



Prof. Nr. 7.1/16.00/ 459275 /Dr.

Bozen, 28.08.2013

Zur Kenntnis:

Amt eines Gemeinderats - Unvereinbarkeit gemäß Art. 21, Abs. 1, Bstb. D), D.P.Reg. 1/L vom 01.02.2005 – Folgen der Nichtanlastung

Sehr geehrter Herr Bürgermeister,

gerne kommen wir der im Betreff zitierten Anfrage nach. Sie berichten, dass ein Gemeinderatsmitglied der Gemeinde einen Rekurs in einer Bausache vor dem Regionalen Verwaltungsgerichtshof zugestellt hat. Die Anhängigkeit eines Verwaltungsverfahrens mit der Gemeinde stellt einen Unvereinbarkeitsgrund im Sinne des Art. 21, Abs. 1, Bstb. d) der regionalen Gemeindewahlordnung dar. Gemäß Art. 24, Abs. 1 wurde die Anlastung dieses Unvereinbarkeitsgrundes auf die Tagesordnung des Gemeinderats gesetzt, dann allerdings von den Räten vertagt und seitdem nicht mehr behandelt.

Konkret stellen Sie nun die folgenden Fragen:

- 1.) Stellt die Teilnahme dieses Gemeinderats an den seither erfolgten Gemeinderatssitzungen einen allfälligen Anfechtungsgrund für die bei diesen Sitzungen genehmigten Beschlüsse dar bzw. kann der betroffene Gemeinderat an den Abstimmungen derzeit teilnehmen?
- 2.) Stellt eine Nichtbehandlung des Beschlusses bzw. eine Ablehnung einer möglichen Anlastung eines Unvereinbarkeitsgrundes eine schwere und andauernde Gesetzesverletzung im Sinne von Art. 83, Abs. 1, Bstb. a) des ETGO dar?
- 3.) Besteht zu Lasten des Bürgermeisters im unter Punkt 2 beschriebenen Fall eine Meldepflicht und wenn ja, an welches Amt muss eine allfällige Mitteilung gerichtet werden?

Grundsätzlich sei vorausgeschickt, dass die „ratio“ der Unvereinbarkeitsbestimmung im Sinne des Art. 21, Abs. 1 Bstb. d), die Vermeidung von Interessenskollisionen ist, die dadurch verursacht werden, dass die Körperschaft von Bürgern vertreten wird, die aufgrund eines eigenen Rechtsstreites ein der Körperschaft entgegengesetztes persönliches Interesse haben (siehe z.B. Urteil des TAR Lombardel: „... la „ratio“ di evitare che l'Ente pubblico possa essere rappresentato da cittadini condizionati da un interesse personale: ciò significa che la „lite“ deve in ogni caso riflettere uno scontro di interessi, ossia, molto schematicamente, la pretesa di un soggetto di conseguire da un altro, che glielo contesta, qualche bene della vita.“)

Für die Anlastung der Unvereinbarkeit, hat der Gesetzgeber ein zeitlich etwas komplexeres Verfahren im Gemeinderat vorgesehen, das im Sinne des Artikels 24¹ des D.P.Reg. vom 1. Februar 2005, Nr. 1/L,

¹ D.P.REGION. 1-2-2005 n. 1/L, Art. 24

(1) Wenn nach der Wahl irgendeine der in diesem Einheitstext als Nichtwählbarkeitsgrund vorgesehenen Bedingungen eintritt, oder diese zum Zeitpunkt der Wahl besteht oder nachträglich irgendeine der in diesem Einheitstext vorgesehenen Unvereinbarkeitsbedingungen eintritt, so wird diese dem Betroffenen vom Rat, dem er angehört, angelastet.

(2) Das Ratsmitglied hat zehn Tage Zeit, um Bemerkungen vorzubringen oder die Nichtwählbarkeits- oder Unvereinbarkeitsgründe zu beseitigen.

(3) Innerhalb von zehn Tagen nach dem Verfall der Frist nach dem vorstehenden Absatz fasst der Rat einen endgültigen Beschluss und fordert, falls er den Nichtwählbarkeits- oder Unvereinbarkeitsgrund als gegeben erachtet, das Ratsmitglied auf, diesen zu beseitigen oder sich gegebenenfalls zu entscheiden, welches Amt es beizubehalten beabsichtigt.



folgenden Ablauf hat und dem von der (vermuteten) Unvereinbarkeit betroffenen Ratsmitglied dabei auch genügend Zeit und Raum verschafft, sich zu verteidigen bzw. den Unvereinbarkeitsgrund zu beseitigen:

- Der Gemeinderat lastet dem Betroffenen die vermutete Unvereinbarkeit an, dieser hat hierauf 10 Tage Zeit, Gegenbemerkungen vorzubringen oder die Unvereinbarkeit zu beseitigen (Absatz 1 und 2 Artikel 24 D.P.Reg. vom 1. Februar 2005, Nr. 1/L).
- Nach Ablauf der Frist von 10 Tagen zu Gunsten des Betroffenen hat der Gemeinderat ebenfalls eine Frist von 10 Tagen, um mittels Beschluss festzustellen, ob die Unvereinbarkeit tatsächlich besteht (Absatz 3 Artikel 24 D.P.Reg. vom 1. Februar 2005, Nr. 1/L).
- Sollte nun der Gemeinderat die Unvereinbarkeit als gegeben erachten (und den dementsprechenden Feststellungsbeschluss gefasst haben), so hat er dem betroffenen Ratsmitglied – sozusagen als zweite Chance – eine weitere Frist von 10 Tagen zuzugestehen, mit der Aufforderung, die festgestellte Unvereinbarkeit zu beseitigen oder sich gegebenenfalls zu entscheiden, welches Amt er beizubehalten beabsichtigt (Absatz 4 Artikel 24 D.P.Reg. vom 1. Februar 2005, Nr. 1/L).
- Erst nach ergebnislosem Ablauf dieser letzten Frist ist der Gemeinderat berechtigt, den Beschluss der effektiven Verfallserklärung des Ratsmitgliedes zu fassen. Gegen den Verfallsbeschluss kann der Betroffene Beschwerde beim Landesgericht einbringen (Absatz 4 Artikel 24 D.P.Reg. vom 1. Februar 2005, Nr. 1/L).
- Der Beschluss muss am nachfolgenden Tag beim Sekretariat hinterlegt werden und innerhalb der darauf folgenden fünf Tage dem für verfallen Erklärten zugestellt werden (Absatz 5 Artikel 24 D.P.Reg. vom 1. Februar 2005, Nr. 1/L).

Gemäß Artikels 24 des D.P.Reg. Nr. 1/L-2005 (Gemeindewahlordnung) ist es demnach Aufgabe des Gemeinderats, dem Betroffenen eventuelle Nichtwählbarkeits- oder Unvereinbarkeitsgründe anzulasten. Der Gemeinderat ist zu dieser Maßnahmenergreifung gesetzlich verpflichtet, weshalb **man hierbei auch von einem „atto obbligatorio di legge“**, einer gesetzlichen Pflichtmaßnahme, spricht².

Sollte die Gemeindeverwaltung ihrer Pflicht nicht von Amts wegen nachkommen, ist zum einen im Artikel 24, Abs. 6, der Gemeindewahlordnung Folgendes vorgesehen:

„Die Beschlüsse nach diesem Artikel werden von Amts wegen oder auf Antrag eines jeden in den Wählerlisten der Gemeinde eingetragenen Staatsbürgers gefasst.“

Ein jeder beliebiger wahlberechtigter Bürger der Gemeinde, ohne dass er ein besonderes spezifisches Interesse nachweisen müsste, kann demnach einen Antrag auf Einleitung des Verfahrens gemäß Art. 24 stellen. In diesem Fall beginnt ein Verwaltungsverfahren auf Antrag der Partei, zu laufen mit allen diesbezüglichen Fristen und Termineinhaltungen seitens der Gemeinde und den üblichen Konsequenzen bei Untätigkeit.

Genau ein solcher Antrag wurde im Übrigen von Herrn _____ am _____ bereits gestellt, weshalb die Gemeinde sich auch aus diesem Grund unter Handlungsdruck befindet.

(4) Falls das Ratsmitglied nicht innerhalb der nachfolgenden zehn Tage dafür sorgt, erklärt es der Rat für verfallen. Gegen den vom Rat gefassten Beschluss kann beim örtlich zuständigen Landesgericht Gerichtsbeschwerde eingebracht werden.

(5) Der Beschluss muss am nachfolgenden Tag beim Sekretariat hinterlegt werden und innerhalb der darauf folgenden fünf Tage dem für verfallen Erklärten zugestellt werden.

(6) Die Beschlüsse nach diesem Artikel werden von Amts wegen oder auf Antrag eines jeden in den Wähler-listen der Gemeinde eingetragenen Staatsbürgers gefasst.

² Als **gesetzliche Pflichtmaßnahme** gelten laut Rechtsprechung nicht nur jene Maßnahmen die die Verwaltung in Folge einer Verfallsfrist vornehmen muss, sondern auch solche Maßnahme, bei denen die vorgegebene Frist nur eine Ordnungsfrist ist bzw. das Gesetz gar keine Frist vorgesehen hat, diese aber in einer Verordnung oder einer Aufforderung der zuständigen Stelle (im Fall der Gemeinden also die Landesregierung) enthalten sein kann.

Vgl. dazu Staatsrat Urteil Nr. 5706/2006

„La distinzione tra termini perentori e ordinatori non ha nulla a vedere con quella tra atti obbligatori e non obbligatori, né con la questione che ne occupa. Gli atti obbligatori, o obbligatori per legge, di cui al citato articolo 136 [del d. lgs. 267/2000], sono invece tutti quelli la cui emanazione è prevista da una fonte normativa (con esclusione quindi di quelli derivanti da una fonte contrattuale o da un atto amministrativo.“

Und weiters das TAR Roma, Lazio Urteil Nr. 139/2009: *„Il potere sostitutivo di cui all'art. 136, d.lgs. 267/2000 può essere esercitato sia nei riguardi degli atti obbligatori dei Comuni per i quali il termine di emanazione – avente natura perentoria – sia direttamente fissato dalla legge, sia nei riguardi degli atti il cui termine – avente valenza meramente acceleratoria – sia stabilito in via amministrativa, ritenendo nella specie, legittimamente esercitato dalla Regione il potere sostitutivo, una volta decorso infruttuosamente il termine dalla stessa dato al Comune per la nomina del Difensore Civico.“*



Sollte die Gemeinde aber auch jetzt noch nicht tätig werden, hat das Gesetz hat noch eine weitere, ernstzunehmende Möglichkeit für die Bürger geschaffen, um gegen die untätige Gemeindeverwaltung vorzugehen, nämlich die „Volksklage“ (ital. „azione popolare“) vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit gemäß Art. 70, Abs. 1 der staatlichen Gemeindeordnung.

Dieser Artikel 70 des D.lgs. 267/2000 kommt durch einen ausdrücklichen Verweis im Artikel 101 der regionalen Wahlordnung („Auf dem Gebiet der Rekurse gegen die Amtshandlungen für die Wahl der Gemeinderäte und auf dem Gebiet der Streitfälle über Wählbarkeitsfragen werden die Staatsgesetze angewandt.“) auch in unserer Region zur Anwendung.

Art. 70, D. lgs. 267/2000:

„La decadenza dalla carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale può essere promossa in prima istanza da qualsiasi cittadino elettore del comune, o da chiunque altro vi abbia interesse davanti al tribunale civile.“

Bei dieser sog. „Volksklage“ wird der Verfahrensablauf gemäß Art. 22, D. lgs. 150/2011 vor dem für die Gemeinde territorial zuständigen Landesgericht angewandt, dessen Besonderheiten hier kurz erläutert werden:

Das Gericht urteilt als Kollegialgericht in einem summarischen Kognitionsverfahren, sozusagen also in einem Schnellverfahren, wobei auch die Teilnahme des Staatsanwaltes vorgesehen ist. Die Eigenheiten dieses Verfahrens sind weiters, dass die Angelegenheit in jedem Grad im Dringlichkeitswege behandelt wird, für die klagende Partei keine Anwaltpflicht besteht und auch keine Gerichtsgebühren oder Kanzleispesen zu bezahlen sind. Dadurch sollen dem die Initiative ergreifenden Bürger keine unnötigen Spesen aufgebürdet werden, sondern er vielmehr dazu animiert werden, den Schritt vor Gericht zu wagen. Sollte der Richter den Rekurs des Bürgers als gerechtfertigt erachten und daher annehmen, so ist es gleichzeitig auch dessen Aufgabe die Verfallserklärung des mit der Unvereinbarkeit belasteten Ratsmitgliedes sowie dessen Ersetzung durch den nachstehenden Berechtigten vorzunehmen.

Bezüglich der Rekursfrist, die, wie vom Absatz 4 des Artikels 22 vorgesehen, 30 Tage ab Veröffentlichung des üblicherweise anzufechtenden Beschlusses über die Wahlhandlungen beträgt, wird hervorgehoben, dass diese Verfallsfrist jedoch nicht zur Anwendung kommt, wenn die Gemeindeverwaltung es gänzlich unterlassen hat eine Maßnahme zu setzen.

Es soll der Allgemeinheit nämlich jederzeit ermöglicht werden ihr Interesse hinsichtlich der rechtmäßigen Zusammensetzung ihrer gewählten Organe geltend zu machen.

So die Kassation im Urteil Nr. 12421/2004: *„ [S] ritiene l'azione popolare svincolata da termini decadenziali se non preceduta dal procedimento amministrativo ed invece soggetta al breve termine decadenziale previsto se preceduta dalla delibera del consiglio. È opportuno ricordare che questa Corte è venuta elaborando (da ultimo, Cass. Civ. 13356/00; 18128/02) la convinzione della piena indipendenza ed alternatività tra le due azioni: quella di impugnazione della delibera consiliare e quella popolare di contestazione, dinanzi al giudice di primo grado, della eleggibilità o compatibilità dell'eletto concludendo che la azione popolare prevista, adesso dall'art. 70 d. lgs. 267/00 ed, all'epoca, dall'art. 9bis l.s. 570/60 era ed è assolutamente svincolata da termini decadenziali e può quindi essere proposta in ogni tempo, sussistendo per tutta la durata del mandato elettorale l'interesse pubblico alla rimozione delle ragioni di (possibile) malfunzionamento dell'organo elettivo.“*

Die Klagemöglichkeit gemäß Art. 70 D.lgs. 267/2000 birgt aber noch eine weitere Besonderheit in sich:

Ist das Gerichtsverfahren erst einmal in Gang gesetzt, kann es nicht mehr durch den Beginn des Verfahrens vor dem Gemeinderat gestoppt werden. Nur mehr der Richter hat dann die alleinige Aufgabe – sollte er den Verfallsgrund des Ratsmitgliedes bestätigen – den Verfall des Gemeinderatsmitgliedes vom Amt zu erklären. Diese richterliche Entscheidung hat in jedem Fall **Vorrang** vor der Entscheidung des Gemeinderats – auch wenn dieser das Verfahren gemäß Art. 24 der Wahlordnung gleichzeitig oder auch schon vorher in Gang gesetzt hat: Sollte so z.B. der Gemeinderat am Ende seines Anlastungsverfahrens zum Schluss kommen, dass keine Unvereinbarkeit besteht und der Verfall vom Amt nicht gerechtfertigt ist, das Gericht am Ende seines Verfahrens jedoch genau umgekehrter Meinung ist und den Verfall daher erklärt (auch zeitgleich oder nach dem Beschluss der Gemeinde) so ist die nur Entscheidung des Gerichtes maßgebend.

Die anfängliche Untätigkeit der Gemeindeverwaltung hat somit ab dem Moment, wo ein Verfahren vor Gericht gemäß Art. 70 eingeleitet wurde, den Entzug der Kompetenz seitens der Gemeindeverwaltung zur Folge:



"L'azione popolare diretta alla dichiarazione di (ineleggibilità o di) decadenza dell'eletto si colloca [...] a un piano di assoluta autonomia rispetto alla delibera consiliare di convalida delle elezioni: nel correlativo giudizio che involge posizioni di diritto soggettivo perfetto, i pieni poteri di cognizione del giudice ordinario, comprendenti anche quello di correggere il risultato delle elezioni, non sono influenzati da eventuali provvedimenti nel consiglio comunale né il relativo procedimento amministrativo può incidere sulla proponibilità dell'azione giudiziaria. Ne consegue che detta azione popolare – mantenuta ferma anche nel nuovo testo unico a garanzia dell'interesse pubblico ad evitare il consolidamento di situazioni potenzialmente dannose all'ente stesso e come opportunità data al cittadino a tutela da deliberazioni consiliari che possono essere assoggettate a logiche politiche di maggioranza in difesa dei propri esponenti – come può essere proposta anche in assenza di un deliberato consiliare di convalida, così corrispondentemente, prescinde dalla correlativa impugnazione di un siffatto (ove adottato) deliberato." (Urteil Kassation Nr. 18128/2002).

Der Verfassungsgerichtshofes hat bereits 1996, in einem ähnlichen Fall, einen Regionalratsabgeordneten aus Kalabrien betreffend, festgelegt, dass im Falle zweier parallel laufender Verfahren (eines vor Gericht und eines vor dem Regionalrat), das Verfahren vor Gericht und somit auch die vom Gericht getroffene Entscheidung vorrangig ist: „La procedura di convalida presso il Consiglio regionale e il giudizio di fronte al Tribunale – per quanto attivabili entrambi per iniziativa di cittadini elettori, estranei al Consiglio stesso, e orientati in definitiva allo scopo comune dell'eliminazione delle situazioni di incompatibilità e di ineleggibilità previste dal legislatore, in cui versino i consiglieri – si svolgono su piani diversi, mirando a finalità immediate anch'esse diverse: la verifica del titolo di partecipazione all'organo collegiale a opera e nell'interesse dell'organo stesso alla propria regolare composizione, la prima; la garanzia del rispetto delle cause di ineleggibilità e incompatibilità nell'interesse della generalità dei cittadini elettori e a opera della Autorità giudiziaria, la seconda.

Questo spiega la concorrenza delle due distinte garanzie in ordine alle cause di incompatibilità e di ineleggibilità, concorrenza ormai pacificamente riconosciuta nella giurisprudenza della Corte di cassazione e giudicata conforme da alla Costituzione da questa stessa Corte nella sentenza n. 253 del 1989, ove si è chiarito che l'autonomia dell'azione di fronte al giudice – pur in presenza del procedimento di contestazione dell'incompatibilità e della possibilità di rimediarsi, che la legge consente all'interessato nel medesimo procedimento – dipende dall'esistenza di interessi di ordine generale circa la garanzia più tempestiva possibile della legittima composizione degli organi elettivi e la necessità che l'attivazione di tale garanzia obiettiva non sia paralizzata da iniziative e procedure concorrenti, quali quelli che si svolgono di fronte ai consigli elettivi. [...] Per questi motivi la Corte costituzionale dichiara che spetta allo Stato e, per esso alla Autorità giudiziaria il giudizio sui ricorsi in tema di ineleggibilità e incompatibilità promossi dai cittadini elettori nei confronti dei consiglieri regionali, indipendentemente dalla pendenza presso il Consiglio regionale del procedimento [...]." (Urteil Verfassungsgerichtshof Nr. 357/1996)

Dies hat u.a. – neben den mit einem Gerichtsverfahren verbundenen Spesen – eine nicht unerhebliche Konsequenzen für das betroffene Ratsmitglied selbst: Denn im Falle eines gerichtlichen Verfahrens beginnt die Frist von 10 Tagen, innerhalb welcher das Ratsmitglied die Unvereinbarkeit bzw. nachträgliche Unwählbarkeit beseitigen muss, bereits ab der Zustellung des Rekurses zu laufen und nicht erst ab einer späteren eventuellen richterlichen Feststellung! Ist die Unvereinbarkeit/ Unwählbarkeit einmal gerichtlich festgestellt, bzw. sind auch nur ab der Zustellung 10 Tage vergangen ohne dass es ansonsten begonnen hätte, ist es bereits zu spät um die Unvereinbarkeit/Unwählbarkeit noch wirksam beseitigen zu können. Hingegen im Verfahren vor dem Gemeinderat gemäß Art. 24 der Wahlordnung, erhält der Betroffene sowohl vor, als auch nach der Feststellung der Unvereinbarkeit durch den Rat, eine 10tägige Handlungsfrist und damit einerseits eine Möglichkeit vorher noch Gegenbemerkungen vorzubringen und andererseits es sich in einem späteren Moment immer noch überlegen zu können (vgl. den eingangs geschilderten Ablauf des Verfahrens).

Eine allerletzte Besonderheit ist jene, dass in diesem Spezialfall nicht nur der einfache (aber wahlberechtigte) Bürger der Gemeinde, sondern **auch jedes andere Gemeinderatsmitglied berechtigt ist**, den Rekurs gemäß Art. 70 staatliche Gemeindeordnung gerichtlich einzureichen:

„In tema di contenzioso elettorale, l'art. 70 D. lgs. 267/2000 legittima all'azione di decadenza, oltre al cittadino elettore, "chiunque altro vi abbia interesse", e quindi, non esigendo un interesse diretto [...] rende esperibile l'azione medesima anche da un altro componente del Consiglio comunale, pur se non tragga personale vantaggio dall'eventuale accoglimento della domanda, in ragione del suo interesse a che la partecipazione del singolo consigliere non sia viziata da situazioni potenzialmente atte ad influire



negativamente sul dovere di conformare il suo operato a valutazioni esclusivamente inerenti agli scopi istituzionale del Comune." (Urteil Kassation Nr. 12807/2004).

Im Übrigen wird die Gemeinde, wie bereits eingangs erwähnt, erneut darauf aufmerksam gemacht, dass es sich bei der Abwicklung des Verfahrens gemäß Art. 24 um eine gesetzliche Pflichtmaßnahme seitens der Gemeinde handelt. In diesem Zusammenhang wird auf den Art. 82 des DPREg. Nr. 3L/2005 verwiesen, der diesbezüglich folgendes vorsieht:

Sollte die Gemeinde trotz Aufforderung binnen einer angemessenen Frist die Vornahme gesetzlicher Pflichtmaßnahmen unterlassen oder sie hinauszögern, sorgt dafür die Landesregierung durch einen Kommissär. Die damit verbunden Ausgaben sind natürlich zu Lasten der betroffenen Gemeinde.

Die Gemeinde ist daher angehalten das Verfahren gemäß Art. 24 der regionalen Wahlordnung abzuwickeln.

Während die Beantwortung auf Ihre Fragen 2 und 3 anlässlich der obigen Ausführungen als nicht mehr relevant erachtet wird, soll abschließend jedoch noch Ihre erste Frage beantwortet werden.

Das betroffene Ratsmitglied ist während des gesamten Zeitraumes vom Beginn des Verfahrens zur Anlastung eines Unvereinbarkeitsgrundes bis zum Abschluss desselben bzw. bis zur tatsächlichen Verfallserklärung durch den Gemeinderat, als vollwertiges Mitglied dieses Kollegialorgans zu betrachten, d.h. dessen Teilnahme an den zwischenzeitlich erfolgten Ratssitzungen stellt keinen Anfechtungsgrund für die bei diesen Sitzungen genehmigten Beschlüssen dar.³

Für weitere Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Die geschäftsführende Abteilungsleiterin

Dr. Marion Markart

³ Vgl. La nuova Rassegna, Num. 13 – 14 2007, Quesiti - Consiglieri comunali e provinciali – Cause di ineleggibilità e incompatibilità sopravvenute rispetto al momento dell'elezione – Convalida degli eletti e procedura di contestazione – Disciplina: "Nel frattempo l'operatività del Consiglio è assicurata; infatti, nel periodo intercorrente tra la contestazione della causa di ineleggibilità o incompatibilità sopravvenuta e la definizione della medesima contestazione si ritiene che il consigliere non debba essere considerato diversamente dagli altri eletti: da un punto di vista strettamente giuridico rimane consigliere senza che la sua carica possa considerarsi "affievolita" o "diminuita". E ciò anche sulla base della semplice considerazione che la pretesa causa sopravvenuta di ineleggibilità o di incompatibilità in realtà non sia reale."