

c) *Auswirkungen.* Der Soldat wurde zwar nicht von seinem Dienstposten abgelöst, so dass insoweit die Personalplanung des Dienstherrn unberührt blieb. Andererseits ist das Bekanntwerden der Verfehlung gegenüber der Polizei und den sonstigen mit der Strafverfolgung und der Durchführung des Strafverfahrens befassten Organen in diesem Zusammenhang erschwerend zu berücksichtigen (vgl. *BVerwGE* 118, 161 = Buchholz 235.01 § 107 WDO 2002 Nr. 1 = NVwZ-RR 2004, 46 = NZWehrR 2004, 31 = DokBer 2004, 1 m. w. Nachw., und *BVerwG*, Beschl. v. 24. 1. 2002 - 2 WD 2/03 [insoweit nicht veröff.] m. w. Nachw.).

Erschwerend fällt weiterhin die ärztliche Diagnose ins Gewicht, die der zuständige Standortarzt erstellt hat, nämlich: „mass. traumatisierte Pat. nach offensichtlichem Vergewaltigungsversuch“. In der Berufungshauptverhandlung haben sich keine Anhaltspunkte ergeben, die Zweifel an der fachlichen Richtigkeit dieser Diagnose begründen könnten.

d) *Beweggrund.* Das Verhalten des Soldaten war sexuell motiviert. Er hat unter Anwendung von Gewalt sexuelle Handlungen an der Zeugin vorgenommen und beabsichtigt, mit ihr intim zu werden, wie er auch in seiner Beschuldigtenvernehmung vor der Kriminalpolizeiinspektion ausgesagt hat. Seine hierzu im Widerspruch stehende Einlassung in der Berufungshauptverhandlung, diese Absicht nicht gehabt zu haben, vermochte der Soldat auf Nachfrage des *Senats* allerdings nicht zu erklären und näher zu begründen. Seine Einlassung vor dem *Senat* erscheint daher nicht glaubhaft. Anhaltspunkte, die für eine mildere Bewertung seiner Motivation sprechen könnten, sind erkennbar nicht vorhanden.

e) *Bisherige Führung und Persönlichkeit.* Bei der Würdigung der Persönlichkeit und der bisherigen Führung des Soldaten ist zu seinen Gunsten zu berücksichtigen, dass er sich vor seinem Dienstvergehen viele Jahre seiner Dienstzeit tadelfrei geführt hat. Sowohl strafrechtlich als auch disziplinarrechtlich ist er bisher nicht negativ in Erscheinung getreten. Zu seinen Gunsten sprechen auch seine dienstlichen Auszeichnungen.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass es sich offenbar um ein einmaliges Fehlverhalten dieser Art handelte. ...

f) Bei der danach gebotenen Gesamtwürdigung des Fehlverhaltens des Soldaten sind vor allem die Schwere des Dienstvergehens, das Maß der Schuld und die Auswirkungen zu gewichten. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, dass der Soldat eine schwere Straftat (Verbrechen) begangen hat, deren beträchtlicher Unrechtsgehalt auch in der Höhe der vom Strafgericht rechtskräftig verhängten Strafe (Freiheitsstrafe von sieben Monaten, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde) zum Ausdruck kommt. Durch sein Fehlverhalten ist das Vertrauen in seine persönliche Integrität, Loyalität und Ehrlichkeit so nachhaltig erschüttert worden, dass ihm im Grunde ein Vorgesetzten dienstgrad nicht mehr belassen werden kann, weil er sich mit seinem schwerwiegenden Dienstvergehen für eine weitere Verwendung als Vorgesetzter disqualifiziert hat und Milderungsgründe in den Umständen der Tat nicht vorliegen. Nach der ständigen Rechtsprechung des *Senats*, wonach wie bereits erwähnt bei einer „sexuellen Belästigung“ eine „reinigende“ Maßnahme als Ausgangspunkt der Zumessungswägungen in Betracht zu ziehen ist, müsste der Soldat, da hier eine Dienstgradherabsetzung in einen Mannschaftsdienstgrad ausgeschlossen ist (§ 62 I 3 WDO), aus dem Dienstverhältnis entfernt werden. Auch die strafrechtliche und disziplinarrechtliche Unbescholtenheit des Soldaten bis zur Begehung des Dienstvergehens und die weiteren Milderungsgründe in der Person des Soldaten könnten ein Absehen von der Höchstmaßnahme nicht rechtfertigen. Zur Wiederherstellung und Aufrechterhaltung eines ordnungsgemäßen Dienstbetriebs erschiene auch unter Berücksichtigung generalpräventiver Zwecke die Höchstmaßnahme angemessen und erforderlich.

Dem Ausspruch dieser Disziplinarmaßnahme durch den *Senat* stand jedoch das Verschlechterungsverbot (§ 331 I StPO i. V. mit § 91 I 1 WDO) entgegen. Über die von der *Truppendienstkammer* ausgesprochene Herabsetzung in den Dienstgrad eines Feldwebels durfte der *Senat* deshalb nicht hinausgehen.

*Anm. d. Schrifttg.:* Zur disziplinarischen Behandlung außerdienstlichen „Busengrapschens“ vgl. *BVerwG*, NVwZ-RR 2004, 867.

## b) Oberverwaltungsgerichte

### 19. Gültigkeit einer OB-Direktwahl trotz geringfügigen Wahlfehlers

HessGO § 45; HessKommWahlG a. F. §§ 27 S. 1 Nr. 1, 30 I, 41, 46 I, 50 Nr. 2; HessBG §§ 97 II 1, 211 I

1. Zur Klageart bei Anfechtung der Direktwahl eines Oberbürgermeisters.

2. Presseerklärungen des Gemeindevorstands sind auch während eines Kommunalwahlkampfes zulässig, müssen sich aber auf sachliche Informationen beschränken und dürfen nicht zu Gunsten eines Mitglieds des Gemeindevorstands dessen parteiregrende Wahlkampfaussagen transportieren.

3. Kommunale Wahlbeamte - hier entschieden für einen Ersten Beigeordneten - dürfen auch im Wahlkampf ihre Amtsbezeichnung verwenden.

4. Zur Frage, ob sich ein ehrenamtlicher Beigeordneter im Stimmzettel für die Direktwahl eines Oberbürgermeisters als „Stadttrat“ bezeichnen lassen darf.

VGH Kassel, Urt. v. 22. 9. 2005 - 8 UE 609/05

Zum Sachverhalt: Die Bet. streiten über die Gültigkeit der am 7. 9. 2003 und in einer Stichwahl am 28. 9. 2003 durchgeführten Wahl des Oberbürgermeisters der Stadt Gießen. Im Vorfeld dieser Wahl kam es nach Zulassung der vier eingereichten Wahlvorschläge durch den Wahlausschuss am 11. 7. 2003 zu kritischen Äußerungen der SPD-Stadtparlamentarierfraktion und des von der SPD vorgeschlagenen Bewerbers B über den Beigel., der damals als Erster Beigeordneter mit der Amtsbezeichnung Bürgermeister dem Magistrat der Stadt Gießen angehörte und von der CDU zur Wahl zum Oberbürgermeister vorgeschlagen war. Am 31. 7. 2003 erschien ein Artikel im Gießener Anzeiger, in dem von kritischen Äußerungen der SPD-Stadtparlamentarierfraktion und des Mitbewerbers B in Bezug auf den Beigel. in seiner Eigenschaft als Sportdezernent berichtet wurde. Als Reaktion auf diesen Artikel wurde am 31. 7. 2003 mit dem Absender „Magistratsmitteilungen - Der Pressesprecher des Magistrats“ unter Angabe der möglichen Kommunikationswege mit der Überschrift „A: Was B bei C lernen kann ...“ eine Presseinformation verbreitet. Über den Inhalt dieser Presseinformation berichtete der Gießener Anzeiger in seiner Ausgabe vom 1. 8. 2003 unter der Überschrift „B so farblos wie seine schwarz-weiß Plakate“ ohne Angabe des Absenders und des Übermittlungsweges. Die Gießener Allgemeine Zeitung erwähnte in ihrem in der Ausgabe am 2. 8. 2003 erschienenen Artikel unter der Überschrift „A will ‚tragfähige Vorschläge‘ von B“ auch, dass die Presseerklärung „über die Pressestelle der Stadtverwaltung“ verbreitet worden sei, und übte in einem Kommentar unter der Überschrift „Grenzverletzung“ Kritik an der Verwendung der Amtsbezeichnung „Bürgermeister“ in der Presseinformation und der Art und Weise der Übermittlung dieser Presseerklärung. Bei der am 28. 9. 2003 durchgeführten Stichwahl gaben von 52.484 Wahlberechtigten 16.002 Wählerinnen und Wähler (30,5%) ihre Stimmen ab. Von den 15.806 gültigen Stimmen entfielen auf den Beigel. 7.982 Stimmen (50,5%) und auf den Mitbewerber B 7.824 Stimmen (49,5%). Der bei der Direktwahl wahlberechtigte Kl. erhob Einspruch gegen die Gültigkeit der Wahl des Oberbürgermeisters. Zur Begründung machte er geltend, die zitierte Presseerklärung des Magistrats vom 31. 7. 2003 sei nicht von der CDU oder dem Beigel. privat abgegeben worden, sondern unter Inanspruchnahme der ihm unterstellten Pressestelle und unter dem offiziellen Briefkopf der Stadt. Diesen Einspruch wies die bekl. Stadtparlamentarierversammlung mit Beschluss vom 20. 11. 2003 zurück.

Der daraufhin erhobene Einspruch gab das VG statt. Die Berufungen der bekl. und der Beigel. hatten Erfolg.

Aus den Gründen: Die Rechtsmittel sind auch begründet, denn das VG hat auf Grund der zulässigen Klage zu Unrecht die angegriffene Wahl des Beigel. zum Oberbürgermeister der Stadt Gießen für ungültig erklärt und die Wiederholung der Wahl im gesamten Wahlkreis angeordnet.

Das VG hat die Klage zu Recht als zulässig angesehen. Es handelt sich um eine von einem Wahlberechtigten fristgerecht erhobene Gestaltungs- und Wahlprüfungsklage i. S. des § 27 S. 1 Nr. 1, S. 2 i. V. mit § 41 HessKommWahlG i. d. F. vom 4. 9. 2000 (GVBl I, 454), zuletzt geändert durch Gesetz vom 6. 2. 2002 (GVBl I, 22). Die Klage ist auf die Herbeiführung der in § 50 Nr. 2 b HessKommWahlG geregelten Rechtsfolgen gerichtet (vgl. zur Klageart OVG Weimar, LKV 1997, 261 L = ThürVBl 1997, 110). Durch die Beschränkung des Klageantrags auf das Begehren, die ange-

griffene Wahl für ungültig zu erklären, war das VG nicht gehindert, die Wiederholung der für ungültig gehaltenen Wahl anzuordnen, obgleich dies nicht ausdrücklich beantragt war. Denn für das gerichtliche Wahlprüfungsverfahren sieht der gem. § 41 HessKommWahlG für die Wahl der Bürgermeister und Landräte entsprechend anwendbare § 30 I 1 HessKommWahlG vor, dass das Gericht - von Amts wegen - die Wiederholung der für ungültig erklärten Wahl und deren Umfang anzuordnen hat, wenn sie ganz oder teilweise für ungültig erklärt wird.

Die Klage ist jedoch nicht begründet, denn entgegen der Auffassung des VG sind beim Verfahren der angefochtenen Direktwahl des Oberbürgermeisters der Stadt Gießen keine Unregelmäßigkeiten vorgekommen, die auf das Ergebnis von Einfluss gewesen sein können (§ 50 Nr. 2 HessKommWahlG).

Dies gilt zum einen für das Verhalten des Beigel. im Zusammenhang mit der Herausgabe der Presse-Information vom 31. 7. 2003. Insofern stellt zwar der gewählte Übermittlungsweg eine - geringfügige - Unregelmäßigkeit beim Wahlverfahren dar; jedoch kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, dass sich diese Unkorrektheit ergebnisrelevant auf die entscheidende Stichwahl ausgewirkt haben kann, die mehr als sechs Wochen nach der öffentlichen Diskussion über die der Presse-Information zu Grunde liegenden Vorgänge am 28. 9. 2003 durchgeführt worden ist. Dabei ist unter Beachtung der bisherigen Rechtsprechung des *Senats* davon auszugehen, dass „Unregelmäßigkeiten beim Wahlverfahren“ i. S. des § 50 Nr. 2 HessKommWahlG schon in relativ geringfügigen Verstößen gemeindlicher Organe und ihrer Mitglieder gegen die ihnen obliegende Neutralitätspflicht liegen können. In seinem vom *BVerwG* mit Urteil vom 8. 4. 2003 (*BVerwGE* 118, 101 = *NVwZ* 2003, 983 = *NJW* 2003, 3647 L) bestätigten Urteil vom 29. 11. 2001 (*HSGZ* 2002, 171 = *BeckRS* 2002, 21535) hat der *Senat* hierzu Folgendes ausgeführt:

„Unregelmäßigkeiten beim Wahlverfahren“ im Sinne dieser Vorschrift liegen bei der gebotenen verfassungskonformen weiten, über den bloßen formal-technischen Ablauf der Wahl hinausgehenden Auslegung dieses allgemeinen Wahlfehlerkataloges auch dann vor, wenn gemeindliche Organe ... unter Verletzung der ihnen im Kommunalwahlkampf auferlegten Neutralitätspflicht zu Gunsten bestimmter Bewerber durch öffentliche Auftritte, Anzeigen, Wahlauftritte, gemeindliche Öffentlichkeitsarbeit oder sonstige amtliche Verhaltensweisen unzulässige Wahlbeeinflussung begehen und dadurch gegen den in § 1 I HessKommWahlG in Übereinstimmung mit Art. 28 I 2 GG und Art. 138 HessVerf. zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Grundsatz der freien und gleichen Wahl durch parteiergreifende Einflussnahme auf die Wählerwillensbildung und Verletzung der Chancengleichheit der Wahlbewerber verstoßen (vgl. u. a. *VGH Kassel*, *NVwZ* 1999, 1365; *BVerwG*, *NVwZ* 2001, 928).

Eine engere Auslegung dieses Begriffs ist ... nicht deshalb geboten, weil das *BVerfG* in seinem Urteil vom 8. 2. 2001 (*NJW* 2001, 1048 [1051 i. Sp. o.]) zur Gültigkeit der Wahlprüfungsvorschriften der Hessischen Verfassung für die Landtagswahl die in Art. 78 II der Verfassung des Landes Hessen - HessVerf. - aufgeführten „Unregelmäßigkeiten im Wahlverfahren“ in einem eher formal-verfahrensrechtlichen Sinne als Verletzung von Wahlvorschriften verstanden hat, die die Wahlvorbereitung, den Wahlakt und die Feststellung des Wahlergebnisses betreffen. Diese Auslegung ist auf § 50 Nr. 2 HessKommWahlG nicht übertragbar. Anders als dort finden sich nämlich in Art. 78 II HessVerf. zwei allgemeine Wahlfehlerkataloge. Bei dem einen handelt es sich um den Tatbestand der „strafbaren oder gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungen, die das Wahlergebnis beeinflussen“, der Prüfungsgegenstand dieser bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung war und nach der dort gegebenen Auslegung bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen gerade den in der wahlprüfungsrechtlichen Sprechpraxis allgemein anerkannten Wahlfehler einer parteiergreifenden amtlichen Einwirkung auf die Wählerwillensbildung im Vorfeld einer Wahl zum Inhalt hat. Daneben stehen „Unregelmäßigkeiten im Wahlverfahren“ als gesonderter Tatbestand. In § 50 Nr. 2 HessKommWahlG stellen dagegen „Unregelmäßigkeiten beim Wahlverfahren“ den einzigen allgemeinen Wahlfehlerkatalog dar. Bei einem im Sinne der obigen Entscheidung des *BVerfG* eingesetzten Verständnis dieses Begriffs im Rahmen dieser Vorschrift des Hessischen Kommunalwahlgesetzes (vgl. auch § 26 I Nr. 2 HessKommWahlG) müssten bei hessischen Kommunalwahlen Verstöße gegen die Freiheit und Gleichheit der Wahl durch unzulässige amtliche Wahlbeeinflussungen außerhalb der durch Wahlvorschriften geregelten Wahlvorbereitung, des eigentlichen Wahlvorgangs und der Feststellung des Wahlergebnisses unter Verstoß gegen das Homogenitätsverbot (richtig: Homogenitätsgebot) des Art. 28 I GG als mögliche Wahlfehler von vornherein außer Betracht bleiben. Von einem solchen Begriffsverständnis ist der entscheidende Gerichtshof im Übrigen in Übereinstimmung mit den in der wahlprüfungsrechtlichen Sprechpraxis allgemein geteilten Rechtsüberzeugungen,

auf die das *BVerfG* in dem amtlichen Leitsatz Nr. 1 seiner obigen Entscheidung ausdrücklich verweist, auch bisher nie ausgegangen.“

Soweit der Beigel. die Ansicht vertritt, die durch den Gesetzgeber nach der streitgegenständlichen Direktwahl vollzogene Neufassung des § 26 HessKommWahlG gebe „Handlungsanweisungen“ auch für die Auslegung der hier noch anwendbaren alten Fassung dieser Vorschrift mit der Folge, dass für die Einstufung eines Verhaltens als Wahlfehler strengere Anforderungen zu stellen seien, als der *Senat* dies in seiner früheren Rechtsprechung getan hat, kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Denn die erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens - Gesetzentwurf der Landesregierung vom 6. 7. 2004 für ein Gesetz zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung und anderer Gesetze (LT-Dr 16/2463) - durch einen Änderungsantrag der Fraktion der CDU vom 6. 12. 2004 (LT-Dr 16/3307) vorgeschlagene Neufassung der §§ 26 und 50 Nr. 2 HessKommWahlG, die entsprechend Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses vom 8. 12. 2004 (LT-Dr 16/3339) vom Landtag beschlossen und im Rahmen des novellierten Hessischen Kommunalwahlgesetzes i. d. F. vom 1. 4. 2005 (GVBl I, 197) verkündet worden ist, stellt eine Übernahme der materiellen Wahlprüfungsgrundsätze des für Landtagswahlen geltenden Art. 78 II HessVerf. für das Kommunalwahlrecht dar (vgl. Begründung des Änderungsantrags der Fraktion der CDU zu § 26 HessKommWahlG, LT-Dr 16/3307, S. 4) und gibt deshalb keine Interpretationshilfe für die hier noch anwendbare frühere Fassung der Vorschrift, so dass an der bisherigen Auslegung dieser Vorschrift durch den *Senat* festzuhalten ist. Allerdings darf diese Auslegung nicht dazu führen, dass amtierende Kommunalwahlbeamte, die sich einer Direktwahl stellen, während des Wahlkampfes ihres Rechts auf freie Meinungsäußerung beraubt werden und ihnen - wie es der Beigel. drastisch hat ausdrücken lassen - gleichsam „ein Maulkorb verpasst“ wird. Mit diesem Problem hat sich der *Senat* bereits in seinem Urteil vom 10. 7. 2003 (*ESVGH* 54, 13 = *NVwZ-RR* 2004, 58 = *KommJur* 2004, 21 = *HSGZ* 2003, 345) befasst und Folgendes ausgeführt:

„Allerdings dürfen Bürgermeister ... nicht nur als Wähler an der Wahl teilnehmen, sondern sich auch im Wahlkampf als Bürger des Rechts der freien Meinungsäußerung bedienen. Wie jeder andere Bürger dürfen sie sich insbesondere mit Auftritten, Anzeigen oder Wahlauftritten aktiv am Wahlkampf beteiligen. Wahlempfehlungen zu Gunsten eines Wahlbewerbers, die ein Bürgermeister in amtlicher Eigenschaft abgibt, werden jedoch nicht durch das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung gedeckt. Sie verstoßen vielmehr gegen die den Gemeinden und ihren Organen durch das bundesverfassungsrechtliche Gebot der freien Wahl auch im Kommunalwahlkampf auferlegte Neutralitätspflicht und sind deswegen unzulässig (vgl. *BVerwGE* 104, 323 = *NVwZ* 1997, 1220). Dies gilt auch für Wahlempfehlungen, die ein Bürgermeister/Oberbürgermeister in amtlicher Eigenschaft für seine eigene Wiederwahl abgibt.“

Was die Verwendung der Amtsbezeichnung „Bürgermeister“ - vgl. § 45 I der HessGO i. d. F. vom 1. 4. 1993 (GVBl I 1992, 534, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. 6. 2002, GVBl I, 342) - angeht, ist ergänzend zu berücksichtigen, dass gem. §§ 97 II 1, 211 I HessBG auch Wahlbeamte im Dienst die Amtsbezeichnung des ihnen übertragenen Amtes führen und sie auch außerhalb des Dienstes führen dürfen.

Mithin ist nicht zu beanstanden, dass der Beigel. im Wahlkampf mit seiner damaligen Amtsbezeichnung „Bürgermeister“ in Erscheinung getreten ist. Auch dass er während des Wahlkampfes eine amtliche Presseerklärung des Magistrats verlasst und zugelassen hat, dass er darin mit eigenen Äußerungen zu seiner amtlichen Tätigkeit zitiert wird, ist an sich nicht zu beanstanden, denn es ist anerkannt, dass die gemeindliche Öffentlichkeitsarbeit in der Gestalt von Presseerklärungen oder Pressegesprächen auch in der Vorwahlzeit grundsätzlich keinen Einschränkungen unterliegt (*OVG Münster*, *NVwZ-RR* 1989, 149, unter Hinweis auf *BVerwGE* 44, 125 = *BVerwZ*, 1054; die *OVG-Entscheidung* wurde bestätigt durch das *BVerwG*, Buchholz 160 Wahlrecht Nr. 31 = *NVwZ-RR* 1989, 262).

Deshalb wäre es entgegen der Auffassung des VG nicht zu beanstanden, wenn sich der Beigel. in der Presseerklärung vom 31. 1. 2005 mit den auf seine dienstliche Tätigkeit als Beigeordneter bezogenen Angriffen in dem im Gießener Anzeiger vom 31. 7. 2003 unter der Überschrift „B fordert Ende ‚geheimer Kabinettpolitik‘“ erschienenen Artikel kritisch auseinander ge-

setzt hätte. Solche Kritik an seiner Amtsführung enthielt dieser Artikel insofern, als dem Beigel. als Sportdezernenten und damit in seiner Eigenschaft als Beigeordneter vorgeworfen wurde, sich nicht genügend gegen eigenmächtige „Hinterzimmerpolitik“ des Vorsitzenden des Gießener CDU-Stadtverbands und des FDP-Betriebsvorsitzenden in Fragen der Sportstättenentwicklungsplanung und des Sportstättenbaus durchgesetzt zu haben. Die vom Magistrat herausgegebene Presseerklärung hat sich indessen nicht auf die Richtigstellung wirklicher oder vermeintlicher Unrichtigkeiten in dem besagten Artikel beschränkt, sondern ist polemisch und plakativ in einer Art, wie es für Wahlkämpfe typisch ist, auf wirkliches oder vermeintliches Fehlverhalten des Gegenkandidaten für die Oberbürgermeisterwahl eingegangen, etwa mit dem Hinweis auf farblose Schwarz-weiß-Plakate bzw. wirkliche oder vermeintliche Defizite der „Genossen“ bei wichtigen kommunalen Themen, etwa der Sporthalle für den Bundesliga-Basketball oder dem Einkaufszentrum Neustädter Tor, hinsichtlich dessen die SPD offenbar „mit viel Getöse eine Stimmenthaltung“ vorbereite. Mit diesen parteiübergreifenden Wahlkampfäußerungen hat die Presseerklärung den Rahmen verlassen, innerhalb dessen sich kommunale Öffentlichkeitsarbeit – sei es in Wahlkämpfen oder außerhalb – generell zu halten hat. Insofern hat der Beigel. im Wahlkampf von seinem Recht auf freie Meinungsäußerung Gebrauch gemacht, das ihm nicht in seiner Eigenschaft als kommunaler Wahlbeamter, sondern als Bürger und Wahlbewerber zusteht. Daher hat das VG zu Recht beanstandet, dass sich der Beigel. des Mittels einer Presseerklärung des Magistrats bedient hat, um seine Meinung zu verbreiten.

Gleichwohl ist nicht zu erkennen, dass sich dieses Fehlverhalten ergebnisrelevant auf den Ausgang der streitgegenständlichen Direktwahl ausgewirkt hat. Dabei ist davon auszugehen, dass der Inhalt der beanstandeten Presseerklärung wahrrechtlich unbedenklich ist. Denn inhaltlich hält sich die Erklärung trotz ihres teilweise polemischen Wortlauts im Rahmen jener Grenzen, die Wahlbewerbern im Rahmen ihres Rechts auf freie Meinungsäußerung bei der Auseinandersetzung mit dem politischen Gegner gesetzt sind. Es ist deswegen für die Wahlprüfung unerheblich, ob und in welchem Umfang der Inhalt der beanstandeten Presseerklärung den Wählerinnen und Wählern zur Kenntnis gelangt ist und auf ihre Willensbildung eingewirkt hat. Gegenstand der Wahlprüfung ist lediglich die Frage, ob und in welcher Weise die Art der Übermittlung dieser Presseerklärung Einfluss auf die Willensbildung der Wählerinnen und Wähler gehabt hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Presseerklärung unmittelbar nur einem kleinen Kreis der bei den im Verteiler berücksichtigten Medien tätigen Journalistinnen und Journalisten zur Kenntnis gelangt ist, den übrigen Wählerinnen und Wählern jedoch nur durch die Wiedergabe ihres Inhalts in den beiden Gießener Tageszeitungen, wobei nur die Gießener Allgemeine Zeitung in ihrer Ausgabe vom 2. 8. 2003 in ihrem Bericht und einem Kommentar auch auf die Art der Übermittlung dieser Presseerklärung eingegangen ist, und zwar mit deutlich kritischer Tendenz. Dass diese journalistische Kritik – sei sie nun berechtigt oder nicht berechtigt – bei der Leserschaft einen Sympathieeffekt für den Beigel. ausgelöst und damit seine Wahlchancen verbessert haben könnte, ist schon an sich sehr unwahrscheinlich und lebensfremd. Hinzu kommt, dass die nachfolgende öffentliche Diskussion über die von der Gießener Allgemeinen Zeitung als „Grenzverletzung“ bezeichnete Verhaltensweise des Beigel. im Zusammenhang mit der beanstandeten Presseerklärung in der Bürgerschaft den durch diese Veröffentlichung entstandenen Eindruck, der Beigel. habe sich illegal verhalten, noch verstärkt hat. Zwar kann unter diesen Umständen nicht ausgeschlossen werden, dass dieser Negativeindruck potenzielle Wähler des Beigel. veranlasst haben könnte, an der Wahl nicht teilzunehmen oder andere Kandidaten/innen zu wählen. Dies braucht aber hier auch nicht geklärt zu werden, denn es wäre jedenfalls nicht zu seinen Gunsten ergebnisrelevant. Der umgekehrte Effekt, also eine Wahlenthaltung oder eine abweichende Stimmabgabe potenzieller Wähler der Mitbewerber des Beigel., kann durch die Art und Weise der Übermittlung der beanstandeten Presseerklärung und ihr negatives Echo in einem Teil der Medien nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ausgelöst worden sein.

Potenzielle Ergebnisrelevanz kann der Art und Weise der Übermittlung der beanstandeten Presseerklärung auch nicht unter dem Aspekt beigemessen werden, dass der Beigel. bzw. die ihn vorschlagende Partei durch die Art und Weise der Verbreitung dieser Erklärung Aufwendungen erspart hat, die sie sonst selbst hätte tragen müssen. Selbst wenn man neben den geringfügigen Übermittlungskosten auch die Personal- und Sachkosten für die Herstellung der Presseerklärung in Rechnung stellt, sind diese Kosten – weniger als 20 Euro – zu geringfügig, als dass sie den Beigel. davon abgehalten hätten, selbst und auf eigene Kosten eine entsprechende Presseerklärung herzustellen und zu verbreiten. Es kann also nicht davon ausgegangen werden, dass der Beigel. den Inhalt der beanstandeten Presseerklärung, der in der öffentlichen Diskussion angesichts der Kritik an der Art ihrer Verbreitung ohnehin „untergegangen“ zu sein scheint, den Medien bzw. über die Medien den Wählerinnen und Wählern nur mittels Presseerklärung der städtischen Pressestelle hat vermitteln können.

Schließlich wäre, selbst wenn man trotz der bisher behandelten Aspekte ergebnisrelevante Auswirkungen der Art der Übermittlung der Presseerklärung auf das Wahlergebnis für möglich hielte, die große zeitliche Distanz zwischen ihrer Verbreitung und der wahlentscheidenden Stichwahl ein Hindernis für die Annahme der Ergebnisrelevanz. Auch wenn man in die Überlegungen einbezieht, dass die beanstandete Presseerklärung vom 31. 7. 2003 nochmals am 5. 8. 2003 durch das vom Beigel. mit dem Hessischen Rundfunk geführte Interview in den Blick der Öffentlichkeit gebracht worden ist, liegen doch fast zwei Monate zwischen diesem Termin und der wahlentscheidenden Stichwahl. In dieser Zeit wurde weiter intensiv Wahlkampf geführt, in dem die Art und Weise der Übermittlung der beanstandeten Presseerklärung keine erkennbare Rolle mehr spielte und – vor allem anlässlich der am 18. 9. 2003 durchgeführten Sitzung der Bkl. – andere Themen in den Mittelpunkt des Wahlkampfes gerückt wurden. Dass diese zweite Phase des Wahlkampfes, in der die beanstandete Presseerklärung und die Art ihrer Verbreitung keine nachvollziehbare Bedeutung mehr hatten, entscheidend für das Ergebnis der Stichwahl gewesen ist, zeigt sich an dem Verhältnis der für die einzelnen Bewerber in der Stichwahl abgegebenen Stimmen im Vergleich zum Ergebnis des ersten Wahlgangs. Während der Beigel. in der Stichwahl, bei der 1754 Stimmen weniger als im ersten Wahlgang abgegeben wurden (-9,9%), im Vergleich zum ersten Wahlgang 381 Stimmen einbüßte (7982 Stimmen statt 8363 Stimmen im ersten Wahlgang, minus 4,6%), entfielen auf den Bewerber B. bei der Stichwahl 1543 Stimmen mehr (plus 24,6%) als beim ersten Wahlgang (7824 Stimmen statt 6281 Stimmen im ersten Wahlgang).

Aus den Äußerungen des Beigel. zur angeblichen Ungültigkeit der bei der Direktwahl verwendeten Stimmzettel ergibt sich bereits kein Wahlfehler i. S. des § 50 Nr. 2 HessKommWahlG a. F., so dass es insoweit auf eine Ergebnisrelevanz nicht ankommt.

Zu diesem Punkt hat der Beigel. in dem Mittelhessen-Journal des Senders hr4 am 5. 8. 2003 laut Sendemanuskript Folgendes gesagt:

„Wir haben seit heute den gültigen Wahlzettel, weil auch heute die Briefwahlunterlagen angefordert werden können. Und da sage ich nur so viel, dass mir aufgefallen ist, dass der Kollege B eine, wie ich finde, nicht zulässige Berufsbezeichnung dort angegeben hat, er unter Stadtrat firmiert. Er ist ehrenamtlicher Stadtrat und eben abgewählter Stadtrat a. D. Von daher ist das mit Sicherheit ein Fehler. Und wie ich von Verwaltungsgerichtshofsentscheidungen aus 2000 weiß, sind solche falschen, wahrheitswidrigen Behauptungen auf einem Wahlzettel möglicherweise genau der Angriffspunkt, um eine Wahl für ungültig erklären zu lassen. Aber eben dann nach dem Wahltag.“

Dieses Statement wurde in dem Rundfunkbeitrag neben einer Äußerung des Gegenkandidaten B zum gleichen Thema und vorangestellten Ausführungen beider Kandidaten zum Thema Presseerklärung des Magistrats vom 31. 7. 2003 gesendet. In der Anmoderation des Autors war der Beigel. zuvor mehrfach als „Herr Bürgermeister“, „CDU-Bürgermeister“ sowie als „Bürgermeister und OB-Wahlkämpfer“ bezeichnet worden.

Es erscheint schon zweifelhaft, ob hier überhaupt ein dem Beigel. vom Kl. vorgeworfener Verstoß gegen die Neutralitätspflicht vorliegt. Denn der Beigel. hat das Interview – ebenso wie

sein Gegenkandidat B – offensichtlich nicht in seiner Eigenschaft als Mitglied eines Gemeindeorgans und kommunaler Wahlbeamter, sondern in seiner Rolle als Kandidat und Wahlkämpfer geführt. Dass er vom Autor des Rundfunkbeitrags mehrfach als „Bürgermeister“ apostrophiert worden ist, entsprach der Wahrheit und ist dem Beigel. nicht als Pflichtverletzung zuzurechnen, denn er hat mit der – rechtlich zulässigen – Verwendung seiner Amtsbezeichnung nicht in amtlicher Funktion gehandelt, sondern hat seine Meinungsäußerung mit dem Hinweis auf eine mögliche spätere Wahlanfechtung deutlich als Wahlkampfbeitrag gekennzeichnet. In seiner Eigenschaft als Wahlkämpfer konnte er im Rahmen seines Rechts auf freie Meinungsäußerung durchaus auch einen vermeintlichen Fehler seines Gegenkandidaten B bei seinen Angaben zu Beruf oder Stand bemängeln, wobei dahinstehen kann, ob „VGH-Entscheidungen aus 2000“ – gemeint ist hier wohl der Beschluss des *Senats* vom 11. 1. 2000 (ESVGH 50, 170 = NVwZ-RR 2001, 49 = HSGZ 2000, 233) – zu den Folgen unzutreffender Angaben eines Bürgermeisterteilnehmers über seinen Familienstand – für das Vorliegen eines solchen Wahlfehlers sprechen.

Ob die Kritik des Beigel. am Inhalt des Stimmzettels bezüglich des Berufs oder Standes seines Mitbewerbers B berechtigt war, ist sehr zweifelhaft, kann aber letztlich dahinstehen. Nach § 46 I HessKommWahlG enthalten die Stimmzettel neben anderen Angaben zur Person der Bewerber auch deren „Beruf oder Stand“. Was als Beruf oder Stand anzusehen ist, hat der Gesetzgeber weitgehend der Selbsteinschätzung der Bewerber überlassen, wie sich aus den Gesetzgebungsmotiven ergibt. Im Gesetzentwurf der damaligen Landesregierung vom 6. 1. 1992 (LT-Dr 13/1397), mit dem die Einführung der Direktwahl von Bürgermeistern/Oberbürgermeistern und Landräten initiiert worden ist, heißt es zur Begründung des § 46 HessKommWahlG (siehe dort S. 39):

„Die Vorschrift legt den Inhalt der Stimmzettel fest. Die Berufsangabe auf dem Stimmzettel folgt der entsprechenden Angabe auf dem eingereichten Wahlvorschlag. Bei der Angabe des Berufs sollte dem ‚Selbstverständnis‘ des Bewerbers so weit wie möglich entsprochen werden. Er kann daher seinen erlernten oder den derzeit ausgeübten Beruf angeben. Auch die Tätigkeit als (Ober-)Bürgermeister oder Landrat ist ein Beruf.“

Nach § 45 II HessGO führen in Städten die Beigeordneten mit Ausnahme des Ersten Beigeordneten und des als Stadtkämmerer bezeichneten, mit der Verwaltung des Finanzwesens beauftragten hauptamtlichen Beigeordneten die Bezeichnung Stadtrat, und zwar unabhängig davon, ob sie haupt- oder ehrenamtlich tätig sind. Unter Berücksichtigung des weiten Ermessens, das der Gesetzgeber den Bewerbern bei der Angabe ihrer Berufsbezeichnung zugestanden hat, kann man die Angabe des Berufs mit „Stadtrat“ nicht als wahrheitswidrig bezeichnen, zumal der Mitbewerber B früher hauptamtlicher Stadtrat war und damit den Beruf eines kommunalen Wahlbeamten im Sinne der Begründung des Gesetzentwurfs „erlernt“ hatte.

Auch wenn mithin die Kritik des Beigel. an der Berufsangabe des Mitbewerbers B in den Stimmzetteln unberechtigt gewesen sein dürfte, kann sie jedenfalls nicht als Unregelmäßigkeit beim Wahlverfahren i. S. des § 50 Nr. 2 HessKommWahlG a. F. angesehen werden. Denn es handelt sich dabei um einen für Wahlkämpfe typischen Hinweis eines Kandidaten auf wirkliche oder vermeintliche Qualifikationsmängel eines Gegenkandidaten, den die Wählerinnen und Wähler wie andere Wahlkampfaussagen der Wahlbewerber kritisch zu würdigen haben. Mit dem wahrheitsgemäßen Hinweis darauf, dass der Mitbewerber B früher hauptamtlicher Beigeordneter und zum Zeitpunkt des Interviews ehrenamtlicher Beigeordneter war, hat der Beigel. auch in seinem Interviewbeitrag selbst die Informationen geliefert, die dem Hörer eine eigene Einschätzung der Substanz der geäußerten Kritik ermöglichten.

Mithin ist auf die Berufungen der Bekl. und des Beigel. das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

(Mitgeteilt von der Veröffentlichungskommission des VGH)

Anm. d. Schriftlfg.: Zur rechtlichen Qualifikation eines Wahlfehlers vgl. *HbgVerfG*, NVwZ-RR 1999, 354; NVwZ-RR 1995, 589.

## 20. Aufenthaltsrechtliche Vorwirkung der bevorstehenden Geburt eines Kindes

GG Art. 1 I, 2 II 1, 6 I, II; AufenthG § 60 a II

1. Die nichteheliche Vaterschaft eines Ausländers hinsichtlich des ungeborenen Kindes einer deutschen Staatsangehörigen kann einen Umstand darstellen, der unter den Gesichtspunkten des Schutzes der Familie nach Art. 6 I, II GG und der Pflicht des Staates, sich gem. Art. 2 II 1 i. V. mit Art. 1 I GG schützend und fördernd vor den nasciturus zu stellen, aufenthaltsrechtliche Vorwirkungen entfaltet.

2. Regelmäßige Voraussetzung der Vorwirkung aus Art. 6 I, II GG ist, dass der nichteheliche Vater durch die vorgeburtliche Anerkennung der Vaterschaft und des gemeinsamen Sorgerechts zu erkennen gegeben hat, dass er die elterliche Verantwortung übernehmen wird und zudem der Entbindungszeitpunkt so nahe bevorsteht, dass bis zur Geburt ein Familiennachzug unter Einhaltung der Einreisevorschriften nach behördlicher Erfahrung nicht mehr in Betracht kommt.

3. In besonders gelagerten Fällen können Art. 6 I, II GG und Art. 2 II 1 i. V. mit Art. 1 I GG ausnahmsweise auch bereits zu einem früheren Zeitpunkt aufenthaltsrechtliche Vorwirkungen auslösen. Eine Ausnahme wird vor allem dann in Betracht kommen, wenn eine Risikoschwangerschaft und die Unterstützung der Schwangeren durch den Abzuschiebenden glaubhaft gemacht werden.

OVG Bautzen, Beschl. v. 25. 1. 2006 – 3 BS 274/05

Zum Sachverhalt: Der Ast. beantragte bei VG den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel, dem Ag. die geplante Abschiebung des Ast. zu untersagen. Das VG lehnte den Antrag ab. Die Beschwerde des Ast. hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Der Ast. hat mit der Beschwerde Umstände vorgetragen, aus denen sich ergibt, dass das VG den auf Untersagung der Abschiebung gerichteten Rechtsschutzantrag zu Unrecht abgelehnt hat.

Neben einem Anordnungsgrund, dessen Vorliegen im Hinblick auf die geplante Abschiebung zwischen den Bet. unstrittig ist, steht dem Ast. mit überwiegender Wahrscheinlichkeit wegen rechtlicher Unmöglichkeit der Abschiebung gem. § 60 a II AufenthG auch ein Anordnungsanspruch zur Seite. Entgegen der Auffassung des VG ergab sich im Zeitpunkt seiner Entscheidung ein rechtliches Abschiebungshindernis aus der gynäkologisch bestätigten Risikoschwangerschaft der deutschen Verlobten des Ast.; im Zeitpunkt der *Senats*entscheidung ist ein Abschiebungshindernis unabhängig von einer fortdauernden Gefährdung der Schwangerschaft aus der in einem Monat bevorstehenden Geburt des Kindes herzuleiten.

Nach Auffassung des *Senats* kann die nichteheliche Vaterschaft eines Ausländers hinsichtlich des ungeborenen Kindes einer deutschen Staatsangehörigen einen Umstand darstellen, der unter den Gesichtspunkten des Schutzes der Familie nach Art. 6 I i. V. mit II GG und der Pflicht des Staates, sich gem. Art. 2 II 1 i. V. mit Art. 1 I GG schützend und fördernd vor den nasciturus zu stellen, aufenthaltsrechtliche Vorwirkungen entfaltet (a. A.: OVG Saarlouis, Beschl. v. 25. 3. 1993 – 3 W 9/93, juris).

Hinsichtlich des Schutzes der Ehe sind Vorwirkungen aus Art. 6 I GG für den Fall des unmittelbaren Bevorstehens der Eheschließung allgemein anerkannt (vgl. dazu *Senat*, Beschl. v. 8. 2. 2005 – 3 BS 426/04; VGH Mannheim, InfAuslR 2002, 228 m. w. Nachw.). Entsprechende Vorwirkungen sind im Falle der bevorstehenden Familiengründung – hier in Form des Zusammenlebens der nicht verheirateten Eltern mit ihrem gemeinsamen Kind – regelmäßig dann anzunehmen, wenn der nichteheliche Vater durch die vorgeburtliche Anerkennung der Vaterschaft und des gemeinsamen Sorgerechts zu erkennen gegeben hat, dass er die elterliche Verantwortung übernehmen wird, und zudem der Entbindungszeitpunkt so nahe bevorsteht, dass bis zur Geburt ein Familiennachzug unter Einhaltung der Einreisevorschriften nach behördlicher Erfahrung oder – in Ermangelung einer solchen – nach dem Ergebnis behördlicher Ermittlung bei der zuständigen Auslandsvertretung und gegebenenfalls der zuständigen Ausländerbehörde nicht mehr in Betracht kommt. Dabei