



Fall 3: Unliebsamer Gemeinderat

A. Rechtmäßigkeit der gegen Maier getroffenen Maßnahmen

I. Ausschluß von der laufenden Sitzung durch Anordnung des Vorsitzenden

Der Ausschluß ist eine den M belastende Maßnahme. Deshalb ist nach dem Vorbehalt des Gesetzes eine Rechtsgrundlage erforderlich. Als Befugnisnorm für den Ausschluß kommt **Art. 53 Abs. 1 S. 3 GO** in Betracht.

1. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Maier als Adressat der Anordnung ist laut Sachverhalt **Mitglied des Gemeinderats** ("Stadtrat", s. Art. 30 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 5 Abs. 2, 3 GO) von Blaiburg.

b) **Zuständig** für die Anordnung ist der **erste Bürgermeister als Vorsitzender des Gemeinderats, Art. 36 Satz 1 GO**. Bei einer kreisfreien Gemeinde führt der erste Bürgermeister die Amtsbezeichnung „**Oberbürgermeister**“, Art. 34 Abs. 1 Satz 2 GO.

c) Der Ausschluß eines Gemeinderatsmitglieds kann nur mit **Zustimmung des Gemeinderats** erfolgen.

aa) Hierfür ist nach **Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GO** die Mehrheit der Abstimmenden erforderlich. Ein Mehrheitsbeschluß liegt vor, da sich nur die drei Parteifreunde des M gegen einen Ausschluß aussprachen.

☞ Bei der Anordnung nach Art. 53 Abs. 1 Satz 3 GO handelt es sich um eine (mitwirkungsbedürftige) Maßnahme des Bürgermeisters und nicht um eine Maßnahme des Gemeinderats (Masson/Samper, Bayer. Kommunalgesetz, Art. 53 GO Anm. 11). Daher ist es unbedenklich, daß insoweit keine Sitzungsvorbereitung im Sinne von Art. 46 Abs. 2 Satz 1 GO erfolgt ist; im übrigen könnte ein derartiger Zwischenfall und seine jeweils gebotene Ahndung kaum sozusagen prophylaktisch auf die Tagesordnung anstehender Ratssitzungen gesetzt werden. Daher kommt auch ein Verstoß gegen andere Verfahrensvorschriften, z.B. Art. 47 Abs. 2, Art. 46 Abs. 2 Satz 2 GO, nicht in Betracht.

bb) Problematisch ist allerdings, ob M beim **Zustimmungsbeschluß** des Gemeinderats - obwohl er (offenbar) ordnungsgemäß geladen und anwesend war - die Mitwirkung an der Abstimmung zu Recht verwehrt worden ist.

Der Zustimmungsbeschluß bildet die „unmittelbare“ Voraussetzung für die Ausschlußanordnung des Ratsvorsitzenden gerade und nur gegenüber M und kann somit zum **„Nachteil“ des zeitweiligen Ausschlusses von der Mitwirkung im Rat oder in dessen Ausschüssen** führen, so daß die Voraussetzungen des **Art. 49 Abs. 1 Satz 1 GO** vorliegen (Masson/Samper, Art. 49 GO Anm. 11, 12). Gemäß **Art. 49 Abs. 3 GO** hat über das Vorliegen eines Ausschlußgrundes der **Gemeinderat** zu entscheiden. Dies ist hier nicht geschehen. Vielmehr ließ laut SV der Bürgermeister den M nicht mit abstimmen, da er ihn für befangen hielt.

M hat also zu Unrecht an der Abstimmung nicht mitgewirkt.

cc) Fraglich ist, wie sich dieser Fehler auswirkt.

(1) Nach **Art. 49 IV GO** hat die Mitwirkung eines wegen persönlicher Beteiligung ausgeschlossenen Gemeinderatsmitglieds die Unwirksamkeit des Gemeinderatsbeschlusses nur zur Folge, wenn sie für das Abstimmungsergebnis entscheidend war. Dieser Fall liegt aber nicht vor, da M nicht - trotz Befangenheitsbeschlusses - mitgewirkt hat, sondern es lag gar kein Befangenheitsbeschluß vor.

(2) Zwar war die Nichtmitwirkung des M nach dem Abstimmungsergebnis nicht entscheidend. Doch kann die Regelung des Art. 49 Abs. 4 GO nicht (auch nicht analog) auf den hier vorliegenden **„umgekehrten Fall“** angewendet werden. Die rechtswidrige Vorenthaltung des Stimmrechts **macht den gesamten Zustimmungsbeschluß wegen Beschlußunfähigkeit des Stadtrats nach Art. 47 II GO rechtsunwirksam** (Masson/Samper, Art. 49 GO Anm. 17), **da dieser Fall nicht anders behandelt werden kann, als wenn das Gemeinderatsmitglied nicht ordnungsgemäß geladen worden wäre**. Andernfalls könnte ein unliebsames Gemeinderatsmitglied sanktionslos „mundtot“ gemacht werden.



2. Materielle Rechtmäßigkeit

M müßte zudem vor der Ausschlußanordnung Harts die Ordnung in der Ratssitzung „**fortgesetzt erheblich gestört**“ haben. Eine solche Störung liegt dann vor, wenn das Mitglied in derselben Sitzung **mindestens zweimal** dafür die Ursache gesetzt hat, daß der **Sitzungsfortgang unmöglich gemacht oder jedenfalls wesentlich erschwert wird**.

a) Störung

Nach dem Sachverhalt hat sich M zunächst **zu Wort gemeldet**. Er hat auch **zur Sache gesprochen**, nämlich zu einer soeben getroffenen Ordnungsmaßnahme des Ratsvorsitzenden Stellung bezogen, die wiederum im Zusammenhang mit bzw. aus Anlaß der Behandlung eines Tagesordnungspunktes ergangen war.

☞ Auf die Rechtmäßigkeit der Anordnung des Oberbürgermeisters gegenüber dem „störenden“ Zuhörer braucht hier nicht eingegangen zu werden, denn davon hängt es nicht ab, ob die weiteren Ordnungsmaßnahmen rechtmäßig waren. Die Anordnung erging aber auf Grundlage des **Art. 53 Abs. 1 Satz 2 GO** (wohl) rechtmäßig. Die Schranke der allgemeinen Gesetze iSv Art. 5 Abs. 2 GG kann in Art. 45 GO, gesehen werden, so daß insoweit eine rechtmäßige Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit vorliegt.

Zwar fällt die **Überwachung der gesamten Gemeindeverwaltung** in die Zuständigkeit des Gemeinderats, **Art. 30 Abs. 3 GO**; ein einzelnes Ratsmitglied kann aus dieser Vorschrift keine eigene Kontrollbefugnis ableiten (Masson/Samper, Art. 30 GO Anm. 6). Jedoch weist insbesondere die **Mitwirkungspflicht des Art. 48 Abs. 1 Satz 1 GO** auf das umfassende Mitgliedschaftsverhältnis hin, dem auch ein **Außerungs- und Kritikrecht des Ratsmitglieds** entspringt, welches neben der Kompetenz aus Art. 30 Abs. 3 GO besteht (Masson/Samper, Art. 48 GO Anm. 2).

M's Äußerungen dürften schließlich wohl (noch) nicht als "persönlicher" Angriff, als "Schmähekritik" o.ä. anzusehen sein. Zwar bewertet er die Anordnung Harts negativ, jedoch ist zu berücksichtigen, daß im öffentlichen, insbesondere **im kommunalpolitischen Raum auch ein gewisses Maß an Polemik noch hinzunehmen ist** (Stichwort "Meinungskampf"; BVerfGE 7, 198 ff.).

Damit fehlt es wohl schon an einer Störung.

b) Erheblich

Es fehlt aber auch an der Erheblichkeit, da recht zweifelhaft ist, ob das Verhalten des M einen **gедeihlichen Fortgang der Beratung und Abstimmung erschwert oder gar unmöglich macht** (Masson/Samper, Art. 53 GO Anm. 10), insbesondere, wenn sich aus dem Verhalten keine Verzögerung des Sitzungsablaufs ergibt. Insoweit enthält der Sachverhalt keine Anhaltspunkte.



c) Fortgesetzt

Selbst wenn M's Kritik aber als in der Form überzogen erachtet wird und dann grundsätzlich als "Störung" der Ordnung angesehen werden könnte, so handelt es sich bei ihr doch nicht um eine „fortgesetzte“, sondern nur um eine **einmalige Störung**.

Damit liegen bereits die gesetzlichen Voraussetzungen für das Vorgehen Harts gegenüber M nach Art. 53 Abs. 1 S. 3 GO **nicht** vor.

d) Ermessen

Da bereits der Tatbestand nicht vorliegt, erfolgen die weiteren Ausführungen hilfsweise.


Der Ausschluß steht im Ermessen des Ratsvorsitzenden. Hierbei ist insbesondere das **Übermaßverbot** zu beachten. Ein Ausschluß kommt also nur dann in Betracht, wenn kein milderes Mittel ausgereicht hätte, der Störung entgegenzuwirken. Der OB als Ratsvorsitzender ist nach **Art. 53 Abs. 1 Satz 1 GO** allgemein zuständig zur Handhabung der Ordnung; auf Grund dieser Befugnis hätte er M zunächst **zur Ordnung rufen** können und ihm - falls dies nichts hilft - das **Wort entziehen** können. Auch hätte er eine **Androhung des Sitzungsausschlusses** für den Fall weiterer Ordnungsverstöße erwägen müssen. Hart's Reaktion, sofort einen Sitzungsausschluß anzuordnen, ist unverhältnismäßig und damit ermessensfehlerhaft (**Ermessensfehlergebrauch**).

Ergebnis: Der Ausschluß des M aus der Sitzung ist rechtswidrig.

II. Saalverweis des Maier durch den OB

Fraglich erscheint bereits, ob der OB zum Ausschluß des M überhaupt befugt war. Da der Ausschluß M belastet, ist nach dem Vorbehalt des Gesetzes eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich.

1. Für diese weitere Maßnahme Harts scheidet **Art. 53 Abs. 1 Satz 3 GO** als Rechtsgrundlage aus, denn diese Bestimmung bezieht sich lediglich auf den Ausschluß eines Gemeinderatsmitglieds von einer Sitzung. Wenn und solange aber Gemeinderatssitzungen öffentlich sind, was nach Art. 52 Abs. 2 Satz 1 GO regelmäßig der Fall ist, betrifft der Sitzungsausschluß nicht zugleich den Zuhörer-Status. **Das ausgeschlossene Gemeinderatsmitglied kann grds. vielmehr als Zuhörer im Saal bleiben.**

 Zu unterscheiden sind also Teilnahme als Ratsmitglied am Willensbildungs- und Entscheidungsprozeß, vgl. Art. 48 Abs. 1 Satz 1 GO und das freie, nur durch den verfügbaren Platz beschränkte Zugangsrecht der „Allgemeinheit“, Art. 52 Abs. 4 GO.

M darf daher als Zuhörer - wie jeder andere - im Sitzungssaal bleiben und muß ihn erst dann verlassen, wenn die Öffentlichkeit ausgeschlossen wird.

2. Nach **Art. 53 I 2 GO** können aber auch **Zuhörer**, welche die Ordnung stören aus der Sitzung entfernt werden. Die Entscheidung über die Entfernung von Zuhörern trifft - im Gegensatz zur Entscheidung über den Ausschluß von Gemeinderatsmitgliedern - **allein der Vorsitzende**. Er hat dabei jedoch den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu beachten, der es regelmäßig gebietet wird, eine erstmalige Störung zunächst abzumahnern.

OB Hart als Ratsvorsitzender darf deshalb auch die der Entfernung notwendig vorausgehende Anordnung, den Sitzungssaal zu verlassen, treffen (Masson/Samper, Art. 53 GO Anm. 5). Die Befugnis des Vorsitzenden nach Art. 53 Abs. 1 Satz 2 GO stellt sich als **Ausfluß der Ordnungsgewalt nach Satz 1** dar; für diesen Zusammenhang spricht schon der Wortlaut beider Sätze. Sie findet ihre **Grenze** aber am **Grundsatz der Öffentlichkeit von Gemeinderats-sitzungen** und dem hieraus entspringenden **Zugangsrecht für jedermann**.

Voraussetzung für eine Anordnung nach Art. 53 I 2 GO ist aber, daß der **Zuhörer die Ordnung in der Sitzung stört**. Die bloße Anwesenheit eines Ratsmitglieds, welches von der weiteren Beratung und Abstimmung ausgeschlossen ist, bewirkt jedoch noch keine Störung.



☞ Dabei ist es unerheblich, ob der Ausschluß aus der Sitzung zu Recht oder zu Unrecht erfolgt ist.

Sofern die Nichtöffentlichkeit der Sitzungen nicht gesetzlich geboten ist, müssen die Gemeinderatsmitglieder die Anwesenheit von Zuhörern hinnehmen, auch wenn sie ihnen lästig ist. Durch die Anwesenheit von Zuhörern soll bereits dem Verdacht der Geheimniskrämerei vorgebeugt werden. Es soll die **Transparenz der Gemeindeverwaltung** gewährleistet werden.

☞ Beim Ausschluß eines Zuhörers handelt es sich um einen **Verwaltungsakt**, der mit Widerspruch und Anfechtungsklage angegriffen werden kann. Kommt der Störer der Verfügung nicht nach, so kann die Verweisung aus dem Sitzungssaal **zwangsweise durchgesetzt werden**. So kann die Gemeinde als Sicherheitsbehörde i.S.v. Art. 6 LStVG der Polizei Weisungen erteilen, Art. 9 Abs. 2 POG, Art. 10 Satz 2 LStVG, die dann nach Art. 16 PAG einen Platzverweis zur Unterbindung von Straftaten (Hausfriedensbruch gem. § 123 StGB) aussprechen kann. Die polizeiliche Maßnahme kann dann mit unmittelbarem Zwang gem. Art. 53 Abs. 1, 58 PAG durchgesetzt werden. **Daneben kommen folgende weiteren Möglichkeiten in Betracht:**

- Vollstreckung durch die Gemeinde selbst nach Art. 34, 35 VwZVG;
- Vollzugshilfeersuchen nach Art. 50, 51 PAG;
- Notwehr durch den Vorsitzenden oder von ihm Beauftragte (§§ 123, 32 StGB);
- Selbsthilfe nach § 859 BGB.

Hier ist aber nicht ersichtlich, daß M gestört hätte, so daß die Anordnung von Art. 53 I 2 GO nicht gedeckt wird.

Aber auch die Berufung des Bürgermeisters auf sein „**Hausrecht**“ iSv **Art. 53 Abs. 1 Satz 1, 2 Hs GO** geht fehl, weil auch ein Gebrauchmachen hiervon irgendeine Störung - die sich nicht gerade auf die Ordnung in der Sitzung bezieht - voraussetzt (Masson/Samper, Art. 53 GO Anm. 3), wofür der Sachverhalt aber keine Anhaltspunkte gibt.

☞ Auf die Rechtsnatur des Hausrechts kommt es nicht an.

Ergebnis: Der Saalverweis ist rechtswidrig.

III. Ausschluß Maiers von zwei aufeinanderfolgenden Ausschlußsitzungen durch Beschluß des Gemeinderats

Als Befugnisnorm für dieses Handeln kommt **Art. 53 Abs. 2 iVm 55 Abs. 2 GO** in Betracht.

1. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständig ist hier nach Art. 53 Abs. 2, 55 Abs. 2 GO der **Gemeinderat**.

b) Ordnungsgemäße Beschlußfassung

Vom Vorliegen der formellen Voraussetzungen für die Beschlußfassung (insbesondere Art. 46 Abs. 2, Art. 47 Abs. 1, 2 GO) kann ausgegangen werden. Der Beschluß wurde mit einer **Mehrheit von 37 : 3 Stimmen** gefaßt, Art. 51 I 1 GO. Der Gemeinderat zählte bei 44.500 Einwohnern 40 Gemeinderäte und den Bürgermeister, Art. 31 II, I GO. M durfte wegen **Befangenheit iSv Art. 49 I GO** nicht mit abstimmen. Der „**Befangenheitsbeschluß**“ wurde ordnungsgemäß vom Gemeinderat unter Ausschluß des M, **Art. 49 III GO**, gefaßt.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Bedenken an der Rechtmäßigkeit des Ratsbeschlusses, könnten sich bereits von der **Art der getroffenen Sanktion** her ergeben. Nach Art. 53 Abs. 2 GO kann das weiter erheblich störende Gemeinderatsmitglied zwar die Teilnahme an zwei weiteren Sitzungen untersagt werden, gemeint sind aber **Gemeinderatssitzungen**. **M sollte jedoch die Teilnahme an Sitzungen eines beschließenden Ausschusses untersagt werden.**

Nach **Art. 55 Abs. 2 GO** ist Art 53 GO jedoch auf den Geschäftsgang der beschließenden Ausschüsse



entsprechend anzuwenden. Dies bedeutet grds., daß störende Ausschußmitglieder über Art. 53 GO auch im Ausschuß ausgeschlossen werden können. Dies ist hier aber nicht der Fall, denn eine Störung in der Gemeinderatssitzung soll zu einem Ausschluß in einer Ausschußsitzung führen. Fraglich ist, ob dies von der Verweisung in Art. 55 II GO gedeckt ist. Dies ist (wohl) zu bejahen, denn die GO sieht eine **Über-/Unterordnung im Verhältnis von Gemeinderat und Ausschuß** vor. Dies ergibt sich bereits aus Art. 29 GO, wonach Ausschüsse auf Gemeindeebene (Achtung! Anders im Landkreis!!!) keine Organqualität haben. Auch die Überschrift im Zweiten Teil, 1. Abschnitt a) „Der Gemeinderat und seine Ausschüsse“ spricht für diese Über-/Unterordnung. Auch das Nachprüfungsrecht in Art. 32 III GO und das Auflösungsrecht in Art. 32 V GO spricht für diese Über-/Unterordnung. Schließlich müssen alle Ausschußmitglieder notwendig gleichzeitig dem Gemeinderat angehören, Art. 33 I 2 GO. Daher ist, die hier ausgesprochene Sanktion isoliert betrachtet rechtmäßig (a.A. vertretbar).

b) Fraglich ist aber, ob die **Voraussetzungen des Art. 53 Abs. 2 GO** vorliegen.

aa) M ist bereits **von einer früheren Sitzung ausgeschlossen** worden.

bb) Die nächste Ratssitzung hat auch **innerhalb von zwei Monaten**, nämlich drei Wochen später stattgefunden.

cc) M hätte aber gerade diese **neue Sitzung wiederum "erheblich stören"** müssen. Dies ist jedoch nicht der Fall. M hat laut SV lediglich **sachlich und zur Sache** Ausführungen gemacht. Darin liegt keine erhebliche Störung der Ordnung in der Sitzung. Die Begründung von OB Hart für den Ausschlußantrag nimmt das frühere Verhalten M's zum Anlaß, Maßnahmen aus **spezial- wie generalpräventiven Erwägungen** heraus zu treffen. **Art. 53 Abs. 2 GO ist** aber nach Wortlaut und nach Sinn und Zweck der Vorschrift überhaupt **nur für repressive Ordnungsmaßnahmen eine ausreichende Grundlage** (BVerfGE 50, 234 ff.).

dd) Der Ausschluß steht grds. im **Ermessen** des Gemeinderats. Nachdem nach der hier vertretenen Auffassung bereits der Tatbestand nicht erfüllt ist, erfolgen diese Ausführungen nur hilfsweise.

(1) Im Rahmen der Ermessenserwägungen, ob ein Ausschluß und in welchem Umfang er ausgesprochen werden soll, kann **nur auf die jeweils erfolgte Störung abgestellt werden**. Die Darlegungen des Bürgermeisters können dem Gemeinderat zugerechnet werden, denn nach dem SV erhebt sich dagegen aus dem Gemeinderat kein Widerspruch. Damit würde es sich um einen **Ermessens Fehlgebrauch** handeln.

(2) Das von M angesprochene Grundrecht der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 110 Abs. 1 BV und das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 2, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 BV wirken **nicht ermessensreduzierend**.

(a) Die **Meinungsfreiheit** steht M nicht als Abwehrrecht gegen Eingriffe des Gemeinderats in seine Mitgliedschaftsrechte zur Seite, denn M handelt hier in amtlicher Eigenschaft, im Rahmen und auf Grund von Kompetenznormen.

(b) Das **Demokratiegebot** steht zwar einerseits in einem engen Zusammenhang mit den "Kommunikationsgrundrechten" (Art. 5, 8, 9, 17 GG) und verbürgt nicht zuletzt auch einen Minderheitenschutz auf allen Ebenen staatlichen Wirkens sowie das Institut der Opposition. Auf der anderen Seite gilt gerade in der Demokratie, daß die Mehrheit entscheidet, vgl. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 BV. Der Gesetzgeber behält daher zur Konkretisierung der Grundrechte und der Staatsprinzipien einen überaus weiten Gestaltungsspielraum, dessen Schranken in den hier einschlägigen Vorschriften der GO nicht überschritten wurden.

Ergebnis: Der Ausschluß des M von zwei weiteren Sitzungen ist ebenfalls rechtswidrig.

B. Rechtsbehelfe Maiers gegen die Maßnahmen des OB Hart und des Gemeinderats

☞ **Vorüberlegung:** Zu unterscheiden ist zwischen den Maßnahmen des OB betr. die vergangene Ratssitzung (Ausschluß aus der laufenden Sitzung und Saalverweis), die sich mit dem Sitzungsschluß durch Zeitablauf "erledigt" haben, Art. 43 Abs. 2 VwVfG, und dem Ratsbeschluß, der Rechtswirkungen entfaltet, bis die beiden künftigen Ausschußsitzungen vorübergegangen



sind. Hinsichtlich der beiden ersten Maßnahmen kommt eine nachträgliche Aufhebung nicht in Betracht, sondern lediglich eine Feststellung, daß sie rechtswidrig gewesen sind. Im Hinblick auf den Ratsbeschluß hingegen ist an eine (teilweise) Korrektur zu denken, um Maier ggf. noch die Teilnahme an den Sitzungen zu ermöglichen. Wenn und weil das Hauptsacheverfahren nicht zuletzt angesichts der zeitlich von vornherein begrenzten Mitgliedschaftsrechte Maiers oft keinen effektiven Rechtsschutz bieten kann, müssen auch auf die Möglichkeiten des vorläufigen Rechtsschutzes nach §§ 80 bzw. 123 VwGO untersucht werden.

I. Hauptsacheverfahren

In Betracht kommt eine **Klage zum Verwaltungsgericht**. Diese müßte **zulässig** sein.

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

a) M begehrt die Aufhebung bzw. Feststellung der Rechtswidrigkeit von Maßnahmen gemeindlicher Organe, die allesamt auf Vorschriften des Gemeinderechts, also auf **öffentliches Sonderrecht**, gestützt sind und die Rechtsbeziehungen des Ratsmitglieds M zum Rat, dessen Bau- und Umweltausschuß bzw. zum Ratsvorsitzenden betreffen.

Es geht aber um einen Streit innerhalb der jPÖR "Gemeinde", um **organisatorische, öffentliche Rechte**. Grundsätzlich ist die VwGO von den **Außenrechtsstreitigkeiten**, also von **interpersonalen Streitigkeiten**, ausgegangen. Die **intrapersonalen Streitigkeiten** wurden nicht berücksichtigt. Es galt der Grundsatz der "Inpermeabilität" (= Undurchdringbarkeit) der Verwaltung.

Aber unter den **Begriff "rechtliche Streitigkeit"** lassen sich bereits **vom Wortlaut her** die **innen- und außenrechtlichen Streitigkeiten** subsumieren.

Damit greift die VwGO auch bei verwaltungsrechtlichen Organstreitigkeiten ein.

b) Daß zum Teil gemeindliche "Verfassungsorgane" am Streit beteiligt sind, macht diesen nicht zu einem Streit "verfassungsrechtlicher Art", denn weder gehört sein Gegenstand dem staatlichen Verfassungsrecht an noch sind auf beiden Seiten am (Staats-)Verfassungsleben unmittelbar beteiligte Rechtsträger, Organe oder Teile hiervon zugegen (**Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit**); vielmehr ist der Streit auf einer niedrigeren Ebene, nämlich im Bereich der Exekutive, angesiedelt.

Damit ist nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben.

2. Statthafte Klageart

Die Statthaftigkeit der Klage bestimmt sich nach dem **Begehren des Klägers**. Soweit es um den Ausschluß aus den vergangenen Ratssitzungen geht, begehrt M die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ausschlusses. Soweit es dagegen um den Ausschluß von den künftigen Sitzungen des beschließenden Ausschusses geht, möchte M die Aufhebung erreichen. Es handelt sich dabei um **sog. Kommunalverfassungsstreitigkeiten**. Es handelt sich dabei um keine eigenständige Klage, sondern die Lösung ist mit den von der VwGO zur Verfügung gestellten Klagen zu suchen. Dabei ist wiederum **zwischen den einzelnen Maßnahmen zu unterscheiden**:

a) Ausschluß von der früheren (laufenden) Ratssitzung

aa) Da bereits infolge Zeitablaufs eine Erledigung eingetreten ist, scheidet eine Anfechtung aus. In Betracht kommt **eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog**. Diese wäre dann statthaft, wenn es sich bei dem Ausschluß des M aus der Sitzung um einen **VA iSv Art. 35 S. 1 VwVfG** handeln würde. Dies erscheint zweifelhaft. Nach der **Legaldefinition des Art. 35, 1 VwVfG** ist ein Verwaltungsakt eine hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zu Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

(1) Der Ratsvorsitzende Hart müßte also als **Behörde iSv Art. 1 Abs. 2 VwVfG** tätig geworden ist. Behörde in diesem Sinne ist jede vom Wechsel der in ihr tätigen Personen unabhängige, organisatorisch hinreichend selbständige Einrichtung, der Aufgaben der öffentlichen Verwaltung und entsprechende Zuständigkeiten zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung übertragen sind (Kopp, VwVfG., § 1 RdNr. 20). Der Vorsitzende eines



Gemeinderats erfüllt all diese Kriterien.

(2) Zweifelhaft erscheint aber bereits, ob es sich bei dem Ausschluß um eine **hoheitliche Maßnahme** handelt. Darunter versteht man **jede Handlung, die einen Erklärungsgehalt hat und kraft hoheitlicher Gewalt vorgenommen wird**. Hoheitliche Gewalt setzt ein Über-/Unterordnungsverhältnis voraus. Ein solches besteht aber zwischen Gemeinderat und Gemeinderatsmitglied gerade nicht, denn **das einzelne Mitglied ist als Teil des Ganzen nicht unter-, sondern gleichgeordnet**.

☞ Hier läßt sich auch eine **andere Auffassung vertreten**. Dann ist folgendermaßen zu argumentieren: Obwohl nun der Bürgermeister einerseits dem Gemeinderat angehört (Art. 31 Abs. 1 GO), ist auch dieses Merkmal des VA-Begriffs zu bejahen, denn **gerade in den Vorschriften über die Ordnungsgewalt des Vorsitzenden statuiert die GO eine Unterwerfung des einzelnen Ratsmitglieds unter die betr. Befugnisse und durchbricht insoweit die regelhafte Gleichordnung aller Gemeinderatsmitglieder** (str.; vgl. Kopp, VwGO, Anh. zu § 42 RdNr. 56 m.w.N.).

(3) Darüber hinaus fehlt auch die **Außenwirkung**, denn M ist nur in seiner laufenden Geschäftstätigkeit **betroffen**, also **nur im funktionellen Sinne** als Gemeinderatsmitglied. Es geht nur um seinen Status als Teil der Organisation.

☞ Die Frage der Außenwirkung ist **streitig**. Eine solche und damit das Vorliegen eines VA kann nur dann angenommen werden, wenn Interpersonalität weit ausgelegt wird. Darunter müßte dann nicht nur die Beeinträchtigung des Rechtskreises einer anderen (natürlichen oder juristischen) Person verstanden werden, sondern auch schon die Grenzüberschreitung im Verhältnis von "Kontrastorganen" innerhalb ein und desselben Rechtsträgers. Wird dies abgelehnt, so stellt ein Beschneiden der Mitgliedschaftsrechte eines Gemeinderatsmitglieds keinen VA dar.

Somit ist der Ausschluß nur als **Verwaltungsinternum** einzustufen.

bb) Somit kommt die **Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO** auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ausschlusses in Betracht. Zwar handelt es sich bei der Beziehung Gemeinderat/Gemeinderatsmitglied um ein streitiges Innenrechtsverhältnis, aber wie oben dargelegt, erfaßt die VwGO nicht nur Außenrechtsstreitigkeiten. Somit ist die Feststellungsklage statthaft.

b) Verweisung aus dem Saal

Statthafte Klageart ist insoweit die **Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO analog**. Im Hinblick auf den Saalverweis ist Maiers Mitgliedschaft im Gemeinderat ohne Belang; er wird, **ausschließlich als Zuhörer**, als Teil der zutrittsberechtigten Öffentlichkeit **betroffen**. Damit liegt insoweit **Außenwirkung** vor. Die Anordnung des Bürgermeisters nach Art. 53 Abs. 1 Satz 2 GO ist ein **Verwaltungsakt iSv Art. 35, 1 VwVfG** (Masson/Samper, Art. 53 GO Anm. 5). Da die Erledigung vor Klageerhebung erfolgt ist, ist eine analoge Anwendung erforderlich.

c) Ausschließung für die weiteren Ausschußsitzungen

aa) In Betracht kommt eine **Anfechtungsklage nach § 42 I F. 1 VwGO**, wenn es sich hier ebenfalls um einen Verwaltungsakt handeln würde.

Beim Ausschließungsbeschluß des Gemeinderats müßte dieser als **Behörde** gehandelt haben. Dabei kommt es auch hier allein auf die Merkmale des Art. 1 Abs. 2 VwVfG an. Aus denselben Gründen, wie sie oben für den Bürgermeister genannt wurden, läßt sich auch hier das Kriterium der Behörde bejahen (Kopp, § 1 RdNr. 23).

Aus den oben genannten Gründen **fehlt es aber auch hier an einer hoheitlichen Maßnahme bzw. an der Außenwirkung, da M nur in seiner Rechtsstellung als Gemeinderatsmitglied betroffen wird**.

bb) Als statthafte Klageart kommt somit die **allgemeine Leistungsklage mit atypischem kassatorischen Inhalt** (BayVGH) oder die **Feststellungsklage nach § 43 I VwGO** (BVerwG) in Betracht.

Gegen die allgemeine Leistungsklage spricht, daß sie gerade keine Klage zur Kassation öffentlichen Handels ist. Außerdem sind gemeindliche Beschlüsse, die noch keine Außenwirkung erlangt haben, bei einer fehlerhaften Beschlußfassung ohne weiteres nichtig und entfalten keine Rechtswirkung, die „kassiert“ werden müßte.



Allerdings sprechen für die allgemeine Leistungsklage (wohl) die gewichtigeren Argumente. Bei der hier angegriffenen Maßnahme handelt es sich nämlich um eine hoheitliche Machtäußerung, die nur deshalb nicht als VA angesehen wird, weil ihr die Außenwirkung fehlt. Die Interessenkonstellation ist aber ähnlich wie bei einem VA. Wegen des sich aus Art. 19 IV GG Rechts auf effektiven Rechtsschutzes bedarf es einer Gestaltungsklage, also einer allgemeinen Leistungsklage mit kassatorischer Wirkung. Außerdem ist die Feststellungsklage nach § 43 II VwGO gegenüber der Leistungsklage subsidiär.

☞ Im Ergebnis läßt sich ebensogut die **Feststellungsklage** vertreten.
In der **Lit.** wird teilweise von einer **rechtsgestaltenden Aufhebungsklage** (Knemeyer Rdn 225) oder einer **Klage sui generis** (Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht S. 220 f) gesprochen. Derartige Konstruktionen sind aber nicht erforderlich, da die von der VwGO zur Verfügung gestellten bzw. anerkannten Klagearten zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes ausreichen.

3. Klagebefugnis

Fortsetzungsfeststellungsklage, Feststellungsklage (str) und Leistungsklage setzen eine Klagebefugnis M's voraus, **§ 42 Abs. 2 VwGO analog** voraus, um Popularklagen auszuschließen. M muß also geltend machen, daß ihn Ausschluß und Saalverweis denkbarer- und möglicherweise in seinen Rechten - hier also in seinem in der Gemeindeordnung verbürgten Recht auf Teilnahme an der Sitzung - verletzen.

4. Erfolgloses Vorverfahren

a) Bei der **Feststellungsklage** und der **allgemeinen Leistungsklage** ist kein Vorverfahren erforderlich.

b) Die Frage, ob bei der Fortsetzungsfeststellungsklage ein erfolgloses Vorverfahren erforderlich ist, wenn wie hier die Erledigung vor Klageerhebung und vor Ablauf der Widerspruchsfrist eingetreten ist, ist streitig. Mangels Rechtsbehelfsbelehrung läuft nach § 70 Abs. 2 iVm § 58 VwGO die Jahresfrist, so daß diese Sachurteilsvoraussetzung erforderlichenfalls noch erfüllt werden kann.

☞ Nach der Aufgabenstellung braucht hier aber auf den Streit nicht näher eingegangen zu werden. Vertritt man die Auffassung, daß die Fortsetzungsfeststellungsklage ein Unterfall der Feststellungsklage ist, dann stellt sich das Problem natürlich nicht.

5. Frist

Hinsichtlich der Fortsetzungsfeststellungsklage läuft mangels Rechtsbehelfsbelehrung die lange Frist des **§ 58 II VwGO**.

6. Partei- u. Prozeßfähigkeit

a) Die **Parteifähigkeit** des M ergibt sich aus § 61 Nr. 1 VwGO (natürliche Person) nur, soweit es um den Saalverweis geht; ansonsten sind jedoch seine Organ-Kompetenzen als Rats-/ Ausschußmitglied betroffen, so daß **§ 61 Nr. 2 VwGO analog** Anwendung findet.

b) Die **Prozeßfähigkeit** M's bestimmt sich nach **§ 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO**. Da nur natürliche Personen Prozeßhandlungen vornehmen können, tritt er sozusagen als natürliche Person für sich als Gemeinderatsmitglied auf.

7. Feststellungsinteresse

Sowohl bei der Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog als auch bei der Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO muß ein Feststellungsinteresse vorliegen. Ein solches liegt sicherlich unter dem Blickwinkel der **Wiederholungsgefahr** vor. Darüber hinaus läßt sich auch ein **Rehabilitierungsinteresse** des M bejahen.

Ergebnis: Die Klagen wären zulässig.

II. Vorläufiger Rechtsschutz



1. Widerspruch gegen den Ausschluß des M als Zuhörer

Soweit es sich bei den gegen M getroffenen Maßnahmen um einen Verwaltungsakt handelt könnte M einen **Anfechtungswiderspruch nach § 68 I VwGO** einlegen, der dann nach § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO **aufschiebende Wirkung** hätte. Da es sich nach der hier vertretenen Auffassung nur bei der Ausschluß als Zuhörer gem. Art. 53 I 2 GO um einen VA handelt, kommt nur dagegen Widerspruch in Betracht.

M's Verhalten kann aber nicht entnommen werden, daß er einen solchen Rechtsbehelf unmittelbar eingelegt hat. Da zwischenzeitlich Erledigung eingetreten ist, kommt aber ein Widerspruch nicht mehr in Betracht.

☞ Dies gilt selbst dann, wenn man in derartigen Fällen mit einem Teil der Literatur den **Fortsetzungsfeststellungswiderspruch** anerkennt, da damit - mangels aufschiebender Wirkung - jedenfalls kein vorläufiger Rechtsschutz erzielt werden kann.

2. Antrag nach § 123 I VwGO

Damit kommt allein eine **einstweilige Anordnung nach § 123 I VwGO in Form der Sicherungsanordnung** in Frage, vgl. § 123 Abs. 5 VwGO.

Als vorläufige Regelung wäre hier die Gestattung der Teilnahme M's an den Bau- und Umweltausschußsitzungen angebracht, weil M nach den obigen Ausführungen Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund hinreichend glaubhaft machen kann, §§ 123 III VwGO, 920 II, 294 ZPO.

☞ Vom Sachverhalt nicht veranlaßt sind nähere Ausführungen zu den allgemeinen und besonderen Antragsvoraussetzungen bei § 123 VwGO.

III. Sonstige prozessuale Probleme

M kann seine Klagebegehren im Wege der **objektiven Klagehäufung nach § 44 VwGO** geltend machen.