

Wiederkehrende Klausurprobleme aus dem Kommunalrecht

Von Dr. **Sebastian Schlingloff**, LL.M., Dortmund*

*Das Kommunalrecht zählt zu dem klassischen Pflichtfachstoff in den juristischen Staatsprüfungen. Oftmals hatten die Kandidatinnen und Kandidaten (speziell in der ersten juristischen Staatsprüfung) zuvor nur wenige Berührungspunkte mit der Materie, so dass dieses Rechtsgebiet zunächst eher „abstrakt“ wirkt. Das Kommunalrecht zeichnet sich in der Prüfung jedoch durch eine überschaubare Anzahl regelmäßig wiederkehrender Problemfelder aus, so dass eine fokussierte Beschäftigung mit diesen Problemkreisen die nötigen Kenntnisse vermitteln kann, um Sachverhalte in der Klausur in den korrekten Kontext der Prüfung einordnen zu können. Der vorliegende Beitrag greift solche regelmäßig geprüften Themen auf und erläutert, wo die typischen Probleme liegen, wo sie in der Klausur zu verorten sind und wie sie sachgerecht gelöst werden können. Wo landesspezifische Normen einschlägig sind, konzentriert sich der Beitrag auf die Regelungen in Nordrhein-Westfalen, wobei sich aber entsprechende Normen größtenteils auch in den anderen Bundesländern finden. Der größere Bereich der kommunalen Satzungen wird dabei bewusst ausgespart, da dieser in Kürze einen eigenen Beitrag in dieser Zeitschrift erhalten wird.**

I. Der Kommunalverfassungsstreit

Während Streitigkeiten zwischen Bürgern und der Gemeinde (z.B. hinsichtlich des Anspruchs auf Nutzung einer kommunalen Stadthalle) regelmäßig über die bekannten Klagearten der VwGO abgebildet werden, so sollte bei Klausursachverhalten, in denen lediglich Teile der Gemeinde untereinander streiten, der Kommunalverfassungsstreit (je nach Konstellation als allgemeine Leistungsklage gestützt auf § 43 Abs. 2 VwGO oder als Feststellungsklage gestützt auf § 43 VwGO) geprüft werden. Wenn die dem Sachverhalt zugrundeliegende Differenz allein zwischen Organen, Organvertretern oder Organteilen einer Gemeinde besteht bzw. gerichtlich ausgetragen wird, und ausschließlich Innenrechtspositionen im Streit stehen, wirkt sich dies bereits auf die Zulässigkeitsprüfung der Klage aus.

Ein Kommunalverfassungsstreit kann einerseits zwischen verschiedenen Organen der Gemeinde entstehen (z.B. zwischen dem Bürgermeister in seiner Eigenschaft als Hauptverwaltungsbeamter und dem Rat); dann liegt ein sog. Interorganstreit vor. Zum anderen kann ein Kommunalverfassungsstreit auch innerhalb eines Kollegialorgans im Verhältnis zwischen einzelnen Organteilen oder eines Organteils gegenüber dem Gesamtorgan vorliegen (z.B. zwischen dem Bürgermeister als Vorsitzenden des Rates und einem einzelnen Ratsmitglied oder zwischen Ratsmitgliedern untereinander); man spricht dann von einem sog. Intraorganstreit.¹

* Der Autor ist Städtischer Verwaltungsdirektor bei der Stadt Dortmund.

¹ Frenzen, in: Dietlein/Heusch (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.6.2022, GO NRW § 40 Rn. 23.

1. Statthafte Klageart: Klageart sui generis?

Auf der Ebene der Prüfung der statthafte Klageart sollte in einem solchen Fall zunächst kurz dargestellt werden, dass die Frage, wie der Kommunalverfassungsstreit rechtlich einzuordnen ist, lange Zeit umstritten war. Insbesondere wurde vertreten, dass es sich bei dem Kommunalverfassungsstreit um eine Klage eigener Art („sui generis“) handle. Dies wurde damit begründet, dass die in der VwGO vorgesehenen Klagearten sämtlich auf Außenrechtsstreitigkeiten ausgelegt seien und eine reine Innenrechtsstreitigkeit daher nicht abbilden würden.² Nach inzwischen ganz herrschender Ansicht lässt sich der Kommunalverfassungsstreit jedoch in das System der Klagearten der VwGO einordnen; einer Klageart sui generis bedarf es daher nicht.³

Zu beachten ist jedoch, dass die Entscheidungen kommunaler Organe im Innenrechtsverhältnis regelmäßig keine Verwaltungsakte i.S.d. § 35 VwVfG darstellen, da es an der Außenwirkung fehlt.⁴ Zudem ist in der Ausübung organ-schaftlicher Kompetenzen auch funktional nicht das Handeln einer Behörde zu erblicken.⁵ Vor diesem Hintergrund scheiden die Anfechtungsklage, die Verpflichtungsklage und die Fortsetzungsfeststellungsklage als statthafte Klagearten für den Kommunalverfassungsstreit aus. Es verbleiben damit typischerweise die allgemeine Leistungsklage und die Feststellungsklage als statthafte Klagearten.⁶ Die Leistungsklage ist im Rahmen des Kommunalverfassungsstreits dann einschlägig, wenn ein Organ(teil) zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen verpflichtet werden soll, welches nicht im Erlass eines Verwaltungsaktes besteht, sondern eine faktische Organhandlung darstellt.⁷ Da der Begriff des Rechtsverhältnisses in § 43 Abs. 1 VwGO nicht auf Außenrechtsverhältnisse beschränkt ist, kann auch die Feststellungsklage die statthafte Klageart sein, wenn die Beteiligten über den Bestand oder die Reichweite organschaftlicher Rechte und Pflichten streiten.⁸

² OVG NRW OVG 17, 261 (263); OVG NRW OVG 27, 258 (260).

³ Ogorek, JuS 2009, 511 (512 f.); Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 704; Ehlers, NVwZ 1990, 105 (106).

⁴ v. Alemann/Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Stand: 1.4.2022, § 35 Rn. 244; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 22. Aufl. 2021, § 35 Rn. 144.

⁵ Ogorek, JuS 2009, 511 (513); Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 705; Schoch, JuS 1987, 783 (788).

⁶ Otto, ZJS 2015, 381 (382 f.).

⁷ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 706.

⁸ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 27. Aufl. 2021, § 43 Rn. 10; Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 707.

2. Klagebefugnis: Die wehrfähige Innenrechtsposition

Bei der Prüfung eines Kommunalverfassungsstreits sollte bei dem Prüfungspunkt der Klagebefugnis besonderes Augenmerk auf die Frage gelegt werden, auf die Verletzung welcher subjektiv-öffentlichen Rechte sich die Klägerseite im Rahmen der Möglichkeitstheorie (§ 42 Abs. 2 VwGO analog) berufen kann. Zentral ist dabei zu beachten, dass das klagende Organ bzw. der klagende Organteil geltend machen muss, durch ein Handeln oder durch ein Unterlassen der Gegenseite in einem durch Gesetz oder Geschäftsordnung eingeräumten organschaftlichen Recht verletzt zu sein.⁹ Soweit die Gemeindeorgane oder -organteile in der Ausübung abgeleiteter Staatsgewalt handeln, ist darin im Grundsatz kein subjektives Recht zu erblicken, da diese Kompetenzen nicht im Eigeninteresse des Organs bzw. Organteils bestehen, sondern im Interesse der seitens durch sie vertretenen Körperschaft. Diese organschaftlichen Rechtspositionen können nur dann subjektiviert werden, wenn sie dem einzelnen Organ oder Organteil einen eigenen Anteil an der Entscheidungsgewalt übertragen, der auch gegen andere Organe oder Organteile verteidigt bzw. durchgesetzt werden kann.¹⁰ Es kommt dabei entscheidend auf die Frage an, ob dem aus Sicht der Klägerseite beeinträchtigten Recht ein Bedürfnis nach verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz zukommt und somit eine sogenannte „wehrfähige Innenrechtsposition“ vorliegt.¹¹ Häufig ist nur durch Auslegung der jeweils maßgeblichen kommunalverfassungsrechtlichen Norm zu ermitteln, ob und wenn ja welchem Organ oder Organteil ein wehrfähiges Innenrecht zu ihrer Geltendmachung zukommt.¹² In der Klausurbearbeitung dürften hier die verschiedenen Ausprägungen der Mitgliedschaftsrechte der Ratsmitglieder eine herausgehobene Rolle spielen, die sich aus dem Grundsatz des freien Mandats (§ 43 Abs. 1 GO NRW) ergeben und teilweise in der Geschäftsordnung des Rates näher ausgestaltet werden können (z.B. das Fragerecht nach § 47 Abs. 2 S. 2 GO NRW). Gerade diese Rechte sind regelmäßig Gegenstand des Kommunalverfassungsstreits.¹³ Es ist insofern genau herauszuarbeiten und darzustellen, auf welche konkrete Rechtsposition sich die Klägerseite bezieht und ob diese ihr ein subjektives Organrecht zur eigenen Wahrnehmung vermittelt.¹⁴

Nach wohl herrschender Auffassung kann sich ein Organ(teil) in diesem Zusammenhang im Grundsatz nicht auf Grundrechte berufen, da es als Funktionsträger nicht Grundrechte, sondern öffentlich-rechtliche Organbefugnisse wahrnimmt.¹⁵ Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn sich ein

Gemeinderatsmitglied z.B. durch eine Ordnungsmaßnahme in seinem Recht auf Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) beschränkt fühlt und die zugrundeliegende Aussage nur bei Gelegenheit der organschaftlichen Tätigkeit als privates Statement abgegeben hat.¹⁶

3. Klagegegner: Das Funktionsträgerprinzip

Im Rahmen der Bestimmung des richtigen Klagegegners sollte bei der Prüfung des Kommunalverfassungsstreits beachtet werden, dass das allgemeine Rechtsträgerprinzip des § 78 VwGO hier keine Wirkung entfaltet. Dies liegt in dem Umstand begründet, dass Gegenstand des Verfahrens gerade nicht eine Rechtsbeziehung zwischen dem Träger der Verwaltung und dem (außenstehenden) Bürger ist, sondern eine Rechtsbeziehung zwischen verschiedenen Organen bzw. Organteilen, die jeweils mit eigenen Rechten ausgestattet sind. Die Klage ist daher nicht gegen die Gebietskörperschaft (Stadt, Kreis etc.) zu richten, sondern gegen denjenigen Funktionsträger (z.B. den Gemeinderat), demgegenüber die in Streit stehende Innenrechtspositionen bestehen bzw. durchgesetzt werden soll. Man spricht insofern vom sogenannten „Funktionsträgerprinzip“.¹⁷

II. Zugang zu öffentlichen Einrichtungen

Der Zugang zu bzw. die Benutzung von öffentlichen Einrichtung stellt eine klassische Problematik in der kommunalrechtlichen Fallbearbeitung dar.¹⁸ Sie wird typischerweise nicht im Rahmen eines Kommunalverfassungsstreits thematisiert, sondern in der Konstellation, dass ein außenstehender Bürger bzw. eine außenstehende Organisation Zugang begehrt. Klassischerweise treten dabei Parteien als Antragstellende auf, da diese aufgrund ihrer Stellung gem. Art. 21 Abs. 1 GG besondere Problemfelder in der Prüfung (Gleichbehandlungsgrundsatz und das Problem der vermeintlich verfassungsfeindlichen Partei, vgl. II. 6. c) eröffnen. Da die Materie den Prüflingen bekannt sein dürfte, können Ungenauigkeiten in der Prüfungssituation hier deutliche Punktabzüge nach sich ziehen. Es bietet sich an, die folgenden Punkte zumindest gedanklich zu prüfen, um möglichst keine entscheidende Problematik zu übersehen.

1. Handelt es sich um eine öffentliche Einrichtung?

Eine öffentliche Einrichtung nach § 8 Abs. 1 GO NRW¹⁹ ist dann gegeben, wenn die Gemeinde mit der Einrichtung eine in ihren Wirkungskreis fallende Aufgabe erfüllt und demge-

⁹ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 709.

¹⁰ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 709; Dietlein, in: Dietlein/Heusch (Fn. 1), Rn. 175.

¹¹ R. P. Schenke, in: Kopp/Schenke (Fn. 8), § 42 Rn. 80.

¹² Heusch/Rosarius, NVwZ 2020, 1562 (1564); vgl. im Einzelnen die umfassenden Auflistungen bei Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 711 f. sowie bei Frenzen (Fn. 1), GO NRW § 43 Rn. 9.1.

¹³ Frenzen (Fn. 1), GO NRW § 43 Rn. 9.

¹⁴ Erbguth/Mann/Schubert, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2020, Rn. 185.

¹⁵ Ausführlich zu diesem Problemkreis: Ogorek, JuS 2009, 511 (515); Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 709; Dietlein/Hellermann,

Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 8. Aufl. 2021, § 2 Rn. 168.

¹⁶ Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Kommentar, Stand: Februar 2022, § 42 Rn. 101.

¹⁷ Otto, ZJS 2015, 381 (383); W.-R. Schenke (Fn. 8), § 78 Rn. 2; Ogorek, JuS 2009, 511 (516); Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 713; Dietlein (Fn. 10), Rn. 176.

¹⁸ Vgl. Rennert, JuS 2008, 211.

¹⁹ Die der GO NRW entsprechenden Gesetze der anderen Bundesländer haben jeweils entsprechende Regelungen, vgl. die Aufzählung bei Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 930.

mäß die Einrichtung den Gemeindeeinwohnern zur Verfügung stellt. Notwendig ist dafür, dass die Kommune personelle und sachliche Mittel zusammenfasst, um die Einrichtung für bestimmte öffentliche Zwecke zu unterhalten. Ob es sich um eine körperliche Einrichtung (z.B. eine Veranstaltungshalle) oder eine virtuelle Einrichtung (z.B. eine Internetdomain²⁰) handelt, ist dabei irrelevant. Dabei ist es auch unerheblich, ob die Kommune damit einer gesetzlichen Verpflichtung nachkommt oder freiwillig handelt.²¹

2. Liegt eine Widmung vor?

Es muss zudem eine ausdrückliche oder konkludente Widmung zur bestimmungsgemäßen Nutzung durch die Einwohner der Kommune oder einen festgelegten Personenkreis vorliegen. Die Widmung drückt (als öffentlich-rechtliche Willenserklärung) den Willen der Gemeinde aus, dass die Einrichtung der Nutzung durch alle Einwohner zu einem bestimmten öffentlichen Zweck offen steht.²² Reine Verwaltungseinrichtungen, die nur für die Nutzung durch die Kommunalverwaltung bestimmt sind (z.B. interne Bibliotheken und Druckereien), dienen nicht der Nutzung durch die Öffentlichkeit und unterfallen daher nicht einer entsprechenden Widmung.²³ Neben der Nutzung werden häufig auch Nutzungsbedingungen formuliert, die im Rahmen des Anspruchs auf Zulassung zu der öffentlichen Einrichtung Relevanz haben können (vgl. II. 6. a). In der Prüfungssituation sollte darauf geachtet werden, dass der Widmungszweck nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent festgelegt werden kann: Wenn z.B. eine öffentliche Einrichtung der Gemeinde in der Vergangenheit regelmäßig für Parteiveranstaltungen genutzt worden ist, so kann sich hieraus mittels einer konkludent herbeigeführten Widmung ergeben, dass auch bislang nicht beachtete Parteien einen grundsätzlichen Anspruch auf Zulassung zu diesem Zweck haben.²⁴

Zu beachten ist in einem solchen Fall auch das Parteienprivileg und der damit verbundene Anspruch auf Gleichbehandlung (§ 5 Abs. 1 S. 1 ParteiG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1, 21 GG)²⁵: Das Parteienprivileg findet seine Grundlage in Art. 21 Abs. 1 S. 1, 2 GG. Danach bringen die Parteien den Willen des Volkes in staatliche Entscheidungsprozesse ein. Dies kann aber nur dann gelingen, wenn der Staat weder ihre Gründung noch ihre programmatische Ausrichtung beeinflusst. Als Ausprägung dieses Gedankens garantieren Art. 21 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG die Chancengleichheit der politischen Parteien: Der Staat ist danach verpflichtet, die politischen Parteien im Grundsatz gleich zu behandeln und sich insbesondere bei der Vergabe staatlicher Leistungen wie z.B. des Zugangs zu öffentlichen

Einrichtungen neutral zu verhalten.²⁶ In der Entscheidung über die Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung kann sich daher nicht darauf zurückgezogen werden, dass die antragstellende Partei bloß unliebsame politische Standpunkte vertritt.

Ein klausurrelevantes Problem kann auch darin bestehen, dass es sich bei dem Antragsteller um eine politische Organisation handelt, die sich aber noch nicht zu einer Partei verdichtet hat (z.B. die PEGIDA-Bewegung). Fraglich ist dann, ob solche Vereinigungen sich bereits auf das Parteienprivileg berufen können. Dies ist im Grundsatz abzulehnen, da Art. 21 GG nur von Parteien spricht. Aufgrund der Tatsache, dass ein trennscharfer Übergang hin zur politischen Partei in manchen Fällen nicht möglich ist, sollte in Zweifelsfragen der Wortlaut des § 2 Abs. 1 ParteiG herangezogen werden. Der Sachverhalt in der Prüfung wird regelmäßig deutliche Anhaltspunkte für die Frage bieten, ob es sich bei dem zu prüfenden Zusammenschluss (schon) um eine Partei handelt.²⁷

3. Welche Organisationsform wurde gewählt?

Der Kommune steht ein Formenwahlrecht zu, welches sich aus ihrer Organisationshoheit (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG) ableitet. Es sind verschiedenste Formen der Organisation einer öffentlichen Einrichtung denkbar (z.B. GmbH und AG als Privatrechtsformen, Regiebetrieb und Eigenbetrieb als öffentlich-rechtliche Formen).²⁸ Für die grundlegende Definition als öffentliche Einrichtung ist diese Frage nicht entscheidend, jedoch ergeben sich aus dieser rechtlichen Weichenstellung Folgeprobleme im Rahmen des Zulassungsanspruchs (vgl. II. 6. e).

4. Wer ist anspruchsberechtigt?

Im Grundsatz eröffnet § 8 Abs. 2 GO NRW den Anspruch auf Zulassung lediglich für Einwohner der Gemeinde gem. § 21 Abs. 1 GO NRW. Dieser Anspruch wird nach § 8 Abs. 3 GO NRW auf Grundbesitzer und Gewerbetreibende, die nicht in der Gemeinde wohnen, ausgeweitet. Gem. § 8 Abs. 4 GO NRW gilt der Anspruch für juristische Personen und Personenvereinigungen entsprechend. Ein gängiges Problem in kommunalrechtlichen Fallkonstellationen ist dabei der Ortsverein einer politischen Partei: Diese sind regelmäßig als e.V. organisiert und im Gemeindegebiet ansässig, so dass der Anspruch des § 8 Abs. 2 GO NRW auch auf sie anwendbar ist.²⁹

5. Besteht ein Anspruch auf Schaffung einer kommunalen Einrichtung?

Hinsichtlich der Entscheidung, welche öffentlichen Einrichtungen geschaffen werden, ist im Grundsatz zwischen gesetzlichen Pflichtaufgaben (z.B. Errichtung von Schulen gem. § 78 Abs. 4 SchulG NRW) und freiwilligen Aufgaben zu unterscheiden. Bei gesetzlichen Pflichtaufgaben hat die Kommune

²⁰ Milker/Schuster, NVwZ 2021, 377; OVG NRW, Beschl. v. 19.5.2015 – 15 A 86/14 = BeckRS 2015, 46869.

²¹ Peters, in: Dietlein/Heusch (Fn. 1), GO NRW § 8 Rn. 7.

²² Peters (Fn. 21), GO NRW § 8 Rn. 8; Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 921.

²³ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 923.

²⁴ Dietlein/Hellermann (Fn. 15), § 2 Rn. 251; Peters (Fn. 21), GO NRW § 8 Rn. 38; Köster, KommJur 2007, 244 (245 f.).

²⁵ Köster, KommJur 2007, 244 (246 f.).

²⁶ Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2019, 763 (764).

²⁷ Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2019, 763 (764).

²⁸ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 924 f.

²⁹ VG Münster, Beschl. v. 23.7.2020 – 1 L 598/20 = BeckRS 2020, 18438.

regelmäßig kein Ermessen hinsichtlich der Errichtung der jeweiligen Einrichtung.³⁰ Bei der freiwilligen Errichtung öffentlicher Einrichtungen hat die Kommune ihr pflichtgemäßes Ermessen auszuüben, welches sich an der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und der Erforderlichkeit der öffentlichen Einrichtung zu orientieren hat.³¹ Dem einzelnen Einwohner vermittelt § 8 GO NRW jedoch grundsätzlich keinen einklagbaren Anspruch auf die Errichtung einer bestimmten öffentlichen Einrichtung.³² Ausnahmsweise kann ein solcher Leistungsanspruch nur dann angenommen werden, wenn er auf eine zum Schutz von Grundrechten unbedingt erforderliche Maßnahme beschränkt ist.³³

6. Besteht ein Anspruch auf die begehrte Zulassung bzw. Nutzung?

Die Frage, ob ein Anspruch auf die begehrte Zulassung/Nutzung besteht, ist regelmäßig der Schwerpunkt einer entsprechenden Prüfung. Hier haben sich einige Fallgruppen herausgebildet, deren grundsätzliche Problemmuster in teilweise abgewandelter Form oft auftauchen. Es ist daher angezeigt, sich mit den Grundproblemen vertraut zu machen, um in der Prüfungssituation auf bekannte Strukturen zurückgreifen zu können.

a) Überschreitung von Widmungszweck bzw. geltendem Recht

Die Frage, ob einem Einwohner ein Anspruch auf Zulassung zu bzw. Nutzung der öffentlichen Einrichtung zusteht, wird regelmäßig durch den Widmungszweck begrenzt. Geht die beabsichtigte Nutzung über den Widmungszweck hinaus, kann ein Zulassungsanspruch im Grundsatz nicht begründet werden.³⁴ Eine weitere Begrenzung erfährt der grundsätzliche Anspruch durch die vorausgesetzte Nutzung „im Rahmen des geltende[n] Rechts“. Dies schließt sowohl eine rechtswidrige Nutzung als auch eine Nutzung aus, die gegen die für die öffentliche Einrichtung geltenden Nutzungsbedingungen verstößt (auch diese Nutzungsbedingungen sind, soweit rechtmäßig zustande gekommen, „geltendes Recht“).³⁵

b) Kapazitätserschöpfung

Eine natürliche Grenze des Zulassungsanspruchs stellt die Kapazität der Einrichtung dar (z.B. können in einer Veranstaltungshalle nicht zwei Veranstaltungen gleichzeitig stattfinden und auf einem städtischen Jahrmarkt gibt es eine begrenzte Anzahl an Stellplätzen). Ist die Kapazität erschöpft, wandelt sich der Zulassungsanspruch des Anspruchsberechtigten in einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung

seitens der Kommune.³⁶ Die Kommune darf grundsätzlich selbst darüber entscheiden, nach welchen Maßstäben sie ihre öffentlichen Einrichtungen belegt: Es ist ihr unbenommen, z.B. auf den rein zeitlichen Eingang des Antrags abzustellen (sogenanntes Prioritätsprinzip)³⁷, auf ein Lossystem zurückzugreifen,³⁸ den Grundsatz „bekannt und bewährt“ anzuwenden oder auf die Attraktivität für die Besucher (z.B. bei einem Volksfest) abzustellen. Insbesondere bei den beiden letzten Kriterien ist zu beachten, dass es eine typische Klausurproblematik darstellt, dass die Kommune ausschließlich eines dieser Kriterien anwendet und damit die Möglichkeit für neue Bewerber (z.B. um einen Stellplatz bei einem städtischen Jahrmarkt) dauerhaft ausschließt. Dies ist jedoch nach ständiger Rechtsprechung nicht zulässig.³⁹ Wenn der Maßstab „bekannt und bewährt“ als einziges Kriterium herangezogen wird, besteht die Gefahr, dass die Auswahlentscheidung zu einem System führt, das Neu- oder Wiederholungsbewerbern, die bislang nicht auf dem Markt vertreten waren, weder im Jahr der Antragstellung noch in einem erkennbaren zeitlichen Turnus eine Zulassungschance einräumt.⁴⁰ Die Attraktivität z.B. eines Fahrgeschäfts auf einem Jahrmarkt ist nur schwer objektiv abzubilden. Zudem kann es durchaus dem Veranstaltungszweck entsprechen, auch ältere oder weniger vielseitige Fahrgeschäfte zuzulassen. Insofern kann dieses Auswahlkriterium als Gesichtspunkt in einer Gesamtwürdigung dienen, als einziges Kriterium ist es aber ungeeignet.⁴¹

c) Antrag einer „verfassungsfeindlichen“ Partei

Ein Standardproblem in Fallgestaltungen wird dadurch eröffnet, dass eine politische Partei Zugang zu der öffentlichen Einrichtung begehrt und die kommunalen Entscheidungsträger die Partei für „verfassungsfeindlich“ und damit „rechtswidrig“ erachten. Für die Frage, ob mit dieser Konstellation der „Rahmen des geltenden Rechts“ durch die Partei überschritten ist, ist auf Art. 21 Abs. 4 GG abzustellen, nach dem (nur) das BVerfG die ausschließliche Entscheidungskompetenz für die Frage der Verfassungswidrigkeit einer Partei innehat. Für Vereine kann entsprechend auf § 3 VereinsG abgestellt werden. Eine entsprechende Entscheidungskompetenz kommt der Gemeinde daher nicht zu. Es verstößt zudem gegen das in § 5 Abs. 1 S. 1 PartG einfachrechtlich sowie in Art. 21 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich fundierte parteirechtliche Gleichbehandlungsgebot, wenn gemeindliche öffentliche Einrichtungen nur den im Stadtrat vertretenen Parteien zur Durchführung von Parteiveranstal-

³⁰ Peters (Fn. 21), GO NRW § 8 Rn. 13; Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 926.

³¹ Peters (Fn. 21), GO NRW § 8 Rn. 11; Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 926; OVG NRW, Urt. v. 26.10.2010 – 15 A 440/08 = BeckRS 2010, 55163.

³² Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 927.

³³ OVG NRW, Beschl. v. 14.12.2017 – 15 E 831/17 = BeckRS 2017, 141873.

³⁴ Peters (Fn. 21), GO NRW § 8 Rn. 25.

³⁵ Peters (Fn. 21), GO NRW § 8 Rn. 26 ff.

³⁶ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 938.

³⁷ VGH Mannheim, Beschl. v. 16.10.2014 – 1 S 1855/14 = BeckRS 2014, 57510.

³⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 16.6.2005 – 7 LC 201/03 = BeckRS 2005, 28367; OVG NRW, Beschl. v. 15.5.2017 – 4 A 1504/15 = BeckRS 2017, 110992.

³⁹ BVerwG, Beschl. v. 24.6.2011 – 8 B 31/11 = BeckRS 2011, 52577.

⁴⁰ OVG Lüneburg NJW 2003, 531 (532).

⁴¹ BVerwG NVwZ-RR 2006, 786.

tungen überlassen werden.⁴² Auch das Argument, dass der gute Ruf der Gemeinde durch Veranstaltungen von „verfassungsfeindlichen“ Parteien beschädigt werden könnte, vermag eine Verweigerung der Zulassung nicht zu rechtfertigen.⁴³ Um eine ablehnende Entscheidung auf derartige Erwägungen stützen zu können, müsste das BVerfG zuvor ein Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 und Abs. 4 GG ausgesprochen haben, welchem die Prüfung der Verfassungswidrigkeit der Partei vorausgegangen ist. Ein solches Verbot stellt „die schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde dar“.⁴⁴ Es muss festgestellt worden sein, dass der jeweiligen Partei eine verfassungswidrige Zielsetzung zuzurechnen ist, die z.B. in der Beeinträchtigung oder Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder in der Gefährdung des Bestandes der Bundesrepublik Deutschland liegen kann.⁴⁵ Die besondere Bedeutung der Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei wird auch in dem Umstand deutlich, dass das BVerfG die Entscheidung nur mit einer $\frac{2}{3}$ -Mehrheit der Mitglieder des *Senats* treffen kann (§§ 15 Abs. 4, 13 Nr. 2 BVerfGG).

d) Befürchtete Proteste/Gegendemonstrationen

In den verschiedenen Prüfungskonstellationen taucht regelmäßig der Fall auf, dass die betroffene Gemeinde die Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung verweigern möchte, weil sie Proteste oder Gegendemonstrationen befürchtet. Diese Variante liegt typischerweise dann vor, wenn eine rechtspopulistische Partei oder Organisation z.B. eine kommunale Veranstaltungshalle für eine Informationsveranstaltung oder eine Parteiveranstaltung nutzen möchte. Bei solchen Fallgestaltungen ist zu beachten, dass eventuelle Ausschreitungen bei befürchteten oder angemeldeten Gegendemonstrationen per se nicht die Versagung der Zulassung rechtfertigen. Dies würde ansonsten die Ausübung der (politischen) Meinungsäußerung im Rahmen einer solchen Veranstaltung in unzulässiger Weise von dem Verhalten der Gegendemonstranten abhängig machen. Grundsätzlich ist es Aufgabe der Polizei- und Ordnungsbehörden, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass es anlässlich derartiger Veranstaltungen nicht zu Übergriffen durch Dritte kommt. Die Versagung der Zulassung zur öffentlichen Einrichtung kann nur dann zulässig sein, wenn es keine anderen Möglichkeiten zur Beseitigung der bevorstehenden Gefahr gibt; insbesondere dann, wenn trotz eines eventuellen Verbots der Gegenveranstaltung Ausschreitungen mit hinreichender Sicherheit zu erwarten und nicht mehr polizeirechtlich kontrollierbar sind.⁴⁶ In der Prüfung sollten daher alle im Sachverhalt aufgeworfenen Argumente herangezogen und gewertet werden. Allzu pauschale Aussagen der Kommune hinsichtlich der Furcht vor Protesten

⁴² Heusch/Dickten, NVwZ 2019, 359 (363).

⁴³ Köster, KommJur 2007, 244 (247).

⁴⁴ BVerfG NJW 2017, 611 (613).

⁴⁵ Kluth, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Stand: 15.5.2022, Art. 21 Rn. 206.

⁴⁶ Vgl. zu diesem Problem insgesamt Köster, KommJur 2007, 244 (247).

dürften jedoch nicht dazu führen, dass die Zulassung zur öffentlichen Einrichtung versagt werden kann.

In diesem Zusammenhang kann auch die Frage aufkommen, ob der veranstaltenden Partei mittels der ordnungsrechtlichen Figur des Zweckveranlassers die Unterlassung der Veranstaltung aufgegeben werden kann. Diese Figur kann jedoch aufgrund des o.g. Parteienprivilegs nicht auf politische Parteien angewendet werden.⁴⁷

e) Führung der Einrichtung in privatrechtlicher Form

Ein spezieller Sonderfall liegt vor, wenn die öffentliche Einrichtung in einer privatisierten Form geführt wird (vgl. II. 3.). Ein Anspruch gegen die Kommune selbst geht dabei ins Leere, weil sie nicht selbst in der Lage ist, den begehrten Zugang unmittelbar zu genehmigen.⁴⁸ Der Anspruch wandelt sich dann in einen sogenannten „Verschaffungsanspruch“ oder „Einwirkungsanspruch“ gegenüber der Kommune, der darauf gerichtet ist, dass diese ihre organschaftlichen Rechte gegenüber dem verselbständigten Träger der öffentlichen Einrichtung ausübt und so auf die Zulassung zu der Einrichtung hinwirkt.⁴⁹ Da der Anspruch auf die rein faktische Einwirkung der Gemeinde auf die Gesellschaft und nicht auf den Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet ist, ist die korrekte Klageart hier die allgemeine Leistungsklage.⁵⁰

III. Rechtliche Probleme hinsichtlich der Ratssitzungen

Abläufe in den Ratssitzungen und die sich daraus ergebenden rechtlichen Probleme sind ebenfalls eine Standardproblematik in kommunalrechtlichen Prüfungsfällen. Im Rahmen der Bearbeitung dieser Thematik sollte immer bedacht werden, dass die Mitglieder des Rates als gewählte Vertreter des Volkes auf kommunaler Ebene eine herausgehobene Stellung innehaben. Der in § 41 Abs. 1 GO NRW niedergelegte Grundsatz des freien Mandats lehnt sich insofern an die Regelungen für Bundes- bzw. Landtagsabgeordnete (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 30 Abs. 2 Landesverfassung NRW) an.⁵¹ Beschränkende Maßnahmen gegenüber den Ratsmitgliedern müssen sich daher an dieser Stellung messen lassen.

1. Ordnung in den Sitzungen und Ausübung des Hausrechts

Die zentrale Norm hinsichtlich der Ordnungsgewalt und der Ausübung des Hausrechts innerhalb von Ratssitzungen stellt § 51 Abs. 1 GO NRW dar, welcher die Ausübung dieser Rechte dem Bürgermeister überträgt.

a) Die Ordnung in den Sitzungen

Der Begriff der „Ordnung“ ist in diesem Zusammenhang nicht mit dem aus dem Polizei- und Ordnungsrecht bekannten Begriff der „öffentlichen Ordnung“ zu verwechseln, sondern

⁴⁷ VGH Kassel NJW 1993, 2331 (2332); Hoffmann-Riem, NVwZ 2002, 257 (263 f.).

⁴⁸ Peters (Fn. 21), GO NRW § 8 Rn. 35 ff.

⁴⁹ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 934; Dietlein/Hellermann (Fn. 15), § 2 Rn. 277.

⁵⁰ Erbguth/Mann/Schubert (Fn. 14), Rn. 265.

⁵¹ Frenzen (Fn. 1), GO NRW § 43 Rn. 5.

umfasst (nur) die Vorschriften der GO NRW, der kommunalen Satzungen, der kommunalen Geschäftsordnungen und den Gesamtbestand der innerorganisatorischen Verhaltensregelungen, die einen ungestörten und reibungslosen Geschäftsablauf der Ratssitzungen sicherstellen sollen.⁵² Die Ordnungsgewalt des Bürgermeisters in den Sitzungen erstreckt sich daher zentral auf die Ratsmitglieder bzw. deren Verhaltensweisen. Ein zentrales Element der Ordnung in den Sitzungen ist dabei das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme, welches dazu dient, die Mitwirkungsinteressen der Ratsmitglieder untereinander auszugleichen.⁵³ Um dieses Gebot für das einzelne Ratsmitglied faktisch auch fruchtbar zu machen, korrespondiert damit ein sogenannter „innerorganisatorischer Störungsbeseitigungsanspruch“, welcher für das einzelne Ratsmitglied eine wehrfähige Innenrechtsposition (siehe I. 2.) darstellt und so auch gegenüber dem Bürgermeister geltend gemacht werden kann.⁵⁴ In der kommunalrechtlichen Prüfung wird die Frage, ob eine Ordnungsmaßnahme des Bürgermeisters gegenüber einem Ratsmitglied rechtmäßig war, regelmäßig im Rahmen eines Kommunalverfassungsverstreits⁵⁵ im Wege einer Feststellungsklage zu thematisieren sein. Wenn ein Ratsmitglied dagegen seinen innerorganisatorischen Störungsbeseitigungsanspruch geltend macht und erwirken möchte, dass ein anderes Ratsmitglied z.B. ein unerwünschtes Verhalten unterlässt, so wird im Rahmen eines Kommunalverfassungsverstreits die allgemeine Leistungsklage zu thematisieren sein.

aa) Einzelne Problemfelder

Einen klassischen Problemfall stellt das Rauchen in den Ratssitzungen dar. Abgesehen von dem Umstand, dass ein solches Verhalten heute nicht mehr denkbar ist, entschied das OVG NRW bereits im Jahr 1982, dass Nichtraucher einen entsprechenden Störungsbeseitigungsanspruch innehaben, da das Rauchen schon damals dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme widersprach.⁵⁶

Die Grundkonstellation, dass ein Ratsmitglied durch sein Verhalten andere Ratsmitglieder stört oder in deren Konzentration beeinträchtigt, lässt sich auch in aktuelle Klausurprobleme (wie z.B. lautes Telefonieren oder das Ansehen von YouTube-Videos mit Ton während der Ratssitzungen⁵⁷) übertragen. Allen Varianten ist gemeinsam, dass letztlich eine Gegenüberstellung der widerstreitenden Interessen zu erfolgen hat. Das OVG NRW hat diesbezüglich festgestellt, dass auch mit einer nur geringfügigen, vorübergehenden und nur subjektiv spürbaren Belästigung eines einzelnen Ratsmitgliedes ein für den Funktionsablauf des Rates nachteiliges Nachlassen des Leistungsvermögens wie z.B. durch verminderte Aufmerksamkeit oder Aufnahmefähigkeit, verbunden sein

kann.⁵⁸ Demgegenüber ist zu fragen, ob das als störend empfundene Verhalten (Rauchen, Telefonieren) für das jeweilige Ratsmitglied in der konkreten Situation zwingend notwendig ist und nicht z.B. auf Sitzungspausen verschoben werden kann.⁵⁹

Ein weiteres klausurrelevantes Problem ist das Verhalten von Ratsmitgliedern, welches ersichtlich provozierende oder diffamierende Ziele verfolgt. So ist es denkbar, dass Ratsmitglieder ihr Rederecht dazu nutzen, um andere Ratsmitglieder anzugreifen. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass Äußerungen innerhalb des Rates stets auch den Hintergrund der politischen Auseinandersetzung aufweisen und daher in eine Gesamtwürdigung eingebettet werden müssen. So dürfte die Bezeichnung „Klüngelkandidat“ innerhalb einer politischen Auseinandersetzung bezüglich eines Stellenbesetzungsverfahrens noch tolerierbar sein.⁶⁰

Auch das Zur-Schau-Stellen (provokanter) politischer Statements innerhalb der Ratssitzungen bedarf stets einer Gesamtabwägung. So ist das Verwenden von Plakaten oder auffälligen Aufklebern „von nicht unerheblicher Größe“ potentiell geeignet, die Ordnung der Sitzung zu stören; das Verwenden dezenter Anstecknadeln oder Buttons hingegen dürfte im Grundsatz keine Störung darstellen.⁶¹

Ein aktuelles und prüfungsgeeignetes Problem ergibt sich dann, wenn Ratsmitglieder gegen Rechtsgrundlagen verstoßen, die im Rahmen der derzeitigen Corona-Pandemie die Teilnahme an Ratssitzungen von bestimmten Umständen, wie z.B. dem Merkmal 3G, abhängig machen. So hat das OVG NRW jüngst entschieden, dass es Ratsmitgliedern vor dem Hintergrund der damals geltenden CoronaSchVO NRW grundsätzlich zuzumuten ist, das Merkmal 3G nachzuweisen, um an einer Ratssitzung teilzunehmen. Es hat dabei den Gesundheitsschutz der übrigen Ratsmitglieder und der anwesenden Besucher mit dem Recht zur freien Ausübung des Mandats abgewogen⁶²: Hierbei wurde unter anderem erwogen, dass es sich bei einer verpflichtenden Testung des einzelnen Ratsmitglieds zwar um eine gewisse Beeinträchtigung der organchaftlichen Stellung handele, diese aber nur von kurzer Dauer sei und (bei einem Abstrich im vorderen Nasenraum) nur geringfügig in die körperliche Unversehrtheit und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingreife. Dabei müsse jedoch beachtet werden, dass dem Ratsmitglied keine zusätzlichen Kosten entstehen dürfen und im Zweifelsfall (bei dem Wegfall kostenloser Bürgertestungen) Vorkehrungen seitens der Kommune zu treffen sind, die eine kostenlose Testung ermöglichen.⁶³

⁵⁸ OVG NRW NVwZ 1983, 485 (487).

⁵⁹ OVG NRW NVwZ 1983, 485 (487).

⁶⁰ OVG NRW Beschl. v. 16.5.2013 – 15 A 785/12 = BeckRS 2013, 51162.

⁶¹ BVerwG NVwZ 1988, 837; Dietlein/Hellermann (Fn. 15), § 2 Rn. 168; Rohde (Fn. 53), GO NRW § 51 Rn. 14; Wagner, in: Kleebaum/Palmen (Hrsg.), Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 3. Aufl. 2017, S. 754 f.

⁶² OVG NRW NVwZ 2022, 91 (95).

⁶³ OVG NRW NVwZ 2022, 91 (95 f.).

⁵² Dietlein/Hellermann (Fn. 15), § 2 Rn. 167.

⁵³ Rohde, in: Dietlein/Heusch (Fn. 1), GO NRW § 51 Rn. 12; Dietlein/Hellermann (Fn. 15), § 2 Rn. 168.

⁵⁴ Dietlein/Hellermann (Fn. 15), § 2 Rn. 168.

⁵⁵ Heusch, NWVBl. 2016, 353 (358).

⁵⁶ OVG NRW NVwZ 1983, 485.

⁵⁷ Vgl. Plückhahn/Faber, Praxis der Kommunalverwaltung NRW, Stand: September 2020, GO NRW § 51 Ziffer 3.3.

bb) Durchsetzung der Ordnung

Hinsichtlich der Durchsetzung der Ordnung in den Sitzungen stehen dem Bürgermeister verschiedene Instrumente zur Verfügung, die in § 51 GO NRW jedoch nur unvollständig abgebildet werden.⁶⁴ Im Regelfall sind in den jeweiligen kommunalen Ratsgeschäftsordnungen Regelungen über die verschiedenen Sanktionsmöglichkeiten (z.B. Rüge, Aufforderung zur Sache zu debattieren, Ordnungsruf, Wortentziehung, Sitzungsunterbrechung, Sitzungsabbruch⁶⁵) enthalten. Wenn in der Prüfung Auszüge der entsprechenden Geschäftsordnung abgedruckt sind und die Rechtmäßigkeit einer Ordnungsmaßnahme in Rede steht, so sollte darauf geachtet werden, dass die entsprechenden Maßnahmen in einer abgestuften Art und Weise angewendet werden müssen: Um die Rechtmäßigkeit einer Ordnungsmaßnahme zu begründen, müssen zuvor mildere Mittel (sprich: weniger eingriffsintensive Maßnahmen) gegebenenfalls auch wiederholt ergriffen worden sein. Es gilt insofern der bekannte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁶⁶ Insbesondere bei der Anwendung von Ordnungsmaßnahmen in Bezug auf einen Redebeitrag sind größte Zurückhaltung und eine saubere Abwägung geboten: Auch hier gilt, dass die politische Auseinandersetzung teilweise schärfere Argumentationen und Formulierungen rechtfertigen kann. Die Ordnungsgewalt des Bürgermeisters darf insoweit kein Instrument zur Ausschließung bestimmter inhaltlicher Positionen aus der Debatte darstellen. Die Ratsordnung wird durch das Redeerecht regelmäßig erst dann verletzt, wenn es nicht mehr um die inhaltliche Auseinandersetzung geht, sondern die bloße Provokation, die Herabwürdigung Anderer oder die Verletzung von Rechtsgütern Dritter im Vordergrund steht.⁶⁷

b) Die Ausübung des Hausrechts

Die ebenfalls in § 51 Abs. 1 GO NRW geregelte Ausübung des Hausrechts bietet in der Fallbearbeitung mehrere vermeidbare Fallstricke.

aa) Abgrenzung zur Ordnung in den Sitzungen

Zum einen sollte beachtet werden, dass die Handhabung der Ordnung in den Ratssitzungen und die Ausübung des Hausrechts in den Ratssitzungen keine deckungsgleichen Maßnahmen darstellen. Die Ausübung der Ordnung richtet sich (wie oben dargestellt) gegen Ratsmitglieder; die Ausübung des Hausrechts richtet sich dagegen gegen Zuschauer oder sonstige Dritte.⁶⁸ Neben der sauberen sprachlichen Differenzie-

rung zwischen diesen Maßnahmen sollte auch darauf geachtet werden, dass Hausverbote daher regelmäßig Verwaltungsakte darstellen und entsprechend z.B. mit der Anfechtungs- oder Fortsetzungsfeststellungsklage (und gerade nicht im Rahmen des Kommunalverfassungsstreits) angegriffen werden können.⁶⁹

bb) Abgrenzung zum allgemeinen Hausrecht

Weiterhin sollte sauber zwischen dem in § 51 Abs. 1 GO NRW genannten Hausrecht in den Ratssitzungen und dem allgemeinen Hausrecht (z.B. hinsichtlich der Nutzung von Dienstgebäuden) unterschieden werden. Im Gegensatz zu dem Hausrecht in den Ratssitzungen hat das allgemeine Hausrecht keine rechtliche Grundlage in den verschiedenen Gemeindeordnungen der Länder erfahren und ist in seiner Herleitung und seiner rechtlichen Einordnung seit jeher umstritten. Teilweise wird angenommen, dass sich das allgemeine Hausrecht im Grundsatz auf die Organisationsbefugnis des Bürgermeisters stützt.⁷⁰ Dies wird damit begründet, dass das Hausrecht und die damit einhergehende Befugnis zum Erlass von Hausverboten ein notwendiger und zudem gewohnheitsrechtlich anerkannter Annex der Sachkompetenz des Bürgermeisters seien, für die ordnungsgemäße Erfüllung der ihm übertragenen Verwaltungsaufgaben zu sorgen.⁷¹ Teilweise wird demgegenüber auch von einem verwaltungsprivatrechtlich verfassten Hausrecht an öffentlichen Sachen aus §§ 1004, 903 BGB ausgegangen. Diese Ansicht stützt sich zentral darauf, dass Gegenstände/Gebäude im Verwaltungsgebrauch der verwaltungsinternen Aufgabenerfüllung gewidmet sind und es dem Bürger an sachenrechtlichen Gebrauchsrechten an diesen Gegenständen fehle. Insofern könnten zur Abwehr von Verletzungen des räumlichen Bereichs nur die aus dem Eigentum folgenden privatrechtlichen Abwehrrechte eingreifen.⁷² Eine eindeutig herrschende Meinung liegt in diesem Bereich nicht vor; da es in der Prüfungssituation jedoch nicht darauf ankommen dürfte, sich für eine der beiden Ansichten zu entscheiden (zumal sie regelmäßig zu den gleichen Ergebnissen kommen dürften), bietet es sich an, die verschiedenen Meinungen darzustellen, den Streit aber letztlich offen zu lassen.

2. Mitwirkungsverbote der Ratsmitglieder

Insbesondere bei der Frage, ob ein Ratsbeschluss mit der notwendigen Mehrheit i.S.d. § 50 GO NRW gefasst worden ist, kann sich in Prüfungssituationen die Problematik stellen, ob einzelne Ratsmitglieder gegebenenfalls ein Beratungs- und Entscheidungsverbot trifft. Für Mitglieder des Gemeinderates gelten dabei über den Verweis in § 43 Abs. 2 GO NRW im Grundsatz die Ausschließungsgründe des § 31 GO NRW. Wenn diese Norm in der Prüfung einschlägig sein sollte, bietet es sich an, die folgenden Hinweise zu klausurrelevanten Sachverhalten zu beachten:

⁶⁴ Rohde (Fn. 53), GO NRW § 51 Rn. 18.

⁶⁵ Rohde (Fn. 53), GO NRW § 51 Rn. 15; Wellmann, in: Rehn u.a., Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar, Januar 2022, § 51 S. 3.

⁶⁶ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 631; Heusch, NWVBl. 2016, 353 (355 f.); Wagner (Fn. 61), S. 755.

⁶⁷ OVG Münster NVwZ-RR 2018, 318; VG Gelsenkirchen, Ur. v. 7.4.2020 – 15 K 2442/19 = BeckRS 2020, 9711; Rohde (Fn. 53), GO NRW § 51 Rn. 20; Wellmann (Fn. 65), § 51 S. 4.

⁶⁸ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 633; Rohde (Fn. 53), GO NRW § 51 Rn. 16; Heusch, NWVBl. 2016, 353 (357); Wagner (Fn. 61), S. 756.

⁶⁹ Wagner (Fn. 61), S. 756.

⁷⁰ Wagner (Fn. 61), S. 758; Klenke, NWVBl. 2006, 84 (87).

⁷¹ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 634.

⁷² Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 634.

Das Merkmal der Unmittelbarkeit (§ 31 Abs. 1 GO NRW) setzt eine direkte Kausalität zwischen der zu treffenden Entscheidung und dem daraus resultierenden Vor- oder Nachteil voraus. Die noch notwendigerweise vorzunehmende Ausführung der Entscheidung durch den Bürgermeister berührt die Kausalität dabei nicht, sondern stellt lediglich einen formalen Akt dar, der durch die Ratsentscheidung bereits vorgegeben ist.⁷³

Wer „Angehöriger“ i.S.d. § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GO NRW ist, definiert § 31 Abs. 5 GO NRW. Es sollte dabei beachtet werden, dass der Begriff der Angehörigen sich im Grundsatz an § 20 Abs. 5 VwVfG orientiert, aber z.B. Verlobte und geschiedene Ehegatten ebenso wie Pflegekinder und Pflegeeltern von der Regelung der GO NRW nicht erfasst werden.⁷⁴

Ein Rechtsanwalt, der gelegentlich ein Unternehmen berät oder vertritt, ist durch diese Tätigkeit nicht bei dem Unternehmen „gegen Entgelt beschäftigt“ i.S.d. § 31 Abs. 2 Nr. 1 GO NRW, da Selbstständige und Angehörige freier Berufe nicht unter diese Norm fallen.⁷⁵ Rechtsanwälte können jedoch unter den Ausschlussgrund des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NRW fallen, wenn sie im Rahmen einer Vollmacht eine Person, die aus der Entscheidung des Rates einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil herleiten kann, in dieser konkreten Angelegenheit bereits im Vorfeld vertreten haben.⁷⁶

IV. Wirtschaftliche Betätigung einer Kommune

Regelmäßig wird in kommunalrechtlichen Klausuren die Frage aufgeworfen, inwieweit eine geplante wirtschaftliche Betätigung einer Kommune zulässig ist. Ganz grundsätzlicher Anknüpfungspunkt für diese Thematik ist der Art. 28 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 78 der Landesverfassung NRW, nach dem die Gemeinden die Befugnis innehaben, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft anzunehmen. In diesem Problemkreis sollten die §§ 107, 107a GO NRW in den Blick genommen werden. Bei Klausurfragen aus diesem Bereich sind insbesondere die Angaben im Sachverhalt ausführlich zu werten, da diese regelmäßig deutliche Hinweise für die rechtliche Wertung bieten.

1. Grundsätzliche Prüfungsreihenfolge

Im Rahmen der Fallbearbeitung sollte zunächst geprüft werden, ob im Grundsatz überhaupt eine wirtschaftliche Betätigung vorliegt. § 107 Abs. 1 S. 3 GO NRW liefert diesbezüglich eine Legaldefinition für den Begriff der wirtschaftlichen Betätigung. Sodann sollte geprüft werden, ob eine in § 107 Abs. 2 GO NRW benannte Ausnahme (sogenannter Negativkatalog) greift, was der grundsätzlichen Qualifizierung als wirtschaftliche Tätigkeit entgegensteht. Bei einer Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes sollten zudem die Abs. 3 und 4 beachtet werden. Der Schwerpunkt der Prüfung wird

regelmäßig in der Frage liegen, ob eine wirtschaftliche Betätigung i.R.d. § 107 Abs. 1 S. 1 GO NRW zulässig ist. Dabei sollten die einzelnen dort genannten Voraussetzungen sauber voneinander getrennt dargestellt werden.

2. Negativkatalog des § 107 Abs. 2 GO NRW

Der Katalog des § 107 Abs. 2 GO NRW dürfte aufgrund seiner sehr ausdifferenzierten Darstellungsweise in der Fallbearbeitung grundsätzlich wenig Probleme bereiten. Fraglich könnte im Einzelfall sein, zu welchen Einrichtungen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist (§ 107 Abs. 2 Nr. 1 GO NRW). Hierzu gehören insbesondere die Feuerwehren (§ 3 BHKH NRW).⁷⁷

3. Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 S. 1 GO NRW

Die in § 107 Abs. 1 S. 1 GO NRW genannten Voraussetzungen gelten kumulativ. Generell werden in dem zugrunde liegenden Sachverhalt deutliche Hinweise enthalten sein, die die Lösung der einzelnen Prüfungspunkte ermöglichen werden. Hier ist daher eine saubere und eng am Sachverhalt orientierte Vorgehensweise zu empfehlen.

a) Voraussetzung des öffentlichen Zwecks

Die wirtschaftliche Betätigung der Kommune ist an den öffentlichen Zweck gebunden, um zu verdeutlichen, dass auch sie sich am Gemeinwohl und an dem Interesse der Einwohner der Kommune zu orientieren hat.⁷⁸ Ein öffentlicher Zweck in diesem Sinne ist jeder im Aufgabenbereich der Kommune wurzelnde Gemeinwohlbelang, also jede gemeinwohlorientierte, im öffentlichen Interesse der Einwohner liegende Zielsetzung, was insbesondere die Wahrnehmung einer sozial-, gemeinwohl- und damit einwohner-nützigen Aufgabe umfasst.⁷⁹ Da der Begriff des öffentlichen Zwecks weit gefasst ist und auch über den Rahmen der Daseinsvorsorge hinausgeht, dürften in der Fallbearbeitung hier regelmäßig kurze Ausführungen mit Bezug auf die Angaben im Sachverhalt genügen. Entscheidend für die Argumentation dürfte sein, dass ein Bezug zu den Einwohnern der Gemeinde zu erkennen ist und ein Ziel verfolgt wird, welches den Einwohnern zugutekommt.

b) Angemessenes Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde

Mit der Schaffung wirtschaftlicher Unternehmen darf die handelnde Gemeinde ihre eigenen personellen, finanziellen und sachlichen Kräfte nicht übersteigen.⁸⁰ Es kommt insofern insbesondere darauf an, ob das Unternehmen seitens der Gemeinde erfolgreich steuerbar ist, ob der finanzielle Aufwand tragbar ist und (damit einhergehend) ob die Risiken, die mit der wirtschaftlichen Betätigung verbunden sind, für den Haus-

⁷³ Smith, in: Kleebaum/Palmen (Fn. 61), S. 434; Dietlein (Fn. 10), GO NRW § 31 Rn. 32.

⁷⁴ Dietlein (Fn. 10), GO NRW § 31 Rn. 52.

⁷⁵ Smith (Fn. 73), S. 441; Dietlein (Fn. 10), GO NRW § 31 Rn. 18.

⁷⁶ Smith (Fn. 73), S. 441; VG Koblenz NVwZ-RR 2006, 717.

⁷⁷ Flühöh, in: Kleebaum/Palmen (Fn. 61), S. 1303; Wellmann (Fn. 65), § 107 Rn. 104.

⁷⁸ Flühöh (Fn. 77), S. 1288.

⁷⁹ OVG NRW NVwZ 2008, 1031 (1035); Wellmann (Fn. 65), § 107 Rn. 62.

⁸⁰ Flühöh (Fn. 77), S. 1296.

halt der Kommune tragfähig sind.⁸¹ In der Fallbearbeitung wird entweder der Hinweis enthalten sein, dass dieses Merkmal vorliegt oder es werden Zahlen hinsichtlich der personellen, finanziellen und sachlichen Aufwands angegeben werden, die es möglich machen, das Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde zu beurteilen.

c) Vergleich mit anderen Unternehmern

Ein wirtschaftliches Handeln der Gemeinde ist nur dann zulässig, wenn der öffentliche Zweck nicht durch andere Unternehmen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann. Im Rahmen der Prüfung dieser sogenannten Subsidiaritätsklausel ist eine umfassende Abwägung mit den Angaben im Sachverhalt vorzunehmen. Regelmäßig werden sich dort Erwägungen finden, die von privaten Unternehmen vorgebracht werden und die verdeutlichen sollen, warum sie die in Rede stehende Aufgabe besser und wirtschaftlicher erfüllen können als die betroffene Kommune. Unter dem unbestimmten Rechtsbegriff „besser“ können im Einzelfall Faktoren wie die Güte der Leistung oder des Produkts, der Aspekt der Nachhaltigkeit und auch ökologische Gesichtspunkte gefasst werden. Je wichtiger eine durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigte Leistung für die Bürger ist, desto größer ist auch das Bedürfnis der Bürger nach einem krisenfesten, stetigen und möglichst ungestörten Angebot zu sozial gerechtfertigten Bedingungen. Da hierfür eine gewisse Kontinuität und Stabilität der Aufgabenerfüllung notwendig ist, kann dies dazu führen, dass ein Privater den öffentlichen Zweck nicht „ebenso gut“ verwirklichen kann wie die Gemeinde. Denn der Private steht im Regelfall stärker unter betriebswirtschaftlichem Erfolgszwang als die Gemeinde, was das Risiko erhöht, dass er seinen Betrieb aufgrund wechselnder Marktsituationen einschränken oder einstellen muss.⁸² In der Fallbearbeitung können hier Hinweise wie die wirtschaftliche Stärke des privaten Unternehmens, seine bisherige Etablierung am Markt, seine Erfahrung mit der in Rede stehenden Leistung und sein Zugriff auf z.B. nachhaltige Produktionsmethoden Anhaltspunkte für das Ergebnis der anzustellenden Abwägung geben.

d) Problematik der Annexstätigkeit

Ein beliebtes Problem im Zusammenhang mit Fallgestaltungen der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen ist die Frage nach der sogenannten Annexstätigkeit. Es geht dabei zentral um die Frage, ob eine Tätigkeit, die für sich genommen keinen öffentlichen Zweck darstellt, trotzdem zulässig sein kann, wenn sie einen anderen zulässigen öffentlichen (Haupt-)Zweck dienen soll. Soweit in der (Neben-)Tätigkeit eine im Vergleich zum (Haupt-)Zweck zulässige Tätigkeit gesehen wird, ist sie als Annexstätigkeit ebenfalls von dem öffentlichen Zweck umfasst.⁸³ In diesem Fall ist der öffentliche Zweck der Annexstätigkeit nicht separat zu prüfen, sondern die Einordnung als wirtschaftlich oder unwirtschaftlich wird allein

aufgrund der Haupttätigkeit vorgenommen.⁸⁴ So kann die Vermietung eines räumlich integrierten Fitness-Studios dem Hauptzweck der wirtschaftlichen Bewirtschaftung eines Parkhauses dienen.⁸⁵ Der Verkauf von Kfz-Kennzeichen in den Diensträumen der Zulassungsstelle durch die Gemeinde kann eine Hilfstätigkeit zum hoheitlichen Handeln darstellen, wobei die Gemeinde dem Kunden die Wahl lassen muss, die Schilder auch bei einem privaten Anbieter zu erwerben und auf etwaige private Bezugsquellen in geeigneter Weise hinweisen muss.⁸⁶ Auch das Vermieten von Räumlichkeiten der Gemeinde an Schilderpräger kann durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein, den Bürgern die Beschaffung amtlicher Kfz-Kennzeichen zu erleichtern.⁸⁷ Der Betrieb einer Saunaaanlage in einem kommunalen Frei- und Hallenbad kann ebenfalls eine Annexstätigkeit darstellen, da diese als untergeordneter Hilfsbetrieb dem öffentlichen Zweck der Daseinsvorsorge dient.⁸⁸

V. Grenzen der Äußerungen eines Bürgermeisters im politischen Meinungskampf

Die Grenzen der rechtlichen Äußerungsmöglichkeiten des Behördenleiters sind mit dem Urteil des BVerwG aus dem Jahr 2017⁸⁹ prominent aufgegriffen worden. Die grundsätzliche Frage nach der Möglichkeit eines Bürgermeisters, durch Äußerungen bzw. Stellungnahmen Einfluss auf den politischen Meinungskampf zu nehmen, bietet sich für verschiedene Klausurkonstellationen an.

1. Die Entscheidung des BVerwG

Das Urteil des BVerwG vom 13.9.2017 (10 C 6.16) beschäftigte sich mit den Inhalten und Grenzen politischer Äußerungen von Hauptverwaltungsbeamten. Gegenstand der Entscheidung war der Aufruf des Düsseldorfer Oberbürgermeisters an die Bürger und Geschäftsleute, die Beleuchtung ihrer Gebäude anlässlich einer Kundgebung der sogenannten DÜGIDA-Bewegung auszustellen; auch die Beleuchtung an städtischen Gebäuden wurde abgeschaltet. Er führte bei dem Aufruf unter anderem aus, dass „Düsseldorf kein Platz für das Schüren dumper Ängste und Ressentiments ist“ und rief die Bürger zudem zu einer Gegendemonstration auf.

Das BVerwG arbeitete zunächst heraus, dass Hauptverwaltungsbeamte befugt sind, sich im Rahmen ihres Aufgabebereichs zu Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft öffentlich zu äußern und dass sich die Äußerungen des Düsseldorfer Oberbürgermeisters hier noch im Rahmen dieser Aufgabenzuweisung hielten. Seine (grund-)gesetzliche Verankerung findet dies im Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. Die Kommune hat danach unter anderem die Befugnis, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft anzunehmen. Dies

⁸¹ Bätge, KommJur 2020, 265.

⁸² RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803).

⁸³ Kaster, in: Dietlein/Heusch (Fn. 1), GO NRW § 107 Rn. 30 f.; Wellmann (Fn. 65), § 107 Rn. 49 ff.

⁸⁴ Bätge, KommJur 2020, 321 (323).

⁸⁵ VG Düsseldorf, Beschl. v. 20.5.2003 – 1 L 542/03 = BeckRS 2003, 151766 Rn. 17 ff.

⁸⁶ BGH NJW 1974, 1333.

⁸⁷ OVG NRW NVwZ-RR 2005, 198.

⁸⁸ OVG NRW NVwZ 1986, 1045 (1046).

⁸⁹ BVerwG NVwZ 2018, 433.

kann auch ohne eine weitere gesetzliche Kompetenzzuweisung an die Kommune geschehen. Voraussetzung ist jedoch, dass die Angelegenheit keinem anderen Träger öffentlicher Gewalt überantwortet ist (darauf verweist schon der Wortlaut „im Rahmen der Gesetze“).⁹⁰ Da dem Oberbürgermeister als Stadtoberhaupt eine kommunikative Äußerungsbefugnis zukommt, die sich auch auf die Beteiligung am politischen Diskurs erstreckt, sind die von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gesteckten Grenzen durch die oben genannte Aussage zunächst eingehalten.

Das BVerwG stellte klar, dass in den Aussagen des Oberbürgermeisters auch keine Verletzung des Neutralitätsgebots zu sehen ist. Dieses Gebot folgt aus dem Recht auf Chancengleichheit der politischen Parteien (Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG) und gilt zwar auch für die kommunale Ebene, es handelte sich bei der DÜGIDA-Bewegung aber nicht um eine politische Partei und noch nicht mal um eine Gruppierung im Vorfeld der Parteiengründung. Vor diesem Hintergrund kann in den Äußerungen des Oberbürgermeisters auch keine Verletzung des Neutralitätsgebotes gesehen werden, da schon Art. 21 GG auf die Bewegung nicht anwendbar ist.⁹¹

Auch kommunalrechtliche Amtsträger unterfallen jedoch dem Rechtsstaatsprinzip (in den Ausprägungen des Willkürverbots und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) und dem Demokratieprinzip (in der Ausprägung des Willensbildungsprozesses im demokratischen Gemeinwesen). Der Willensbildungsprozess muss ich daher vom Volk zu den Staatsorganen hin und nicht umgekehrt vollziehen,⁹² so dass ein Amtsträger in Wahrnehmung seiner hoheitlichen Funktion nicht lenkend oder steuernd auf den politischen Meinungsbildungsprozess der Bevölkerung einwirken darf. In seiner Funktion als Amtsträger ist dem Oberbürgermeister auch ein Rückgriff auf die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Var. 1 GG verwehrt.⁹³ Dieser Umstand wird auch mit dem „Konfusionsargument“ umschrieben: Es ist allgemein anerkannt, dass ein Hoheitsträger nicht gleichzeitig Träger und Adressat eines Grundrechts sein kann und sich daher auch im Zusammenhang mit Meinungsäußerungen nicht auf die Kommunikationsgrundrechte berufen darf.⁹⁴ Solange die Vertreter anderer politischer Meinungen die Grenze strafrechtlich relevanter Äußerungen nicht überschreiten, ist eine Ausgrenzung oder Diskreditierung dieser Meinungen durch Amtsträger ausgeschlossen. Das BVerwG fasste die hier gegenständlichen Prinzipien unter dem Begriff des Sachlichkeitsgebotes zusammen.

Die in der Gesamtschau beider Maßnahmen (Aufruf an die Bürger, das Licht zu löschen sowie das Löschen des Lichts in städtischen Gebäuden) zum Ausdruck gebrachte Missbilligung der mit der Versammlung der Klägerin verfolgten politischen Ziele verletzte vor diesem Hintergrund das Sachlichkeitsgebote.

⁹⁰ *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 45), Art. 28 Rn. 43 ff.

⁹¹ Kritisch hierzu *Spitzlei*, JuS 2018, 856 (859) m.w.N.

⁹² Vgl. auch BVerfG NVwZ 2015, 209 (211).

⁹³ *Schemmer*, in Epping/Hillgruber (Fn. 45), Art. 5 Rn. 3.

⁹⁴ *Harding*, NJW 2019, 1910 (1911).

Der Aufruf zur Gegendemonstration verfolgte einerseits das Ziel, die Versammlung der Klägerin in ihrer Wirkung zu schwächen und andererseits die Gegendemonstration zu stärken. Er griff daher unzulässig in den Wettstreit der politischen Meinungen ein und verletzte ebenfalls das Sachlichkeitsgebote.

2. Klausurbearbeitung

Die Problematik der Grenzen der Äußerungsmöglichkeit von Bürgermeistern kann vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Entscheidung des BVerwG und auch anderer Entscheidungen in jüngerer Zeit⁹⁵ in unterschiedlichen Konstellationen in die kommunalrechtliche Klausur einbezogen werden. Einerseits kann die Problematik im Wege eines Antrags nach § 123 VwGO abgefragt werden, wenn es z.B. darum geht, dass der Anmelder der Versammlung begehrt, dass entsprechende Aufrufe des Oberbürgermeisters von der städtischen Homepage zu entfernen sind. Weiterhin ist die Einkleidung in einen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch denkbar, wenn ein Widerruf der getätigten Äußerungen des Oberbürgermeisters begehrt wird.⁹⁶

Die oben dargestellte Entscheidung des BVerwG sollte bei dem Problemkreis zwar Richtschnur sein, es ist jedoch darauf zu achten, nicht den voreiligen Schluss zu ziehen, das Ergebnis der Entscheidung „blind“ auf alle möglichen Sachverhalte anzuwenden. Die für die Fallbearbeitung entscheidenden Punkte sind im Folgenden dargestellt:

a) Hat der Oberbürgermeister in amtlicher Funktion oder als „Privatperson“ gehandelt?

Wenn sich der Amtsträger bei seiner Äußerung als Privatperson äußert, so kann die getätigte Äußerung gegebenenfalls unter die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG fallen.⁹⁷ Etwas anderes ergibt sich dann, wenn sich der Amtsträger gerade nicht als Privatperson äußert. Die konkrete Abgrenzung kann in der Fallbearbeitung schwierig sein. Es bietet sich dabei an, zu hinterfragen, ob der Amtsträger ausdrücklich in amtlicher Funktion auftritt,⁹⁸ ob er sich kommunaler Ressourcen (Amtsblätter, Homepage der Gemeinde, offizielle Mail-Adresse des Bürgermeisters, Nutzung von Amtsräumen für ein Interview) bedient oder sich der amtliche Charakter aus dem Gesamtzusammenhang der Äußerungen ergibt.⁹⁹ Der Sachverhalt wird dazu in aller Regel deutliche Hinweise enthalten.

⁹⁵ VG Göttingen, Beschl. v. 29.8.2018 – 1 B 462/18 = BeckRS 2018, 22505; VG Gera KommJur 2011, 138.

⁹⁶ *Spitzlei*, JuS 2018, 856 (860).

⁹⁷ *Kalscheuer*, KommJur 2018, 121 (122).

⁹⁸ Die bloße Verwendung der Amtsbezeichnung soll dabei aber noch nicht automatisch dazu führen, dass ein Handeln in amtlicher Funktion vorliegt: *Oebbecke*, NVwZ 2007, 30 (31); *Kalscheuer*, KommJur 2018, 121 (123); VGH Kassel NVwZ 2006, 610 (611).

⁹⁹ *Oebbecke*, NVwZ 2007, 30 (31); *Kalscheuer*, KommJur 2018, 121 (123).

b) *Handelt es sich um Kritik an einer politischen Partei oder an einer anderen Vereinigung?*

Falls es sich um Kritik an einer politischen Partei handelt, könnte bereits das Neutralitätsgebot verletzt sein. Der Missbrauch von amtlichen Positionen zum Meinungskampf gegen unliebsame Parteien dürfte regelmäßig unzulässig sein.¹⁰⁰ Bei anderen Vereinigungen dürfte dies zu verneinen und sodann das Sachlichkeitsgebot als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als „zweite Schranke“ zu prüfen sein.¹⁰¹

c) *Versucht der Oberbürgermeister Einfluss auf die politische Meinungsbildung zu nehmen?*

In dem Fall, in dem der Bürgermeister Einfluss auf die politische Meinungsbildung nehmen möchte, ist eine mögliche Verletzung des Sachlichkeitsgebotes zu prüfen. In diesem Zusammenhang ist zu thematisieren, ob die Äußerungen ein gewisses Maß überschreiten. Das BVerwG selbst nimmt eine Verletzung des Sachlichkeitsgebotes zumindest dann an, wenn die Missbilligung der gegenläufigen politischen Ansicht in „drastischer Weise“ zutage tritt, d.h. dann, wenn gerade nicht der politische Austausch gesucht wird, sondern dieser mit der getätigten Aussage gerade ausgeschlossen werden soll. Sobald eine Äußerung oder eine Aktion des Amtsträgers die Ebene eines rationalen und sachlichen Diskurses verlässt, ohne für eine weitere diskursive Auseinandersetzung mit den politischen Zielen der Gegenseite offen zu sein, dürfte das Sachlichkeitsgebot verletzt sein.¹⁰² An dieser Stelle sollte eine genaue Beschäftigung mit den Angaben im Sachverhalt erfolgen. Die Verletzung des Sachlichkeitsgebotes dürfte regelmäßig nur bei besonders schwerwiegenden und drastischen Formulierungen und Äußerungen zu bejahen sein.

VI. Schluss

Es dürfte deutlich geworden sein, dass das Kommunalrecht in der Prüfungssituation verschiedene Konstellationen bereithält, die den Prüflingen Normenkenntnis und Argumentationsvermögen abverlangen. Man sollte dieses Rechtsgebiet bei der Prüfungsvorbereitung daher nicht „auf Lücke“ lernen, da während der Klausur ein komplettes Erschließen der relevanten Problemkreise in der Kürze der Zeit kaum möglich sein dürfte. Jedoch ist das Kommunalrecht insofern ein „dankbares“ Rechtsgebiet, als dass es sich (wie eingangs erwähnt) aus einer überschaubaren Menge von oftmals wiederkehrenden Problemen und Themen zusammensetzt. Wenn die beschriebenen Grundkonstellationen beherrscht werden, dürfte man in aller Regel nicht „auf dem falschen Fuß“ erwischt werden.

¹⁰⁰ BVerfG NVwZ 2018, 485; *Heusch/Dikten*, NVwZ 2019, 359 (363).

¹⁰¹ OVG NRW NVwZ 2017, 1316 (1319); *Wellmann* (Fn. 65), § 62 Rn. 19; kritisch hierzu aber *Wahnschaffe*, NVwZ 2016, 1767 (1771); vgl. auch *Milker*, JA 2017, 647 (649 f.) m.w.N.

¹⁰² BVerwG NVwZ 2018, 433 (436); *Lübken*, in: Kleebaum/Palmen (Fn. 61), S. 922.