

Herausgeber: Dr. Stephan Articus, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Städtetages, Köln; Prof. Dr. Hans-Jörg Birk, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Justiziar des Sächsischen Städte- und Gemeindetages, Stuttgart/Dresden; Dr. Jürgen Busse, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Bayerischen Gemeindetages, Hans-Jörg Dupré, Präsident des Deutschen Landkreistages und Landrat Südwestpfalz, Pirmasens; Prof. Dr. Dorothea Hegeler, Rechtsanwältin, Berlin; Prof. Dr. Franz-Ludwig Knemeyer, Universität Würzburg; Dr. Gerd Landsberg, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Berlin; Michael Löher, Geschäftsführer des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, Berlin; Prof. Dr. Albert von Mutius, Universität Kiel; Prof. Konrad Frhr. von Rotberg, Ministerialdirektor a. D. im Innenministerium Baden-Württemberg, Stuttgart; Dr. Alexander Schink, Staatssekretär im Ministerium für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz Nordrhein-Westfalen; Dr. Bernd Jürgen Schneider, Hauptgeschäftsführer des Städte- und Gemeindebundes Nordrhein-Westfalen; Michael Schöneich, Hauptgeschäftsführer des Verbandes kommunaler Unternehmen, Köln; Christian Ude, Oberbürgermeister der Stadt München

Schriftleitung: Rechtsanwältin Dr. Anette Hartung (V.i.S.d.P.), Frankfurt a. M./Neu-Isenburg; Uwe Zimmermann, Stellvertretender Direktor des EuropaBüros des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Brüssel/Bonn

AUFSÄTZE

Sachlichkeitsgebot und Rechtsschutzfragen bei der plebiszitären Abberufung von Bürgermeistern und Landräten

Privatdozent Dr. Arndt Schmehl, Gießen/Hamburg *

Der Beitrag behandelt kontroverse Rechtsfragen des konfliktträchtigen Verfahrens der so genannten „Abwahl“ von Bürgermeistern, insbesondere, inwieweit die Organe der Gemeinde im Vorfeld der Abstimmung einem Gebot unterliegen, sich sachgerecht oder sogar neutral zu verhalten. Daneben nimmt er zum Rechtsschutz und zu den Konsequenzen der Rechtslage mit Blick auf die Rolle des Abberufungsverfahrens im Machtgefüge der Kommunalverfassung Stellung.

I. Problemstellung

Bürgermeister und Landräte können auch in Hessen durch eine Urabstimmung der Bürgerinnen und Bürger vorzeitig abberufen werden (§§ 76 Abs. 4 HGO, 49 Abs. 4 HKO¹ i. V. m. §§ 54-57 KWG). Eingeleitet wird das Abwahlverfahren nur auf Initiative einer Mehrheit der Mitglieder der Gemeindevertretung, der Stadtverordnetenversammlung oder des Kreistags durch einen mit Zwei-Drittel-Mehrheit der gesetzlichen Mitgliederzahl zu fassenden Beschluss. Solche Verfahren sind insbesondere aus zwei Gründen brisant, die zugleich typische Rechtsprobleme nach sich ziehen:

Erstens begibt sich die Gemeindevertretung mit der Einleitung des Abwahlverfahrens in einen besonders scharfen und offe-

nen Konflikt mit dem durch Direktwahl persönlich gut legitimierten Bürgermeister, ohne diesen Konflikt aber aus eigener Kraft entscheiden zu können. Findet sich beim Plebiszit keine Mehrheit für die Abberufung, sind noch größere Schwierigkeiten in der Zusammenarbeit mit dem Amtsinhaber zu erwarten als vorher. Die Gemeindevertretung und oftmals auch der Gemeindevorstand als kollegiale Verwaltungsspitze – deren Zusammensetzung wegen des Verhältniswahlverfahrens politisch an diejenige der Gemeindevertretung angepasst ist – werden sich daher, wenn das Verfahren einmal eingeleitet ist, oftmals intensiv für eine Abberufung des Bürgermeisters

* Der Autor ist Privatdozent an der Justus-Liebig-Universität Gießen und Lehrstuhlvertreter für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht an der Universität Hamburg. Er war Prozessbevollmächtigter der beklagten Stadt Hanau (90 000 Einw.) in dem von der ehemaligen Oberbürgermeisterin Härtel eingeleiteten Verwaltungsrechtsstreit über die Gültigkeit ihrer durch Urabstimmung vom Mai 2003 erfolgten Abberufung. Das hierauf ergangene, nach Abschluss des Manuskripts zu diesem Beitrag vorgelegte Urteil des VG Frankfurt a. M., KommJur 2006, 359 L (Leitsatz in diesem Heft) – NVwZ 2006, 720 wurde in den Fußnoten zusätzlich berücksichtigt.

¹ Beide Vorschriften sind wesentlich gleich. Wenn nachfolgend nur auf die Bürgermeisterabwahl Bezug genommen wird, so gilt Entsprechendes, soweit nicht anders vermerkt, auch für die Landräte. – Zu den differenzierten Bezeichnungen der Organe und Ämter in Städten, Gemeinden und Landkreisen s. §§ 9, 45 HGO und §§ 8, 36 HKO.

durch die Bürgerinnen und Bürger einsetzen. Es liegt die Frage auf der Hand, ob und inwieweit hierbei rechtliche Gebote der Neutralität und der Sachgerechtigkeit, ähnlich wie im Vorfeld von Wahlen, einzuhalten sind (dazu im Folgenden unter II).

Zweitens trägt es zum zugespitzten, den Beteiligten oftmals nahe ghenden Charakter solcher Abberufungsverfahren bei, dass sie ausschließlich den Gegenstand haben, dem Amtsinhaber die Position zu entziehen: Er allein steht zur Debatte. Die unmittelbare Betroffenheit des hauptamtlichen Bürgermeisters auch in beruflicher Hinsicht wirft die Frage auf, mit welchen Rechtsbehelfen er die Gültigkeit der Abstimmung angreifen kann und welche Folgen dies hat – zumal nach dem Urnengang zunächst ein politisches Interregnum an der Gemeindeg Spitze entsteht, das erst durch spätere Neuwahlen wieder durch eine auf Dauer gestellte Lösung ersetzt wird (dazu unter III).

Die Analyse dieser beiden Probleme gibt zusätzlich Aufschluss über die Rolle, die das Abwahlverfahren für das intrakommunale Machtgefüge spielt (dazu unter IV).

II. Anforderungen an das amtliche Handeln während der öffentlichen Meinungsbildung zur Abberufung

1. Neutralitätsgebot

Das Rechtsinstitut des Neutralitätsgebots für das Handeln kommunaler Organe in amtlicher Eigenschaft, soweit es kommunale Wahlen beeinflussen kann, ist in jüngerer Zeit mehrmals Gegenstand wegweisender Entscheidungen gewesen und wurde dadurch nicht nur bekannter, sondern auch inhaltlich zunehmend betont.² Zu fragen ist, ob es nicht nur die Wahl, sondern auch die plebiszitäre Abberufung des Bürgermeisters erfasst.

Für eine solche Geltung könnte vor allem die Vorstellung angeführt werden, wonach sich die Abberufung spiegelbildlich zur Wahl verhalte. Insofern lässt sich die Abberufung durchaus als „Abwahl“ bezeichnen, wie dies in § 76 Abs. 4 HGO auch erfolgt. Jedoch zeigt eine nähere Analyse, dass das Neutralitätsgebot die Abberufung gleichwohl nicht erfasst.

Das Neutralitätsgebot gilt zum einen jedenfalls nicht für die Gemeindevertretung. Dies ergibt sich aus Folgendem: Die Abberufung kann gem. § 76 Abs. 4 S. 3 HGO ausschließlich durch Beschluss der Gemeindevertretung selbst eingeleitet werden. Sie kann also nach dem Gesetz keine neutrale Position einnehmen, sondern bezieht unweigerlich für ihr eigenes Anliegen Stellung. Damit muss die Möglichkeit der öffentlichen Stellungnahme zu den Gründen für ihre Haltung selbstverständlich verbunden sein.

Das Neutralitätsgebot scheidet aber nicht nur für die Gemeindevertretung, sondern ebenso für den Gemeindevorstand aus, weil das Verfahren nach § 76 Abs. 4 HGO seinem Wesen nach keine Wahl, sondern eine Abstimmung wie ein Bürgerent-

scheid ist. Hier müssen sich die Organe ebenfalls nicht neutral verhalten, sondern sind selbst politische Akteure.³ Der Begriff der Wahl meint einen speziell hervorgehobenen Fall einer Abstimmung, nämlich eine Abstimmung, durch die eine oder mehrere Personen aus einem größeren Personenkreis ausgewählt werden.⁴ Es geht gerade um die „Auswahl“ der Personen,⁵ wofür wenigstens die Möglichkeit der Bewerbung mehrerer Personen gegeben sein muss. Diese besteht bei dem Verfahren gem. § 76 Abs. 4 HGO nicht, das demnach keine Wahl, sondern eine Abstimmung über die vorzeitige Abberufung des Bürgermeisters ist, also über die Beendigung seiner aktiven Amtsführung.⁶ Hinzu kommt, dass mangels einer Auswahl-situation nicht auf das Recht der Chancengleichheit von Kandidaten im Wettbewerb abgestellt werden kann, das bei Wahlen, zusammen mit der Freiheit der Wahl, eine wesentliche Begründung des Neutralitätsgebots bildet.⁷ Weiterhin ist für Wahlen die Übertragung von Legitimation und Macht auf Zeit charakteristisch, während die Abberufung gerade nur ein Abbestellungs- statt eines Bestellsungsakts ist: Sie bewirkt nur, dass eine laufende Amtsperiode früher beendet wird als ursprünglich vorgesehen. Die Abberufung besagt dementsprechend auch nichts über die Kandidatur eines Abberufenen bei künftigen Wahlen; diese ist zulässig. Auf den Abstimmungszetteln kommt der Unterschied zur Wahl ebenfalls zum Ausdruck: In ihrer auf die Abberufung (Ja/Nein) gerichteten ausführlichen Frageform gleichen sie nicht den Stimmzetteln bei einer Wahl als Personalauswahlentscheidung, sondern dem Bürgerentscheid. Die Unterschiede zwischen Abstimmungen und Wahlen sind so bedeutsam, dass sich das Neutralitätsgebot auch nicht auf Abstimmungen übertragen lässt.⁸

Von einer Unterscheidung im Verhältnis zu Wahlen geht auch das Gesetz selbst aus, wie § 76 HGO durch seine Überschrift und seine weiteren Aussagen zu erkennen gibt. So wird die „Abwahl“ des Bürgermeisters demnach in Abs. 4 als ein Unterfall der „Abberufung“ eingeführt. Nur dies wird dem Zusammenhang mit den anderen Abberufungsfällen des § 76 HGO gerecht, wonach die Abberufung nicht durch Wahl, sondern durch Beschluss erfolgt. Außerdem macht das Gesetz durch den Verweis in § 76 Abs. 4 S. 4 HGO auf die unmittelbar für Bürgerentscheide gedachten §§ 54 bis 57 KWG deutlich, dass es für die Abberufungsentscheidung des Volkes gerade nicht die Vorschriften über Wahlen, sondern die Vorschriften über Bürgerentscheide, also über Abstimmungen, als passend ansieht. Dies ist um so aussagekräftiger, als auch ein Verweis auf die Vorschriften über die Direktwahl in Frage gekommen wäre. Die Abberufung wird demnach, was auch ihrem Inhalt

2 Instrukтив zur insoweit in Bezug auf Wahlen ergangenen Rspr. Dreßler, HSGZ 2003, 198.

3 Dazu VG Darmstadt, HSGZ 2002, 127 (128); VGH Kassel, Beschl. v. 25.6.2004, 8 TG 1169/04, Juris Dok. MWRE111320400 Rz. 7; vgl. auch § 8b Abs. 5 HGO.

4 BVerfGE 47, 253 (276).

5 Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG – Komm., Bd. II, 1998, Art. 20 (Demokratie) Rn. 89.

6 Er erhält bis zum Ablauf seiner nominalen Amtszeit die Bezüge wie ein in den einstweiligen Ruhestand versetzter Beamter, § 76 Abs. 4 S. 5 Hs. 2 i. V. m. § 76 Abs. 3 S. 2 HGO.

7 Vgl. VGH Kassel, ESVGH 49, 167 (169).

8 Ausführl. BayVerfGH, NVwZ-RR 1994, 529 (529-531).

entspricht, nicht als das Gegenstück zur Wahl, sondern als ein eigenständiger Akt angesehen;⁹ das Argument der Spiegelbildlichkeit greift angesichts dessen nicht durch. Die bloße Benennung als „Abwahl“ in der Variante des § 76 Abs. 4 HGO steht nicht entgegen, da der Inhalt, nicht die Bezeichnung den Ausschlag geben muss.

Dass der von § 76 Abs. 4 S. 4 KWG in Bezug genommene § 54 KWG seinerseits wiederum für Bürgerentscheide einen Verweis auf die entsprechende Anwendung von bestimmten wahlbezogenen Regelungen des KWG vorsieht, führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Hierbei wird lediglich die „entsprechende“, also an die Unterschiede des Bürgerentscheids gegenüber der Wahl angepasste Anwendung angeordnet. Dies erklärt die Abstimmung nicht selbst zu einer Wahl. Auch aus dem Grundsatz des Vorrangs der spezielleren Regelung vor der allgemeineren folgt, dass in erster Linie dasjenige gelten muss, was die Ausgangsnorm, hier also § 76 HGO, aussagt; die erst zwecks näherer verfahrensmäßiger Ausgestaltung hinzutretenden Regelungen des KWG vermögen dies nicht zu konterkarieren. In diesem Sinne ist es auch, dass sich die Weiterverweisung in § 54 KWG ausdrücklich nur auf Regelungen über die „Durchführung“ eines Bürgerentscheids erstreckt. Die Norm schließt folglich auch nicht etwa eine unveränderte Anwendung der einfachrechtlichen Wahlgrundsätze des § 1 KWG auf Bürgerentscheide ein. Somit führt § 54 KWG in seinem Anwendungsbereich auch nicht zur Geltung des wahlrechtlichen Neutralitätsgebots.¹⁰

Auf die Berufung auf eine beamtenrechtliche Fürsorgepflicht der Gemeinde für den Amtsinhaber kommt es in diesem Zusammenhang ebenfalls nicht an. Vielmehr sind allein abstimmungsbezogene Aspekte einschlägig, so dass sich auch aus beamtenrechtlichen Bezügen keine Neutralitätspflicht herleiten lässt. Eine solche besteht also im Ergebnis nicht.¹¹

2. Sachlichkeitsgebot

Als rechtlicher Maßstab könnte aber das Gebot der Sachlichkeit von in amtlicher Eigenschaft abgegebenen Äußerungen verbleiben. Nach dem Demokratieprinzip bedarf es zu jeder demokratischen Entscheidung nach dem Mehrheitsprinzip eines Verfahrens aufgrund freier und offener Meinungsbildung.¹² In diesem Rahmen ist die Entscheidungsfreiheit des Bürgers nicht nur bei Wahlen, sondern auch bei Abstimmungen zu respektieren,¹³ denn die Integrität des Volkes gilt es auch bei Abstimmungen zu schützen.¹⁴ Die Anforderungen richten sich also darauf, zu gewährleisten, dass sich die Willensbildung durch das Volk und nicht einseitig von den Staatsorganen aus vollzieht.¹⁵

Dabei stehen die Willensbildung des Volkes und das Handeln der Hoheitsträger allerdings notwendigerweise in „vielfältiger und tagtäglich Wechselwirkung“. Es ist also grundsätzlich rechtlich nicht zu beanstanden, sondern vielmehr selbstverständlich vorgesehen, dass ein gegenseitig aufeinander bezogener Prozess zwischen der Willensbildung des Volkes und der staatlichen Willensbildung erfolgt; beide sind mit einander verschränkt.¹⁷ Infolge dieser Maßgaben sind Einwirkungen

von Hoheitsträgern zulässig, soweit sie sich ohnehin aus deren Stellung und Aufgaben ergeben.¹⁸ Unbedenklich ist unter anderem eine Öffentlichkeitsarbeit, die, bezogen auf die jeweilige Organtätigkeit, der Öffentlichkeit die Politik, die Maßnahmen und die künftig zu lösenden Fragen darlegt und erläutert.¹⁹ Dementsprechend hat das BVerwG die Grenzen im Wahlkampf durch Gemeinden dahingehend beschrieben, dass sie kraft des Amtes gegebene Einflussmöglichkeiten nicht in einer Weise nutzen dürfen, die „mit ihrer der Allgemeinheit verpflichteten Aufgabe unvereinbar“ sind.²⁰

Das Sachlichkeitsgebot gilt also auch im Abberufungsverfahren.²¹ Es erlegt den Akteuren allerdings deutlich weniger Beschränkungen auf, als es bei einem Neutralitätsgebot der Fall wäre. Die Bürger sollen durch die Anforderungen an die Sachlichkeit vor solchen Maßnahmen bewahrt werden, die ihre Entscheidungsfreiheit manipulativ beeinträchtigen können. Dies ist zumal in einer offenen Gesellschaft mit ihren zahlreichen Informations- und Äußerungsmöglichkeiten erst ab einer nicht niedrigen Schwelle der Fall.

3. Verhältnis zur Kontrollaufgabe der Gemeindevertretung

Die Einleitung eines Abberufungsverfahrens wird in der Regel damit zusammenhängen, dass die Gemeindevertretung Zweifel an einer guten Amtsführung des Bürgermeisters hat. Es liegt daher faktisch nahe, dass sie gerade in diesem Zusammenhang intensiven – und öffentlichkeitswirksamen – Gebrauch von ihren Befugnissen zur Kontrolle der Verwaltungsführung machen möchte. Fraglich ist deshalb, ob das Sachlichkeitsgebot hierbei nicht ein Gebot der besonderen Zurückhaltung auslöst. Die Aufgabe der Überwachung der gesamten Verwaltung des Gemeindevorstands nach § 50 Abs. 2 S. 1 HGO gehört, auch angesichts der systematischen Stellung des § 50 HGO als zentraler Kompetenznorm, zu den wesensbestimmenden und wichtigsten Aufgaben der Gemeindevertretung. Der Gemeindevorstand ist angesichts seiner Auskunfts- und Kooperationspflichten nach § 50 Abs. 2 S. 3-4 und Abs. 3 HGO in die Durchführung dieser Aufgabe einbezogen. Kommunale Organe sind indes nicht verpflichtet, wegen eines nahen Abstimmungstermins die übliche Arbeit ausfallen zu lassen; untersagt ist ledig-

9 Somit kann auch von einer Abwahl „durch Bürgerentscheid“ gesprochen werden, so für Brandenburg OVG Brandenburg, LKV 1997, 174.

10 VG Darmstadt, HSGZ 2002, 127 f.

11 So i. E. auch VG Frankfurt a.M., KommJur 2006, 359 L (in diesem Heft) = NVwZ 2006, 720, Gründe B.II.2.

12 Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, S. 613.

13 VG Darmstadt, HSGZ 2002, 127 (128); BayVerfGH, NVwZ-RR 1994, 529 (531).

14 Wollte man den Grundsatz der freien Wahl in einer an Abstimmungen angepassten Weise hierher übertragen, so ergäbe sich nichts anderes: Dieser besagt, dass die Entscheidungsfreiheit der Wähler nicht durch amtliche Beeinflussungen ernstlich beeinträchtigt sein soll, s. bzgl. Wahlen BVerwGE 118, 101 (101, 108); VGH Kassel, NVwZ-RR 2004, 58 (59).

15 BVerfGE 20, 56 (99 f.).

16 BVerfGE 44, 125 (139 f.).

17 BVerfGE 20, 56 (99).

18 BVerfGE 20, 56 (99 f.).

19 BVerfGE 20, 56 (100).

20 BVerfGE 118, 101 (107).

21 So i. E. auch VG Frankfurt a.M., KommJur 2006, 359 L (in diesem Heft) = NVwZ 2006, 720, Gründe B.II.2.

lich ein Missbrauch der Amtsstellung.²² Nicht außer Betracht bleiben darf auch, dass sich eine Manipulation unter anderem nicht aus der Verwirklichung des Anspruchs ergeben kann, die Wahrheit zu erfahren,²³ zu deren Ermittlung die Überwachungsbefugnisse dienen sollen. Dass für ihre Wahrnehmung öffentliche Finanzmittel verwendet werden, führt zu keiner anderen Beurteilung, und dass das Interesse der Öffentlichkeit in der gegebenen Situation besonders groß sein wird, beruht auf dem Gegenstand der Kontrollaufgabe selbst. Der Beginn eines Abberufungsverfahrens löst daher kein *besonderes* Zurückhaltungsgebot für die Ausübung der Kontrollrechte aus.

4. Weitere Eingrenzungen

a) Abgrenzung des Handelns „in amtlicher Eigenschaft“

Eine zu beanstandende hoheitliche Abstimmungsbeeinflussung kommt stets nur insoweit in Frage, als Äußerungen „in amtlicher Eigenschaft“²⁴ getätigt wurden²⁵ und in dieser Eigenschaft auf die Öffentlichkeit eingewirkt haben. Das bedeutet, dass Verstöße nur durch Einflussnahmen auftreten können, die ein Amtsträger gerade kraft der ihm aufgrund seines Amtes gegebenen Möglichkeiten ausübt und die hierbei mit seiner der Allgemeinheit verpflichteten Aufgabe unvereinbar sind.²⁶ Ein Amtsinhaber braucht, umgekehrt, bei seinen Äußerungen sein Amt nicht zu verleugnen;²⁷ auch verlieren Amtsträger im Vorfeld von Abstimmungen nicht das Recht der freien Meinungsäußerung.²⁸

An einem Auftreten unter Inanspruchnahme amtlicher Befugnisse und amtlicher Autorität fehlt es demnach unter anderem dann, wenn Äußerungen von Einzelpersonen, die zugleich Mitglieder städtischer Organe oder Mitarbeiter der Verwaltung sind, jeweils als eigene, subjektive Beiträge zur Meinungsbildung im politischen Raum erkennbar wurden und die besondere hoheitliche Autorität des Amtes hierfür nicht geltend gemacht wurde. Soweit die handelnden Personen hierbei nicht verleugnet haben, zugleich ein Amt oder Mandat innezuhaben, und von den Medien unter Nennung dieser Stellung zitiert wurden, ist dies nicht zu beanstanden. Bei der Beurteilung solcher Sachverhalte unter dem Gesichtspunkt eines Handelns „in amtlicher Eigenschaft“ darf außerdem nicht verkannt werden, dass Medienberichte nicht etwa nur in Verantwortung der darin zitierten Personen, sondern in journalistischer Verantwortung geschaffen werden. In dieser Eigenschaft erscheinen sie auch nach außen hin. Zitierte Personen sind nicht die Subjekte, sondern die Objekte der Berichterstattung. Der Zusammenhang, in dem die Zitate verwendet werden, wird erst journalistisch hergestellt. Wer sich gegenüber den Medien äußert, hat oft auch keinen abschließenden Einfluss auf die Verwertung seiner Äußerungen. So sind journalistisch erstellte und in redaktioneller Verantwortung veröffentlichte Texte nicht deckungsgleich mit den wirklich getätigten Äußerungen und deren Zusammenhang.

b) Abgrenzung des Abstimmungsbezugs

Anforderungen an amtliches Handeln wegen einer Abstimmungsbeeinflussung können insoweit gestellt werden, als seine etwaigen Wirkungen in einem nahen Bezug zu einer anstehenden Abstimmung entfaltet hat. Dies bedeutet insbesondere, dass die für die rechtliche Beurteilung von Einflussnahmen auf ein Abstimmungsergebnis relevante Zeit vor dem Abstimmungstag notwendigerweise einzugrenzen ist. Die sich daraus ergebende „heiße Phase“²⁹ ist im Sinne der einflussgeneigten Zeit vor der Abstimmung zu verstehen. Der Zeitpunkt der Festlegung des Abstimmungstages ist hierfür der wichtigste Orientierungspunkt,³⁰ denn erst ab dessen Bekanntmachung besteht der notwendige konkrete Bezugspunkt, auf den sich die im gesellschaftlichen Raum erfolgende politische Willensbildung für die Abstimmung richtet.³¹ Eine Beeinflussung kommt innerhalb dieser Zeit außerdem nur durch öffentlichkeitswirksam gewordene Ereignisse in Frage.

c) Abgrenzung der Ursächlichkeit für das Abstimmungsergebnis

Um die Gültigkeit der Abstimmung erfolgreich anzugreifen, ist schließlich ein Ursachenzusammenhang zwischen Verletzungen des Sachlichkeitsgebots und dem Ausgang der Abberufungsentscheidung erforderlich. Die Maßgeblichkeit für den Ausgang der Abstimmung ist anzunehmen, wenn die Möglichkeit nicht ganz fernliegt, dass die Gesamtentscheidung ohne Pflichtverletzungen anders ausgefallen wäre; dies kann nicht theoretisch-abstrakt, sondern nur in einer an den konkreten Verhältnissen der jeweiligen politischen Auseinandersetzung und an den konkreten Stimmverhältnissen ausgerichteten Betrachtung auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung entschieden werden.³² Es bedarf also einer an diesen Kriterien ausgerichteten, rückschauenden Wahrscheinlichkeitsprognose.³³ Die Beurteilung wird insoweit unter anderem von folgenden Aspekten abhängen: Deutlichkeit der Mehrheit, Repräsentativität angesichts der Beteiligungsquote (z. B. auch im Vergleich mit der Beteiligungsquote und der Stimmenzahl bei der ursprünglichen Wahl), Entschiedenheit des Meinungsumschwungs seit der Wahl, konkreter Verlauf und konkrete Schwerpunkte des Meinungsbildungsprozesses, politische Breite der Abberufungsinitiative, Zeitpunkt des Bekanntwerdens der politisch ausschlaggebenden Informationen und Vorgänge.³⁴

22 Vgl. bzgl. Wahlen VGH Kassel, NVwZ-RR 2004, 58 (60).

23 BVerwGE 118, 101 (108).

24 BVerwGE 104, 323.

25 Instruktiv anhand eines konkreten Falles hierzu VG Frankfurt a. M., KommJur 2006, 359 I. (in diesem Heft) = NVwZ 2006, 720, Gründe B.II.4.

26 BVerwGE 104, 323 (327); VG Frankfurt a. M., NVwZ 1997, 1240 (1241); wiederholt jüngst in diesem Sinne BVerwGE 118, 101 (107 I.).

27 BVerwGE 104, 323 (328); VG Frankfurt a. M., NVwZ 1997, 1240 (1241).

28 Dementsprechend in Bezug auf Wahlen: BVerwG, NVwZ 2001, 928 (929); VG Frankfurt a. M., NVwZ 1997, 1240 (1241).

29 Vgl. BVerwGE 104, 323 (327).

30 BVerfGE 44, 125 (153).

31 So i. E. auch VG Frankfurt a. M., KommJur 2006, 359 I. (in diesem Heft) = NVwZ 2006, 720, Gründe B.II.3.

32 VGH Kassel, NVwZ-RR 2004, 58 (59), anknüpfend an das BVerwG.

33 VGH, NVwZ-RR 2004, 58 (59).

34 Instruktiv anhand eines konkreten Falles hierzu VG Frankfurt a. M., KommJur 2006, 359 I. (in diesem Heft) = NVwZ 2006, Gründe B.II.5.

III. Rechtsbehelfe des abberufenen Bürgermeisters

Wird die erforderliche Mehrheit – die Mehrheit der gültigen Stimmen, sofern sie mindestens 30% der Wahlberechtigten beträgt (§ 76 Abs. 2 S. 2 HGO) – für die Abberufung erreicht, so scheidet der Bürgermeister mit Ablauf des Tages der Feststellung der Abwahl durch den zuständigen Wahlausschuss aus dem Amt aus (§ 76 Abs. 4 S. 5 Hs. 1 HGO). Rechtlich schwierig und in den politischen Auswirkungen heikel ist die Frage, inwieweit der abberufene Bürgermeister etwaige Fehler im Abstimmungsverfahren von der Gemeinde selbst in einem Einspruchs- oder Widerspruchsverfahren überprüfen lassen kann. Die Schwierigkeit rührt insbesondere daher, dass die Konstellation im Überschneidungsbereich von Kommunal-, Beamten- und Verwaltungsprozessrecht liegt, so dass aus dem Kommunalwahlrecht der wahlprüfungsrechtliche Einspruch (dazu unter 1), aus dem Beamtenrecht der klageartunabhängige Widerspruch (dazu unter 2) und aus dem Verwaltungsprozessrecht der Anfechtungswiderspruch (dazu unter 3) in Betracht kommt. Vor Gericht liegt dann das Hauptproblem darin, bis zu welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen noch effektiver Rechtsschutz zu erlangen ist (dazu unter 4).

1. Wahlprüfungsrechtlicher Einspruch

Die Anwendbarkeit des wahlprüfungsrechtlichen Einspruchsverfahrens nach §§ 25 bis 27 KWG wird nach dem Wortlaut von § 76 Abs. 4 S. 4 HGO i. V. m. § 54 KWG für die Abwahl ebenso ausgeschlossen wie für Bürgerentscheide. Mangels einer planwidrigen Regelungslücke kommt auch keine analoge Anwendung des Wahlprüfungseinspruchs in Frage. Der Gesetzgeber hat jedenfalls mit § 54 KWG sogar gezielt eine rechtsschutzbezogene Regelung getroffen. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut als auch aus der Begründung des Gesetzentwurfs, derzufolge bei Bürgerentscheiden bewusst der direkte Weg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet und die Gemeindevertretung von der anderenfalls anfallenden Beschlussfassung über Einsprüche gem. § 26 Abs. 1 KWG entlastet werden sollte.³⁵ Dies ist ebenso im Abberufungsverfahren sachgerecht, weil die Gemeindevertretung in beiden Verfahren, anders als bei der Kommunalwahl, von vornherein selbst wie eine parteinehmende Akteurin auftritt.³⁶

2. Beamtenrechtlicher Widerspruch

Zu fragen ist ferner nach der Statthaftigkeit eines Widerspruchs des Wahlbeamten unter Berufung auf § 126 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 BRRG. Diese Regelung umfasst anerkanntermaßen einen weiten Bereich von Fällen, insbesondere um auch Klagen in Bezug auf vor- oder nachwirkende Rechte und Pflichten des Beamtenverhältnisses zu erfassen. Zugleich stellt der Wortlaut insbesondere mit der Wendung „aus dem Beamtenverhältnis“ aber darauf ab, dass die Klage einen Grund im materiellen Beamtenrecht haben muss. Eine Klage aus dem Beamtenverhältnis liegt somit nicht schon dann vor, wenn der Streitgegenstand Folgen nach sich zieht, die sich auch auf ein Beamtenverhältnis

auswirken.³⁷ Auch die systematische Einbindung der Norm in das Beamtenrecht lässt keine weitere Ausdehnung zu. Die Klage gegen die kommunalrechtlich abgeleitete Entscheidung der Bürger gehört auch nach dem Sinn und Zweck der Norm nicht hierher: § 126 Abs. 3 BRRG zielt auf die Schonung des vertrauensvollen Dienstverhältnisses und auf die Wahrung des öffentlichen Interesses an einer funktionsfähigen Verwaltung und will deshalb erreichen, dass in dienstrechtlichen Fragen stets zunächst ein interner Klärungsversuch erfolgt. Hierfür ist jedoch bei dem Verfahren nach § 76 Abs. 4 HGO kein Raum, weil erstens dienstrechtliche Maßstäbe hierfür keine Rolle spielen und zweitens dem Streit keine verwaltungsmäßige Entscheidung zugrunde liegt. Die Abberufung liegt nicht in der Hand des Dienstherrn als solchem, sondern erfolgt politisch durch die Bürger. Ein Widerspruchsverfahren könnte daher auch keine seiner Funktionen, nämlich rechtliche Abhilfe zu ermöglichen, eine Selbstkorrektur der Verwaltung zu bewirken und zur Vermeidung gerichtlicher Auseinandersetzungen beizutragen, erfüllen.³⁸ Gegen die Gültigkeit der Abstimmung allein ist daher kein Widerspruch nach § 126 BRRG gegeben, obwohl der Bürgermeister Beamter ist.

3. Anfechtungswiderspruch nach der VwGO

Als Grundlage für einen Widerspruch bleibt § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO. Hierfür kommt es auf den Verwaltungsaktscharakter der anzugreifenden Abberufung an, über den die Meinungen auseinander gehen.

Problematisch ist insbesondere, ob eine Maßnahme mit Regelungscharakter vorliegt. Die Rechtsfolge der Abberufungsentscheidung gem. § 76 Abs. 4 HGO tritt nach dem Wortlaut des § 76 Abs. 4 S. 5 HGO mit dem Ablauf des Tages, an dem die Abwahl festgestellt wird, schon kraft Gesetzes ein. Sie setzt somit nicht die Bekanntgabe gegenüber dem Betroffenen voraus, wie sie wegen § 43 Abs. 1 S. 1 HVwVfG für das Wirksamwerden eines Verwaltungsakts unabdingbar wäre. Das spricht dafür, dass die Abberufungsentscheidung und ebenso die Feststellung des Abstimmungsergebnisses nicht selbst auf die Setzung von Rechtsfolgen gerichtet sind. Die HGO hat das Verfahren vielmehr durch § 76 Abs. 4 S. 5 HGO so konzipiert, dass es keiner zusätzlichen verwaltungsmäßigen Entscheidung bedarf. Auf diese Weise wird unter anderem das Eingreifen von § 80 Abs. 1 VwGO verhindert, das in diesem Zusammenhang als unpassend angesehen würde. Diese Konzeption wird auch dadurch getragen, dass die hier angefochtene Entscheidung der Bürger ein Akt politischer Willensbildung und kommunaler Selbstgestaltung ist, der keine Ausübung von Verwaltungstät-

³⁵ Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zur Änderung kommunalrechtlicher Vorschriften, LT-Drs. 13/1397, S. 41.

³⁶ S. oben II. Z.

³⁷ BVerwG, LKV 1997, 171 f., m. w. N. aus der mehrmals bestätigten Rspr. des Gerichts.

³⁸ Aus denselben Gründen trifft auch die Auffassung des BVerwG zu, wonach es sich, wenn sich ein Wahlbeamter gegen eine seine Wahl für ungültig erklärende Entscheidung der Gemeindevertretung wendet, nicht um eine beamtenrechtliche Streitigkeit handelt, selbst wenn sie sich auf die Beamtenstellung auswirkt. Vgl. BVerwG, LKV 1997, 171 f.

tigkeit bedeutet, wie sie dem Verwaltungsaktsbegriff zugrunde liegt.³⁹ Der Verwaltungsaktsbegriff verlangt ferner eine Maßnahme, die von einer Behörde getroffen wird; die Abwahl erfolgt aber unmittelbar „von den Bürgern der Gemeinde“ (§ 76 Abs. 4 S. 1 HGO). Diese sind sogar bei einer weiten Auslegung des Behördenbegriffs keine „Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt“ (§ 1 Abs. 2 HVwVfG).

Da folglich auch der Widerspruch nach der VwGO ebenso wie der wahlprüfungsrechtliche Einspruch und der beamtenrechtliche Widerspruch nicht statthaft ist, hat der Bürgermeister keinen förmlichen außergerichtlichen Rechtsbehelf gegen die Gültigkeit der Abwahlentscheidung in der Hand. Für die Gemeinde bedeutet dies zugleich, dass sie nicht berufen ist, als Einspruchs- oder Widerspruchsinstantz über die abstimmungsbezogenen Einwände des abberufenen Bürgermeisters zur Sache zu entscheiden. Dass diese Konfliktebene damit aus der Gemeindeverwaltung „herausgehalten“ wird, ist auch rechtspolitisch jedenfalls gut vertretbar.

4. Gerichtlicher Rechtsschutz

Mangels außergerichtlicher Rechtsbehelfe ist der abberufene Bürgermeister unmittelbar auf den gerichtlichen Rechtsschutz verwiesen.

Schwierigkeiten bereitet dabei insbesondere die Frage, ob – nachdem die Anfechtungsklage mangels Vorliegens eines Verwaltungsakts⁴⁰ ausscheidet – ein berechtigtes Feststellungsinteresse des abberufenen Bürgermeisters für eine allgemeine Feststellungsklage hinsichtlich der Gültigkeit der Abwahl gegeben ist.

So könnte ein Rehabilitierungsinteresse schon deshalb in Betracht zu ziehen sein, weil der Bürgermeister eine Abstimmungs-niederlage erlitten hat. Jedoch entsprechen solche Abstimmungs-niederlagen der Normalität des demokratischen Systems und können deshalb von der Rechtsordnung nicht ohne Hinzutreten weiterer Umstände zum Anlass genommen werden, eine gerichtliche Rehabilitierung verlangen zu können. Der Entzug politischen Vertrauens ist nicht begründungsbedürftig.⁴¹ Die Stellung kommunaler Wahlbeamter hängt, ebenso wie bei politischen Beamten, von vornherein vom politischen Vertrauen ab.⁴² Mit der Abberufung verwirklicht sich daher lediglich eine im politischen Bereich typischerweise bestehende Möglichkeit; der Fall ist auch nicht mit einer Entfernung aus dem Dienst auf Grund von Dienststrafverfahren zu vergleichen.⁴³ In der politischen Abberufung allein liegt daher kein negatives Urteil über den Abberufenen⁴⁴, und sie beinhaltet keine Diskriminierung.⁴⁵ Keine Mehrheit zu finden, berührt auch nicht das allgemeine Persönlichkeitsrecht.

Geht es aber in der Klage zugleich um die Geltendmachung des Persönlichkeitsrechts oder um eine diskriminierende Behandlung, wie sie durch Verletzungen des Sachlichkeitsgebots erfolgen kann, und ist dies untrennbar mit der Gültigkeitsfrage verbunden, so folgt jedenfalls hieraus – nicht also schon aus der Abstimmungs-niederlage allein – ein Rehabilitierungsinteresse. Ein Feststellungsinteresse kann ferner auch aus dem

finanziellen Interesse wegen der infolge der Abberufung abgesenkten Bezüge des Abberufenen oder anderer Einbußen folgen. Probleme kann insoweit allerdings die Frage der Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage nach § 43 Abs. 2 VwGO aufwerfen, bei der generell kontrovers beurteilt wird, wie scharf die durch die Subsidiaritätsklausel aufgestellten Anforderungen anzuwenden sind.

Aus einem der zuvor genannten Aspekte dürfte sich praktisch in den meisten Fällen ein Feststellungsinteresse ergeben.⁴⁶

Möglich ist es schließlich, ein Feststellungsinteresse aus dem Aspekt einer angestrebten Rückkehr in die aktive Amtsausübung durch Feststellung der Ungültigkeit des Abwahlergebnisses herzuleiten. Dies greift allerdings nur durch, solange das Amt inzwischen nicht nach Neuwahlen mit einer anderen Person besetzt wurde und die Neubesetzung noch angreifbar ist. Falls diese zumindest denkbare Konstellation vorliegt, in der das Feststellungsinteresse also von der noch bestehenden Angreifbarkeit der Neubesetzung abhängt, muss der Abberufene eine einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO mit dem Ziel erstreben, einen Aufschub der Neuwahl oder wenigstens der Ernennung eines Amtsnachfolgers zu erreichen. Als Besonderheit ist hierbei zu beachten, dass ein Rechtsschutzbedürfnis nur besteht, weil und wenn zugleich die Gültigkeit der Abberufung angegriffen wird. Dies führt also zu der ungewöhnlichen – aber nicht ausgeschlossenen – Situation, dass isolierte Rechtsbehelfe gegen jeweils einen von zwei formal getrennten Rechtsgegenständen unzulässig wären.

Einfacher liegt es generell, wenn der Abberufene auch aktiv abstimmungsberechtigt war. Aus diesem Aspekt heraus besteht dann für ihn auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Ordnungsgemäßheit der Abstimmung.

IV. Fazit: Die Bedeutung des Abberufungsverfahrens für das kommunale Machtgefüge

Die vorstehenden Ergebnisse unterstreichen, dass die hessischen Gemeindevertretungen mit ihrer Zuständigkeit für die Einleitung einer Urabstimmung zur Bürgermeisterabberufung über ein durch seine zuspitzenden wie klärenden Wirkungen durchaus „bissiges“ Instrument verfügen, das dementsprechend verantwortungsbewusst zu handhaben ist. Schon die Verfügbarkeit dieses Mittels bedeutet zugleich eine ständige Mahnung an die Bürgermeister, ihrerseits maßvoll mit ihren durch die Reformen der jüngsten Zeit wesentlich gestärkten Handlungsmöglichkeiten umzugehen. Die gegenwärtige

39 Wie vorstehend VGH Kassel, DVBl. 1989, 934 (935), zum insoweit parallel gestalteten § 49 Abs. 3 HGO; im Ergebnis ebenso zur brandenburgischen Rechtslage OVG Brandenburg, LKV 1997, 174 (175).

40 S. oben III.3.; so i. E. auch VG Frankfurt a.M., NVwZ 2006, 720, Gründe A.II.

41 BVerwGE 56, 163 (171 f.).

42 BVerwGE 56, 163 (170); l. dems. S. BVerfGE 7, 155 (163).

43 BVerwGE 20, 163 (167).

44 BVerwGE 20, 163 (167).

45 OVG Münster, OVG 44, 250 (253 f.); BVerwGE 20, 163 (167).

46 Vgl. in einem konkreten Fall auch VG Frankfurt a.M., KommJur 2006, 359 f. (in diesem Heft) = NVwZ 2006, 720, Gründe A.III.

Kommunalverfassung zeichnet damit nach den verschiedenen Reformschritten nunmehr das Bild eines während seiner aktiven Amtsperiode zunehmend starken, handlungsfähigen Bürgermeisters, der aber von der Gemeindevertretung durch die Einleitung eines Abberufungsverfahrens empfindlich getroffen werden kann und dadurch dazu angehalten wird, es mit seinen ausgebauten Handlungsmöglichkeiten „nicht zu weit zu treiben“. Das Abwahlverfahren ist damit ein nicht zu unterschätzendes, bedeutsames Charakteristikum des inneren Machtgefüges der Gemeinde, das es infolge der Kommunalrechtsreformen der letzten fünfzehn Jahre neu zu justieren gilt.

Die Abberufungsregelung betont zugleich die zum erheblichen Teil politische Prägung des Amtes des Bürgermeisters und der kommunalen Selbstverwaltung. Sie stützt damit die Auffassung, dass sich die Amtsausübung des Wahlbeamten nicht in der unpolitischen Erfüllung gesetzlicher Aufgaben nach den Vorgaben der Beschlüsse erschöpft, denn die Abberufungs-

option bedeutet gerade die Durchsetzbarkeit einer Forderung nach hinreichender „politischer Gleichgestimmtheit“.⁴⁷

Dies muss seit Einführung der Direktwahl in erster Linie eine Gleichgestimmtheit mit dem Volk, nicht primär mit der Gemeindevertretung sein. Deren Initiativrecht ist zwar gleichwohl gut begründet, da die Zusammenarbeit der Organe ein wesentlicher Teil des Systems und des Gelingens der Selbstverwaltung ist und weil die Gemeindevertretung dazu berufen sein kann, auf als in dieser Hinsicht gravierend angesehene Entwicklungen auch in der Zeit zwischen Direktwahlen zu reagieren. Allerdings erfordert dies nicht, die Zuständigkeit für die Einleitung des Abwahlverfahrens *ausschließlich* bei der Gemeindevertretung anzusiedeln. Es wird daher – bei hinreichender Gewährleistung der berechtigten Stabilitätsinteressen – de lege ferenda weiterhin auch die zusätzliche Eröffnung einer Abwahlinitiative der Bürger selbst zu diskutieren sein.

⁴⁷ BVerwG, NVwZ 1990, 772 (773).

Ausschreibung oder Direktvergabe im Verkehrssektor – ein Wahlrecht der Kommunen

Rechtsanwalt Dr. Oliver Wittig*

Derzeit wird in Brüssel an einer neuen EU-Verordnung gearbeitet, welche endlich die seit langem ersehnte Rechtssicherheit in den Verkehrssektor bringen soll. Seitens des EU-Verkehrsministerrats wurde am 9.6.2006 eine politische Einigung über den von der Kommission vorgelegten Verordnungsentwurf über Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße erreicht. Ein heftig diskutierter Punkt ist die Einführung eines möglichen Wahlrechts der Kommunen zwischen der Initialisierung eines Ausschreibungswettbewerbs und einer Direktvergabe an das eigene kommunale Verkehrsunternehmen. Derzeit besteht nach nationalem Recht eine Art „faktisches Wahlrecht“ der Kommunen durch rechtlich zulässige Zuschusszahlungen zur Verkehrsleistungserbringung an das eigene Unternehmen. Im Folgenden wird dargelegt, dass durch die Aufrechterhaltung des Status Quo keine unzulässigen Eingriffe in die Grundrechte konkurrierender Verkehrsunternehmen vorgenommen werden.

I. Darstellung der Ist-Situation

Für die Kommunen besteht ein „faktisches Wahlrecht“, ob sie Verkehrsleistungen in ihrem Gemeindegebiet durch Verkehrsunternehmen, welche in ihrem Eigentum stehen oder

an denen sie zumindest eine wesentliche Beteiligung haben, erbringen lassen.

Die Linienkonzessionen werden nach einem eigenwirtschaftlichen Antrag gem. § 13 Personenbeförderungsgesetz (im Folgenden: PBefG) seitens der Verkehrsunternehmen im so genannten Konzessionswettbewerb an die Verkehrsunternehmen erteilt. Eine Ausschreibung nach Vergaberecht ist im eigenwirtschaftlichen Bereich nicht erforderlich.¹

Die Eigenwirtschaftlichkeit ist in § 8 Abs. 4 PBefG definiert. Der Aufwand der Verkehrsleistungen muss durch Erlöse oder auch „sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinn“ gedeckt sein. Woher diese Erträge kommen, spielt für die Genehmigungserteilung grundsätzlich keine Rolle.²

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Heidelberg sowie Leiter der Rechtsabteilung der Rhein-Neckar-Verkehr GmbH.

¹ Vgl. VG Stade, NZBan 2005, 115 (116); OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2005, 105 (108 – Revision anhängig beim BVerwG), a. A. unter anderem Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung, Erlass vom 12. 3. 2004, V 9 – 66 / 28 – 59-02 (in Überarbeitung).

² Anders kann möglicherweise die beihilferechtliche Beurteilung ausfallen. Vgl. hierzu OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2005, 105 sowie entgegengesetzter Auffassung der in einem Eilverfahren ergangene Beschluss des OVG Koblenz, NZBan 2005, 411.