



RATHAUS UND RECHT

Beratungspraxis für Kommunen

26. August 2010

Ausgabe 4/2010

	Rechtsprechung	Seite
20	Amt der Gleichstellungsbeauftragten für einen männlichen Bewerber	1
21	Ausschluss aus der Fraktion	9
	Gutachten / Aufsätze	
22	Rücktritt des Bürgermeisters	16
23	Neue Zuständigkeiten im Bestattungsrecht	19

20. Amt der Gleichstellungsbeauftragten für einen männlichen Bewerber

Leitsatz:

Es kommt für die entschädigungspflichtige Diskriminierung nach dem Allgemeinen Gleichberechtigungsgesetz (AGG) nicht darauf an, ob das weibliche Geschlecht generell für das Amt der nach § 5a NGO zu bestellenden kommunalen Gleichstellungsbeauftragten i.S.d. § 8 Abs. 1 AGG eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sondern ob dies im Hinblick auf die konkret gesuchte Gleichstellungsbeauftragte der Fall ist.

BAG, Urt. v. 18.03.2010 – 8 AZR 77/09 –

Sachverhalt:

Der Kläger, der über ein mit dem Titel Diplomkaufmann abgeschlossenes Betriebswirtschaftsstudium und ein Fernstudium mit dem Abschluss als Diplomvolkswirt verfügt, Betriebsratsmitglied eines Unternehmens ist und in dessen Rahmen auch die Aufgaben eines stellvertretenden Gleichstellungsbeauftragten erfüllte, begehrt von der beklagten Stadt die Zahlung einer Entschädigung, weil diese ihn durch die Ausschreibung der Stelle einer weiblichen Gleichstellungsbeauftragten, in der neben den in § 5a NGO genannten Aufgaben u.a. wegen des hohen Anteils ausländischer, vor allem muslimischer Frauen an der Wohnbevölkerung die Integrationsarbeit mit zugewanderten Frauen als ein Schwerpunkt der Tätigkeit bezeichnet und von Bewerbern ein abgeschlossenes Fachhochschulstudium oder eine vergleichbare Ausbildung in einer pädagogischen oder geisteswissenschaftlichen Fachrichtung erwartet wird, und durch die Zurückweisung seiner Bewerbung wegen seines Geschlechts benachteiligt habe. Das ArbG hat die Klage abgewiesen, das LAG die Berufung und das BAG die Revision des Klägers zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Revision des Klägers ist nicht begründet. Ihm steht der geltend gemachte Entschädigungsanspruch nicht zu.

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Der Kläger habe gegen die Beklagte keinen Anspruch auf die Zahlung einer Entschädigung gem. § 15 Abs. 2 AGG, weil er durch die Ablehnung seiner Bewerbung nicht unzulässig wegen seines Geschlechts benachteiligt worden sei. Es fehle allerdings nicht offensichtlich an seiner fachlichen Eignung für die ausgeschriebene Stelle; auch sei sein Geschlecht mitursächlich für die unterbliebene Berücksichtigung seiner Bewerbung gewesen. Die Beschränkung der Bewerberauswahl für das Amt der Gleichstellungsbeauftragten auf Frauen sei nicht nach § 8 Abs. 1 AGG gerechtfertigt, weil das weibliche Geschlecht hierfür keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstelle. Die Beschränkung des Amtes auf Frauen und damit § 5a NGO seien als positive Maßnahme nach § 5 AGG zulässig.

II. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält im Ergebnis einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Der Kläger hat keinen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG gegen die Beklagte.

1. Der Kläger gilt als Beschäftigter, § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. Satz 2 AGG, ohne dass es hierfür darauf ankäme, ob er für die Position des Gleichstellungsbeauftragten objektiv geeignet ist. Die objektive Eignung eines Bewerbers ist keine Tatbestandsvoraussetzung für einen Anspruch nach § 15 Abs. 1 oder 2 i.V.m. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG (offengelassen BAG 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – AP AGG § 8 Nr. 1 = EzA AGG § 8 Nr. 1). Der Wortlaut des § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG bietet keinen Anhaltspunkt für das Erfordernis eines solchen Tatbestandsmerkmals. Für eine Auslegung über den Wortlaut hinaus besteht auch angesichts des § 3 Abs. 1 AGG kein Bedürfnis (vgl. unter II 3 a bb (1), anders noch zu § 611a BGB: BAG 12.11.1998 – 8 AZR 365/97 – BAGE 90, 170 =

AP BGB § 611a Nr. 16 = EzA BGB § 611a Nr. 14; 27.04.2000 – 8 AZR 295/99 – BGleig E.II.2.1 BGB § 611a Nr. 2). Ob die subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung Voraussetzung der Aktivlegitimation ist (BAG 27.04.2000 – 8 AZR 295/99 – a.a.O.), kann hier offen bleiben. Anhaltspunkte dafür, dass die Bewerbung des Klägers nicht ernsthaft war, bestehen nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht.

2. Die Beklagte ist Arbeitgeberin i.S.d. § 15 AGG, weil sie als Gebietskörperschaft eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist und Arbeitnehmer beschäftigt, § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 AGG.

3. Ein Anspruch nach § 15 Abs. 1 oder 2 AGG setzt voraus, dass der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 1 AGG verstoßen hat (BAG 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – m.w.N., AP AGG § 8 Nr. 1 = EzA AGG § 8 Nr. 1). Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ihm eine unmittelbare Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 1 AGG zuzurechnen ist, die nicht aufgrund der §§ 8 bis 10 AGG oder nach § 5 AGG zulässig ist.

a) Eine unmittelbare Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 1 AGG liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde, wobei die sich nachteilig auswirkende Maßnahme direkt an das verbotene Merkmal anknüpfen muss (BAG 14.08.2007 – 9 AZR 943/06 – BAGE 123, 358 = AP AGG § 33 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 5).

aa) Der Kläger wurde ungünstiger behandelt als tatsächliche oder potentielle Bewerberinnen, denn seine Bewerbung wurde abgelehnt, ohne dass er zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde. Die hierin liegende Versagung der Chance auf Einstellung stellt eine ungünstige Behandlung dar unabhängig davon, ob eine Einstellung andernfalls erfolgt wäre (BAG

28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – AP AGG § 8 Nr. 1 = EzA AGG § 8 Nr. 1; zur Benachteiligung im Verfahren auch: BVerfG 16.11.1993 – 1 BvR 258/86 – BVerfGE 89, 276).

bb) Die ungünstigere Behandlung des Klägers erfolgte in einer vergleichbaren Situation i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG.

(1) Das Vorliegen einer vergleichbaren Situation setzt voraus, dass der Kläger objektiv für die Position des Gleichstellungsbeauftragten geeignet war, denn vergleichbar (nicht: gleich!) ist die Auswahl-situation nur für Arbeitnehmer, die gleichermaßen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aufweisen. Hinsichtlich der genauen Verortung der Frage der objektiven Eignung sind Rechtsprechung und Literatur uneinheitlich. Teilweise wird sie als Voraussetzung der Aktivlegitimation des Bewerbers angesehen (LAG Rheinland-Pfalz 11.01.2008 – 6 Sa 522/07 – LAGE AGG § 15 Nr. 3; ErfK/Schlachter 10. Aufl., § 6 AGG Rdnr. 3) oder dies jedenfalls erworben (BAG 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – AP AGG § 8 Nr. 1 = EzA AGG § 8 Nr. 1), teilweise im Rahmen des Begriffs der Benachteiligung bei § 3 Abs. 1 AGG geprüft (Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl., § 3 Rdnr. 15, 18, vgl. aber auch § 6 Rdnr. 10; Adomeit/Mohr NZA 2007, 179, 182; wohl auch Däubler/Bertzbach-Däubler AGG 2. Aufl., § 7 Rdnr. 9; für einen Anspruch aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz in Verbindung mit der RL 2000/78/EG: BAG 11.04.2006 – 9 AZR 528/08 – NZA 2006, 1217). Jedenfalls aber wird überwiegend zu Recht für das Vorliegen einer Benachteiligung verlangt, dass eine Person, die an sich für die Tätigkeit geeignet wäre, nicht ausgewählt oder schon nicht in Betracht gezogen wird (so ausdrücklich BAG 05.02.2004 – 8 AZR 112/03 – BAGE 109, 265 = AP BGB § 611a Nr. 23 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 3; Däubler/Bertzbach-Däubler a.a.O.; Adomeit/Mohr AGG § 22 Rdnr. 27; ErfK/Schlachter a.a.O.; aA: vgl. Schiek/Kocher AGG § 22 Rdnr. 25, § 3 Rdnr. 7; LAG Berlin-Brandenburg 26.11.2008 – 15 Sa 517/08 – LAGE AGG § 22 Nr. 1, das die mangelnde Eignung im Ergebnis als Einwendung des

Anspruchsgegners begreift). Könnte nämlich ein objektiv ungeeigneter Bewerber immaterielle Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verlangen, wenn für den Arbeitgeber auch das verbotene Merkmal ein Motiv der unterbliebenen Einstellung war, stünde dies nicht im Einklang mit dem Schutzzweck des AGG, der nicht darin besteht, eine unredliche Gesinnung des (potentiellen) Arbeitgebers zu sanktionieren, sondern vor ungerechtfertigter Benachteiligung zu schützen. Dabei ist es naheliegender, nach dem Inkrafttreten des AGG an die Legaldefinition des § 3 Abs. 1 AGG anzuknüpfen, der ausdrücklich von dem Erfordernis einer vergleichbaren Situation spricht, als die objektive Eignung als ungeschriebene Voraussetzung der Bewerbereignenschaft zu begreifen. Maßgeblich für die objektive Eignung ist dabei nicht das formelle Anforderungsprofil, welches der Arbeitgeber erstellt hat, sondern die Anforderungen, welche an die jeweilige Tätigkeit nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung gestellt werden (vgl. Bauer/Göpfert/Krieger § 3 Rdnr. 15, anders aber § 6 Rdnr. 10; vgl. Däubler/Bertzbach-Däubler a.a.O.). Die objektive Eignung ist zu trennen von der individuellen fachlichen und persönlichen Qualifikation des Bewerbers (ebenso Bauer/Göpfert/Krieger § 3 Rdnr. 15, 18; ähnlich Däubler/Bertzbach-Däubler a.a.O.), die nur als Kriterium der Auswahlentscheidung auf der Ebene der Kausalität zwischen Benachteiligung und verbotenem Merkmal eine Rolle spielt (ebenso mit anderem Ausgangspunkt: Schiek/Kocher § 22 Rdnr. 24, 25). Damit ist gewährleistet, dass der Arbeitgeber über den der Stelle zugeordneten Aufgabenbereich frei zu entscheiden hat, wie Art. 12 Abs. 1 GG es gebietet (BAG 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – m.w.N., a.a.O.), aber nicht durch das Stellen hierfür nicht erforderlicher Anforderungen an Bewerber die Vergleichbarkeit der Situation selbst gestalten und den Schutz des AGG de facto beseitigen kann (vgl. Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl., § 15 Rdnr. 36; Däubler/Bertzbach-Däubler a.a.O., die deshalb ein erhebliches bzw. offenkundiges Eignungsdefizit verlangen). Bewerber, welche die auf der zu besetzenden Stelle auszu-

übenden Tätigkeiten grundsätzlich verrichten können, ohne aber jede Voraussetzung des Anforderungsprofils zu erfüllen, bedürfen des Schutzes vor Diskriminierung, weil gerade Anforderungsprofile in Stellenanzeigen häufig Qualifikationen benennen, deren Vorhandensein der Arbeitgeber sich für den Idealfall zwar wünscht, die aber keinesfalls zwingende Voraussetzungen einer erfolgreichen Bewerbung sind. Ebenfalls keinen Einfluss auf die Beurteilung der Vergleichbarkeit der Situation kann aus gesetzesystematischen Erwägungen das Vorliegen des verbotenen Merkmals selbst haben. Ob an dessen Fehlen bzw. Vorliegen ausnahmsweise angeknüpft werden darf, ist nicht für den Tatbestand der Benachteiligung, sondern allein für deren mögliche Rechtfertigung nach den §§ 8 bis 10 AGG und § 5 AGG relevant.

(2) Soweit das Landesarbeitsgericht die objektive Eignung des Klägers bejaht, hält dies unter Beachtung der dargelegten Maßstäbe einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Zu Recht lässt das Landesarbeitsgericht dahinstehen, ob die vom Kläger abgeschlossenen wirtschaftswissenschaftlichen Studiengänge als geisteswissenschaftlich zu qualifizieren sind. Für die Frage, ob ein Bewerber geeignet ist, die Aufgaben einer Gleichstellungsbeauftragten wahrzunehmen, mag es eine Rolle spielen, ob er überhaupt eine Ausbildung abgeschlossen und im Rahmen einer solchen gelernt hat, Probleme zu analysieren und systematische Lösungen zu erarbeiten. Auf bestimmte, im Rahmen eines wirtschaftswissenschaftlichen Studiums nicht vermittelte Inhalte dagegen kam es auch der Beklagten nicht an, denn sie hat mit der allgemein gehaltenen Formulierung „...in einer pädagogischen bzw. geisteswissenschaftlichen Fachrichtung“ gerade nicht konkret vorhandenes Fachwissen zur Voraussetzung gemacht, sondern höchstens rein technische Ausbildungsgänge ausgeschlossen. Der objektiven Eignung des Klägers steht auch nicht entgegen, dass er nicht über Erfahrungen in der „aktiven Frauenarbeit“ verfügte. So war er unstreitig über einen Zeitraum von über drei Jahren im Rahmen

seiner Betriebsratstätigkeit mit Gleichstellungsfragen betraut. Dies impliziert „aktive Frauenarbeit“, weil er sich dabei zwangsläufig auch mit geschlechtsspezifischen Problemen von Frauen im Zusammenhang mit deren Erwerbstätigkeit zu befassen hatte. Im Übrigen ist die nach Ansicht der Beklagten hiermit angesprochene Erfahrung in der Zusammenarbeit mit Frauengruppen für die Position der Gleichstellungsbeauftragten zwar sicher hilfreich und von ihr erwünscht. Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass derartige Vorerfahrungen für die zu erbringenden Tätigkeiten so zwingend sind, dass die Beklagte die Einstellung einer nicht über sie verfügenden Bewerberin gar nicht in Betracht gezogen hätte.

cc) Die Benachteiligung des Klägers erfolgte ausweislich der Begründung der Beklagten im Ablehnungsschreiben und nach ihren schriftsätzlichen Darlegungen wegen seines Geschlechts. Es reicht für die Kausalität des verbotenen Merkmals i.S.d. § 7 Abs. 1, § 3 Abs. 1 AGG aus, wenn in einem Motivbündel, das die Entscheidung beeinflusst hat, das Merkmal als Kriterium enthalten gewesen ist (BVerfG 16.11.1993 – 1 BvR 258/86 – BVerfGE 89, 276). Dies ist hier der Fall, obwohl die Beklagte davon ausging, durch § 5a NGO schon formell an der Einstellung eines Mannes gehindert zu sein. Sie hat nämlich zum Ausdruck gebracht, dass sie die ihrer Ansicht nach dem § 5a NGO zugrunde liegende gesetzgeberische Wertung teilt, wonach die gesellschaftlichen Bedingungen die Besetzung des Amtes mit einer Frau erfordern. Außerdem hält sie eine solche wegen der auf der ausgeschriebenen Stelle zu leistenden Integrationsarbeit für zwingend nötig. Dass sie zudem der Auffassung ist, der Kläger entspreche auch nicht den Anforderungen des Stellenprofils, ändert an der geschlechtsbezogenen Benachteiligung des Klägers nichts, weil das verbotene Merkmal für die Auswahlentscheidung lediglich mitursächlich gewesen sein muss.

b) Zu Unrecht verneint das Berufungsgerecht die Zulässigkeit der unterschiedlichen

Behandlung des Klägers wegen seines Geschlechts nach § 8 Abs. 1 AGG. Das weibliche Geschlecht ist für die zu besetzende Stelle wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung, deren Zweck rechtmäßig und angemessen ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des Senats vom 12.11.1998 (– 8 AZR 365/97 – BAGE 90, 170 = AP BGB § 611a Nr. 16 = EzA BGB § 611a Nr. 14).

aa) § 8 Abs. 1 AGG stellt mit dem Erfordernis, das Merkmal nach § 1 AGG müsse eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die Tätigkeit darstellen, nach der Rechtsprechung des Senats (BAG 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – AP AGG § 8 Nr. 1 = EzA AGG § 8 Nr. 1) inhaltlich keine geringeren Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung als § 611a BGB in der bis 17.08.2006 geltenden Fassung. Dieser hat für die Zulässigkeit der Differenzierung nach dem Geschlecht verlangt, dass dieses unverzichtbare Voraussetzung für die Erbringung der Tätigkeit ist. Dementsprechend kann das Geschlecht nur dann i.S.d. § 8 Abs. 1 AGG wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen bilden, wenn die Tätigkeit ohne das Merkmal jedenfalls nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann. Abzustellen ist auf die konkret vom Arbeitnehmer auszuübende Tätigkeit, die sich nach dem vom Arbeitgeber festgelegten Unternehmenskonzept richtet (BAG 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – a.a.O.). Das vom Arbeitgeber geforderte Merkmal muss, um wesentlich sein zu können, für die vom Arbeitgeber vorgegebene berufliche Anforderung eine prägende Bedeutung haben, wobei es nicht darauf ankommt, welcher zeitliche Anteil der Tätigkeit betroffen ist, sondern darauf, ob das Merkmal für die Erreichung des unternehmerischen Zwecks erforderlich ist. Das Differenzierungsmerkmal darf nicht nur für unbedeutende, für den Arbeitsplatz nicht charakteristische Tätigkeiten notwendig sein (BAG 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – a.a.O.).

bb) Zutreffend nimmt das Landesarbeits-

gericht an, dass die Ablehnung der Bewerbung des Klägers auch aufgrund seines Geschlechts nicht schon deshalb nach § 8 AGG zulässig ist, weil § 5a NGO die Besetzung des Amtes der Gleichstellungsbeauftragten mit einer Frau gebietet. § 5a NGO verwendet durchgehend die weibliche Form „Gleichstellungsbeauftragte“ und „Vertreterin“, während im Übrigen beide grammatikalische Formen Verwendung finden – etwa „der Bürgermeisterin oder dem Bürgermeister“ in § 5a Abs. 5 NGO. Diese gesetzliche Beschränkung auf ein bestimmtes Geschlecht des Stelleninhabers führt jedoch nicht zwingend zur Rechtfertigung einer auf sie gestützten Maßnahme. Diese ist ihrerseits nur wirksam, wenn bezüglich des geregelten Sachverhalts die europarechtlichen Vorgaben des Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 05.07.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) – und damit auch des § 8 AGG – inhaltlich erfüllt sind und die Beschränkung im Hinblick auf Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verfassungsgemäß ist (v. Rottecken AGG Stand Januar 2010 § 8 Rdnr. 43; Wendeling-Schröder/Stein AGG § 8 Rdnr. 6).

cc) Ob § 5a NGO mit Europarecht (insbesondere der RL 2006/54/EG), Art. 33 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 2 und 3 GG vereinbar ist, kann aber offenbleiben. Es kommt nämlich nicht darauf an, ob das weibliche Geschlecht generell für das Amt der nach § 5a NGO zu bestellenden kommunalen Gleichstellungsbeauftragten i.S.d. § 8 Abs. 1 AGG eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt (verneinend für die nach der Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalens zu bestellende Gleichstellungsbeauftragte mit dem dort festgelegten Aufgabenbereich: BAG 12.11.1998 – 8 AZR 365/97 – BAGE 90, 170 = AP BGB § 611a Nr. 16 = EzA BGB § 611a Nr. 14), sondern ob dies im Hinblick auf die konkret von der Beklagten gesuchte Gleichstellungsbeauftragte der Fall ist. Dies ist nach dem Stellenzuschnitt zu bejahen.

(1) Die von der Beklagten gesuchte Gleichstellungsbeauftragte soll an der Umsetzung des Verfassungsauftrages der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in der Stadt und in der Stadtverwaltung mitwirken. Schwerpunkte ihrer Tätigkeit sollen in der Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie und in der Integrationsarbeit mit zugewanderten Frauen liegen. Diese Integrationsarbeit, die unstreitig insbesondere Musliminnen betrifft, soll im Rahmen der Initiierung von Projekten und der Beratung von Gruppen sowie der Einzelberatung erfolgen. Außerdem soll die Gleichstellungsbeauftragte zum Abbau von Benachteiligungen Maßnahmen insbesondere zu frauen- und mädchenrelevanten Themen entwickeln. Sie soll mit allen frauenrelevanten Organisationen, Initiativen und Institutionen zusammenarbeiten und Unterstützung bei Frauendiskriminierung bieten.

(2) Zur Erbringung eines Teils dieser Tätigkeiten ist das weibliche Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung, weil sie von einem Mann nicht ausgeübt werden könnten, ohne den verfolgten Zweck zu gefährden. Zwar kann ein Mann grundsätzlich in gleicher Weise wie eine Frau an der Gleichberechtigung von Männern und Frauen mitwirken (so auch BAG 12.11.1998 – 8 AZR 365/97 – BAGE 90, 170 = AP BGB § 611 Nr. 16 = EzA BGB § 611a Nr. 14) und Maßnahmen zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie entwickeln. Etwas anderes gilt aber für die Projekte und Beratungsangebote zur Integration zugewanderter Frauen. Zwar haben viele Musliminnen keine Schwierigkeiten, mit Männern zu kommunizieren. Diese Frauen bedürfen in der Regel aber auch keine integrativen Angebote. Musliminnen dagegen, deren Alltagsleben von traditionellen Mustern und Rollenverteilungen geprägt ist und die gerade deshalb mit integrativen Angeboten erreicht werden sollen, haben zum einen aufgrund kultureller Vorverständnisse Schwierigkeiten, sich an einen Mann zu wenden und werden zum anderen häufig unter einem erhöhten Rechtfertigungsdruck seitens ihres familiären und gesellschaftlichen

Umfeldes stehen, wenn sie an einem von einem Mann geleiteten Projekt teilnehmen möchten. Auch wenn die Gleichstellungsbeauftragte nicht selbst das Projekt leitet, wird sie doch häufig die erste Ansprechpartnerin für Interessentinnen sein. So wäre etwa der Erfolg des Frauenschwimmens deshalb nicht nur gefährdet, wenn der Kläger als Gleichstellungsbeauftragter es selbst betreuen würde, sondern bereits wenn er als dessen Initiator in Erscheinung träte, etwa indem er telefonisch Auskunft zu Schwimmzeiten oder Kosten erteilt. Noch deutlicher zeigt sich die Notwendigkeit des weiblichen Geschlechts der Gleichstellungsbeauftragten im Bereich der vorgesehenen Beratung. Voraussetzung für die Wahrnehmung von Beratungsangeboten ist die Kenntnis von diesen. Nach dem unstreitigen und damit dem Revisionsurteil zugrunde zu legenden Vortrag der Beklagten leistet die Gleichstellungsbeauftragte intensiv Integrationsarbeit im Rahmen von Veranstaltungen türkischer Frauen, zu denen Männer keinen Zutritt haben. Schon die Kontaktaufnahme wäre also für einen männlichen Gleichstellungsbeauftragten deutlich erschwert. Zugewanderte Frauen und Mädchen, die tatsächlich der Beratung bedürfen, wird es zu dem in aller Regel sehr schwer fallen, sich einem Mann zu offenbaren, zumal ihre Probleme häufig gerade mit der Vormachtstellung männlicher Familienmitglieder in traditionell ausgerichteten muslimischen Familien zusammenhängen – etwa im Hinblick auf Fragen der Selbstbestimmung bei der Wahl von Schul- und Ausbildungsplatz, des allgemeinen Lebensstils, der Eheschließung und der Geburtenkontrolle.

Auch im Bereich der vorgesehenen Zusammenarbeit mit frauenrelevanten Organisationen, Initiativen und Institutionen wäre der verfolgte Zweck bei der Besetzung der Stelle mit einem Mann gefährdet. „Frauenrelevante Organisationen“ sind ganz überwiegend solche, deren Arbeit sich auf negative Erfahrungen von Frauen und Mädchen mit Männern gründet, etwa Frauenhäuser, Anlaufstellen für sexuell missbrauchte Mädchen, Frauennotrufe oder berufliche Frauennetzwerke. Nach der

allgemeinen Lebenserfahrung muss davon ausgegangen werden, dass diese Organisationen die Kooperation mit einer weiblichen Gleichstellungsbeauftragten nicht nur bevorzugen, sondern mit einem männlichen Gleichstellungsbeauftragten gar nicht zusammenarbeiten möchten oder können. Soweit die Gleichstellungsbeauftragte nach dem Stellenprofil konkrete Unterstützung in Fällen von Frauendiskriminierung leisten soll, ist zwar nicht für jede Fallgestaltung zwingend, dass sich eine potentiell diskriminierte Frau nicht auch an einen männlichen Gleichstellungsbeauftragten wenden würde. Solche Fallgestaltungen sind aber – etwa im Bereich sexueller Belästigungen oder aufgrund geschlechtsbezogener persönlicher Herabsetzungen – möglich und bilden einen Teil des Aufgabenbereichs.

(3) Das weibliche Geschlecht ist für die von der Beklagten vorgegebene berufliche Anforderung prägend und betrifft nicht nur unbedeutende, für den Arbeitsplatz nicht charakteristische Arbeiten. Auf der Integrationsarbeit liegt nach dem von der Beklagten erstellten Stellenprofil ein Schwerpunkt der Tätigkeit und der Zusammenarbeit mit frauenrelevanten Organisationen und der Unterstützung in Fällen von Frauendiskriminierung kommt jedenfalls keine nur untergeordnete Bedeutung zu.

(4) Der von der Beklagten vorgenommene, das weibliche Geschlecht bedingende Stellenzuschnitt begegnet keinen Bedenken. Die Bestimmung des spezifischen beruflichen Tätigkeitsbereichs und der daraus abzuleitenden beruflichen Anforderungen ist Teil der nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Unternehmerfreiheit (BAG 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – AP AGG § 8 Nr. 1 = EzA AGG § 8 Nr. 1). Auch im Bereich des öffentlichen Dienstes obliegt es dem Dienstherrn, die Dienstposten nach organisatorischen Bedürfnissen und Möglichkeiten auszugestalten (BVerfG 08.10.2007 – 2 BvR 1846/07 u.a. – m.w.N., NVwZ 2008, 69; BAG 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – m.w.N., a.a.O.). Um die Anforderungen von Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1

GG, § 1 AGG sicherzustellen, muss der verfolgte unternehmerische Zweck zudem rechtmäßig sein, darf also nicht gegen eine Verbotsnorm verstoßen, und die aufgestellte Anforderung muss angemessen sein. Dies bedingt eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen dem verfolgten unternehmerischen Zweck einerseits und dem Nachteil für den Beschäftigten oder Bewerber andererseits (vgl. BT-Drs. 16/1780 S. 35; BAG 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – a.a.O.).

Aufgabe der kommunalen Gleichstellungsbeauftragten ist es, im Rahmen der gemeindlichen Tätigkeit das verfassungsrechtliche Gleichberechtigungsgebot umzusetzen. Zielgruppe dieser Tätigkeit sind deshalb vor allem die Einwohner der Gemeinde. Dementsprechend hat nach § 5a NGO die Tätigkeit der Gleichstellungsbeauftragten die Verwirklichung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen zum Ziel. Insoweit kann diese Maßnahmen anregen, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft betreffen. Außerdem wirkt sie an allen Vorhaben, Entscheidungen und Maßnahmen mit, die Auswirkungen auf die Anerkennung der gleichwertigen Stellung von Männern und Frauen in der Gesellschaft haben. Die konkrete Gleichstellungspolitik obliegt dabei den Gemeinden. Wegen der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG können sie die Funktion der Gleichstellungsbeauftragten im Einzelnen ausgestalten und Prioritäten in deren Tätigkeit setzen, um so auf örtliche Besonderheiten zu reagieren (BVerfG 26.10.1994 – 2 BvR 445/91 – BVerfGE 91, 228; VGH Nordrhein-Westfalen 15.01.2002 – 40/00 – NVwZ 2002, 1502). Es begegnet insofern keinen Bedenken, wenn die Beklagte aufgrund ihres hohen Anteils zugewanderter Frauen an der Bevölkerung einen Schwerpunkt in der Integrationsarbeit mit ausländischen Frauen setzt, denn diese betrifft Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (vgl. hierzu LAG Niedersachsen 03.11.2003 – 5 Sa 70/03 E – ZTR 2004, 308) und dient der Anerkennung der gleichwertigen Stellung von Männern und Frauen in der Gesellschaft. Ebenso kann die Gemeinde die Wahrneh-

mung der gesetzlichen Aufgaben der Gleichstellungsbeauftragten mit der Übertragung einer Sachbearbeitung für besondere Frauenfragen verbinden (Galette in: KVR SH-GO Stand November 2009, § 2 Rdnr. 43). Insofern konnte die Beklagte auch das Stellenprofil dahingehend zuschneiden, dass die Gleichstellungsbeauftragte insbesondere Maßnahmen zu frauen- und mädchenrelevanten Themen entwickeln und besonders mit frauenrelevanten Organisationen, Initiativen und Institutionen zusammenarbeiten soll.

Der verfolgte Zweck, die Integration zugewanderter Frauen zu fördern und diese im Rahmen von Gruppen- und Einzelberatung zu unterstützen sowie gezielt der Diskriminierung von Frauen entgegenzuwirken, ist rechtmäßig, denn er verstößt nicht gegen eine Verbotsnorm.

Zur Erreichung dieses Zwecks ist es angemessen, den Bewerberkreis für das Amt der Gleichstellungsbeauftragten auf Frauen zu beschränken. Die Abwägung der getroffenen Grundrechte und des europäischen Primärrechts (vgl. BAG 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – AP AGG § 8 Nr. 1 = EzA AGG § 8 Nr. 1) ergibt, dass der männlichen Bewerbern damit zugefügte Nachteil im Hinblick auf den verfolgten Zweck verhältnismäßig ist. Wegen der nach Art. 12 GG geschützten Unternehmerfreiheit kann der Arbeitgeber grundsätzlich bestimmen, welchen unternehmerischen Zweck er verfolgt (BAG 26.09.2002 – 2 AZR 636/01 – BAGE 103, 31 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 124 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 124). Um den Schutz der Rechte des Bewerbers nach Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG zu gewährleisten, hat jedoch eine Missbrauchskontrolle stattzufinden. Deshalb kann der Arbeitgeber das Vorhandensein eines in § 1 AGG genannten Merkmals nicht verlangen, wenn er in willkürlicher Weise einen Arbeitsplatz eingerichtet hat, für dessen Besetzung gerade ein in § 1 AGG genanntes Merkmal unverzichtbar ist (BAG 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – m.w.N., a.a.O.). Liegt dem Unternehmenskonzept eine bestimmte Erwartung Dritter zugrun-

de, darf diese nicht ihrerseits diskriminierend sein (Däubler/Bertzbach-Brors § 8 Rdnr. 13). Insoweit ist davon auszugehen, dass Erwartungen Dritter, die auf deren Schamgefühl beruhen, ebenso wie die Notwendigkeit einer bestimmten Geschlechtszugehörigkeit zur Authentizität der Aufgabenwahrnehmung legitim sind und ihnen kein diskriminierender Charakter innewohnt (Bauer/Göpfert/Krieger § 8 Rdnr. 29, 30; v. Roetteken § 5 Rdnr. 56; Adomeit/Mohr § 8 Rdnr. 32, 34). Gleiches gilt, wenn ein Vertrauensverhältnis zu einer bestimmten Gruppe erforderlich ist und dieses erfordert, dass der fragliche Arbeitnehmer selbst dieser Gruppe angehört (ebenso Däubler/Bertzbach-Brors a.a.O.; Adomeit/Mohr § 8 Rdnr. 35, 37), wie dies der Fall ist, wenn Opfer von Diskriminierung beraten und betreut werden (v. Roetteken § 5 Rdnr. 65).

Der Schutz der Persönlichkeitsrechte der betroffenen Frauen, Art. 1, 2 GG und – bezüglich zugewanderter Frauen – der Zweck, diese und damit auch deren Kinder gesellschaftlich zu integrieren, überwiegen nach diesen Grundsätzen das Interesse männlicher Bewerber, die Stelle zu erhalten. Die Motivation ausländischer Frauen, die der Beratung und Integration bedürfen, von Opfern von Frauendiskriminierung und von frauenspezifischen Organisationen, eine Frau als Ansprechpartner zu wünschen, ist nicht ihrerseits diskriminierend. Sie beruht zum Teil auf Schamgefühl oder darauf, dass es den Betroffenen leichter fällt, einer Frau zu vertrauen bzw. dass sie einer Frau aufgrund deren Geschlechts ein besseres Verständnis für ihre geschlechtsspezifischen Probleme zutrauen. Diese Wertung deckt sich mit der des Senats in der Entscheidung vom 12.11.1998 (– 8 AZR 365/97 – BAGE 90, 170 = AP BGB § 611a Nr. 16 = EzA BGB § 611a Nr. 14), wonach es einer Gemeinde überlassen bleibt, über die jeweilige Gemeindeordnung hinausgehende geschlechtsspezifische Voraussetzungen für die Stelle der Gleichstellungsbeauftragten zu schaffen und diese insbesondere vorliegen können, wenn Betreuungssituationen im Verhältnis zu Bürgerinnen auftreten, die

ausschließlich von Frauen wahrgenommen werden können.

Auch im Hinblick auf Art. 33 Abs. 2 GG bestehen keine Bedenken gegen die von der Beklagten getroffene Auswahlentscheidung. Ein dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG unterfallendes Merkmal kann als Eignungsmerkmal i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG nämlich ausnahmsweise herangezogen werden, wenn aufgrund der Anforderungen des Amtes Bewerber ohne die fragliche Eigenschaft ungeeignet sind und besondere verfassungsrechtliche Gründe für die Schaffung eines solchen Amtes sprechen (Dreier/Masing Grundgesetz-Kommentar 2. Aufl. Bd. 2 Art. 33 Rdnr. 46). Diese Voraussetzungen sind – wie oben dargelegt – erfüllt (ebenso generell für das Amt der kommunalen Frauenbeauftragten Dreier/Masing a.a.O.).

dd) Der Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung nach § 8 AGG wegen der konkret zu leistenden Tätigkeit steht nicht entgegen, dass die Beklagte die Ablehnung des Klägers im Schreiben vom 20.03.2007 schwerpunktmäßig nicht hiermit, sondern formal mit § 5a NGO begründet hat. Dies gälte auch dann, wenn diese Norm unwirksam sein sollte. Anders als im verwaltungsrechtlichen Verfahren ist die Verkenning eines Ermessensspielraums für die Rechtfertigung nach § 8 Abs. 1 AGG unschädlich, wenn dessen Voraussetzungen objektiv vorliegen und der öffentliche Arbeitgeber sich bei seiner Auswahlentscheidung jedenfalls auch auf den unter § 8 AGG zu subsumierenden Sachverhalt beruft. Auf die teilweise unzutreffende Begründung einer tatsächlich gerechtfertigten unterschiedlichen Behandlung kann ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG nicht gestützt werden.

Anmerkung:

Die Entscheidung hat für die Besetzung der Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten erhebliche Bedeutung.

Das BAG hat wie schon das LAG den Anspruch eines Mannes auf Zahlung einer Entschädi-

gung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) wegen geschlechtlicher Diskriminierung, weil seine Bewerbung um die Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten unter Hinweis darauf, dass nach § 5a NGO nur eine Frau in Betracht gezogen werden könne, unberücksichtigt geblieben ist, nicht einfach mit dem Blick auf diese gesetzliche Bestimmung zurückgewiesen. Das Gericht hat es nämlich offen gelassen, ob diese Vorschrift überhaupt anwendbar ist oder ob sie nicht etwa wegen Unvereinbarkeit mit den europa- und verfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Gleichberechtigung rechtswidrig ist. Vielmehr hat das Gericht geprüft, ob nach der Aufgabenbeschreibung in der Stellenausschreibung eine wesentliche berufliche Anforderung vorliegt, die eine unterschiedliche Behandlung der Geschlechter zulässt. Diesen Grund hat das Gericht darin gesehen, dass in der Stellenausschreibung als Schwerpunkt der Tätigkeit der Gleichstellungsbeauftragten die Integrationsarbeit mit zugewanderten Frauen bezeichnet worden ist und dass diese Arbeit gerade in einer Gemeinde mit zahlreichen muslimischen Frauen nicht von einem Mann geleistet werden kann. Für die Mitwirkung an der Gleichberechtigung von Männern und Frauen und zur Entwicklung von Maßnahmen zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie hält das Gericht Männer wie Frauen in gleicher Weise für geeignet. Man wird davon ausgehen können, dass das Gericht die Stellenausschreibung mit allein dieser die gesetzliche Regelung wiedergebenden Aufgabenbeschreibung nur für Frauen als Verstoß gegen das Benachteiligungsgebot (§ 11 AGG) ansieht und nicht ausreichen lässt, nur die Bewerbung von Frauen zu berücksichtigen.

Für die Kommunen ergibt sich aus dieser Rechtsprechung ein gewisses Dilemma. Sind bei ihnen von der Gleichstellungsbeauftragten nur die im Gesetz genannten Aufgaben zu erledigen, sind die Ausschreibung der Stelle nur für Frauen und die Nichtberücksichtigung der Bewerbungen von Männern, so wie es das Gesetz verlangt, ein Verstoß gegen das AGG mit der möglichen Konse-

quenz, dass Schadensersatz und Entschädigungen geleistet werden müssen. Um diese zu vermeiden, kann in diesem Falle nur zu einer geschlechtsneutralen Ausschreibung und der Berücksichtigung der Bewerbungen von Männern geraten werden. Die Intentionen des § 5a NGO bestehen darin, die Gleichberechtigung von Mann und Frau und die Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu befördern, nicht darin, damit eine Frau zu betrauen, so dass der insoweit formale Verstoß gegen das Gesetz hintan stehen muss. Die Beschränkung der Ausschreibung auf Frauen setzt voraus, dass die Gleichstellungsbeauftragte frauenspezifische Aufgaben erfüllen soll, die ein Mann sachgerecht und ergebnisorientiert nicht erledigen kann. Die Hürden, die das BAG dafür errichtet hat, sind nicht eben niedrig.

(Robert Thiele)

Rathaus & Recht Nr. 20/2010

21. Ausschluss aus der Fraktion

Leitsatz:

Der Fraktion steht bei der Bewertung, ob das Verhalten eines Mitglieds einen den Ausschluss rechtfertigenden Grund darstellt, ein Beurteilungsspielraum zu, dessen gerichtliche Kontrolle darauf beschränkt ist, ob die Entscheidung auf ausreichender Beurteilungsgrundlage getroffen worden ist und der Fraktionsausschluss gegen gesetzliche Bestimmungen, Geschäftsordnungen, ungeschriebene Rechtsregeln, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder das Willkürverbot verstößt.

Nds. OVG, Beschl. v. 14.06.2010 – 10 ME 142/09 –

Sachverhalt:

Der Antragsteller, Mitglied der A-Fraktion (Antragsgegnerin), begehrt nach Klagerhebung einstweiligen Rechtsschutz gegen den nach seinem Austritt aus der A-Partei erfolgten Ausschluss aus der Fraktion. Das VG hat seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung stattgegeben, das OVG ihn auf Beschwerde der Antragsgegnerin abgelehnt.

Aus den Gründen:

Das Verwaltungsgericht hat dem Antrag mit Beschluss vom 17.09.2009 stattgegeben und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

Der Antragsteller habe das Bestehen eines Anordnungsanspruches und eines Anordnungsgrundes hinreichend glaubhaft gemacht.

Bei summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage spreche Überwiegendes dafür, dass sich der Beschluss der Antragsgegnerin über den Ausschluss des Antragstellers aus ihr als rechtswidrig erweisen werde, so dass die durch den Ausschluss beeinträchtigten mitgliedschaftlichen Rechte des Antragstellers sicherungsbedürftig seien.

Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein Fraktionsmitglied aus der Fraktion ausgeschlossen werden könne, richte sich in erster Linie nach der Geschäftsordnung der Fraktion. Fehle es – wie im vorliegenden Fall – an einer entsprechenden Regelung, so sei auf allgemeine demokratische und rechtsstaatliche Maßstäbe zurückzugreifen.

Danach erfordere ein Fraktionsausschluss zunächst die Einhaltung bestimmter formeller Voraussetzungen, die nach allgemeiner Ansicht zwingend beachtet werden müssten. Hierzu sei erforderlich, dass dem Ausschluss des Fraktionsmitgliedes eine Anhörung des Betroffenen vorausgehe und dass zu der Sitzung, in der über den Ausschluss befunden werden solle, sämtliche Fraktionsmitglieder eine Ladung unter konkreter Benennung dieses Tagesordnungspunktes erhielten. Damit sich das von dem Ausschluss betroffene Ratsmitglied sachgerecht auf die Anhörung vorbereiten könne, sei ihm vor der Sitzung im Einzelnen darzulegen, welche Gründe für den Fraktionsausschluss maßgeblich sein sollten. Hierbei sei dem Abgeordneten, um ihm in sachgerechter Weise eine Verteidigung zu ermöglichen, eine angemessene Frist zur Vorbereitung auf die Fraktionssitzung einzuräumen. Diese verfahrensmäßigen Anfor-

derungen seien nicht eingehalten worden. Der Antragsteller sei unter dem 13.07.2009 – offenbar nur unter pauschaler Angabe des Grundes für den beabsichtigten Fraktionsausschluss – zu der zwei Tage später stattfindenden Fraktionssitzung geladen worden. In diesem kurzen Zeitraum dürfte eine ausreichende Vorbereitung auf die Sitzung nicht zumutbar gewesen sein. Ein weiterer Verfahrensfehler liege darin begründet, dass der Antragsteller bei der Abstimmung über den Fraktionsausschluss von der Sitzung ausgeschlossen worden sei, obwohl im Verfahren über einen Fraktionsausschluss das betroffene Mitglied abstimmungsberechtigt sei. Der den Befangenheitsvorschriften zugrunde liegende Rechtsgedanke lasse sich nicht auf den Fall des Fraktionsausschlusses übertragen, weil es hierbei nicht um die Wahrung der Interessen Außenstehender, sondern um eine fraktionsinterne Angelegenheit gehe. Im Übrigen seien Ratsmitglieder auch bei Wahlen und Abstimmungen in eigener Sache mitwirkungsbefugt. Darüber hinaus sei in der Fraktionssitzung zu Unrecht in geheimer Abstimmung über den Fraktionsausschluss des Antragstellers abgestimmt worden. Zwar könne die Geschäftsordnung einer Fraktion regeln, ob die Abstimmung über den Fraktionsausschluss offen oder geheim stattfinden solle. Fehle aber eine solche Bestimmung, so sei in Anlehnung an § 47 Abs. 2 NGO offen abzustimmen.

Der Fraktionsausschluss begegne schließlich auch in materieller Hinsicht erheblichen rechtlichen Bedenken. Nach weitgehend übereinstimmender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur werde der Ausschluss eines Fraktionsmitgliedes nur aus wichtigem Grund für zulässig erachtet. Danach sei nicht jedes Fehlverhalten geeignet, den Fraktionsausschluss zu rechtfertigen. Ein wichtiger Grund liege vielmehr erst dann vor, wenn das Vertrauensverhältnis innerhalb der Fraktion durch das Verhalten eines Einzelnen so nachhaltig gestört werde, dass den übrigen Fraktionsmitgliedern eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zugemutet werden könne. Das sei dann der Fall, wenn

sich das Mitglied von den gemeinsamen zentralen Grundanschauungen entferne und die große Linie der Fraktion verlasse, so dass das für eine sinnvolle Meinungsbildung und Zusammenarbeit erforderliche Mindestmaß an prinzipieller politischer Übereinstimmung fehle. Zwar könne grundsätzlich ein Fraktionsausschluss auch auf einen Parteiaustritt gestützt werden, doch bestehe insoweit kein Automatismus. Ein Parteiaustritt eines Fraktionsmitgliedes entbinde die über den Ausschluss entscheidenden Fraktionsmitglieder nicht von der Verpflichtung, im Einzelfall festzustellen, ob eine nachhaltige Störung der Vertrauensgrundlage gegeben sei. Dies müsse hier umso mehr deshalb gelten, weil die A-Ratsfraktion rund zur Hälfte aus parteilosen Mitgliedern bestehe. Die Antragsgegnerin habe – ohne weitere Begründung – angenommen, wegen des Parteiaustrittes sei „zwingend“ eine hinreichende Basis für eine weitere Zusammenarbeit mit dem Antragsteller auch auf kommunaler Ebene nicht mehr gegeben. Diese Argumentation sei angesichts der vom Antragsteller geschilderten Motive für den Parteiaustritt nicht tragfähig. Diese ließen keinen Rückschluss darauf zu, dass der Antragsteller auch in kommunalpolitischen Angelegenheiten Auffassungen vertreten werde, die in keiner Weise mehr von der Fraktion getragen werden könnten und er damit die Grundlagen der gemeinsamen Überzeugung nachhaltig verlasse. Sollten demgegenüber atmosphärische oder persönliche Spannungen – wie es in dem Hinweis der Antragsgegnerin auf diverse E-Mails anklinge – letztlich Grund für den Fraktionsausschluss sein, so seien diese Umstände nicht Gegenstand der Beschlussfassung gewesen. Schließlich habe die Antragsgegnerin ausweislich des Protokolls über die Fraktionssitzung offenbar übersehen, dass es sich bei der Entscheidung über den Fraktionsausschluss um eine Ermessensentscheidung handele, die an den in § 40 VwVfG zum Ausdruck kommenden Maßstäben und insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen sei. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Fraktionsausschluss gewissermaßen „ultima ratio“ sei. Er dürfe grundsätzlich erst

dann beschlossen werden, wenn alle milderen Maßnahmen versagt hätten oder wegen der besonderen Umstände des Einzelfalles ausnahmsweise nicht in Betracht gezogen werden müssten. Den vorgelegten Unterlagen sowie dem Vorbringen der Antragsgegnerin sei in keiner Weise zu entnehmen, dass die Antragsgegnerin mildere Mittel, wie etwa eine zeitweise Suspendierung der Mitgliedschaftsrechte, eine Abmahnung oder ähnliches auch nur in Erwägung gezogen hätte.

Der Antragsteller habe schließlich auch einen Anordnungsgrund und damit die Eilbedürftigkeit der vorliegenden Entscheidung hinreichend glaubhaft gemacht. Denn es würde für ihn einen wesentlichen Nachteil darstellen, wenn er bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Hauptsache zu Unrecht von der Mitwirkung bei der fraktionsinternen Willensbildung ausgeschlossen wäre, weil er als fraktionsloser Kommunalvertreter nur eingeschränkt Einflussmöglichkeiten im Rat oder seinen Ausschüssen habe.

Der Senat tritt der Antragsgegnerin in ihrer mit der Beschwerde dargelegten Beurteilung bei, dass die vorstehend wiedergegebene Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts, der Antragsteller könne sich nach summarischer Prüfung auf einen Anordnungsanspruch berufen, weil der angegriffene Fraktionsausschluss aus formellen und materiellen Gründen rechtswidrig sei, unzutreffend ist.

Das Verwaltungsgericht geht zu Recht davon aus, dass sich auch ohne ausdrückliche Statuierung in einer Geschäftsordnung aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip formelle Anforderungen an das Zustandekommen eines Beschlusses über den Ausschluss eines Fraktionsmitglieds aus der Fraktion ergeben (vgl. dazu Wefelmeier in: KVR-NGO, Stand: März 2010, § 39b Rdnrn. 40-46; Meyer, Recht der Ratsfraktionen, 4. Aufl. 2008, S. 72-75). Dem erstinstanzlichen Gericht kann indes nicht in der Beurteilung gefolgt werden, dass die Antragsgegnerin die im angefochtenen Beschluss angeführten formellen Anforderungen nicht eingehalten habe.

Der Umstand, dass die schriftliche Einladung zu der Fraktionssondersitzung am 15.07.2009 erst am 13.07.2009 erfolgte, führt hier entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts nicht zur Rechtswidrigkeit des Beschlusses über den Fraktionsausschluss. Das aus entsprechender Anwendung von § 32 Abs. 1 Satz 2 BGB hergeleitete Gebot, bei einer anstehenden Entscheidung über einen Fraktionsausschluss allen Mitgliedern in der Ladung den Sitzungstermin unter Mitteilung des Beratungsgegenstandes so rechtzeitig mitzuteilen, dass sie sich sachgerecht vorbereiten können, soll gewährleisten, dass die Fraktionsmitglieder frei entscheiden können, ob sie wegen der Bedeutung der Angelegenheit an der Sitzung teilnehmen wollen (vgl. Wefelmeier, a.a.O., Rdnr. 41 m.N.). Auch ist nur so sichergestellt, dass sich das vom Ausschluss bedrohte Mitglied in rechtsstaatlich gebotener Weise auf die ihm gemachten Vorwürfe einstellen und angemessen vorbereiten kann (vgl. Meyer, a.a.O., S. 73 m.N.). Dies wird regelmäßig nicht möglich sein, wenn die Einladung zur entscheidenden Fraktionssitzung erst zwei Tage vorher erfolgt. Hier besteht indes die Besonderheit, dass allen Fraktionsmitgliedern der Antragsgegnerin bereits aus der ihnen am 07.05.2009 zugegangenen E-Mail des Fraktionsvorsitzenden bekannt war, dass nach Terminabstimmung mit dem Antragsteller eine Fraktionssondersitzung stattfinden würde, auf der u.a. über dessen Fraktionsausschluss debattiert und abgestimmt werden sollte. Der Antragsteller hat sich mit dem Zeitpunkt der Fraktionssondersitzung einverstanden erklärt und weder vor Anrufung des Verwaltungsgerichts gegenüber der Antragsgegnerin, noch im erstinstanzlichen Verfahren oder im Beschwerdeverfahren geltend gemacht, die Fraktionssondersitzung sei zu kurzfristig anberaumt worden, so dass er sich nicht hinreichend habe vorbereiten können. Mithin ist insoweit nicht glaubhaft gemacht, dass der Beschluss über den Fraktionsausschluss an einem Verfahrensfehler leidet.

Die auf der Kommentierung von Wefelmeier (a.a.O., § 39b Rdnr. 45 m.N.) beruhende Auf-

fassung des Verwaltungsgerichts, dass die Abstimmung über einen Fraktionsausschluss in Anlehnung an § 47 Abs. 2 NGO offen stattzufinden habe, wenn diesbezüglich keine Regelungen in einer Geschäftsordnung getroffen worden sind, teilt der Senat nicht. Ob andererseits der Gegenposition der Antragsgegnerin gefolgt werden kann, aus einer entsprechenden Anwendung des § 48 Abs. 1 Satz 2 NGO ergebe sich, dass über den Ausschluss geheim zu wählen sei, wenn ein Fraktionsmitglied dies verlange, erscheint zumindest fraglich. Denn diese Vorschrift bezieht sich ausschließlich auf Wahlen. Aus dem Umstand, dass § 47 Abs. 2 NGO den Rat ermächtigt, in der Geschäftsordnung auch geheime Abstimmungen vorzusehen, ist indes abzuleiten, dass der Gesetzgeber eine Einschränkung des Öffentlichkeitsprinzips zugunsten des Schutzes der in § 39 Abs. 2 NGO garantierten Unabhängigkeit der Mandatsausübung jedenfalls in Ausnahmefällen für zulässig ansieht. Daher ist es möglich, in der Geschäftsordnung des Rates jedenfalls für bestimmte, eng begrenzte Gruppen von Angelegenheiten, die geheime Abstimmung vorzusehen. Dafür bieten sich an Personalentscheidungen, die nicht durch Wahl erfolgen, wie z.B. die Bestellung der Gleichstellungsbeauftragten nach § 5a Abs. 1 Satz 1 NGO und die Abberufung der Wahlbeamtinnen und Wahlbeamten nach § 81 Abs. 4 NGO (vgl. Wefelmeier, a.a.O., § 47 Rdnr. 16). Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist die bereits in seiner E-Mail vom 07.05.2009 vom Vorsitzenden der Antragsgegnerin angekündigte und in der Fraktionssondersitzung auf Antrag eines anderen Fraktionsmitglieds erfolgte Vorgehensweise, die Abstimmung über den Verbleib oder Ausschluss des Antragstellers in geheimer Wahl durchzuführen, „damit es keinen Ansatz von Fraktionszwang oder ähnlichem geben kann“, mit dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip vereinbar. Im Übrigen hat der Antragsteller ausweislich des Protokolls der Durchführung einer geheimen Abstimmung nicht widersprochen.

Ein zur Rechtswidrigkeit des Beschlusses über den Fraktionsausschluss führender Verfah-

rensfehler kann schließlich auch nicht darin gesehen werden, dass der Antragsteller am 15.07.2009 nach seiner persönlichen Anhörung und der sich anschließenden Aussprache der Aufforderung gefolgt ist, während der Abstimmung den Raum zu verlassen, er somit an der geheimen Abstimmung nicht teilgenommen hat, obwohl er hierzu – wie vom Verwaltungsgericht unter Hinweis auf die Kommentierung von Wefelmeier (a.a.O., § 39b Rdnr. 44a) zutreffend ausgeführt – berechtigt gewesen wäre. Denn zum einen ist weder dem Sitzungsprotokoll zu entnehmen, noch wird vom Antragsteller behauptet oder gar glaubhaft gemacht, dass er gegen seinen erklärten Willen der Abstimmung ferngeblieben sei. Zum anderen hätte sich kein maßgeblich anderes Stimmergebnis ergeben, wenn der Antragsteller an der Abstimmung teilgenommen hätte. Bei dann insgesamt abgegebenen 9 Stimmen, davon 2 gegen den Ausschluss, hätten auch weiterhin die 6 Stimmen gegen den Verbleib des Antragstellers in der Fraktion den Ausschlag gegeben. Die – u.a. – für Fälle nicht ordnungsgemäßer Ladung eines Fraktionsmitgliedes vertretene zutreffende Auffassung, dass ein solcher Verfahrensmangel auch dann beachtlich ist, wenn die Stimme des nicht formgerecht informierten Fraktionsmitgliedes offenbar ohne Einfluss auf das Stimmergebnis gewesen wäre, führt insoweit zu keinem anderen Ergebnis. Denn dem liegt der Gedanke zugrunde, es sei nicht auszuschließen, dass die Teilnahme des nicht geladenen Mitglieds an der Debatte Einfluss auf die Entscheidung hätte haben können, weil seine Argumente evtl. auch andere Fraktionsmitglieder überzeugt hätten (vgl. Wefelmeier, a.a.O., § 39b Rdnr. 41; Meyer, a.a.O., S. 73). Hier hätte indes der Antragsteller vor der Abstimmung hinreichend Gelegenheit, den Fraktionskollegen die für seinen Verbleib in der Fraktion sprechenden Gründe darzulegen.

Der Beschluss der Antragsgegnerin über den Ausschluss des Antragstellers aus der Fraktion ist auch in materieller Hinsicht rechtmäßig; der für einen Fraktionsausschluss erforderliche „wichtige Grund“ hat entgegen

der Einschätzung des Verwaltungsgerichts vorgelegen.

Ein den Ausschluss eines Mitglieds rechtfertigender „wichtiger Grund“ ist gegeben, wenn zum Zeitpunkt der Beschlussfassung in der Fraktion Umstände vorliegen, die das Vertrauensverhältnis innerhalb der Fraktion nachhaltig und derart stören, dass den übrigen Fraktionsmitgliedern eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zugemutet werden kann (vgl. BbgVerfG, Beschl. v. 16.10.2003 – VfGBbg/4/03 – NVwZ-RR 2004, 161 = DÖV 2004, 205; OVG Saarlouis, Beschl. v. 29.09.1995 – 1 W 12/95 – NVwZ-RR 1996, 642; VG Braunschweig, Urt. v. 12.09.2007 – 1 A 37/07 – juris; Wefelmeier, a.a.O., § 39b Rdnr. 48). Beispielfolgendermaßen kommen in Betracht das Aufkündigen der Grundidentifikation mit dem politischen Programm, die nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses durch eine Abweichung in zentralen Fragen des politischen Konsens, grobe und ordnungswidrige Schädigungen der Fraktion, das Austragen von Auseinandersetzungen in der Presse und sonstigen Öffentlichkeit, das Erschweren der Gremienarbeit der Fraktion bis zur Ineffektivität oder ernste atmosphärische Störungen, die das Vertrauensverhältnis zwischen dem Betroffenen und den anderen Mitgliedern untergraben (vgl. Mayer, a.a.O., S. 76; Thiele, NGO, 8. Aufl. 2007, § 39b S. 129). Da der Ausschluss aus der Fraktion als ein Akt interner Selbstgestaltung und (kollektiver) politischer Verantwortung anzusehen ist, steht der Fraktion bei der Bewertung, ob das Verhalten eines Mitglieds einen den Ausschluss rechtfertigenden Grund darstellt, nach überwiegend vertretener Auffassung ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Das zur Ausschlussentscheidung führende Mitgliederverhalten wird sich häufig aus einer Vielzahl einzelner Vorgänge zusammensetzen, die auch in ihren personalen Anlässen und Auswirkungen unwägbar bleiben. Die autonome Gestaltung der innerfraktionellen Beziehungen, ihre zwischenmenschliche, gruppenspezifische und politische Dimension, steht einer vollständigen Kontrollierbarkeit entgegen. Die

gerichtliche Kontrolle ist darauf beschränkt, ob die Entscheidung auf ausreichender Beurteilungsgrundlage getroffen worden ist und der Fraktionsausschluss gegen gesetzliche Bestimmungen, Geschäftsordnungen, ungeschriebene Rechtsregeln, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bzw. das Willkürverbot verstößt (vgl. BbgVerfG, Beschl. v. 16.10.2003, a.a.O.; OVG Saarlouis, Beschl. v. 29.09.1995, a.a.O.; Schmidt-Jortzig/Hansen, Rechtsschutz gegen Fraktionsausschlüsse im Gemeinderat, NVwZ 1994, 116 [119]; Meyer, a.a.O., S. 76; a.A. Wefelmeier, a.a.O., § 39b Rdnr. 55).

Das Beschwerdevorbringen der Antragsgegnerin zeigt auf, dass die Voraussetzungen eines in vorstehendem Sinne wichtigen Grundes für den Ausschluss des Antragstellers aus der Fraktion hier vorgelegen haben. Denn der Antragsteller hat das für die Fortsetzung der engen politischen Zusammenarbeit in einer Fraktion erforderliche gegenseitige Vertrauensverhältnis derart gestört, dass der Antragsgegnerin eine weitere fraktionelle Zusammenarbeit mit ihm nicht mehr zugemutet werden kann.

Es mag sein, dass sich der Antragsteller selbst als „sozialdemokratisches Urgestein“ begreift und sein Parteiaustritt auch erfolgte, weil er die Bundespolitik der SPD nicht mehr mit seinem „sozialdemokratischen Gewissen“ vereinbaren kann. Darüber hinaus räumt er im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren selbst ein, „innerparteiliche Querelen“ hätten Anlass gegeben, die Parteiorganisation nicht mehr mit Parteibeiträgen zu unterstützen. Ausweislich des Protokolls bestehen diese „Querelen“ u.a. darin, dass die Antragsgegnerin sich ihm gegenüber nicht solidarisch verhalten, sondern ganz im Gegenteil sich von ihm in einer Presseerklärung ausdrücklich distanziert hat in einer Strafsache gegen seine Person wegen Beleidigung des Bürgereins X. Im Beschwerdeverfahren hat die Antragsgegnerin hierzu erläutert, dass von ihr missbilligte Fehlverhalten des Antragstellers bestehe darin, dass dieser die Arbeitsgruppe der Senioren des Bürger-

vereins in der Öffentlichkeit als „SS-Gruppe“ beschimpft habe. Es liegt auf der Hand, dass allein ein derartiger – vom Antragsteller nicht bestrittener – öffentlicher Auftritt zu einer irreversiblen Störung des Vertrauensverhältnisses innerhalb einer Fraktion führt.

Es kommt hinzu, dass zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin offensichtlich auch in zentralen Fragen der kommunalpolitischen Arbeit ein unüberbrückbarer Dissens besteht. Die Antragsgegnerin hat im Beschwerdeverfahren ihre Grundauffassung bekräftigt, dass in der Fraktion längerfristige Ziele der Partei für die Entwicklung der Gemeinde erörtert würden. Der Gegenstand dieser Arbeit sei nicht unpolitisch. Im Gegenteil seien auch und gerade auf kommunaler Ebene z.B. Jugend- und Seniorenfragen, die Entwicklung von Kindertagesstätten und Kinderhorten, die Entwicklung des Schulsystems, die Entwicklung der Siedlungsstruktur in Form von Bebauungsplänen sowie die Frage von Standorten großflächiger Einzelhandelsbetriebe politisch geprägt. Auch stehe bereits in absehbarer Zeit die nächste Kommunalwahl an. Die Fraktionsarbeit bedeute deshalb auch, aus der derzeitigen kommunalpolitischen Arbeit heraus mit dem Gebot notwendiger Vertraulichkeit Ziele für das künftige Kommunalwahlprogramm zu entwickeln. Der Antragsteller vertritt demgegenüber die Auffassung, im Kommunalwahlkampf spielten politische Wahlprogramme kaum eine Rolle. Übliche kommunale Wahlkampfaussagen und Versprechen an die Bürger stünden hier oft sogar im krassen Gegensatz zu programmatischen Festsetzungen in Wahlprogrammen, welche die Wahlgesetzgebung den Parteien abverlange, um überhaupt als Partei zugelassen zu werden. Es habe auch keinen Sinn, Wahlprogramme zum Anlass für eine kommunale Kandidatur zu nehmen, weil Kommunalpolitik die Umsetzung von bundespolitischen programmatischen Festschreibungen nur in den allerseltensten Fällen und dann auch nur im übertragenen Wirkungskreis ermöglichen. Diese Gegenposition des Antragstellers, deren Berechtigung der Senat nicht zu

überprüfen hat, macht hinreichend deutlich, dass der Antragsteller sich vom kommunalpolitischen Programm der Antragsgegnerin in zentralen Fragen der politischen Gemeinsamkeit losgesagt hat und auch dadurch das für die erfolgreiche Arbeit einer Fraktion unerlässliche Vertrauensverhältnis zwischen deren Mitgliedern nachhaltig stört.

Überdies durfte die Antragsgegnerin bei ihrer Mehrheitsentscheidung für den Ausschluss des Antragstellers aus der Fraktion auch berücksichtigen, dass dieser offenbar schon seit längerer Zeit die Arbeit der Fraktion in erheblichem Maße behindert hat. Die Antragsgegnerin hat dem Antragsteller insoweit in der Fraktionssitzung vorgehalten, die nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses sei auch durch 400 E-Mails seit dem Jahre 2008 belegt. Aus einer solch hohen Zahl von „Eingaben“ dürfte abzuleiten sein, dass sich die E-Mails in größerem Umfang auch als Schreiben verzichtbaren – wenn nicht gar querulatorischen – Inhaltes darstellten.

Der Fraktionsausschluss des Antragstellers genügt auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Hiernach muss er das letzte Mittel sein. Die Fraktion darf den Ausschluss eines Mitglieds grundsätzlich erst dann beschließen, wenn alle mildereren Maßnahmen versagt haben oder wegen der besonderen Umstände des Einzelfalles ausnahmsweise nicht in Betracht gezogen werden mussten (vgl. Beschl. d. Sen. v. 24.03.1993 – 10 M 338/93 – NVwZ 1994, 506 = DÖV 1993, 1101; Meyer, a.a.O., S. 77; Wefelmeier, a.a.O., § 39b Rdnr. 52; Schmidt-Jortzig/Hansen, a.a.O., S. 119 m.N.). Hier ist nicht ersichtlich, dass mildere Maßnahmen der Antragsgegnerin – etwa eine förmliche Rüge, eine Androhung des Ausschlusses oder eine zeitweilige Suspendierung der Mitgliedschaftsrechte – den Antragsteller von seiner Haltung bzw. seinem Verhalten hätte abbringen können. Die nach dem Austritt des Antragstellers aus der A-Partei getroffene Ausschlussentscheidung der Antragsgegnerin ist schließlich – entgegen der Auffassung des Antragstellers – nicht deshalb als willkürlich

anzusehen, weil der Antragsgegnerin auch 5 parteilose Mandatsträger angehören. Von Willkür könnte nur die Rede sein, wenn die Antragsgegnerin bei diesen trotz gleichen Fehlverhaltens nicht an einen Ausschluss denken würde. Dafür fehlt indes jeglicher Anhaltspunkt. Näher liegt vielmehr die Annahme, dass die Antragsgegnerin bei einem nicht der A-Partei angehörenden Fraktionsmitglied sogar früh ein Ausschlussverfahren eingeleitet hätte, wenn dieses in derselben Weise wie der Antragsteller das Ansehen der Fraktion öffentlich diskreditiert, sich von der gemeinsamen kommunalpolitischen Basis entfernt und die Arbeit in der Fraktion unnötig erschwert hätte.

Anmerkung:

Wie schon die VG Göttingen (Beschl. v. 16.12.2004, R&R 1/2005 S. 12) und Osnabrück (Beschl. v. 17.10.2006, R&R 6/2008 S. 13) stellt auch das OVG das Erfordernis heraus, dass die für die innere Ordnung einer Fraktion erforderlichen demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätze (§ 39b Abs. 2 Satz 2 NGO) ein rechtsstaatlich einwandfreies und faires Verfahren für den Ausschluss eines Mitglieds erfordern. Dazu zählt die Rechtsprechung für den Regelfall das Gebot, dass zu der Sitzung, in der der Ausschluss beschlossen werden soll, mit einer für eine gehörige Vorbereitung ausreichenden Frist schriftlich geladen wird, dass der Ausschluss als Punkt der Tagesordnung bezeichnet wird und die wesentlichen Ausschlussgründe beschrieben werden. Der Auszuschließende ist anzuhören, d.h. ihm ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu seinem Ausschluss zu geben, wobei genügt, dass die Gelegenheit dazu mündlich in der Sitzung besteht, also nicht Voraussetzung ist, dass Gelegenheit gegeben wird, die Stellungnahme schriftlich abzugeben; natürlich ist eine schriftliche Stellungnahme zu berücksichtigen, wenn sie vor dem Beschluss über den Ausschluss abgegeben wird. Über den Ausschluss wird offen abgestimmt, jedoch ist auch die geheime Abstimmung möglich, wie das OVG unter Hinweis auf die Parallelvorschrift des § 47 Abs. 2 NGO entschieden hat. Die Voraussetzungen dafür sind in der

Fraktionsgeschäftsordnung festzulegen; besteht eine solche nicht, muss ad hoc eine Mehrheitsentscheidung darüber getroffen werden, wie verfahren werden soll. Die Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt, dass bei fraktionsinternen Angelegenheiten wie einem Ausschluss ein Mitwirkungsverbot nicht besteht. Sie geht weiterhin davon aus, dass über die Verhandlung des Ausschlusses ein Sitzungsprotokoll erstellt wird, und verlangt, dass dem Ausgeschlossenen der Beschluss über seinen Ausschluss mit den wesentlichen Gründen schriftlich mitgeteilt wird.

Das VG Oldenburg als Vorinstanz hatte sich auf den Standpunkt gestellt, dass der Parteiaustritt zwar ein bedeutsames Indiz für das Vorliegen eines wichtigen Grundes für den Ausschluss des Ausgetretenen aus der Fraktion sei, dass es insoweit aber keinen Automatismus gebe, vielmehr in jedem Fall festgestellt werden müsse, ob die Vertrauensgrundlage als Basis der Fraktionsbildung nachhaltig gestört sei. Das OVG scheint auf demselben Standpunkt zu stehen, hält es doch die Vertrauensbasis, ohne auf den Austritt näher einzugehen, wegen einer Reihe von Aktivitäten des Ausgeschlossenen auch gegen die Fraktion für nachhaltig erschüttert. Dabei mag eine Rolle gespielt haben, dass im entschiedenen Fall der Fraktion auch mehrere parteilose Mitglieder angehören. Aber das OVG verweist auch deutlich darauf, dass die Ausschlussentscheidung nur unvollkommen kontrollierbar ist und sich die gerichtliche Kontrolle darauf beschränken muss, ob sie auf ausreichender Beurteilungsgrundlage getroffen worden ist und der Ausschluss gegen gesetzliche Bestimmungen, Geschäftsordnungen, ungeschriebene Rechtsregeln, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Willkürverbot verstößt. Im Regelfall wird Mitgliedern einer Ratsfraktion, die aus den Mitgliedern derselben Partei besteht, nicht zugemutet werden können, mit einem aus der Partei ausgetretenen Mitglied weiterhin zusammenzuarbeiten, nachdem sie durch die Ausschlussentscheidung ihre Überzeugung dokumentiert haben, dass das

dazu vorausgesetzte Vertrauensverhältnis nicht mehr gegeben ist.

(Robert Thiele)

Rathaus & Recht Nr. 21/2010

22. Rücktritt des Bürgermeisters

Im Zusammenhang mit der Katastrophe anlässlich der Love-Parade in Duisburg sind dem Oberbürgermeister der Stadt Versäumnisse vorgeworfen und ist er aufgefordert worden, dafür die Verantwortung zu übernehmen und zurückzutreten. Auch in Niedersachsen ist schon in Fällen tatsächlichen oder vermeintlichen Fehlverhaltens eines Bürgermeisters in der Öffentlichkeit der Ruf nach seinem Rücktritt laut geworden offenbar in der Vorstellung, dass ihm das möglich sei wie dem Bundespräsidenten, dem Bundeskanzler, einem Ministerpräsidenten oder anderen Mitgliedern der obersten Verfassungsorgane von Bund und Ländern. Ganz so unproblematisch wie in den anderen Fällen ist das im Falle eines Bürgermeisters nicht.

Begriff des Rücktritts

Unter Rücktritt versteht man die gewollte vorzeitige Aufgabe einer wahrgenommenen Funktion oder eines ausgeübten Amtes, die durch eine einseitige Willenserklärung des Funktions- oder Amtsinhabers, die Funktion oder das Amt aufzugeben oder darauf zu verzichten, bewirkt und mit deren Zugang bei dem zuständigen Adressaten wirksam wird. Der Rücktritt in diesem Sinne kommt nur in Betracht, wenn er im Gesetz ausdrücklich vorgesehen oder wenn nicht für den zulässigen vorzeitigen Verzicht auf die Funktion oder das Amt gesetzlich ein anderes Verfahren vorgeschrieben ist. Während für den Bundespräsidenten und den Bundeskanzler Regelungen über den Verzicht auf ihre Ämter nicht bestehen, er aber zulässig ist, bestimmt Art. 33 Abs. 1 der Niedersächsischen Verfassung, dass die Mitglieder der Landesregierung jederzeit zurücktreten können. Sie alle können also durch eine einfache Erklärung gegenüber dem Verfassungsor-

gan, das für ihre Berufung zuständig ist, auf ihre Ämter verzichten.

Bisweilen wird von Rücktritt aber auch dann gesprochen, wenn für das vorzeitige Ausscheiden aus dem Amt oder der Funktion gesetzlich die Entlassung vorgeschrieben ist und diese von dem Amts- oder Funktionsinhaber betrieben wird. So sehen z. B. § 9 Abs. 2 des Bundesministergesetzes (BMinG) und § 4 Satz 1 des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Parlamentarischen Staatssekretäre (ParlStG) vor, dass die Bundesminister und Parlamentarische Staatssekretäre jederzeit ihre Entlassung verlangen können, die mit der Aushändigung der Beendigungsurkunde wirksam wird (§ 10 BMinG, § 4 Satz 5 ParlStG). In Niedersachsen sind Bürgermeister nach § 61 Abs. 4 NGO Beamte auf Zeit, deren Beamtenverhältnis ohne Ernennung, d.h. ohne Aushändigung einer Urkunde, regelmäßig mit der Annahme der Wahl begründet wird. Auch sie können nach §§ 6, 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 des Beamtenstatusgesetzes (BeamtStG) ihre Entlassung verlangen, für die die Kommunalaufsichtsbehörde zuständig ist (§ 80 Abs. 5 NGO) und die regelmäßig mit Ablauf des nächsten Monats nach Zustellung der Entlassungsentscheidung wirksam wird (§ 32 Abs. 2 NBG).

Versorgungsrechtliche Folgen des Rücktritts und der Entlassung

Die Folgen der Entlassung von Beamten unterscheiden sich grundlegend von denen eines Rücktritts im Rechtssinne und einer Entlassung in den anderen Fällen. Der Bundespräsident erhält nach dem Ausscheiden aus seinem Amt aus politischen oder gesundheitlichen Gründen, also auch nach seinem Rücktritt, nach § 1 des Gesetzes über die Ruhebezüge des Bundespräsidenten (v. 17.06.1953, BGBl. I S. 406, zul.geänd.durch Gesetz v. 05.02.2009, BGBl. I S. 160) einen Ehrensold in Höhe der Amtsbezüge mit Ausnahme der Aufwandsfelder. Zurückgetretene Mitglieder der Landesregierung erhalten je nach Dauer der Zugehörigkeit ein Übergangsgeld in abnehmender Höhe für mindestens sechs Monate bis für höchstens zwei Jahre sowie

bei mindestens dreijähriger Zugehörigkeit ein Ruhegehalt, das mit der Dauer der Zugehörigkeit jährlich von 19,13 bis höchstens 71,75 v. H. des Amtsgehalts steigt, wobei der Anspruch darauf bei bis zu achtjähriger Zugehörigkeit bis zum 60. Lebensjahr ruht und die Ruhenszeit sich für jedes weitere Jahr der Zugehörigkeit um ein Jahr verkürzt bis frühestens zum 55. Lebensjahr (§§ 12, 13 MinG). Ganz ähnlich sind das Übergangsgeld und das Ruhegehalt für den zurückgetretenen Bundeskanzler und auf ihr Verlangen entlassene andere Mitglieder der Bundesregierung sowie Parlamentarische Staatssekretäre geregelt (§§ 14, 15 BMinG, § 6 ParlStG). Sie alle werden nur dann nach den Grundsätzen des Sozialgesetzbuchs Sechstes Buch (SGB VI) für die Dauer der Wahrnehmung ihrer Ämter und Funktionen in der gesetzlichen Rentenversicherung nachversichert, wenn sie die Voraussetzungen für den Erwerb eines Versorgungsanspruchs nicht erfüllen.

Ein Bürgermeister hat in Niedersachsen nach seiner Entlassung keinen Anspruch auf Leistungen seiner Gemeinde als seiner ehemaligen Dienstherrin (§ 32 Abs. 2 NBG), d.h. er verliert insbesondere seine Ansprüche auf ein Ruhegehalt. Das gilt auch dann, wenn er vor dem Amt des Bürgermeisters ein anderes Amt bei der Gemeinde oder einem anderen Dienstherrn innegehabt hat, weil er aus diesem regelmäßig kraft Gesetzes entlassen ist (§ 22 Abs. 2, 3 BeamStG, § 30 NBG) und damit keine Versorgungsansprüche erworben hat. Nur wenn er aus einem anderen Beamtenverhältnis auf Zeit schon einmal in den Ruhestand getreten ist, bleiben ihm die daraus erworbenen Ansprüche auf ein Ruhegehalt bei einer Entlassung aus dem aktuellen Amt erhalten, wie das bei einigen Gemeindegeldverwaltern der Fall ist, die zu Bürgermeistern gewählt worden sind und sich aus diesem Amt haben entlassen lassen; dabei gilt jedoch im Falle der Berufung in dasselbe Amt im Anschluss an die abgelaufenen Amtszeit für eine weitere Amtszeit, also bei der Wiederwahl, das Beamtenverhältnis als nicht unterbrochen (§ 7 Abs. 2 NBG, §§ 108 Abs. 1, 66 Abs. 4 des Beamtenversorgungsgesetzes

<BeamtVG>), d.h. nach Ablauf der vorangegangenen Amtszeit erfolgt in diesem Fall kein Eintritt in den Ruhestand. Entlassene Bürgermeister ohne Ruhegehalt erhalten, wenn auf eigenen Antrag entlassen, kein Übergangsgeld (§§ 108 Abs. 1, 47 BeamtVG) und werden regelmäßig nach §§ 8, 181 SGB VI durch die Gemeinde als ehemalige Dienstherrin bei der gesetzlichen Rentenversicherung, nicht dagegen auch in der Zusatzversorgung bei der Versicherungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) nachversichert. Bemessungsgrundlage für die Beiträge, die für die Rentenleistung maßgebend sind, ist das Arbeitsentgelt nur bis zur Höhe einer bestimmten Bemessungsgrenze mit der Folge, dass die Rente eines nachversicherten Beamten bei Weitem nicht ausreicht, die Aufrechterhaltung eines Lebensstandards wie bei einem Ruhegehalt zu gewährleisten.

„Politischer“ Abgang auch für Bürgermeister

Angesichts der dargestellten versorgungsrechtlichen Folgen ist verständlich, dass ein Bürgermeister sich schwer tut, die politische Verantwortung für ein Fehlverhalten seiner Verwaltung in der Weise zu übernehmen, dass er sich entlassen lässt. Dass der Beamte an der Spitze der Gemeindeverwaltung als Politiker betrachtet wird, der wie ein solcher durch einen Rücktritt politische Verantwortung übernehmen kann, ist Ergebnis der Einführung der sog. Eingleisigkeit verbunden mit der Direktwahl des Bürgermeisters durch die Gemeindebürger. Solange ein vom Rat gewählter Gemeindedirektor Verwaltungschef gewesen ist, sind Forderungen nach dessen Rücktritt bei einem Fehlverhalten der Verwaltung nicht laut geworden. Das lag auch daran, dass anders als der Bürgermeister der Gemeindedirektor gesetzlich (§ 61 Abs. 4 NGO a. F.) die für sein Amt erforderliche Eignung, Befähigung und Sachkunde besitzen musste und regelmäßig über die erforderliche Laufbahnbefähigung verfügte, die er oder ein anderer leitender Beamter vorweisen musste. Deshalb hat bei ihm die Eigenschaft als Beamter im Vordergrund gestanden. Der heutige Bürgermeister muss

ganz bewusst im Wesentlichen dieselben Wählbarkeitsvoraussetzungen wie jedes andere Ratsmitglied erfüllen und wird deshalb in Übereinstimmung mit den Intentionen des Gesetzgebers (s. R&R 1/2006 S. 18) wie diese vorrangig als Politiker wahrgenommen.

Bei dieser Sachlage erscheint es als angemessen, dem Bürgermeister wie den anderen Politikern die Möglichkeit einzuräumen, politische Verantwortung mit einem Akt zur Bewirkung seines Ausscheidens aus dem Amt zu übernehmen, das keine existenzbedrohende Folgen hat. Seine Abwahl nach § 61a NGO stellt zwar ein solches Ausscheiden dar: Nach §§ 86, 4 des Bundesbesoldungsgesetzes erhält er für den Monat, in dem die Abwahl wirksam geworden ist, sowie für die folgenden drei Monate seine vollen Bezüge weiter, anschließend nach §§ 108 Abs. 1, 66 Abs. 8 BeamtVG zunächst für fünf Jahre, aber nicht über die Dauer der Amtszeit hinaus, ein Ruhegehalt in Höhe von 71,75 v. H. seiner letzten Bezüge und danach die erdiente Versorgung, wenn er eine Dienstzeit von mindestens fünf Jahren abgeleistet hat (§§ 108 Abs. 1, 4 Abs. 1 BeamtVG). Diese Abwahl kann aber nicht als „Rücktritt“ angesehen werden, weil der Bürgermeister rechtlich nicht in der Lage ist, das dafür vorgesehene Verfahren in Gang zu setzen. Das kann nur der Rat durch einen Antrag und einen Beschluss, die jeweils einer Drei-Viertel-Mehrheit bedürfen. Ob diese Mehrheit zustande kommt, kann auch von politisch-taktischen Überlegungen abhängen, die den Absichten des Bürgermeisters, Verantwortung zu übernehmen, eher abträglich sein können. Deshalb erscheint es als sachgerecht, dem Bürgermeister ein eigenständiges Initiativrecht zur Einleitung des Verfahrens zu seiner Abwahl einzuräumen. Wie bei dem Beschluss des Rates würden dann die Bürger, die ihn gewählt haben, entscheiden können, ob der Bürgermeister noch ihr Vertrauen genießt oder ob er aus seinem Amt ausscheiden soll. Dadurch, dass er von seinem Initiativrecht Gebrauch macht und sich dem Vertrauensvotum der Bürgerschaft unterwirft, der gegenüber er politisch verantwortlich ist, dokumentiert der Bürger-

meister, dass er sich seiner Verantwortung stellt. Ergibt sich durch das Abwahlverfahren, dass das Vertrauen der Bevölkerung zu ihm fortbesteht, stehen auch sein Ansehen und das Fundament seiner Stellung an der Spitze der Gemeinde nicht länger in Frage. Angesichts dessen wäre es politisch, aber auch ökonomisch widersinnig, ihm stattdessen die Möglichkeit einzuräumen, in einen versorgungsrechtlich abgesicherten Ruhestand zurückzutreten. Die Einräumung eines Initiativrechts des Bürgermeisters zur Einleitung des Verfahrens zu seiner Abwahl erforderte eine relativ geringfügige Ergänzung der §§ 61a NGO und 45o NKWG.
(Robert Thiele)

Rathaus & Recht Nr. 22/2010

23. Neue Zuständigkeiten im Bestattungsrecht

Die Zuständigkeit für Ordnungswidrigkeiten nach dem Niedersächsischen Bestattungsgesetz (BestattG) ist durch die Verordnung über sachliche Zuständigkeiten für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten (ZustVO-OWi) vom 04.05.2010 (Nds. GVBl. S. 210) geändert worden.

Seit 19.05.2010 sind neben den Landkreisen und kreisfreien Städten (vgl. § 3 Nr. 2 ZustVO-OWi) die Gemeinden (vgl. § 6 Nr. 8 ZustVO-OWi) zuständig.

Die gemeindliche Zuständigkeit betrifft die in § 18 Abs. 1 Nr. 10 bis 17 BestattG aufgeführten Tatbestände, d.h. die allgemeine Bestattungspflicht und bei Fehlgeborenen, Ungeborenen und Leichenteilen die Pflicht zur Verbrennung (Nr. 10); alle Handlungen, die darauf gerichtet sind, die ordnungsgemäße Bestattung oder die Verbrennung, zu verhindern (Nr. 11); die Einhaltung der Mindestfrist von 48 Stunden vor der Bestattung (Nr. 12); die Vorgabe, dass die Bestattung nicht stattfindet, bevor die erforderlichen Unterlagen vorliegen (Nr. 13); den Sargzwang und den Friedhofszwang bei der Erdbestattung (Nr. 14); die Urnenbeisetzung, die spätestens vier Wochen nach der Einäscherung der Leiche erfolgen muss (Nr. 15); alle weiteren Vorgaben für die Beisetzung einer Urne (Nr. 16) sowie die Pflicht, vor der Ausgrabung oder Umbettung einer Leiche oder Urne während der Mindestruhezeit die Genehmigung der unteren Gesundheitsbehörde einzuholen (Nr. 17).

Dr. Thomas Horn)

Rathaus & Recht Nr. 23/2010

Impressum

Rathaus und Recht (vorgeschlagene Zitierweise: R&R)

Herausgeber: Niedersächsischer Städte- und Gemeindebund

Redaktion: Robert Thiele

Arnswaldtstr. 28, 30159 Hannover

Telefon: 0511/30285-0, FAX: 0511 /30285-830

E-Mail: nsgb@nsgb.de, Homepage: <http://www.nsgb.de>

Druck: DieUmweltDruckerei GmbH, Hannover

Erscheinungsweise: sechsmal jährlich

Nachdruck und Vervielfältigung, auch auszugsweise, nur mit schriftlicher Genehmigung des Herausgebers.