

W21

Wohnungsmangel geherrscht, und er habe die Wohnung vom Staat gemietet. Auch dass er habe umziehen können, sei nicht von Belang, denn eine andere Wohnung wäre wesentlich teurer gewesen.

Das jüngste Urteil in Umweltsachen ist vom 2. 11. 2006<sup>29</sup> in der Sache Giacomelli/Italien. Die Beschwerdeführerin wohnte in der Nähe einer Anlage zur Behandlung und Lagerung von Sondermüll, in der bis 1999 Industriemüll mit chemischen Mitteln behandelt wurde. Die Anlage verursachte Lärm und Emissionen. Auf Rechtsbehelfe der Beschwerdeführerin entschieden Gerichte, dass die Anlage rechtswidrig sei. Die Behörden befolgten das Urteil aber nicht, insbesondere ordneten sie nicht die Stilllegung der Anlage an, wie das im staatlichen Recht vorgesehen war. Erst später wurden Schutzmaßnahmen getroffen. Der EGMR hat eine Verletzung von Art. 8 EMRK festgestellt. Er wiederholte seine Rechtsprechung, dass es in erster Linie Sache der Behörden sei, die Notwendigkeit eines Eingriffs zu prüfen. Sie könnten besser als ein internationales Gericht die Anforderungen an eine Anlage zur Behandlung von Industriemüll in einem bestimmten Umfeld beurteilen und über die Umweltpolitik und darüber entscheiden, welche Schutzmaßnahmen nach den Bedürfnissen einer örtlichen Gemeinde am angemessensten sind. Besonderes Gewicht hat der EGMR auch hier auf das Verfahren gelegt und ausgeführt, dass vor Entscheidung über schwerwiegende Fragen der Umwelt- und Wirtschaftspolitik angemessene Untersuchungen erforderlich seien, um die Auswirkungen festzustellen und einen gerechten Interessenausgleich herzustellen. Die Öffentlichkeit müsse Zugang zu den Gutachten und anderen Informationen haben, die eine Beurteilung der Gefährdung erlauben. Eine gerichtliche Kontrolle müsse möglich sein. Hier hätten die Behörden lange Zeit unterlassen, dem Gerichtsurteil Folge zu leisten und angemessene Schutzmaßnahmen zu treffen.

#### IV. Gerechte Entschädigung nach Art. 41 EMRK

Der EGMR kann nach Art. 41 EMRK eine gerechte Entschädigung zusprechen, wenn er eine Verletzung festgestellt hat, und tut das bei Verletzung von Art. 2, 3 oder 8 auch regelmäßig. Voraussetzung für Schadensersatz für Vermögensschaden ist, dass der Schaden durch die festgestellte Konventionsverletzung verursacht worden ist. In Umweltsachen hat der EGMR das nur selten als erwiesen angesehen, z. B. in den Fällen Moreno Gomez<sup>30</sup>, wo er Aufwendungen für Schallschutzfenster anerkannt hat, und im Fall Öneriyildiz<sup>31</sup>. In allen Fällen, in denen der EGMR eine Verletzung festgestellt hat, hat er Ersatz für Nichtvermögensschaden gewährt, welcher der Höhe nach durchweg eher bescheiden war. Er hat im Fall Surugiu<sup>32</sup> 4000 Euro gewährt, im Fall Taskin<sup>33</sup> 3000 Euro, im Fall Moreno Gomez<sup>34</sup> 3884 Euro als Ersatz für Vermögens- und Nichtvermögensschaden, im Fall Öneriyildiz<sup>35</sup> insgesamt immerhin 45 250 Euro, davon 33 750 Euro für Nichtvermögensschaden, nur für Nichtvermögensschaden im Fall Fadeyeva<sup>36</sup> 6000 Euro und im Fall Giacomelli<sup>37</sup> 12 000 Euro. Zusätzlich erstattet der EGMR Kosten und Auslagen vor staatlichen Gerichten und Auslagen für das Verfahren in Straßburg, soweit sie notwendig waren, um die festgestellte Konventionsverletzung abzuwenden oder ihr abzuhelfen und soweit sie der Höhe nach angemessen sind.

29) Beschw. Nr. 59 909/00.

30) NJW 2005, 3767.

31) O. Fußn. 27.

32) O. Fußn. 23.

33) O. Fußn. 25.

34) NJW 2005, 3767.

35) O. Fußn. 27.

36) O. Fußn. 28.

37) O. Fußn. 29.

Professor Dr. Janbernd Oebbecke, Münster

## Amtliche Äußerungen im Bürgermeisterwahlkampf\*

*Die Zulässigkeit amtlicher Äußerungen und ihre Auswirkungen auf die Wahl beschäftigen die Gerichte immer wieder. Hier wird diesen Fragen für die in allen Flächenländern eingeführte Urwahl des Bürgermeisters nachgegangen. Der Beitrag zeigt auf, welches die Rechtsgrundlagen des Verbots amtlicher Wahlbeeinflussung sind, wie amtliche und private Äußerungen unterschieden werden, wann Äußerungen zur Wahlbeeinflussung geeignet sind und in welchen Fällen amtliche Äußerungen ausnahmsweise erlaubt sind. Im letzten Abschnitt geht es darum, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Wahlfehler zur Wiederholung der Wahl führt.*

### I. Wahlrecht als Wettbewerbsrecht

Wie in anderen Wahlkämpfen auch stehen die Kandidaten und ihre Unterstützer im Bürgermeisterwahlkampf im Wettbewerb um die Stimmen der Wähler. Wie im wirtschaftlichen Wettbewerb bemühen sich die Beteiligten „mit allen Mitteln“, gelegentlich auch mit unlauteren, um den Erfolg. Wie beim wirtschaftlichen Wettbewerb bedarf es rechtlicher Handhaben, diese Gefahren einzudämmen. In Beiträgen und Entscheidungen hat das Thema von den frühen 80er Jahren bis in die jüngste Zeit in der NVwZ eine Rolle gespielt.

Wenn ein Kandidat bereits ein Amt innehat, sei es das, über dessen Besetzung entschieden wird<sup>2</sup>, sei es ein anderes<sup>3</sup>, besteht die Versuchung, sich im Wahlkampf der amtlichen Möglichkeiten zu bedienen. Tritt ein Amtsinhaber nicht wieder an, kann er mit seinen amtlichen Möglichkeiten auf seine Nachfolge Einfluss nehmen<sup>4</sup>. Schließlich können andere Amtsinhaber<sup>5</sup> in den Wahlkampf eingreifen, weil sie einen Kandidaten aus persönlichen Gründen, im Parteinteresse oder im Interesse der Fortsetzung einer eingespielten Zusammenarbeit unterstützen wollen<sup>6</sup>. Solche Unterstützung von Seiten anderer Amtsinhaber hat einen hohen Stellenwert in der politischen Auseinandersetzung, was sich nicht zuletzt daran ablesen lässt, dass schon einmal wahrheitswidrig behauptet wird, sie habe stattgefunden<sup>7</sup>.

Die rechtlichen Grundlagen der Schranken dieser Art unlauteren Wettbewerbs um das Bürgermeisteramt werden unter II dargestellt. Zwei Fragen spielen eine zentrale Rolle: die Abgrenzung privater und amtlicher Äußerungen (III) und die Eignung der Äußerung zur Wählerbeeinflussung (IV). Im Einzelfall rechtfertigen besondere Gründe sonst nicht erlaubte Äußerungen (V). Bei der nachträglichen Überprüfung der Wahl spielen Verstöße nur dann eine Rolle, wenn sie ergebnisrelevant sind (VI).

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät und Geschäftsführender Direktor des Kommunalwissenschaftlichen Instituts der Universität Münster. Er ist Mitherausgeber der NVwZ.

1) Sondervotum Geiger zu BVerfG, NJW 1977, 751 (755).

2) S. VGH München, NVwZ 1992, 287.

3) So der Fall von VG Osnabrück, Urf. v. 23. 4. 2002 - 1 A 126/01 - juris.

4) S. dazu etwa VGH Mannheim, VBfBW 1983, 376.

5) Zum Begriff Thiele, DNG 2000, 168 (169 f.).

6) S. etwa BVerwGE 104, 323 = NVwZ 1997, 1220 = BayVBl 1997, 505.

7) So der Fall von OVG Münster, NVwZ 2006, 363; zum Sachverhalt insofern DVP 2006, 304.

## II. Das Verbot amtlicher Wahlbeeinflussung

Während bis dahin die Beachtung des beamtetenrechtlichen Neutralitätsgebots im Vordergrund stand<sup>8</sup>, stürzte das BVerfG seine Leitentscheidung vom 2. 3. 1977 zur Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung vor der Bundestagswahl 1976<sup>9</sup> auf andere Gesichtspunkte: Es begründet das Verbot parteiergreifender Einflussnahme auf den Wähler und das Gebot, in der Vorwahlzeit auch bei der Öffentlichkeitsarbeit äußerste Zurückhaltung zu wahren und insbesondere auf mit Haushaltsmitteln finanzierte Arbeits-, Leistungs- und Erfolgsberichte zu verzichten, mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 I, II GG) und dem Grundsatz der Chancengleichheit bei Wahlen (Art. 21 I, 38 I 1 GG). Es handelt sich um einen Anwendungsfall des grundsätzlich auch für Abstimmungen über Sachfragen geltenden Gebots staatsfreier Willensbildung<sup>10</sup>.

Während Art. 20 I, II GG auch im Bürgermeisterwahlkampf unmittelbar anwendbar ist, gilt Art. 38 I 1 GG für die Bundestagswahl. Die Geltung der Wahlrechtsgrundsätze für Bürgermeisterwahlen ergibt sich auch nicht unmittelbar aus Art. 28 I 2 GG, der für die Wahl der Gemeindevertretung gilt<sup>11</sup>. Jedenfalls die Grundsätze der Gleichheit und der Freiheit der Wahl sind wegen der Strukturvorgabe Demokratie in Art. 28 I 1 GG auch für die Bürgermeisterwahl von Bedeutung<sup>12</sup>. Auch wo wie in Baden-Württemberg einfach-gesetzliche Regelungen im landesrechtlichen Kommunalwahlrecht bestehen, wonach etwa eine Wahl wegen „gesetzwidriger Wahlbeeinflussung“ für ungültig zu erklären ist, wird auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben zurückgegriffen<sup>13</sup>. Unabhängig davon, ob die Gerichte eher von den Wahlrechtsgrundsätzen<sup>14</sup> oder dem Demokratieprinzip<sup>15</sup> ausgehen, stimmen die für die materielle Zulässigkeit amtlicher Äußerungen im Wahlkampf entwickelten und im Folgenden dargestellten Grundsätze weitgehend überein.

## III. Private und amtliche Äußerungen

Schon in der Leitentscheidung des BVerfG zur Öffentlichkeitsarbeit im Wahlkampf findet sich der ausdrückliche Hinweis, es sei nicht ausgeschlossen, dass die Mitglieder der Bundesregierung außerhalb ihrer amtlichen Funktion für eine Partei in den Wahlkampf eingreifen<sup>16</sup>. Auch für Bürgermeisterwahlen ist unbestritten, dass Amtsinhaber als Privatpersonen Wahlkampf machen dürfen; sie können sich dabei wie jeder andere auf die Meinungsfreiheit berufen (Art. 5 I 1 GG)<sup>17</sup>. Weil auch Amtsinhabern im Wahlkampf kein „Maulkorb verpasst“ wird<sup>18</sup> und sie nicht zu verleugnen brauchen, dass sie ein politisches Amt innehaben<sup>19</sup>, sind private und amtliche Äußerungen nicht immer leicht zu unterscheiden<sup>20</sup>. Immerhin lassen sich aber drei Fallgruppen erkennen.

Amtlich ist eine Äußerung immer dann, wenn sie ausdrücklich in amtlicher Eigenschaft etwa als „Amtsperson“ oder „Wir Bürgermeister“<sup>21</sup> erfolgt. Die bloße Verwendung der Amtsbezeichnung hebt den sonst privaten Charakter einer Äußerung dagegen nicht auf<sup>22</sup>. Auch die Verwendung des Gemeindevappens auf einer privaten Homepage führt nicht dazu, dass die dort gemachten Aussagen als amtlich anzusehen sind<sup>23</sup>. Anders als der Vorsitzende des Wahlausschusses<sup>24</sup> äußern sich einzelne Gemeinderäte oder Fraktionen des Gemeinderates<sup>25</sup> im Wahlkampf nicht amtlich.

Der amtliche Charakter kann sich aber auch aus den Umständen ergeben. Das ist immer dann der Fall, wenn ein amtliches Medium genutzt wird, wie dies bei Erklärungen durch ein städtisches Presseamt oder in Amtsblättern geschieht<sup>26</sup>, jedoch nicht, wenn lediglich die für jedermann bestehende Möglichkeit genutzt wird, eine Anzeige zu veröffentlichen<sup>27</sup> oder einen Link auf die Website der Gemeinde zu setzen<sup>28</sup>. Dasselbe gilt für die anderweitige Nutzung von

Möglichkeiten, die ausschließlich dem Amtsinhaber zur Verfügung stehen, etwa wenn er für eine Mailing-Aktion dienstlich bereitgestellte Adressen nutzt<sup>29</sup>. Dass eine Äußerung amtlich ist, kann sich aber auch aus dem organisatorischen Rahmen ergeben. Ist dieser Rahmen dienstlich, wird eine Äußerung im Zweifel amtlich sein. Bei Veranstaltungen wird man als Hilfsüberlegung fragen können, ob ein Wegeunfall als Dienstatfall anzusehen wäre. Wenn eine Äußerung, die ein Bürgermeister während einer Veranstaltung der Kreisbank gemacht hatte, nicht als amtlich angesehen wurde, weil er bei dieser „privaten Veranstaltung“ nicht „in seiner Eigenschaft als Bürgermeister“ anwesend gewesen sei<sup>30</sup>, handelt es sich deshalb um einen Grenzfall.

Schließlich kann sich der amtliche Charakter einer Äußerung auch aus ihrem Inhalt ergeben: Privat äußert sich nicht, wer verspricht, das bisher ausgeübte Amt schon in der mehr als einjährigen Übergangszeit vor dem Antritt des neuen zu nutzen: „Ihre Stimme hat Sofortwirkung“<sup>31</sup>. Wer als Stadtdirektor mit seinem Foto und den Worten „Ich weiß, worauf es ankommt“ für einen Bürgermeisterekandidaten wirbt, nimmt amtliche Autorität in Anspruch<sup>32</sup> und handelt amtlich, auch wenn dies in einer privat finanzierten Anzeige geschieht<sup>33</sup>. Dass jemand im Wahlkampf für seinen Nachfolger unter gleichzeitiger Nennung seiner Amtsbezeichnung als Bürgermeister in einem Seniorenbrief vor allem die Erfolge der Stadt auf einem Politikfeld herausstellt, ist als amtliches Handeln angesehen worden, obwohl in der Fußzeile die Partei angegeben war<sup>34</sup>. Jedenfalls im Kampf um die eigene Wiederwahl wäre wohl anders zu entscheiden; auf seine persönlichen Leistungen darf ein Kandidat hinweisen<sup>35</sup>. Dass sie zugleich Erfolge der Stadt sind, rechtfertigt keine andere

8) BVerfGE 24, 315 (318 f.) = NJW 1967, 642; BVerfG, DÖV 1974, 388 f.; s. aber OVG Münster, OVG 19, 221 (229 ff.).

9) BVerfG, NJW 1977, 751.

10) Dazu Oebbecke, BayVBl 1998, 641 (644 f.).

11) OVG Münster, NVwZ-RR 1989, 149 (150).

12) S. etwa VGH Mannheim, VBfBW 1986, 310 f.; zur Handhabung der Wahlrechtsgleichheit bei der Bürgermeisterwahl Kleffmann, NVwZ 1983, 532 (533).

13) Etwa VGH Mannheim, NVwZ-RR 1998, 126 (127); VGH Kassel, NVwZ 1999, 1365 (1367).

14) BVerfG, NVwZ 2001, 928 f.; VGH Mannheim, VBfBW 1986, 310 (311); VGH München, NVwZ 1992, 287 (288).

15) BVerfG, NVwZ 1992, 795.

16) BVerfG, NJW 1977, 751 (752); s. auch Sondervotum Geiger, ebda., S. 756.

17) BVerfGE 104, 323 = NVwZ 1997, 1220 = BayVBl 1997, 505; BVerfG, NVwZ 2001, 928 f.; VG Frankfurt a. M., NVwZ 1997, 1240 (1241).

18) VGH Kassel, NVwZ 2006, 610 (611).

19) BVerfG, DÖV 1974, 388 (389); VGH Kassel, NVwZ-RR 2004, 58 (59).

20) VG Frankfurt a. M., NVwZ 1997, 1240 (1241); Studenroth, AöR 125 (200), 257 (273).

21) S. VGH Mannheim, VBfBW 1986, 310 f.; BVerfGE 104, 323 = NVwZ 1997, 1220 = BayVBl 1997, 505 ff.

22) VGH Kassel, NVwZ 2006, 610 (611); VG Chemnitz, Urt. v. 30. 11. 2005 - 1 K 1145/05, juris Rdnr. 60.

23) VG Wiesbaden, HSGZ 2005, 173 (178); strenger wohl Studenroth, AöR 125 (200), 257 (273 f.).

24) VGH Mannheim, NVwZ 1992, 504 f.

25) VGH Mannheim, NVwZ-RR 1998, 126 f.; OVG Münster, NVwZ 2006, 363.

26) BVerfG, Beschl. v. 20. 5. 1973 - VII B 27/73 - juris; VGH München, NVwZ 1992, 287 (288); VGH Mannheim, NVwZ 1992, 504 f.; VGH Mannheim, VBfBW 1986, 310 f.

27) VGH Mannheim, Urt. v. 27. 11. 1978 - I 3282/78 - juris; BVerfG, NVwZ 2001, 928 f.

28) VG Wiesbaden, HSGZ 2005, 173 (179).

29) VG Frankfurt a. M., NVwZ 1997, 1240; zweifelhaft, wenn VG Wiesbaden, HSGZ 2005, 173 (178 f.), es für zulässig hält, als Kontakt eine dienstliche Telefonnummer anzugeben.

30) VGH Mannheim, VBfBW 1983, 376 f.

31) VG Osnabrück, Urt. v. 23. 4. 2002 - 1 A 126/01, juris.

32) Zu diesem Kriterien s. auch Schnell, Freie Meinungsäußerung und Rederecht der kommunalen Mandatsträger, 1998, S. 65.

33) VG Osnabrück, NdsVBl 1999, 270.

34) VGH Kassel, NVwZ 1999, 1365 ff.; krit. dazu Adrian, Arrn. HSGZ 1999, 197 (198); Studenroth, AöR 125 (200), 257 (262).

35) Zur Zulässigkeit etwa OVG Saarlonis, Beschl. v. 14. 3. 2005 - 3 Q 49/04, juris Rdnr. 13.

Beurteilung. Auch dass ein Amtsinhaber bei einer Wahlkampfveranstaltung in Reden oder Diskussionsbeiträgen Informationen weitergibt, die er amtlich erlangt hat, genügt nicht, um seinen Auftritt als amtliche Tätigkeit zu verstehen<sup>36</sup>.

#### IV. Eignung zur Wahlbeeinflussung

Voraussetzung für die Eignung zur Wahlbeeinflussung sind ein zeitlicher und räumlicher Zusammenhang mit der Wahl sowie ein sachlicher Bezug. Der notwendige sachliche Bezug ist gegeben, wenn es um Umstände geht, die für die Willensbildung eines durchschnittlichen Wählers vernünftigerweise erheblich sein können<sup>37</sup>. Sicher hierhin gehören werbende Einflussnahmen zu Gunsten einzelner Wahlbewerber oder polemische Äußerungen zu ihren Lasten, aber auch Äußerungen, aus denen sich der Wunsch ergibt, man wolle selbst „im Amt bleiben“<sup>38</sup>, oder wünsche das für einen anderen. Entsprechende Wirkungen können auch von Öffentlichkeitsarbeit ausgehen<sup>39</sup>, wenn es sich dabei um „getarnte“ Wahlwerbung<sup>40</sup> handelt. Auch eine im Übrigen nicht zu beanstandende Information der Öffentlichkeit, wie die über die Absicht, ein Disziplinarverfahren einzuleiten, kann unzulässig sein, wenn sie zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem der Betroffene im Wahlkampf steht<sup>41</sup>.

Nicht die – ohnehin schwer nachweisbare – Intention ist entscheidend, sondern die objektive Eignung zur Beeinflussung der Wähler. Auch eine mehrdeutige Äußerung kann diese Eignung aufweisen, etwa wenn der Vorsitzende des Wahlausschusses erklärt, es sei „für die Bewältigung der großen und schwierigen Zukunftsaufgaben ... dringend geboten, dass die Bürgerinnen und Bürger ... dem Bürgermeister durch ihr Votum das Vertrauen aussprechen“<sup>42</sup>.

Zur Wählerbeeinflussung kann auch das Verschweigen von Tatsachen geeignet sein. Verheimlichen Amtsträger im Interesse eines Kandidaten wahlrelevante Umstände, zu deren Offenbarung sie kommunalrechtlich verpflichtet gewesen wären, liegt auch darin eine unzulässige amtliche Einflussnahme und damit ein Wahlfehler<sup>43</sup>.

#### V. Rechtfertigung

Ausnahmsweise kann eine amtliche Äußerung im Wahlkampf als Replik auf Angriffe gerechtfertigt sein. Der VGH Mannheim hat es in einem Fall mehreren Amtsleitern zugestanden, für die Stadtverwaltung zu Äußerungen eines Kandidaten Stellung zu nehmen. Die Stellungnahme sei zulässig gewesen, weil in sachlicher Form ohne Herabwürdigung des Kandidaten die betreffenden Tatsachen aus der Sicht der Verwaltung dargestellt worden seien, und weil die Äußerungen des Kandidaten zu der „Misswirtschaft und Unfähigkeit der Verwaltung“ einen „Polemierungsgrad“ erreicht hätten, der eine Antwort rechtfertigte<sup>44</sup>.

Grundsätzlich wird ein Amtsinhaber im Wahlkampf in gewissem Umfang Kritik an seiner Person und seiner Amtsführung hinzunehmen haben, ohne dass ihn diese Kritik berechtigt, in amtlicher Eigenschaft dazu Stellung zu nehmen<sup>45</sup>. Er kann darauf als im Wahlkampf stehender Privater antworten<sup>46</sup>. Erst wenn es in relevantem Umfang darum geht, falsche Tatsachenbehauptungen richtig zu stellen oder wenn die Polemik über den Amtsinhaber hinaus weitere Verwaltungsmitarbeiter betrifft, kann man ein Bedürfnis nach einer amtlichen Stellungnahme im Wahlkampf anerkennen. Auch dann muss eine amtliche Stellungnahme in jedem Fall sachlich sein und darf nicht in wahlkampftypischer Manier plakativ und polemisch ausfallen<sup>47</sup>.

#### VI. Die Kausalität des Wahlfehlers

Bei Verstößen gegen diese Regeln sind Widerrufs-, Unterlassungs- oder Feststellungsbegehren zwar nicht ausgeschlossen, werden regelmäßig aber schon aus zeitlichen Gründen

#### Oebbecke, Amtliche Äußerungen im Bürgermeisterwahlkampf

außer Betracht bleiben<sup>48</sup>. Rechtsschutz gegen amtliche Äußerungen wird deshalb regelmäßig im Wahlprüfungsverfahren gewährt.

Die Erklärung einer Wahl für ungültig kommt aber nur in Betracht, wenn der Fehler sich auf das Ergebnis auswirken konnte. Wo hier die Grenze zu ziehen ist, ist bundesverfassungsrechtlich nicht eindeutig vorgegeben. Ein Verstoß gegen das Demokratiegebot des Art. 28 I 1 GG läge aber vor, wenn „schwer wiegende Verstöße gegen die Grundsätze der Freiheit oder der Gleichheit der Wahl wie fortlaufende gravierende Verletzungen des Verbots der amtlichen Wahlbeeinflussung oder massive, unter erheblichem Zwang oder Druck ausgeübte Einflüsse privater Dritter auf die Wählerwillensbildung als mögliche Wahlfehler vornehmlich außer Betracht blieben“<sup>49</sup>. Anders als bei Vertretungswahlen, für die auf der anderen Seite der Bestandsschutz einer gewählten Volksvertretung in Ansatz zu bringen ist<sup>50</sup>, wird damit für die Bürgermeisterwahl aber lediglich eine absolute Untergrenze der wahlrechtlichen Relevanz solcher Fehler markiert; der Spielraum ist hier größer als etwa bei der Wahl der Gemeindevertretung<sup>51</sup>.

Die unterschiedlichen Regelungen in den Kommunalwahlgesetzen der Länder dazu, wann ein Verstoß gegen Wahlrecht zur Ungültigkeit der Wahl führt, schöpfen diesen Spielraum nicht aus. Sie stellen mit Unterschieden in den Formulierungen in der Sache darauf ab, ob der Fehler ergebnisrelevant ist. Anders als bei einem Zählfehler, dem Ausschluss einzelner Wähler u.ä., wo die Ergebnisrelevanz errechnet werden kann, kommt bei einer amtlichen Wahlbeeinflussung allerdings nur eine hypothetische Überlegung in Betracht. Der dabei verlangte Wahrscheinlichkeitsgrad stimmt nach den meisten gesetzlichen Formulierungen überein. Wenn verlangt wird, dass die Fehler das Ergebnis im Einzelfall beeinflussen haben können<sup>52</sup> oder im „Einzelfall auf das Wahlergebnis von entscheidendem Einfluss gewesen sein können“<sup>53</sup>, bedeutet das nichts anderes, als dass „nach den Umständen des Einzelfalls eine nach der Lebenserfahrung konkrete Möglichkeit besteht, dass sie auf das Ergebnis von entscheidendem Einfluss gewesen sein können“<sup>54</sup>.

In Niedersachsen verlangt das Gesetz, dass der Fehler das Wahlergebnis mehr als „nur unwesentlich beeinflusst hat“<sup>55</sup>. Absolute Sicherheit kann in Fällen der Wahlbeeinflussung auch danach verlangt werden, weil sie nicht erreichbar ist und sonst auch schwere Verstöße ohne Folgen blieben. Das verstieß nach der zitierten Recht-

36) VGH Kassel, NVwZ-RR 2004, 58 (59).

37) VGH Mannheim, NVwZ-RR 1998, 126 (127); VGH Kassel, NVwZ 1999, 1365 (1367); Studenroth, AöR 125 (200), 257 (258).

38) VGH München, NVwZ 1992, 287 (288).

39) OVG Münster, NVwZ-RR 1989, 149 ff.; Studenroth, AöR 125 (200), 257 (265 ff.).

40) VG Wiesbaden, HSGZ 2005, 173 (178).

41) VGH Mannheim, VBIBW 1986, 310 ff.

42) VGH Mannheim, NVwZ 1992, 504 f.

43) BVerwG, NVwZ 2003, 983 ff.; zust. Dreßler, HSGZ 2003, 198 ff.; Anm. Greiner, KommunalPr BY 2003, 353; Rauber, NJW 2003, 3609 ff.

44) VGH Mannheim, NVwZ-RR 1998, 126 (127).

45) VG Gießen, HSGZ 2005, 26 (30); unklar VGH Kassel, NVwZ 2006, 610 (612).

46) VG Meiningen, Urt. v. 24. 10. 2001 - 2 K 673/99.Me. juris Rdnr. 29.

47) VGH Kassel, NVwZ 2006, 610 (612).

48) S. aber OVG Münster, NVwZ-RR 1989, 149.

49) BVerfG, NJW 2001, 1048 (1051).

50) BVerfG, NJW 2001, 1048 (1051 f.); BVerfGE 89, 243 (253) = NJW 1994, 922 = NVwZ 1994, 573 L. Wenig überzeugend dafür, den Bestandsschutz auf Bürgermeisterwahlen zu erstrecken, OVG Münster, NVwZ 2006, 363, und Berghäuser, NVwZ 2003, 1085 (1986).

51) BVerwG, NVwZ 2003, 983 (984).

52) Erwa § 54 i. V. mit § 39 Nr. 2 SchlHGKWG.

53) § 46 b i. V. mit § 40 I b NWKommWahlG.

54) § 50 Nr. 2 HessKommWahlG.

55) § 48 I Nr. 2 NdsKommWahlG.

sprechung des BVerfG aber gegen Art. 28 I 1 GG. „Eine nicht nur theoretische ..., vielmehr nach der allgemeinen Lebenserfahrung konkrete und nicht ganz fernliegende“ Möglichkeit<sup>56</sup> wird aber nicht ausreichen. Die differenziert formulierten Ländergesetze dürfen nicht bundeseinheitlich angewandt werden. Deshalb ist es problematisch, wenn die Rechtsprechung zum bayerischen Recht, wonach eine andere Ämterverteilung „möglich“ sein muss, ganz auf eine Wahrscheinlichkeitsbetrachtung verzichtet und jede amtliche Wahlbeeinflussung ausreichen lässt<sup>57</sup>.

Neben dem Stimmenabstand zwischen den Kandidaten werden im Rahmen der Wahrscheinlichkeitsüberlegungen weitere Gesichtspunkte herangezogen<sup>58</sup>. Es sind dies etwa die Wahrnehmbarkeit der Beeinflussungshandlung, also wie viele Wähler zum Beispiel ein gegen das Verbot amtlicher Wahlbeeinflussung versetzender Brief erreicht hat. Eine Rolle spielen auch der zeitliche Abstand des Verstoßes zum Wahltag, der Inhalt der Äußerung und die Person desjenigen, der sich äußert.

Ob eine gegenüber der Presse gemachte amtliche Äußerung nicht den gewünschten, sondern einen gegenteiligen Effekt gehabt hat<sup>59</sup>, ist für die Kausalität relevant. Verfehlt ist aber die Annahme, die Berichterstattung der Presse unterbreche gewissermaßen stets den Kausalverlauf, weil die amtliche Äußerung sich zunächst der kritischen Betrachtung einer dritten unabhängigen Stelle aussetzen müsse, bevor sie an die Öffentlichkeit gelange<sup>60</sup>. Abgesehen davon, dass es mit der Unabhängigkeit der lokalen Presse von den Strömungen der örtlichen Politik nicht überall gleich bestellt ist, würde damit ein gerade besonders effektiver Kanal für die amtliche Wahlbeeinflussung freigemacht. Zu Recht haben andere Gerichte Äußerungen gegenüber der Presse in entsprechenden Fällen durchaus für relevant gehalten<sup>61</sup>.

56) So VG Osnabrück, Urt. v. 23. 4. 2002 - 1 A 126/01, juris Rdnr. 25 zur früheren Fassung.

57) VGH München, NVwZ 1992, 287 (289).

58) S. etwa VGH Mannheim, ESvGH 17, 41 (47); VGH Mannheim, VBIBW 1983, 32 (34); VGH Mannheim, NVwZ 1992, 504 (505); VGH Kassel, NVwZ 1999, 1365 (1368); VGH Kassel, NVwZ 2006, 610 (612); VG Frankfurt a. M., NVwZ 1997, 1240 (1242); VG Gera, LKV 2004, 46 (47); VG Osnabrück, Urt. v. 23. 4. 2002 - 1 A 126/01, juris Rdnr. 25 = BeckRS 2003, 21974; VG Gießen, HSGZ 2005, 26 (30); VG Chemnitz, Urt. v. 30. 11. 2005 - 1 K 1145/05, juris Rdnr. 65.

59) VGH Kassel, NVwZ 2006, 610 (612).

60) OVG Münster, NVwZ-RR 1989, 149 (152).

61) VGH Mannheim, VBIBW 1986, 310f.; VGH Kassel, NVwZ 2006, 610 (612).

Professor Dr. Karsten-Michael Orloff, Berlin

## Europäische Streitkultur und Mediation im deutschen Verwaltungsrecht\*

Die Streitkultur ist Teil der Rechtskultur eines Staates und einer Staatengemeinschaft. In Deutschland lässt sich ein Wandel feststellen, weil zunehmend Mediation zur kooperativen Streit- und Konfliktbehandlung angeboten und nachgefragt wird, auch und insbesondere im Verwaltungsrecht. Eine einheitliche europäische Streitkultur gibt es nicht, doch könnte eine Vereinheitlichung durch Regelungen der EU auf den Weg gebracht werden. Die deutsche Rechtspraxis spielt allerdings insoweit eine Vorreiterrolle, als Mediation nicht nur wie anderswo außergerichtlich und in Zivilsachen, sondern auch gerichtsintern und insbesondere in Verwaltungsstreitsachen praktiziert wird.

### I. Vorbemerkung

Vor wenigen Jahren war „Mediation“ in Deutschland kaum bekannt – heute wird dieser Begriff in der Literatur und im täglichen Leben wie selbstverständlich gebraucht; Erklärungsbedarf besteht nur noch selten. Mediation als eine Form der Streitbehandlung, in der der neutrale Dritte die Verhandlung zwischen den Streitbeteiligten nicht norm-, sondern interessenorientiert leitet, ist in der deutschen Rechtskultur zwar angekommen, aber noch nicht „flächendeckend“ verbreitet und durch gesetzliche Regelungen etabliert. Schon jetzt lässt sich ein Wandel der deutschen Streitkultur feststellen – weg von der konfrontativen Auseinandersetzung hin zum kooperativen Interessenausgleich. Dieser Wandel findet allerdings eher innerhalb als außerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit statt, weil Mediation derzeit an zahlreichen Gerichten „gerichtsintern“ praktiziert wird. Daher ist es nicht verwunderlich, dass dieses erweiterte Angebot richterlicher Arbeit kritisch gesehen wird; im Zuge der allgemeinen Tendenz, staatliches Handeln weitestgehend zu privatisieren, sollte man nach dieser Ansicht auch die Mediation – ähnlich wie die Schiedsgerichtsbarkeit – außerhalb der Gerichte ansiedeln.

Im Folgenden geht es um die verwaltungsrechtliche Mediation, die nach gescheiterter Verhandlung einsetzt, nicht aber um die verfahrensbegleitende Mediation bei umweltrelevanten Großvorhaben, bei denen die Verhandlungen wegen der Interessengegensätze vom Scheitern bedroht sind („Umweltmediation“)<sup>1</sup>.

### II. Mediation im deutschen Verwaltungsrecht

#### 1. Mediation innerhalb des Verwaltungsprozesses

In einigen Bundesländern wird in anhängigen Streitsachen Mediation durch einen Richter angeboten, der als Mediator ausgebildet und nicht für die Streitentscheidung zuständig ist. Diese Angebote gehen – jedenfalls in der Verwaltungsgerichtsbarkeit – zumeist auf die Initiative von Richtern zurück, die die Erkenntnisse der Verhandlungspsychologie nutzen und die Streitbehandlung verbessern wollen<sup>2</sup>. Auch ohne gesetzliche Regelung hält man die richterliche Mediatorentätigkeit für zulässig; unterschiedliche Begründungen hierfür werden diskutiert<sup>3</sup>, wirken sich in der Praxis aber nur in Randbereichen aus. Ende 2006 stellt sich die Lage<sup>4</sup> wie folgt dar:

a) In sieben Bundesländern ist die Gerichtsmediation offiziell eingeführt<sup>5</sup>. In Baden-Württemberg praktiziert das VG Freiburg Mediation; andere Verwaltungsgerichte wollen diesem Beispiel folgen. Am VG Berlin arbeiten seit 1. 11. 2006 zwei Verwaltungsrichter zusätzlich als Mediatoren; nach einem im Sommer 2000 begonnenen Modellversuch war das Pilotprojekt Gerichtsmediation von Oktober 2003 bis Oktober 2006 durchgeführt worden<sup>6</sup>. In Hessen sind richterliche

\* Der Autor, Mitherausgeber der NVwZ, Vorsitzender Richter am VG Berlin und Gerichtsmediator i.R., arbeitet als freiberuflicher Mediator.

1) Zilleßen, in: Haft/u. Schliöffer, Hdb. Mediation, 2002, S. 1169.

2) In Niedersachsen ist das Projekt „Gerichtsnaher Mediation“, das seit 2002 drei Jahre durchgeführt worden ist, vom damaligen Justizminister Pfeiffer, maßgeblich vorbereitet durch den Richter und Hochschullehrer Gottwald, initiiert worden; s. auch u. Fußn. 7.

3) Tätigkeit im Rahmen der Gerichtsverwaltung gem. § 4 II DRiG bzw. erweiterte richterliche Aufgabe gem. § 278 V 1 ZPO analog, vgl. u. Bahren, DVBl 2004, 468; Orloff, NVwZ 2004, 385. S. auch Koch, NJ 2005, 97; Pitschas, NVwZ 2004, 396; Stumpf, Alternative Streitbeilegung im VerwR, 2006; Ziekow, NVwZ 2004, 390.

4) Auf die Angebote vor allem in der Zivilgerichtsbarkeit zahlreicher Bundesländer kann hier nur hingewiesen werden.

5) Richterliche „inoffizielle“ Versuche, Mediationen durchzuführen, gibt es darüber hinaus, soweit ersichtlich, an einigen Verwaltungsgerichten wie etwa dem VG Potsdam.

6) Verf. war zunächst nebenbei und während der drei Jahre ausschließlich – zu 100% von Rechtsprechungsaufgaben freigestellt – als Gerichtsmediator tätig.