

Mitteilungsvorlage (öffentlich) (1/0127/2021)	
Datum:	Dannenberg (Elbe), 25.03.2021
Sachbearbeitung:	Herr Rhode , Fachbereich 1 Zentrale Dienste

Beratungsfolge	Termin	Behandlung	TOP
Rat der Gemeinde Zernien	25.03.2021	Kenntnisnahme	

Das Mitwirkungsverbot nach § 41 NKomVG

Sachverhalt:

Die Kommunalaufsicht hat mit Datum vom 05.03.2021 Herrn Bürgermeister Schulz einen Hinweis zum Mitwirkungsverbot nach § 41 NKomVG gegeben. Die Behörde nimmt in diesem Schreiben Bezug auf das Abstimmungsverhalten zur Gewährung eines Zuschusses an den Trägerverein des Waldbades Zernien in TOP 9 der vergangenen Sitzung des Rates der Gemeinde Zernien am 17.02.2021.

Hier hatte Herr Lars-Oliver Schulz an der Abstimmung teilgenommen, obwohl er als Vorsitzender des Trägervereins ggf. dem Mitwirkungsverbot aus § 41 NKomVG unterliegt.

Die Kommunalaufsicht hat den Vorgang ausdrücklich nicht geprüft. Sie hat daher auch keinen konkreten Verstoß festgestellt! Die Behörde gibt aber zu bedenken, dass Beschlüsse unter Verletzung der Vorschriften des § 41 NKomVG zu dessen Unwirksamkeit führen können.

Sie bittet daher in Zukunft um sorgfältige Prüfung ggf. vorliegender Mitwirkungsverbote.

In diesem Zusammenhang möchte die Verwaltung bereits an dieser Stelle deutlich machen, dass es nicht Amtspflicht des Hauptverwaltungsbeamten (HVB) ist, die Sachverhalte der Beratungsgegenstände darauf zu prüfen, ob für ein Mitglied der Vertretung das Mitwirkungsverbot besteht. Vielmehr hat das Mitglied der Vertretung eine Betroffenheit selbst mitzuteilen (§ 41 Abs. 4 Satz 1 NKomVG). Sollte der HVB jedoch nach Studium der Akten einen Hinweis auf ein mögliches Mitwirkungsverbot haben, sollte er den Betroffenen vor der Beratung des Tagesordnungspunktes befragen.

Um den Rat nochmals für dieses Thema zu sensibilisieren, möchte die Verwaltung mit den folgenden Ausführungen die zentralen Inhalte der Vorschrift noch einmal erläutern.

Das Mitwirkungsverbot nach § 41 des Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetzes (NKomVG)

Das Mitwirkungsverbot ist in Niedersachsen im § 41 NKomVG geregelt. Die Norm hat folgenden Inhalt:

§ 41 Mitwirkungsverbot

(1) Ehrenamtlich Tätige dürfen in Angelegenheiten der Kommunen nicht beratend oder entscheidend mitwirken, wenn die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil für folgende Personen bringen kann:

- 1. sie selbst,**
- 2. ihre Ehegattin, ihren Ehegatten, ihre Lebenspartnerin oder ihren Lebenspartner im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes,**
- 3. ihre Verwandten bis zum dritten oder ihre Verschwägerten bis zum zweiten Grad während des Bestehens der Ehe oder der Lebenspartnerschaft im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes oder**
- 4. eine von ihnen kraft Gesetzes oder Vollmacht vertretene Person.**

Als unmittelbar gilt nur derjenige Vorteil oder Nachteil, der sich aus der Entscheidung selbst ergibt, ohne dass, abgesehen von der Ausführung von Beschlüssen nach § 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, weitere Ereignisse eintreten oder Maßnahmen getroffen werden müssen. 3Satz 1 gilt nicht,

wenn die ehrenamtlich Tätigen an der Entscheidung der Angelegenheit lediglich als Angehörige einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe beteiligt sind, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden.

- (2) *Das Verbot des Absatzes 1 Sätze 1 und 2 gilt auch für ehrenamtlich Tätige, die gegen Entgelt bei einer natürlichen oder juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts oder einer Vereinigung beschäftigt sind, wenn die Entscheidung diesen Dritten einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann.*
- (3) *Das Verbot des Absatzes 1 Sätze 1 und 2 gilt nicht für*
- 1. die Beratung und Entscheidung über Rechtsnormen,*
 - 2. Beschlüsse, welche die Besetzung unbesoldeter Stellen oder die Abberufung aus ihnen betreffen,*
 - 3. Wahlen,*
 - 4. ehrenamtlich Tätige, die dem Vertretungsorgan einer juristischen Person als Vertreterin oder Vertreter der Kommune angehören.*
- (4) *Wer annehmen muss, nach den Vorschriften der Absätze 1 und 2 an der Beratung und Entscheidung gehindert zu sein, hat dies vorher mitzuteilen. Ob ein Mitwirkungsverbot besteht, entscheidet die Stelle, in der oder für welche die ehrenamtliche Tätigkeit ausgeübt wird. Wird über eine Rechtsnorm beraten oder entschieden (Absatz 3 Nr. 1), so hat die ehrenamtlich tätige Person vorher mitzuteilen, wenn sie oder eine der in Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 genannten Personen ein besonderes persönliches oder wirtschaftliches Interesse am Erlass oder Nichterlass der Rechtsnorm hat.*
- (5) *Wer nach den Vorschriften der Absätze 1 und 2 gehindert ist, an der Beratung und Entscheidung einer Angelegenheit mitzuwirken, hat den Beratungsraum zu verlassen. Bei einer öffentlichen Sitzung ist diese Person berechtigt, sich in dem für Zuhörerinnen und Zuhörer bestimmten Teil des Beratungsraumes aufzuhalten.*
- (6) *Ein Beschluss, der unter Verletzung der Vorschriften der Absätze 1 und 2 gefasst worden ist, ist unwirksam, wenn die Mitwirkung für das Abstimmungsergebnis entscheidend war. § 10 Abs. 2 Satz 1 gilt jedoch entsprechend. Wenn eine öffentliche Bekanntmachung des Beschlusses nicht erforderlich ist, beginnt die Frist nach § 10 Abs. 2 Satz 1 mit dem Tag der Beschlussfassung.*

Erläuterungen zur Norm

I. Zweck

Die Vorschrift dient dem Zweck, die Sauberkeit der Kommunalverwaltung sicherzustellen, Korruption zu verhindern und schon ihren bösen Anschein sowie die Gefahren für das Vertrauen des Bürgers in die Objektivität der Verwaltung zu bekämpfen.

II. Wer muss vom Vor- oder Nachteil betroffen sein?

Das Mitwirkungsverbot gilt vorliegend nicht nur, wenn der Mandatsträger selbst von einem Vor- oder Nachteil betroffen ist, sondern auch

- ✓ sein Ehegatte oder Lebenspartner nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz,
- ✓ seine Verwandten bis zum 3. Grade (§ 1589 BGB: Eltern, Großeltern, Kinder (auch im Falle der Adoption), Enkel, Urenkel, Geschwister, Nichten, Neffen, Onkel, Tanten),
- ✓ seine Verschwägerten bis zum 2. Grade (§ 1590 BGB: Eltern, Großeltern, Kinder, Enkel, Geschwister des anderen Ehegatten), jedoch (entgegen § 1590 Abs. 2 BGB) nur solange, wie die die Schwägerschaft vermittelnde Ehe besteht,
- ✓ die von ihm kraft Gesetzes oder Vollmacht vertretene natürliche oder juristische Person (vgl. z.B. § 1793 BGB „Vormund“, § 26 BGB „Vereinsvorstand“, § 78 AktG „Vorstand Aktiengesellschaft“, § 10 Abs. 1 NSpG „Vorstand Sparkasse“ etc.) mit Ausnahme des in Abs. 3 Nr. 4 bezeichneten Sonderfalls. Vorstandsmitglieder sind nur vom Mitwirkungsverbot betroffen, wenn sie zur Vertretung der juristischen Person befugt sind, und zwar unabhängig davon, ob sie Allein- oder mit anderen Gesamtvertreter sind. Auch Abgeordnete als Vertreter der Unterzeichner eines Bürgerantrags und –begehrens (§§ 31 Abs. 2, 32 Abs. 3 NKomVG) sind von der Mitwirkung an dessen Behandlung im Rat oder Verwaltungsausschuss

Damit besteht für alle Beschlüsse, die keiner Ausführung bedürfen, wie Geschäftsordnungsbeschlüsse, Resolutionen, Stellungnahmen oder Einvernehmenserklärungen kein Mitwirkungsverbot. Ebenso wenig besteht ein Mitwirkungsverbot bei Vorentscheidungen, die noch der Umsetzung durch weitere Entscheidungen bedürfen (Beispiele: Beschluss über die Zusammenfassung mehrerer Erschließungsanlagen zu einem Abrechnungsgebiet vor Erlass der Abgabensatzung und der Beitragsbescheide; der Beschluss über eine Planungsmaßnahme vor der Vergabeentscheidung).

V. Wie konkret bzw. erheblich muss der unmittelbare Vor- oder Nachteil sein?

Soweit ein Mitwirkungsverbot besteht, genügt die konkrete, nicht nur theoretische Möglichkeit eines unmittelbaren Vor- oder Nachteils. Dieser muss nicht erheblich und kann auch ideeller Art sein (Beispiel: Beeinträchtigung der Ehre des Vaters eines Mandatsträgers durch Ratsbeschluss zur Umbenennung einer nach ihm benannten Straße).

Ein zumindest ideelles Interesse besteht unter anderem auch beim HVB bezüglich der ihm zu erteilenden Entlastung gem. §§ 129 Abs. 1, 58 Abs. 1 Nr. 10 NKomVG, jedenfalls soweit es um seine Amtszeit geht, weil mit dieser zumindest seine bisherige Amtsführung gebilligt und ihm das Vertrauen für die künftige Verwaltungsführung ausgesprochen wird. Der HVB kann zwar an den Verhandlungen über den Jahresabschluss und den konsolidierten Gesamtabchluss, den Schlussbericht des Rechnungsprüfungsamtes und seine Stellungnahme dazu teilnehmen, nicht aber an den Verhandlungen und dem Beschluss über die Entlastung.

VI. Definition des Begriffs „Berufs- und Bevölkerungsgruppe“ in Abs. 1 Satz 3

Vom Zweck der Vorschrift des § 41 Abs. 1 Satz 3 NKomVG her ist der Begriff der Berufs- und Bevölkerungsgruppe zunächst auf die gesamte Kommune zu beziehen und nicht nur auf Teile von ihr (Straßen, Ortschaften, kreisangehörige Gemeinde etc.). Er ist zudem weit zu fassen, so dass ihm jeder nach objektiven Merkmalen bestimmbarer Personenkreis, auch Gruppen juristischer Personen, unterfallen kann.

Beispiele:

- ✓ die Gruppe der Gewerbetreibenden bei der Entscheidung über die Festsetzung der Höhe der Gewerbesteuer,
- ✓ die Grundsteuerpflichtigen bei der Festsetzung des Grundsteuerhebesatzes,
- ✓ die Hausbesitzer bei der Entscheidung über Anliegerbeiträge oder Grundsteuern,
- ✓ Die Stärke der jeweiligen Gruppe spielt dabei grundsätzlich keine Rolle. Das OVG Lüneburg hat jedoch entschieden, dass die Gruppe nicht nur durch ein Mitglied, sondern durch eine größere Anzahl von Mitgliedern tatsächlich vertreten ist.

Nicht zu einer Gruppe gehören (weil nicht auf die gesamte Kommune bezogen):

- ✓ die Grundstückseigentümer des Gebietes eines Bebauungsplans
- ✓ die Teilnehmergeinschaft nach dem Flurbereinigungsgesetz
- ✓ die Hausbesitzer bei der Entscheidung über Anliegerbeiträge in einer bestimmten Straße

VII. Personenkreis nach Abs. 2

Abs. 2 betrifft nur den ehrenamtlich Tätigen selbst, nicht auch den in Absatz 1 Satz 1 genannten sonstigen Personenkreis (Ehegatten, Verwandte etc.). Nach dem Sinn der Vorschrift sind nur Beschäftigungsverhältnisse gemeint, innerhalb deren eine Abhängigkeit des Beschäftigten besteht, also Beamten-, Dienst- und Arbeitsverhältnisse. Werkverträge oder Verträge mit Rechtsanwälten sind daher unbeachtlich.

Zu den „juristischen Personen“ gehören bei dieser Norm auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die Handelsgesellschaft dazu.

Entgelt im Sinne dieses Absatzes ist Vergütung, nicht dagegen Aufwandsentschädigung. Die Art der Tätigkeit, leitend oder untergeordnet, ist ohne Belang. Die Vorschrift gilt ohne Einschränkung auch für Angehörige des öffentlichen Dienstes, und zwar unabhängig davon, ob aufgrund ihrer Beschäftigung tatsächlich ein Interessenwiderstreit anzunehmen ist. Entscheidend ist nur, ob bei der natürlichen oder juristischen Person oder Vereinigung, bei der sie beschäftigt sind, ein unmittelbarer Vor- oder Nachteil eintreten kann. Ist dies der Fall, sind alle bei ihr Beschäftigten vom Mitwirkungsverbot erfasst. Auch hier gilt das Mitwirkungsverbot nicht bei den in Abs. 3 genannten Angelegenheiten.

VIII. Pflicht zur Mitteilung des Mitwirkungsverbotes

Das Gesetz weist die Verpflichtung, ein Mitwirkungsverbot mitzuteilen, in Abs. 4 Satz 1 dem Betroffenen zu. Es ist nicht die Amtspflicht des HVB, die Sachverhalte der Beratungsgegenstände darauf hin zu prüfen, ob für ein Mitglied des Rates ein Mitwirkungsverbot besteht. Lediglich in den Fällen, in den ihm aus den Verwaltungsakten ein Mitwirkungsverbot bekannt ist, sollte er den Vorsitzenden (bei Mitgliedsgemeinden ist es der HVB selbst) auf den Sachverhalt hinweisen, damit dieser das betreffende Mitglied dazu befragen kann.

Besteht ein Mitwirkungsverbot, hat der betroffene Mandatsträger nach Abs. 5 den Raum zu verlassen oder bei öffentlichen Sitzungen zumindest im Zuhörerraum Platz zu nehmen.

Bestehen Zweifel über das Bestehen eines Mitwirkungsverbotes (insbesondere wenn ein befangener Mandatsträger sich weigert, den Raum zu verlassen) und wird ein Antrag auf Entscheidung gestellt, entscheidet der Rat über das Bestehen des Mitwirkungsverbotes. Die Entscheidung darüber kann nicht auf den Vorsitzenden übertragen werden. Dieser Beschluss des Rates bedarf nicht der Vorbereitung durch den Verwaltungsausschuss. Das betroffene Mitglied darf an dieser Entscheidung nicht mitwirken.

IX. Folgen des Mitwirkungsverbotes

1. Das Mitwirkungsverbot ist zu Unrecht angenommen worden und der Betroffene wurde ausgeschlossen

Ist ein Mitwirkungsverbot zu Unrecht angenommen worden, bleibt der Beschluss zunächst wirksam, solange der Betroffene nicht die Verletzung seiner Mitgliedschaftsrechte geltend macht und die Unwirksamkeit durch ein Gericht festgestellt wird.

In diesem Fall kommt es auch nicht darauf an, ob die Stimme des unberechtigt ausgeschlossenen Mandatsträgers ausschlaggebend war. Die Klagebefugnis des Betroffenen entfällt allerdings, wenn er sich der Stimme nur enthalten hat und es keinen Ratsbeschluss zum Ausschluss des Mandatsträgers gegeben hat.

Die Klage des Mandatsträgers darf sich sodann nur gegen den Beschluss über den Ausschluss richten, nicht jedoch gegen den Sachbeschluss.

2. Ein Mandatsträger hat an einem Sachbeschluss mitgewirkt, obwohl ein Mitwirkungsverbot bestand

Ein Beschluss, der unter Verletzung der Vorschriften der Abs. 1 und 2 gefasst wurde, ist unwirksam, wenn die Stimmabgabe des befangenen Mandatsträgers ausschlaggebend war (sogenannte relative Unwirksamkeit). Er ist also wirksam, wenn der befangene Mandatsträger zwar an der Abstimmung teilgenommen hat, die Stimmabgabe aber nicht entscheidend war. Der Beschluss bleibt auch wirksam, wenn der betroffene Mandatsträger zwar an der Beratung teilgenommen hat, nicht jedoch an der Abstimmung. Gleiches gilt, wenn der Betroffene nicht mitgestimmt hat, jedoch den Beratungsraum nicht verlassen hat. Auch dann bleibt der Beschluss wirksam.

Für Beschlüsse gilt die Heilungsvorschrift des § 10 Abs. 2 NKomVG (Satzungen, die unter Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften erlassen worden sind) entsprechend, soweit es sich um einen Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot handelt (also nicht der Fall des zu Unrecht angenommenen Mitwirkungsverbotes aus Ziffer 1). Wie bei Satzungen kann sich in diesem Fall aber jedermann auf den Mangel berufen, soweit er nicht innerhalb der Jahresfrist geltend gemacht wird.

Die Verwaltung möchte abschließend deutlich machen, dass der am 17.02.2021 unter Top 9 gefasste Beschluss zur Gewährung eines Zuschusses an den Trägerverein des Waldbades Zernien auf jeden Fall wirksam ist. Der Rat hat den Zuschuss einstimmig bei 3 Enthaltungen beschlossen. Die Stimme von Herrn Lars-Oliver Schulz war nicht ausschlaggebend.

Anlagen:

-