

Von: Suedfeld, Theresa
An: [Liebing, Sabine](mailto:Liebing.Sabine)
Betreff: WG: Befangenheitsprüfung - unser Az. 862/19
Datum: Montag, 24. April 2023 12:35:00

Von: Dr. Antje Wittmann <Wittmann@baumeister.org>
Gesendet: Dienstag, 7. Juni 2022 09:32
An: Suedfeld,Theresa <Suedfeld@Stadt-Luedinghausen.de>
Betreff: AW: Befangenheitsprüfung - unser Az. 862/19

Sehr geehrte Frau Südfeld,

Sie haben mich gebeten zu prüfen, ob Ratsmitglieder, die Genossen der LH Bürgerenergie eG sind, befangen sind, wenn sie über die von Ihnen bereitgestellte Vorlage abstimmen. Nach dieser Vorlage soll die Stadt Lüdinghausen mit der Bürgerenergiegenossenschaft einen Vertrag schließen, nach dem sie der Bürgerenergiegenossenschaft die Dachfläche der Feuerwehr unentgeltlich zur Verfügung stellt, damit diese dort eine Photovoltaikanlage errichtet, die dann die Städte von der Bürgerenergiegenossenschaft pachtet und betreibt.

Die rechtliche Zulässigkeit der gewählten Konstruktion (unentgeltliche Überlassung der Dachfläche an die eG, Pachtmodell) und die vertraglichen Regelungen habe ich nicht geprüft. Meine Stellungnahme hat allein die kommunalrechtlichen Befangenheit zum Gegenstand.

Zusammenfassend gehe ich davon aus, dass eine Befangenheit nicht gegeben ist, wenn die Ausschussmitglieder „nur“ einfache Genossen sind und nicht Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrates der Bürgerenergiegenossenschaft.

Ausgangspunkt der Prüfung sind die §§ 58 Abs. 2 Satz 1, 43 Abs. 2, 31 Abs. 1 – 3 GO.

Nach § 31 Abs. 1 GO darf ein Ausschussmitglied an einer Beratung und Beschlussfassung nicht mitwirken, wenn die Entscheidung einer Angelegenheit ihm selbst, einem seiner Angehörigen oder einer von ihm kraft Gesetzes oder kraft Vollmacht vertretenen natürlichen oder juristischen Person einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann.

Die Beschlussfassung würde hier zunächst der Genossenschaft einen Vorteil bringen, so dass die gesetzlichen Vertreter der eG von der Beschlussfassung ausgeschlossen wären. Vertretungsbefugt sind bei einer eG nach § 24 Abs. 1 GenG nur die Vorstandsmitglieder gemeinschaftlich.

Des Weiteren besteht eine Befangenheit nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 GO, wenn der Betreffende Mitglied des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder eines gleichartigen Organs einer juristischen Person oder einer Vereinigung ist, der die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann, es sei denn, er gehört den genannten Organen als Vertreter oder auf Vorschlag der Gemeinde an. Auch dieser Ausschlussgrund greift also nur, wenn die Ausschussmitglieder nicht nur „einfache“ Genossen, sondern Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitglieder sind oder Mitglieder eines „gleichartigen Organs“. Die einfachen Genossen sind Mitglieder der Generalversammlung. Diese kann m.E. nicht mit dem Vorstand oder Aufsichtsrat gleichgesetzt werden, da die Generalversammlung nicht mit denselben Entscheidungs- und Vertretungsbefugnissen ausgestattet ist und nur durch Abstimmung handeln

kann. Die Mitglieder der Generalversammlung haben keinen direkten Einfluss auf das Tagesgeschäft einer Genossenschaft. Deshalb ist diese kein „gleichartiges Organ“ im Sinne der Norm (so auch *Grae*, Der Städte- und Gemeinderat (StuGR) 1983, 375; Rehn/Cronauge/vLennep/Knirsch, GemO NRW § 31 III.3; VGH Mannheim Ur. v. 6.2.1998, 3 S 731/97, Rn. 37).

Wenn man davon ausgeht, dass der Gesetzgeber mit § 31 Abs. 2 Nr. 2 GO eine abschließende Regelung zur Befangenheit von Mitgliedern juristischer Personen getroffen hat, kann die Befangenheit an dieser Stelle für alle „einfachen“ Genossen verneint werden. M.E. muss aber gem. § 31 Abs. 1 GO trotz der Spezialregelung in Abs. 2 Nr. 2 noch geprüft werden, ob der Beschluss *dem Ausschussmitglied selbst* (als Mitglied der Genossenschaft) einen Vor- oder Nachteil bringen kann, denn die oben zitierten Ausschlussgründe knüpfen nur an den Vorteil an, der *bei der Genossenschaft* entsteht.

Der vorgesehene Beschluss des Ausschusses für Umwelt, Bauerschaften, Klima und Mobilität kann den einzelnen Genossen insoweit einen Vorteil vermitteln, als ihre Genossenschaft dadurch in die Lage versetzt wird, ein weiteres Projekt zu realisieren, was wiederum wirtschaftliche Vorteile für die Mitglieder haben kann, wenn es zu Gewinnausschüttungen kommt. Allerdings sieht § 31 Abs. 1 GO eine Befangenheit nur vor, wenn die Entscheidung dem Rats-/Ausschussmitglied einen *unmittelbaren* Vorteil oder Nachteil bringen kann. Unmittelbar ist der Vorteil oder Nachteil nach § 31 Abs. 1 Satz 2 GO, wenn die Entscheidung eine natürliche oder juristische Person direkt berührt. M.E. sprechen gute Argumente dafür, dass diese Unmittelbarkeit im Falle der „einfachen“ Genossen nicht gegeben. Nach der Rechtsprechung des OVG Münster ist von dem Vorliegen des Unmittelbarkeitsmerkmals dann nicht mehr auszugehen, wenn zwischen Entscheidung und Eintritt des Vor- oder Nachteils eigenständige Geschehnisse treten, die ihrerseits ablaufprägend und einflussnehmend sind.

OVG Münster, B. v. 9.12.2011 – 15 B 1459/11 –, Rn. 5, juris.

Ich gehe davon aus, dass im Falle der Bürgerenergiegenossenschaft nicht sicher ist, ob, wann und in welcher Höhe die Genossen wirtschaftlich von dem neuen Feuerwehr-Projekt so profitieren wird, dass es zu einer Gewinnausschüttung kommt. Zwischen dem Ausschussbeschluss, der die Überlassung des Daches zum Gegenstand hat, und einer möglichen Gewinnausschüttung an die Genossen treten diverse Maßnahmen und Entscheidungen der handelnden Akteure/Organe und Zwischenschritte, die als solche ablaufprägend sind und auf das „Ob“, den Zeitpunkt und die Höhe einer Gewinnausschüttung Einfluss nehmen. Genossen haften mit ihrem Anteil auch für Verluste der Genossenschaft, so dass keine Gewissheit besteht, dass sie überhaupt aus einem einzelnen Projekt einen finanziellen Vorteil ziehen. Zudem können Gewinne in die Rücklage der Genossenschaft überführt werden. Aus diesem Grund entsteht m.E. mit dem Beschluss des Ausschusses kein *unmittelbarer* Vorteil bei dem einzelnen Genossenschaftsmitglied i.S.d. § 31 Abs. 1 GO.

Bei ganz strenger Betrachtung könnte man diese Frage allerdings auch anders beurteilen. Da der Sinn und Zweck des § 31 GO darin liegen soll, den „bösen Schein“ einer nicht mehr allein am öffentlichen Wohl ausgerichteten Entscheidung zu verhindern, könnte man argumentieren, dass der Genossenschaftsanteil durch die Möglichkeit der unentgeltlichen Nutzung der Dachfläche durch die eG jedenfalls „aufgewertet“ wird und allein darin bereits ein individueller Vorteil liegen kann, der einen „bösen Schein“ erzeugen könnte. Wenn man sich bspw. vorstellt, dass nicht nur eine Energiegenossenschaft, sondern zwei sich um eine Dachfläche bewerben, würde man vermutlich schon die reine Mitgliedschaft des darüber entscheidenden Ausschussmitglieds kritischer sehen.

Rechtsprechung zu dieser Frage liegt mir nicht vor, so dass an dieser Stelle eine gewisse Rechtsunsicherheit verbleibt.

Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass die Mitwirkung eines wegen Befangenheit Betroffenen gem. § 31 Abs. 5 GO nach Beendigung der Abstimmung nur geltend gemacht werden kann, wenn sie für das Abstimmungsergebnis entscheidend war. Demnach würde eine unzulässige Mitwirkung für die Wirksamkeit des gefassten Beschlusses nur relevant, wenn der Beschluss so knapp gefasst würde, dass es auf die Stimmen der befangenen Mitglieder ankäme. Dies dürfte nicht der Fall sein, wenn, wie Sie telefonisch mitgeteilt haben, der Beschluss einstimmig oder mit ganz überwiegender Mehrheit gefasst wird.

Für Rückfragen stehe ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Antje Wittmann

--

Dr. Antje Wittmann

Rechtsanwältin

Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Baumeister Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

Kettelerscher Hof

Königsstr. 51 – 53

D-48143 Münster

Tel.: 0251 48488 – 21

Fax: 0251 48488 – 80

Mail: wittmann@baumeister.org

Web: baumeister.org

Die Partnerschaftsgesellschaft und ihre Partner sind in das Partnerschaftsregister des AG Essen eingetragen unter PR 2554.

Unsere Hinweise zur Datenverarbeitung finden Sie unter:

<https://www.baumeister.org/de/datenschutz>.