

An die Mitglieder des Stadtrates
der Stadt Wolmirstedt

Mitteilungen der Verwaltung Information SR 25.03.2021

Da es in den Beratungen der politischen Gremien der letzten 1½ Jahren immer wieder zu Fragen und Problemlagen mit dem Thema Mitwirkungsverbot gab, hat die Verwaltung die wichtigsten Informationen zu diesem Thema nochmals zusammengefasst.

Mitwirkungsverbote - § 33 Kommunalverfassungsgesetz Sachsen-Anhalt (KVG LSA)

Mitglieder von Vertretungen können Mitwirkungsverboten unterliegen (§ 33 KVG LSA). Soweit diese nicht beachtet werden, führt das regelmäßig zur Unwirksamkeit der jeweiligen Beschlüsse. Gemäß § 33 Abs. 5 Sätze 2 und 3 ist eine Heilung möglich, wenn die Unwirksamkeit nicht binnen Jahresfrist angezeigt wird. **Dabei greift das Mitwirkungsverbot bereits bei der Beratung eines Gegenstandes und nicht erst bei der Beschlussfassung.**

Dies gilt sehr wohl auch für die Teilnahme an nichtöffentlichen Ausschusssitzungen, in denen ein entsprechender Beratungsgegenstand auf der Tagesordnung steht, selbst wenn nur empfehlende Beschlüsse daraus hervorgehen. Die Regelungen des § 33 Abs. 4 Satz 2 für öffentliche Sitzungen bleiben davon unberührt.

Gründe, die zum Mitwirkungsverbot führen, enthalten die Regelungen im § 33 KVG LSA (Ausschlussgründe). Grundsätzlich wird von unmittelbaren Vor- bzw. Nachteilen ausgegangen.

Zu diesen gehören Vor- bzw. Nachteile gemäß § 33 KVG LSA, die nicht ausschließlich wirtschaftlicher Natur sein müssen. Auch ideelle Vor- und Nachteile sind heranzuziehen.

Zur Feststellung von Befangenheitsgründen, sind folgende Fragen individuell im Einzelfall zu klären:

1. Wann ist ein Vor- oder Nachteil unmittelbar?
2. Wer ist Angehöriger im Sinne des § 33 KVG LSA?
3. Wann ist von einem Vertretungsverhältnis auszugehen, soweit es sich um einen Verein, eine Kapitalgesellschaft oder ähnliches handelt?
4. Wann begründet eine entgeltliche Beschäftigung ein Mitwirkungsverbot?

Verfahren zur Feststellung des Mitwirkungsverbotes:

Wer annehmen muss, nach § 33 Abs. 1 und 2 KVG LSA an der Beratung und Entscheidung einer Angelegenheit gehindert zu sein, hat dies nach § 33 Abs. 4 Satz 1 KVG LSA unaufgefordert der zuständigen Stelle vorher anzuzeigen und muss vom Beratungstisch zurücktreten oder hat bei nichtöffentlichen Punkten den Beratungsraum zu verlassen. In Zweifelsfällen sind die inhaltlichen Aspekte mitzuteilen, auf die das Mitwirkungsverbot gestützt werden kann. Die Verpflichtung zur Information über eine bestehende Befangenheit hat das

Mitglied der Vertretung, das betroffen ist, soweit es einen Befangenheitstatbestand festzustellen glaubt. Es hat diese Information umgehend mit Aufrufen des betreffenden Tagesordnungspunktes an den Vorsitzenden der Vertretung zu geben.

Ob tatsächlich die Voraussetzungen eines Mitwirkungsverbots vorliegen, entscheidet in Zweifelsfällen in Abwesenheit des Betroffenen die Vertretung. Ist das Mitwirkungsverbot festgestellt, muss der Betreffende bei nichtöffentlicher Sitzung den Sitzungsraum verlassen. Bei einer öffentlichen Sitzung kann das dem Mitwirkungsverbot unterliegende Mitglied der Vertretung in dem für die Zuhörer bestimmten Teil des Beratungsraumes (außerhalb des Abstimmungsbereiches) verbleiben. Im Detail sollte die Geschäftsordnung Regelungen enthalten.

Als Anlage erhalten Sie den vollständigen Kommentar zu § 33 KVG LSA der die Einzelheiten hierzu genauestes erläutert.

Anlage: Kommentar § 33 KVG LSA
Auszug aus dem Script von Herrn Nössler vom 14.09.2019



Dorendorf-Philipp
Sachbearbeiter
Büro des Stadtrates

§ 33

Mitwirkungsverbot

(1) Der in ein Ehrenamt oder zu sonstiger ehrenamtlicher Tätigkeit Berufene darf weder beratend noch entscheidend mitwirken, wenn die Entscheidung einer Angelegenheit

1. ihm selbst,
2. seinem Ehegatten oder seinem eingetragenen Lebenspartner,
3. seinen Verwandten bis zum dritten oder seinen Verschwägerten bis zum zweiten Grad während des Bestehens der Ehe oder der eingetragenen Lebenspartnerschaft oder
4. einer von ihm kraft Gesetzes oder Vollmacht vertretenen Person

einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann. Unmittelbar ist der Vorteil oder Nachteil, der sich aus der Entscheidung selbst ergeben würde, ohne dass, abgesehen von der Ausführung von Beschlüssen, weitere Ereignisse eintreten oder Maßnahmen getroffen werden müssen Satz 1 gilt nicht, wenn der in ein Ehrenamt oder zu sonstiger ehrenamtlicher Tätigkeit Berufene an der Entscheidung der Angelegenheit lediglich als Angehöriger einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe beteiligt ist, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden.

(2) Das Mitwirkungsverbot nach Absatz 1 Satz 1 und 2 gilt auch für in ein Ehrenamt oder zu sonstiger ehrenamtlicher Tätigkeit Berufene, die

1. in anderer als öffentlicher Eigenschaft in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben haben oder beratend oder entgeltlich tätig geworden sind,
2. bei einer natürlichen oder juristischen Person oder einer Vereinigung, die an der Entscheidung der Angelegenheit ein wirtschaftliches oder besonderes persönliches Interesse hat, gegen Entgelt beschäftigt sind,
3. Mitglied des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder eines vergleichbaren Organs einer juristischen Person oder einer Vereinigung sind, die an der Entscheidung der Angelegenheit ein wirtschaftliches oder besonderes persönliches Interesse hat, es sei denn, sie gehören den genannten Organen als Vertreter der Kommune oder auf deren Vorschlag an, oder
4. Gesellschafter einer Kapital- oder Personengesellschaft sind, die an der Entscheidung der Angelegenheit ein wirtschaftliches oder besonderes persönliches Interesse hat.

(3) Das Mitwirkungsverbot nach Absatz 1 Satz 1 und 2 gilt nicht für Beschlüsse und Wahlen,

1. durch die jemand als Vertreter der Kommune in Organe der in Absatz 2 Nr. 3 genannten Art entsandt oder aus ihnen abberufen wird,
2. welche die Berufung in ein Ehrenamt oder zu einer sonstigen ehrenamtlichen Tätigkeit oder die Abberufung aus ihnen betreffen.

(4) Wer annehmen muss, nach den Vorschriften der Absätze 1 und 2 an der Beratung und Entscheidung einer Angelegenheit gehindert zu sein, hat dies unaufgefordert der zuständigen Stelle vorher anzuzeigen und den Beratungsraum zu verlassen. Bei einer öffentlichen Sitzung kann er sich in dem für die Zuhörer bestimmten Teil des Beratungsraumes aufhalten. Er gilt in diesem Fall als nicht anwesend im Sinne dieses Gesetzes. Ob die Voraussetzungen der Absätze 1 und 2 vorliegen, entscheidet in Zweifelsfällen in Abwesenheit des Betroffenen bei Mitgliedern der Vertretung und bei Ehrenbeamten die Vertretung, bei Mitgliedern von Ausschüssen der Ausschluss, im Übrigen der Hauptverwaltungsbeamte.

§ 33 Kommentar – KVG LSA

(5) Ein Beschluss, der unter Verletzung der Vorschriften der Absätze 1 und 2 gefasst worden ist, ist unwirksam. § 8 Abs. 3 Satz 1 und 2 gilt jedoch entsprechend. Sofern eine öffentliche Bekanntmachung des Beschlusses nicht erforderlich ist, beginnt die Frist nach § 8 Abs. 3 Satz 1 mit dem Tag der Beschlussfassung.

Schrifttum: Glage, Mitwirkungsverbote in den Gemeindeordnungen, Göttingen, Rechtswissenschaftliche Studien, Band 147; Hager, Grundfragen zur Befangenheit von Gemeinderäten, VBilBW 1994 S. 263 ff.; Ihnen, Zur Auslegung des Begriffs „unwirksam“ in § 26 Abs. 6 S. 1 NGO aus der Sicht der Kommunalaufsichtsbehörde, NdsVBl. 1996 S. 204; Meyer, Mitwirkungsverbot durch politisches Engagement und Sachkunde?, LKV 2003 S. 118.

Erläuterungen

Übersicht

1. Allgemeines
2. Unmittelbarer Vor- oder Nachteil (§ 33 Abs. 1 KVG LSA)
 - 2.1 Grundlagen
 - 2.2 Betroffener Personenkreis (Satz 1)
 - 2.3 Begriffsdefinition (Satz 2)
 - 2.4 Angehöriger einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe (Satz 3)
3. Die Fälle nach § 33 Abs. 2 KVG LSA
 - 3.1 Gutachtertätigkeit, sonstiges Tätigwerden (Absatz 2 Satz 1)
 - 3.2 Tätigwerden in verschiedenen Funktionen (Absatz 2 Satz 2)
 - 3.2.1 Bei einer natürlichen oder juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts oder einer Vereinigung (Nr. 2)
 - 3.2.2 Als Mitglied des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder eines vergleichbaren Organs (Nr. 3)
 - 3.2.3 Als Gesellschafter einer Kapital- oder Personengesellschaft (Nr. 4)
4. Gesetzlicher Ausschluss des Mitwirkungsverbots (§ 33 Abs. 3 KVG LSA)
5. Beispiele
6. Rechtsfolgen der Befangenheit
7. Entscheidung im Zweifelsfall (§ 33 Abs. 4 KVG LSA)
8. Aufenthaltsort des befangenen Gemeinderats (§ 33 Abs. 4 Satz 2 und 3 KVG LSA)
9. Unwirksamkeit des Beschlusses und Unbeachtlichkeit des Fehlers (§ 33 Abs. 5 KVG LSA)

1. Allgemeines

Mit dem Mitwirkungsverbot bei beratenden und entscheidenden Angelegenheiten verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, jede haupt- und ehrenamtliche Tätigkeit für die Kommune von **individuellen Sonderinteressen** freizuhalten. Es gilt, das Vertrauen der Bevölkerung in eine unvoreingenommene Kommunalverwaltung zu stärken. Personen, die ein Eigeninteresse haben oder die eine enge Beziehung zu natürlichen oder juristischen Personen haben, sollen von der Entscheidungsfindung ausgeschlossen sein, damit bereits **der „böse Schein“** von Interessenkonflikten **vermieden wird**. § 33 KVG LSA dient damit der „Sau-

berkeit“ der Arbeit einer Kommune, was in allen Auslegungsfragen dieser Norm daher zu berücksichtigen ist.

§ 33 KVG LSA verdrängt als abschließende **Spezialnorm** für ehrenamtlich Tätige die §§ 20, 21 VwVfG; eine planwidrige Unvollständigkeit als notwendige Voraussetzung für eine analoge Anwendung der §§ 20, 21 VwVfG liegt nicht vor.

2. Unmittelbarer Vor- und Nachteil (§ 33 Abs. 1 KVG LSA)

2.1 Grundlagen

Die Frage, ob ein die Mitwirkung ausschließender besonderer Vor- oder Nachteil (individuelles Sonderinteresse) vorliegt, kann nicht allgemein, sondern nur aufgrund einer **wertenden Betrachtungsweise der Verhältnisse im Einzelfall** entschieden werden. Dabei ist auf den **Empfängerhorizont des Bürgers** abzustellen.

Wesentlicher Inhalt der sachlichen Voraussetzungen des Mitwirkungsverbots ist der „besondere“ Vor- oder Nachteil einer Person in Abgrenzung zu seiner „Mitgliedschaft in einer Berufs- und Bevölkerungsgruppe“, **§ 33 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 KVG LSA** stehen zur Bewertung des „besonderen“ Vor- oder Nachteils in einem **untrennbaren Zusammenhang** und sind **kumulativ zu prüfen**.

Unmittelbar ist der Vorteil oder Nachteil, der sich aus der Entscheidung selbst ergeben würde, ohne dass, abgesehen von der Ausführung von Beschlüssen, weitere Ergebnisse eintreten oder Maßnahmen getroffen werden müssen (Absatz 1 Satz 2). Umfasst werden dadurch individualisierbare materielle (wirtschaftliche) oder immaterielle und ideelle persönliche Vor- oder Nachteile von nicht untergeordneter Bedeutung, an der eine Person ein **individuelles Sonderinteresse** besitzt, das zu einer Interessenkollision führen kann. Ferner genügt eine **hinreichende Wahrscheinlichkeit** (Möglichkeit) des Eintritts eines Vor- oder Nachteils; einer direkten Kausalität zwischen der Entscheidung und dem Vorteil oder Nachteil bedarf es nicht.

Absatz 1 Satz 1 gilt nicht, wenn der in ein Ehrenamt oder zu sonstiger ehrenamtlicher Tätigkeit Berufene an der Entscheidung der Angelegenheit lediglich als Angehöriger einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe beteiligt ist, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden (Absatz 1 Satz 3).

Während die bisherige Rechtslage des § 31 GO LSA das Mitwirkungsverbot von der Möglichkeit eines besonderen Vorteils oder Nachteils abhängig machte, begründet nach der am 1.7.2014 in Kraft getretenen Neuregelung des § 33 KVG LSA nicht jeder Vorteil oder Nachteil ein Mitwirkungsverbot, sondern nur der unmittelbare, wobei der Begriff der Unmittelbarkeit nunmehr gesetzlich definiert ist. Das Tatbestandsmerkmal der Unmittelbarkeit ist bewusst formal gefasst und setzt nach der Legaldefinition des § 33 Abs. 1 Satz 2 KVG LSA voraus, dass der Vorteil oder Nachteil ohne weitere Ereignisse oder Maßnahmen allein auf dem Beschluss der Vertretung oder dessen Ausführung beruht oder die zur Verwirklichung des Vorteils oder Nachteils erforderliche Umsetzung des Vertretungsbeschlusses zwangsläufig zu erwarten ist. Das Vorliegen einer die Kausalität nicht unterbrechenden Ausführung des Beschlusses der Vertretung ist von den Umständen des Einzelfalls abhängig.

Die Landesregierung geht von einem Mitwirkungsverbot aus, wenn auf dem Grundstück eines Mitgliedes des Gemeinderates ein Bauwerk errichtet werden soll und der Gemeinderat über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Baugesetzbuch (BauGB) im Rahmen eines bauordnungs- bzw. immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens, das beim Landkreis geführt wird, beschließt (vgl. Antwort der Landesregierung auf eine Kleine Anfrage, erstellt vom Ministerium für Inneres und Sport (LT-Drs. 6/4139), KNSA, Nr. 276/2015). Die Unmittelbarkeit des Vor- oder Nachteils ergibt sich aus § 36 BauGB selbst. Danach ist das Einvernehmen der Gemeinde wesentliche Vorausset-

§ 33 Kommentar – KVG LSA

zung für die Entscheidung im bauaufsichtlichen Verfahren über die Zulässigkeit von bestimmten baulichen Vorhaben, über das sich die Baugenehmigungsbehörde nur nach Maßgabe des § 70 BauO LSA bei einer rechtswidrigen Verweigerung durch die Gemeinde hinwegsetzen kann.

Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn das Bauwerk nicht auf dem Grundstück eines Mitglieds der Vertretung, sondern auf dem Grundstück eines Mitgliedes des Ortschaftsrates errichtet werden soll, vgl. Erl. zu § 84 Abs. 2 KVG LSA. Die Unmittelbarkeit des Vor- oder Nachteils ist der Erklärung einer Gemeinde gegenüber der Bauaufsichtsbehörde zur Übernahme öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen zu einem ihre Grundstücke betreffenden Tun, Dulden oder Unterlassen gemäß § 82 Abs. 1 Satz 1 BauO LSA immanent. Erfasst ist also auch die Situation, wenn einer Baulasteintragung auf ein gemeindeeigenes Grundstück zugunsten eines Grundstücks, das sich im Eigentum eines Mitgliedes des Gemeinderates befindet, vom Gemeinderat zugestimmt wird (Landesregierung, LT-Drs. 6/4139, KNSA, Nr. 276/215).

2.2 Betroffener Personenkreis (Satz 1)

§ 33 KVG LSA gilt für die Mandatsträger (§ 30 KVG LSA) und damit für die Mitglieder der Vertretung (§ 36 Abs. 1 KVG LSA); darüber hinaus für die weiteren ehrenamtlich Tätigen (Ortschaftsräte, Inhaber eines gemeindlichen Ehrenamtes, zu ehrenamtlicher Mitwirkung bestellte Bürger).

Die Entscheidung darf weder dem Betroffenen selbst, seinem Umfeld unter den Voraussetzungen des § 33 Abs. 1, seinem Ehegatten (§ 11 Ehegesetz), seinen Verwandten bis zum dritten Grad (§ 1589 BGB), seinen Verschwägerten bis zum zweiten Grad (§ 1590 BGB) oder der von ihm kraft Gesetzes (§ 23 GKG LSA; §§ 26 Abs. 2, 709 ff., 1793, 1896, 1902, 1915 BGB; §§ 125, 161, 70 HGB; § 78 AktG; § 35 GmbHG; § 24 GenG) oder Vollmacht (§§ 166 Abs. 2 Satz 1, 167 BGB; 48, 54 HGB) vertretenen natürlichen oder juristischen Person einen besonderen Vor- oder Nachteil erbringen.

Der Verwandtschafts- bzw. Schwägerschaftsgrad bestimmt sich nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten (§ 1589 BGB).

2.3 Begriffsdefinition (Satz 2)

Vorteile oder Nachteile können individualisierbarer materieller (wirtschaftlicher), immaterieller (Einfluss, Ansehen), wissenschaftlicher, ethischer oder sonstiger Art (z. B. Verleihung des Ehrenbürgerrechts § 22 KVG LSA, Entlastung des Hauptverwaltungsbeamten (§§ 119 f. KVG LSA) sein.

Ein **besonderer Vor- oder Nachteil** ist gegeben, wenn der Betroffene aufgrund persönlicher Beziehungen zu dem Gegenstand der Beratung oder Beschlussfassung ein **individuelles (persönliches) Sonderinteresse** hat, das zu einer Interessenkollision führen kann. Das Sonderinteresse muss die Besorgnis rechtfertigen, dass er nicht mehr uneigennützig und nur zum Wohl der Kommune handelt. Die Entscheidung der Angelegenheit muss so eng mit den persönlichen Belangen der Person zusammenhängen, dass sie sich sozusagen auf die Person „zuspißt“ und als deren „Adressat“ anzusehen ist (VGH Mannheim, VBLBW 2004 S. 422). Potenzielle Nutzer einer öffentlichen Einrichtung haben kein individuelles Sonderinteresse.

Ausreichend ist, dass beim Betroffenen – wie der Gesetzeswortlaut auch verdeutlicht – ein besonderer Vor- oder Nachteil eintreten „kann“. Nur diese (weite) Auslegung führt dazu, bereits von vornherein den „bösen Schein“ einer Befangenheit zu vermeiden. Der Eintritt des Sondervorteils oder -nachteils muss **konkret möglich, d. h. hinreichend wahrscheinlich**, sein. Es kommt nicht darauf an, dass der besondere Vor- oder Nachteil bzw. die Interessenkollision tatsächlich besteht.

Jede noch so geringe Möglichkeit der Beeinflussung der Entscheidung **reicht** aber angesichts der Notwendigkeit, die Funktionsfähigkeit der demokratischen Willensbildung in der Kommune zu wahren, für den Ausschluss eines Mitglieds der Vertretung **nicht aus**. Das Korrektiv des „besonderen Vor- oder Nachteils“ dient dazu, Mitwirkungsverbote nicht zum Schaden der demokratischen Legitimation und im Interesse der Funktionsfähigkeit der Vertretung ausufern zu lassen (vgl. OVG Greifswald, LKV 2006 S. 222). Bloße Unannehmlichkeiten oder schlichte Beeinträchtigungen (z. B. längerer Fahrweg, Stellungnahmen einer Kommune ohne weitergehende Rechtswirkung im fachplanungsrechtlichen Verfahren) können keinen besonderen Vor- oder Nachteil begründen.

2.4 Angehöriger einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe (Satz 3)

Der Betroffene kann mitwirken, wenn er an der Entscheidung der Angelegenheit lediglich als Angehöriger einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe beteiligt ist, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden. In diesem Fall fehlt der „besondere“ Vor- oder Nachteil. Mit dieser Regelung soll die Vertretung von Kollektivinteressen im Rahmen der kommunalen Demokratie gewährleistet bleiben. Als **Berufs- oder Bevölkerungsgruppe** ist ein nach allgemeinen Merkmalen bestimmbarer Personenkreis zu verstehen.

Ein „**Beruf**“ ist jede auf Dauer berechnete, nicht nur vorübergehende, der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dienende erlaubte Tätigkeit. Der Berufsbegriff umfasst dabei nicht nur traditionell fixierte Berufsfelder, sondern auch frei gewählte untypische Betätigungen (BVerfGE 7, 377, 379). Beispiele für die Berufsgruppe: Berufsgruppe der Selbstständigen, der freiberuflich Tätigen, der Bäcker, usw.

Bei einer **Bevölkerungsgruppe** handelt es sich um eine Gruppe, die – jedenfalls bezogen auf die konkrete Entscheidung – gemeinsame Ziele anstrebt, wobei es auch nicht darauf ankommt, dass dieses gemeinsame Ziel der Förderung des Gemeinwohls dient (VG Frankfurt, NVwZ-RR 2002 S. 868). Beispiele für eine Bevölkerungsgruppe: Jugendliche, Rentner, Unterzeichner eines Bürgerbegehrens, Mitglieder einer Bürgerinitiative oder eines eingetragenen Vereins, Hundehalter, Eigentümer von baureifen Grundstücken, Anwohner einer Straße.

Von einem **Gruppeninteresse** ist nur auszugehen, wenn die Angelegenheit kollektive (gesellschaftliche, öffentliche und private) Interessen berührt, die nach objektiven Umständen eine größere, nicht abgrenzbare Personengruppe betrifft. Somit unterfällt eine kleine (Teil-)Gruppe persönlich bekannter und aufzählbarer Einzelpersonen oder gar eine Einzelperson nicht dem Gruppenbegriff.

Gemeinsame Interessen werden verfolgt, wenn die Personen dasselbe Ziel (mit einer vernünftigen Lösung) verfolgen, ohne dass es auf die jeweilige Motivation für dieses Ziel ankommt (VGH Kassel, NVwZ-RR 1996 S. 409). Je stärker der sachliche Gehalt des gemeinsamen Interesses am Allgemeinwohl orientiert ist, desto eher ist die Vertretung dieser Gruppeninteressen kraft demokratischer Legitimation geeignet, die subjektive Motivation des Mitglieds der Vertretung und damit die intensive Betroffenheit auszugleichen. Es ist auch nicht notwendig, dass das gemeinsame Interesse auf die einzige oder beste Lösung gerichtet ist.

Beispiele für gemeinsame Interessen: Erlass einer Aufwandsentschädigungssatzung, Beratung der Hebesätze der Gemeindesteuern, Umbenennung einer Straße (Anlieger einer Straße), Einführung der Getränkesteuersatzung.

Mitglieder der Vertretung (z. B. als Unterzeichner eines Bürgerbegehrens) unterliegen nicht dem Mitwirkungsverbot, wenn sie bei der durch die Angelegenheit als Teil einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe betroffen sind. Abstrakt-generelle Satzungen regeln typischerweise in der Zukunft liegende Sachverhalte, deren Eintritt objektiv ungewiss ist. Nur in besonders gelagerten Einzelfällen kann aber auch bei Satzungen das Mitwirkungs-

§ 33 Kommentar – KVG LSA

verbot gelten. Dies ist dann der Fall, wenn nur eine Person oder eine kleine (Teil-)Gruppe persönlich bekannter und aufzählbarer Einzelpersonen betroffen ist (z. B. wenn nur ein Mitglied der Vertretung als Gaststättenpächter von einem Bebauungsplan betroffen wird, es mangelt bereits an der Gruppeneigenschaft). Die Satzung kommt dann ihrem Rechtsgehalt nach in die Nähe einer Einzelentscheidung. Ein Mitglied der Vertretung ist von der Mitwirkung an einem Satzungsbeschluss (hier: Bebauungsplan) nicht ausgeschlossen, wenn der Beschluss eine Straßenführung betrifft, die zur Verkehrsentslastung auf anderen Straßen beitragen kann und die Entlastungen nicht nur individualisierbare Interessen Einzelner, sondern das Verkehrskonzept der Kommune in solchen Teilen betreffen, die für Bevölkerungsgruppen von Bedeutung sind, zu denen das Mitglied der Vertretung gehört (OVG Münster, vgl. NVwZ-RR 2003 S. 667).

Unterschiedliche Interessen und damit Individualinteressen liegen vor, wenn die Motivationslage des Betroffenen von der der anderen Gruppenangehörigen abweicht. Die Interessen der einzelnen Personen sind jeweils auf ihre persönlichen Verhältnisse und die Verhältnisse z. B. ihrer Grundstücke abgestellt. Soweit teilweise die Interessen übereinstimmen, ist dies nicht entscheidend. Beispiele: Beratung über eine Erschließungssatzung; Erbgemeinschaften; Hausgemeinschaften; Eigentümergemeinschaften; Behandlung von Bebauungsplänen; die von einem Landschaftsschutzgebiet betroffenen Grundstückseigentümer.

3. Die Fälle nach § 33 Abs. 2 KVG LSA

3.1 Gutachtertätigkeit, sonstiges Tätigwerden (Absatz 2 Satz 1)

Eine Überprüfung des § 33 Abs. 2 KVG LSA erübrigt sich, wenn bereits ein Mitwirkungsverbot nach § 33 Abs. 1 KVG LSA vorliegt. In § 33 Abs. 2 KVG LSA sollen weiter die Fälle erfasst werden, in denen **der Betroffene auf Grund vorheriger Befassung in anderer als öffentlicher Eigenschaft**, also insbesondere in privatrechtlicher oder sonstiger Tätigkeit, in der Sache **voreingenommen** sein könnte, so dass mindestens die Möglichkeit einer nicht sachgerechten Entscheidung besteht. Dies könnte der z. B. der Fall sein, wenn jemand (z. B. als Architekt, Anwalt, Steuerberater, Hochschullehrer) in einer privaten Angelegenheit ein Gutachten abgegeben hat oder z. B. beratend tätig geworden ist. Ein Mitglied der Vertretung, das als Bevollmächtigter eines Pächters eines kommunalen Grundstücks mit dem potenziellen Erwerber bzw. Investor Verhandlungen über eine gemeinsame wirtschaftliche Betätigung auf dem betroffenen und nach den Plänen des Investors umzugestaltenden kommunalen Grundstück führt, ist bei der Beratung und Entscheidung der Vertretung über das weitere Vorgehen hinsichtlich des Angebots des Investors wegen Vorbefassung „sonst tätig geworden“ und damit ausgeschlossen (VG Koblenz, NVwZ-RR 2006 S. 717).

Diese Vorschrift knüpft anders als Absatz 1 nicht an die personelle, sondern an eine sachliche Befangenheit an. Der Landesgesetzgeber geht davon aus, dass ein Bürger, der sich durch eine private Tätigkeit im Vorfeld der Entscheidung bereits in seiner sachlichen Beurteilung potenziell festgelegt hat, möglicherweise keine objektiven, gemeinwohlorientierten Entscheidungen mehr treffen kann. Ein wirtschaftliches oder besonderes persönliches Interesse an der Erledigung der Angelegenheit ist hierbei nicht mehr zu prüfen. Auf die Möglichkeit eines Vor- oder Nachteils beim Auftraggeber kann es dabei ebenfalls nicht ankommen.

Der Betroffene darf nicht beratend oder entscheidend mitwirken, wenn er „**in der Angelegenheit**“ ein Gutachten abgegeben oder sonst tätig geworden ist. Insoweit muss ein Zusammenhang mit dem zu entscheidenden konkreten Lebenssachverhalt bestehen. Gutachten, Stellungnahmen usw. zu einer Sach- und Rechtsfrage ohne konkreten Bezug zu diesem Lebenssachverhalt oder eine Tätigkeit in einem lediglich gleich liegenden Fall mit anderen beteiligten Stellen können den Zusammenhang nicht widerspiegeln.

Kein Mitwirkungsverbot nach § 33 Abs. 2 KVG LSA liegt auch dann vor, wenn Mitglieder der Vertretung an der Beratung und Beschlussfassung zu einem Gegenstand mitwirken, zu dem sie sich zuvor öffentlich geäußert haben. Mitglieder der Vertretung, die sich an der politischen Diskussion einer Angelegenheit vor der Beschlussfassung in der Vertretung beteiligen, **handeln** insoweit **in öffentlicher Eigenschaft**. Eine vorausgegangene politische Betätigung von Mitgliedern der Vertretung, die erst zum Zeitpunkt der Beschlussfassung in der Vertretung Mitglieder der Vertretung sind, führt ebenfalls nicht zur Annahme eines Mitwirkungsverbotes nach § 33 Abs. 2 KVG LSA. Das Ringen um das Gemeinwohl vor Ort ist nicht geeignet, einen Verdacht gegen eine am Wohl der Kommune orientierte Entscheidung zu begründen (VG Frankfurt, NVwZ-RR 2002 S. 868). Eine Tätigkeit in einer Bürgerinitiative scheidet von vornherein als Tätigkeit im „öffentlichen Interesse“ aus dem Anwendungsbereich des § 33 Abs. 2 KVG LSA aus.

3.2 Tätigwerden in verschiedenen Funktionen (Absatz 2 Satz 2)

3.2.1 Bei einer natürlichen oder juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts oder einer Vereinigung (Nr. 2)

Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind Körperschaften (Personen- und Gebietskörperschaften), Anstalten und Stiftungen. **Juristische Personen des Privatrechts** sind rechtsfähige Vereine und Stiftungen (§§ 21 bis 23, 80 BGB), Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Es sind nur **Beschäftigungsverhältnisse** gemeint, innerhalb derer eine Abhängigkeit des Beschäftigten besteht (Beamten-, Dienst- und Arbeitsverhältnisse). Der Ausschluss gilt auf der Grundlage des eindeutigen Wortlauts nur für die Zeit des Innehabens der Beschäftigtenstellung („... beschäftigt sind“) und hat insoweit keine „Nachwirkung“. **Entgelt** bedeutet Entlohnung jeglicher Art (z. B. Dienstbezüge, Besoldung, Gehalt, Vergütung, Arbeitslohn, Prämien, Gewinnbeteiligung). Eine Aufwandsentschädigung (ein Auslagenersatz) ist keine Vergütung. Ist bei der natürlichen oder juristischen Person oder der Vereinigung ein besonderes Interesse anzunehmen, so sind alle dort Beschäftigten an der Mitwirkung gehindert. Auf ihre individuelle Befangenheit kommt es nicht an.

3.2.2 Als Mitglied des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder eines vergleichbaren Organs (Nr. 3)

Erst mit der Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts erlangt ein nichtrechtsfähiger **Verein** Rechtskraft (§ 21 BGB). **Vorstand** ist nicht nur der Alleinvorstand, der den Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertritt, sondern der gesamte Vorstand. Das **Vorstandsmitglied eines Vereins** ist bei der Beschlussfassung von Sportanlässen regelmäßig dann befangen, wenn der Verein ein wirtschaftliches oder besonderes Interesse an der Erledigung der Angelegenheit hat (z. B. Schaffung eines Vereinsheims – VGH Kassel, NVwZ-RR 1995 S. 689, Vergabe von Fördermitteln an spartengleiche Vereine). Dies gilt regelmäßig erst recht, wenn der eigene Sportverein von der Entscheidung betroffen ist. Geht es darum, ob mit einem Trägerverein Verhandlungen über die Schaffung einer derartigen Einrichtung aufgenommen werden sollen, so wird der Trägerverein in seinen Individualinteressen berührt, was nach § 33 Abs. 2 KVG LSA den Ausschluss von Vorstandsmitgliedern des Trägervereins zur Folge hat; die Ausnahmevorschrift des § 33 Abs. 1 Satz 3 KVG LSA greift in diesem Fall nicht.

Das **vergleichbare Organ** muss Leitungs- und Kontrollaufgaben haben. **Vertreter der Kommune** sind die nach § 131 KVG LSA in diese Gremien bestellten Personen.

Ein **Mitglied der (Gemeinde-)Vertretung, das zugleich Mitglied des Kreistages** und damit bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (Landkreis) als Mitglied eines vergleichbaren Organs tätig ist, ist an der Mitwirkung in Angelegenheiten gehindert, wenn der Landkreis ein besonderes Interesse an der Erledigung der Angelegenheit besitzt. Das

§ 33 Kommentar – KVG LSA

Gleiche gilt für Mandatsträger, die gleichzeitig Mitglied eines Ortschaftsrates in dieser Kommune sind.

Ein Mitwirkungsverbot ist gesetzlich nach § 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 KVG LSA (**„sofern er diesen Organen nicht als Vertreter der Kommune“**) angehört, ausgeschlossen.

Soweit § 33 Abs. 2 Nr. 3 KVG LSA die Mitglieder von Vorständen, Aufsichtsräten oder vergleichbaren Organen einer juristischen Person von dem Mitwirkungsverbot nach § 33 Abs. 1 Satz 1 und 2 KVG LSA ausnimmt, wenn sie einem solchen Organ als Vertreter der Kommune oder auf deren Vorschlag angehören, liegt dies darin begründet, dass sie in diesem Organ die Interessen der Kommune vertreten sollen, insofern ihre Mitgliedschaft nicht eigennützig, sondern ausschließlich mit Beziehung zur Kommune ausüben. Die Gefahr eines Interessenwiderstreits wird insbesondere in den Fällen nicht gesehen, in denen der Vertreter einer Kommune im Vorstand, Aufsichtsrat oder in einem vergleichbaren Organ einer juristischen Person an die Beschlüsse der ihn entsendenden Kommune gebunden ist und insoweit sein Abstimmungsverhalten in diesem Organ von der Weisungsbefugnis der Kommune bestimmt wird (vgl. § 131 Abs. 1 Satz 5 KVG LSA, § 11 Abs. 3 Satz 1 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit).

Die Voraussetzungen bestimmen sich bei Unternehmen in einer Rechtsform des Privatrechts, an denen die Kommune beteiligt ist, nach § 131 KVG LSA, im Übrigen nach dem für das Organ der juristischen Person jeweils geltenden Recht.

Mit der Ergänzung der bisherigen Vorschrift des § 31 GO LSA im Rahmen der Novellierung des Kommunalverfassungsrechts durch das Kommunalrechtsreformgesetz vom 17.6.2014 wurden Unstimmigkeiten im System der Mitwirkungsverbote beseitigt. Denn in vergleichbarer Weise wie der in ein Ehrenamt oder zu sonstiger ehrenamtlicher Tätigkeit Berufene, der dem Vorstand, Aufsichtsrat oder einem vergleichbaren Organ einer juristischen Person als Vertreter der Kommune angehört, nimmt derjenige, dessen Mitgliedschaft in einem solchen Organ auf dem Vorschlag der Kommune beruht, die Interessen der von ihm zu vertretenden Kommune wahr. Vor diesem Hintergrund ist auch in diesen Fällen die Gefahr eines generellen Widerstreits persönlicher Interessen mit den wahrzunehmenden kommunalen Interessen nicht anzunehmen.

Einschränkungen des das Mitwirkungsverbot ausnehmenden Tatbestandsmerkmals „Vertreter der Kommune oder auf deren Vorschlag“ sieht § 33 Abs. 2 Nr. 3 letzter Halbsatz KVG LSA nicht vor. Eine andere Beurteilung kann sich jedoch im Einzelfall ergeben, sofern der Vertreter der Kommune oder auf deren Vorschlag Berufene im Vorstand, Aufsichtsrat oder in einem vergleichbaren Organ aus privaten, beruflichen oder sonstigen Gründen seinerseits ein Eigeninteresse in einer zu beratenden oder zu entscheidenden Angelegenheit wegen eines unmittelbaren Vor- oder Nachteils hat (Antwort der Landesregierung auf eine Kleine Anfrage vom 19.5.2015 (LT-Drs. 6/4059)).

Mitglieder des Verwaltungsrates nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 des Sparkassengesetzes des Landes Sachsen-Anhalt (SpkG LSA) werden von der Vertretung des Trägers gewählt (vgl. § 6 Abs. 1 SpkG LSA). Als ehrenamtlich Tätige üben sie ihre Tätigkeit uneigennützig und verantwortungsbewusst aus und nehmen die Interessen der Sparkasse mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahr (vgl. § 14 Abs. 1 Satz 1 und 2 SpkG LSA). Sie handeln nach ihrer freien, nur durch die Rücksicht auf das öffentliche Wohl und die Aufgaben der Sparkasse bestimmten Überzeugung; an Weisungen sind sie nicht gebunden (vgl. § 14 Abs. 2 SpkGLSA). Die von der Vertretung des Trägers gewählten Mitglieder des Verwaltungsrates einer Sparkasse sind keine „Vertreter der Kommune“ im Sinne des § 33 Abs. 2 Nr. 3 KVG LSA (Antwort der Landesregierung auf eine Kleine Anfrage, LT-Drs. 6/4326 vom 26.8.2015).

3.2.3 Als Gesellschafter einer Kapital- oder Personengesellschaft (Nr. 4)

Der Begriff der Kapital- oder Personengesellschaft umfasst sowohl die BGB-Gesellschaft (§§ 705 BGB ff.) als auch die Handels- und Kapitalgesellschaften (offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung).

4. Gesetzlicher Ausschluss des Mitwirkungsverbots (§ 33 Abs. 3 KVG LSA)

Der politische Wille der Mehrheit muss auch bei Wahlen durchsetzungsfähig sein, was im Ergebnis das Recht einräumt, sich auch selbst wählen zu können. Eine beratende oder entscheidende Mitwirkung ist bei Beschlüssen und Wahlen möglich, durch die jemand als **Vertreter der Kommune in Organe der in Absatz 2 Nr. 3 genannten Art** entsandt oder aus ihnen abberufen wird, bei **Wahlen und anderen Bestellungen zu einer ehrenamtlichen Tätigkeit** (§ 30 KVG LSA) und bei der **Abwahl oder Abberufung** aus solchen Tätigkeiten. Hierin eingeschlossen sind personenbezogene Auswahlvorgänge zu organinternen ehrenamtlichen Tätigkeiten, bei denen jemand aus der Mitte des Auswahlgremiums gewählt oder bestellt werden soll (z. B. die Wahl eines Mandatsträgers zum Vorsitzenden der Vertretung, Wahl des Vertreters der Kommune in die Verbandsversammlung eines Zweckverbandes). Im Umkehrschluss ergibt sich ein besonderer Vorteil und damit ein Mitwirkungsverbot bei **Wahlen zu hauptamtlichen (-beruflichen) Funktionen**, weil in derartigen Fällen das persönliche Interesse im Vordergrund steht (z. B. Einleitung des Verfahrens zur vorzeitigen Abwahl des Hauptverwaltungsbeamten durch die Vertretung; Wahl eines Beigeordneten, wenn sich ein Mandatsträger beworben hat; bei der Berufung eines bestellten Hauptverwaltungsbeamten, wenn ein Mandatsträger in dieses Amt bestellt werden soll. Das individuelle Sonderinteresse erwächst einem Lebensbereich, der außerhalb der organ-schaftlichen Stellung als (unselbstständiges, ehrenamtliches) des Mitglieds der Vertretung liegt.

5. Beispiele

5.1 Ein Mitwirkungsverbot besteht in folgenden Fällen:

Einem Mandatsträger wird ein **Ehrenbürgerrecht oder eine Ehrenbezeichnung verliehen oder aberkannt** (§ 22 KVG LSA); in derartigen Fällen überwiegt das individuelle (persönliche) Interesse.

Ein Mitglied der Vertretung, der Mitarbeiter in einem als Eigenbetrieb geführten Krankenhaus ist, kann nicht über die **Entlassung des Betriebsleiters** in einem Eigenbetrieb entscheiden. Das Mitglied der Vertretung könnte einen persönlichen Vor- oder Nachteil an dieser Entscheidung haben (z. B. berufliche Vor- oder Nachteile).

Ein Mitwirkungsverbot ist für ein Mitglied der Vertretung als Mutter einer Schülerin gegeben, wenn über die **Verlegung dieser Schule** entschieden werden soll. Die Entscheidung über die Verlegung kann wegen der unterschiedlichen Länge der Schulwege zu einem besonderen Vor- oder Nachteil des Ratsmitgliedes und/oder der Tochter führen (OVG Münster, Kommunalpolitische Blätter 1996 S. 302).

Ein persönliches Sonderinteresse besteht für das Mitglied der Vertretung, der als Bauunternehmer bei der Entscheidung über eine **Auftragsvergabe** mitwirken will.

Mitglieder der Vertretung, die in dem vorgesehenen Geltungsbereich der **Landschaftsschutzverordnung** Eigentümer von Grundstücken sind oder zu einem Eigentümer in einem durch § 33 Abs. 1 und Abs. 2 KVG LSA bezeichneten Verhältnis stehen, sind in ihrem Sonderinteresse betroffen und damit befangen (vgl. VGH Mannheim, Die Kommunalverwaltung 1993, Rdnr. 100).

Im Fall eines Waldarbeiters können Sonderinteressen bestehen, wenn über den Waldwirtschaftsplan beraten und Beschluss gefasst wird. Im konkreten Fall ging es um die Frage, in

§ 33 Kommentar – KVG LSA

welchem Umfang die beiden städtischen Waldarbeiter beim Holzeinschlag noch eingesetzt werden sollen bzw. inwieweit die Kosten für den Holzeinschlag durch Einsatz einer Holzerntemaschine anstelle der Waldarbeiter reduziert werden können: Die Vorbereitung dieser Entscheidung im Ausschuss berührt individuelle Sonderinteressen des Mitglieds der Vertretung, weil dieser einer der beiden bei der Stadt beschäftigten Waldarbeiter ist (VG Gießen vom 2.2.2007 – 8 E 4086/05 –, NVwZ-RR 2007 S. 704).

Bei der Entscheidung über den **Erlaß eines Bebauungsplans** wird ein derartiges individuelles Sonderinteresse grundsätzlich zu bejahen sein, wenn das Mitglied der Vertretung **Eigentümer oder Pächter eines Grundstücks** im Geltungsbereich des Plans sei oder als **Mieter** dort seinen Lebensmittelpunkt hat. In einem solchen Fall ist eine Befangenheit nur dann zu verneinen, wenn eindeutig und nach jeder Betrachtungsweise ein individuelles Sonderinteresse nicht besteht (vgl. OVG Greifswald, LKV 2006 S. 222). Die Befangenheit besteht dann bereits im Zeitpunkt des Aufstellungs- und Auslegungsbeschlusses. Ein Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot liegt vor, wenn der Hauptverwaltungsbeamte einer Kommune, der zugleich Vorsitzender des die Vereinsgaststätte nutzenden Sportvereins ist, beratend an dem Bauleitplanverfahren teilgenommen hat. Ein B-plan, mit dem u. a. eine illegale Vereinsgaststätte legalisiert werden soll, ist dann nichtig; die §§ 214, 215 BauGB enthalten Heilungs- und Unbeachtlichkeitsregeln jedoch nur für solche Fehler, die auf Verstößen gegen das BauGB beruhen. Auch zeigt die unmittelbare Auswirkung der Festsetzungen auf die Nutzungen von Nachbargrundstücken (z. B. sog. Sportfolgelärm), dass es für das Vorliegen eines besonderen Vorteils oder Nachteils nicht darauf ankommen kann, ob das Nachbargrundstück (noch) im Geltungsbereich des Bebauungsplans oder außerhalb liegt (VGH Kassel, NVwZ-RR 1996 S. 72). Eine Mitwirkung ist dem-

nach auch ausgeschlossen, wenn das **Grundstück erkennbar an das Plangebiet angrenzt** (insbesondere erhalten die Grundstücke ihrerseits durch im Plan festgesetzte Erschließungsanlagen ihre Zugänglichkeit) und von den beabsichtigten Festsetzungen in seiner Ausnutzbarkeit berührt werden könnte. Der Bebauungsplan muss in einer konkreten, unmittelbaren Beziehung zu Berechtigungen wie Eigentum oder Mietbesitz stehen. Ferner kann eine solche Beziehung je nach den Umständen des Falles auch dann gegeben sein, wenn ein **Grundstück nicht unmittelbar an der Plangrenze liegt**. Denn wesentlich für die Annahme eines Sonderinteresses ist nicht das Angrenzen, sondern die Bestimmung des Inhalts des Eigentums durch die Planfestsetzung. So können Festsetzungen von Straßenverkehrsflächen, Wohngebieten und Grünflächen auch über den Planbereich hinaus Einfluss auf das betroffene Grundstück haben. Ausgeschlossen von der Mitwirkung an der Entscheidung über den Satzungsbeschluss eines Bebauungsplans ist jedoch ein Mitglied der Vertretung, das bis zum Beschluss der Vertretung, einen Bebauungsplan aufzustellen, Eigentümer eines Grundstücks im Plangebiet gewesen ist, das ohne den Bebauungsplan nicht bebaubar gewesen ist oder dessen Bebaubarkeit zumindest erheblich zweifelhaft gewesen ist, und wenn das Mitglied der Vertretung dieses **Grundstück alsbald nach Ergehen des Aufstellungsbeschlusses** zum Baulandpreis **veräußert** hat (OVG Koblenz, NVwZ-RR 2000 S. 103). Auch ein Mangel der Satzung, der auf der Verletzung von Vorschriften des Landesrechts beruht und nach Landesrecht beachtlich ist, aber durch ein ergänzendes Verfahren behoben werden kann, führt nach § 215a Abs. 1 BauGB nicht zur Nichtigkeit der Satzung, sondern zu Unwirksamkeit bis zur Behebung des Mangels. Ein wegen Mitwirkung eines befangenen Mitglieds der Vertretung beim Satzungsbeschluss fehlerhafter Bebauungsplan gem. § 215a Abs. 1 BauGB, § 47 Abs. 5 Satz 4 VwGO ist bis zur Behebung des Mangels für nicht wirksam zu erklären. Bundesrechtlich sind Mängel im Abwägungsvorgang nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind (vgl. § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB) Vgl. BVerwG, NVwZ 2000 S. 676 m. w. N.

5.2 In folgenden Fällen wurde ein Mitwirkungsverbot nicht angenommen:

Bei der Entscheidung über die Aufstellung eines Bebauungsplanes besteht für einen **Bauunternehmer** noch kein individuelles Sonderinteresse; der Umstand, dass er sich erhofft, einen Auftrag zu erhalten, reicht nicht aus. Insoweit handelt es sich lediglich um eine subjektive Erwartung, nicht jedoch um eine durch die Beschlussfassung über den Bauleitplan bereits unmittelbar hervorgerufene tatsächliche Möglichkeit. Die bloße Möglichkeit, dass ein **Ingenieur** im Falle des Beschlusses zugunsten des Straßenbauvorhabens als **Subunternehmer** einen Teilauftrag erhält, führt im Regelfall nicht zu seiner Befangenheit. Die Hoffnung, im Fall des Beschlusses zugunsten der Südtangente als Subunternehmer einen Teilauftrag zu erhalten, stellt noch keinen unmittelbaren Sondervorteil in dem Sinne dar, dass ihm der Auftrag gleichsam automatisch in den Schoß fallen und sich der Vorteil unmittelbar auf ihn zuspitzen würde (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997 S. 183).

Im Fall einer Ablehnung des Bebauungsplans wird ein Imageverlust für einen **Architekten, der einen Bebauungsplanentwurf gefertigt hatte**, nicht eintreten. Denn eine Ablehnung hätte ihren Grund nicht in dem Vorwurf an das Architekturbüro, schlecht gearbeitet zu haben, sondern darin, dass die Vertretung mittlerweile andere Planungsvorstellungen gewonnen hatte. Da mittlerweile das Auftragsverhältnis zwischen dem Architekten und der Kommune über die Erstellung eines Bebauungsplanentwurfs beendet ist, war die in die Vertretung gewählte Ehefrau des Inhabers eines Architekturbüros nicht im Mitwirkungsverbot,

Ein Mitglied der Vertretung kann bei der **erstmaligen Aufstellung des Flächennutzungsplans** (vorbereitender Bauleitplan) mitwirken; für die Eigentümer ändert sich durch die Darstellung im Flächennutzungsplan nichts. Die Betroffenheit ist lediglich vorläufig, so dass für die Eigentümer von im Plangebiet gelegenen Grundstücken noch kein Mitwirkungsverbot besteht. Bei Ergänzungen des Flächennutzungsplans, die sich auf wenige

§ 33 Kommentar – KVG LSA

Grundstücke beziehen, kann das im Einzelfall indessen anders beurteilt werden (OVG Koblenz, NVwZ-RR 1996 S. 218 m. w. N.)

Wird durch einen (planfeststellungsersetzenden) Bebauungsplan eine **(Bundes-)Straße ausgewiesen**, so ist ein an der Beschlussfassung mitwirkendes Mitglied der Vertretung nicht befangen, wenn es nur, wie eine Vielzahl anderer Bürger in den betroffenen Ortsteilen, von dem Straßenbauvorhaben berührt wird (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1998 S. 325).

Ein Mitglied der Vertretung kann sich einer **Bürgerinitiative** anschließen und als deren Vorsitzender handeln. Mandatsträger als Unterzeichner eines Bürgerbegehrens haben an der Entscheidung zur Zulässigkeit des **Bürgerbegehrens** ein persönliches Sonderinteresse; gleichwohl dürfen sie als Angehörige einer Bevölkerungsgruppe nach § 33 Abs. 1 KVG LSA mitbeschließen (vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 1996 S. 409).

6. Rechtsfolgen der Befangenheit

Der Begriff „**Angelegenheit**“ (§ 33 Abs. 1 Satz 1 KVG LSA) ist weit auszulegen und umfasst alle zur Beratung und Entscheidung gestellten Themen der Kommune, gleich ob ihnen Innen- oder Außenwirkung zukommt. Sind die Tatbestände des § 33 Abs. 1 bis 3 KVG LSA erfüllt, so darf der vom Mitwirkungsverbot Betroffene **nicht beratend** (Diskussion, Sachvortrag als Berichterstatter, mündliche Behandlung einer Angelegenheit) **oder entscheidend** (Beschlussfassung) in der betreffenden Angelegenheit mitwirken (§ 33 Abs. 1 Satz 1 KVG LSA). Das Mitwirkungsverbot erstreckt sich auf alle Beratungen und Entscheidungen in der Vertretung und in den Ausschüssen. Beratende Tätigkeit liegt bei so genannten einstufigen Entscheidungsprozessen nur dann vor, wenn der von der Mitwirkung Ausgeschlossene bei der mündlichen Beratung der Angelegenheit durch das entscheidungsbefugte Gremium körperlich anwesend ist. Beschränkt sich die Mitwirkung des Ausgeschlossenen auf die Vorbereitung der mündlichen Beratung liegt darin keine beratende Tätigkeit in diesem Sinne (VGH Kassel, NVwZ-RR 2007 S. 481).

Ein betroffener Mandatsträger darf beispielsweise nicht an einem **Gespräch der Kommune mit Vertretern öffentlicher Belange über den Vorentwurf eines Bebauungsplans** teilnehmen, weil die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass seine Beiträge Einfluss auf den Bebauungsplan haben könnten. Gleichwohl hat ein Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot auf die Rechtmäßigkeit der Satzung selbst keine Auswirkungen, weil die Beratung, an der der Betroffene mitgewirkt hat, nicht zu den nach dem BauGB gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrensabschnitten gehört. In diesem Fall kommt es nur darauf an, ob der Betroffene (auch) beim Satzungsbeschluss selbst beratend oder entscheidend mitgewirkt hat. Die Unwirksamkeit von vorbereitenden Beschlüssen im Planaufstellungsverfahren schlägt nicht auf die Rechtmäßigkeit des Satzungsbeschlusses selbst durch (BVerwG, NVwZ 1988 S. 916 m. w. N.).

Die **Befangenheit des Betroffenen bleibt so lange bestehen**, wie die noch zu treffende Entscheidung die Beratung oder Beschlussfassung beeinflussen kann.

Da alle Mitglieder der Vertretung einzuladen sind, muss auch der Betroffene zur Sitzung eingeladen werden; andernfalls wäre die Sitzung nicht ordnungsgemäß einberufen (vgl. § 55 KVG LSA). Nach Feststellung der **Beschlussfähigkeit** zu Beginn der Sitzung gilt zunächst § 55 Abs. 1 Satz 3 KVG LSA, ggfs. die Spezialnormen der §§ 55 Abs. 2 und 3 KVG LSA; als ultima Ratio gilt § 149 KVG LSA.

7. Entscheidung im Zweifelsfall (§ 33 Abs. 4 KVG LSA)

Wer nach eigener Einschätzung bei objektiver Betrachtungsweise annehmen muss, von der Mitwirkung ausgeschlossen zu sein, hat dies unaufgefordert dem Vorsitzenden **vor der Beratung und Beschlussfassung mitzuteilen** und den Sitzungsraum zu verlassen bzw. bei einer öffentlichen Sitzung sich in dem für Zuhörer bestimmten Teil des Beratungsrau-

mes zu begeben. **Kommt der Betroffene seiner Offenbarungspflicht nicht nach**, so ändert dies an der Pflichtverletzung „Mitwirkungsverbot“ nichts. Es liegt ein Verstoß nach § 32 Abs. 1 KVG LSA vor; die möglichen Rechtsfolgen ergeben sich aus § 32 Abs. 5 KVG LSA.

Eine **freiwillige Nichtteilnahme** führt hingegen auch bei irriger Annahme eigener Befangenheit nicht zur Rechtswidrigkeit des betroffenen Beschlusses. Die freiwillige Nichtmitwirkung bedeutet keinen Verstoß gegen die Befangenheitsnorm. Auf die Frage, ob der Betroffene tatsächlich befangen war, kommt es somit nicht an.

Nur im **Zweifelsfall** (z. B. bei eigenen Zweifeln, auf Anregung eines Dritten) entscheidet in Abwesenheit des Betroffenen bei Mitgliedern der Vertretung und bei Ehrenbeamten die Vertretung, bei Mitgliedern von Ausschüssen der **Ausschuss, sonst der Hauptverwaltungsbeamte** (§ 33 Abs. 4 Satz 4 KVG LSA). Die Feststellung ist nur für den jeweiligen Tagesordnungspunkt zu treffen. Stellt die Vertretung ein Mitwirkungsverbot fest, so gilt diese Entscheidung auch für die Tätigkeit des Mitglieds der Vertretung in den Fachausschüssen.

Der **Beschluss der Vertretung**, der als vertretungsinterne Angelegenheit keiner Vorbereitung durch einen Ausschuss oder den Hauptverwaltungsbeamten bedarf (§§ 48, 49, 51 KVG LSA), ist **kein VA** i. S. d. § 35 Satz 1 VwVG. Streitigkeiten zwischen einem Mitglied der Vertretung und dem beschließenden Gremium können im gerichtlichen **Kommunalverfassungsstreitverfahren** entschieden werden.

Letztlich ist es jedoch für ein tatsächlich bestehendes Mitwirkungsverbot ohne Bedeutung, ob die Vertretung über die Befangenheit einen Beschluss gefasst hat oder nicht. Das **(bloße) Fehlen einer Entscheidung nach § 33 Abs. 4 Satz 4 KVG LSA** beeinflusst die Rechtmäßigkeit des entsprechenden (Sach-) Beschlusses nicht, weil derjenige, in dessen Person ein Interessenwiderstreit vorliegt, schon unmittelbar bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 und 2 KVG LSA ausgeschlossen ist. In seinen Rechten kann ein Betroffener auch dann nicht verletzt sein, wenn eine Entscheidung nach § 33 Abs. 4 Satz 4 KVG LSA getroffen worden wäre, diese aber nicht anders hätte ausfallen dürfen.

8. Aufenthaltsort des befangenen Gemeinderats (§ 33 Abs. 4 Satz 2 und 3 KVG LSA)

Der Betroffene nimmt dieselbe Stellung ein wie eine dem Rat nicht angehörende Person. Durch das Gebot, den **Beratungsraum zu verlassen**, wird sichergestellt, dass sich der Betroffene ausreichend von dem übrigen Kollegium abhebt. Andernfalls könnte er durch seine Anwesenheit eine psychische Beeinflussung der übrigen Mitglieder bewirken und damit dem Bürger gegenüber den Eindruck erwecken, als habe er doch noch entscheidungserheblichen Einfluss und halte sich trotz seiner Eigeninteressen nicht aus der Angelegenheit heraus. Zum Beratungsraum gehört der gesamte Sitzungssaal, also nicht nur die Sitzplätze der Vertretung und der Verwaltung, sondern auch der Teil des Raumes, der für die Zuschauer bestimmt ist. Nicht zum Beratungsraum zählen die Räume, in die die Sitzung mittels optischer oder akustischer Geräte übertragen wird. In einer **öffentlichen Sitzung** ist der Betroffene berechtigt, sich **in dem für Zuhörer bestimmten Teil des Beratungsraumes aufzuhalten** (§ 33 Abs. 4 Satz 2 KVG LSA). Ein befangener Mandatsträger, der in einer öffentlichen Sitzung lediglich um Stuhlbreite vom Sitzungstisch des Gremiums abrückt und sich nicht in den vorhandenen Zuhörerbereich des Sitzungsraumes begibt, verlässt nicht die Sitzung (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1995 S. 155). Befindet sich der befangene Mandatsträger jedoch in einem auch für Zuhörer zugänglichen Bereich, so wird auch trotz einer verbleibenden geringen Entfernung zwischen ihm und dem Sitzungstisch sowie der Mitnahme seines Stuhls der Ausschluss von der Beratung und Entscheidung ausreichend erkennbar. Ein wegen Befangenheit ausgeschlossener Hauptverwaltungsbeamter kann aus dem Zuhörerraum die Frage beantworten, aus welchem Grund er die Angelegenheit erneut auf die Tagesordnung gesetzt hat (VGH Mannheim, VBIBW 1987 S. 70). Die Tatsache, dass sich ein befangener Mandatsträger in einer öffentlichen Sitzung in dem für Zuhörer bestimmten Teil des Beratungsraumes begeben hat,

§ 33 Kommentar – KVG LSA

kann sich nicht nur aus der Niederschrift, sondern auch aus einer Protokollnotiz des Hauptverwaltungsbeamten ergeben (VGH Mannheim vom 15. 11. 1999 – 3 S 2181/98 –).

9. Unwirksamkeit des Beschlusses und Unbeachtlichkeit des Fehlers (§ 33 Abs. 5 KVG LSA)

Ein **Beschluss**, der unter Verletzung der materiell-rechtlichen **Vorschriften der Absätze 1 bis 3** gefasst worden ist, ist **unwirksam**. Nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Norm kommt es deshalb nicht darauf an, ob die Mitwirkung des eigentlich Befangenen für die Entscheidung von Bedeutung war oder nicht.

§ 33 Abs. 5 KVG LSA bezieht sich demnach nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nicht auf **Beratungen und Berichterstattungen im Vorfeld der Beschlussfassung und auf Verstöße gegen die Verfahrensregeln des Absatzes 4**. Die so gefassten Beschlüsse sind rechtswidrig und damit aufhebbar, aber nicht unwirksam.

Wird ein tatsächlich nicht Befangener ausgeschlossen, so liegt ein Verstoß gegen § 33 Abs. 1 bis 3 KVG LSA vor, der zur Unwirksamkeit des Beschlusses führt. Nach dem Ziel und Zweck der Befangenheitsregelungen muss dies insbesondere deshalb gelten, weil der Betroffene im Rahmen der Beratung die Entscheidung weiterer Mitglieder der Vertretung hätte beeinflussen können.

Ein **unwirksamer Beschluss** ist nicht wirksam, er hat keine Wirkung. Im Verwaltungsrecht wird dies als Nichtigkeit i. S. d. § 43 Abs. 3 VwVfG bezeichnet. Ob dies der Fall ist, kann dahinstehen, weil die rechtliche Wirkung die gleiche bleibt.

Der Hauptverwaltungsbeamte und bei Kenntnis auch die KAB (im Rahmen des Opportunitätsprinzips bei eintretender Ermessensreduktion auf Null) sind verpflichtet, den **zuständigen Gremien die Unwirksamkeit anzuzeigen**. Nur wenn Rechtsunsicherheit besteht, muss der Hauptverwaltungsbeamte noch Widerspruch einlegen (§ 65 KVG LSA) und die KAB den Beschluss beanstanden (§ 146 KVG LSA nach Ermessensreduktion auf Null). Die Unwirksamkeit kann auch durch eine schriftliche Rüge geltend gemacht werden (§ 33 Abs. 5 Satz 2 KVG LSA).

Verlässt ein Betroffener **in der irrigen Annahme oder unter dem Vorwand der Befangenheit** die Sitzung, so führt dies nicht zur Rechtswidrigkeit des Beschlusses (VGH Mannheim, DÖV 1987 S. 448). Für diese Auffassung spricht bereits der Wortlaut der Befangenheitsvorschrift, der nur positiv auf die Mitwirkung, nicht aber auf das freiwillige Unterlassen der Mitwirkung abstellt. Darüber hinaus hat letztlich die Vertretung – selbst bei Kenntnis vom Nichtvorliegen eines Befangenheitsgrundes – keine Möglichkeit, die Mitwirkung des Mitglieds der Vertretung zu erzwingen (vgl. § 54 KVG LSA). Damit bleibt der in Abwesenheit des Betroffenen gefasste Beschluss rechtmäßig.

Ein **unwirksamer Beschluss** führt zur **Rechtswidrigkeit eines darauf beruhenden Bescheids**. Der betroffene Bürger kann gegen den Bescheid mit einem Widerspruch bzw. einer Klage vorgehen (vgl. zur Wirksamkeit eines Beschlusses § 56 KVG LSA); inzidenter wird von der Abhilfe- bzw. Widerspruchsbehörde und dem Verwaltungsgericht die Unwirksamkeit des Beschlusses geprüft.

Ein **Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot ist unbeachtlich**, wenn die Verletzung nicht schriftlich innerhalb eines Jahres seit Bekanntmachung des Beschlusses gegenüber der Kommune unter Bezeichnung der verletzten Vorschrift und der Tatsache, die den Mangel ergibt, geltend gemacht worden ist (§ 33 Abs. 5 Satz 2). Bei Satzungsbeschlüssen gilt § 8 Abs. 3 KVG LSA unmittelbar. § 33 Abs. 5 Satz 2 KVG LSA dient der Rechtssicherheit, damit niemand sich mehr nach Ablauf eines Jahres mit Aussicht auf Erfolg auf die Rechtswidrigkeit oder Nichtigkeit eines Beschlusses berufen kann.

Somit ist von der Unwirksamkeit des Beschlusses weiterhin auszugehen, wenn innerhalb eines Jahres der Hauptverwaltungsbeamte dem Beschluss widerspricht (§ 65 KVG LSA),

die KAB den Beschluss beanstandet (§ 146 KVG LSA) oder ein Bürger einen Rechtsbehelf gegen einen VA mit Hinweis auf ein Mitwirkungsverbot bei der Beschlussfassung des Gremiums einlegt. An die Darlegung sind keine strengen Anforderungen zu stellen.

Ein Zuwarten auf den Ablauf der Jahresfrist führt zu einer Amtspflichtverletzung. Stellt der Hauptverwaltungsbeamte oder die KAB ein Mitwirkungsverbot fest, so sind diese Organe unverzüglich unter den Voraussetzungen der §§ 65 und 146 KVG LSA zum Einschreiten verpflichtet. Für die Kommunalaufsicht reduziert sich das Handlungs- und Auswahlermessen auf Null, so dass eine Beanstandung erfolgen muss.

Zur **öffentlichen Bekanntmachung des Beschlusses** vgl. § 65 KVG LSA. Die **Berechnung der Jahresfrist** erfolgt nach den §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB.

Besonderheiten § 33 Abs.1 KVG LSA

*** Wegfall des Mitwirkungsverbotes für Angehörige einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe**

Das Mitwirkungsverbot greift nicht, wenn der Mandatsträger lediglich als Angehöriger einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe mitwirkt, also keine Sonderinteresse verfolgt werden.

Beispiel:

Der Gemeinderat beschließt die Erhöhung der Hundesteuer. Etliche Mandatsträger sind Eigentümer von Hunden. Diese unterliegen nicht dem Mitwirkungsverbot, da sie Angehörige einer Bevölkerungsgruppe ohne **einzelnes Sonderinteressen** sind.

§ 33 Abs.2 KVG LSA Mitwirkungsverbot

(2) Das Mitwirkungsverbot nach Absatz 1 Satz 1 und 2 gilt auch für in ein Ehrenamt oder zu sonstiger ehrenamtlicher Tätigkeit Berufene, die

1. in anderer als öffentlicher Eigenschaft in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben haben oder beratend oder entgeltlich tätig geworden sind,
2. bei einer natürlichen oder juristischen Person oder einer Vereinigung, die an der Entscheidung der Angelegenheit ein wirtschaftliches oder besonderes persönliches Interesse hat, gegen Entgelt beschäftigt sind,
3. Mitglied des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder eines vergleichbaren Organs einer juristischen Person oder einer Vereinigung sind, die an der Entscheidung der Angelegenheit ein wirtschaftliches oder besonderes persönliches Interesse hat, es sei denn, sie gehören den genannten Organen als Vertreter der Kommune oder auf deren Vorschlag an, oder
4. Gesellschafter einer Kapital- oder Personengesellschaft des bürgerlichen Rechts sind, die an der Entscheidung der Angelegenheit ein wirtschaftliches oder besonderes persönliches Interesse hat.

§ 33 Abs.2 KVG LSA Mitwirkungsverbot

Mitwirkungsverbot nach § 33 Abs. 2 Nr. 1 KVG LSA

Auch derjenige, der in nicht öffentlicher Eigenschaft ein Gutachten erstellt hat, oder sonst tätig geworden ist, darf bei der Beratung und Entscheidung über diese Angelegenheit nicht mitwirken.

Beispiel:

Ein Architekt, der gleichzeitig Mitglied des Gemeinderates ist, hat für eine Baufirma, die sich um Vergabe der Sanierungsarbeiten am historischen Rathaus bewirbt ein Gutachten erstellt. Bei der Beratung bzw. Entscheidung über die Vergabe der Aufträge darf der Architekt nicht mitwirken.

§ 33 Abs.2 KVG LSA Mitwirkungsverbot

Mitwirkungsverbot nach § 33 Abs. 2 Nr. 2 KVG LSA

Diese Art des Mitwirkungsverbotes greift dann, wenn Gemeinderäte bei einer natürlichen oder juristischen Person des privaten oder öffentlichen Rechts **gegen Entgelt beschäftigt sind und (!!!) dieser Arbeitgeber oder Dienstherr ein besonderes persönliches oder wirtschaftliches Interesse** an der Erledigung der Angelegenheit hat.

Beispiel:

Ein Mitglied des Gemeinderates ist bei einem mittelständischen Betrieb des Ortes als Arbeiter beschäftigt. Der Betrieb, bewirbt sich um den Ankauf eines städtischen Grundstückes um das Geschäft zu erweitern. Der Gemeinderat unterliegt bei der Entscheidung über den Verkauf dieses Grundstückes dem Mitwirkungsverbot. Die gleiche Regelung trifft auch auf Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR) zu, wenn diese Gesellschaft ein besonderes Interesse an der Erledigung der Angelegenheit hat.

Besonderheiten § 33 Abs.3 KVG LSA

Ein Mitwirkungsverbot gilt nicht:

- bei Beschlüssen und Wahlen, durch die jemand als Vertreter der Gemeinde in Organe der in § 33 Abs. 3 KVG LSA genannten Art entsandt oder aus ihnen abberufen werden soll,
- bei Wahlen und anderen Bestellungen zu einer ehrenamtlichen Tätigkeit und bei der Abwahl oder Berufung aus solchen Tätigkeiten (Wahl zum Ortsbürgermeister, Wahl zum Vorsitzenden des Gemeinderates).