

A thick, bright green curved line that starts from the top left and curves downwards and to the right, framing the main title.

Ersatz des Verdienstausfalls von Kreistagsmitgliedern

Regelungsvorschlag

21. Februar 2023

Ersatz des Verdienstausfalls von Kreistagsmitgliedern

1 Fragestellung

Zentrale Fragestellungen (1)



Wie können die rechtlichen Vorgaben des Kreises Unna zum Ersatz des Verdienstauffalls sowohl für die Berechtigten als auch die Kreistagsverwaltung rechtlich klarer und besser handhabbar gemacht werden?

Zentrale Fragestellungen (2)



Ist eine Mandatsausübung erforderlich, über die die Betroffenen inhaltlich und zeitlich disponieren könnten und diese auch - zumindest teilweise - außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit legen könnten?

Welche Dokumente sind als qualifizierte Nachweise für den Verdienstausfall für welche Berufsgruppe anererkennungsfähig?

Ersatz des Verdienstauffalls von Kreistagsmitgliedern

2 Rechtliche Ausgangslage

Ersatz des Verdienstausfalls von Kreistagsmitgliedern



Kreisordnung NRW

Gemäß **§ 30 KrO NRW*** i. V. m. **§ 45 Abs. 1 S. 1 GO NRW**** haben die Mitglieder des Kreistags, des Kreisausschusses und der Ausschüsse

„Anspruch auf eine angemessene Aufwandsentschädigung und auf Ersatz des Verdienstausfalles, der ihnen durch die Mandatsausübung entsteht, soweit sie während der Arbeitszeit erforderlich ist.“

Der Kreistag kann aufgrund seines Satzungsrechts insoweit ausgestaltende Regelungen treffen, soweit nicht die Verordnung über die Entschädigung der Mitglieder kommunaler Vertretungen und Ausschüsse (EntschVO) Vorgaben macht. Teilweise muss diese Ausgestaltung in der Hauptsatzung erfolgen.

/ neu gefasst mit Wirkung vom 26. April 2022 durch Gesetz vom 13. April 2022 (GV. NRW. S. 490).*

Entwurf einer Neufassung der Entschädigungsverordnung NRW* (1)

§ 6 Ersatz des Verdienstauffalls

(1) Der durch die Wahrnehmung des kommunalpolitischen Ehrenamtes entgangene Arbeitsverdienst **aus unselbständiger Arbeit** ist auf Antrag in der nachgewiesenen Höhe gesondert zu ersetzen. Ferner ist der auf den entgangenen Arbeitsverdienst entfallende Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung zu erstatten, soweit dieser zu Lasten der oder des Entschädigungsberechtigten an den Sozialversicherungsträger abgeführt wird.

(2) **Selbständige** erhalten auf Antrag anstelle des Ersatzes nach Absatz 1 für den durch die Wahrnehmung des kommunalpolitischen Ehrenamtes entstandenen Verdienstauffall je Stunde einen Ersatz, dessen Höhe im Einzelfall auf der Grundlage des glaubhaft gemachten Verdienstauffalls nach billigem Ermessen festgesetzt wird. In der Hauptsatzung kann ein Höchstbetrag festgelegt werden, der bei der Verdienstauffallentschädigung je Stunde nicht überschritten werden darf.

* Bisher nicht verabschiedet (Stand: 20.02.2023)

Entwurf einer Neufassung der Entschädigungsverordnung NRW (2)

(3) Entgangener Gewinn aus Nebentätigkeiten und Verdienst, der außerhalb der Arbeitszeit hätte erzielt werden können, bleibt beim Ersatz des Verdienstausfalls außer Betracht.

(4) Personen, die nicht oder weniger als 20 Stunden pro Woche erwerbstätig sind, jedoch einen Haushalt von mindestens zwei Personen, wovon eine Person ein pflege- oder betreuungsbedürftiger Angehöriger ist, oder einen Haushalt von mindestens drei Personen führen.

(5) Voraussetzung für die Geltendmachung der Ansprüche nach Absatz 1, 2 oder 4 ist, dass die Mandatsausübung während der Arbeitszeit erforderlich ist und dies im Rahmen der jeweiligen Antragstellung glaubhaft gemacht wird. Entsprechendes gilt für die weiteren Voraussetzungen nach Absatz 4.

Entwurf einer Neufassung der Entschädigungsverordnung NRW (3)

Begründung zu § 6:

- § 6 dieser Verordnung nimmt die Vorschriften über den Ersatz des Verdienstausfalls und die Entschädigung in Form eines Stundenpauschalsatzes auf. [...]
- Absatz 1 Satz 1 sieht vor, dass der durch die Wahrnehmung des kommunalpolitischen Ehrenamtes entgangene Arbeitsverdienst aus unselbständiger Arbeit auf Antrag in der nachgewiesenen Höhe gesondert zu ersetzen ist. Satz 2 stellt – neu – klar, dass ferner der auf den entgangenen Arbeitsverdienst entfallende Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung zu erstatten ist, soweit dieser zu Lasten der oder des Entschädigungsberechtigten an den Sozialversicherungsträger abgeführt wird. [...]

Entwurf einer Neufassung der Entschädigungsverordnung NRW (4)

- Absatz 2 beinhaltet die Regelungen für Selbständige: Selbständige erhalten auf Antrag anstelle des Ersatzes nach Absatz 1 für den durch die Wahrnehmung des kommunalpolitischen Ehrenamtes entstandenen Verdienstaufschlag je Stunde einen Ersatz, dessen Höhe im Einzelfall auf der Grundlage des glaubhaft gemachten Verdienstaufschlags nach billigem Ermessen festgesetzt wird. Damit verzichtet die neue Landesverordnung auf eine statische Vorgabe eines Höchstbetrages wie er bisher in § 3a Absatz 2 EntschVO NRW vorgesehen ist. Hiermit wird zum einen den Realitäten vor Ort Rechnung getragen und zum anderen ein Anreiz für bestimmte Berufsgruppen gesetzt, sich in der Demokratie vor Ort einzubringen und zu engagieren. Stattdessen kann in der Hauptsatzung ein Höchstbetrag festgelegt werden, der bei der Verdienstaufschlagentschädigung je Stunde nicht überschritten werden darf.

Entwurf einer Neufassung der Entschädigungsverordnung NRW (5)

- Absatz 5 stellt klar, dass Voraussetzung für die Geltendmachung der Ansprüche nach Absatz 1, 2 oder 4 ist, dass die Mandatsausübung während der Arbeitszeit erforderlich ist und dies im Rahmen der jeweiligen Antragstellung glaubhaft gemacht wird. Arbeitszeit im Sinne des § 45 Absatz 1 Satz 1 GO NRW ist die Zeit, während der jemand unter normalen Umständen, wenn sie oder er sein Mandat nicht ausgeübt hätte, seiner beruflichen Tätigkeit nachgegangen wäre, das heißt die Zeiten, an denen nach den Arbeitsverhältnissen der jeweiligen Mandatsträgerin oder des jeweiligen Mandatsträgers tatsächlich Arbeit geleistet wird. Entsprechendes gilt für die weiteren Voraussetzungen nach Absatz 4 (siehe oben).

Zwischenfazit



1. Der Verdienstausfallanspruch ist gesetzlich zwingend und wurde im Rahmen der Neuregelung nochmals ausgeweitet.
2. Dadurch soll ein Anreiz für bestimmte Berufsgruppen (u. a. Selbständige) gesetzt werden, sich in der Demokratie vor Ort einzubringen und zu engagieren.

Ersatz des Verdienstauffalls von Kreistagsmitgliedern

3 Regelungsmethodik

Tatbestandsvoraussetzungen des Verdienstauffallersatzes

Wahrnehmung des
kommunalpolitischen Ehrenamtes

Antrag des Berechtigten

Mandatsausübung während der
Arbeitszeit erforderlich

Entgangener Arbeitsverdienst /
Verdienstauffall

Glaubhaftmachung im Rahmen
der jeweiligen Antragstellung

Rechtsfolge bei abhängig Erwerbstätigen

Ersatz des entgangenen
Arbeitsverdienstes

Ersatz des Arbeitgeberanteils
zur Sozialversicherung

Rechtsfolge bei Selbständigen

Ersatz des entstandenen
Verdienstauffalls je Stunde

Festsetzung der Höhe des
Verdienstauffalls nach billigem Ermessen

abzüglich entgangener Gewinn aus
Nebentätigkeiten

abzüglich Verdienst, der außerhalb der
Arbeitszeit hätte erzielt werden können

Ersatz des Verdienstausfalls von Kreistagsmitgliedern

3 Recht- sprechung

Erforderliche Mandatsausübung während der Arbeitszeit (1)

OVG Münster, Urteil vom 06.11.2018, 15 A 132:

- Arbeitszeit im Sinne des § 45 I NWGO ist die Zeit, während der jemand unter normalen Umständen, wenn er nicht sein Mandat ausgeübt hätte, seiner beruflichen Tätigkeit nachgegangen wäre, d. h. die Zeiten, an denen nach den Arbeitsverhältnissen des jeweiligen Mandatsträgers tatsächlich Arbeit geleistet wird.
- Nach alter Gesetzeslage konnte ein Ratsmitglied nur dann Verdienstausfallentschädigungen beanspruchen, wenn die Mandatsausübung während der regelmäßigen Arbeitszeit erforderlich war. Die regelmäßige Arbeitszeit war individuell zu ermitteln.

Erforderliche Mandatsausübung während der Arbeitszeit (2)

- Als regelmäßige Arbeitszeit war dabei nach der Rechtsprechung des erkennenden Gerichts diejenige Arbeitszeit anzusehen, während der jemand für gewöhnlich und dem jeweiligen Berufsbild entsprechend tatsächlich Arbeit leisten musste.
- Auf diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung des kommunalen Ehrenamtes und zur Änderung weiterer kommunalverfassungsrechtlicher Vorschriften vom 13.09.2012 (GV.NRW 2012 S. 436) reagiert, indem das Wort „regelmäßig“ in § 45 I NWGO und die Bestimmung über die individuelle Ermittlung der gewöhnlichen Arbeitszeit in § 45 I 2 NWGO a. F. ersatzlos gestrichen wurden.

Erforderliche Mandatsausübung während der Arbeitszeit (3)

- Welche Konsequenzen der Wegfall des Erfordernisses der „regelmäßigen“ Arbeitszeit und des Erfordernisses der individuellen Ermittlung in § 45 I NWGO für andere Gruppen von Mandatsträgern, insbesondere selbständig Tätige haben sollte, wurde in der Gesetzesbegründung nicht angesprochen.
- Denkbar wäre insoweit etwa, dass auf die Ermittlung der jeweiligen Arbeitszeit des selbständig tätigen Mandatsträgers verzichtet und der Verdienstausfallersatz allein aufgrund des Umstandes gezahlt wird, dass jede Zeit einer Mandatsausübung hypothetisch für Arbeit zur Verfügung gestanden hätte. Dies liefe jedoch auf eine Vergütung oder Alimentierung der Mandatsausübung hinaus und widerspräche Sinn und Zweck des Verdienstausfallersatzes, lediglich konkrete Nachteile aufgrund der Mandatsausübung zu verhindern.

Erforderliche Mandatsausübung während der Arbeitszeit (4)

- Ebenso wenig ist aus der Streichung des Wortes „regelmäßig“ in § 45 I 1 NWGO zu folgern, dem Mandatsträger sei die Berufung auf eigene Regelmäßigkeiten zu versagen und von ihm eine detaillierte Darlegung zu verlangen, welche konkreten Tätigkeiten er vorgenommen hätte, wenn er im fraglichen Zeitraum nicht mandatsbedingt abwesend gewesen wäre. Dieses Verständnis widerspräche völlig dem Sinn der Neuregelung, Bürokratie zu verringern und die Anerkennung der Arbeitszeiten generell zu erleichtern. Durch den Verzicht auf die „Regelmäßigkeit“, mit der der Gesetzgeber die Situation der Haushaltsführenden erleichtern wollte, sollten jedenfalls nicht die Anforderungen an die berufstätigen Mandatsträger verschärft werden.

Erforderliche Mandatsausübung während der Arbeitszeit (5)

- Vielmehr sind **allein die individuellen Verhältnisse** des Mandatsträgers ausschlaggebend. Dies wird auch der Situation von selbständig Tätigen eher gerecht als eine ganze Berufsgruppen betrachtende Feststellungen; der Selbständige – gerade auch der Freiberufler – ist in der Gestaltung seiner Berufstätigkeit frei; insoweit kommt es für seine individuelle Tätigkeit nicht darauf an, welche Arbeitszeiten andere vergleichbare Freiberufler haben.
- Damit reicht es für die Gewährung von Verdienstausschlagfallersatz einerseits nicht aus, dass der Mandatsträger hypothetisch stets hätte arbeiten können, wenn er nicht sein Mandat ausgeübt hätte; andererseits muss er aber nicht darlegen, welche konkreten Tätigkeiten er in einem bestimmten Zeitraum ausgeübt hätte. **Zu fordern ist allein, dass der Mandatsträger plausibel macht, dass er in Zeiten, für die er Verdienstausschlagfall begehrt, normalerweise gearbeitet hätte.**

Verdienstauffall (1)

OVG Münster, Urt. v. 6.11.2018 – 15 A 132:

- Nach § 45 II 1 NWGO wird als Ersatz des Verdienstauffalls mindestens ein in einer Rechtsverordnung nach Absatz 7 festzulegender Regelstundensatz gezahlt, es sei denn, dass ersichtlich keine finanziellen Nachteile entstanden sind.
- Bereits aus dieser Formulierung ergibt sich, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass bei versäumter Arbeitszeit **in der Regel ein Verdienstauffall entstanden** ist. Demgemäß ist die Zahlung des Verdienstauffallersatzes **nur dann ausgeschlossen, wenn tatsächlich kein finanzieller Nachteil entstanden** ist. Dies ist z. B. der Fall, wenn jemand wegen eines festen Einkommens keine finanziellen Einbußen infolge der Ausübung des Mandats erleidet.

Verdienstauffall (2)

- Die Vorschrift des § 45 II 3 Nr. 2 NWGO, nach der Selbstständige auf Antrag anstelle des Regelstundensatzes eine Verdienstauffallpauschale je Stunde erhalten, die **im Einzelfall auf der Grundlage des glaubhaft gemachten Einkommens nach billigem Ermessen festgesetzt** wird, zeigt ebenfalls, dass es – auch zur Verwaltungsvereinfachung – **nicht auf die konkreten in einer bestimmten Zeit entgangenen Einnahmen ankommt.**
- Hiermit reagiert das Gesetz darauf, dass der Nachweis der einem Selbstständigen entstandenen Einkommenseinbuße praktisch kaum möglich ist: dies betrifft indes nicht nur die Höhe, sondern auch den **Einkommensverlust dem Grunde nach.** A. A. zur niedersächsischen Rechtslage VG Hannover, Urt. v. 18.2.2010 – 1 A 235/09, juris Rn. 23.

Verdienstaufschlag (2)

- Die Vorschrift des § 45 II 3 Nr. 2 NWGO, nach der Selbständige auf Antrag anstelle des Regelstundensatzes eine Verdienstaufschlagpauschale je Stunde erhalten, die **im Einzelfall auf der Grundlage des glaubhaft gemachten Einkommens nach billigem Ermessen festgesetzt** wird, zeigt ebenfalls, dass es – auch zur Verwaltungsvereinfachung – **nicht auf die konkreten in einer bestimmten Zeit entgangenen Einnahmen ankommt**.
- Hiermit reagiert das Gesetz darauf, dass der Nachweis der einem **Selbständigen entstandenen Einkommenseinbuße praktisch kaum möglich ist: dies betrifft indes nicht nur die Höhe, sondern auch den Einkommensverlust dem Grunde nach**. A. A. zur niedersächsischen Rechtslage VG Hannover, Urt. v. 18.02.2010 – 1 A 235/09, juris Rn. 23.

Glaubhaftmachung (1)

OVG Münster, Urt. v. 6.11.2018 – 15 A 132:

- Dementsprechend ist, wie das Verwaltungsgericht zutreffend angenommen hat, vom Kl. **nicht der konkrete Nachweis entgangener Einnahmen** zu fordern. **Es genügt, wenn der Mandatsträger einen Verdienstausschlag plausibel macht.** Dies ist vorliegend der Fall. Dass der Kl. angesichts des durch die Mandatstätigkeit eintretenden Zeitverlusts Aufträge langsamer bearbeitet und nicht wenige Bauherren schneller arbeitende Kollegen bevorzugen, ist unmittelbar nachvollziehbar.

Glaubhaftmachung (2)

OVG Münster, Urt. v. 6.11.2018 – 15 A 132:

- Dementsprechend ist, wie das Verwaltungsgericht zutreffend angenommen hat, vom Kl. **nicht der konkrete Nachweis entgangener Einnahmen** zu fordern. **Es genügt, wenn der Mandatsträger einen Verdienstausschlag plausibel macht.** Dies ist vorliegend der Fall. Dass der Kl. angesichts des durch die Mandatstätigkeit eintretenden Zeitverlusts Aufträge langsamer bearbeitet und nicht wenige Bauherren schneller arbeitende Kollegen bevorzugen, ist unmittelbar nachvollziehbar.

Mandatsträger mit flexiblen Arbeitszeiten, Beamte

OVG Münster, Urteil vom 21.07.2022, 6 A 2599/20:

- Gemäß § 44 Abs. 2 S. 1 GO NRW sind unter anderem Ratsmitglieder für die Zeit der Ausübung des Mandats von ihrer Tätigkeit freizustellen. Nach Satz 4 der Norm ist bei Mandatsträgern, die innerhalb eines vorgegebenen Arbeitszeitrahmens über Lage und Dauer der individuellen Arbeitszeit selbst entscheiden können, die Zeit der Ausübung des Mandats innerhalb dieses Arbeitszeitrahmens zur Hälfte auf ihre Arbeitszeit anzurechnen.
- Der Anwendungsbereich des § 44 Abs. 2 S. 4 GO NRW erfasst auch Beamte. Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Arbeitnehmer in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis lässt sich weder dem Wortlaut der Norm, dessen Sinn und Zweck noch den Gesetzesmaterialien oder der Gesetzessystematik entnehmen.

Lösungsvorschlag

4 Gesamtfazit

Handlungsempfehlung (1)

- 1** Erarbeitung einer Verdienstaussfallrichtlinie
- 2** auf der Grundlage der gesetzlichen Neuregelungen
- 3** unter strikter Beachtung der Rechtsprechung des OVG Münster

Handlungsempfehlung (2)



Damit einhergehend bedarf es einer fortlaufenden Überprüfung des Fortgangs der Beratungen über den Entwurf einer Neufassung der Entschädigungsverordnung NRW und ggf. einer Anpassung des Entwurfs der Verdienstausfallrichtlinie.



Rechtsanwalt
Dr. Christian Teuber
Partner

Herzlichen Dank.

Baker Tilly
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Saarlandstraße 23
44139 Dortmund

Telefon: +49 231 77666-123
Fax: +49 231 77666-160
Mobil: +49 151 18819843

christian.teuber@bakertilly.de
www.bakertilly.de