

Professor Dr. Emanuel V. Towfigh, Wiesbaden, und Wiss. Mit. Kristina Schönfeldt, Bonn*

„Eine Stadt in Aufruhr“

THEMATIK	Kommunalrecht
SCHWIERIGKEITSGRAD	Anspruchsvoll
BEARBEITUNGSZEIT	Zwei Wochen, 32.000 Zeichen (Hausarbeit)

■ SACHVERHALT

Die hessische Stadt Bad Waldungen (im Folgenden: W) ist ein wohlhabender und beschaulicher Kurort mit rund 17.800 Einwohnern. Seit einigen Monaten herrscht jedoch Aufruhr in der Stadt: Ein politisch hoch umstrittenes Thema erhitzt die Gemüter der Einwohner und Einwohnerinnen und führt zu kontroversen Debatten an Küchen-, Rats- und Stammtischen. Anlass dazu gibt der Plan der Stadtverordnetenversammlung von W, auf einem bislang noch im Eigentum des Stadtverordneten A stehenden Grundstück ein großes regionales Einkaufszentrum zu errichten. In dem Einkaufszentrum soll es ein breites Angebot an Bekleidungs-, Sport-, Technik- und Lebensmittelgeschäften geben. Sowohl eine namhafte Modekette als auch ein international bekannter Sportartikelhersteller, der seine Artikel auch über das Internet sehr erfolgreich vertreibt, haben bereits Interesse daran bekundet, große Ladenflächen in dem Einkaufszentrum zu mieten. Durch das Einkaufszentrum sollen Arbeitsplätze geschaffen und mehr Einnahmen für den kommunalen Haushalt erzielt werden. Das Einkaufszentrum richtet sich mit seinem Angebot dabei nicht nur an die Bürger und Bürgerinnen von W, sondern gerade auch an Bewohner und Bewohnerinnen des Umlands. Örtlichen Gewerbetreibenden soll ausdrücklich kein Vorrang bei der Vermietung von Ladenflächen eingeräumt werden.

Zur Realisierung des Vorhabens ist es zunächst erforderlich, dem Stadtverordneten A das Grundstück zu einem über dem marktüblichen Preis liegenden Wert abzukaufen. Daneben soll eine GmbH gegründet werden, deren alleinige Gesellschafterin die Stadt W werden soll. Die GmbH soll das Management des Einkaufszentrums übernehmen, dh die Vermietung von Ladenflächen, die Instandhaltung des Gebäudes usw. Viele Bürger und Bürgerinnen von W sind mit diesen Plänen nicht einverstanden. In kurzer Zeit formiert sich daher großer Widerstand in der Bevölkerung. Insbesondere an dem geplanten Ankauf des Grundstücks des A nehmen viele Einwohner Anstoß. Es sei doch offensichtlich, dass sich der Stadtverordnete A auf diese Weise persönlich bereichern wolle. Zudem gebe es in W ein ausreichendes Angebot an inhabergeführten Fach- und Lebensmittelgeschäften sowie Handwerksbetrieben. Für die Bürger und Bürgerinnen von W habe das regionale Einkaufszentrum daher keinerlei Mehrwert. Das Einkaufszentrum werde vielmehr die Existenz des Einzelhandels gefährden und zu einem Aussterben der Innenstadt von W führen.

Auch die Stadtverordnetenversammlung von W ist in der Frage des Baus und Betriebes des Einkaufszentrums gespalten. Nach Monaten kontroverser inter- und intrafraktioneller Debatten beruft der Stadtverordnetenvorsteher V mit Schreiben vom 14.10.2016 eine Stadtverordnetensitzung am 30.10.2016 ein, in der über das Vorhaben abgestimmt werden soll.

Die Stadtverordnete B, die nicht nur an der Spitze der Protestbewegung gegen das Einkaufszentrum steht, sondern hauptberuflich auch das einzige Fachgeschäft für Sportartikel in W betreibt, ist entsetzt. B kündigt an, dass sie und die

anderen Stadtverordneten der Z-Fraktion gegen das Einkaufszentrum stimmen werden.

Das Interesse der Öffentlichkeit an der Sitzung der Stadtverordnetenversammlung ist groß. Bereits zwei Stunden vor Sitzungsbeginn haben sich mehr als doppelt so viele Zuhörer und Zuhörerinnen ins Rathaus begeben, wie sonst üblicherweise bei großen Sitzungen zugegen sind. Die im Sitzungssaal bereitgestellten Sitzplätze reichen daher nicht aus, sodass viele Zuhörer und Zuhörerinnen stehen müssen. Das Publikum verteilt sich im gesamten Sitzungssaal und steht dabei teilweise unmittelbar hinter den Sitzplätzen der Stadtverordneten. Dabei sammeln sie sich vor allem hinter den Sitzplätzen der X-Fraktion. Dieser gehört auch der Stadtverordnete A an. Kurz vor der Sitzung hat die X-Fraktion öffentlich angekündigt, für den Bau des Einkaufszentrums und die Gründung der GmbH zu stimmen. Einige Zuhörer und Zuhörerinnen haben große Plakate sowie ein Banner mit der Aufschrift „Keine öffentlichen Mittel für A!“ mitgebracht. Letzteres bringen sie noch vor Sitzungsbeginn an der Kopfseite des Sitzungssaals an, sodass es für alle Stadtverordneten gut sichtbar ist. Auf den übrigen Plakaten werden die Stadtverordneten dazu aufgefordert, die persönliche Bereicherung des Stadtverordneten A auf Kosten der Stadt nicht zu unterstützen und den Plänen die Zustimmung zu verweigern. Während die Stadtverordneten nach und nach im Sitzungssaal eintreffen, werden die Plakate – begleitet von lauten Sprechchören und persönlichen Anfeindungen gegenüber den Mitgliedern der X-Fraktion – hochgehalten und so die Stimmung im Saal immer weiter angeheizt.

Noch vor Sitzungsbeginn fordert A den Stadtverordnetenvorsteher V auf, für Ruhe und Ordnung im Saal zu sorgen und zumindest die Zuhörer und Zuhörerinnen ohne Sitzplatz des Saales zu verweisen. Außerdem verlangt er die Abnahme des Banners. Der Stadtverordnetenvorsteher V mahnt zwar die Zuhörer und Zuhörerinnen zur Ruhe und fordert sie auf, die Plakate umzudrehen, sodass die Botschaften nicht mehr sichtbar sind. Das Banner hält er jedoch nicht für eine Störung des Sitzungsablaufs und lehnt daher eine entsprechende Anordnung, das Banner abzunehmen, ab. Auch verweist er die Störer nicht des Saales. Unter Protest der Z-Fraktion sowie der Zuhörer und Zuhörerinnen beantragt A sodann den Ausschluss der Stadtverordneten B von der Beratung und Entscheidung über den Bau und Betrieb des Einkaufszentrums. Er begründet den Antrag damit, dass B als Inhaberin eines lokalen Fachgeschäfts für Sportartikel befangen sei und nicht objektiv entscheiden könne. Dem Antrag des A wird mehrheitlich zugestimmt, woraufhin B den Saal verlässt.

Noch bevor die eigentliche inhaltliche Beratung des Tagesordnungspunktes „Einkaufszentrum“ beginnt und die Abstimmung stattfinden kann, verlässt der Stadtverordnete A den Saal. Grund ist, dass er sich von den anhaltenden akustisch und visuell deutlich wahrnehmbaren Protesten und per-

* Der Verfasser Towfigh ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Empirische Rechtsforschung und Rechtsökonomik an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden, die Verfasserin Schönfeldt ist Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Stefan Talmon, LL.M. M.A., an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Dank für konstruktive Anregungen, hilfreiche Anmerkungen und Textredaktion gebührt Dr. Katharina Towfigh, Jacob Ulrich, LL.B. sowie stud. iur. Thea Becker, stud. iur. Mike Fecke und stud. iur. Jan Keeren.

sönlichen Anfeindungen der Zuhörer und Zuhörerinnen zunehmend unter Druck gesetzt und sich dadurch in seiner Rede- und Entscheidungsfreiheit eingeschränkt fühlt. Beratung und Abstimmung finden letztlich ohne A statt. Zwar hatte sich A im Vorhinein und im Bewusstsein der möglichen Proteste überlegt, einen Antrag auf Ausschluss der Öffentlichkeit zu stellen, doch hat er von diesem Gedanken bewusst wieder Abstand genommen. Er wolle den Bürgern und Bürgerinnen von W zeigen, dass der Kauf seines Grundstücks durch die Stadt W transparent, einwandfrei und ohne Mauseleien durchgeführt werde.

Letztlich stimmt die Stadtverordnetenversammlung dem Bau des Einkaufszentrums sowie der Gründung der GmbH mehrheitlich zu.

Aufgabe 1: A fühlt sich vom Stadtverordnetenvorsteher V ungerrecht behandelt und in seinen Rechten als Stadtverordneter verletzt. Er ist der Ansicht, dass V dazu verpflichtet war, in der Ratssitzung vom 30.10.2016 wirksame Maßnahmen zur Beseitigung der von den Plakaten und dem Banner ausgehenden Störungen der Sitzung zu ergreifen. A möchte dies gerichtlich klären lassen. Hat eine verwaltungsgerichtliche Klage von A Erfolg?

Aufgabe 2: B ist der Ansicht, dass der Sitzungsausschluss rechtswidrig war. Ist dies zutreffend?

Aufgabe 3: B meint, sie als Privatunternehmerin müsse sich doch gegen staatliche Konkurrenz zur Wehr setzen können. Schließlich lebe man in einer Markt-, nicht in einer Planwirtschaft. Sie möchte daher gerichtlich überprüfen lassen, ob die wirtschaftliche Betätigung der Stadt W im konkreten Fall rechtmäßig ist. Hat eine verwaltungsgerichtliche Klage von B Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungsvermerk: Der Bearbeitung ist zugrunde zu legen, dass ein privater Dritter den Zweck des Betriebs des Einkaufszentrums nicht ebenso gut und wirtschaftlich erfüllen kann, sowie dass die Voraussetzungen des § 122 I 1 Nr. 2–4 HGO erfüllt sind.

■ LÖSUNG

AUFGABE 1

Eine Klage des A hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. ZULÄSSIGKEIT

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO erfüllt sind.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs im konkreten Fall (§ 40 I 1 VwGO)

Zunächst ist zu prüfen, ob der Verwaltungsrechtsweg im konkreten Fall eröffnet ist. Dies bestimmt sich im Grundsatz mangels aufdrängender Sonderzuweisung nach § 40 I VwGO.

In dem vorliegenden Fall streiten sich allerdings ein Stadtverordneter und ein Stadtverordnetenvorsteher um das Bestehen bzw. die Reichweite von Organrechten, mithin um Fragen innerhalb der kommunalen Selbstverwaltung. Fraglich ist, ob solche Innenrechtsstreitigkeiten in den Anwendungsbereich der VwGO fallen.¹ Nach der früher vorherrschenden sog. Impermeabilitätstheorie sollten innerhalb der Gemeinde überhaupt keine Rechtsstreitigkeiten möglich sein.² Dies wurde damit begründet, dass die Organisation der Verwaltung keinen rechtlichen Regeln unterliege, sondern Ausfluss

der rechtlich ungebundenen Organisationshoheit sei; demzufolge wurde angenommen, dass Rechtsbeziehungen ausschließlich zwischen Verwaltung und Bürgern bzw. Bürgerinnen bestehen könnten. Daher war auch die VwGO ursprünglich lediglich für „Außenrechtsstreitigkeiten“ zwischen Verwaltung und Bürger konzipiert, was eine Anwendung auf Innenrechtsstreitigkeiten ausschloss.

Mittlerweile hat sich allerdings die Ansicht durchgesetzt, dass auch innerhalb der Verwaltung, in der unterschiedliche Organe mit jeweils eigenen Kompetenzen und Organrechten ausgestattet sind, Rechtsbeziehungen bestehen. Unter Berücksichtigung der umfassenden Gesetzesbindung gem. Art. 20 III GG kann die verwaltungsgerichtliche Überprüfbarkeit von Innenrechtsstreitigkeiten in Konstellationen, in denen sich mit eigenen Rechten und Kompetenzen ausgestattete Organe bzw. Organteile gegenüberstehen, nicht vertretbar abgelehnt werden. Vielmehr stellen auch sie einen tauglichen Klagegegenstand dar.³ Damit ist die VwGO auch auf Innenrechtsstreitigkeiten anwendbar und der Weg zu den Verwaltungsgerichten geebnet.

Demnach müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit iSv § 40 I 1 VwGO vorliegen. Dies ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die für die Streitentscheidung maßgeblichen Normen solche des öffentlichen Rechts sind. Für die Entscheidung des vorliegenden Falles sind die Normen der Hessischen Gemeindeordnung maßgeblich. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit iSd § 40 I 1 VwGO liegt somit vor. Ferner dürfte die Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art sein. Dies wäre dann der Fall, wenn Verfassungsorgane um ihre verfassungsrechtlichen Kompetenzen streiten (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit⁴). Zwar handelt es sich hier um einen sog. Kommunalverfassungsverstreit, jedoch sind weder A als Stadtverordneter noch V als Stadtverordnetenvorsteher Verfassungsorgane. Die zwischen den beiden bestehende Streitigkeit ist darüber hinaus nicht nach Maßgabe des Verfassungsrechts zu lösen. Da auch keine abdrängende Sonderzuweisung vorliegt, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafte Klageart (§ 88 VwGO)

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers. Der Stadtverordnete A beansprucht die Feststellung, dass der Stadtverordnetenvorsteher V verpflichtet war, in der Ratssitzung vom 30.10.2016 Maßnahmen zur Beseitigung von Störungen der Sitzung zu ergreifen. Der Frage, welche Klageart für eine solche Organstreitigkeit statthaft ist, kann man sich aus verschiedenen Richtungen nähern.

1. Fortsetzungsfeststellungsklage (analog § 113 I 4 VwGO)

A möchte gerichtlich klären lassen, ob der Bürgermeister V dazu verpflichtet war, Maßnahmen zur Beseitigung von Störungen der Sitzung zu ergreifen. Zur Erfüllung dieses klägerischen Begehrens kommt eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO in Betracht, weil sich das streitbehaftete Ereignis schon vor Klageerhebung erledigt hat.

1 Zum Kommunalverfassungsverstreit s. *Ogorek* JuS 2009, 511 sowie Mann/Püttner/*Bethge*, *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis* I, 3. Aufl. 2007, 817–839.

2 *Laband*, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* II, 5. Aufl. 1911, 181 f.

3 Vgl. dazu BeckOK *KommunalR* Hessen/*Dietlein*, Beck'scher Online-Kommentar *Kommunalrecht Hessen*, 1. Ed. 1.1.2017, Systematische Einführung zum *Kommunalrecht Deutschlands*, Rn. 170.

4 Näher dazu *Bethge* JuS 2001, 1100.

Hinweis: Nach hM ist die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO analog anzuwenden, sofern sich ein Verwaltungsakt bereits vor Klageerhebung erledigt hat.

Voraussetzung für die Statthaftigkeit einer Fortsetzungsfeststellungsklage ist zunächst das Vorliegen eines Verwaltungsaktes. Fraglich ist insofern, ob es sich bei der begehrten Maßnahme zur Beseitigung von Störungen in der Sitzung um einen Verwaltungsakt gem. § 35 VwVfG handelt. Entscheidend ist hierfür, ob die Maßnahme des Bürgermeisters Außenwirkung entfaltet. Dafür ist erforderlich, dass die Maßnahme auch außerhalb der Sphäre der beteiligten Verwaltungsträger Wirkungen zeitigt. Dies ist bei Maßnahmen eines Bürgermeisters im Rahmen der Sitzungsleitung abzulehnen, insofern diese Maßnahmen allein die Ratsmitglieder betreffen.⁵ Fraglich ist allerdings, ob die Wirkungen der (unterlassenen) Maßnahmen des V im konkreten Fall nicht doch über den Geschäftsgang innerhalb des Rates hinausreichen, indem sie sich auch an die protestierenden Bürger und Bürgerinnen im Sitzungssaal richten und möglicherweise deren Rechte beeinträchtigen.⁶ Die Vornahme bzw. Weigerung der Vornahme einer Ordnungsmaßnahme berührt die Rechte außenstehender Dritter jedoch nicht unmittelbar, sondern lediglich reflexhaft. Mangels unmittelbarer Außenwirkung der Maßnahme des Bürgermeisters kommt dieser daher keine Verwaltungsaktsqualität zu. Eine Fortsetzungsfeststellungsklage scheidet daher als statthafte Klageart aus.

2. Klageart sui generis

In der früheren Rechtsprechung wurde angenommen, für kommunalverfassungsrechtliche Streitigkeiten sei eine Klageart *sui generis* statthaft.⁷ Dies wurde unter anderem damit begründet, dass die Klagearten der VwGO mit Blick auf den Schutz der Individualrechte des Bürgers und der Bürgerin geschaffen wurden, nicht aber zur Sicherung und Durchsetzung verwaltungsinterner Organrechte. Diese Ansicht wurde mittlerweile aufgegeben: Ein Bedürfnis für die Anerkennung gesetzlich nicht geregelter Klagearten besteht allenfalls dann, wenn die in der VwGO normierten Klagearten dem jeweils verfolgten Rechtsschutzziel weder in unmittelbarer noch entsprechender Anwendung genügen,⁸ mit allgemeiner Leistungsklage und Feststellungsklage verfügt die VwGO aber über Verfahren, die Entscheidungen auch in Innenrechtsstreitigkeiten ermöglichen.

3. Allgemeine Leistungsklage

Statthaft könnte vor diesem Hintergrund die (in der VwGO nicht ausdrücklich normierte) allgemeine Leistungsklage sein. Diese wird in § 43 II VwGO erwähnt und ist auch allgemein anerkannt. Mit der allgemeinen Leistungsklage kann ein Handeln, Dulden oder Unterlassen begehrt werden, das nicht den Erlass oder die Aufhebung eines Verwaltungsaktes zum Gegenstand hat.⁹ Geht es allerdings um die Feststellung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Maßnahme oder der Unterlassung derselben, wie im vorliegenden Falle, entspricht die Leistungsklage nicht dem Klagebegehren¹⁰ und scheidet damit als statthafte Klageart aus.

4. Feststellungsklage (§ 43 I Alt. 1 VwGO)

Schließlich besteht die Möglichkeit, Feststellungsklage mit dem Begehren zu erheben, das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festzustellen. Unter einem Rechtsverhältnis iSv § 43 I Alt. 1 VwGO versteht man „die sich aus einem konkreten Sachverhalt ergebende öffentlich-rechtliche

Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache“¹¹. Davon sind auch Rechtsbeziehungen zwischen Organen bzw. Organteilen erfasst,¹² unabhängig davon, ob diese gegenwärtig ist, der Vergangenheit oder der Zukunft angehört.¹³ Den Mitgliedern der Gemeindevertretung steht bei Störungen ihrer Mandatsausübung im Rahmen einer Sitzung der Gemeindevertretung grundsätzlich ein klagbarer Anspruch auf Beseitigung dieser Störungen gegen den Vorsitzenden der Gemeindevertretung zu, unabhängig davon, wer Verursacher der Störungen ist.¹⁴ Statthafte Klageart ist somit die Feststellungsklage nach § 43 I Alt. 1 VwGO.

III. Klagebefugnis (§ 42 II VwGO analog)

A muss klagebefugt sein, dh, er muss geltend machen, dass er möglicherweise durch die (unterlassenen) Maßnahmen des V in einem seiner organschaftlichen Rechte verletzt worden ist.¹⁵ Ob zum Erfordernis eines hinreichenden Feststellungsinteresses eine Klagebefugnis hinzutreten muss, ist zwar umstritten. In Fällen des Kommunalverfassungsstreits wird allerdings ganz überwiegend das Erfordernis einer Klagebefugnis angenommen.¹⁶ Hierfür ist entscheidend, ob dem Antragsteller als Mitglied der Stadtverordnetenversammlung eine wehrhafte Innenrechtsposition gegen den Antragsgegner zusteht, also solche organschaftliche Rechte gestützt werden, die gerade dem Antragsteller als Organ(teil) zustehen.¹⁷ Die Pflicht des Vorsitzenden einer Gemeindevertretung, einen reibungslosen Ablauf der Sitzungen sicherzustellen, dient unter anderem der Gewährleistung der effektiven Mitwirkung der dazu berufenen Gemeindevertreter und der ungestörten Wahrnehmung ihrer Mandatsausübungsrechte.¹⁸ Korrespondierend dazu steht den Gemeindevertretern das Recht zu, „vom Vorsitzenden der Gemeindevertretung die Beseitigung von Beeinträchtigungen organschaftlicher Befugnisse im Wege eines innerorganisatorischen Störungsbeseitigungsanspruchs“¹⁹ zu verlangen. A hat also eine wehrhafte Rechtsposition gegenüber dem V. Zudem kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass eine Verletzung dieser Rechtsposition vorliegt. Somit ist A klagebefugt.

IV. Weitere Sachentscheidungs Voraussetzungen

1. Richtiger Beklagter

Die Klage muss zudem gegen den richtigen Beklagten gericht-

5 Lange, Kommunalrecht, 2013, 395.

6 Vgl. Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2017, 633.

7 S. zB OVG NRW NJW 1972, 1682; Ehlers NVwZ 1990, 105 mwN.

8 OVG NRW OVGE 32, 192 ff.; Schoch JuS 1987, 783.

9 Schoch/Schneider/Bier/Pietzcker, VwGO, 32. EL 2016, VwGO § 42 Rn. 152.

10 Vgl. Birkenfeld, Kommunalrecht Hessen, 6. Aufl. 2016, 255.

11 BeckOK VwGO/Möstl, Beck'scher Online-Kommentar VwGO, 41. Ed. 1.4.2017, § 43 Rn. 1.

12 BeckOK VwGO/Möstl, 43. Ed. 1.10.2017, § 43 Rn. 10.

13 BeckOK VwGO/Möstl, 43. Ed. 1.10.2017, § 43 Rn. 6.

14 Vgl. OVG NRW NVwZ 1983, 485 und OVG NRW NVwZ-RR 1991, 260.

15 Ob zusätzlich zum Erfordernis eines hinreichenden Feststellungsinteresses eine Klagebefugnis (§ 42 II VwGO analog) gegeben sein muss, ist umstritten. S. zu dem Streitstand zB Schoch/Schneider/Bier/Pietzcker, 32. EL 2016, VwGO § 43 Rn. 28 ff.; BeckOK VwGO/Möstl, 41. Ed. 1.4.2017, § 43 Rn. 20–23.

16 Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, 332 Rn. 17; s. auch Hermes/Reimer/Lange, Landesrecht Hessen, 8. Aufl. 2015, 174.

17 Vgl. OVG Brem BeckRS 2010, 55942; OVG NRW NVwZ-RR 2003, 225; ausführlicher dazu Mann/Püttner/Ehlers HKWP I, 3. Aufl. 2007, 531 f.; Schoch/Schmidt-Aßmann/Röhl, Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2013, S. 69 Rn. 116.

18 Vgl. NdsOVG BeckRS 2014, 46873; OVG NRW NVwZ 1983, 485 (486).

19 BeckOK KommR Hessen/Engels, 1. Ed. 1.1.2017, HGO § 58 Rn. 29; vgl. auch OVG NRW NVwZ 1983, 485 (486); VG Gießen BeckRS 2017, 101063 = juris Rn. 23.

tet sein. § 78 VwGO ist in Kommunalverfassungsstreitigkeiten nicht direkt anwendbar. In Abweichung von den Grundsätzen der passiven Prozessführungsbefugnis, wonach die Klage gegen die Gemeinde als Rechtsträgerin zu richten wäre, wird die passive Prozessführungsbefugnis in Kommunalverfassungsstreitigkeiten nach der „innerorganisatorischen Kompetenz- oder Pflichtenzuordnung“²⁰ beurteilt. Danach ist ausnahmsweise das (Teil-)Organ selbst, dem die behauptete Kompetenz- oder Rechtsverletzung anzulasten ist, richtiger Klagegegner.²¹

Der Stadtverordnetenvorsteher V hat eine Maßnahme unterlassen und somit möglicherweise die Organrechte des A verletzt, mithin ist V der richtige Beklagte.

2. Beteiligtenfähigkeit

Sowohl A als auch V müssen ferner beteiligtenfähig sein. Ihre jeweilige Beteiligtenfähigkeit ergibt sich aus § 61 Nr. 2 VwGO analog,²² da sie weder als Außenrechtssubjekt iSd § 61 Nr. 1 VwGO tätig werden noch eine Behörde nach Maßgabe des § 61 Nr. 3 VwGO sind, sondern vielmehr als Teile des Organs „Gemeindevertretung“ mit Rechten und Befugnissen ausgestattet sind, die hier auch betroffen sind.²³

3. Prozessfähigkeit

Sowohl A als auch V sind jeweils als Teile des Organs „Gemeindevertretung“ gemäß einer analogen Anwendung von § 62 III VwGO prozessfähig.²⁴

V. Feststellungsinteresse

Im Rahmen der Feststellungsklage ist erforderlich, dass der Kläger ein besonderes Feststellungsinteresse vorbringen kann. Dafür genügt jedes Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art von gewisser Schwere.²⁵ Geht es wie vorliegend um ein erledigtes Rechtsverhältnis, sind zur Bestimmung des Feststellungsinteresses die besonderen, zur Fortsetzungsfeststellungsklage entwickelten Fallgruppen heranzuziehen.²⁶ Vorliegend besteht die nicht fernliegende Möglichkeit, dass sich in einer folgenden Sitzung der Stadtverordnetenversammlung erneut eine ähnliche Situation zu trägt, es besteht also Wiederholungsgefahr. Außerdem könnte A ein Rehabilitationsinteresse geltend machen. Mithin ist ein qualifiziertes Feststellungsinteresse zu bejahen.

VI. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig.

B. BEGRÜNDETHEIT DER KLAGE

Die Feststellungsklage des A ist begründet, wenn der Stadtverordnetenvorsteher V verpflichtet war, das Hochhalten der Plakate zu untersagen und weitere geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um einen ungestörten Sitzungsverlauf sicherzustellen. Bestünde eine solche Pflicht und wäre der Stadtverordnetenvorsteher V dieser nicht nachgekommen, hätte er eine wehrhafte Innenrechtsposition, konkret das Recht des Klägers A auf Abwehr innerorganisatorischer Störungen, die den ordnungsgemäßen Ablauf einer Sitzung behindern (sog. innerorganisatorischer Störungsbeseitigungsanspruch), verletzt.²⁷

I. Aufgaben des Vorsitzenden der Gemeindevertretung (§ 58 IV 1 HGO)

Gemäß § 58 IV 1 HGO obliegt die Verhandlungsleitung dem Vorsitzenden der Gemeindevertretung. Dazu gehört die Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Verhandlung,

was deren Effektivität ebenso einschließt wie die Sicherung der Mitwirkungsrechte kommunaler Mandatsträger bei der Willensbildung der Vertretungskörperschaft. Zudem wacht der Vorsitzende über die Aufrechterhaltung der Ordnung, indem er für den notwendigen Rahmen sorgt, damit der Ablauf ordnungsgemäß stattfinden kann. Im Falle von Störungen kommt dem Vorsitzenden der Gemeindevertretung ein Auswahlermessen zu, welche Maßnahmen er zur Störungsabwehr ergreift.²⁸ Der Vorsitzende der Gemeindevertretung ist demnach nicht verpflichtet, eine bestimmte Maßnahme der Störungsabwehr zu ergreifen, sondern kann von verschiedenen in Betracht kommenden Handlungsmöglichkeiten nach pflichtgemäßem Ermessen Gebrauch machen.²⁹

II. Störung der Ordnung durch Plakate und Banner (§ 58 IV 1 HGO)

Zu prüfen ist zunächst, ob das Hochhalten der Plakate und das Aufhängen des Banners zu einer Störung der Ordnung geführt haben. Der in § 58 IV 1 HGO angesprochene Begriff der Ordnung „umfasst nicht nur die den Verfahrensablauf regelnden normativen Bestimmungen der Gemeindeordnung und der kommunalen Satzungen und Geschäftsordnungen, sondern darüber hinaus auch den Gesamtbestand der innerorganisatorischen Verhaltensregeln, die für einen reibungslosen Geschäftsablauf notwendig sind“.³⁰

Vor dem Hintergrund der in Art. 28 II 1 GG verankerten Selbstverwaltungsgarantie besteht ein öffentliches Interesse daran, dass die Willensbildung innerhalb der demokratisch legitimierten Gemeindevertretung in ungezwungener und offener Weise stattfinden kann.³¹ Ein geordneter Sitzungsbetrieb erfordert „eine von psychologischen Hemmnissen möglichst unbeeinträchtigte Atmosphäre.“³² Schließlich ist eine Gemeindevertretung „kein Forum zur Äußerung und Verbreitung privater Meinungen, sondern ein Organ der Gemeinde ..., das die Aufgabe hat, die divergierenden Vorstellungen seiner gewählten Mitglieder im Wege der Rede und Gegenrede und der nachfolgenden Abstimmung zu einem einheitlichen Gemeindevillen zusammenzuführen und der Gemeinde so die nötige Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit zu verschaffen.“³³ Der Vorsitzende der Gemeindevertretung hat daher zu gewährleisten, dass dieser Rahmen stets aufrechterhalten wird. Dahinter stehendes Ziel ist, dass die Willensbildung in der Gemeindevertretung ungezwungen, freimütig und in aller Offenheit verlaufen kann.³⁴

Gerade der Einsatz demonstrativer nonverbaler Ausdrucksmittel (wie Plakate und Banner) ist daher als eindeutige Beeinträchtigung der Sitzungsordnung zu werten.³⁵ Der

20 Schoch/Schneider/Bier/Meissner, 32. EL 2016, VwGO § 78 Rn. 50.

21 HessVGH NVwZ-RR 2014, 563; VGH BW BeckRS 2012, 48729; Schoch/Schneider/Bier/Meissner, 32. EL 2016, VwGO § 78 Rn. 50 mwN.

22 Vgl. BeckOK VwGO/Kintz, 43. Ed. 1.10.2017, § 61 Rn. 10.

23 Vgl. Erbuth/Mann/Schubert, Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2015, Rn. 186.

24 Vgl. Erbuth/Mann/Schubert BesVerwR, 12. Aufl. 2015, Rn. 187.

25 BeckOK VwGO/Möstl, 41. Ed. 1.4.2017, § 43 Rn. 19.

26 BeckOK VwGO/Möstl, 41. Ed. 1.4.2017, § 43 Rn. 7.

27 Vgl. OVG NRW NVwZ 1983, 485 (486).

28 Lange KommunalR, 2013, 395; instruktiv Mann/Püttner/Ehlers HKWP I, 3. Aufl. 2007, 510.

29 VG Arnsberg BeckRS 2007, 27218 = juris Rn. 25.

30 VG Arnsberg BeckRS 2007, 27218 = juris Rn. 56.

31 VG Arnsberg BeckRS 2007, 27218 = juris Rn. 60.

32 VG Arnsberg BeckRS 2007, 27218 = juris Rn. 60.

33 VG Arnsberg BeckRS 2007, 27218 = juris Rn. 58.

34 VG Arnsberg BeckRS 2007, 27218 = juris Rn. 60.

35 VG Arnsberg BeckRS 2007, 27218 = juris Rn. 62.

Stadtverordnetenvorsteher V hätte dem Grunde nach gegen die hochgehaltenen Plakate sowie das angebrachte Banner, mithin die Störung der Sitzungsordnung, vorgehen müssen. Bei einem entsprechenden Verlangen seitens eines Stadtverordneten, diese zu beseitigen, bestand dann auch kein Entscheidungsspielraum mehr, ob, sondern allenfalls wie hiergegen eingeschritten wird.

III. Beseitigung der Störung durch Umdrehen der Plakate?

Ob die Störung der Ordnung durch das Umdrehen der Plakate beseitigt wurde, ist zweifelhaft. So waren den Stadtverordneten die Aussagen der Plakate auch nach deren Umdrehen noch im Bewusstsein verankert. Somit wurde die durch die Plakate zum Ausdruck gebrachte massive Ablehnung des Baus und Betriebs des regionalen Einkaufszentrums allen Anwesenden – gerade den Stadtverordneten, an die die Botschaft adressiert war – durch die zwar umgedrehten, aber noch stets unübersehbaren Plakate im wahrsten Sinne des Wortes weiterhin vor Augen geführt. Durch die Enge im Sitzungssaal wurde der Eindruck durch die Plakate gleichsam körperlich bedrängt zu werden noch verstärkt. Insbesondere konnte von „einer Atmosphäre der Ruhe und Sachlichkeit und der Möglichkeit zu einem unbeeinflussten, offenen Austausch von Überlegungen, wie sie zur Ordnung einer Ratsitzung gehört“³⁶ nicht mehr gesprochen werden.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass das bloße Umdrehen der Plakate deren störenden Charakter nicht beseitigen konnte. Ungeachtet der von A noch geltend gemachten weiteren verbalen Störungen, waren die Plakate allein schon wegen ihrer Größe und ihres schlagwortartigen, rigiden Inhalts geeignet, die Befürworter des zur Debatte stehenden Vorhabens mental massiv unter Druck zu setzen.

Daneben ist zu bemerken, dass das große Banner weiterhin von störendem Charakter gewesen wäre und damit die Störung der Sitzung insgesamt noch andauert hätte, selbst wenn die Störung durch die Plakate durch deren Umdrehen oder Herunternehmen beseitigt worden wäre. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das Umdrehen der Plakate der Störung der Sitzungsordnung nicht abhalf.

IV. Störung der Ordnung durch lautstarke Unmutsäußerungen und Anfeindungen (§ 58 IV 1 HGO)

Die Zuhörer und Zuhörerinnen haben die Sitzung mit lauten Sprechchören und persönlichen Anfeindungen gegenüber den Mitgliedern der X-Fraktion begleitet und dadurch die Stimmung im Saal weiter angeheizt. Zu prüfen ist daher, ob durch diese verbalen Äußerungen und Attacken ebenfalls die Ordnung gestört wurde.

Durch die lautstarken verbalen Äußerungen und Anfeindungen war die Sitzung nicht mehr von einer Atmosphäre der Ruhe und Sachlichkeit geprägt und die Entscheidungsfreiheit der Mandatsträger nicht gewährleistet. Mithin lag eine Störung der Sitzungsordnung vor. Demzufolge wäre V in dieser Hinsicht dazu verpflichtet gewesen, hiergegen mit geeigneten Maßnahmen einzuschreiten.

V. Zwischenergebnis

Der Stadtverordnetenvorsteher V war einerseits verpflichtet, das Hochhalten der Plakate zu untersagen und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um einen ungestörten Sitzungsverlauf sicherzustellen. Er war andererseits dazu verpflichtet, weitere geeignete Maßnahmen gegen die von den verbalen

Bekundungen der Zuhörer und Zuhörerinnen ausgehende Störung der Sitzungsordnung zu ergreifen. Der Stadtverordnetenvorsteher V ist seinen Pflichten nicht nachgekommen, wodurch er das Recht des A auf Beseitigung von Störungen, die den ordnungsgemäßen Organisationsablauf einer Sitzung beeinträchtigen, verletzt hat.

Die Klage des A ist somit begründet.

C. ERGEBNIS

Die Klage des A ist zulässig und begründet, mithin hat sie Erfolg.

AUFGABE 2

Zu prüfen ist, ob der Sitzungsausschluss der B rechtmäßig war. Maßstab hierfür ist § 25 I Nr. 1 HGO, wonach niemand in haupt- oder ehrenamtlicher Tätigkeit in einer Angelegenheit beratend oder entscheidend mitwirken darf, wenn er durch die Entscheidung in der Angelegenheit einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann. § 25 HGO gilt über die Anordnung in § 35 II 1 HGO auch für Gemeindevertreter, also auch für die B.

A. FORMELLE RECHTMÄßIGKEIT

Einzig relevant ist, ob das zuständige Organ entschieden hat, dass ein Widerstreit der Interessen vorliegt. § 25 III HGO weist dem Organ, dem der Betroffene angehört oder für das er die Tätigkeit ausübt, diese Kompetenz zu. Dies ist im vorliegenden Falle die Stadtverordnetenversammlung von W, die auch die Entscheidung über den Ausschluss mehrheitlich getroffen hat. In formeller Hinsicht ist der Sitzungsausschluss somit nicht zu beanstanden.

B. MATERIELLE RECHTMÄßIGKEIT

In materieller Hinsicht legt § 25 HGO fest, dass niemand in haupt- oder ehrenamtlicher Tätigkeit in einer Angelegenheit beratend oder entscheidend mitwirken darf, wenn er durch die Entscheidung in einer Angelegenheit einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann.

1. Unmittelbarer Vorteil/Nachteil

Der Begriff des Vorteils respektive Nachteils iSv § 25 I Nr. 1 HGO ist sehr weit zu verstehen. Hier kommen insbesondere „alle wirtschaftlichen Interessen ...“, also jede Verbesserung oder Verschlechterung der Vermögenssituation“ in Betracht.³⁷

Die Eröffnung eines regionalen Einkaufszentrums, in dem unter anderem auch eine große Filiale eines internationalen Sportartikelvertriebs eröffnet werden soll, betrifft B als Geschäftsführerin eines innenstädtischen Sportfachgeschäfts insofern, als sie dadurch einen neuen starken Konkurrenten bekäme, dessen lokale Präsenz sich negativ auf den wirtschaftlichen Erfolg ihres Sportfachgeschäfts auswirken könnte. Fiele die Entscheidung der Stadtverordnetenversammlung für den Bau des regionalen Einkaufszentrums und die Gründung der GmbH aus, könnte dies für B einen erheblichen Nachteil in Form von Umsatzeinbußen darstellen.

Der zu erleidende Nachteil muss unmittelbar sein. Wie das Kriterium der Unmittelbarkeit zu verstehen ist, ist umstritten.³⁸

³⁶ VG Arnsberg BeckRS 2007, 27218 = juris Rn. 65.

³⁷ HessVGH NVwZ-RR 2014, 563 (564).

³⁸ Ausführlicher dazu *Adrian/Heger* HSGZ 2014, 91–98.

1. Theorie der direkten Kausalität

Der HessVGH war lange Zeit der Ansicht, dass eine direkte Kausalität zwischen der Entscheidung der Angelegenheit und dem daraus möglicherweise entstehenden persönlichen Vorteil oder Nachteil des betroffenen Mandatsträgers gegeben sein müsse. Danach ist ein Vorteil oder Nachteil „stets dann unmittelbar, wenn die Entscheidung ohne Hinzutreten eines weiteren Umstandes eine natürliche Person direkt berührt.“³⁹

Diese formale Ansicht ist jedoch nur wenig überzeugend. Insbesondere ist nicht einzusehen, warum das Hinzutreten eines weiteren Ereignisses der Unmittelbarkeit eines Vor- oder Nachteils selbst dann entgegenstehen soll, wenn dieses Ereignis zwangsläufig zu erwarten ist.⁴⁰

2. Theorie der Sonderinteressen

Mit Blick auf diesen Einwand hat der HessVGH seine diesbezügliche Rechtsprechung mittlerweile geändert. Nunmehr sei das Kausalitätserfordernis so zu verstehen, dass eine direkte Kausalität nicht erforderlich sei. Maßgeblich sei vielmehr, ob der Gemeindevertreter aufgrund „besonderer persönlicher Beziehungen zu dem Gegenstand der Beschlussfassung ein individuelles Sonderinteresse an der Entscheidung hat, das zu einer Interessenkollision führen kann und die Besorgnis einer beeinflussten Stimmabgabe rechtfertigt.“⁴¹ Es komme daher „nicht entscheidend darauf an, ob die streitbefangene Entscheidung ohne Zwischenschritte zu einem Vor- oder Nachteil führt, sondern ob diese ein konkretes Eigeninteresse des Gemeindevertreters berührt, welches ihn aus der Gruppe der Gemeindebürger- und Bürgerinnen heraushebt und in besonderer Weise betrifft.“⁴²

In dem Einkaufszentrum wird mit großer Wahrscheinlichkeit ein international bekannter Sportartikelhersteller ein Geschäft eröffnen, welches in Konkurrenz zum Sportfachgeschäft der B stehen würde. B hat ein besonderes Interesse daran, möglichst wenig Konkurrenz zu haben, da diese sich negativ auf ihr Geschäft auswirken könnte. Mithin liegt nahe, dass sie die Eröffnung eines international bekannten Sportartikelherstellers in W verhindern möchte. Zwar hat besagter Sportartikelhersteller bisher nur ernsthaftes Interesse bekundet, ein Geschäft in dem geplanten Einkaufszentrum zu eröffnen, jedoch ist es für die Annahme eines Interessenkonflikts ausreichend, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich ein Nachteil realisiert (vgl. § 25 I 1 Nr. 1 HGO – „kann“).⁴³ Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass B durch die Entscheidung in dieser Angelegenheit einen unmittelbaren Nachteil erfährt.

II. Teil einer bestimmten Berufs- oder Bevölkerungsgruppe?

Das Mitwirkungsverbot könnte allerdings durch § 25 I 2 HGO ausgeschlossen sein. Danach gilt das Mitwirkungsverbot nicht, wenn jemand an der Entscheidung lediglich als Angehöriger einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe beteiligt ist, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden. Die Norm zeigt, dass ein Ausschluss „nur durch ein Individualinteresse, nicht aber ein kollektives Interesse, das den Betroffenen (lediglich) als Teil einer bestimmten Berufs- oder Bevölkerungsgruppe berührt“⁴⁴, gerechtfertigt sein kann. „Denn es liegt im Wesen der repräsentativen Demokratie in einer modernen pluralistischen Gesellschaft, dass die verschiedenen Berufs- und Bevölkerungsgruppen über die politischen Parteien bewusst solche Personen in die demokratisch gewählten Repräsentationsorgane entsenden, die ihnen aus weltanschaulichen oder wirtschaftlichen Grün-

den nahestehen. Dabei ist es unvermeidlich, dass die Gewählten sich zugleich auch als Vertreter ihres Berufsstandes oder ihrer Bevölkerungsschicht verstehen.“⁴⁵ Eine Entscheidung ist daher „nur individualisierbar, wenn sie sich auf den kommunalen Mandatsträger so zuspißt, dass er quasi als Adressat der Entscheidung anzusehen ist.“⁴⁶

Bei der Auslegung des § 25 HGO ist nunmehr im Interesse einer möglichst hohen Funktionsfähigkeit der gemeindlichen Selbstverwaltungsorgane bis zu einem gewissen Grade persönliches Engagement der Gemeindevertreter hinzunehmen,⁴⁷ zumal nur ortsansässigen Personen das passive Wahlrecht zusteht. Es liegt somit in der Natur der Sache, dass jeder Beschluss der Gemeindevertretung auch deren Mitglieder tangiert. Andererseits darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Gemeindevertretung in staatsorganisatorischer Hinsicht kein Parlament, sondern das Selbstverwaltungsorgan der Exekutive ist.⁴⁸ Eine grundsätzlich mandatsfreundliche Auslegung des § 25 HGO ist insofern nicht sachgerecht.

Legt man die oben genannten Maßstäbe an, ist festzustellen, dass B zwar zunächst die Berufsgruppe der Sportgeschäftsbetreiber repräsentiert. Faktisch führt sie jedoch das einzige Sportfachgeschäft in W. Somit stünde einzig sie in direkter Konkurrenz zu dem internationalen Sportartikelhersteller, eröffnete dieser in dem Einkaufszentrum eine Filiale. B ist damit von der Entscheidung über den Bau und Betrieb des Einkaufszentrums individuell und nicht nur als Angehöriger einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe betroffen.⁴⁹

C. ERGEBNIS

Der Ausschluss der B von Beratung und Abstimmung war rechtmäßig.

AUFGABE 3

Die Klage der B hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. ZULÄSSIGKEIT

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO erfüllt sind.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs⁵⁰

Zunächst muss der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich dies nach § 40 I VwGO. Zu prüfen ist daher, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit iSd § 40 I 1 VwGO vorliegt.

Einerseits tritt die Stadt W der B im privatwirtschaftlichen Wettbewerb gegenüber, der grundsätzlich von den Vorschriften des UWG geregelt wird. Andererseits bestimmt sich die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung einer Gemeinde nach den Vorschriften der Gemeindeordnung. Für die Beantwortung der Frage, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, ob also die streitentscheidenden Normen öffentlich-

39 HessVGH NVwZ-RR 1993, 94 (97) mwN.

40 Hermes/Reimer/Lange LandesR Hessen, 8. Aufl. 2015, 126.

41 HessVGH NVwZ-RR 2014, 563 (564).

42 HessVGH NVwZ-RR 2014, 563 (564).

43 Rauber/Stein, Kommentar HGO, 3. Aufl. 2017, HGO § 25 S. 226 f.

44 HessVGH NVwZ-RR 2014, 563 (565).

45 HessVGH NVwZ-RR 2014, 563 (565).

46 HessVGH NVwZ-RR 2014, 563 (565).

47 Vgl. OVG NRW NJW 1979, 2632.

48 BVerfGE 78, 344 (348) = NVwZ 1989, 46.

49 Vgl. hierzu den ähnlich gelagerten Fall NdsOVG OVG 26, 487.

50 Ausf. dazu Mann/Püttner/Wendt, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis II, 3. Aufl. 2011, 75–102.

rechtlicher Natur sind, ist zu differenzieren, ob sich der Kläger gegen das „Ob“ oder das „Wie“ einer wirtschaftlichen Betätigung wehrt.⁵¹ Während sich das „Ob“ nach den Vorschriften der Gemeindeordnung richtet, bestimmt sich das „Wie“ nach zivilrechtlichen Normen. Im vorliegenden Falle richtet sich B gegen das Betreiben des Einkaufszentrums an sich, mithin geht es ihr um das „Ob“ der wirtschaftlichen Betätigung der Stadt W. Streitentscheidend sind somit die §§ 121 ff. HGO, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.

Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit liegt keine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art vor. Ebenso liegt keine abdrängende Sonderzuweisung vor. Der Verwaltungsweg ist somit eröffnet.

II. Statthafte Klageart (§ 88 VwGO)

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren. Vorliegend könnte eine allgemeine Leistungsklage in Form der Unterlassungsklage in Betracht kommen. Diese ist zwar in der VwGO nicht ausdrücklich geregelt, wird aber in mehreren Vorschriften, etwa in §§ 43 II, 111, 113 IV VwGO, vorausgesetzt.⁵²

B wendet sich gegen die Errichtung und den Betrieb eines regionalen Einkaufszentrums. Inhalt ihres Klagebegehrens ist somit das Unterlassen einer kommunalen Geschäftstätigkeit. Dieses Begehren bezieht sich auf ein zukünftiges Unterlassen schlicht-hoheitlichen Handelns, wofür die allgemeine Leistungsklage in der Form der Unterlassungsklage die statthafte Klageart ist.

III. Klagebefugnis (§ 42 II VwGO analog)

B muss auch klagebefugt sein. Eine Verletzung ihrer subjektiven Rechte durch die potenzielle Konkurrenz durch das regionale Einkaufszentrum darf also nicht von vorneherein ausgeschlossen sein. Problematisch ist, dass B nicht Adressatin der wirtschaftlichen Betätigung ist, sondern dass sie lediglich mittelbar betroffen ist. Daher muss B ihr Begehren auf eine drittschützende Norm des öffentlichen Rechts stützen können. Nach der herrschenden Schutznormtheorie muss eine Norm, um in diesem Sinne drittschützend sein zu können, zumindest auch dem Schutz der Interessen individueller Bürger und Bürgerinnen dienen.⁵³

Im konkreten Fall ist daher entscheidend, ob § 121 HGO lediglich den Zweck verfolgt, Kommunen vor den Gefahren übermäßiger wirtschaftlicher Tätigkeit zu schützen, oder ob die Norm zugleich privaten Wettbewerbern Schutz vor unzulässiger Konkurrenz gewährt. Nach der ausdrücklichen Anordnung des § 121 I 1 Nr. 3, 2 HGO drittschützende Wirkung zu,⁵⁴ sodass eine drittschützende Norm vorliegt.

Demzufolge ist B gem. § 42 II VwGO analog klagebefugt.

IV. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Als natürliche Person ist B gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Stadt W ist als Gebietskörperschaft eine juristische Person und somit nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig. Zwar ist sie selbst nicht prozessfähig, wird aber im Verfahren durch den Magistrat vertreten, § 62 III VwGO iVm § 71 I 1 HGO.

V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die auf ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis schließen lassen.

VI. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig.

B. BEGRÜNDETHEIT

Die Klage ist begründet, soweit die Voraussetzungen des Unterlassungsanspruches erfüllt sind. Das ist der Fall, wenn die Ausweitung der wirtschaftlichen Betätigung der Stadt auf den privatwirtschaftlichen Bereich rechtswidrig ist und B daraus einen Anspruch gegenüber der Stadt W hat, die Gründung der geplanten GmbH zu unterlassen.

I. Rechtmäßigkeit der wirtschaftlichen Betätigung

Die wirtschaftliche Betätigung ist rechtswidrig, wenn sie nicht den Vorgaben der §§ 121 ff. HGO entspricht.

1. Wirtschaftliche Tätigkeit

Zunächst müsste eine wirtschaftliche Betätigung vorliegen. Diese wird definiert als Betätigung, die auch im Rahmen der Privatwirtschaft mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden könnte.⁵⁶ Die Stadt W plant ein regionales Einkaufszentrum, dessen Leitung von einer eigens dafür gegründeten GmbH mit W als Alleingesellschafterin übernommen werden soll. Ein Einkaufszentrum ist ohne Zweifel darauf ausgerichtet, durch Einnahmen aus der Vermietung von Ladenflächen, der Veranstaltung von Verkaufsveranstaltungen und anderen Maßnahmen monetären Gewinn zu erzielen. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob diese Tätigkeit von einer Kommune oder einer Privatperson durchgeführt wird. Bau und Betrieb des Einkaufszentrums sind damit als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen.

Ferner ist ein Ausschlussstatbestand nach § 121 II Nr. 2 HGO nicht einschlägig.

2. Öffentlicher Zweck (§ 121 I 1 Nr. 1 HGO)

Die wirtschaftliche Tätigkeit muss ferner durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein. Rein fiskalische, also auf Gewinnerzielung gerichtete Interessen, reichen hierfür nicht aus.⁵⁷ Vielmehr müssen die Leistungen eines kommunalen Unternehmens sachlich und räumlich im gemeindlichen Wirkungskreis liegen und dazu dienen, Bedürfnisse der Gemeindegewohner zu befriedigen.⁵⁸ Darunter fallen zB Dienstleistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge, Maßnahmen zur Verbesserung der örtlichen Infrastruktur oder die Schaffung von Arbeitsplätzen.⁵⁹ Dabei wird den Gemeinden bei der Festlegung der Zweckbestimmung eine gewisse Einschätzungsprärogative zuerkannt. Diese stößt allerdings an ihre Grenzen, wenn die Gewinnerzielung das alleinige Ziel einer Unternehmung darstellt.

Mit dem Bau und Betrieb des regionalen Einkaufszentrums möchte die Stadt W die Versorgung der Einwohner der Stadt und der umliegenden Region sicherstellen, die Attraktivität

51 BGHZ 150, 343 (347) = NJW 2002, 2645; BGH NJW 2003, 586.

52 Schoch/Schneider/Bier/Pietzker, 32. EL 2016, VwGO § 42 Rn. 150.

53 Schoch/Schneider/Bier/Wahl, 32. EL 2016, VwGO Vorb. § 42 II Rn. 95 mwN.

54 § 121 I 1 HGO lautet wie folgt: „Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 1 a dienen auch dem Schutz privater Dritter, soweit sie sich entsprechend wirtschaftlich betätigen oder betätigen wollen.“

55 BeckOK KommunalR Hessen/Ogorek, 1. Ed. 1.1.2017, HGO § 121 Rn. 32.

56 Rauber/Rauber, HGO, 3. Aufl. 2017, HGO § 121 S. 535.

57 Hermes/Reimer/Lange LandesR Hessen, 8. Aufl. 2015, 149; BeckOK KommunalR/Ogorek, 1. Ed. 1.1.2017, HGO § 121 Rn. 7 mwN.

58 Praxis der Kommunalverwaltung, HGO, Kommentar, Stand 2017, HGO § 121 Rn. 20 ff.

59 Diese und weitere Beispiele bei BeckOK KommunalR Hessen/Ogorek, 1. Ed. 1.1. 2017, HGO § 121 Rn. 3.

der Stadt für Touristen und Touristinnen erhöhen und Arbeitsplätze schaffen. Dieses Motivbündel kommt zwar nicht einzig, aber gerade auch den Bürgern und Bürgerinnen von W zugute, indem diese von einem Zuwachs an Arbeitsplätzen und einer Steigerung der Attraktivität der Stadt für Gewerbe und Touristen und Touristinnen wirtschaftlich profitieren werden. Eine mit den genannten Maßnahmen verbundene Gewinnmitnahme schließt die Verfolgung öffentlicher Zwecke nicht zwangsläufig aus. § 121 VIII 1 HGO stellt sogar die Forderung auf, dass wirtschaftliche Unternehmen Überschuss für den Haushalt der Gemeinde abwerfen sollen, soweit dies mit der Erfüllung des öffentlichen Zwecks in Einklang zu bringen ist.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die wirtschaftliche Tätigkeit in Form des Baus und Betriebes eines Einkaufszentrums durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist.

3. Leistungsfähigkeit und Bedarf (§ 121 I 1 Nr. 2 HGO)

§ 121 I 1 Nr. 2 HGO legt fest, dass kommunale Wirtschaftsunternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen müssen. Diese Vorgabe zielt darauf ab, Gemeinden vor Aktivitäten zu schützen, die ihre Verwaltungs- und Finanzkraft überfordern würden.⁶⁰

Die Stadt W plant den Bau und Betrieb des regionalen Einkaufszentrums, um ihren Einwohnern, dem Umland und auch Touristen und Touristinnen bislang nicht vorhandene Einkaufsmöglichkeiten zu eröffnen, Arbeitsplätze zu schaffen und mehr Einnahmen zu erzielen, die wiederum dem kommunalen Haushalt zugutekommen sollen. Dem Sachverhalt lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die Stadt mit diesem Vorhaben finanziell überfordert sein könnte, zumal W als wohlhabend bezeichnet wird.

Fraglich ist allerdings, ob das kommunale Wirtschaftsunternehmen im vorliegenden Fall nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zum voraussichtlichen Bedarf steht. Laut Sachverhalt gibt es in W ein ausreichendes Angebot an inhabergeführten Fach- und Lebensmittelgeschäften sowie Handwerksbetrieben. Die für das Einkaufszentrum geplanten Geschäfte, wie das einer namhaften Modekette sowie eines internationalen Sportartikelherstellers, gehen wohl teilweise über das bestehende Angebot hinaus, ergänzen dieses und decken mithin einen anderen Bedarf ab. Auf keinen Fall wird das bestehende Angebot lediglich wiederholt und damit verdoppelt, was vermutlich zu einem Überangebot führen würde. An der Angemessenheit des geplanten Wirtschaftsunternehmens mit Blick auf den voraussichtlichen Bedarf besteht daher kein Zweifel.

4. Qualifizierte Subsidiaritätsklausel (§ 121 I 1 Nr. 3, 2 HGO)

Laut Bearbeitungsvermerk ist davon auszugehen, dass ein privater Dritter den Zweck des Betriebs des Einkaufszentrums nicht ebenso gut und wirtschaftlich erfüllen kann.

II. Beteiligung an Gesellschaften (§ 122 I HGO)

Zu prüfen ist weiterhin, ob die Gründung einer GmbH und die Beteiligung der Stadt W daran als alleinige Gesellschafterin auch zulässig sind. Dies bestimmt sich nach § 122 I HGO. Laut Bearbeitungsvermerk ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des § 122 I Nr. 2–4 HGO erfüllt sind. Wie die vorherige Prüfung gezeigt hat, sind auch die Voraussetzungen des § 121 I Nr. 1 HGO gegeben. Somit sind die

Gründung einer GmbH und die Beteiligung der Stadt W an dieser zulässig.

III. Vereinbarkeit mit Grundrechten

Allerdings könnten die Grundrechte der B der Gründung der GmbH und dem Bau sowie Betrieb des Einkaufszentrums entgegenstehen. B trägt vor, dass diese Handlungen der W eine Verletzung ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG darstellen würden. Das wäre dann der Fall, wenn durch die Einrichtung und den Betrieb des Einkaufszentrums in den Schutzbereich des Art. 12 I GG eingegriffen würde, ohne dass dieser Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden könnte.

1. Art. 12 GG

a) Schutzbereich

Es ist davon auszugehen, dass B Deutsche iSv Art. 116 I GG und damit vom persönlichen Schutzbereich des Art. 12 I GG umfasst ist. Bei ihrer Tätigkeit als Inhaberin eines Sportfachgeschäfts übt B einen Beruf aus, unterfällt mithin dem sachlichen Schutzbereich von Art. 12 I GG.

b) Eingriff⁶¹

Fraglich ist, ob die Stadt W mit dem Betrieb des Einkaufszentrums überhaupt in den Schutzbereich eingreift. Das Bundesverwaltungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass das Grundgesetz der Privatwirtschaft nicht die Ausschließlichkeit des wirtschaftlichen Handelns garantiert und Art. 12 I GG keinen Schutz vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand bietet.⁶² Vielmehr ist erst dort von einem Eingriff auszugehen, wo die Konkurrenz durch Private „unmöglich oder unzumutbar gemacht oder eine Monopolstellung der öffentlichen Hand erreicht wird“⁶³. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Die in der Rechtsprechung formulierte Ansicht sieht sich allerdings zunehmender Kritik vonseiten der Literatur ausgesetzt.⁶⁴ Unter Zugrundelegung des erweiterten Eingriffsbegriffs, der auch mittelbare und faktische Maßnahmen des Staates einschließt, fordert die Literatur, dass zumindest erhebliche Beeinträchtigungen durch staatliche Konkurrenz, die die Marktbedingungen für die privaten Wettbewerber merklich verändern, als rechtfertigungsbedürftige Eingriffe zu werten sind.⁶⁵

Aber auch die Voraussetzungen der Literaturauffassung sind vorliegend nicht erfüllt. Zwar wird die B durch die Eröffnung einer Filiale eines international bekannten Sportartikelherstellers in dem regionalen Einkaufszentrum zusätzliche Konkurrenz vor Ort bekommen. Durch seine erfolgreiche Internetpräsenz ist der in Rede stehende Anbieter aber ohnehin bereits ein starker und unumgänglicher Mitbewerber. Zudem schafft die Gemeinde nur die Rahmenbedingungen für die wirtschaftliche Aktivität eines privaten Anbieters, lässt mithin einen neuen Konkurrenten zu, tritt aber nicht selbst in direkte Konkurrenz zu B. Die Marktbedingungen

60 BeckOK KommunalR Hessen/Ogorek, 1. Ed. 1.1.2017, HGO § 121 Rn. 10.

61 AA hier mit entsprechender Begründung vertretbar.

62 BVerwGE 39, 329 (336); s. auch Kerst VR 2014, 328.

63 OVG NRW NVwZ 2003, 1520 (1523) mwN.

64 Krit. dazu BeckOK GG/Ruffert, Beck'scher Online-Kommentar GG, 33. Ed. 1.6.2017, Art. 12 Rn. 65–66 mwN; Erbgtub/Mann/Schubert BesVerwR, 12. Aufl. 2015, Rn. 321 ff. mwN; Maunz/Dürig/Di Fabio, GG, 80. EL 2017, GG Art. 2 Rn. 122.

65 Maunz/Dürig/Di Fabio, 80. EL 2017, GG Art. 2 Rn. 122; Erbgtub/Mann/Schubert BesVerwR, 12. Aufl. 2015, Rn. 321, 323 f. mwN.

werden sich daher für B nicht spürbar durch staatliche Konkurrenz verändern. Mithin liegt kein Eingriff vor.

c) Zwischenergebnis

Eine Verletzung von Art. 12 GG liegt nicht vor.

2. Art. 14 GG

Ein Verstoß gegen die Eigentumsgarantie nach Art. 14 I 1 GG scheidet ebenfalls aus. Art. 14 I 1 GG schützt nur das Erworbenene, nicht den Erwerb als solchen.⁶⁶

3. Zwischenergebnis

Eine Verletzung von Art. 14 I 1 GG liegt nicht vor.

IV. Ergebnis

Die geplante wirtschaftliche Betätigung der Stadt W ist rechtmäßig. Die Klage ist damit unbegründet. Demzufolge hat B keinen Anspruch gegenüber der Stadt W, die Gründung der geplanten GmbH und den Bau sowie Betrieb des Einkaufszentrums zu unterlassen.

⁶⁶ BVerfGE 126, 112 (135) = NVwZ 2010, 1212.

ÜBUNGSBLÄTTER REFERENDARE

ÜBUNGSBLÄTTER REFERENDARE LERNBEITRAG ZIVILRECHT · DER GEWILLKÜRTE PARTEIWECHSEL

RiLG Dr. Steffen Eicker, Würzburg*

Der gewillkürte Parteiwechsel in der Examensklausur

In der Assessorexamensklausur kommt es immer wieder zur tatsächlichen oder beabsichtigten Auswechslung einer Partei. Zwar erinnern sich Referendare¹ in solchen Fällen meistens daran, dass es zwischen Rspr. und Lit. umstrittene Ansätze bei der Behandlung solcher Parteiwechsel gibt. Allerdings gelingt häufig keine systematischen Anforderungen entsprechende Darstellung und Lösung dieses Problems in der Klausur, insbesondere wenn der Entwurf eines Urteils verlangt wird. Diese Abhandlung soll Referendaren als Hilfestellung dienen, um solche prozessualen Konstellationen in der Examensklausur in den Griff zu bekommen, indem vor allem die daraus entstehenden Probleme im Prüfungsaufbau richtig verortet werden. Im Wesentlichen wirkt sich der Parteiwechsel dabei in erster Linie im Rahmen der Zulässigkeit der Klage(n), daneben unter Umständen auch in der Begründetheit der Klage(n) aus.

In Rspr. und Lehre werden unterschiedliche Ansichten zur Rechtsnatur des gewillkürten Parteiwechsels vertreten, deren grundsätzliche Kenntnis bei Referendaren vorausgesetzt wird. Die Rspr. vertritt die Auffassung, dass es sich beim Parteiwechsel um eine (subjektive) Klageänderung handele, auf welche grundsätzlich vor allem die §§ 263 ff. ZPO Anwendung finden sollen.² Die hL dagegen lehnt diese Meinung ab³ und sieht den Parteiwechsel als prozessuales Institut eigener Art an, welches nur lückenhaft in der ZPO geregelt ist, so etwa in § 265 II 2 ZPO.⁴ Unabhängig von den unterschiedlichen theoretischen Herangehensweisen kommen beide Ansichten häufig zu identischen Ergebnissen, zumal auch die Rspr. ihre Theorie häufig an die Gegebenheiten des Einzelfalls anpasst. Der Referendar sollte diese Meinungen kennen und nötigenfalls auch darstellen. Häufig ist eine Entscheidung für eine Seite dieses Meinungsstreits in der Klausur allerdings nicht erforderlich.

A. DER WECHSEL AUF DER BEKLAGTENSEITE

Fall 1:⁵ K klagt gegen die A-KG eine Werkvertragsforderung in Höhe von 2.500 EUR ein. Eine durchgeführte Beweisaufnahme, bei der zwei Zeugen vernommen wurden, ergibt, dass der Werkvertrag nicht mit der A-KG, sondern mit B abgeschlossen wurde. Dieser ist einziger Komplementär der A-KG und führt daneben ein Unternehmen unter einer Einzelfirma. K reicht nun einen neuen Schriftsatz

ein, aus dem sich ergibt, dass er nunmehr nicht mehr die A-KG, sondern den B auf die Zahlung der 2.500 EUR verklage. Dieser Schriftsatz wird dem B zugestellt. Die A-KG und B widersetzen sich ausdrücklich dem Parteiwechsel.

Im Falle des Beklagtenwechsels ist zu beachten, dass grundsätzlich mehrere Prozessrechtsverhältnisse vorliegen, nämlich dasjenige zwischen dem Kläger und dem ursprünglichen Beklagten und jenes zwischen dem Kläger und dem neuen Beklagten. Hier empfiehlt es sich zunächst, die Erfolgsaussichten der Klage gegen den alten Beklagten getrennt von jenen der Klage gegen den neuen Beklagten zu prüfen. Grundsätzlich spielt es hierbei keine Rolle, in welcher Reihenfolge man vorgeht.

I. Zulässigkeit der Klage gegen den neuen Beklagten

Hinsichtlich der Erfolgsaussichten der Klage gegen den neuen Beklagten ist zunächst die Zulässigkeit dieser Klage zu prüfen. Hierbei sind die folgenden Probleme, die sich spezifisch aus dem Parteiwechsel ergeben, besonders zu beachten:

1. Wechselerklärung des Klägers

Zunächst ist für die Zulässigkeit der Klage gegen den neuen Beklagten eine Erklärung des Klägers erforderlich, wonach er die Klage nunmehr gegen den neuen Beklagten richtet.⁶ Hierbei handelt es sich um eine Prozesshandlung, für welche grundsätzlich die üblichen Prozesshandlungsvoraussetzungen

* Der Verfasser ist als hauptamtlicher Arbeitsgemeinschaftsleiter mit der Ausbildung von Rechtsreferendaren beim Landgericht Würzburg befasst.

1 Zugunsten besserer Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet, die Personenbezeichnungen gelten für beiderlei Geschlecht.

2 Zu den Nachweisen s. Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 39. Aufl. 2018, ZPO vor § 50 Rn. 15.

3 Zu den Argumenten s. Knöringer, Die Assessorklausur im Zivilprozess, 16. Aufl. 2016, Rn. 16.08 aE.

4 Thomas/Putzo/Hüßtege, 39. Aufl. 2018, ZPO vor § 50 Rn. 15; Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl. 2018, ZPO § 263 Rn. 3 mwN.

5 Ähnlicher Fall bei Knöringer ZPO, 16. Aufl. 2016, Rn. 16.10.

6 Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass selbstverständlich ein Beklagtenwechsel nicht gegen den Willen des Klägers erfolgen kann. Dies gilt nicht nur im Fall des § 265 II 2 ZPO.