

Freibrief oder Haftungsfalle? – Haftung von Gemeindevertretern gegenüber der Gemeinde

Dr. Dominik Lück, Potsdam*

Der Beitrag geht der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen eine Gemeinde ihre Gemeindevertreter in Haftung nehmen kann. Er bezieht dabei in die Untersuchung sowohl jene Bundesländer ein, die insoweit Sonderregelungen vorhalten, als auch die Bundesländer, die keine speziellen Rückgriffsregelungen für Gemeindevertreter haben.

I. Problemstellung

Kann eine Gemeinde bei ihren Gemeindevertretern Rückgriff für ihr entstandene Schäden nehmen? Stellt sich diese Frage, herrscht bei den Entscheidungsträgern der Gemeindeverwaltung wie auch den Gemeindevertretern selbst regelmäßig große Unsicherheit. In der Praxis begegnen einem Auffassungen von „Ein Gemeindevertreter kann tun und lassen was er will, er wird ja ohnehin nie in Anspruch genommen“ bis hin zu „Als Gemeindevertreter sitzt man bereits mit der Wahl in der ‚Haftungsfalle‘ und das obwohl man im Gegensatz zu Abgeordneten von Bundestag und Landtag nur eine verschwindend kleine Entschädigung für seinen enormen zeitlichen Einsatz erhält“.

Die Konstellationen, in denen sich die Frage der Haftung der Gemeindevertreter stellen kann, sind höchst unterschiedlich. Es kann darum gehen, dass ein Gemeindevertreter mit einem privatwirtschaftlichen Unternehmen zulasten der Gemeinde unerlaubt zusammenarbeitet. Sei es, dass er sich unter Missachtung vergaberechtlicher Vorschriften dafür einsetzt, dass ein bestimmtes Bauunternehmen den Zuschlag für ein lukratives kommunales Bauprojekt bekommt, sei es, dass er unter Missachtung des Mitwirkungsverbot am Beschluss eines die Firma seines Vaters begünstigenden Bebauungsplans mitwirkt.

Die Frage nach dem Rückgriff stellt sich bspw. aber auch dann, wenn kommunale Aufsichtsratsmitglieder sich ihrer Pflichtenstellung nicht bewusst sind und ihre Kontrollfunktion nicht ausüben, indem sie etwa „blind“ den Vorschlägen des Geschäftsführers folgen und damit von Beginn an unwirtschaftliche Maßnahmen und Geschäfte billigen, die das Unternehmen später in wirtschaftliche Bedrängnis bringen.

II. Ausgangspunkt: Rechtsstellung der Gemeindevertreter

Nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 28 I 2 GG muss auch das Gemeindevolk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist. Inhaltlich nimmt Art. 28 I 2 GG auf die in Art. 38 I GG normierten Wahlrechtsgrundsätze Bezug¹, sodass sich Gemeindevertreter – wie die Abgeordnete

ten von Bundestag und Landtagen – auf die Grundsätze von Freiheit, Allgemeinheit, Unmittelbarkeit und Gleichheit der Wahl berufen können².

Das Mandat des gewählten Gemeindevertreters ist in der Folge als freies Mandat ausgestaltet³. Gemeindevertreter sind rechtlich unabhängig, an Weisungen, Verpflichtungen und Aufträge – auch aus den eigenen Parteien – nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen⁴. Auch wenn Gemeindevertreter insoweit eine Rechtsstellung einnehmen, die der von Abgeordneten in Bundes- oder Landtag entspricht, wäre es ein – in der kommunalen Praxis nicht selten vorkommender Fehlschluss – anzunehmen, die Stellung eines Gemeindevertreters sei mit der eines Parlamentariers vergleichbar. Tatsächlich unterscheiden sich die Rechtsstellung von Parlamentariern und Gemeindevertretern in einigen wesentlichen Punkten.

1. Gemeindevertreter als Teil der Exekutive

Im Gegensatz zu Parlamentariern nehmen Gemeindevertreter in Ausübung ihrer Kompetenzen keine grundgesetzlich verbürgten Freiheiten, sondern organschaftliche Befugnisse eigener Art wahr⁵. Denn entsprechend der staatsorganisationsrechtlichen Zuordnung der Gemeinden zur Exekutive ist auch die Gemeindevertretung ein Exekutivorgan. Gemeindevertreter sind damit Teil der Exekutive und nicht wie die Abgeordneten in Bundes- oder Landtag Legislativorgan. Sie sind nach Art. 20 III GG an Gesetz und Recht gebunden. Mit der Wahrnehmung ihres Gemeinderatsmandats geht daher die Ausführung von Gesetzen, nicht die Verabschiedung von Gesetzen einher.

Praktisch unterliegen Gemeindevertreter in ihrer Tätigkeit damit einer strengen Gesetzesbindung, die ihren politischen Gestaltungsspielraum beschränkt. Ist bspw. ein umstrittenes Bauprojekt Gegenstand der Sitzung der Gemeindevertretung, so darf ein Gemeindevertreter im Rahmen der Frage, ob die Gemeinde ihr Einvernehmen i.S.v. § 36 BauGB erteilt, seine Zustimmung nur aus rechtlichen Gründen, nicht aber aus politischen Gründen verweigern. Konkret heißt dies bspw.: Ist in der Gemeinde ein weiterer Schweinemastbetrieb planungs-

* Der Autor ist Rechtsanwalt bei Dombert Rechtsanwälte in Potsdam. – Der Beitrag ist die ergänzte und mit Nachweisen versehene Version seines Vortrags im Rahmen der 5. Potsdamer Kommunalrechtstage.

1 *BVerfG*, NJW 1978, 1967; *Dreier*, in: *Dreier*, GG, 3. Aufl. (2015), Art. 28 Rn. 70.

2 *BVerfG*, NVwZ 1996, 573; zuletzt *BVerwG*, Urt. v. 21. 1. 2015 – 10 C 11/14, juris Rn. 19.

3 Vgl. *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. (2003), Rn. 350; *Buhren*, LKV 1992, 315 (315); *Henneke*, Jura 1992, 125 (126).

4 *BVerwG*, NVwZ 1993, 375 (375).

5 *Gern* (o.Fußn. 3), Rn. 348.

rechtlich unzulässig, weil er in Widerspruch zu den Darstellungen des Flächennutzungsplans steht, muss der Gemeindevertreter gegen die Einvernehmenserteilung stimmen. Ist der Betrieb dagegen planungsrechtlich zulässig, aber der Gemeindevertreter als erklärter und engagierter Tierschützer gegen einen weiteren Betrieb der Massentierhaltung im Ort, darf er allein aus diesen Gründen das Einvernehmen nicht versagen.

2. Keine Indemnität und Immunität

Gemeindevertreter genießen zudem weder Indemnität noch Immunität. Anders als Bundestags- und Landtagsabgeordnete, die in parlamentarischer Tradition gem. Art. 46 I GG zu keiner Zeit wegen ihres Abstimmungsverhaltens oder wegen einer Äußerung, die sie im Parlament oder in einem seiner Ausschüsse getan haben, gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb des Bundes- oder Landtages zur Verantwortung gezogen werden dürfen⁶, besteht eine solcher Schutz für Gemeindevertreter regelmäßig nicht. Eine vergleichbare allerdings inhaltlich begrenzte Regelung gilt nur in Bayern. Dort dürfen Gemeindevertreter nach Art. 51 II GO wegen ihres Abstimmungsverhaltens im Gemeinderat weder gerichtlich verfolgt noch anderweitig außerhalb des Gemeinderats zur Verantwortung gezogen werden⁷. Gemeindevertreter genießen auch keine Immunität. Anders als bei Abgeordneten des Bundestages, die wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung gem. Art. 46 II-IV GG nur mit Genehmigung des Parlaments zur Verantwortung gezogen oder verhaftet werden dürfen, sehen die Kommunalgesetze vergleichbare Regelungen für Gemeindevertreter nicht vor.

Während damit für die Abgeordneten des Bundes oder Landtages ein Rückgriff generell ausscheidet, gilt dies für Gemeindevertreter nicht. Gemeindevertreter können unter den nachstehend beschriebenen Voraussetzungen für der Gemeinde entstehende Schäden persönlich in Haftung genommen werden.

III. Rechtsgrundlagen für den Rückgriff

1. Landesrechtliche Sonderregelungen zur Haftung der Gemeindevertreter

Die Länder Bayern⁸, Brandenburg⁹, Mecklenburg-Vorpommern¹⁰, Niedersachsen¹¹, Nordrhein-Westfalen¹², Sachsen-Anhalt¹³ und Thüringen¹⁴ regeln in ihren Kommunalgesetzen explizit die Haftung von Gemeindevertretern. Die Regelungen sind im Detail unterschiedlich¹⁵, weisen im Kern aber entscheidende Gemeinsamkeiten auf. Voraussetzung für den Rückgriff der Gemeinde ist stets, dass der Gemeindevertreter eine seiner Pflichten verletzt hat, dass diese Pflichtverletzung schuldhaft geschah und der Gemeinde infolge der Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist.

a) Pflichtverletzung

Primäre Haftungsvoraussetzung ist, dass ein Gemeindevertreter eine ihm obliegende Pflicht verletzt. Dabei gilt: Ein Gemeindevertreter begeht immer dann eine Pflichtverletzung, wenn er anders handelt, als es ihm durch seine Pflichtenstel-

lung vorgeschrieben ist¹⁶. Inhaltlich wird die Rechte- und Pflichtenstellung eines Gemeindevertreters maßgeblich dadurch geprägt, dass er – wie gezeigt – als gewählter Vertreter zwar über ein freies Mandat verfügt, als Teil der Exekutive aber gem. Art. 20 III GG an Gesetz und Recht gebunden ist. Für die Beurteilung, ob ein Gemeindevertreter eine ihm zugewiesene Pflicht verletzt hat, sind daher stets die im jeweiligen Einzelfall maßgeblichen Pflichten zu bestimmen.

In Bezug auf die konkreten Pflichten von Gemeindevertretern sind die Kommunalgesetze der Länder unterschiedlich mitteilbar. Teilweise benennen sie die einzelnen Pflichten ausdrücklich und detailliert¹⁷. In anderen Ländern lassen sich die Pflichten der Gemeindevertreter lediglich indirekt aus auf sie hinweisenden Normen entnehmen¹⁸.

Folgende – in allen Bundesländern geltende – Pflichten sind in Bezug auf mögliche Rückgriffsansprüche der Gemeinden bei den Gemeindevertretern von besonderer Relevanz:

aa) *Treuepflicht*. Zwischen Gemeindevertretern und Gemeinden besteht ein besonderes Treueverhältnis. Aus ihm wird die allgemeine – in einigen Kommunalgesetzen ausdrücklich benannte¹⁹, als ungeschriebener Grundsatz aber überall geltende²⁰ – Treuepflicht der Gemeindevertreter gegenüber der Gemeinde abgeleitet²¹. Inhaltlich ist sie weit gehalten. Sie verlangt, dass die Gemeindevertreter alles zu unterlassen haben, was dem Wohl der Gemeinde und ihrer Einwohner zuwiderläuft²². „Gemeindevertreter haben ihre eigenen Interessen zurückzustellen und müssen bereit sein, für die Gemeinschaft gewisse Opfer zu bringen“²³. Der Treuepflicht liegt dabei insbesondere der Gedanke zugrunde, die Gemeindevertretung von allen Einflüssen freizuhalten, die eine objektive, unparteiische und einwandfreie Führung der Gemeindegeschäfte gefährden könnten²⁴.

6 Butzer, in: *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, 1/2016, Art. 46 Rn. 11.

7 Vgl. *Bauer*, in: PdK Bayern, BayGO, Art. 51 Erl. 5.

8 Art. 20, 34 VI BayGO i.V.m. Art. 34 KWBG, § 48 BeamtStG.

9 § 25 BbgKVerf.

10 § 172 I, III MVKV.

11 § 54 IV NKomVG.

12 § 43 IV NWGO.

13 § 34 SachsAnhKVG.

14 § 12 III 4 ThürKO.

15 In Bayern kommt aufgrund der Regelung des Art 51 II 2 BayGO wegen Abstimmungsverhaltens, das eine grob fahrlässige Pflichtverletzung darstellt, ein Rückgriff der Gemeinde nicht in Betracht. In Nordrhein-Westfalen ist die Haftung generell auf Schäden der Gemeinde infolge eines Beschlusses des Rates beschränkt, § 43 IV NWGO. § 25 I BbgKVerf und § 34 I SachsAnhKVG schließen einen Rückgriff auf die Gemeindevertreter aus, wenn die Gemeinde auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

16 Vgl. zum Begriff der Pflichtverletzung *Unberath*, in: *Bamberger/Roth*, BeckOK BGB, 8/2016, § 280, Rn. 11 ff.

17 Vgl. beispielhaft § 31 I 2 BbgKVerf; Art. 48 BayGO.

18 Vgl. § 60 S. 1 NKomVG.

19 § 43 II i.V.m. § 32 I 1 NWGO; § 21 I 1 RPOG; § 30 I 1, 4 i.V.m. § 26 I SaarlKSVG; § 32 III i.V.m. § 23 S. 1 SHGO.

20 Vgl. *Bock*, in: *Kunze/Bronner/Katz*, BWGO, § 17 Rn. 1; *Schumacher*, in: PdK Bbg., BbgKVerf, § 23 Anm. 2.

21 Vgl. nur *Ehlers*, Die Gemeindevertretung, in: HdKWP, Band 1, 3. Aufl. (2007), § 21 Rn. 27.

22 *Lange*, Kommunalrecht, 2013, Kap. 5, Rn. 11.

23 *Ade*, in: PdK BW, GemO BW, § 17 Anm. 1.

24 So schon *BVerwG*, NJW 1956, 965.

Welche konkreten Pflichten sich für den einzelnen Gemeindevertreter aus der Treuepflicht ergeben, hängt entscheidend von den von ihm innerhalb der Gemeindevertretung wahrgenommenen Aufgaben ab. An den Gemeindevertreter, der Mitglied im Bauausschuss ist, sind andere Anforderungen zu stellen, als an das Mitglied des Ausschusses für Soziales und Kultur. An den Vorsitzenden eines Ausschusses sind – entsprechend seiner Funktion als Leiter des Gremiums – gesteigerte Anforderungen zu stellen.

Die große inhaltliche Weite der Treuepflicht führt dazu, dass auch der Bereich der denkbaren Pflichtverletzungen weit ist. Ein Gemeindevertreter verletzt seine Treuepflicht – um im Beispielfall zu bleiben –, wenn er unter Missachtung des Vergaberechts dafür sorgt, dass ein bestimmtes Unternehmen einen lukrativen kommunalen Bauauftrag erhält. Eine Verletzung der Treuepflicht ist aber auch bereits dann anzunehmen, wenn ein Gemeindevertreter, der Kenntnis von Tatsachen hat, die für das Wohl der Gemeinde von Bedeutung sind, sich weigert, diese den zuständigen Gremien mitzuteilen²⁵. Auch ein in den Aufsichtsrat eines kommunalen Unternehmens entsandter Gemeindevertreter, der seine ihm in dieser Stellung obliegende Kontrollpflicht nicht ausübt und daher nicht alles tut, um dem Wohl der Gemeinde zu entsprechen, verletzt seine Treuepflicht.

bb) Verschwiegenheitspflicht. Gemeindevertreter sind verpflichtet, über Angelegenheiten, die ihnen bei ihrer Tätigkeit als Gemeindevertreter bekannt geworden sind, Verschwiegenheit zu bewahren. Dabei unterliegt die Formulierung „bei ihrer Tätigkeit bekannt geworden“ einem weiten Begriffsverständnis. Erfasst sind auch all jene Tatsachen, die die Gemeindevertreter bei Gelegenheit ihrer Tätigkeit, z.B. durch Anwesenheit bei einem Telefongespräch oder Kenntnisaufnahme eines sog. „Irrläufers“, erfahren haben²⁶. Inhaltlich erstreckt sich die Verschwiegenheitspflicht regelmäßig auf alle Angelegenheiten, deren Geheimhaltung entweder – bspw. durch ein Landesdatenschutzgesetz²⁷ – gesetzlich vorgeschrieben, durch den Gemeinderat besonders angeordnet, oder schon ihrer Natur nach²⁸ erforderlich ist²⁹. Begrenzt ist die Verschwiegenheitspflicht aber auf alle Tatsachen, deren Bekanntwerden der Gemeinde oder einem Dritten zum Nachteil gereichen kann³⁰. Offenkundige Tatsachen bedürfen keiner Geheimhaltung³¹.

Die Konstellationen, in denen in der Praxis eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht angenommen werden kann, sind vielschichtig. Berichtet bspw. ein Gemeindevertreter beim Abendessen seiner Ehefrau davon, dass in der heutigen nicht-öffentlichen Sitzung des Gemeinderats ein spannender Untersuchungsbericht zur Entstehung der wirtschaftlichen Schiefelage einer kommunalen Eigengesellschaft vorgestellt worden sei und beschränkt er sich dabei nicht auf Allgemeines, sondern erzählt ausführlich, dass dieses und jenes Detail bekannt geworden sei und dass das doch jetzt den ungeliebten „Bürgermeister Schulze“ doch wohl endlich den (politischen) Kopf kosten werde, liegt bereits hierin die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht. Entscheidend ist nicht, dass die Informationen direkt über die Presse an die Öffentlichkeit gelan-

gen, sondern dass sie weitergetragen werden und so der Öffentlichkeit bekannt werden.

Verletzt ist die Verschwiegenheitspflicht aber auch dann, wenn ein Gemeindevertreter Angelegenheiten, die objektiv der Geheimhaltung unterliegen, in der Öffentlichkeit verbreitet, weil er so auf politische Fehlentscheidungen des Gemeinderats hinweisen will. Berufet sich der Gemeindevertreter insoweit auf seine Meinungsfreiheit nach Art. 5 I GG, ist anerkannt, dass die Vorschriften über die Verschwiegenheitspflicht in den Kommunalgesetzen der Länder allgemeine Gesetze i.S.d. Art. 5 II GG³² sind und insoweit eine taugliche Schranke darstellen.

Nicht abschließend geklärt ist bislang die Frage, ob die Verschwiegenheitspflicht generell nicht zur Disposition des jeweils Betroffenen steht³³ oder ob dem Gemeindevertreter im Einzelfall die „Flucht in die Öffentlichkeit“, zur Wahrung seiner demokratischen Teilhabe als ultima ratio möglich ist³⁴, etwa weil eine Debatte, die nach seiner Sicht in der Öffentlichkeit geführt werden müsste, aufgrund des Beschlusses der Mehrheit der Gemeindevertreter in nichtöffentlicher Sitzung geführt wird. Auch insoweit gilt aber in jedem Falle, dass ein Gemeindevertreter zunächst anderweitig auf Abhilfe zu drängen hat, insbesondere dem Gemeinderat Gelegenheit zur Wahrung des Öffentlichkeitsgrundsatzes zu geben und ggf. die Aufsichtsbehörde wegen der drohenden Rechtsverletzung zu informieren hat³⁵.

cc) Mitwirkungsverbot. Auch ein Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot führt zu einer Pflichtverletzung³⁶. Das Mitwirkungsverbot greift immer dann, wenn ein Gemeindevertreter befangen ist, oder die Besorgnis der Befangenheit besteht. Die kommunalen Mitwirkungsverbote verfolgen das Ziel eine „saubere“ Verwaltung zu gewährleisten und Interessenverpflichtungen auszuschließen³⁷. Auch die Befangenheitsrege-

25 *Gabler*, in: Pdk RP, GemO RP, § 21 Anm. 2.1; *Bracker*, in: Pdk SH, GemO SH, § 23 Anm. 1; *Lange* (o.Fußn. 22), Kap. 5 Rn. 12.

26 *Bock*, in: *Kunze/Bronner/Katz*, BWGO, § 17, Rn. 8; *Widtmann/Grasser/Glaser*, BayGO, 28. Aufl. (2016), Art. 20 Rn. 3.

27 *Gabler*, in: Pdk RP, GemO RP, § 20 Anm. 2.3.1.

28 Nach *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 1996, 685, gilt dies bspw. für Informationen, die das Mitglied eines Gemeinderats aus nichtöffentlicher Sitzung gewonnen hat.

29 Vgl. § 32 I i.V.m. § 17 II BWGO; Art. 31 II i.V.m. Art. 20 II, III BayGO; § 31 II i.V.m. § 21 BbgKVerf; § 24 HGO; § 23 VI MVKV; § 54 III i.V.m. § 40 NKomVG; § 43 II i.V.m. § 30 NWGO; § 20 RPO; § 30 I 1, IV i.V.m. § 26 III, IV SaarlKSVG; § 19 II SächsGO; § 32 II SachsAnhKVG; § 32 III i.V.m. § 21 II SHGO; § 24 I i.V.m. 12 III 1 ThürKO.

30 *Widtmann/Grasser/Glaser* (o.Fußn. 26), Art. 20 Rn. 4.

31 *VGH München*, NVwZ 1989, 182 (183).

32 *BVerwG*, NVwZ 1989, 975; *VGH München*, NVwZ 1989, 182 (183).

33 So *VGH München*, Beschl. v. 29. 1. 2004 – 4 ZB 03.174, juris Rn. 10; *VGH München*, Urt. v. 20. 4. 2015 – 4 CS 15.381, BeckRS 2015, 45030.

34 Hierfür *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 1996, 685 (687); in diesem Sinne auch *Lange* (o.Fußn. 22), Kap. 5 Rn. 154, der betont, dass eine demokratisch verstandene Kommunalpolitik der dauerhaften Einflussnahme und Kontrolle der Öffentlichkeit zugänglich sein muss und dies die Information der Öffentlichkeit durch die Gemeindevertreter voraussetzt.

35 *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 1996, 685 (687).

36 § 18 BWGO; Art. 49 I 1 BayGO; § 22 BbgKVerf; § 25 HGO; § 24 MVKV; § 53 III i.V.m. § 41 NKomVG; § 31 i.V.m. § 43 II NWGO; § 22 RPO; § 27 SaarlKSVG; § 20 SächsGO; § 33 SachsAnhKVG; § 22 SHGO; § 38 ThürKO.

37 *Ehlers*, Die Gemeindevertretung, in: HdKW, Band 1, 3. Aufl. (2007), § 21 Rn. 22 f.

lungen weisen je nach Bundesland Besonderheiten auf. Gemeinsam ist ihnen aber, dass Gemeindevertreter dann bei einer Abstimmung in Rat oder Ausschuss nicht mitwirken dürfen, wenn die Entscheidung ihm selbst oder einem seiner Angehörigen einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen würde³⁸.

Den Angehörigenbegriff definieren die Kommunalgesetze der Länder entweder selbst, oder sie verweisen auf § 20 VwVfG. Anerkannt ist, dass zu den Angehörigen auch durch Lebenspartnerschaft Verbundene zählen³⁹. Der Begriff des Vor- oder Nachteils ist weit auszulegen, um bereits dem bösen Schein einer Interessenverflechtung entgegenzutreten⁴⁰. Das Erfordernis der Unmittelbarkeit verlangt, dass entweder bereits durch die Entscheidung des Rates bzw. Ausschusses die konkret vorteilhafte bzw. negative Rechtsfolge eintritt, oder aber die Entscheidung die einen Vor- oder Nachteil mit sich bringende nachfolgende Entscheidung festlegt oder steuert⁴¹.

Nimmt beispielsweise ein Gemeindevertreter an einer Abstimmung über einen Bebauungsplan im Gemeinderat teil, der dem Unternehmen seines Vaters die Möglichkeit eröffnet eine weitere Lagerhalle zu errichten, liegt ein Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot vor. Er hätte an der Abstimmung nicht teilnehmen dürfen, da seinem Vater infolge des Bebauungsplans ein unmittelbarer Vorteil entsteht.

Zwar ist die Rechtsfolge des Verstoßes gegen das Mitwirkungsverbot landesrechtlich nicht einheitlich geregelt⁴². Regelmäßig folgt aus dem Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot aber die Unwirksamkeit des Beschlusses⁴³.

Entsteht in der Folge der Unwirksamkeit des Beschlusses der Gemeinde ein Schaden, kann die insoweit begangene Pflichtverletzung des Gemeindevertreters dazu führen, dass die Gemeinde eine Rückgriffsmöglichkeit hat.

b) Verschulden

Die landesrechtlichen Haftungsregelungen fordern weiterhin, dass der Gemeindevertreter seine Pflichten schuldhaft verletzt haben muss. Den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 34 GG folgend, gilt hierbei: Ein Rückgriff auf Gemeindevertreter kommt immer nur dann in Betracht, wenn die Pflichtverletzung entweder durch vorsätzliches, wenigstens aber durch grob fahrlässiges Handeln erfolgt ist. Hat ein Gemeindevertreter lediglich fahrlässig gehandelt, kommt ein Rückgriff nicht in Betracht.

Dies gilt auch für ehrenamtlich tätige Gemeindevertreter. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist auch ein ehrenamtliches Gemeinderatsmitglied ein sog. Beamter im haftungsrechtlichen Sinne⁴⁴. Art. 34 S. 2 GG, der formuliert, dass ein Rückgriff nur möglich ist, wenn der Amtsträger in vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Weise gehandelt hat, findet daher auch in Bezug auf ehrenamtlich tätige Personen Anwendung⁴⁵.

Kann dem Gemeindevertreter kein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln zu Last gelegt werden, bleibt es beim Grundsatz, dass bei Verletzung von Amtspflichten die sog. Anvertrauenskörperschaft haftet. Es kommt damit darauf an,

„wer dem Amtsträger das Amt, bei dessen Ausübung er fehlerhaft gehandelt hat, anvertraut hat“⁴⁶. Dies ist bei Gemeindevertretern die Gemeinde.

In dieser Haftungsbegrenzung der Gemeindevertreter gegenüber der Gemeinde liegt ein wesentlicher Grund, weshalb in der Praxis tatsächlich nur höchst selten die Gemeinde auf ihre Gemeindevertreter Rückgriff nehmen kann. Zwar kommt es durchaus vor, dass Gemeindevertreter die ihnen obliegenden Pflichten verletzen. Meistens ist dem Gemeindevertreter aber nur eine fahrlässige Pflichtverletzung vorzuwerfen.

aa) Vorsatz. Vorsätzliches Handeln eines Gemeindevertreters setzt voraus, dass er seine Pflichten wissentlich und willentlich verletzt. In der Praxis scheidet die Annahme vorsätzlichen Handelns regelmäßig aus. Denn nur in den seltensten Fällen geht es einem Gemeindevertreter darum, Pflichten zu verletzen, um „seiner Gemeinde“ einen Schaden zuzufügen.

bb) Grobe Fahrlässigkeit. Deutlich niedriger liegt dagegen die Schwelle zum grob fahrlässigen Handeln.

Grobe Fahrlässigkeit verlangt, dass der Gemeindevertreter, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße außer Acht gelassen und dabei jene Verhaltensregeln missachtet hat, die im konkreten Fall jedem hätten einleuchten müssen.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH⁴⁷ ist in Bezug auf die anzulegende Sorgfalt von einem objektiven Maßstab auszugehen. D.h. es ist nicht auf den konkret handelnden Amtswalter – den Gemeindevertreter –, sondern auf die idealtypische Figur eines pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten⁴⁸ abzustellen. Es gilt ein objektivierter und entindividualisierter Verschuldensmaßstab⁴⁹. Für die Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften gelten keine mildereren Sorgfaltsmaßstäbe⁵⁰.

Für den Gemeindevertreter ist damit entscheidend, was von einem „Durchschnittsgemeindevertreter“ erwartet werden kann. Es kommt in Hinblick auf sein Verschulden nicht darauf an, ob der Gemeindevertreter von Beruf Fahrradhändler, Leh-

38 Vgl. etwa *Lange* (o.Fußn. 22), Kap. 5 Rn. 56.

39 Vgl. hierzu *Ehlers*, Die Verwaltung 37 (2004), 255 (256).

40 *VGH Mannheim*, DÖV 1988, 302 (303); *OVG Münster*, NVwZ-RR 1990, 43.

41 *Ehlers*, Die Gemeindevertretung, in: HdKWP, Band 1, 3. Aufl. (2007), § 21 Rn. 24; *Suerbaum*, NWVBl 1992, 189 (190 ff.).

42 *Burgi*, Kommunalrecht, 5. Aufl. (2015), § 12, Rn. 51.

43 Nach § 24 IV MVKV folgt aus einem Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot immer die Unwirksamkeit des Beschlusses. § 22 VI BbgKVerf, § 31 III NWGO und § 41 VI NKomVG machen die Wirksamkeit des Beschlusses davon abhängig, ob die Stimme des Befangenen für die Beschlussfassung ausschlaggebend gewesen ist.

44 St. Rspr. vgl. nur *BGH*, NJW 1992, 2882; *BGH*, NVwZ 2002, 375; *BGH*, NVwZ 2007, 487; insoweit für den ehrenamtlichen Vorsitzenden eines kommunalen Zweckverbandes, *Ziche/Wehnert*, DÖV 2009, 890 (897).

45 *Rotermund/Krafft*, Kommunales Haftungsrecht, 5. Aufl. (2013) Rn. 1234; *Henneke*, Jura 1992, 125 (127).

46 St. Rspr. *BGH*, NJW 1970, 750 (750); NJW 1987, 2737 (2738).

47 Vgl. *BGH*, NJW 1951, 963; NJW 1952, 583; NJW 1957, 286, basierend auf RGZ 156, 34 (51).

48 *BGH*, NVwZ 1986, 504 (505); *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. (2013), S. 78.

49 *Henneke*, Jura 1992, 125 (129); *Engelhardt*, NVwZ 1989, 927 (931).

50 *BGH*, NVwZ 1986, 504 (505).

rer oder Bauplaner ist, der anzulegende Sorgfaltsmaßstab ist stets der Gleiche.

Zwar ist in Bezug auf den anzulegenden Sorgfaltsmaßstab bei kommunalen Mandatsträgern zu berücksichtigen, dass sie ihr Amt nicht wie Berufsbeamte aufgrund von Eignung, Leistung und Befähigung, sondern durch Wahl erlangt haben⁵¹. Hat daher die Verwaltung eine Beschlussvorlage vorbereitet, so wird dem Gemeindevertreter, der sich auf die Vorbereitung der Verwaltung verlässt und dann auf Grundlage einer fehlerhaften Vorlage der Verwaltung entscheidet, in der Regel keine grobe Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden können⁵². Anderes gilt aber, wenn der Gemeindevertreter von der Vorlage der Verwaltung abweichen will. Fehlt ihm in der Frage die notwendige eigene Sachkenntnis, muss er den Rat oder die Empfehlungen von (sonstigen) Fachbehörden einholen, bzw. notfalls sogar außerhalb der Verwaltung stehende Sachverständige hinzuziehen⁵³.

Für die Haftung aufgrund grober Fahrlässigkeit gilt daher: Die Frage, ob ein Gemeindevertreter die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße außer Acht gelassen hat, hängt nicht von seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten ab, sondern ist objektiv zu ermitteln. Ein bloßes „hab ich nicht gewusst, ich bin doch nur...“ reicht nicht aus, um grobe Fahrlässigkeit zu verneinen.

c) Kausalität

Weitere Voraussetzung für die Rückgriffshaftung ist, dass die Pflichtverletzung auch zu einem kausalen Schaden für die Gemeinde geführt hat.

Die Pflichtverletzung des Gemeindevertreters darf daher zum einen nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Schadenseintritt entfielen (sog. äquivalente Kausalität). Zum anderen muss die relevante Pflichtverletzung auch adäquat kausal gewesen sein. Dies ist sie, wenn sie im Allgemeinen und nicht nur unter besonderen oder besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen oder nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht bleibenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen, d.h. den Schaden⁵⁴. Ausreichend ist aber, dass die Pflichtverletzung des Gemeindevertreters die Wahrscheinlichkeit für den Schadenseintritt erheblich erhöht hat⁵⁵.

Ist das schadensstiftende Ereignis bspw. ein Beschluss der Gemeindevertretung, führt die Frage der Kausalität oftmals dazu, dass einzelne Gemeindevertreter nicht in Haftung genommen werden können. Denn regelmäßig lässt sich nur schwer nachweisen, dass gerade die Stimme des einzelnen Gemeindevertreters entscheidend für den der Kommune entstehenden Schaden war. Gerade wenn in der Gemeindevertretung die Mehrheit eindeutig war, kommt es nicht darauf an, ob auch ein Gemeinderat, der wegen des Mitwirkungsverbots ausgeschlossen war, für die Beschlussvorlage gestimmt hat. Seine Stimme kann hinweggedacht werden. Die Beschlussvorlage wäre genauso beschlossen worden⁵⁶.

Etwas anderes gilt freilich dann, wenn die Entscheidung in der Gemeindevertretung mit knapper Mehrheit getroffen wurde.

2. Rückgriff in Ländern ohne landesrechtliche Spezialregelungen

Soweit die Länder keine speziellen Rückgriffsregelungen für Gemeindevertreter bereithalten, kommt ein Rückgriff nur aufgrund der allgemeinen Haftungsgrundsätze in Betracht⁵⁷. Denkbar ist insoweit ein Rückgriff der Gemeinde entweder auf Grundlage eines zwischen der Gemeinde und dem Gemeindevertreter bestehenden öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis oder aus Deliktsrecht. Auch insoweit gilt aber: Eine über vorsätzliches und grob fahrlässiges Handeln hinausgehende Haftung kommt aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 34 S. 2 GG nicht in Betracht⁵⁸.

a) Haftung aus öffentlich-rechtlichem Schuldverhältnis

Fehlt eine ausdrückliche Haftungsregelung für Gemeindevertreter, kann als Ansatzpunkt für den Rückgriff der Gemeinde auf das öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis, das auch im Innenbereich von Verwaltungsträgern besteht, zurückgegriffen werden⁵⁹.

Die Rechtsfigur eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses hat der BGH bereits in den 1950er Jahren anerkannt⁶⁰. Danach kann das vertragliche Schuldrecht auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse Anwendung finden, wenn ein besonders enges Verhältnis des Einzelnen zum Staat oder zur Verwaltung begründet worden ist und mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ein Bedürfnis für eine angemessene Verteilung der Verantwortung innerhalb des öffentlichen Rechts vorliegt⁶¹.

Die insoweit notwendige enge Sonderverbindung von mindestens zwei Rechtssubjekten ist auch in Bezug auf das Verhältnis zwischen der Gemeinde und den Gemeindevertretern als ehrenamtlichen Organwaltern⁶² der Gemeinde anzunehmen⁶³.

51 Henneke, Jura 1992, 125 (133); Gerster, VR 1992, 433 (437); Blum, in: Pdk Nds., NkomVG, § 54 Rn. 74; Brüning, Die Haftung der kommunalen Entscheidungsträger, 2. Aufl. (2013), Rn. 140.

52 Blum (o.Fußn. 51), § 54 Rn. 74.

53 BGH, NVwZ 1986, 504 (505); Henneke, Jura 1992, 125 (130).

54 BGH, NJW 1972, 1943; NJW 1976, 1143 (1144); NJW 2002, 2232 f.

55 BGH, NJW 1972, 195.

56 A.A. wohl Henneke, Jura 1992, 125 (129).

57 Dies führt aber für alle Beteiligten zu größerer Rechtsunsicherheit. Der sachsen-anhaltinische Gesetzgeber betont denn auch in der Gesetzesbegründung zum Kommunalverfassungsgesetz (LT-Dr 6/2247, S. 182): „Fragen der Haftung Ehrenamtlicher haben in der Vergangenheit immer wieder zu großen Unsicherheiten geführt. Zur Vermeidung künftiger Unsicherheiten und zur Stärkung des bürgerschaftlichen Elements des kommunalen Ehrensamtes wird die Frage einer etwaigen Haftung ehrenamtlich Tätiger durch die Normierung gesetzlicher Rahmenbedingungen geklärt.“

58 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 35 Rn. 10; Henneke, Jura 1992, 125 (127).

59 VG Halle, Urt. v. 19. 12. 2011 – 6 A 156/10, S. 11; Hüttenbrink, DVBl. 1981, 989 (990); Henneke, Jura 1992, 125 (134); a.A. Brüning (o.Fußn. 51), Rn. 136.

60 BGH, NJW 1956, 1399 (1399).

61 BGH, NJW 1956, 1399 (1399).

62 Hüttenbrink, DVBl. 1981, 989 (990).

63 VG Halle, Urt. v. 19. 12. 2011 – 6 A 156/10, S. 1; Hüttenbrink, DVBl. 1981, 989 (990); Henneke, Jura 1992, 125 (134); a.A. Brüning (o.Fußn. 51), Rn. 136.

Gemeindevertreter stehen in einer besonderen Beziehung zur Gemeinde. Einerseits stehen ihnen auf Grundlage der Kommunalgesetze und der jeweiligen Geschäftsordnungen sog. organschaftliche Rechte, wie etwa das Recht auf ordnungsgemäße Ladung zu den Sitzungen der Gemeindevertretung⁶⁴, das Recht auf Teilnahme an sowie die Beratung und Abstimmung in den Sitzungen⁶⁵, sowie ein Auskunfts- und Akteneinsichtsrecht gegenüber dem Hauptverwaltungsbeamten⁶⁶ zu, die sie im Rahmen eines kommunalen Organstreitverfahrens auch gegenüber der Gemeinde und ihren Organen geltend machen können. Andererseits unterliegen Gemeindevertreter den vorstehend beschriebenen Pflichten.

Hinzu kommt, dass eine ausdrückliche Regelung zur angemessenen Verteilung der Verantwortung in Bezug auf die Gemeinde und ihre Gemeindevertreter jedenfalls in jenen Ländern fehlt, die keine ausdrückliche Regelung für die Haftung der Gemeindevertreter getroffen haben.

Anspruchsgrundlage für die Haftung aus einem öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis ist § 280 BGB analog. Die Anspruchsvoraussetzungen entscheiden sich damit inhaltlich nicht von den beschriebenen landesrechtlichen Sonderregelungen. Notwendig ist eine Pflichtverletzung des Gemeindevertreters, vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln und ein kausaler Schaden.

b) § 823 I BGB

Eine Haftung der Gemeindevertreter gegenüber der Gemeinde ist auch auf Grundlage von § 823 I BGB denkbar. Die praktische Bedeutung dieser Rückgriffsmöglichkeit ist allerdings gering. Denn eine deliktische Haftung nach § 823 I BGB, setzt die Verletzung eines genannten Rechtsgutes, d.h. des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, des Eigentum oder eines vergleichbar bedeutsamen sonstigen Rechts mit absoluter Wirkung voraus.

Für die Gemeinde als juristische Person kommt somit praktisch nur das gemeindliche Eigentum i.S.v. § 803 BGG in Betracht. Dies meint aber nur das Herrschaftsrecht an den gemeindlichen Sachen⁶⁷. Ein Schadensersatzanspruch der Gemeinde gegenüber einem Gemeindevertreter aus § 823 BGB kommt daher nur in Betracht, wenn der Gemeindevertreter gemeindliche Sache beschädigt oder zerstört.

Das gemeindliche Vermögen ist dagegen kein geschütztes Rechtsgut i.S.v. § 823 I BGB⁶⁸. Fehlgeschlagener kommunaler Investitionsaufwand kann daher über § 823 I BGB nicht in Ansatz gebracht werden.

c) § 823 II BGB i.V.m. Schutzgesetz

Steht ein Vermögensschaden der Gemeinde in Rede, kann ein Rückgriff der Gemeinde auf die Gemeindevertreter jedoch auf Grundlage von § 823 II BGB i.V.m. einem Schutzgesetz erfolgen.

§ 823 II BGB ergänzt den Rechtsgüterschutz aus Absatz 1, indem er die möglichen Schutzobjekte erweitert. Insbesondere ist ein unmittelbarer Ersatz reiner Vermögensschäden möglich⁶⁹. Voraussetzung ist allerdings, dass ein Schutzgesetz ver-

letzt ist. Ein Schutzgesetz liegt vor, wenn die Norm entsprechend ihrem Zweck zumindest auch – neben dem Schutz von Interessen der Allgemeinheit – dazu dient, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen⁷⁰.

Derartige Schutzgesetze sind etwa die strafrechtlichen Vorschriften zum Vermögensschutz wie Betrug gem. § 263 StGB⁷¹ und Untreue, § 266 StGB⁷². Schutzgesetze sind aber auch die kommunalrechtlichen Vorschriften über das Mitwirkungsverbot und die Verschwiegenheitspflicht⁷³.

d) Haftung aus § 839 BGB

Denkt man an Ansprüche der Gemeinde gegen die Gemeindevertreter, muss auch § 839 BGB in Betracht gezogen werden. Ein Rückgriff auf dieser Grundlage wird aber regelmäßig ausscheiden.

Denn zu beachten ist, dass bei der Anwendung des § 839 BGB nicht jede objektive Amtspflichtverletzung zu einem Schadensersatzanspruch des Geschädigten führt. Schadensersatz ist nur zu leisten, wenn die verletzte Amtspflicht eine drittschützende ist, d.h. jedenfalls auch den Geschädigten schützen soll⁷⁴. Für einen Schadensersatzanspruch auf Grundlage von § 839 BGB muss also festgestellt werden, ob die in Rede stehende Amtspflicht dem Schutz Einzelner, oder aber nur dem Schutz des Allgemeininteresses des Gemeinwesens dient⁷⁵.

Das Schutzinteresse Einzelner kann prinzipiell auch das Schutzinteresse einer Gemeinde sein. Denn anders als die Grundrechte⁷⁶ ist Art. 34 GG auch zugunsten von Hoheitsträgern anwendbar⁷⁷. Eine Gemeinde ist allerdings nur dann anspruchsberechtigter Dritter i.S.d. § 839 BGB, wenn ihr der in Anspruch genommene Amtsträger in einer Weise gegenübertritt, die „charakteristisch für das Verhältnis zwischen dem Bürger und der öffentlichen Gewalt“ ist⁷⁸. Sie müssen in Vertretung einander widerstreitender Interessen tätig werden⁷⁹; ansonsten scheidet eine Amtshaftung aus Gründen der Einheit der Staatsverwaltung aus⁸⁰.

Ein solches Handeln „in Vertretung einander widerstreitender Interessen“ kann zwischen einer Gemeinde und ihren Gemeindevertretern praktisch nicht angenommen werden. Schließlich ist

64 OVG Bautzen, NVwZ-RR 2009, 774.

65 OVG Koblenz, NVwZ 1985, 283 (283).

66 Etwa § 29 I BbgKVerf.

67 Bassenge, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. (2016), § 903 Rn. 1.

68 Sprau, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. (2016), § 823 Rn. 11.

69 Vgl. nur Förster, in: Bamberger/Roth, BeckOK BGB, 8/2016, § 823 Rn. 264.

70 BGH, NJW 2014, 64 (64).

71 BGH, NJW 1972, 36; NJW 1993, 2992; NJW-RR 2005, 751.

72 BGH, NJW 1953, 457; NJW 1987, 2008.

73 Brüning (o.Fußn. 51), Rn. 137.

74 Vgl. statt vieler Zimmerling, juris, PK-BGB, 7. Aufl. (2014), § 839 Rn. 94.

75 OLG Saarbrücken, Ur. v. 7. 6. 2006 – 4 O 535/05, juris.

76 BVerfG, NJW 1967, 1411; NJW 1968, 739; Papier, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. (2013), § 839, Rn. 272.

77 St. Rspr. vgl. nur BGH, NJW 1958, 629 (629); NJW 1960, 1005; NJW 1992, 972.

78 BGH, NJW 1958, 629 (629).

79 BGH, DVBl. 1974, 592 ff.

80 Vgl. VG Trier, NJW 2012, 1464 (1464); Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. (2013), S. 72 f.

die Stellung als Gemeindevertreter grundsätzlich darauf ausgerichtet, gemeinsam mit der Gemeinde die bestehenden kommunalpolitischen Ziele zu erreichen. Insbesondere die eingangs beschriebene Treupflicht zwischen Gemeinde und Gemeindevertretern zeigt, dass das Verhältnis von Gemeinde und Gemeindevertretern im Grundsatz von einem „Miteinander“ geprägt ist und nicht von „einander widerstrebender Interessen“.

Dass dies möglicherweise in einem konkreten Einzelfall von den Beteiligten anders gesehen wird, vermag nichts daran zu ändern, dass § 839 BGB im Verhältnis Gemeinde Gemeindevertreter keine Anwendung finden kann.

IV. Ergebnis

Gemeindevertreter genießen weder einen haftungsrechtlichen Freibrief, noch sitzen sie bereits mit ihrer Wahl in der Haftungsfalle.

Ausgehend von ihrer Rechtsstellung als Teil eines Exekutivorgans treffen die Gemeindevertreter Pflichten gegenüber ihrer Gemeinde, wobei insbesondere die Treuepflicht, die Verschwiegenheitspflicht und das Mitwirkungsverbot geeignet sind im Falle ihrer Verletzung Ersatzansprüche hervorzurufen.

Nicht alle Kommunalgesetze der Länder regeln den Rückgriff der Gemeinde auf die Gemeindevertreter explizit. Dort wo

keine Regelung besteht, kommt allerdings eine Haftung auf Grundlage des öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses in Betracht. Unterschiede in den Voraussetzungen für die Haftung der Gemeindevertreter gegenüber der Gemeinde ergeben sich hieraus nicht.

Voraussetzung des Rückgriffs ist neben der Pflichtverletzung ein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln des Gemeindevertreters und ein kausaler Schaden für die Gemeinde. Dabei führt insbesondere die, aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 34 GG folgende, Haftungsbeschränkung dazu, dass die Voraussetzungen des Rückgriffs auf die Gemeindevertreter nur in seltenen Fällen von der Gemeinde werden dargelegt werden können.

Daneben kommt – in Anspruchskonkurrenz⁸¹ – ein Rückgriff auf die Gemeindevertreter auch auf Grundlage des Deliktsrechts in Betracht. Von Relevanz für Rückgriffsansprüche der Gemeinde ist insoweit insbesondere § 823 II BGB i.V.m. den Schutzgesetzen Betrug gemäß § 263 StGB und Untreue gemäß § 266 StGB.

⁸¹ Hüttenbrink, DVBl. 1981, 989 (994).