

# ERGÄNZUNGS- GUTACHTEN

zum  
eigenen Gutachten vom 12.04.2007

zugleich Stellungnahme  
zu den Informationen des  
Hessischen Städte- und Gemeindebundes  
und der kommunalen Aufsichtsbehörde  
vom 11.04. und 12.04.2007  
und den Bürgereinsprüchen  
zur Gültigkeit und Anfechtbarkeit  
der Bürgermeisterwahl am 11./25. März 2007  
in Alsbach-Hähnlein aus anwaltlicher Sicht

Michael Schäfer  
Rechtsanwalt  
Martin-Biebesheimer-Str. 3  
64665 Alsbach-Hähnlein  
[www.rechtfrisch.de](http://www.rechtfrisch.de)

Seite 2 von 14	Ergänzende sachverständige Stellungnahme zur Gültigkeit und Anfechtbarkeit der Bürgermeisterwahl am 11./25. März 2007 in Alsbach-Hähnlein aus anwaltlicher Sicht	Erstellt von Rechtsanwalt Michael Schäfer 13.04.2007
----------------	---	--

### **Haftungsausschluss**

Dieses Gutachten wurde ohne Auftrag und außerhalb eines Mandatsverhältnisses erstellt. Die Stellungnahmen und die darin enthaltenen Schlussfolgerungen werden nach bestem Wissen und Gewissen getroffen. Dennoch kann der Autor für darin enthaltene Empfehlungen keine Haftung übernehmen, insbesondere nicht für die Konsequenzen, die aus einer eventuellen Befolgung darin enthaltener Empfehlungen entstehen könnten. Soweit eine solche Haftung des Autors gewünscht ist, muss ein Mandatsverhältnis begründet werden.

Seite 3 von 14	Ergänzende sachverständige Stellungnahme zur Gültigkeit und Anfechtbarkeit der Bürgermeisterwahl am 11./25. März 2007 in Alsbach-Hähnlein aus anwaltlicher Sicht	Erstellt von Rechtsanwalt Michael Schäfer 13.04.2007
----------------	--	---

## Inhaltsverzeichnis

Haftungsausschluss .....	2
Inhaltsverzeichnis .....	3
I. Einleitung .....	4
II. Die Empfehlungen des HSGB und der KAB .....	4
a. Zulässigkeit und Begründetheit der Wählereinsprüche .....	4
§ 25 <i>Einsprüche gegen die Gültigkeit der Wahl</i> .....	4
<i>a.a. Die Unterstützung der nicht in eigenen Rechten betroffenen Einspruchsführer</i> .....	5
<i>a.b. Die Fristen der Einspruchseinlegung</i> .....	7
§ 49 <i>Einsprüche gegen die Gültigkeit der Wahl</i> .....	9
§ 73 <i>Bekanntmachung des Wahlergebnisses, Benachrichtigung des gewählten Bewerbers</i> .....	9
<i>a.c. Konsequenzen der Wahlungültigkeit</i> .....	10
§ 26 <i>Beschluss der Vertretungskörperschaft</i> .....	11
§ 30 <i>Wiederholungswahl</i> .....	12
III. Konsequenzen .....	13
IV. Zusammenfassung .....	14

Seite 4 von 14	Ergänzende sachverständige Stellungnahme zur Gültigkeit und Anfechtbarkeit der Bürgermeisterwahl am 11./25. März 2007 in Alsbach-Hähnlein aus anwaltlicher Sicht	Erstellt von Rechtsanwalt Michael Schäfer 13.04.2007
----------------	--	---

## I. Einleitung

Nach Fertigstellung und Veröffentlichung des Ursprungsgutachtens des Autors vom 12.04.2007 zu der Gültigkeit und Anfechtbarkeit der Bürgermeisterwahl am 11./25.03.2007 in Alsbach-Hähnlein hat der Vorsitzende der Gemeindevertretung mit am 12.04.2007 zugegangenem Schreiben vom gleichen Tag nebst Anlagen zur Gemeindevertreterversammlung am 17.04.2007 eingeladen.

Wesentlicher Punkt der Tagesordnung ist die Feststellung der Gültigkeit der Bürgermeisterwahl sowie die Beschlussfassung über die eingegangenen Einsprüche. Der Tagesordnung sind unter anderem eine Stellungnahme des Hessischen Städte- und Gemeindebundes (nachfolgend: HSGB) vom 12.04.2007 und des Landrates des Landkreises Darmstadt-Dieburg, als Kommunalaufsichtsbehörde (nachfolgend KAB), vom 11.04.2007 beigefügt.

Diese beiden Stellungnahmen bieten Anlass zur Kritik und zum Widerspruch soweit sie inhaltlich nahezu übereinstimmend in zwei für das weitere Wahlprozedere bedeutenden Überlegungen und Schlussfolgerungen des Ausgangsgutachtens des Autors zu anderen Ergebnissen und Empfehlungen kommen.

Da die (ergebnisoffene) Beschlussempfehlung des Gemeindevertreter-Vorsitzenden für die Sitzung am 17.04.2007 auf diesen Empfehlungen beruht, ist auch diese Empfehlung kritisch zu beleuchten.

Es soll nachfolgend zu diesen Stellungnahmen erwidert und dabei nachgewiesen werden, dass diese Stellungnahmen vom HSGB und der KAB zur erneuten Anfechtbarkeit der Wiederholungswahl führt, da das empfohlene Verwaltungshandeln den geltenden Wahlgesetzen widerspricht.

## II. Die Empfehlungen des HSGB und der KAB

Es sollen nachfolgend nur die Empfehlungen des HSGB und der KAB dargestellt und näher beleuchtet werden, die den Feststellungen und Gedanken des Autors in seinem Ausgangsgutachten widersprechen bzw. mit diesen nicht übereinstimmen.

### a. Zulässigkeit und Begründetheit der Wählereinsprüche

Maßgebend und grundlegend für die Beurteilung dieser Frage sind die Bestimmungen des KWG, hier des § 25 KWG, der wie folgt lautet:

#### **§ 25**

#### *Einsprüche gegen die Gültigkeit der Wahl*

*(1) Gegen die Gültigkeit der Wahl kann jeder Wahlberechtigte des Wahlkreises binnen einer Ausschlussfrist von zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung des Wahlergebnis-*

Seite 5 von 14	Ergänzende sachverständige Stellungnahme zur Gültigkeit und Anfechtbarkeit der Bürgermeisterwahl am 11./25. März 2007 in Alsbach-Hähnlein aus anwaltlicher Sicht	Erstellt von Rechtsanwalt Michael Schäfer 13.04.2007
----------------	--	--

*ses Einspruch erheben. Der Einspruch eines Wahlberechtigten, der nicht die Verletzung eigener Rechte geltend macht, ist nur zulässig, wenn ihn eins vom Hundert der Wahlberechtigten, mindestens jedoch fünf Wahlberechtigte, unterstützen; bei mehr als 10 000 Wahlberechtigten müssen mindestens 100 Wahlberechtigte den Einspruch unterstützen.*

*(2) Der Einspruch ist schriftlich oder zur Niederschrift beim Wahlleiter einzureichen und innerhalb der Einspruchsfrist im Einzelnen zu begründen; nach Ablauf der Einspruchsfrist können weitere Einspruchsgründe nicht mehr geltend gemacht werden.*

### **a.a. Die Unterstützung der nicht in eigenen Rechten betroffenen Einspruchsführer**

Der HSGB führt in seinem Schreiben vom 12.04.2007 u.a. aus, dass vor dem Hintergrund der Ausgestaltung der Wahlprüfung als objektives Verfahren die Vorlage von zusammen 100 Einsprüchen als ausreichend zu werten sei, da sowohl die 59 als auch die 31 gleichlautenden Einspruchsschreiben auf die Fehler bei der Zählung der Briefwahlstimmen abzielen und unter Bezugnahmen auf die Veröffentlichungen im Darmstädter Echo auf den von ihnen geschilderten Sachverhalt abstellen. In Anbetracht der identischen Ausgestaltung (der Einspruchsschreiben) wäre es als „*übermäßiger Formalismus*“ zu bezeichnen, wenn das Erfordernis einer Unterstützungsliste in tabellarischer Form geordert würde. Solche Formblätter wären nicht zu fordern, wenn gleichlautende Einsprüche entsprechend dem Quorum des § 25 Absatz 1 KWG vorliegen würden.

Die KAB führt zur gleichen Thematik sinngemäß aus, dass das Gesetz nicht explicit Unterstützungs**unterschriften** fordern würde, weshalb gleichlautende Einsprüche bzw. Einsprüche die den gleichen Wahlfehler rügen, als Unerstützung im Sinne des Gesetzes zu werten wären.

Diese Überlegungen sind falsch und widersprechen den insoweit klaren Forderungen des Gesetzgebers.

§ 25 Absatz 1 Satz 2 KWG fordert, dass Einsprüche von Wählern, die nicht die Verletzung eigener Rechte geltend machen, nur zulässig sind, u.a. wenn mindestens ein Prozent der Wahlberechtigten sie unterstützen. Der Gesetzgeber wollte mit diesem Prozedere Wahlanfechtungen erschweren. Es ist danach also gefordert, dass der Einspruch eines Wählers unterstützt wird von einer bestimmten Anzahl weiterer Wahlberechtigter. Dies bedeutet, dass zu der Einspruchshandlung eine gewisse Anzahl von Unterstützungshandlungen hinzukommen müssen, damit der Einspruch zulässig ist. Dies folgt aus dem Gesetzeswortlaut, der insoweit keinen Spielraum zulässt.

Nach den Darlegungen des HSGB würde es ausreichen, wenn eine das Quorum in der Summe erreichende Anzahl von (gleichlautenden) Einsprüchen vorliegen würde. Einspruch und Einspruchshandlung einerseits beschreiben aber einen anderen Vorgang, als Unterstützung und Unterstützungshandlung andererseits. Während ein Einspruchsführer in eigenem Namen von einer Art Widerspruchsrecht gebrauch macht, „hängt“ sich der Unterstützer mit seiner Erklärung lediglich an die für ihn fremde Erklärung des Einspruchsführers an. Die Bedeutung dieser Unterscheidung zeigt sich im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren. Während der Einspruchsführer in eigenem Namen Klage gegen die Wahlprüfungsentscheidung erheben könnte, ist diese Möglichkeit dem Unterstützer genommen.

Seite 6 von 14	Ergänzende sachverständige Stellungnahme zur Gültigkeit und Anfechtbarkeit der Bürgermeisterwahl am 11./25. März 2007 in Alsbach-Hähnlein aus anwaltlicher Sicht	Erstellt von Rechtsanwalt Michael Schäfer 13.04.2007
----------------	--	--

Es wäre, die Rechtsauffassung des HSGB als richtig unterstellt, auch nicht mehr möglich festzustellen, wer Einspruchsführer und wer „nur“ Unterstützer wäre. Der Wahlleiter hätte keine gesicherte Position, da er nicht zu entscheiden wüsste, welchen der einsprechenden Bürger er als Einspruchsführer bescheiden müsste und welchen er als Unterstützer er unbeschieden lassen könnte. Er müsste, um Rechtssicherheit zu erlangen alle einsprechenden Bürger vorsorglich bescheiden, um die tatsächlichen, echten Einspruchsführer auf jeden Fall einen Einspruchsbescheid zugestellt zu haben und niemanden von ihnen übergangen zu haben.

Es war auch die Absicht des Gesetzgebers, durch die Einführung eines Quorums die Vielzahl der Klagemöglichkeiten betroffener Wähler bzw. Einspruchsführer zu begrenzen und die Belastung der Verwaltungsgerichte damit einzudämmen. Diese Absicht des Gesetzgebers würde konterkariert, würde man der Rechtsansicht des HSGB insofern folgen.

Diese Ansicht des HSGB übergeht auch den klaren Gesetzeswortlaut, alleine mit dem wenig überzeugenden Grund eines angeblich überzogenen Formalismus. Zum einen steht es weder dem HSGB, noch einer hessischen Gemeindevertretung zu, die vom seinem Gesetzgeber bestimmten Anforderungen an gültige Wahleinsprüche mit dem vordergründigen und inhaltlich unbestimmten Hinweis auf einen „übermäßigen Formalismus“ zu ignorieren. Gesetzliche Vorgaben für verwaltungsmäßiges Handeln sind auch dann zu beachten, wenn sie formalistisch sind. Es gibt darüber hinaus keinen verlässlichen Maßstab für eine Feststellung, wann eine formalistische Gesetzesvorgabe überzogen ist und wann nicht. Die Rechtsansicht des HSGB führt insofern zur Willkürlichkeit und Unkontrollierbarkeit des Handelns der für die Wahl verantwortlichen Verwaltung.

Auch die Ansicht der KAB ist insofern nicht überzeugend. Die Frage, ob eine Wählereingabe an die Behörde unterschrieben ist oder nicht, trifft nicht den Kern des Problems. Es stellt sich in erster Linie die Frage, ob Eingaben als Einspruch, als Unterstützungserklärung auszulegen sind, oder gar beide Eigenschaften haben können. Die Auslegung ist von Bedeutung, denn nur der Einspruchsführer, nicht auch der Unterstützer ist aktiv am Einspruchsverfahren beteiligt gemäß § 27 KWG. Nur er muss von der Wahlbehörde mit seinem Einspruch förmlich beschieden werden und nur er könnte Klage zum Verwaltungsgericht erheben, § 27 KWG.

Eingaben betroffener Bürger sind immer auszulegen, dabei ist nach dem wirklichen Sinn zu forschen, insbesondere ist festzustellen, ob der Bürger tatsächlich die Erklärungen abgeben wollte, die sich aus dem Wortsinn der Eingabe zu ergeben scheinen (§ 133 BGB). Alleine dafür ist die Unterschrift von Bedeutung, also alleine für die Prüfung der Frage, ob das, was der Bürger schriftlich mitgeteilt hat, von ihm auch so gewollt war und willentlich in den Rechtsverkehr gebracht worden ist.

Hätte es der Gesetzgeber für ausreichend gehalten, dass ein Einspruch gegen eine Wahl dann zulässig ist, wenn eine bestimmte Anzahl weiterer und gleichlautender Einsprüche mit gleichen oder vergleichbaren Begründungen vorliegen, hätte er dies in Gesetzesform gefasst. Er hat jedoch verlangt, dass der Einspruch eines nicht in eigenen Rechten betroffenen Bürgers von anderen Bürgern unterstützt wird und hat damit konkrete, inhaltlich eindeutige Anforderungen an das Einspruchsverfahren gestellt.

Einsprüche, die als Einsprüche und nicht als Unterstützungserklärung gekennzeichnet sind, können auch nur als Einspruch behandelt werden. Eine Bewertung als Unterstützerschrift öffnet dem Erklärenden den Weg in die verwaltungsgerichtliche Anfechtung, da seinem ausdrücklich geäußerten Willen in diesem Fall nicht Rechnung getragen wurde.

Seite 7 von 14	Ergänzende sachverständige Stellungnahme zur Gültigkeit und Anfechtbarkeit der Bürgermeisterwahl am 11./25. März 2007 in Alsbach-Hähnlein aus anwaltlicher Sicht	Erstellt von Rechtsanwalt Michael Schäfer 13.04.2007
----------------	--	--

Wenn man gleichlautende Einspruchsschriften als Unterstützerschriften zusammenfassen wollte, muss aus den Einspruchsschriften erklärbar sein, wer Einspruchsführer ist und wer Unterstützer. Dies ist deshalb erforderlich, weil das Gesetz in § 25 Absatz 1 KWG ausdrücklich diese Unterscheidung macht. Ausdrückliche gesetzliche Vorgaben könne aber nicht unter dem Gesichtspunkt eines angeblichen Formalismus übergangen werden, das steht einem Gemeindeparlament ebenso wenig zu, wie einem Verwaltungsgericht.

Demgemäß reicht es nicht aus, wenn eine bestimmte Anzahl gleichlautender Einsprüche zusammengefasst werden, es muss vielmehr aus Form und/oder Inhalt der einzelnen Einwendungen ersichtlich sein, wer Einspruchsführer ist und von wem dieser Einspruchsführer unterstützt wird<sup>1</sup>. Ist eine solche Differenzierung nicht möglich, ist nach dem Inhalt der Eingaben zu entscheiden, wenn diese als Einspruch formuliert sind, sind sie als solche zu behandeln. Liegen für sie keine oder nur eine unzureichende Anzahl von Unterstützern vor, sind sie als unzulässig abzuweisen und entsprechend zu bescheiden. Die Wahlbehörde ist an einen eindeutigen Inhalt der Eingaben gebunden.

Auch in der Literatur wird nur ausnahmsweise die Addition von Unterstützungsunterschriften (nicht von Einspruchsunterschriften!) für zulässig gehalten, so z.B. von Schmidt<sup>2</sup>. Danach muss aber in der jeweiligen Erklärung des Unterstützers für einen objektiven Dritten hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen, dass und welcher Einspruch unterstützt werden soll. Dieser Fall liegt hier aber nicht vor.

Die überwiegende Anzahl der von Herrn Dr. Wipf vorgelegten Wählerschreiben sind nach ihrem ausdrücklichen Wortsinn als Einsprüche zu behandeln, denn sie lassen nicht erkennen, dass und welcher Einspruch lediglich unterstützt werden soll. Der Umstand, dass viele dieser Schreiben von Herrn Dr. Wipf zusammengefasst vorgelegt bzw. eingereicht worden sind, ändert an dieser Auslegung nichts, denn maßgebend ist insofern der Erklärungswillen des jeweiligen Unterzeichners, und dass Herr Dr. Wipf alleine als Bote bzw. Überbringer fungierte.

Diesen Einspruchsschreiben, die von Herrn Dr. Wipf vorgelegt worden sind, fehlt es somit jeweils an der erforderlichen Anzahl von Unterstützern. Diese Einsprüche sind als unzulässig zurück zu weisen.

Anders sind die verschiedenen von Herrn Krieger initiierten Schreiben und Unterschriften zu bewerten. Dort wurden Unterschriftenlisten auf die Rückseite von Einspruchsschreiben gesetzt, wodurch eindeutig zuordenbar erklärt wird, dass der jeweils umseitige Einspruch unterstützt werden soll. Diese Art von unterstützten Einsprüchen ist zumindest zulässig, wenn jeweils das erforderliche Quorum erreicht worden ist und Fristen nicht versäumt wurden.

### ***a.b. Die Fristen der Einspruchseinlegung***

Der HSGB geht in seinem Empfehlungsschreiben davon aus, dass Einsprüche, die zwischen Haupt- und Stichwahl eingelegt worden sind, als (zulässige) Einsprüche zu werten wären. Er

---

<sup>1</sup> Bennemann/Schmidt, Kommunalverfassungsrecht Hessen, Kommentar, Stand Februar 2007, KWG § 25, Rdnr. 18

<sup>2</sup> In Bennemann/Schmidt, a.a.O.

Seite 8 von 14	Ergänzende sachverständige Stellungnahme zur Gültigkeit und Anfechtbarkeit der Bürgermeisterwahl am 11./25. März 2007 in Alsbach-Hähnlein aus anwaltlicher Sicht	Erstellt von Rechtsanwalt Michael Schäfer 13.04.2007
----------------	--	--

verweist insofern auf eine Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes aus dem Jahre 2003<sup>3</sup>, die auf den vorliegenden Fall übertragbar sei. Diese Ansicht ist jedoch aus Sicht des Autors unzweifelhaft falsch.

Das betroffene Urteil des HessVGH ist, soweit ersichtlich, in der Fachpresse lediglich in der Hessische Städte- und Gemeinde-Zeitung im Dezember 2003 veröffentlicht worden. Zu diesem Zeitpunkt war dieses Urteil noch nicht rechtskräftig, so dass nicht bekannt ist, aber auch nicht davon ausgegangen werden kann, ob bzw. dass dieses Urteil Bestand hatte. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese Entscheidung in nächster Instanz aufgehoben worden ist und deshalb unbeachtlich sein könnte.

Abgesehen davon ist aber auch darauf hinzuweisen, dass sich der HessVGH in diesem Urteil überhaupt nicht mit der hier zu entscheidenden Frage auseinandersetzen musste. Lediglich am Rande (als sog. Obiter dictum) und in einem völlig anderen Zusammenhang hat dort der HessVGH erklärt „*fristgemäß ist grundsätzlich auch ein Einspruch, der vor der Bekanntmachung des Wahlergebnisses erhoben wird*“<sup>4</sup>. Eine Begründung für diese Ansicht wird nicht gegeben. Zugrunde lag der Sachverhalt einer Kommunalwahl, also kein Sachverhalt, in der die Wahl in Hauptwahl und Stichwahl aufgegliedert worden ist. Bei einer Kommunalwahl liegt regelmäßig bereits im Laufe des Wahlabends ein Ergebnis der Wahl vor, das lediglich noch förmlich vom Wahlausschuss bestätigt werden muss. Bei der „zweigeteilten“ Direktwahl liegt ein solches Ergebnis nach der ersten Wahl („Hauptwahl“) noch nicht vor, es existiert allenfalls so etwas wie ein vorläufiges und noch wandelbares Zwischenergebnis. Ein abschließendes Ergebnis existiert frühestens mit Abschluss der Stichwahl. Hauptwahl und Stichwahl bilden nach dem hessischen Wahlrecht eine Einheit und können daher nur zusammengefasst beurteilt werden. Die beiden Sachverhalte – der dem zitierten Urteil zugrunde liegende und der der Wahl in Alsbach-Hähnlein zugrunde liegende Sachverhalt – weichen also in so wesentlichen Kernfragen so weit voneinander ab, dass sie nicht miteinander verglichen werden können. Dies wird sowohl vom HSGB als auch der KAB übersehen.

Dessen ungeachtet wird im gesamten Verwaltungsrecht regelmäßig davon ausgegangen, dass nur gegen Verwaltungsakte bzw. Verwaltungshandeln Rechtsmittel bzw. Widersprüche oder Einsprüche eingewendet werden können, wenn diese bereits existieren. Vorsorglich erhobene Rechtsmittel sind unzulässig, wenn nicht sogar unbeachtlich. Denn erst wenn ein Verwaltungshandeln endgültig abgeschlossen und bestätigt ist, kann eine Rechtsgutverletzung und in diesem Sinne eine Betroffenheit des Bürgers vorliegen. Vor diesem Zeitpunkt gibt es noch keinen (rechtlichen) Sachverhalt, der für den Bürger beschwerend ist und gegen den er sich wehren müsste oder könnte.

Ein Wahleinspruch kann daher frühestens mit dem Datum der Bekanntmachung des Ergebnisses der Stichwahl eingelegt werden. Nur diese Ansicht deckt sich im Übrigen mit dem ausdrücklichen Wortlaut der gesetzlichen Regelung. Insofern wird verwiesen auf § 49 KWG, der lautet

---

<sup>3</sup> Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes vom 12.06.2003 Az. 8 UE 2250/02, in HSGZ 2003, Seite 435 ff.

<sup>4</sup> a.a.O. , Seite 437, 3. Absatz



Seite 9 von 14	Ergänzende sachverständige Stellungnahme zur Gültigkeit und Anfechtbarkeit der Bürgermeisterwahl am 11./25. März 2007 in Alsbach-Hähnlein aus anwaltlicher Sicht	Erstellt von Rechtsanwalt Michael Schäfer 13.04.2007
----------------	--	--

## **§ 49**

### *Einsprüche gegen die Gültigkeit der Wahl*

*Gegen die Gültigkeit der Wahl kann auch jeder Bewerber, der an der Wahl teilgenommen hat, oder der Bewerber eines zurückgewiesenen Wahlvorschlags, nach Maßgabe des [§ 25](#) Einspruch erheben. Über den Einspruch beschließt die Vertretungskörperschaft. Im Falle einer Stichwahl beginnt die Frist für die Erhebung des Einspruchs erst nach der Bekanntmachung des Ergebnisses der Stichwahl zu laufen. Die Prüfung der Gültigkeit der Wahl durch die Vertretungskörperschaft entsprechend [§ 26](#) Abs. 1 bleibt unberührt.*

Der Gesetzgeber hat darin ausdrücklich erklärt, dass die Frist für die Erhebung von Einsprüchen erst (!) nach der Bekanntmachung des Ergebnisses der Stichwahl (!) zu laufen beginnt. Diese eindeutige Vorgabe im KWG wird gestützt von einer weiteren Bestimmung in der KWO, § 73, der lautet

## **§ 73**

*Bekanntmachung des Wahlergebnisses, Benachrichtigung des gewählten Bewerbers*

*(1) Sobald die Feststellung des Wahlergebnisses abgeschlossen ist, macht der Wahlleiter das endgültige Wahlergebnis mit den in [§ 72](#) bezeichneten Angaben bekannt. In der Bekanntmachung ist auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Einspruch nach [§§ 25, 41](#) Satz 1, [§ 49 des Gesetzes](#) hinzuweisen.*

*(2) Ist eine Stichwahl erforderlich, weist der Wahlleiter in der Bekanntmachung zusätzlich auf den Tag der Stichwahl hin, nennt die Namen der beiden an der Stichwahl teilnehmenden Bewerber unter Angabe ihrer Stimmenzahl und teilt mit, dass die Frist für die Erhebung des Einspruchs gegen die Wahl erst nach Bekanntmachung des Ergebnisses der Stichwahl zu laufen beginnt; dies gilt entsprechend, wenn nur ein Bewerber an der Stichwahl teilnimmt. Die Bekanntmachung erfolgt unverzüglich nach der Feststellung des Wahlergebnisses.*

*(3) Gleichzeitig mit der Veröffentlichung übermittelt der Wahlleiter dem Statistischen Landesamt das endgültige Wahlergebnis. Ist eine Stichwahl erforderlich, wird das Ergebnis der Wahl erst mit dem endgültigen Ergebnis der Stichwahl übermittelt.*

*(4) Für die Benachrichtigung des gewählten Bewerbers gilt [§ 56 Abs. 1 Satz 1](#) entsprechend.*

Der Gesetzgeber hat hier, in einer Ordnungsvorschrift angeordnet, dass der Bürger ausdrücklich darüber zu belehren ist, dass die Einspruchsfrist erst mit der Bekanntmachung beginnt.

Würde man hier der Empfehlung des HSGB oder der KAB folgen, würde man die Bürger bevorzugen, die „vorsorglich“ bereits nach der Hauptwahl, aber vor der Stichwahl Einspruch eingelegt haben. Dem rechtstreuen Bürger, der sich an den Wortlaut des Gesetzes hält, stünde dann nur ein weitaus kürzerer Zeitraum zur Verfügung, in dem er seine Überlegungen anstellen und eine Entscheidung treffen kann. Dies führt zu einer Ungleichbehandlung, die

Seite 10 von 14	Ergänzende sachverständige Stellungnahme zur Gültigkeit und Anfechtbarkeit der Bürgermeisterwahl am 11./25. März 2007 in Alsbach-Hähnlein aus anwaltlicher Sicht	Erstellt von Rechtsanwalt Michael Schäfer 13.04.2007
-----------------	--	--

nicht nur der grundgesetzlich garantierten Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, sondern auch den wahlrechtlich zu beachtenden Grundsatz freier, gleicher und allgemeiner Wahlen.

Der HSGB bezieht sich in seiner Empfehlung zur Begründung seiner anders lautenden Ansicht u.a. auf Hannappel/Meireis, Leitfaden Direktwahlen in Hessen, in einer veralteten Vorauflage aus 2005. Dort heißt es:

*„Bereits nach der ersten Wahl oder nach der Stichwahl eingelegte Einsprüche sind daher von der Vertretung zu behandeln, wenn sie nicht zurück genommen worden sind.“<sup>5</sup>*

An dieser Stelle wollen Hanappel/Meireis aber lediglich zum Ausdruck bringen, dass (selbstverständlich) auch über solche Einsprüche eine Entscheidung durch die Gemeindevertretung getroffen werden muss, obwohl sie bereits vor der Bekanntmachung, also zu früh erhoben worden sind. Welche Entscheidung darüber zu treffen ist, wird von Hanappel/Meireis aber gerade nicht vorgegeben, vielmehr ist aus dem Gesamtzusammenhang dieser Literaturstelle zu erkennen, dass die Behandlung solcher Einsprüche mit dem Ergebnis enden muss, dass sie unzulässig sind.

Demgemäß ist es zwingend notwendig, sämtliche Einspruchsschreiben darauf hin zu überprüfen, ob sie vor dem Tage der Bekanntmachung des Wahlergebnisses dem Wahlleiter zugegangen sind oder danach. Im erstgenannten Fall sind sie zwingend als unzulässig abzuweisen, sonst als zulässig, jedenfalls als nicht verfristet zu behandeln.

### ***a.c. Konsequenzen der Wahlungültigkeit***

Unstreitig ist die ungültige Wahl insoweit zu wiederholen, als ein Fehler vorlag. Dies ist auch nach Ansicht des HSGB und der KAB notwendig.

Unstreitig ist auch die Stichwahl zu wiederholen, falls die Briefwahl zu einem Ergebnis führt, wonach andere Bewerber als bisher (Herr Götz und Herr Rausch) daran teilnehmen müssen.

Diese beiden Konstellationen müssen daher nicht mehr näher untersucht werden.

Problematisch erscheint aber die Situation, in der die zu wiederholende Briefwahl mit dem Ergebnis endet, dass auch erenut die Herren Götz und Rausch die meisten Stimmen auf sich vereinigen würden, also an der Stichwahl teilnehmen müssten.

Der HSGB führt in seiner Stellungnahme dazu u.a. aus, dass der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht habe, dass eine einmal gewählte Körperschaft Bestand behalten solle aber die Einheitlichkeit des Wahlvorgangs im Zweifel dafür spreche, in diesem Fall nicht nur die Briefwahl, sondern auch die Stichwahl zu wiederholen. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten solle daher jedenfalls auch die Stichwahl wiederholt werden.

Die KAB ist der Ansicht, dass hier nicht der Grundsatz der Wahlbestandssicherung greife, da immerhin die Möglichkeit bestünde, dass der damalige Wahlfehler auch das Verhalten der Wähler bei der Stichwahl beeinflusst haben könnte. Deshalb müsse auch die Stichwahl je-

---

<sup>5</sup> Hannappel/Meireis, Leitfaden Direktwahlen im Lande Hessen, Ausgabe 2006, Rdnr. 299

Seite 11 von 14	Ergänzende sachverständige Stellungnahme zur Gültigkeit und Anfechtbarkeit der Bürgermeisterwahl am 11./25. März 2007 in Alsbach-Hähnlein aus anwaltlicher Sicht	Erstellt von Rechtsanwalt Michael Schäfer 13.04.2007
-----------------	--	--

denfalls wiederholt werden, was im Übrigen der Praxis bei fehlerhaften Verwaltungsverfahren entsprechen würde.

Diese Empfehlungen des HSGB und der KAB widersprechen auch in dieser Frage den gesetzlichen Vorgaben und allgemeiner Erkenntnisse und sind durch keinerlei gesicherten Erkenntnisse des Wahlrechts zu begründen.

Der Gesetzgeber hat in den einschlägigen Wahlvorschriften zum Ausdruck gebracht, dass Wahlen nur insoweit zu wiederholen sind, als sie fehlerhaft sind. Er hat dem dazu berufenen Gemeindeparlament in § 26 KWG vorgegeben, was bei einer fehlerhaften Wahl zu geschehen hat, ohne dass er ihr ein Entscheidungsspielraum eingeräumt hat. § 26 KWG lautet

### § 26

#### *Beschluss der Vertretungskörperschaft*

*(1) Die neue Vertretungskörperschaft hat über die Gültigkeit der Wahl und über Einsprüche nach [§ 25](#) in folgender Weise zu beschließen:*

*1. War ein Vertreter nicht wählbar oder an der Mitgliedschaft in der Vertretungskörperschaft gehindert ([§ 37](#), [§ 65 Abs. 2 der Hessischen Gemeindeordnung](#), [§ 27](#), [§ 36 Abs. 2 der Hessischen Landkreisordnung](#)) oder hätte er aus anderen Gründen nach [§ 15](#) Abs. 2 Satz 2 aus dem Wahlvorschlag gestrichen werden müssen, so ist sein Ausscheiden anzuordnen.*

*2. Sind im Wahlverfahren Unregelmäßigkeiten oder strafbare oder gegen die guten Sitten verstößende Handlungen, die das Wahlergebnis beeinflussen, vorgekommen, bei denen nach den Umständen des Einzelfalls eine nach der Lebenserfahrung konkrete Möglichkeit besteht, dass sie auf die Verteilung der Sitze von entscheidendem Einfluss gewesen sein können, so ist*

*a) wenn sich die Unregelmäßigkeiten nur auf einzelne Wahl- oder Briefwahlbezirke erstrecken, in diesen Wahlbezirken,*

*b) wenn sich die Unregelmäßigkeiten auf den ganzen Wahlkreis oder auf mehr als die Hälfte der Wahl- und Briefwahlbezirke erstrecken, im ganzen Wahlkreis*

*die Wiederholung der Wahl anzuordnen ([§ 30](#)).*

*3. Ist die Feststellung des Wahlergebnisses unrichtig, so ist sie aufzuheben und eine neue Feststellung anzuordnen ([§ 31](#)).*

*4. Liegt keiner der unter Nr. 1 bis 3 genannten Fälle vor, so ist die Wahl für gültig zu erklären.*

*Beteiligte im Verfahren sind der Wahlberechtigte, der Einspruch erhoben hat, und der Vertreter, dessen Wahl unmittelbar angefochten oder dessen Ausscheiden nach Satz 1 Nr. 1 zu prüfen ist.*

*(2) An der Beratung und Beschlussfassung nach Abs. 1 können die Mitglieder der Vertretungskörperschaft auch dann mitwirken, wenn sie durch die Entscheidung betroffen werden.*

Seite 12 von 14	Ergänzende sachverständige Stellungnahme zur Gültigkeit und Anfechtbarkeit der Bürgermeisterwahl am 11./25. März 2007 in Alsbach-Hähnlein aus anwaltlicher Sicht	Erstellt von Rechtsanwalt Michael Schäfer 13.04.2007
-----------------	--	--

Der Gesetzgeber hat in Absatz 2 dieser Vorschrift klar zum Ausdruck gebracht, dass die Wahl nur dort zu wiederholen ist, also in dem Bezirk, in dem sich die Unregelmäßigkeit ausgewirkt hat. Er hat es dabei also sehenden Auges hingenommen, dass nur ein Teil der Wählerschaft erneut zu einem Votum aufgefordert wird, und zwar zu einem Zeitpunkt, in dem bereits Teilergebnisse anderer Wahlbezirke bekannt sind.

Dies entspricht auch der Regelung in § 30 KWG, der lautet

**§ 30**  
*Wiederholungswahl*

*(1) Wird im Wahlprüfungsverfahren die vollständige oder teilweise Wiederholung der Wahl angeordnet, ist sie innerhalb von vier Monaten nach Rechtskraft der Entscheidung in dem dort bestimmten Umfang zu wiederholen. Der Wahltag wird unverzüglich nach Rechtskraft der Entscheidung von der Vertretungskörperschaft bestimmt; § 42 Satz 3 bis 5 gilt entsprechend. Im Falle des § 29 Satz 1 wird der Wahltag von der Aufsichtsbehörde bestimmt. Die Wiederholungswahl findet für den Rest der Wahlzeit statt.*

*(2) Findet die Wiederholungswahl nur in einzelnen Wahlbezirken statt, so wird aufgrund der Wahlvorschläge und der Wählerverzeichnisse der Hauptwahl gewählt. Wahlvorschläge können nur geändert werden, wenn sich dies aus der Wahlprüfungsentscheidung ergibt oder wenn ein Bewerber gestorben ist oder nicht mehr wählbar ist; Personen, die gestorben sind oder ihr Wahlrecht verloren haben, werden im Wählerverzeichnis gestrichen. Im Übrigen gelten die Vorschriften für die Neuwahl.*

*(3) Findet die Wiederholungswahl im ganzen Wahlkreis statt, so ist nach den für die Neuwahl geltenden Vorschriften zu verfahren.*

*(4) Wiederholungswahlen unterbleiben, wenn die Rechtskraft der Entscheidung im letzten Jahr der Wahlzeit eintritt.*

Auch hier geht der Gesetzgeber davon aus, dass Wiederholungswahlen nur in Teilbereichen des gesamten Wahlortes durchgeführt werden. Er hat also auch hier die Einflussnahme durch die bereits abgegebenen gültigen Stimmen auf die zu wiederholenden Stimmabgaben bewusst in Kauf genommen.

Unerheblich ist danach also das Argument der KAB, die Fehler der ersten Wahl könne das Wahlverhalten der Wähler in der Wiederholungswahl beeinflussen. Diesen Umstand hat der Gesetzgeber berücksichtigt und ihn für unbedeutend gehalten, da er trotzdem Teilwiederholungen von Wahlen angeordnet hat.

Damit ist dem weiteren Argument der KAB, dem Grundsatz der Wahlbestandssicherung könne hier nicht greifen, der Boden entzogen, da die Voraussetzung, die die KAB dafür angenommen hat, nicht vorliegt.

Es ist davon ganz abgesehen auch überhaupt nicht nachvollziehbar und eine willkürliche unbewiesene Unterstellung, dass sich der Wähler im Falle einer Wiederholungswahl vom Ergebnis des bestehen bleiben Wahlbereichen beeinflussen lassen würde. Diese sich immer

Seite 13 von 14	Ergänzende sachverständige Stellungnahme zur Gültigkeit und Anfechtbarkeit der Bürgermeisterwahl am 11./25. März 2007 in Alsbach-Hähnlein aus anwaltlicher Sicht	Erstellt von Rechtsanwalt Michael Schäfer 13.04.2007
-----------------	--	--

wiederholende Unterstellung geht unzulässigerweise davon aus, dass der Wahlbürger nicht mündig ist und nicht wisse weshalb er bei einer Wiederholungswahl so und nicht anders abstimmen würde. Eine solche Haltung ist dem Wählerwillen gegenüber despektierlich und undemokratisch.

Im Übrigen ist der Grundsatz der Wahlbestandssicherung ein hoch stehender Grundsatz, der nur bei sonst nicht abzuwendenden Ungerechtigkeiten ausnahmsweise unbeachtet bleiben darf. Es muss an dieser Stelle ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass die hier zu beantwortenden Fragen den Fokus der demokratischen Grundordnung und der gemeindlichen Selbstverwaltung betrifft. Es ist die Wahlstimme des Bürgers, das für alles behördliche Handeln letztlich die demokratische Legitimation bildet. Die vom Wähler in freier, geheimer und allgemeiner Wahl einmal abgegebene Wahlstimme hat Bestand und darf nur dann unbeachtet bleiben, wenn sie unter falschen Voraussetzungen gebildet oder abgegeben worden ist.

Dies wird besonders deutlich auch an dem bisher völlig ohne Beachtung gebliebenen Regelungen des Strafgesetzbuches, wo in den §§ 107 – 108 b StGB die Freiheit und der Inhalt der Wahl einem besonderen strafrechtlichen Schutz unterstellt worden ist.

Auch soweit die KAB meint, eine Wiederholung auch der Stichwahl würde der sonstigen Praxis bei fehlerhaften Verwaltungsverfahren entsprechen, übersieht sie, dass der Gesetzgeber das Wahlverfahren aus der Regelung des sonstigen Verwaltungsverfahrens herausgenommen und spezielle, dem sonstigen Verwaltungsrecht vorgehende Regelungen u.a. im KWG und der KWO geschaffen hat. Die „übrige Verwaltungspraxis“ ist auf das Wahlverfahren nicht übertragbar, die Bildung von Analogien ist unzulässig.

Aufgrund fehlender gesetzlicher Grundlage steht es dem Gemeindeparlament in Alsbach-Hähnlein nicht zu, in seiner Entscheidung nach § 26 KWG über die Gültigkeit der Wahl und der Einsprüche auch die Wiederholung der Stichwahl selbst für den Fall anzuordnen, dass sich der Wähler erneut zwischen den Herren Götz und Rausch entscheiden müsste. Diese Wahl hat der Wähler bereits in einem fehlerfreien Wahlverfahren getroffen und ist somit als verbindlich zu beachten.

### **III. Konsequenzen**

Das Gemeindeparlament in Alsbach-Hähnlein wird am 17. April 2007 in seiner Sitzung gemäß § 26 KWG, § 57 KWO über die Gültigkeit der Wahl und der Wahleinsprüche entscheiden müssen. Im Gutachten vom 12.04.2007 hat der Autor bereits nachgewiesen, dass das Parlament ohne Ermessensspielraum die Ungültigkeit der Wahl feststellen werden muss.

Das Parlament muss weiterhin über die Einsprüche der Bürger entscheiden und die Einsprüche, die vor dem Tag der Bekanntmachung eingelegt worden sind als unzulässig abweisen, ebenso die Eingaben, die als Einspruch erklärt aber ohne einer ausreichenden Anzahl von Unterstützern eingereicht worden sind.

Die Einsprüche, die fristgerecht eingereicht und von einer ausreichenden Anzahl von Wählern unterstützt worden sind, sind als begründet zu bescheiden, vorausgesetzt, die Begründung erfassen einen tatsächlich aufgetretenen Wahlfehler.

Seite 14 von 14	Ergänzende sachverständige Stellungnahme zur Gültigkeit und Anfechtbarkeit der Bürgermeisterwahl am 11./25. März 2007 in Alsbach-Hähnlein aus anwaltlicher Sicht	Erstellt von Rechtsanwalt Michael Schäfer 13.04.2007
-----------------	--	---

Es wird darauf zu achten sein, dass jeder einzelne Einspruch vom Gemeindeparlament beschieden wird.

Das Parlament hat schließlich die Wiederholung der Wahl anzuordnen und zwar, ebenfalls ohne eigenem Ermessen, ausschließlich die Wiederholung der fehlerbehafteten Briefwahl und nur für den Fall, dass diese Briefwahl zu einem anderen Ergebnis führt, als die Wahl vom 11.03.2007, auch es auch die Wiederholung der Stichwahl anzuordnen.

## **IV. Zusammenfassung**

Die Empfehlungen sowohl des HSGB, als auch der KAB sind rechtlich nicht haltbar, soweit sie hier untersucht worden sind. Sie sind als Entscheidungsgrundlage für die vom Gemeindeparlament in Alsbach-Hähnlein am 17.04.2007 zu treffende Entscheidung im Wahlprüfungsverfahren ungeeignet. Ihre Beachtung führt zu gerichtlichen Angreifbarkeit der dann durchgeführten Wiederholungswahl.

Alsbach-Hähnlein, den 13. April 2007  
Michael Schäfer, Rechtsanwalt  
[www.rechtfrisch.de](http://www.rechtfrisch.de)