



MEISTERERNST DÜSING MANSTETTEN

Rechtsanwältinnen
Rechtsanwälte · Notarin

Per Mail: fraktion@gruene-do.de; p.kesper@gruene-do.de;

Bündnis 90/Die Grünen im Rat der Stadt Dortmund
Ratsfraktion Dortmund
z. Hd. des Fraktionsvorsitzenden Herrn Mario Krüger
Friedensplatz 1

44135 Dortmund

Nr.: 2406/10	Grüne Dortmund / Beratung III	Sekretariat: Thomas Gottwald Durchwahl: 52091 - 15 achelpoehler@meisterernst.de	05.04.2012	ach/th
--------------	----------------------------------	---	------------	--------

Sehr geehrter Herr Krüger,

Sie baten mich um eine rechtliche Beurteilung der folgenden Frage:

Derzeit finden Verhandlungen zwischen der Stadt Dortmund und der RWE AG statt. Gegenstand der Verhandlungen ist der im Hinblick auf die DEW 21 GmbH geschlossene und demnächst auslaufende Konsortialvertrag zwischen der RWE AG und der Stadtwerke Dortmund AG. Der Oberbürgermeister der Stadt Dortmund, Herr Sierau ist seit dem 20.11.2011 Mitglied im Aufsichtsrat der RWE AG, ohne diesem Gremium als Vertreter oder auf Vorschlag der Stadt Dortmund anzugehören.

Gefragt ist danach, ob für Oberbürgermeister Sierau im Hinblick auf die Beratungen und Beschlussfassungen über die Fortschreibung des Konsortialvertrages ein Ausschließungsgrund nach § 31 Gemeindeordnung besteht.

Zu dieser Frage kann ich wie folgt Stellung nehmen:

1.

Der Bürgermeister ist nach § 40 Abs. 2 S. 2 GO Mitglied des Rates. § 40 Abs. 2 S. 2 GO bestimmt:

„Der Rat besteht aus den gewählten Ratsmitgliedern und dem Bürgermeister (Mitglied kraft Gesetzes).“

Oberbürgermeister Sierau ist damit Mitglied des Rates.

Bernd Meisterernst
Fachanwalt für Arbeits- und
Sozialrecht, Notar a.D.

Mechtild Düsing
Notarin, Fachanwältin für
Agrarrecht, Erbrecht und
Verwaltungsrecht

Dietrich Manstetten
Fachanwalt für
Arbeitsrecht

Dr. Frank Schulze
Fachanwalt für
Verwaltungsrecht
Dipl.- Verwaltungswirt

Klaus Kettner
Fachanwalt für
Arbeits- und Sozialrecht

Wilhelm Achelpöehler
Fachanwalt für
Verwaltungsrecht,
Urheber- und Medienrecht

Prof. Dr. Axel Stein
Rechtsanwalt,
Arbeitsrecht · Erbrecht

Burkard Lensing, LL.M.
Fachanwalt für
Versicherungsrecht,
Master of Insurance Law

Dr. Dirk Schuhmacher
Fachanwalt für Agrarrecht

Veronica Bundschuh
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Dr. Rita Coenen
Fachanwältin für
Familien- und Sozialrecht

Kathrin Ollech
Rechtsanwältin

**Jutta Sieverdingbeck-
Lewers**
Rechtsanwältin

Franziska Langenbach
Rechtsanwältin

Geiststraße 2
D-48151 Münster
Tel. 0251/5 20 91-0
Fax 0251/5 20 91-52
E-Mail: post@meisterernst.de
www.meisterernst.de

Sparkasse Münsterland Ost
Kto.-Nr. 299 602
BLZ 400 501 50

Postbank Dortmund
Kto.-Nr. 162 811-461
BLZ 440 100 46

UStNr.: 337/5716/0084



§ 50 Abs. 6 GO ordnet an:

„Ein Mitglied, in dessen Person ein Ausschließungsgrund nach § 31 GO besteht, kann an der Beratung und Abstimmung nicht teilnehmen.“

Oberbürgermeister Sierau ist damit von Beratung und Beschlussfassung ausgeschlossen, wenn ein Ausschließungsgrund nach § 31 GO vorliegt.

Nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 GO besteht ein Mitwirkungsverbot, wenn der Betreffende

„Mitglied des Vorstands, des Aufsichtsrats oder eines gleichartigen Organs einer juristischen Person oder einer Vereinigung ist, der die Entscheidung an unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann, es sei denn, er gehört den genannten Organen als Vertreter oder auf Vorschlag der Gemeinde an.“

Oberbürgermeister Sierau gehört dem Aufsichtsrat der RWE AG an, ohne Vertreter der Gemeinde zu sein oder von ihr für den Aufsichtsrat vorgeschlagen zu sein. Damit gilt für ihn der Ausschlussgrund des § 31 GO für Entscheidungen, die der RWE AG einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann.

2.

Meine Rechtsauffassung, wonach das Mitwirkungsverbot des § 31 GO auch für den Bürgermeister gilt, entspricht der nahezu einhelligen Auffassung in der rechtswissenschaftlichen Kommentarliteratur. Rechtsprechung des OVG NW zu dieser Frage existiert noch nicht.

So heißt es in der Kommentierung von Faber in: Becker/Decker/Kirchhof/Krämer/Wansleben, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, § 50 Nr. 12 wie folgt:

„Durch das Gesetz zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung vom 09.10.2007 (GV NRW S. 380) wurde mit Absatz 6 erstmals in die Gemeindeordnung eine eigenständige Befangenheitsregelung für die Mitglieder der Kommunalvertretungen eingeführt. Als „Mitglied“ sind sowohl Ratsmitglieder, sachkundige Bürger, sachkundige Einwohner sowie der Bürgermeister erfasst, wenn in deren Person ein Ausschließungsgrund nach § 31 GO vorliegt (...) Durch die Verweisung in § 50 Abs. 6 werden für die Beratung zu einer Abstimmung und die Abstimmung selbst die Ausschließungsgründe des § 31 GO de lege lata auch auf Ratsmitglieder und den hauptamtlichen Bürgermeister als Mitglied des Rates kraft Gesetzes nach § 40 Abs. 2 S. 2 GO (mit gewissen Einschränkungen, vgl. sodann) für anwendbar erklärt (...) In der Person des hauptamtlichen Bürgermeisters bei der Beratung und Entscheidung entstehende Interessenskonflikte regelte die Gemeindeordnung bisher nicht. Um den Bürgermeister gleichwohl in einer solchen Situation an einer Beratung und Entscheidung zu hindern, bedurfte es bisher eines Rückgriffs auf die Befangenheitstatbestände des Landesbeamtengesetzes sowie des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Mit dem Absatz 6 wird im Rahmen der Gemeindeordnung auch für den Bürgermeister ein eigener Ausschließungsgrund geschaffen. Dies betrifft allerdings nicht nur persönliche, d. h. nicht aus der Stellung als Hauptverwaltungsbeamter erwachsene Ausschließungsgründe im Rahmen von Beratungen zur Abstimmungen und Abstimmungen i.S.d. § 50 Abs. 1 – 5 GO; bei anderen Verfahrenshandlungen des Bürgermeisters im Rahmen einer Ratssitzung und bei der Vorbereitung einer Ratssitzung ist ausschließlich auf die Befangenheitstatbestände des Landesbeamtengesetzes (insbesondere § 47 LBG NRW) sowie des Verwaltungsverfahrensgesetzes abzustellen.“

Ebenso: Geiger in: Articus/Schneider, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage, 2004, § 50 Nr. 7:

„Durch die GO-Reform des Jahres 2007 wurde mit Abs. 6 erstmals eine eigenständige Befangenheitsregelung für die Mitglieder der kommunalen Gremien aufgenommen. Anwendung findet diese Rege-

lung nicht nur auf Ratsmitglieder, sondern auch auf sachkundige Bürger bzw. Einwohner sowie den Bürgermeister, sofern diese in ihrer Person einen der in § 31 normierten Ausschließungsgründe verwirklichen.“

Ebenso die Kommentierung bei Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Gemeindeordnung, 36. Ergänzungslieferung Januar 2011, § 50 Nr. VII:

„Abs. 6 enthält eine eigenständige Befangenheit zur Regelung für Mitglieder der Kommunalvertretung und des Bürgermeisters (dieser „ist Mitglied Kraft Gesetzes“ - § 40 Abs. 2 S. 2) für den Fall, dass in der jeweiligen Person ein Ausschließungsgrund nach § 31 vorliegt (...) § 31 ist bereits durch Verweisung in § 43 Abs. 2 auf Ratsmitglieder anwendbar. Insofern handelt es sich in § 50 Abs. 6 um eine Doppelregelung. Beim hauptamtlichen Bürgermeister musste bislang im Fall der Befangenheit auf Regelungen des Landesbeamtengesetzes sowie des Verwaltungsverfahrensgesetzes zurück gegriffen werden. Dies ist durch den neuen § 50 Abs. 6 nunmehr entbehrlich.“

Allein Wansleben äußert in: Becker/Decker/Kirchhof/Krämer/Wansleben, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen in der Kommentierung zu § 40 Nr. 5 eine andere Rechtsauffassung.

Wansleben ist der Auffassung, dass die Regelungen über den Ausschluss des Stimmrechts des Bürgermeisters in § 40 Abs. 2 S. 5 und 6 GO eine abschließende Regelung ist, die Befangenheitsvorschrift des § 31 GO deshalb für den Bürgermeister grundsätzlich nicht gilt. Wansleben führt insoweit aus:

„Unterschiedliche Auffassungen können zu der Frage bestehen, ob § 31 GO nach § 50 Abs. 6 GO auch für den Bürgermeister bei Abstimmungen im Rat oder in Ausschüssen anzuwenden ist. (...) Formal ist das Stimmrecht des Bürgermeisters in § 40 Abs. 2 Sätze 5 und 6 geregelt, da die Spezialnorm die Generalnorm verdrängt, würde insoweit § 40 Abs. 2 abschließend regeln, wenn es sich hier um eine entsprechend spezielle Regelung handelt. Die Gesetzesbegründung zu der Änderung in 2007 (LT Drs. 143979 Seite 135) ist insoweit nicht völlig eindeutig, spricht aber auch in ihrer Behandlung im Landtag im Ergebnis für die Annahme, dass hier durch eine Spezialnorm Abschließendes geregelt werden sollte: „Die Frage, ob der Bürgermeister im Rat“ das gleiche Stimmrecht wie ein Ratsmitglied hat, hatte in der Vergangenheit Anlass zu Zweifeln gegeben. Der Gesetzgeber hatte darauf mit dem Änderungsgesetz vom 28.03.2000 reagiert. In § 40 Abs. 2 S. 5 wurden in generalisierender Form die Tatbestände genannt, bei denen der Bürgermeister – unabhängig von der sonstigen Begrifflichkeit – mitstimmt. In § 40 Abs. 2 S. 6 wurden die Tatbestände abschließend genannt, in denen der Bürgermeister von der Abstimmung ausgeschlossen ist.“

Die Verwendung des Begriffes „abschließend“ lässt den Schluss darauf zu, dass allein § 40 Abs. 2 S. 6 die Fälle darstellt, in denen der Bürgermeister an der Mitstimmung gehindert sein soll“.

Allein Wansleben vertritt also die Auffassung, § 31 sei auf dem Bürgermeister überhaupt nicht anwendbar, hier seien allein die allgemeinen beamtenrechtlichen Regelungen sowie die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes anwendbar.

3.

Ich halte die überwiegende Meinung in den Kommentierungen für zutreffend, wonach auch auf den Bürgermeister über § 50 Abs. 6 GO die Regelung des § 31 GO Anwendung findet. Für diese Auslegung spricht zum einen der klare Wortlaut der Norm.

Auch die Systematik spricht für diese Auslegung. Die Auffassung von Wansleben, die Bestimmung des § 40 Abs. 2 S. 5 GO regle abschließend die Fälle, in denen ein Bürgermeister nicht mitstimmen dürfe und stelle gegenüber der Norm des § 50 Abs. 6 GO eine Spezialregelung dar, überzeugt nicht. Eine Spezialregelung läge nur dann vor, wenn derselbe Gegenstand geregelt würde. § 40 Abs. 2 GO regelt

allein die Frage, ob und wann ein Bürgermeister Stimmrecht im Rat hat. Die Bestimmung des § 50 Abs. 6 GO regelt, wann die Mitglieder im Rat von ihrem Stimmrecht Gebrauch machen dürfen. Auch ein wegen Befangenheit von der Mitwirkung ausgeschlossenes Mitglied hat grundsätzlich Stimmrecht im Rat, ist allerdings im konkreten Einzelfall von der Beratung ausgeschlossen.

Auch die Entstehungsgeschichte der Norm spricht nicht für die Auslegung von Wansleben. Das kommt insbesondere in den Ausführungen der Gesetzesbegründung zu § 50 Abs. 6 GO zum Ausdruck, LT-Drs. 14/3979, S. 135. In dieser Gesetzesbegründung wird ausdrücklich der Wille des Gesetzgebers formuliert, die Befangenheitsvorschrift des § 31 GO auch auf den Bürgermeister zu erstrecken:

„Mit Absatz 6 – neu – wird in die Gemeindeordnung erstmals eine eigenständige Befangenheitsregelung für die Mitglieder der Kommunalvertretungen eingeführt. Als „Mitglied“ sind sowohl Ratsmitglieder, sachkundige Bürger, sachkundige Einwohner sowie der Bürgermeister erfasst, wenn in deren Person ein Ausschlussgrund nach § 31 vorliegt. Für den sachkundigen Einwohner ist der Regelungsgehalt auf dessen Teilnahme an der Beratung beschränkt.“

Es war also ausdrücklich Wille des Gesetzgebers den Bürgermeister in den Fällen, bei denen ein Ausschlussgrund nach § 31 gegeben ist, von der Mitwirkung auszuschließen.

4.

Oberbürgermeister Sierau ist deshalb von den Beratungen über die Vergabe von Aufträgen im Zusammenhang mit der Neuausrichtung der DEW 21 von der Beratung und Beschlussfassung ebenso ausgeschlossen, wie von den Beratungen über den „Masterplan Energiewende“.

Denn durch die hier in Rede stehenden Entscheidungen kann der RWE AG ein Vor- oder Nachteil entstehen (a),

dieser Vorteil ist auch „unmittelbar“ im Sinne von § 31 Abs. 2 Nr. 2 GO (b),

unerheblich ist insoweit, dass Oberbürgermeister Sierau im Aufsichtsrat der RWE AG tätig ist und nicht in einem Aufsichtsrat derjenigen RWE-Töchter, die die direkten Vertragspartner der Stadt Dortmund sind (c).

(a)

Der Vor- bzw. Nachteil für die RWE AG also der Ausschluss nach § 31 GO betrifft alle Beratungen und Entscheidungen, bei denen ein unmittelbarer Vorteil oder Nachteil für die RWE AG entstehen kann. Der Begriff „Vorteil“ oder „Nachteil“ ist weit auszulegen, damit auch nur der Anschein von Korruption in der Kommunalpolitik vermieden wird,

OVG NW, Urteil vom 12.09.1962, OVGE 8, 104, Wansleben in: Becker/Decker/Kirchhof/Kremer/Wansleben, § 31 Rn. 3.1.

Für das Mitwirkungsverbot genügt bereits „die bloße Möglichkeit“, dass ein Vorteil oder Nachteil entsteht. Eine Interessenskollision ist also keineswegs nur dann gegeben, wenn tatsächlich ein Widerstreit von Interessen vorliegt.

Ausreichend für einen Vor- oder Nachteil im Sinne des § 31 Abs. 2 Nr. 2 GO NW ist nicht nur ein wirtschaftlicher Vorteil, der Vor- oder Nachteil kann in jedwedem Interesse bestehen.

Wansleben a. a. O.

In diesem Sinne sieht die Verwaltungsvorlage, Drs. 06698-12, konkrete Vorgaben an die zu beauftragenden Gutachter vor, die eine Weichenstellung für die weitere Stellung der RWE AG bei der Neuaus-

richtung von DEW 21 sind. Gegenstand der Verwaltungsvorlage ist gerade die Frage, „inwieweit RWE bei der Entwicklung von Dortmund als Modellstadt in die Energiewende eingebunden werden kann“, Anträge der Linken sehen vor, „primär die Möglichkeit für eine möglichst vollständige Rekommunalisierung der DEW 21“ zu untersuchen, Gutachter, die bereits „im Auftrag von konkurrierenden Unternehmen auf dem Energiesektor – insbesondere für EWE ... - in Erscheinung getreten sind oder diese Unternehmen als Drittmittelgeber für den Gutachter oder sein Institut tätig sind“, sollen von der Auftragsvergabe ausgeschlossen sein. Die Fraktion FDP/Bürgerliste sieht eine Prüfung der „Übernahme von RWE-Anteilen“ vor, der Antrag der CDU-Fraktion sieht „eine erneute zeitliche Befristung der Beteiligung von RWE, z. B. mit Kündigungsrechten für die Stadt bzw. DSW jeweils nach Ablauf von 10 Jahren“ vor. Ferner soll nach dem Willen der CDU-Fraktion eine „Pflicht zur Stimmenthaltung der RWE-Vertreter in den Gremien der DEW“ für bestimmte Fallkonstellationen untersucht werden, auch die SPD-Fraktion befürwortet in ihrem Antrag „eine Ausweitung des kommunalen Einflusses auf die DEW nach dem Jahre 2014“. Der Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen zielt auf die Einholung eines Gutachtens, dass „deutlich macht, welche Chancen es gibt, von dem vertraglich festgelegten Abfindungsmodus für den Fall einer Nicht-Verlängerung der Beteiligung von RWE plus abzuweichen und statt des Sachzeitwertes einen Ertragswert zum Tragen kommen zu lassen“.

Daraus ergibt sich, dass bereits die Frage, welche Gutachtaufträge vergeben werden, maßgeblich dafür sind, in welche Richtung die künftige Beschlussfassung des Rates geht. In dem Ausschluss eines bestimmter Gutachtaufträge könnte eine Vorentscheidung für die Beschlussfassung liegen. Je nach dem, welche Gutachtaufträge erteilt oder auch abgelehnt werden, können sich Vor- oder Nachteile im Sinne des § 31 Abs. 2 Nr. 2 GO NW ergeben.

(b)

Der Vor- und Nachteil müsste unmittelbar mit dem Ratsbeschluss eintreten.

In der amtlichen Begründung zu der heutigen Fassung des § 31 GO heißt es deshalb:

„Satz 2 soll die direkte Kausalbeziehung zwischen der zu treffenden Entscheidung und dem daraus resultierenden Vor- oder Nachteil deutlich machen. Eine Befangenheit soll nur für den Fall gegeben sein, dass dieser Vor- oder Nachteil für die mitentscheidende Person selbst oder für die in Abs. 1 Nr. 2 und 3 genannten Personen eintreten kann. Sofern jedoch ein solcher Vor- oder Nachteil erst durch ein weiteres Handeln eintreten kann, dass der freien Entscheidung einer anderen Person obliegt, ist dieser nicht mehr unmittelbar.“

LT-Drucks. 10/4890, S. 5; vom 21.11.1989

Der Ratsbeschluss zur Auftragsvergabe bedarf zwar noch der Umsetzung durch den Oberbürgermeister, dies begründet – wie bei den meisten übrigen Ratsbeschlüssen – jedoch keine Einschränkung des Unmittelbarkeitserfordernisses.

Wansleben a. a. O.

(c)

Ausreichend ist insoweit auch, dass der Vor- oder Nachteil für eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der RWE AG, in deren Aufsichtsrat der Oberbürgermeister tätig ist, entsteht.

Dies ergibt sich aus der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen zur Parallelproblematik des § 20 Abs. 1 VwVfG. Diese Bestimmung betrifft den Ausschluss von Personen, die in einem Verwaltungsverfahren nicht für eine Behörde tätig werden dürfen. Nach § 20 Abs. 1 Nr. 5 VwVfG darf in einem Verwaltungsverfahren für eine Behörde nicht tätig werden wer bei einem Beteilig-

ten als Mitglied des Vorstands, des Aufsichtsrats oder eines gleichartigen Organs tätig ist. Nach § 20 Abs. 1 S. 2 VwVfG steht einem Beteiligten gleich, wer durch die Tätigkeit oder die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann. In seinem Urteil vom 24.01.1995 Az.: 5 A 1746/91 hat das OVG NW ausgesprochen, dass soweit auch die Personen ausgeschlossen sind, die für eine Muttergesellschaft tätig sind, deren Tochtergesellschaft am Verwaltungsverfahren beteiligt ist. Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat in soweit ausdrücklich auf die „*parallele Problematik bei der Befangenheit von Gemeinderatsmitgliedern*“ verwiesen.

Vgl. OVG NW, Urteil vom 24.01.1995, Az.: 5 A 1746/91

5.

Oberbürgermeister Sierau hat sich auch in anderem Zusammenhang für eine weitere Zusammenarbeit zwischen der Stadt Dortmund und der RWE AG ausgesprochen. Dies ergibt sich beispielweise aus dem Zeitungsinterview in der Westfälischen Rundschau vom 06.03.2012. Die Westfälische Rundschau berichtet insoweit:

„Sierau setzt auch nach 2014, wenn der Gesellschaftsvertrag von DEW ausgelaufen ist, auf den Essener Energieriesen REW als Partner. Allerdings erwartet der OB, „dass RWE nach 2014 mit deutlich weniger als 47 % an DEW beteiligt ist“, irgendwo zwischen 33 und 25,1 % werde man sich treffen. Nur 25 % - das sei eine Aktie zu wenig.“

Derartige Interviews drücken zwar die politische Auffassung von Oberbürgermeister Sierau aus, sind jedoch nicht nach § 31 GO untersagt, da diese Vorschrift nur die Beratung und die Beschlussfassung betrifft.

In der von Oberbürgermeister Sierau unterzeichneten Verwaltungsvorlage „Masterplan Energiewende Drs.-Nr. 06685-12 vom 13.03.2012“, in der es heißt:

„Unter Mitwirkung der handelnden Akteure (insbesondere DEW 21 und RWE), Universitäten und Forschungseinrichtungen werden Zukunftsvisionen, Perspektiven, Potentiale und Vernetzungsmöglichkeiten für den Energiestandort Dortmund erarbeitet.“

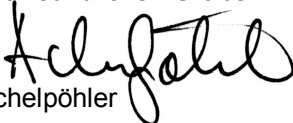
Diese Vorlage setzt also eine weitere Zusammenarbeit zwischen der Stadt Dortmund und RWE voraus.

Darüber hinaus hat sich Oberbürgermeister Sierau in der Ratssitzung am 29.03.2012, in der über die Verwaltungsvorlage zur Vergabe der Gutachtaufträge beraten wurde an der Beratung und Beschlussfassung beteiligt und Vorbehalte gegenüber der RWE AG mit den Worten zurückgewiesen, dieses Unternehmen sei inzwischen in erheblichem Umfang im Bereich der regenerativen Energien tätig. In derselben Ratssitzung wurde die Einrichtung eines Ausschusses beschlossen, der die weitere Beschlussfassung im Rat sowie das weitere Vorgehen der Verwaltung begleiten soll. Dieser Ausschuss soll in etwa 10 Tagen das erste Mal zusammentreten. Den Vorsitz in diesem Ausschuss möchte Oberbürgermeister Sierau übernehmen.

6.

Ich komme mithin zu dem Ergebnis, dass Oberbürgermeister Sierau in obigen Umfang von der Beratung und Beschlussfassung nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 GO i.V.m. § 50 Abs. 6 GO ausgeschlossen ist.

Mit freundlichen Grüßen


Achelpöhler
Rechtsanwalt