auch der Kläger nicht in Abrede. Da für die Wirksamkeit von Flächennutzungsplänen gemäß § 6 Abs. 1 und 5 BauGB die Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde und deren ortsübliche Bekanntmachung erforderlich sind, fehlt es an der Unmittelbarkeit (Behrens, in: KVR-NGO, a.a.O., § 26 Rdnr. 57). Überdies fehlt es daran, dass die Entscheidung über die 1. Änderung des Flächennutzungsplanes 2020 dem Bürgermeister oder einem der in § 26 Abs. 1 Satz 1 NGO angesprochenen Verwandten einen erkennbaren unmittelbaren persönlichen Vorteil oder Nachteil bringt. Dass nach Ansicht des Klägers die Entscheidung ohne sachlichen Grund eine Ungleichbehandlung bestimmter Gruppen bewirkt, begründet ebenso wenig wie die Stellung des Bürgermeisters als Ratsmitglied und Leiter der Verwaltung eine Besorgnis der Befangenheit i.S.d. § 26 Abs. 1 Satz 1 NGO. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift scheidet aus, weil es an einer vergleichbaren Sachlage und einer Regelungslücke fehlt.

§ 26 NGO betrifft nur die Befangenheit aus persönlichen und nicht aus institutionellen Gründen.

Anmerkung:

Interessant ist die Aussage des Gerichts, nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG müsse der Gewaltenteilungsgrundsatz, der darin besteht, dass die Staatsgewalt vom Volk und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der

Rechtsprechung ausgeübt wird (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG), und der zu den Grundsätzen des demokratischen Rechtsstaates gehört, auch in den Gemeinden verwirklicht sein, weil „die Gemeindeebene den Ländern zugeordnet wird“. Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG verlangt allein, dass die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne des GG entsprechen muss. Bezüge sich das zugleich unmittelbar auch auf die Gemeindeebene, dann ergäbe sich aus dem Demokratiegebot schon das Erfordernis einer aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangenen Vertretung auch in den Gemeinden. Das wird aber gesondert in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG normiert und es kann nicht angenommen werden, dass es sich dabei nur um eine deklaratorische Wiederholung oder Klarstellung handelt.

Es erscheint auch als problematisch zu verlangen, dass sich die die Gewaltenteilung repräsentierenden besonderen Organe in den Gemeinden widerspiegeln müssen. Abgesehen davon, dass das für die Organe der Rechtsprechung nicht realisierbar ist, findet in den Gemeinden nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Art. 57 NV- und dem Sinn des Art. 28 Abs. 2 GG - Selbstverwaltung, also Verwaltung, statt (so auch OVG Lüneburg, KommP N 1994 S. 88) und um Verwaltung handelt es sich auch, wenn gemeindliche Organe Satzungen und Verordnungen erlassen (BVerfG, Beschl. v. 22.11.1983, BVerfGE 65 S. 283). Es ist deshalb irreführend, von dem Rat als „Gemeindeparlament“ zu sprechen und damit seine Gleichstellung mit den Gesetzgebungsorganen i.S. des Art. 20 Abs. 2 GG zu suggerieren. Das OVG Lüneburg (Urt. v. 30.05.1967, OVGE 23 S. 403) hat es abgelehnt, den Rat als -parlamentarische - Volksvertretung i.S. des Petitionsrechts (Art. 17 GG) anzusehen und der niedersächsische Gesetzgeber teilt diese Betrachtungsweise, wie die Regelung des § 22 c NGO über Anregungen und Beschwerden verdeutlicht, die überflüssig wäre, wenn auch in diesem Bereich Art. 17 GG gälte. Folgt man diesen Überlegungen, dann stellt die Mitgliedschaft des Bürgermeisters im Rat

kein Problem der Gewaltenteilung dar, sondern es könnte allenfalls gefragt werden, ob die Verpflichtung zur Wahl einer Vertretung i.S. des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG in den Gemeinden es ausschließt, dass dieser der nach denselben Grundsätzen gesondert gewählte Bürgermeister angehört. Gründe, diese Frage zu verneinen, sind nicht ersichtlich.

Dem Ergebnis des Urteils ist im Übrigen in vollem Umfang zuzustimmen. Es ist noch nicht rechtskräftig, weil die Zulassung der Berufung zum OVG beantragt worden ist, und es ist zu hoffen, dass das OVG zu der hier angerissenen Problematik Stellung nimmt, wenn es sie zulässt.

(Robert Thiele)

Rathaus & Recht Nr. 22/2006

23. Zulässige Angelegenheit eines Einwohnerantrags

Leitsatz:

Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises können auch dann nicht Gegenstand eines Einwohnerantrags sein, wenn sich der Rat bei ihnen die Beschlussfassung vorbehalten hat.

VG Göttingen, Beschl. v. 08.02.2006 - 1 A 10/05 -

Sachverhalt:

Die Kläger haben ihre Klage gegen den Beschluss des beklagten Verwaltungsausschusses, mit dem dieser den Einwohnerantrag, der Rat möge sich die Beschlussfassung über einen Bauantrag vorbehalten und den Antrag ablehnen, für unzulässig erklärt hat, in Übereinstimmung mit dem Beklagten für erledigt erklärt, nachdem der Rat sich die Beschlussfassung vorbehalten hatte. Das VG hat das Verfahren eingestellt und den Klägern die Kosten des Verfahrens auferlegt.

Aus den Gründen:

Nach den übereinstimmenden Erledigungserklärungen der Beteiligten ist das Verfahren in entsprechender Anwendung des § 92 Abs. 3 VwGO einzustellen und nach § 161 Abs. 2 VwGO über die Verfahrenskosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden.

Im vorliegenden Fall entspricht es billigem Ermessen, die Kosten des Verfahrens den Klägern aufzuerlegen, weil diese bei einer streitigen Entscheidung voraussichtlich unterlegen wären.

Der Beklagte hat den Einwohnerantrag der Kläger nämlich zu Recht als unzulässig angesehen. Gem. § 22 a Abs. 1 Satz 2 NGO dürfen Einwohneranträge nur Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde zum Gegenstand haben, für die der Rat nach § 40 Abs. 1 NGO zuständig ist oder für die er sich die Beschlussfassung nach § 40 Abs. 2 Sätze 1 und 2 NGO vorbehalten kann. Mit dem Einwohnerantrag wurde die Befassung mit einem Bauantrag begehrt. Das Baugenehmigungsverfahren ist aber ausweislich der §§ 65 Abs. 2, 68 NBauO eine Angelegenheit des übertragenen Wirkungsbereiches. Daran ändert auch das Vorbringen der Kläger nichts, die Beteiligung der Gemeinde nach § 36 BauGB betreffe deren Planungshoheit und somit eine Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereiches. Die gesetzlich vorgeschriebene Beteiligung der Gemeinde dient dazu, die Planungshoheit der Gemeinde nach Art. 28 GG zu sichern. Es soll verhindert werden, dass im Vorfeld des Baugenehmigungsverfahrens die örtlichen Belange der Gemeinde übergangen werden. Der Gemeinde soll ermöglicht werden, zu planungsrechtlichen Vorfragen möglichst frühzeitig Stellung zu nehmen, also insbesondere die Aufstellung eines Bebauungsplans, der die planungsrechtlichen Voraussetzungen im Sinne der städtebaulichen Ordnungsvorstellungen der Gemeinde verändert, zu sichern. Jedoch ist die Schutzrichtung des § 36 BauGB nicht Gegenstand des in Rede stehenden Einwohnerantrages. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Einwohnerantrages sollte sich der Rat „die Beschlussfassung über die Genehmigung zum Bau ... vorbehalten und den Antrag auf Baugenehmigung abschlägig bescheiden“. Der Einwohnerantrag betraf danach in keiner Weise die Behandlung planungsrechtlicher Vorfragen als Grundlage dieser Entscheidung. Schon allein deshalb kann das Einvernehmen des zuständigen Gemeindeorgans im Sinne des § 36 BauGB keine Rolle spielen.

Entgegen der Ansicht der Kläger können Angelegenheiten des übertragenen Wirkungsbereiches nicht Gegenstand eines Einwohnerantrages sein. Dagegen spricht der eindeutige Wortlaut der Norm. Danach geht es sowohl bei den Angelegenheiten, für die der Rat zuständig ist als auch bei denjenigen Angelegenheiten, für die sich der Rat die Beschlussfassung nach § 40 Abs. 2 Sätze 1 und 2 NGO vorbehalten kann, ausschließlich um den eigenen Wirkungsbereich. Im Satzgefüge beziehen sich die erste und die zweite Alternative des Relativsatzes gleichermaßen auf die vorausgehenden Worte „Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde“, denn es gibt keine weiteren möglichen Bezugsworte. Die Änderung des § 22 a NGO durch das Gesetz zur Reform des niedersächsischen Kommunalverfassungsrechts vom 01.04.1996 (Nds. GVBl. S. 82) – Reformgesetz – lässt insoweit auch keinen davon abweichenden Willen des Reformgesetzgebers erkennen. Bis zum In-Kraft-Treten des Reformgesetzes durfte der damalige Bürgerantrag nur Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde zum Gegenstand haben, für die der Rat zuständig war. Angelegenheiten, für die sich der Rat nach § 40 Abs. 2 NGO die Beschlussfassung vorbehalten konnte und kann, gehörten nicht dazu. Ihre Einbeziehung in die einem Einwohnerantrag zugänglichen Angelegenheiten erfolgte durch das oben bezeichnete Reformgesetz. Dies ändert aber nichts daran, dass Gegenstände von Einwohneranträgen weiterhin nur Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches sein dürfen. Eine Erweiterung der Gegenstände auf Angelegenheiten des übertragenen Wirkungsbereiches war ausweislich der Beratungen des Niedersächsischen Landtages in der 13. Wahlperiode im Gegensatz zur Rechtsauffassung der Kläger gerade nicht in der Diskussion. Die von den Klägern angeführten Meinungsverschiedenheiten zwischen den Landtagsfraktionen gingen stets nur um die Frage, ob der Einwohnerantrag nur Gegenstände betreffen solle, für die der Rat zuständig ist oder darüber hinaus auch solche, für die er sich die Entscheidung vorbehalten könne. Hingegen wurde die Frage einer Ausweitung auf Gegenstände des übertragenen Wir-

kungskreises nicht einmal ansatzweise von den am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten angesprochen, sie gingen vielmehr ausdrücklich von Gegenständen des eigenen Wirkungskreises aus.

Anmerkung:

Das Gericht weist völlig zutreffend darauf hin, dass nach dem Gesetz Gegenstand eines Einwohnerantrags nur eine Angelegenheit des eigenen Wirkungskreises sein kann, für die der Rat – originär – nach § 40 Abs. 1 NGO zuständig ist oder sich im Zuständigkeitsbereich des Verwaltungsausschusses, des Werksausschusses oder des Bürgermeisters nach § 40 Abs. 2 NGO die Beschlussfassung vorbehalten kann. Die Kläger waren zunächst dem Irrtum unterlegen, dass in allen Angelegenheiten, in denen sich der Rat die Entscheidung vorbehalten kann, auch ein Bürgerantrag möglich ist. Dafür mag mit ursächlich gewesen sein, dass bis zum Reformgesetz von 1996 der Hauptverwaltungsbeamte über die in § 62 Abs. 1 Nrn. 3 und 4 NGO genannten Angelegenheiten (Verteidigung einschließlich Zivilschutz, Bundesauftragsaufgaben, Genehmigungen im Gewerbe- und Immissionsschutz, der Geheimhaltung unterliegende Aufgaben) hinaus für alle Maßnahmen der Gefahrenabwehr ausschließlich zuständig gewesen ist, was angesichts des weit ausgelegten Begriffs der Gefahrenabwehr bedeutete, dass der gesamte übertragene Wirkungskreis im Wesentlichen seiner ausschließlichen Zuständigkeit unterlag, die dem Zugriff von Rat und Verwaltungsausschuss entzogen war. Die Vorbehaltsrechte des Rates konnten sich damals also praktisch nur auf Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises beziehen. Die weitgehende Aufhebung der ausschließlichen Zuständigkeit des Hauptverwaltungsbeamten für die Gefahrenabwehr mit der Folge, dass dafür auch der Verwaltungsausschuss im Rahmen seiner sog. Lückenzuständigkeit (§ 57 Abs. 2 Satz 1 NGO) zuständig sein kann, er sich aber ebenso wie der Rat in diesem Bereich des übertragenen Wirkungskreises die Zuständigkeit zumindest vorbehalten kann, hat in der Vergangenheit schon zu dem Missverständnis geführt, dass bei Gebrauchmachen des Vorbehalts die An-

gelegenheit ihren Charakter wechselte und zu einer des eigenen Wirkungskreises würde. Das OVG Lüneburg (Beschl. v. 01.03.1997, KommP N S. 151) hat in diesem Fall, in dem es um eine versammlungsrechtliche Frage gegangen ist, völlig zutreffend festgestellt, dass eine interne Kompetenzverlagerung innerhalb der Kommune durch Ausübung des Vorbehaltsrechts deren eigenen Wirkungskreis nicht erweitern könne und Maßnahmen der Gefahrenabwehr diese Qualität auch dann behielten, wenn sie die Vertretung an sich zieht.

Auch ein Bürgerbegehren kann nur eine Angelegenheit des eigenen Wirkungskreises zum Gegenstand haben (§ 22 b Abs. 3 NGO), so dass das zuvor Gesagte dafür in derselben Weise gilt.

(Robert Thiele)

Rathaus & Recht Nr. 23/2006

24. Beförderung von Beamten

Leitsatz:

Bei Konkurrenz um ein Beförderungsdienstamt zwischen Beamten, von denen einer wegen seiner Personalratsfunktion über längere Zeit vom Dienst freigestellt ist, hat eine fiktive Fortschreibung der Laufbahn und der Beurteilungen zu erfolgen, um auf diese Weise ein „Beurteilungssurrogat“ zu erlangen.

VG Stade, Beschl. v. 03.01.2006 - 3 B 2649/05 –

Sachverhalt:

Der Antragsteller, freigestelltes Personalratsmitglied bei der Gemeinde (Antragsgegnerin), begehrt im Wege einstweiligen Rechtsschutzes, der Antragsgegnerin zu untersagen, die ausgeschriebene Stelle des Leiters einer Fachgruppe mit dem Beigeladenen zu besetzen, der allein auf Grund eines Vorstellungsgesprächs zusammen mit fünf weiteren in die engere Wahl gekommenen Bewerbern in der Sitzung zweier Fachausschüsse vom Verwaltungsausschuss ausgewählt worden ist. Das VG hat dem Antrag entsprochen.

Aus den Gründen:

Der erforderliche Anordnungsgrund liegt vor, denn im Falle der Beförderung eines ausgewählten Beamten erledigt sich das Begehren eines Antragstellers, den aus-

geschriebenen Dienstposten und die damit verbundene Planstelle zu erhalten (vgl. hierzu Nds. OVG, Beschl. v. 02.06.1995 - 5 M 262/95 - sowie BVerwG in DVBl. 1989, 1150). Dies gilt entsprechend, soweit sich der Antragsteller hier dagegen wendet, dass dem Beigeladenen der angestrebte Dienstposten im Angestelltenverhältnis übertragen wird, denn auch der Abschluss eines Arbeitsvertrages ist rechtlich nur unter erschwerten Bedingungen, ggf. überhaupt nicht, wieder rückgängig zu machen.

Der Antragsteller konnte auch glaubhaft machen, dass die hier getroffene Entscheidung ihn in seinem Bewerbungsverfahrenanspruch verletzt. Der Antragsgegnerin ist für die Besetzungsentscheidung insoweit ein Fehler unterlaufen, als es zwischen den Bewerbern an einem vorrangigen Leistungsvergleich auf der Grundlage vergleichbarer Daten fehlt.

Die vom Antragsteller angegriffene Entscheidung unterliegt, ebenso wie eine Beförderungsentscheidung, als Akt wertender Erkenntnis einer nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle. Die gerichtliche Nachprüfung beschränkt sich dabei auf die Frage, ob die Verwaltung den anzuwendenden Rechtsbegriff oder den gesetzlichen Rahmen, innerhalb dessen sie sich frei bewegen kann, verkannt hat oder ob sie einen unrichtigen Sachverhalt zugrunde gelegt, allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachfremde Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat (BVerwGE 80, 224, 226). Dabei hat sich die Auswahlentscheidung insbesondere innerhalb des vorgeschriebenen gesetzlichen Rahmens zu halten, der sich aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. § 8 NBG ergibt. Danach ist eine Auswahlentscheidung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu treffen. Eine dem Leistungsgrundsatz gerecht werdende Auswahl hat dabei in erster Linie vorrangig auf die letzte dienstliche Beurteilung und deren Gesamturteil abzustellen. Voraussetzung für die Verwertung einer dienstlichen Beurteilung ist dabei, dass sie eine hinreichende Aussagekraft für die Beantwortung der Frage besitzt, in welchem Maße der Beurteilte den Anforderungen des ausge-

schriebenen Dienstpostens gerecht werden kann (OVG Lüneburg in Nds. RPF. 1995, 168 f.).

Diesem Grundsatz ist die Antragsgegnerin hier nicht gerecht geworden. Auf die nach der Stellenausschreibung eingegangenen 83 Bewerbungen hat die Antragsgegnerin zunächst fünf und – nach Abschluss des zwischen den Beteiligten anhängig gewesenen Verfahrens 3 B 2024/05 - einschließlich des Antragstellers sodann sechs Bewerber zu einem persönlichen Vorstellungsgespräch im Rahmen einer gemeinsamen Sitzung des Inneren Ausschusses und des Jugendhilfeausschusses eingeladen; auf Grund der Eindrücke aus dieser Sitzung hat der Verwaltungsausschuss der Antragsgegnerin in seiner Sitzung am 22.11.2005 beschlossen, die Stelle mit dem Beigeladenen zu besetzen. Mit dieser Vorgehensweise ist der Leistungsgrundsatz verletzt worden. Aktuelle Beurteilungen der Bewerber haben keine Rolle gespielt und konnten dies auch nicht, denn die jüngste Beurteilung des Beigeladenen stammt vom Dezember 2001, während der Antragsteller trotz seines seit 1982 andauernden Dienstes bei der Antragsgegnerin dort noch keine Beurteilung erhalten hat.

Dem Erfordernis einer aktuellen Beurteilung steht auch nicht die Tätigkeit des Antragstellers als freigestellter Personalratsvorsitzender entgegen. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass in Fallgestaltungen einer Konkurrenz zwischen Beamten, von denen einer wegen seiner Personalratsfunktion über längere Zeit vom Dienst freigestellt ist, eine fiktive Fortschreibung der Laufbahn und der Beurteilungen zu erfolgen hat, um auf diese Weise ein „Beurteilungssurrogat“ zu erlangen (hierzu OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 02.07.1999 in IÖD 2000, 92 ff.; OVG Saarlouis, Urt. v. 08.06.1995 – 1 R 26/94, zitiert nach juris). Mit Hilfe dieses Surrogates, das sich an der beruflichen Weiterentwicklung vergleichbarer Beamten orientiert, wird einerseits, soweit möglich, eine Vergleichbarkeit mit den Laufbahnsituationen und Beurteilungen der nicht freigestellten Beamten erreicht; andererseits wird dem Verbot, Personalratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit zu benachteiligen (§ 41 Abs. 1 Nds. PersVG) Rechnung getragen. Indem auf

die durchschnittliche Fortentwicklung eines vergleichbaren Personenkreises abgestellt wird, wird gleichzeitig eine Begünstigung des Personalratsmitgliedes vermieden, die die genannte Vorschrift ebenfalls verbietet. Auf Grund der Vergleichbarkeit der Situation hätte die Antragsgegnerin diese Grundsätze hier beachten müssen.

Die vorstehenden Erwägungen führen zwar nicht dazu, dass eine Auswahlentscheidung nicht auch auf Grund eines Eindrucks aus einem Vorstellungsgespräch getroffen werden kann. Das setzt jedoch voraus, dass auf Grund einer aktuellen dienstlichen Beurteilung ein Leistungsgleichstand zwischen den Konkurrenten besteht, der auch nicht durch den Rückgriff auf ältere dienstliche Beurteilungen, bei denen es sich ebenfalls um leistungsbezogene und damit vorrangig zu berücksichtigende Kriterien handelt, zugunsten des einen oder des anderen Bewerbers aufgelöst werden kann (vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 19.12.2002 – 2 C 31/01, zitiert nach juris). Erst danach kann auf Eindrücke aus einem Auswahlgespräch zurückgegriffen werden, die sich als Hilfskriterium darstellen und hinsichtlich derer dem Dienstherrn ein weiteres Auswahlermessen zusteht; anzumerken ist allerdings, dass eine Protokollierung dieser Gespräche entgegen der Auffassung des Antragstellers rechtlich nicht geboten ist (hierzu Sächs. OVG, Beschl. v. 03.09.2004 – 3 BS 167/04, zitiert nach juris).

Anmerkung:

Es entspricht ständiger Rechtsprechung auch der niedersächsischen Verwaltungsgerichte (s. OVG Lüneburg, Beschl. v. 23.01.1997, KommP N S. 217; VG Hannover, Beschl. v. 18.12.2000, VwRR N 2001 S. 50), dass sich der Dienstherr bei der Beurteilung der Frage, welcher der für eine Beförderung in Betracht kommenden Beamten der am besten geeignete und befähigte und am leistungsstärksten ist, in erster Linie an aktuellen dienstlichen Beurteilungen der Bewerber zu orientieren hat. Das gilt im Hinblick auf das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 41 Abs. 1 NPersVG auch für Mitglieder des Personalrats und angesichts des zusätzli-

chen Gebots in § 39 Abs. 5 Satz 1 NPersVG, dass die Freistellung nicht zu einer Beeinträchtigung des beruflichen Werdegangs führen darf, auch für freigestellte Personalratsmitglieder. Daraus ergeben sich Probleme für den zuletzt genannten Personenkreis, weil dessen Tätigkeit in vollem Umfang dienstlicher Beurteilungen entzogen ist (s. BVerwG, Beschl. v. 07.11.1991, PersR 1992 S. 195 = NVwZ-RR 1992 S. 574, nur Leitsatz). Zur Lösung dieser Probleme erklärt es die Rechtsprechung (s. z.B. BVerwG a.a.O.; OVG Koblenz, Beschl. v. 02.07.1999, NZA-RR 2000 S. 278) für sachgerecht, ja sogar für notwendig, eine Laufbahnentwicklung nachzuzeichnen, bei der sowohl die letzten planmäßigen Beurteilungen des freigestellten Personalratsmitglieds fortgeschrieben als auch der Werdegang vergleichbarer Beamter berücksichtigt werden. Bei der Fortschreibung geht es „um die Projektion des konkreten, in der letzten regulären dienstlichen Beurteilung des Beamten festgehaltenen Leistungsbildes in die Zukunft“ (so OVG Koblenz a.a.O.), d.h. konkret darum, festzustellen, ob ausgehend von dem Leistungsstand der letzten Beurteilung unter Berücksichtigung eines weiteren Erfahrungszugewinns die Erwartung gerechtfertigt ist, dass dem Beamten auch zum neuen Zeitpunkt dasselbe Leistungsbild zu bescheinigen wäre wie in der letzten Beurteilung. Regelmäßig wird das der Fall sein, wenn nicht besondere Umstände, insbesondere in der Person des Beamten, eingetreten sind, die einer solchen Erwartung entgegenstehen. Der so ermittelte Leistungsstand ist sodann in Beziehung zu setzen zu der bei vergleichbar leistungsstarken Beamten zu verzeichnenden Beurteilungsentwicklung, d.h. konkret, dass festgestellt werden muss, ob sich der Beamte bis zu dem neuen Zeitpunkt in seinen Leistungen ebenso weiterentwickelt hätte wie vergleichbare Beamte. Welche Vergleichsgruppen sie für diese Betrachtung heranzieht, steht grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der für die Erstellung des „Beurteilungssurrogats“ zuständigen Stelle (BVerwG, a.a.O.). In Betracht kommen dafür gewiss die Mitbewerber um die Beförderungsstelle. Wenn keine entgegengesetzten Anhaltspunkte vorhanden sind,

wird regelmäßig davon ausgegangen werden können, dass der Beamte sich in seinen Leistungen nicht weniger positiv entwickelt hätte wie sie.

(Robert Thiele)

Rathaus & Recht Nr. 24/2006

25. Berichtigung des Melderegisters

Leitsätze:

1. Die Entscheidung der Meldebehörde über die Richtigkeit einer Eintragung in das Melderegister ist ein Verwaltungsakt.

2. Das Beziehen einer Wohnung und das Ausziehen aus einer Wohnung sind rein tatsächliche Vorgänge und keine Rechtshandlungen.

VG Hannover, Urt. v. 23.03.2005 – 10 A 3286/04 –

Sachverhalt:

Der Kläger, deutscher und polnischer Staatsangehöriger, wendet sich gegen die Entscheidung der beklagten Gemeinde, ihn aus seiner mit Frau und Sohn gemeinsam genutzten Wohnung nach unbekannt abzumelden, nachdem er sich unter dem 16.10.2003, von der Gemeinde eingewiesen, in der Obdachlosenunterkunft angemeldet, kurze Zeit später der Einweisung erfolgreich widersprochen hatte, weil er in seine bisherige Wohnung zurückkehren wollte, und danach der Gemeinde eine polnische Korrespondenzadresse mitgeteilt hatte, unter der er jedoch nicht wohne und deshalb nicht angemeldet sei. Das VG hat die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Klage ist als Anfechtungsklage statthaft, da es sich bei der von der Beklagten vorgenommenen und vom Kläger angegriffenen Berichtigung des Melderegisters nach § 25 des Niedersächsischen Meldgesetzes (NMG) jedenfalls dann um einen Verwaltungsakt handelt, wenn die Behörde über die „Richtigkeit“ einer Eintragung eine Entscheidung trifft (vgl. Nds. OVG, Beschl. v. 07.05.1991 – 13 M 7635/91 –; VG Hannover, Gerichtsbescheid v. 30.05.1994 – 10 A 489/94 – sowie Urt. v. 18.11.1996 – 10 A 3391/95 –). Dies ist hier

mit dem angegriffenen Bescheid der Beklagten vom 19.02.2004 geschehen.

Die Klage ist auch ansonsten zulässig. Da der Widerspruchsbescheid dem Kläger nicht förmlich zugestellt werden konnte und auch nicht bekannt ist, wann er ihm tatsächlich zugegangen ist, muss von der Einhaltung der einmonatigen Klagefrist ausgegangen werden.

Die Klage ist jedoch nicht begründet. Die Entscheidung der Beklagten, den Kläger mit Wirkung vom 16.10.2003 von seiner bisherigen Wohnung von Amts wegen nach unbekannt abzumelden, ist nicht zu beanstanden.

Ist das Melderegister unrichtig oder unvollständig, hat es die Meldebehörde von Amts wegen oder auf Antrag der betroffenen Person zu berichtigen oder zu ergänzen (§ 25 Abs. 1 Satz 1 NMG). Unrichtig sind die im Melderegister eingetragenen Daten dann, wenn sie mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmen. Zieht eine Person aus einer Wohnung aus (vgl. § 9 Abs. 2 NMG), die als ihre Wohnung im Melderegister eingetragen ist, wird das Register daher unrichtig und ist zu berichtigen. Da der Kläger spätestens am 16.10.2003 aus der Wohnung ausgezogen ist, ist das Melderegister der Beklagten spätestens zu diesem Zeitpunkt unrichtig geworden.

Das „Beziehen“ einer Wohnung sowie das „Ausziehen“ aus einer Wohnung sind rein tatsächliche Vorgänge und keine Rechtshandlungen. Daher kommt es weder für den Bezug einer Wohnung noch für den Auszug auf einen rechtsgeschäftlichen Willen an, die Wohnung zumindest teilweise zum Schwerpunkt der Lebensbeziehung zu machen. Maßgebend ist vielmehr, ob die Wohnung tatsächlich zum Wohnen in Anspruch genommen wird. Dies setzt voraus, dass der Betreffende die Wohnung in der Weise nutzt, dass dort für ständig oder vorübergehend im Allgemeinen die Angelegenheiten des täglichen Lebens wie z.B. Aufhalten, Essen und Schlafen verrichtet werden. Die bloße Absicht, die Wohnung in dieser Art zu nutzen, reicht also ebenso wenig aus wie die – etwa durch einen Mietvertrag vermittelte – Berechtigung, die Unterkunft zum Wohnen zu nutzen.

Wie die Ermittlungen der Beklagten und der Widerspruchsbehörde ergeben haben, wohnte der Kläger am 16.10.2003 – dem Tag seiner Abmeldung von Amts wegen – (wohl schon länger) nicht mehr in der Wohnung. Sowohl die Ehefrau des Klägers wie auch sein Sohn gaben gegenüber Mitarbeitern der Beklagten und der Widerspruchsbehörde an, dass sich der Kläger nicht mehr in der Wohnung aufhält. Der Kläger selbst behauptet dies auch nicht, sondern räumt den Sachverhalt, so wie er dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegt wurde, ein. Er beruft sich vielmehr allein darauf, weiterhin Mieter der Wohnung zu sein und seinen Wunsch, wieder in der Wohnung wohnen zu können. Hierauf kommt es aber – wie zuvor dargelegt – vorliegend nicht an. Da der Kläger nicht offen gelegt hat, wo er tatsächlich wohnt, und dies auch nicht anderweitig bekannt ist, konnte seine Abmeldung nur nach „unbekannt“ erfolgen.

Anmerkung:

Die Berichtigung des Melderegisters von Amts wegen kann insbesondere erwogen und geprüft werden in Fällen, in denen ein Ratsmitglied aus dem Blickfeld verschwunden ist und sich an der Ratsarbeit nicht mehr beteiligt. Der Wohnsitz im Wahlgebiet ist Voraussetzung der Wählbarkeit, die bei seiner Aufgabe oder seinem sonstigen Verlust verloren geht (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 NGO). Seit der Wahlrechtsnovelle vom 24.01.2001 (GVBl. S. 15) bestimmt sich die Wohnsitzvoraussetzung nach den melderechtlichen Vorschriften (§ 34 Abs. 1 Satz 2 NGO). Die Feststellungen des Melderechts sind damit auch für das Wahlrecht verbindlich. Nur im Falle von mehreren Wohnungen ist die melderechtliche Festlegung der Hauptwohnung (§ 8 NMG), die der Wohnsitz i.S. des Wahlrechts ist, widerleglich (§ 34 Abs. 1 Sätze 3 und 4 NGO).

(Robert Thiele)

Rathaus & Recht Nr. 25/2006

26. Die konstituierende Sitzung

Nach den Kommunalwahlen am 10.09.2006 und nach dem Ende der Wahlperiode am 31.10.2006 werden alsbald in

den niedersächsischen Kommunen die konstituierenden Sitzungen der Vertretungen durchgeführt werden. Zu deren Vorbereitung und Durchführung sollen die nachfolgenden Hinweise und Anmerkungen Hilfestellung geben. Dabei wird berücksichtigt, dass in zahlreichen Gemeinden neben dem Rat auch der Bürgermeister neu oder wiedergewählt werden wird. Außerdem wird auf Besonderheiten für Mitgliedscommunen von Samtgemeinden hingewiesen werden. Die vorgeschlagene Reihenfolge der zu behandelnden Tagesordnungspunkte ist nicht in jedem Falle zwingend und kann deshalb entsprechend den individuellen Bedürfnissen auch verändert werden.

1. Ende der Mandate

Mit dem Ende der allgemeinen Kommunalwahlperiode am 31.10.2006 endet das Mandat der für ihre Dauer gewählten Ratsmitglieder. Damit hören auch der bisherige **Rat** und die **Ratsausschüsse** sowie die **sondergesetzlichen Ausschüsse**, soweit für sie insoweit kein Sonderrecht gilt (§ 53 Satz 1 NGO), auf zu bestehen. Dasselbe gilt für die Fraktionen und Gruppen, die von den Mandatsträgern der abgelaufenen Wahlperiode gebildet worden sind (OVG NW, Urt. v. 12.11.1991, NVwZ-RR 1993 S. 263). Nur der **Verwaltungsausschuss** führt auf Grund des § 56 Abs. 4 NGO nach Ablauf der Wahlperiode seine Tätigkeit bis zur ersten Sitzung des neugebildeten Verwaltungsausschusses fort. Seine von den Fraktionen und Gruppen benannten Mitglieder und Stellvertreter haben also eine kurzzeitige, auf besonderer gesetzlicher Regelung beruhende Verpflichtung und Legitimation zur Wahrnehmung ihrer bisherigen Kompetenzen. In diesem Rahmen können auch die beteiligten Fraktionen und Gruppen als fortbestehend fingiert werden. Da die Weiterexistenz den gesamten bisherigen Verwaltungsausschuss umfasst, betrifft sie auch den Bürgermeister. Auch der nicht wiedergewählte Bürgermeister bleibt nach Ablauf seiner Amtszeit im Rahmen einer nachwirkenden Amtspflicht und auf Grund der besonderen gesetzlichen Legitimation Mitglied des Verwaltungsausschusses, dessen Mitgliederzahl also unverändert bleibt. Schon deshalb kann der neu gewählte Bürgermeister nicht automatisch

Mitglied des Verwaltungsausschusses werden. Außerdem ist für seine Mitgliedschaft die sich auch auf ihn beziehende Feststellung der Ausschussbesetzung nach der Vorschrift des § 51 Abs. 4 NGO Voraussetzung, die gem. § 56 Abs. 3 Satz 1 NGO unmittelbare Anwendung findet; diese Feststellung könnte aber erst in der konstituierenden Sitzung getroffen werden. Anders ist es, wenn ein Bürgermeister erstmalig gewählt worden ist. Dann tritt an die Stelle des ehrenamtlichen Bürgermeisters, der diese Funktion mit dem Amtsantritt des unmittelbar gewählten Bürgermeisters auf Grund der besonderen Regelung des Art. 11 Nr. 10 des Reformgesetzes (v. 01.04.1996, GVBl. S. 82) endgültig verloren hat, sein Stimmvertreter (§ 56 Abs. 3 Satz 2 NGO); da auch die stellvertretenden Bürgermeister diese Funktion verloren haben (Art. 11 Nr. 10 des Reformgesetzes a.a.O.), muss sich der Verwaltungsausschuss, wenn er auf Grund der Ladung des hauptamtlichen Bürgermeisters zusammentritt, auf einen Vorsitzenden verständigen. Die insoweit möglicherweise als problematisch empfundene Zusammensetzung des Verwaltungsausschusses erlangt natürlich nur im Falle seines Zusammentritts nach dem Ende der Wahlperiode Wirkung. Eine zwingende Notwendigkeit dafür besteht zur Durchführung der konstituierenden Sitzung aber nicht.

2. Ladung

Die erste Sitzung des neu gewählten Rates findet nach § 41 Abs. 2 Satz 1 NGO innerhalb eines Monats nach Beginn der Wahlperiode statt, d.h. im Laufe des Monats November 2006. Zu ihr lädt der **Bürgermeister** ein (§ 41 Abs. 1 Satz 1 NGO). Das ist regelmäßig derjenige, der das am 01.11.2006 ist, weil er entweder für eine über die allgemeine Kommunalwahlperiode hinausgehende Amtszeit gewählt oder als Amtsinhaber wiedergewählt worden ist oder, erstmalig gewählt, sein Amt nach der Annahme der Wahl und nach Ablauf der Amtszeit seines Vorgängers am 01.11.2006 angetreten hat. Im zuletzt genannten Fall hat der Bürgermeister mit der Begründung seines Beamtenverhältnisses, die keiner Ernennung durch Aushändigung einer Urkunde bedarf (§ 194 Abs. 3 NBG), alle ihm zustehenden Kompetenzen

und Befugnisse, ohne dass es zuvor seiner Vereidigung bedarf. Bisweilen wird die Einberufung mit Rücksicht auf die Terminierung der konstituierenden Sitzung auf einen der ersten Novembertage zur Einhaltung der Ladungsfrist noch in der ablaufenden Wahlperiode von dem amtierenden Bürgermeister vorgenommen. Das ist unproblematisch, wenn dessen Amtszeit über das Ende der allgemeinen Wahlperiode hinausreicht oder wenn er wiedergewählt worden ist. Ist ein neuer Bürgermeister gewählt worden, der sein Amt am 01.11.2006 angetreten hat, könnten Zweifel an der Legitimation des bisherigen Amtsinhabers zur Einberufung zu einer Sitzung auf einen Zeitpunkt nach dem Ende seiner Amtszeit und, darauf gestützt, an der Ordnungsmäßigkeit der Ladung geltend gemacht werden, was die Durchführung der Sitzung belasten könnte. Dem würde vorgebeugt, wenn die Sitzung im Falle der Wahl eines neuen Bürgermeisters so terminiert wird, dass dieser zu ihr einberufen kann.

In dem besonderen Fall, dass der Bürgermeister am Beginn der neuen Wahlperiode **noch nicht in das Amt berufen** ist, etwa weil sich seine Wahl durch eine notwendig gewordene Wiederholungswahl (§ 45 m NKWG) oder neue Direktwahl (§ 45 n NKWG) verzögert hat, verlängert sich die Amtszeit des Amtsinhabers bis zum Amtsantritt des Nachfolgers (§ 61 Abs. 4 Satz 6 NGO) und er lädt zur konstituierenden Sitzung. Es ist das also nicht der in § 41 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz NGO geregelte Fall, in dem dem ältesten der bisherigen stellvertretenden Bürgermeister die Einberufung obliegt; dieser Fall kann praktisch nur eintreten, wenn der Amtsinhaber gegen Ende der Wahlperiode gestorben ist und die Wahl eines Nachfolgers nicht rechtzeitig hat durchgeführt werden können, weil sonst stets der bisherige Amtsinhaber im Amt ist und zur Verfügung steht. Wenn der Bürgermeister beim Übergang von der Zwei- auf die Eingleichigkeit noch nicht in das Amt berufen ist, weil die Amtszeit des Gemeindedirektors noch nicht abgelaufen ist, dann beruft der bisherige ehrenamtliche Bürgermeister den Rat ein (Art. 11 Nr. 12 des Reformgesetzes, a.a.O., i.V.m. § 41 Abs. 2 Satz 1 NGO a.F.).

Die Ladung erfolgt unter Mitteilung der Tagesordnung (§ 41 Abs. 1 Satz 1 NGO), die der Bürgermeister aufstellt (§ 41 Abs. 3 Satz 1 NGO) und für die das Antragsrecht des § 39 Satz 1 NGO besteht.

3. Vorbereitung der Sitzung

Die organisatorische Vorbereitung der Sitzung obliegt, ohne dass das besonders geregelt ist, dem Bürgermeister und seiner Verwaltung. Es folgt das aus seiner Kompetenz zur Einberufung, die auch die Bestimmung von Zeit und Ort der Sitzung mit umfasst. Für die inhaltliche Vorbereitung der Tagesordnungspunkte gilt § 57 Abs. 1 i.V.m. § 62 Abs. 1 Nr. 1 NGO. Von der zwingend vorgeschriebenen Vorbereitung der Ratsbeschlüsse durch den Verwaltungsausschuss sind allerdings ausgenommen Geschäftsordnungsbeschlüsse und sog. innerorganisatorische Entscheidungen wie insbesondere die Wahl des Ratsvorsitzenden und der stellvertretenden Bürgermeister sowie die Bildung der Fachausschüsse. Bei der nachfolgenden Behandlung der in der konstituierenden Sitzung vorzunehmenden Beschlüsse wird jeweils auf die Notwendigkeit der Vorbereitung eingegangen werden. Natürlich können in dieser Sitzung auch Angelegenheiten wie in jeder anderen Sitzung behandelt werden, diese ist also nicht „Konstituierungsbeschlüssen“ vorbehalten.

4. Durchführung der Sitzung

Die Konstituierung des Rates besteht im Kern in der Wahl des Ratsvorsitzenden. Erst danach ist der Rat als handlungsfähiges Organ vorhanden. Sie steht deshalb am Anfang der Sitzung und wird unter Leitung des ältesten anwesenden, hierzu bereiten Ratsmitgliedes, das auch der Bürgermeister sein kann, (Altersvorsitzenden) vorgenommen (§ 43 Abs. 1 NGO). Deshalb erscheint es als sachgerecht, dass dieser auch die **Sitzung eröffnet** und die für die Wahl des Ratsvorsitzenden notwendige **Beschlussfähigkeit** feststellt; die **Feststellung der Tagesordnung**, die sich empfiehlt, um Zweifeln über die zu behandelnden Punkte vorzubeugen, ist materiell ein Ratsbeschluss, der regelmäßig konkludent gefasst wird und deshalb nach der Konstituierung unter Leitung des Ratsvorsitzenden erfolgen sollte.

Vor der Wahl des Ratsvorsitzenden sind die Ratsfrauen und Ratsherren **förmlich** zu **verpflichten** (§ 42 NGO). Mit der Verpflichtung wird sinnvoller Weise die **Pflichtenbelehrung** (§§ 39 Abs. 3, 28 NGO) verbunden. Beides obliegt dem Bürgermeister, der sie bei Leitung der Sitzung durch den Altersvorsitzenden vornimmt; nicht anwesende Ratsmitglieder werden später bei passender Gelegenheit verpflichtet und belehrt. Die Übernahme der Sitzungsleitung durch den Bürgermeister ist nicht notwendig, aber auch kein Verfahrensfehler. Weder die Verpflichtung noch die Pflichtenbelehrung sind Voraussetzung für die Ausübung der Mandatstätigkeit, haben also nur symbolischen Charakter. Sie haben insbesondere nicht die Wirkungen der Verpflichtung nach dem Verpflichtungsgesetz, machen die Ratsmitglieder also nicht zu für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten i.S. des Strafrechts; nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 09.05.2006, NJW S. 2050) sind kommunale Mandatsträger, solange sie nicht mit konkreten Verwaltungsaufgaben betraut werden, die über ihre Mandatstätigkeit in der kommunalen Vertretung und den zugehörigen Ausschüssen hinausgeht, auch keine Amtsträger im strafrechtlichen Sinne, können also nicht für Straftaten im Amt, wie z.B. Vorteilsnahme und Bestechlichkeit, zur Verantwortung gezogen werden.

Die **Wahl des Ratsvorsitzenden**, die keiner Vorbereitung durch den Verwaltungsausschuss bedarf, erfolgt nach § 48 NGO. Der Ratsvorsitzende wird aus der Mitte des Rates gewählt (§ 43 Abs. 1 NGO), so dass dafür auch der Bürgermeister in Betracht kommt. Vorschlagsberechtigt sind jedes Ratsmitglied (§ 39 a Satz 1 NGO) sowie als eine Mehrheit von Ratsmitgliedern die im Rat vorhandenen Fraktionen und Gruppen; deshalb empfiehlt sich vor der Wahl die von dem Altersvorsitzenden vorzunehmende Feststellung, welche **Fraktionen und Gruppen** ihre Bildung beim Bürgermeister angezeigt haben; eines besonderen Tagesordnungspunktes bedarf diese Feststellung nicht. Nach seiner Wahl übernimmt der Ratsvorsitzende von dem Altersvorsitzenden den Vorsitz.

An die Wahl des Ratsvorsitzenden kann sich zwanglos die Beschlussfassung über **seine Vertretung** anschließen. Nach § 43 Abs. 2 NGO erfolgt sie durch Abstimmung nach § 47 NGO, also nicht durch Wahl. Dabei bestimmt der Rat auch, wie viele Vertreter es geben soll. Sie sind nur Verhinderungsvertreter und es sollte eine Reihenfolge festgelegt werden, wenn mehrere Vertreter bestimmt werden. Das Vorschlagsrecht besteht wie bei der Wahl des Ratsvorsitzenden. Alle diesbezüglichen Beschlüsse bedürfen als innerorganisatorische Angelegenheiten nicht der Vorbereitung durch den Verwaltungsausschuss. Nachdem auf diese Weise das „Präsidium“ des Rates eingerichtet ist, könnte sich die Beschlussfassung über die vorläufige oder auch endgültige **Fortgeltung der Geschäftsordnung** des Rates der vergangenen Wahlperiode anschließen, damit für Verfahrensfragen im weiteren Verlauf der Sitzung eine Regelung zur Verfügung steht. Der diesbezügliche Beschluss bedarf als Verfahrensregelung nicht der Vorbereitung durch den Verwaltungsausschuss.

Anders als nach bisherigem Recht beschließt der Rat nicht mehr allgemein über die **Gültigkeit der Wahl**, sondern nur noch im Falle eines Wahleinspruchs (§ 47 Abs. 1 NKWG). Nur für diesen Fall und wenn der Wahleinspruch entscheidungsreif ist, ist also ein entsprechender Punkt auf der Tagesordnung vorzusehen, und zwar sinnvoller Weise, bevor weitere organisatorische Maßnahmen beschlossen werden, die hinfällig wären, wenn die Wahl für ungültig zu erklären wäre (§ 48 NKWG). Der Beschluss über einen Wahleinspruch bedarf als originäre und innerorganisatorische Entscheidung des Rates nicht der Vorbereitung durch den Verwaltungsausschuss. Die Wahl der stellvertretenden Bürgermeister, die Beigeordnete, d.h. stimmberechtigte Mitglieder des Verwaltungsausschusses (§ 56 Abs. 1 NGO), sein müssen (§ 61 Abs. 6 Satz 1 NGO), setzt die **Bildung des Verwaltungsausschusses** voraus. Diese erfolgt nicht mehr wie bis zur Gesetzesänderung v. 22.04.2005 (GVBl. S. 110) nur durch die Ratsfrauen und Ratsherren, sondern durch den Rat, d. h. unter Einschluss des Bürgermeisters, und, soweit es um die

Verteilung der Beigeordnetensitze geht, nach dem Proportionalverfahren Hare-Niemeyer (§ 56 Abs. 3 Satz 1), das vom 01.11.2006 an das Höchstzahlenverfahren nach d'Hondt wieder ablösen wird (Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes v. 15.11.2005, GVBl. S. 352); sie wird durch den Ratsbeschluss nach § 51 Abs. 5 NGO, der auch mögliche Grundmandatsinhaber nach § 51 Abs. 4 Satz 1 NGO mit einbezieht, abgeschlossen. Wenn in den Gemeinden, die dazu nach § 56 Abs. 2 Satz 2 NGO berechtigt sind, die Zahl der Beigeordneten um zwei erhöht werden soll, dann bedarf das eines Ratsbeschlusses, der vor der Verteilung der Sitze gefasst werden müsste. Für die Nominierung als Mitglied ist die Anwesenheit in der Sitzung nicht Voraussetzung. Soweit Wahlbeamte dem Verwaltungsausschuss mit beratender Stimme angehören sollen, bedarf das der Bestimmung durch die Hauptsatzung (§ 56 Abs. 1 Satz 2 NGO). Nach dem Beschluss nach § 51 Abs. 5 NGO ist für jedes Mitglied des Verwaltungsausschusses mit Ausnahme des Bürgermeisters und von Wahlbeamten von der Fraktion oder Gruppe, die das Mitglied benannt hat, ein Vertreter zu bestimmen (§ 56 Abs. 3 Satz 2 NGO); eine Fraktion oder Gruppe mit nur einem Mitglied kann zwei Vertreter benennen (§ 56 Abs. 3 Satz 4 NGO). Die Bestellung als Vertreter bedarf keines Ratsbeschlusses. Gesetzlich ist geregelt (§ 56 Abs. 3 Satz 3 NGO), dass sich Vertreter, die von der gleichen Fraktion oder Gruppe benannt worden sind, untereinander vertreten; bis zum Gesetz v. 22.04.2005 (a.a.O.) war für diese Form der Vertretung die Zugehörigkeit zur gleichen Fraktion oder Gruppe Voraussetzung. Die Wahl der **stellvertretenden Bürgermeister**, als die Mitglieder des Verwaltungsausschusses ohne Stimmrecht nicht in Betracht kommen, erfolgt ohne Vorbereitung durch den Verwaltungsausschuss nach § 48 NGO, vorschlagsberechtigt ist jedes Ratsmitglied und jede Fraktion oder Gruppe. Die Zahl der Vertreter ist allgemein auf drei begrenzt (§ 61 Abs. 6 Satz 1 NGO). Sollen mehrere Vertreter gewählt werden, dann kann das durch Einzelwahl oder durch Blockwahl geschehen, bei der die vorgesehenen Bewerber in einem Wahlgang gewählt werden. Bei der Wahl oder nach

ihrem Abschluss durch eine selbstständige Entscheidung nach § 47 NGO kann der Rat eine Reihenfolge der Vertretung bestimmen (§ 61 Abs. 6 Satz 2 NGO); trifft er eine solche Bestimmung nicht, dann sind die Vertreter gleichberechtigt und es bedarf einer generellen oder jeweils einzelnen Absprache zwischen dem Bürgermeister und seinen Vertretern, wer die Vertretung wahrnimmt. Die Vertretung ist ausschließlich eine für den Verhinderungsfall, jedoch kann der Bürgermeister bestimmen, wann er verhindert ist. Nach der Bildung des Verwaltungsausschusses und der Wahl der stellvertretenden Bürgermeister bietet sich die Bildung der **Fachausschüsse** und der **sondergesetzlichen Ausschüsse** sowie der notwendigen Besetzung **sonstiger Stellen** in anderen Körperschaften und Organisationen, wie z.B. in Gesellschafter- und Mitgliederversammlungen sowie Verwaltungs- und Aufsichtsräten von Gesellschaften, Vereinen, Verbänden, kommunalen Anstalten und Zweckverbänden, an. Auch die abschließende Beschlussfassung bei der Bildung der Ausschüsse und der Besetzung mehrerer unbesoldeter Stellen gleicher Art i.S. des § 51 Abs. 6 NGO ist wie beim Verwaltungsausschuss nicht mehr nur Sache der Ratsfrauen und Ratsherren, sondern des gesamten Rates einschließlich des Bürgermeisters, der jedoch nicht Ausschussmitglied sein kann (§ 51 Abs. 1 NGO); die nominierten Ratsmitglieder sind von der Mitwirkung an dem Beschluss nicht ausgeschlossen (§ 26 Abs. 3 Nrn. 2 und 3 NGO). Der Vorbereitung durch den Verwaltungsausschuss bedürfen alle diese Beschlüsse nicht.

Nach § 61 Abs. 5 NGO wird der Bürgermeister in der auf die Begründung seines Beamtenverhältnisses folgenden Ratsitzung **vereidigt**. Beginnt das Beamtenverhältnis am 01.11.2006 wie bei vielen, die am 10.09.2006 oder in der nachfolgenden Stichwahl Gewählten, dann ist die Vereidigung in der konstituierenden Ratsitzung vorzunehmen. Sie ist wie die Verpflichtung der übrigen Ratsmitglieder nicht Voraussetzung für die Aufnahme der Amtsgeschäfte, könnte also auch noch in der nächsten Ratssitzung erfolgen, wenn der Bürgermeister z.B. infolge Erkrankung gehindert wäre, an der konstituierenden

Sitzung teilzunehmen. Die Vereidigung nimmt einer der stellvertretenden Bürgermeister vor (§ 61 Abs. 5 Satz 1 NGO), weshalb sie erst nach deren Wahl erfolgen kann. Die Alternative der Vereidigung durch den Altersvorsitzenden, wenn ein stellvertretender Bürgermeister noch nicht gewählt ist (§ 61 Abs. 5 Satz 2 NGO), gilt für den Fall, dass diese Wahl in der konstituierenden Sitzung nicht gelingt. Der Wortlaut des Diensteseides ergibt sich aus § 65 NBG. Auf die Eidesleistung kann verzichtet werden, wenn sich das Beamtenverhältnis des gewählten Bürgermeisters unmittelbar an ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit oder auf Zeit bei der Gemeinde anschließt, wenn also ein Gemeindebeamter gewählt worden ist (VV zu § 65 NBG, MBl. 1993 S.100). In diesem Falle ist der Bürgermeister darauf hinzuweisen, dass der früher geleistete Diensteseid ihn auch weiterhin bindet; der Hinweis erfolgt durch den zur Abnahme des Eides verpflichteten stellvertretenden Bürgermeister. Über den Hinweis ist ein Vermerk zu den Akten zu nehmen (VV zu § 65 NBG, a.a.O.).

In Gemeinden, die Ortschaften mit **Ortsvorsteher** eingerichtet haben, müssen in der konstituierenden Sitzung die Ortsvorsteher bestimmt werden, da sie ihr Amt für die Dauer der Wahlperiode wahrnehmen (§ 55 h Abs. 1 Satz 1 NGO), also alsbald nach deren Beginn zu berufen sind. Die Bestimmung erfolgt ohne Vorbereitung durch den Verwaltungsausschuss durch Ratsbeschluss nach § 47 NGO auf Vorschlag der Fraktion, deren Mitglieder der Partei oder Wählergruppe angehören, die in der Ortschaft bei der Wahl zum Rat die meisten Stimmen erhalten hat. Da das Gesetz auf den Wahlvorschlag abstellt, ist bei Vorliegen der Voraussetzungen auch eine Vereinigung von Ratsmitgliedern vorschlagsberechtigt, die sich nicht Fraktion, sondern Gruppe nennt, z.B. die Ratsmitglieder einer Wählergruppe. Die Berufung in das Ehrenbeamtenverhältnis (§ 55 h Abs. 1 Satz 2 NGO), erfolgt anders als z.B. beim Bürgermeister der Mitgliedsgemeinden von Samtgemeinden, die mit der Annahme der Wahl in das Ehrenbeamtenverhältnis berufen sind (§ 68 Abs. 3 Satz 1 NGO), nicht durch den Ratsbeschluss über die Bestimmung, sondern muss durch Ernennung vorgenommen werden

(§ 195 Abs. 1, § 7 Abs. 1 Nr. 1 NBG). Zuständig für die Ernennung, die nicht in der konstituierenden Sitzung vorgenommen werden muss, ist der Bürgermeister (§ 62 Abs. 1 Nr. 2 NGO).

Nach dem zuvor Ausgeführten würde die **Tagesordnung** für die konstituierende Sitzung folgendes Aussehen haben, wobei die Tagesordnungspunkte 8., 12. und 13. entfallen, wenn für ihre Behandlung kein Anlass besteht:

1. Eröffnung der Sitzung
2. Feststellung der Beschlussfähigkeit
3. Förmliche Verpflichtung und Pflichtenbelehrung der Ratsfrauen und Ratsherren
4. Wahl des Ratsvorsitzenden
5. Feststellung der Tagesordnung
6. Wahl der Vertreter des Ratsvorsitzenden
7. Beschluss über die Geschäftsordnung
8. Beschluss über Wahleinsprüche
9. Bildung des Verwaltungsausschusses
10. Wahl der stellvertretenden Bürgermeister
11. Bildung der Fach- und sondergesetzlichen Ausschüsse, Besetzung sonstiger Stellen
12. Vereidigung des Bürgermeisters
13. Bestimmung der Ortsvorsteher

Die Tagesordnungspunkte 1. bis 4. werden unter Leitung des Altersvorsitzenden, die Tagesordnungspunkte 5. bis 13. unter Leitung des Ratsvorsitzenden abgehandelt.

5. Besonderheiten für Mitgliedsgemeinden

In Mitgliedsgemeinden von Samtgemeinden beruft der bis zur Wahl eines neuen Bürgermeisters in der konstituierenden Ratssitzung im Amt befindliche Bürgermeister der abgelaufenen Wahlperiode den Rat ein (§ 68 Abs. 3 Satz 3 NGO). Die Konstituierung des Rates besteht in der **Wahl des Bürgermeisters** aus dem Kreis der Ratsmitglieder für die Dauer der Wahlperiode, der gleichzeitig auch den Vorsitz im Rat (§ 68 Abs. 3 Satz 2 NGO) und im Verwaltungsausschuss (§ 56 Abs. 1 Satz 3 NGO) führt. Vorschlagsberechtigt ist, wenn nicht für die Dauer der Wahlperiode auf die Bildung des Verwaltungsausschusses verzichtet wird (§ 69

Abs. 2 NGO), mit Rücksicht auf die Anrechnung des Bürgermeisters bei der Sitzverteilung (§ 69 Abs. 1 Satz 2 NGO) nur eine Fraktion oder Gruppe, die Anspruch auf mindestens einen Sitz im Verwaltungsausschuss hat (§ 68 Abs. 1 Satz 2 NGO). Da die Bildung des Verwaltungsausschusses erst nach der Wahl des Bürgermeisters in Betracht kommt, macht es diese Voraussetzung notwendig, durch eine Proberechnung im Voraus festzustellen, welche Fraktionen und Gruppen im Verwaltungsausschuss vertreten sein werden; bei einem bei der Bildung des Verwaltungsausschusses notwendig werden den Losentscheid über einen einzigen Sitz für eine Fraktion oder Gruppe (§ 51 Abs. 2 Satz 4, Abs. 3 Satz 2 NGO), der für die Proberechnung nicht durchgeführt wird, weil er bei der Bildung ein anderes Ergebnis haben kann, besteht kein Anspruch auf einen Sitz im Verwaltungsausschuss und damit kein Vorschlagsrecht. Wird kein Verwaltungsausschuss gebildet, ist jedes Ratsmitglied und jede Fraktion oder Gruppe vorschlagsberechtigt (§ 68 Abs. 2 NGO). Mit Rücksicht auf die Unterschiedlichkeit der Vorschlagsberechtigung muss über die Frage des Verzichts auf die Bildung des Verwaltungsausschusses Klarheit bestehen, so dass der diesbezügliche Beschluss, der einer Zwei-Drittel-Mehrheit bedarf (§ 69 Abs. 2 NGO), vor der Wahl des Bürgermeisters gefasst werden muss. Die Wahl erfolgt nach § 48 NGO. Mit ihrer Annahme ist der Bürgermeister mit Rücksicht auf seine Funktion als Verwaltungschef mit allen damit verbundenen Aufgaben (s. insbesondere §§ 62 bis 66 NGO) wie der hauptamtliche Bürgermeister kraft Gesetzes für die Dauer der Wahlperiode in das Ehrenbeamtenverhältnis berufen (§ 68 Abs. 3 Satz 1 NGO), und zwar auch dann, wenn nachfolgend der Rat beschließen sollte (§ 70 Abs. 1 Satz 1 NGO), dass ein Gemeindedirektor berufen wird (§ 70 Abs. 1 Satz 4 NGO); seiner Ernennung durch Aushändigung einer Urkunde bedarf es nicht (§ 194 Abs. 1 Nr. 1 NBG). Für seine Vereidigung gilt § 61 Abs. 5 Satz 1 NGO entsprechend. Auf sie wird nur dann verzichtet werden können, wenn noch in der konstituierenden Sitzung dem Gemeindedirektor die Ernennungsurkunde ausgehändigt wird (s. dazu weiter unten),

so dass der Bürgermeister zu Amtshandlungen als Verwaltungschef gar keine Gelegenheit bekommt.

Bei der **Bildung des Verwaltungsausschusses** werden in die Verteilung anders als in Gemeinden mit hauptamtlichem Bürgermeister alle Sitze einschließlich des für den Bürgermeister einbezogen. Dabei wird der Bürgermeister derjenigen Fraktion oder Gruppe angerechnet, die ihn vorgeschlagen hat (§ 69 Abs. 1 Satz 2 NGO); es kommt also nicht darauf an, welcher Fraktion oder Gruppe der Bürgermeister angehört. Ist beschlossen worden, keinen Verwaltungsausschuss zu bilden, dann gibt es keine Beigeordneten, so dass die **stellvertretenden Bürgermeister** nach § 48 NGO aus der Mitte des Rates gewählt werden (§ 68 Abs. 6 Satz 1 NGO); es besteht dasselbe Vorschlagsrecht wie bei der Wahl des Bürgermeisters in diesem Fall. Da der Bürgermeister gleichzeitig Ratsvorsitzender ist, vertreten ihn die stellvertretenden Bürgermeister über die in § 61 Abs. 6 Satz 1 NGO genannten Aufgaben hinaus auch in dieser Funktion (§ 68 Abs. 6 Satz 2 NGO); ihre Berufung in das Ehrenbeamtenverhältnis ist zur Wahrnehmung nur dieser Aufgaben nicht vorgesehen.

Auch in den Mitgliedsgemeinden hat der Bürgermeister, wenn er nicht durch Beschluss nach § 70 Abs. 1 Satz 1 NGO auf die repräsentativen Aufgaben beschränkt ist, für die Verwaltungsaufgaben einen **allgemeinen Vertreter** (§ 61 Abs. 7 NGO), den der Rat auf Vorschlag des Bürgermeisters, der die Vorbereitung durch den Verwaltungsausschuss erübrigt, durch Beschluss nach § 47 NGO beruft; es kommen dafür, soweit vorhanden, ein Bediensteter der Gemeinde, ein Ratsmitglied oder ein Bediensteter der Samtgemeinde in Betracht (§ 68 Abs. 7 NGO). Als Bezeichnung ist „Verwaltungsvertreter“ üblich geworden. Es empfiehlt sich, diese Entscheidung in der konstituierenden Sitzung zu treffen, um den kontinuierlichen Gang der Verwaltung zu gewährleisten. Da der Rat in der nächsten Wahlperiode beschließen kann, dass der Bürgermeister nicht auch Verwaltungschef ist (§ 70 Abs. 1 Satz 1 NGO), empfiehlt sich zur Vermeidung von Zweifeln, die Berufung des allgemeinen Vertreters bis zur konsti-

tuierenden Sitzung des Rates in der folgenden Wahlperiode zu begrenzen. Da er als allgemeiner, nicht nur als Verhinderungsvertreter dieselben Verwaltungsaufgaben wie der Bürgermeister wahrzunehmen hat, ist seine Ernennung zum Ehrenbeamten auf Zeit angezeigt. Der entsprechende Ratsbeschluss kann mit der Entscheidung über die Person verbunden werden (Beschlusstenor: Zum Verwaltungsvertreter wird unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Zeit bis zur konstituierenden Sitzung des Rates der im Jahre 2011 beginnenden Wahlperiode Herr X bestimmt). Die Aushändigung der allein von ihm unterzeichneten Urkunde obliegt dem Bürgermeister (§ 62 Abs. 1 Nr. 2 NGO), der auch den Diensteid abnimmt.

Wenn der Bürgermeister nur die repräsentativen Aufgaben wahrnehmen soll, muss, da das dann für die gesamte Wahlperiode gilt, der entsprechende Beschluss nach § 70 Abs. 1 Satz 1 NGO in der konstituierenden Sitzung gefasst werden, und zwar anstelle der Berufung eines Verwaltungsvertreters, die dann entfällt. Es sollte vor der konstituierenden Sitzung geklärt sein, wer in diesem Fall die Funktion des **Gemeindedirektors** übernimmt, bei seinem Einverständnis der Samtgemeindebürgermeister oder anderenfalls ein dazu bereit Mitglied des Leitungspersonals der Samtgemeinde oder deren allgemeiner Vertreter (§ 70 Abs. 1 Satz 2 NGO). Lehnt der Samtgemeindebürgermeister nämlich ab, dann bestimmt der Rat im Interesse kontinuierlicher Verwaltungsführung sinnvoller Weise in der konstituierenden Sitzung den Gemeindedirektor durch Beschluss, der (entgegen der in KommP N 2001 S. 228 noch vertretenen Ansicht) wegen des engen Zusammenhangs mit dem Beschluss nach § 70 Abs. 1 Satz 1 NGO als eher innerorganisatorischer Akt nicht der Vorbereitung durch den Verwaltungsausschuss bedarf. Der Gemeindedirektor, in Städten: Stadtdirektor, ist, ohne dass dafür ein weiterer Ratsbeschluss erforderlich ist, durch Urkunde, die der Bürgermeister aushändigt, nachdem sie von ihm und einem weiteren Ratsmitglied, das im Streitfall vom Bürgermeister bestimmt wird, unterzeichnet worden ist, in das Ehrenbeamtenverhältnis zu berufen (§ 70 Abs. 1 Satz 3 NGO); die Aushändigung

muss nicht in einer Ratssitzung erfolgen, sie empfiehlt sich aber in der konstituierenden Sitzung. Denn erst mit der Aushängung endet das durch die Wahl gesetzlich begründete Ehrenbeamtenverhältnis des Bürgermeisters (§ 70 Abs. 1 Satz 4 NGO), der also bis zu diesem Zeitpunkt Amtschef mit allen Rechten und Pflichten ist. Der Rat hat auch zu beschließen, wer **den Gemeindedirektor vertritt** und ob es sich, wie regelmäßig, um eine allgemeine oder um eine Verhinderungsververtretung handelt. Auch wenn anders als der Bürgermeister im Falle des § 61 Abs. 8 Satz 1 NGO der Gemeindedirektor kein Vorschlagsrecht für die Berufung des allgemeinen Vertreters hat, sollte im Hinblick auf die notwendige vertrauensvolle Zusammenarbeit nicht jemand gegen seinen Willen berufen werden; deshalb ist wie beim Verwaltungsvertreter des Bürgermeisters die Vorbereitung durch den Verwaltungsausschuss nicht geboten. Als allgemeiner Vertreter ist die Berufung in das Ehrenbeamtenverhältnis auf Zeit wie bei dem Verwaltungsvertreter des Bürgermeisters angezeigt. Die vom Gemeindedirektor auszuhändigende Urkunde ist von ihm und dem Bürgermeister zu unterzeichnen (§ 70 Abs. 3 Satz 2 NGO).

Für die konstituierende Ratssitzung in Mitgliedsgemeinden von Samtgemeinden hätte die Tagesordnung danach folgendes Aussehen:

1. Eröffnung der Sitzung
 2. Feststellung der Beschlussfähigkeit
 3. Förmliche Verpflichtung und Pflichtenbelehrung der Ratsfrauen und Ratsherren
 4. Beschluss über den Verzicht auf den Verwaltungsausschuss
 5. Wahl des Bürgermeisters
 6. Feststellung der Tagesordnung
 7. Beschluss über die Geschäftsordnung
 8. Beschluss über Wahleinsprüche
 9. Wenn Nr. 4. entfällt: Bildung des Verwaltungsausschusses
 10. Wahl der stellvertretenden Bürgermeister
 11. Bildung der Fach- und sondergesetzlichen Ausschüsse, Besetzung sonstiger Stellen
 12. Vereidigung des Bürgermeisters
 13. Bestimmung des allgemeinen Vertreters
- oder
13. Beschluss nach § 70 Abs. 1 Satz 1 NGO
 14. Bestimmung des Gemeindedirektors (wenn der Samtgemeindebürgermeister ablehnt)
 15. Bestimmung des Vertreters des Gemeindedirektors

Die Tagesordnungspunkte 1. bis 5. werden unter Leitung des Altersvorsitzenden, die Tagesordnungspunkte 6. bis 15. unter Leitung des Bürgermeisters abgehandelt.
(Robert Thiele)

Rathaus & Recht Nr. 26/2006

Impressum:

**Rathaus und Recht (vorgeschlagene Zitierweise: R&R)
(vormals Beratungspraxis)**

Herausgeber: Niedersächsischer Städte- und Gemeindebund

Redaktion: Robert Thiele

Arnswaldtstr. 28, 30159 Hannover

Telefon: 0511/30285-0, FAX: 0511 /30285-830

E-Mail: nsgb@nsgb.de, Homepage: <http://www.nsgb.de>

Druck: Ottdruck Braunlage

Erscheinungsweise: sechsmal jährlich

Nachdruck und Vervielfältigung, auch auszugsweise,
nur mit schriftlicher Genehmigung des Herausgebers.