

Rechtsanwalt Dr. Knirsch, Mühlenweg 1, 48282 Emsdetten

SPD-Fraktion im Rat der Stadt Köln
Herrn Christian Joisten
Rathaus, Spanischer Bau
50667 Köln

12. Februar 2019

Gutachterliche Stellungnahme zum Wahlverfahren zur Besetzung der Beigeordnetenstelle für das Dezernat IV -Bildung, Jugend und Sport bei der Stadt Köln

Sehr geehrter Herr Joisten,

nachfolgend übersende ich Ihnen meine gutachterliche Stellungnahme, die ich aufgrund der mir erteilten und den allgemein zugänglichen Informationen gefertigt habe. Für ein prozessuales Vorgehen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes sehe ich zurzeit mangels Rechtsschutzbedürfnis bei Ihrer Fraktion keinen Raum.

Ich bedanke mich für die Beauftragung und stehe für Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Hanspeter Knirsch

Gutachterliche Stellungnahme zum Wahlverfahren zur Besetzung der Beigeordnetenstelle für das Dezernat IV -Bildung, Jugend und Sport bei der Stadt Köln

I. Sachverhalt

Die bisherige Beigeordnete der Stadt Köln mit dem Geschäftskreis Bildung, Jugend und Sport (Dezernat IV) wurde vor Ablauf ihrer ersten (achtjährigen) Amtszeit in der Sitzung des Kölner Stadtrats am 03.09.2014 für eine weitere (achtjährige) Amtszeit wiedergewählt. Mit Pressemitteilung vom 18.07.2019 gab die Stadtverwaltung Köln bekannt, dass die Beigeordnete auf eigenen Wunsch aus privaten Gründen am 01.02.2019 ihr Amt aufgeben werde. Zwischenzeitlich wurde bekannt, dass die bisherige Beigeordnete zum 31.03.2019 aus dem Amt scheidet.

In seiner Sitzung am 27.09.2018 beschloss der Rat der Stadt Köln auf Antrag der SPD-Ratsfraktion und der „Ratsgruppe Bunt“ einstimmig bei Stimmhaltung der FDP-Fraktion, der AfD-Fraktion, der Gruppe Rot-Weiß sowie des Einzelmandatsträgers Wortmann (Freie Wähler Köln) die Ausschreibung der Stelle eines/einer Beigeordneten für das Dezernat IV. Auch ein Ausschreibungstext wurde beschlossen.

Der Beschluss lautet:

„Der Rat beschließt, gemäß § 71 Gemeindeordnung NRW die Stelle der/des Beigeordneten für das Dezernat IV mit dem Geschäftsbereich Bildung, Jugend und Sport nach Maßgabe des in der Anlage definierten Zuschnitts und Anforderungsprofils auszuschreiben und beauftragt die Verwaltung, hierfür die erforderlichen Schritte in die Wege zu leiten.

Die Verwaltung wird beauftragt, unter Beachtung der vergaberechtlichen Bestimmungen ein geeignetes Personalberatungsunternehmen auszuwählen und mit der Direktansprache von geeigneten Bewerberinnen bzw. Bewerbern, der Auswertung von Bewerbungsunterlagen, dem Einholen von Referenzen, der Führung von Auswahlgesprächen sowie einer Darstellung der Ergebnisse zu beauftragen. Sofern dem Personalberatungsunternehmen neben der Direktansprache von Bewerberinnen bzw. Bewerbern weitere geeignete Sondierungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, können und sollen diese auch genutzt werden. Sobald die Auswahl des Personalberatungsunternehmens seitens der Verwaltung getroffen worden ist, werden die Fraktionen unverzüglich über das Ergebnis schriftlich unterrichtet.“

Mit der organisatorischen Abwicklung des Ausschreibungsverfahrens wurde die Personalberatungsagentur „Russel Reynolds Associates“ durch die Stadt Köln beauftragt. In der Folge wurde das Ausschreibungsverfahren durchgeführt, einschließlich der Schaltung von Stellenanzeigen in bundesweit erscheinenden Presseorganen. Die Frist zur Einreichung von Bewerbungen wurde auf den 21.12.2018 gesetzt.

Nach Ablauf der Bewerbungsfrist wurden seitens der Personalberatungsagentur die eingegangenen Bewerbungen gesichtet und ein – die endgültige Auswahlentscheidung nicht vorwegnehmendes, sondern lediglich vorbereitendes – Ranking vorgenommen. Die entsprechende Liste wurde durch die Personalberatungsagentur der Oberbürgermeisterin der Stadt Köln übersandt, die die Liste durch ihr Büro der SPD-Ratsfraktion zukommen ließ, da der SPD-Fraktion das erste Vorschlagsrecht für die Besetzung dieses Dezernats zustehen soll, wie der Presseberichterstattung zu entnehmen ist. In der Folge führten Vertreter der SPD-Ratsfraktion „Kennenlerngespräche“ mit einzelnen Bewerbern. Weitere Gespräche mit Bewerbern – dann in Anwesenheit der Oberbürgermeisterin und Vertretern der SPD-Ratsfraktion – wurden für den 09.02.2019 terminiert.

Am 05. 02. 2019 zeichnete die Oberbürgermeisterin eine Verwaltungsvorlage für die Ratssitzung am 14. 02. 2019 ab, die u.a. folgenden Beschlusstext vorsieht:

„Der Rat wählt N.N. zur / zum Beigeordneten frühestens ab 01.04.2019 für die Dauer von acht Jahren. Als Geschäftskreis wird ihr / ihm das Dezernat IV – Bildung, Jugend und Sport übertragen.“

In der schriftlichen Begründung dieser öffentlichen und im Internet veröffentlichten Beschlussvorlage lautet:

„Die Stelle der / des Beigeordneten für das Dezernat IV – Bildung, Jugend und Sport – wird zum 01.04.2019 vakant. In der Sitzung des Rates am 27.09.2018 wurde die Beauftragung eines Personalberatungsunternehmens (PBU) zur Unterstützung des o.g. Besetzungsverfahrens beschlossen. Gemäß § 71 Absatz 1 der Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen (GO NRW) werden die Beigeordneten vom Rat für die Dauer von acht Jahren gewählt. Die Anforderungen sind in § 71 Absatz 3 GO NRW festgelegt. Die Stelle wurde gemäß § 71 Absatz 2 GO NRW öffentlich ausgeschrieben. Das Personalberatungsunternehmen Russell Reynolds Associates, Hamburg wurde in Umsetzung des Ratsbeschluss vom 27.09.2018 mit der Personalsuche beauftragt. Der Rat wurde über das Ausschreibungsverfahren informiert. Eine Information über das Auswahlergebnis sowie die vorliegenden Bewerbungen erfolgt vor der Ratssitzung.“

Die veröffentlichte Tagesordnung der Ratssitzung am 14. Febr. 2019 sieht unter Punkt 10.31 die „Wahl einer / eines Beigeordneten für das Dez. IV -Bildung, Jugend und Sport 0284/2019“ vor.

Am 06.02.2019 berichteten Kölner Medien, die SPD Ratsfraktion favorisiere offenbar eine Bewerberin aus München, die dort in der Vergangenheit bereits die einem nach nordrhein-westfälischem Recht gewählten Beigeordneten vergleichbare Stellung der Sozialreferentin der Stadt München innehatte. Für diese Presseberichterstattung gab es seitens der SPD-Ratsfraktion weder eine offizielle Bestätigung, noch wurde in der Presse benannt, welches konkrete Mitglied der Fraktion sich entsprechend geäußert haben soll.

Die als Favoritin in der Presse genannte Bewerberin bestätigte gegenüber den Medien im Wesentlichen nur, dass Sie sich beworben habe und sich das Amt angesichts ihrer bisherigen beruflichen Erfahrungen zutraue.

Die Stadtverwaltung Köln veröffentlichte am späten Nachmittag des 06.02.2019 eine Presseerklärung, in der es u.a. heißt:

„Aufgrund des Eindrucks durch die heutige Presseberichterstattung, dass sich eine Fraktion bereits auf eine Bewerberin festgelegt hat - bevor überhaupt zu Vorstellungsgesprächen eingeladen wurde - kann aus Sicht der Oberbürgermeisterin kein geordnetes Auswahlverfahren mehr garantiert werden. Aus Gründen der Fairness gegenüber allen Kandidatinnen und Kandidaten und einer möglichen juristischen Angreifbarkeit wird die Oberbürgermeisterin dem Rat empfehlen, das Verfahren neu aufzusetzen.“

Eine neue Beschlussvorlage für den Rat liegt bislang nicht vor.

Die SPD-Fraktion hat durch ihren Vorsitzenden, Herrn Christian Joisten, am Abend des 11. 02. 2019 unter Mitteilung des vorstehenden Sachverhalts um eine rechtliche Beurteilung gebeten. Dieser Bitte komme ich hiermit nach. Es geht dabei um folgende Fragen:

1. Ist die veröffentlichte Auffassung der Oberbürgermeisterin zutreffend, dass kein geordnetes Auswahlverfahren zur Besetzung der Stelle der / des Beigeordneten für das Dezernat IV – Bildung, Jugend und Sport der Stadt Köln garantiert werden kann?
2. Ist das bisherige Verfahren möglicherweise rechtlich anfechtbar?

3. Wie ist die angekündigte Empfehlung der Oberbürgermeisterin „das Verfahren neu aufzusetzen“ rechtlich zu beurteilen? Kann dadurch ein Schaden für die Stadt Köln entstehen?

II. Rechtliche Beurteilung

Zu Frage 1)

Ist die veröffentlichte Auffassung der Oberbürgermeisterin zutreffend, dass kein geordnetes Auswahlverfahren garantiert werden kann?

Die Oberbürgermeisterin begründet ihre Infragestellung eines geordneten Auswahlverfahrens mit der Presseberichterstattung vom 06. 02. 2019, wonach die SPD-Fraktion eine bestimmte Bewerberin favorisiere. Die Oberbürgermeisterin hat offensichtlich keine Bedenken gegen die Ordnungsmäßigkeit des Ausschreibungs- und Auswahlverfahrens selbst. Ihre Bedenken wurzeln in der Presseberichterstattung über eine angebliche Favorisierung einer bestimmten Kandidatin durch die SPD-Fraktion.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass Beigeordnete gem. § 71 Abs. 1 Satz 3 GO NRW vom Rat gewählt werden. Es handelt sich um ein originäres Entscheidungsrecht des Rates. Die Wahl gehört zu den Entscheidungen, die der Rat nicht übertragen darf. Dies ergibt sich unmittelbar aus § 41 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c GO NRW. Daraus folgt auch, dass der Rat Herr des Verfahrens ist (Plückhahn in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: August 2018, § 71 GO NRW, Erl. 6.2; Sanders in: Smith/Bender, Recht der kommunalen Wahlbeamten (NRW), 1. Aufl. 2016, Seite 58; Paal in: Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Stand Sept. 2018, § 71 Erl. III.1). Der Oberbürgermeisterin kommt demnach als Vorsitzende des Rates lediglich eine koordinierende und verfahrensleitende Funktion zu. Eine persönliche Vorstellung von Bewerbern bei der Oberbürgermeisterin ist zwar zulässig aber keine Voraussetzung für ein geordnetes Verfahren.

Vorberatungen durch andere Gremien sind zulässig. So kann im Hauptausschuss oder in einem Personalausschuss durchaus die Vorstellung von Bewerbern stattfinden, solange der formale Wahlakt dem Rat vorbehalten bleibt. Gleiches gilt für Vorstellungen und Vorberatungen in Fraktionssitzungen, was in der Praxis auch regelmäßig geschieht (Keller in: Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kleerbaum/Palmen, 3. Auflage 2018, § 71 Erl. IV.1).

Den zur Wahl eines Beigeordneten berufenen Ratsmitgliedern steht das organschaftliche Recht zu, sich über den Kreis aller Bewerber um das Amt im Vorfeld der Wahl zu informieren (Paal in: Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Stand Sept. 2018, § 71 Erl. II.1). Dieses Recht schließt das Recht auf Meinungsbildung ein und es schließt die Geheimhaltung von Bewerbern gegenüber dem Rat auch dann aus, wenn zur Vorbereitung der Auswahl ein privates Personalberatungsunternehmen hinzugezogen bzw. eine Findungskommission des Rates gebildet wurde. Eine unter Verletzung dieses Informationsanspruches der Ratsmitglieder erfolgte Wahl eines Beigeordneten ist rechtswidrig (OVG NRW, Urteil vom 5. Februar 2002 – 15 A 2604/99 – NWVBl. 2002, 381). Dies ist vorliegend jedoch erkennbar nicht der Fall. In der Beschlussvorlage zur Ratssitzung am 14. 02. 2018 heißt es wörtlich „Eine Information über das Auswahlergebnis sowie die vorliegenden Bewerbungen erfolgt vor der Ratssitzung.“

Das Durchsickern eines Meinungsbilds einer Fraktion an die Öffentlichkeit stellt keinen rechtlich relevanten Verfahrensmangel dar. Das gilt jedenfalls dann, wenn, wie vorliegend, die Information nach Ende der Bewerbungsfrist an die Öffentlichkeit gelangt ist und die Bewerberliste vollständig vorliegt. Hinweise, dass Ratsmitglieder sich vergeblich bemüht haben, rechtzeitig Informationen über die eingegangenen Bewerbungen zu erhalten, liegen nicht vor.

Zu Frage 2

Ist das bisherige Verfahren möglicherweise rechtlich anfechtbar?

Es liegen keinerlei Anhaltspunkte für rechtlich relevante Fehler im Ausschreibungs- und Auswahlverfahren vor. Insbesondere stellt die Veröffentlichung eines Meinungsbilds einer Fraktion nach Ende der Bewerbungsfrist keinen Verfahrensmangel dar. Anders als bei dem Verfahren zur Besetzung der Stelle des Kämmers bei der Stadt Köln im Jahre 2010, als vor Ende der Bewerbungsfrist in der Presse Berichte erschienen, dass die Wahl der Kandidatin Klug bereits vorentschieden sei und es deswegen zu einem Hinweis der Kommunalaufsicht kam, dass dadurch möglicherweise das Bewerberfeld von vornherein verkleinert werde, kann dieses Argument vorliegend keine Rolle spielen, weil die Berichterstattung über ein mögliches Votum der SPD-Fraktion nach Ende der Bewerbungsfrist erfolgt ist und somit keinerlei Einfluss auf das Bewerberfeld haben konnte.

Es erübrigt sich daher die Prüfung der Frage, wer ggf. zur Geltendmachung eines Verfahrensmangels berechtigt wäre. Voraussetzung wäre ja nicht nur ein objektiver Verfahrensverstöß, sondern auch die Verletzung eines subjektiven Rechts.

Zu Frage 3

Wie ist die angekündigte Empfehlung der Oberbürgermeisterin „das Verfahren neu aufzusetzen“ rechtlich zu beurteilen? Kann dadurch ein Schaden für die Stadt Köln entstehen?

Es ist davon auszugehen, dass die Oberbürgermeisterin mit ihrer Formulierung „neu aufzusetzen“ zweierlei gemeint hat, nämlich erstens, die bisherige Ausschreibung aufzuheben und zweitens, ein neues Ausschreibungsverfahren durchzuführen.

Für Ausschreibungen von Stellen für Angestellte und Laufbahnbeamte gilt, dass es dem öffentlichen Arbeitgeber/Dienstherm nicht frei steht, das Stellenbesetzungsverfahren nach Belieben abubrechen. Hierfür bedarf es vielmehr eines sachlichen Grundes, der nach der Rechtsprechung auch zu dokumentieren ist (vgl. dazu ausführlich VG Münster, Urteil vom 12.01.2012, 4 K 2140/09, NRWE, Rechtsprechungsdatenbank NRW). Das Gericht stützt seine Entscheidung letztlich auf Art. 33 Abs. 2 GG, der jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gewährt. Daraus folgt der Anspruch eines Beförderungsbewerbers auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung. Nach Art. 33 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG kann der unterlegene Bewerber in einem gerichtlichen Verfahren überprüfen lassen, ob er durch die Auswahlentscheidung in seinem subjektiv-öffentlichen Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt worden ist (BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 28. November 2011 – 2BvR 1181/11 –, juris Rn.20 m. w. N.).

Das Bundesverfassungsgericht betont in der gleichen Entscheidung, dass zur Durchsetzung der in Art. 33 Abs. 2 GG gewährleisteten Rechte der Bewerbungsverfahrenanspruch eine angemessene Gestaltung des Auswahlverfahrens erfordere. Dazu gehört auch, dass ein Auswahlverfahren nicht sachgrundlos abgebrochen wird. Das Gericht führt aus, dass der Abbruch des Auswahlverfahrens, durch welchen sich die Zusammensetzung des Bewerberkreises steuern lässt (vgl. zu Art. 12 Abs. 1 GG BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 20. September 2002 - 1 BvR 819/01 u. a. -, DVBl 2002, S. 1629; BVerfGK 5, 205 <215>), einen sachlichen Grund erfordert. Im Weiteren heißt es in der Entscheidung, dass von Verfassung wegen keine Neuausschreibung erfolgen darf, wenn der Abbruch eines Auswahlverfahrens dieser Anforderung nicht gerecht wird. Durch eine Auswahlentscheidung in einem neuen Auswahlverfahren werden die Bewerber des ursprünglichen Auswahlverfahrens in ihrem Bewerbungsverfahrenanspruch verletzt (2BvR 1181/11, juris Rn. 22).

Das gilt grundsätzlich auch für Wahlbeamte. Allerdings ist das Rechtsverhältnis mit kommunalen Wahlbeamten dadurch gekennzeichnet, dass diese in der Regel über eine besondere politische Nähe und dem damit verbundenen Vertrauen zu der ihn wählenden Mehrheit verfügen müssen, um im Rahmen eines

Bewerbungsverfahrens ausgewählt zu werden. Die Wahlentscheidung des Rates gem. § 71 Abs. 1 Satz 3 GO NRW bedarf keiner Begründung. Auch ist der Rat nicht an eine Empfehlung einer Personalberatungsgesellschaft oder einer Findungskommission gebunden. Er ist also in der Ausübung seines Auswahlermessens deutlich freier als dies bei Laufbahnbeamten oder Angestellten der Fall ist.

Die erneute Ausschreibung der Stelle eines kommunalen Wahlbeamten nach Aufhebung der ersten Ausschreibung ist zwar grundsätzlich keine unzulässige Rechtsausübung, denn die Beschlüsse des Rates sind nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen frei aufhebbar, sofern auf solchen Beschlüssen beruhende Rechte nicht entgegenstehen (VG Darmstadt, Urteil vom 3. Juli 1985, HSGZ 1986, 443). Es greift auch nicht in Rechte Dritter ein, wenn bei der Wiederholung die Ausschreibungsbedingungen neu gefasst, insbesondere hinsichtlich der geforderten Qualifikationen und der Bewerbungsfrist geändert werden. (Paal in: Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Stand Sept. 2018, § 71 Erl. III.1).

Diese Entscheidungsfreiheit des Rates findet jedoch seine Grenzen in den vom Bundesverfassungsgericht ausformulierten Grundsätzen zum Abbruch von Auswahlverfahren und dem von jeder öffentlichen Gewalt zu beachtenden Willkürverbot. Eine Verletzung des Willkürverbots liegt vor, wenn die Rechtsanwendung oder das Verfahren unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass die Entscheidung auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruht (BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Juli 2014 - 1 BvR 1925/13 - Rn. 13 mit Verweis auf weitere Entscheidungen, vgl. BVerfGE 80, 48 <51>; 83, 82 <84>; 86, 59 <63>).

Wie in der Beantwortung der Frage zu 1 ausgeführt, ist im vorliegenden Verfahren kein rechtserheblicher Fehler festzustellen. In insbesondere stellt die Veröffentlichung des Namens der Favoritin einer Fraktion und die von der Presse ebenfalls veröffentlichte Bestätigung der Bewerberin, dass sie sich beworben habe, keinen Verfahrensfehler dar. Würde man in der Presseberichterstattung einen Verfahrensfehler sehen, könnte jedes Auswahlverfahren durch gezielte Indiskretionen torpediert werden.

Die Aufhebung der Ausschreibung wäre also rechtsmissbräuchlich und würde gegen das Willkürverbot verstoßen. Durch eine Auswahlentscheidung in einem neuen Auswahlverfahren würden die Bewerber des ursprünglichen Auswahlverfahrens in ihrem Bewerbungsverfahrenanspruch verletzt. Diese Rechtsverletzung könnte im Wege der sog. Konkurrentenklage geltend gemacht werden. Neben dem finanziellen Schaden, der der Stadt Köln durch ein zweites Ausschreibungsverfahren entstehen würde, wäre die mögliche Nichtbesetzung der Stelle über einen nicht absehbaren Zeitraum zu beachten.

III. Zusammenfassung und Empfehlung

1. Es ist kein rechtserheblicher Verfahrensmangel im Ausschreibungs- und Auswahlverfahren bei der Besetzung der Stelle der / des Beigeordneten für das Dezernat IV – Bildung, Jugend und Sport der Stadt Köln ersichtlich.
2. Eine Aufhebung der Ausschreibung und Neuausschreibung der Stelle wäre rechtswidrig und würde den Bewerbungsverfahrenanspruch der Bewerberinnen und Bewerber im vorliegenden Verfahren verletzen.

3. Dem Rat der Stadt Köln ist zu empfehlen, in der Ratssitzung am 14. 02. 2019 unter Punkt 10.31 „Wahl einer / eines Beigeordneten für Dez. IV -Bildung, Jugend und Sport“ eine Wahlentscheidung zu treffen. Eines Beschlussvorschlags der Oberbürgermeisterin bedarf es dafür nicht.

Emsdetten, d. 12. 02. 2019

Dr. Knirsch
-Rechtsanwalt