

Prof. Dr. Hans D. Jarass
Universität Münster

Münsteraner Klausurenkurs im Öffentlichen Recht II

für Examinanden

5. Klausur

Musterlösung

M hat Erfolg, wenn der von ihm eingelegte Rechtsbehelf zulässig und begründet ist. Wegen der notwendigen Eile kommt hier eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO in Betracht.

A) Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung ist hier § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO einschlägig. Das Recht von Ratsmitgliedern, an den Ratssitzungen teilzunehmen und sich durch Wortbeiträge und Abstimmungen zu beteiligen, wird aus der Gemeindeordnung NRW (insbes. § 44 Abs. 1 GO NRW) hergeleitet. Die streitentscheidenden Normen gehören also dem öffentlichen Recht an, so dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt.

„Verfassungsrecht“ im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist nur Staatsverfassungsrecht, so dass eine Streitigkeit auf kommunaler Ebene auch nichtverfassungsrechtlicher Art ist. Schließlich ist auch keine abdrängende Sonderzuweisung ersichtlich. Also ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren in der Hauptsache. Welcher Antrag statthaft ist, hängt davon ab, welche Klage im Hauptverfahren statthaft wäre: Eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage kommt hier nicht in Betracht, da es hier um eine Maßnahme innerhalb der Verwaltung geht, es also an einer Außenwirkung fehlt.

Es handelt sich hier vielmehr um einen Kommunalverfassungsverstreit. Davon sind Streitigkeiten zwischen Organen oder Organteilen einer kommunalen Gebietskörperschaft über die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme umfasst, deren Rechtswirkungen sich auf die Beziehungen innerhalb der Körperschaft beschränken. Nach heute herrschender Auffassung handelt es sich hierbei nicht um eine Klageart sui generis. Auf eine richterrechtlich entwickelte Klageart eigener Art dürfe nämlich nicht zurückgegriffen werden, wenn und soweit eine der in der VwGO geregelten Verfahrensarten ausreichenden Rechtsschutz bietet (Schoch, JuS 1987, 783/788).

Hier könnte die allgemeine Leistungsklage in der Hauptsache statthaft sein. Das ist dann der Fall, wenn der Kläger eine Handlung wie etwa die Rückgängigmachung

eines Organhandelns oder ein Unterlassen begehrt (vgl. BVerwG, NVwZ 1990, 165). M begehrt hier die Teilnahme an der nächsten Ratssitzung, so dass die allgemeine Leistungsklage im Hauptsacheverfahren hätte gewählt werden müssen. Ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO ist somit statthaft, und zwar in Form der sog. Regelungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO.

III. Antragsbefugnis

Die Antragsbefugnis richtet sich nach der Klageart in der Hauptsache, deren Vorschriften entsprechend anzuwenden sind. Bei der allgemeinen Leistungsklage ist die Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO dann gegeben, wenn sich aus dem substantiierten Klägervortrag die Möglichkeit einer Verletzung von subjektiv öffentlichen Rechten ergibt, er also einen Anspruch auf das begehrte Handeln möglich erscheinen lässt.

Im Kommunalverfassungsstreitverfahren wird unabhängig von der Klageart analog § 42 Abs. 2 VwGO stets die Geltendmachung eines subjektiven Rechts in Form der Berufung des Klägers auf eigene, rechtlich besonders geschützte Mitgliedschaftsrechte aus seiner Organ- oder Organteilstellung gefordert. Als solche individuellen Mitgliedschaftsrechte eines Ratsmitglieds werden vor allem sein Recht auf Teilnahme an den Sitzungen, Beratungen und Abstimmungen angesehen (OVG Münster, DÖV 1992, 170/171), Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG, § 44 Abs. 1 GO NRW. Hierauf beruft sich M, so dass er antragsbefugt ist.

IV. Antragsgegner

Richtiger Antragsgegner ist der Klagegegner in der Hauptsache. Dieser ist bei organinternen Streitigkeiten nach der innerorganisatorischen Kompetenz – und Pflichtenzuordnung zu bestimmen (OVG Münster, DVBl 1983, 53/54). Auch wenn grundsätzlich der Bürgermeister nach § 51 Abs. 1 GO NRW für die Ordnung in den Sitzungen zuständig ist, ist doch für den Ausschluss für zukünftige Sitzungen der Gemeinderat selbst zuständig. Er, vertreten durch den Bürgermeister, § 40 Abs. 2 S. 2 GO NRW, ist damit Antragsgegner nach §§ 78 Abs. 1 Nr. 2, VwGO, 5 Abs. 1 AGVwGO NRW analog.

V. Beteiligtenfähigkeit

Der Gemeinderat könnte analog § 61 Nr. 2 VwGO beteiligtenfähig sein. Unmittelbar passt die Vorschrift nicht für Organe bzw. rechtlich verselbständigte Organteile, hinter denen nur ein Organwalter steht. Allerdings weist die VwGO insoweit eine planwidrige Unvollständigkeit auf (vgl. Schoch, Übungen im Öffentlichen Recht, S. 181). Erforderlich für die analoge Anwendung des § 61 Nr. 2 VwGO ist, dass der Gemeinderat Zuordnungssubjekt der bezüglich des Streitgegenstandes in Frage stehenden Rechte und Pflichten sein kann. Nach § 51 Abs. 2 GO NRW kann der Ausschluss eines Ratsmitglieds aufgrund eines Ratsbeschlusses erfolgen. Damit ist der Rat Zuordnungssubjekt bezüglich des Streitgegenstandes und somit beteiligtenfähig. Hinsichtlich des M geht es nicht um seine Rechtsstellung als natürliche Person, sondern um seine Eigenschaft als Teil des Rates als Organteil, das Zuordnungssubjekt des § 43 Abs. 1 GO NRW ist, so dass er nach § 61 Nr. 2 VwGO analog beteiligtenfähig ist.

Anmerkung: Vertretbar ist auch, dass M als Ratsmitglied nach § 61 Nr. 1 VwGO analog oder unmittelbar nach (nw OVG 36, 154/156) bzw. analog (v. Mutius, Kommunalrecht, S. 425 ff) § 61 Nr. 2 VwGO beteiligtenfähig ist.

VI. Prozessfähigkeit

M ist gemäß § 62 Abs. 3 VwGO analog prozessfähig (vgl. Schoch, Übungen im Öffentlichen Recht, S. 185). Der Gemeinderat ist, vertreten durch den Bürgermeister, nach § 62 Abs. 3 VwGO prozessfähig.

Anmerkung: Vertretbar ist für die Prozessfähigkeit des M auch eine analoge Anwendung von § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.

VII. Ergebnis zur Zulässigkeit

Der Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO ist damit zulässig.

B) Begründetheit

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet, wenn die in § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO normierten Voraussetzungen vorliegen und das Gericht inhaltlich die begehrte Anordnungsentscheidung zu treffen hat.

I. Anordnungsvoraussetzungen

Zunächst müssten auf Grundlage des (zumindest glaubhaft gemachten, hier) feststehenden Sachverhalts die Anordnungsvoraussetzungen gemäß § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO gegeben sein.

1. Anordnungsanspruch

Ein Anordnungsanspruch liegt vor, wenn M einen Anspruch auf Teilnahme an der nächsten Ratssitzung hat.

a) Anspruchsgrundlage

Zunächst müsste eine Anspruchsgrundlage für das Begehren des M in Betracht kommen. Aus dem die gemeindliche Willensbildung prägenden Demokratiegebot folgt das Recht des Ratsmitglieds auf gleichberechtigte Mitwirkung an den Beratungen und Entscheidungen. Alle Rats- und Ausschussmitglieder sind mit gleichen Rechten und Pflichten an der organinternen Willensbildung zu beteiligen (OVG Münster, DÖV 1992, 170/171). Einfachgesetzlichen Ausdruck findet dieser Grundsatz in §§ 44 Abs. 1, 43 Abs. 1, 42 Abs. 1, 40 Abs. 1 GO NRW.

b) Rechtmäßigkeit des Ausschlusses

Dieses Recht des M auf Sitzungsteilnahme könnte indes in zulässiger Weise durch den Ratsbeschluss ausgeschlossen worden sein. Das wäre der Fall, wenn der Ratsbeschluss rechtmäßig gewesen ist.

aa) Rechtmäßigkeit des Ausschlusses wegen Verstoßes gegen die Geschäftsordnung

Nach § 51 Abs. 2 GO NRW ist in den Fällen, in denen die Geschäftsordnung es vorsieht, der Gemeinderat zuständig für die Beschlussfassung, mit der ein Ratsmitglied für eine oder mehrere Sitzungen ausgeschlossen wird. Neben den die Ordnung der Sitzung betreffenden Ausschließungsgründen der Geschäftsordnung stehen die gesetzlichen Ausschließungsgründe des § 31 GO NRW, die sich aus der Beziehung des Beratungsgegenstandes zur Person des Ratsmitgliedes ergeben. In Betracht kommt zunächst ein Ausschluss aufgrund der Regelungen der Geschäftsordnung: Diese sieht vor, dass ein Ratsmitglied bei grob ungebührlichem Verstoß gegen die Ordnung oder die Würde der Versammlung ausgeschlossen werden kann. M kritisiert hier das Vorgehen der Verwaltung. Die Form des Vortrages lässt keinen Verstoß gegen die Ordnung erkennen. Die Annahme eines darin liegenden Verstoßes schliesse sich dann aus, wenn es sich insoweit nur um die Geltendmachung der dem M nach §§ 40 Abs. 1, 2 S. 1, 55 GO NRW obliegenden Aufgaben handelte. Nach § 40 Abs. 1 GO NRW wird die Gemeindeverwaltung ausschließlich durch den Bürgerwillen bestimmt, der gemäß § 40 Abs. 2 S. 1 GO NRW durch den Rat und den Bürgermeister vertreten wird. Gemäß § 55 Abs. 3 S. 1 GO NRW ist die Überwachung der Durchführung der Ratsbeschlüsse durch die Verwaltung Aufgabe des Rates. Dem Bürgermeister obliegt nach § 55 Abs. 1 GO NRW eine Pflicht zur Unterrichtung des Rates über alle wichtigen Verwaltungsangelegenheiten. Zur Durchführung seiner Überwachungsbefugnisse kann der Rat darüber hinaus nach § 55 Abs. 3 S. 2 GO NRW Akteneinsicht verlangen. M kritisiert hier mit der bebauungsplanwidrigen Errichtung eines Stadions am Rande des Landschaftsschutzgebietes ein Handeln der Verwaltung und begehrt ausführliche Auskunft hierüber. Damit kommt er den ihm nach §§ 40 Abs. 1, 2 S. 1, 55 GO NRW übertragenen Aufgaben nach. Ein Ordnungsverstoß liegt in den Anfragen des M nicht vor. Ein Verstoß gegen die Geschäftsordnung ist damit nicht ersichtlich. Wegen seiner kritischen Fragen konnte M daher nicht von der nächsten Ratssitzung ausgeschlossen werden.

bb) Rechtmäßigkeit des Ausschlusses wegen Besorgnis der Befangenheit

Der Ausschluss des M wäre allerdings rechtmäßig, wenn seine Teilnahme an der nächsten Ratssitzung gegen das Mitwirkungsverbot des § 43 Abs. 2 GO iVm § 31 Abs. 1 S. 1 GO NRW verstoßen würde.

(1) Voraussetzungen des Mitwirkungsverbotes

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen dieser Vorschriften hier gegeben sind: Hiernach darf ein Ratsmitglied weder beratend noch entscheidend mitwirken, wenn die Entscheidung einer Angelegenheit ihm 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. Hier geht es um die Entscheidung der Verlegung der städtischen Musikschule an den Gemeinderand. Hieraus entstehende mögliche Nachteile liegen darin, dass Eltern ihre Kinder stets mit dem Auto zu dem neuen Standort bringen müssen, da dieser nicht mit öffentlichen Verkehrsmitteln zu erreichen ist.

Anmerkung: Es konnte auch auf den Nachteil der Kinder (weitere Wege) abgestellt werden.

Unmittelbar ist ein Nachteil nach § 31 Abs. 1 S. 2 GO NRW, wenn die Entscheidung eine Person direkt berührt. Das ist der Fall, wenn der Nachteil ohne eine weitere Entscheidung eintritt. Sobald die Musikschule aufgrund eines entsprechenden Ratsbeschlusses verlegt ist, tritt für die Eltern der Nachteil ein, dass sie ihre Kinder stets zur Musikschule bringen müssen. Es ist damit keine weitere Entscheidung nötig zur Verwirklichung dieses Nachteils. Unmittelbarkeit besteht.

Der unmittelbare Nachteil müsste schließlich für M selbst bestehen. M selbst hat höheren Aufwand, wenn er seine Kinder zur Musikschule fahren muss.

Anmerkung: Wenn auf den Nachteil für die Kinder abgestellt wird, liegen die Voraussetzungen der §§ 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 31 Abs. 5 Nr. 2 GO NRW (Verwandte gerader Linie, § 1589 BGB) vor.

M durfte also nach §§ 43 Abs. 2, 31 Abs. 1 S. 1 GO NRW nicht mitwirken.

(2) Keine Geltung des Mitwirkungsverbotes im Einzelfall?

Das Mitwirkungsverbot des § 31 Abs. 1 GO NRW gilt jedoch nach § 31 Abs. 3 Nr. 1 GO NRW nicht, wenn der Nachteil nur darauf beruht, dass jemand einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden. M gehört hier zur Bevölkerungsgruppe der Eltern von Musikschülern. Der größere Aufwand, welcher in der zeitlichen Belastung durch das Bringen der Kinder besteht, trifft hier alle Gruppenmitglieder. Und nur weil M Gruppenmitglied ist, ist er von der Verlegung der Musikschule betroffen.

Damit gilt das Mitwirkungsverbot hier nicht.

Ein Ausschlussgrund ist damit nicht gegeben.

M hat somit einen Anspruch auf Teilnahme an den nächsten Ratssitzungen.

Ein Anordnungsanspruch besteht.

2. Anordnungsgrund

Des Weiteren müsste für den Erlass einer einstweiligen Anordnung ein Anordnungsgrund vorliegen. Das ist gem. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO der Fall, wenn die Regelungsanordnung zur Abwehr wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gefahr oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Ein Anordnungsgrund liegt damit vor, wenn ohne die einstweilige Anordnung das Recht des Antragstellers, also der materielle Anspruch, gefährdet würde. Die nächste Ratssitzung, für die M ausgeschlossen worden ist, soll bereits in der kommenden Woche stattfinden. Folglich würde ohne einstweilige Anordnung die Gefahr bestehen, dass der Anspruch auf Teilnahme an der Ratssitzung durch Zeitablauf vereitelt würde. Ein Anordnungsgrund liegt damit vor.

II. Anordnungsentscheidung

1. Erlass einer Regelungsanordnung

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung könnte fraglich sein, weil das Gericht gem. § 123 Abs. 3 VwGO iVm § 938 Abs. 1 ZPO darüber eine Ermessensentscheidung trifft. Dieser Verweis bezieht sich jedoch nur auf das "Wie" und eröffnet dem

Verwaltungsgericht Gestaltungsspielraum bzgl. des Anordnungsinhalts (Erichsen, Jura 1984, 644/652). Es muss daher, da die Voraussetzungen des § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO vorliegen, eine Regelungsanordnung erlassen.

2. Anordnungsinhalt

Das verwaltungsgerichtliche Ermessen bzgl. des Anordnungsinhalts ist schon wegen Art. 20 Abs. 3 GG begrenzt. Zur Sicherung eines wirksamen Rechtsschutzes darf die Hauptsache ausnahmsweise vorweggenommen werden, wenn der Antragsteller andernfalls Nachteile erlitte, die bei einem hinreichend wahrscheinlichen Obsiegen in der Hauptsache nicht mehr ausgeglichen werden könnten und die für ihn unzumutbar wären (OVG Koblenz, DÖV 1991, 215/216; OVG Lüneburg, NJW 1985, 2347/2348). Ein derartiger Ausnahmefall liegt hier vor. Ein Obsiegen des M im Hauptsacheverfahren ist hier gewiss. Auf das Hauptsacheverfahren kann er jedoch hier nicht ohne unwiederbringlichen Rechtsverlust verwiesen werden.

III. Ergebnis

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch M ist zulässig und begründet. Er hat Erfolg.

Abwandlung:

Die G-Fraktion hat einen Anspruch auf Aufnahme der Punkte auf die Tagesordnung, wenn für dieses Verlangen eine Anspruchsgrundlage besteht, deren tatbestandliche Voraussetzungen voliegend erfüllt sind.

I. Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage kommt hier die Vorschrift des § 48 Abs. 1 S. 2 GO NRW in Betracht.

II. Anspruchsvoraussetzungen

Es müssten des Weiteren die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sein.

1. Formell ordnungsgemäßer Antrag

Ein formell ordnungsgemäßer Antrag durch eine Fraktion ist hier gestellt.

2. Zusätzliches Erfordernis der Verbandskompetenz der Gemeinde?

Problematisch ist allerdings die Frage, ob der Bürgermeister formal ordnungsgemäße Tagesordnungsanträge auch dann aufnehmen muss, wenn er einen entsprechenden Beschluss für rechtswidrig hält, weil z. B. der Gegenstand nicht in die Verbandskompetenz der Gemeinde fällt.

Bei einer abstrakten Entscheidung, welche die Gemeinde nicht konkret berührt, mangelt es an einem spezifisch örtlichen Bezug, wenn sich die Gemeinde mit ihr aus

allgemeinen politischen Erwägungen auseinandersetzen will, denn sie besitzt kein allgemeinpolitisches Mandat (BVerfGE 8, 122/134; 79, 127/147; BVerwGE 87, 228/231; BVerwG, NVwZ 1991, 684 f). Demnach ist die Verbandskompetenz zu verneinen für die Erklärung des Gemeindegebiets zur atomwaffenfreien Zone (BVerwGE 87, 228/236; Uechtritz/Schlarmann, DVBl 1984, 939/942 f). Für eine solche Entscheidung hätte die Gemeinde damit hier keine Verbandskompetenz. Diese bestünde lediglich für die Erklärung des Beitritts einer Gemeinde zum Programm der Städte Hiroshima und Nagasaki zur weltweiten Kernwaffenabrüstung, weil hier ein spezifisch örtlicher Bezug gegeben ist (BVerwGE 87, 237 ff).

Für den zuerst genannten Tagesordnungspunkt stellt sich daher die Frage nach dem sachlichen Prüfungsrecht des Bürgermeisters. Ob der Bürgermeister eine Aufnahme verweigern kann, wenn er der Meinung ist, die Gemeinde (Art. 28 Abs. 2 GG) und damit der Rat (§ 41 Abs. 1 GO NRW) seien nicht zuständig, wird streitig beantwortet (dafür etwa Erichsen, § 7 A 1 c aa; Zuleeg, StuGB 1984, 99; Raum, DÖV 1985, 820/824; dagegen nw OVG 37, 68; 40, 266; OVG Lüneburg, DVBl 1984, 734/735 f; Schoch, DVBl 1986, 132).

Dementsprechend sind beide Auffassungen vertretbar. Für die ablehnende Meinung spricht indes zunächst, dass eine sachliche Prüfung der Zuständigkeit dem zuständigen Organ obliegen sollte, also dem Rat. Des Weiteren sprechen gegen ein sachliches Prüfungsrecht des Bürgermeisters sowohl der Wortlaut des § 48 GO NRW als auch dessen Zielsetzung des Minderheitenschutzes. Allerdings lässt sich mit entsprechender Argumentation auch gut vertreten, dass dieser Minderheitenschutz nur innerhalb der Verbandskompetenz und nicht ultra vires vorgesehen sein kann und stattfinden darf (in diese Richtung insbesondere Erichsen, aaO; Krux, StuGB 1983, 295 f; Raum, DÖV 1985, 820/824).