

Az.: 4 A 570/10  
7 K 1019/09

Ausfertigung



## SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

### Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

- Kläger -  
- Berufungskläger -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Landkreis Bautzen  
vertreten durch den Landrat  
Bahnhofstraße 9, 02625 Bautzen

- Beklagter -  
- Berufungsbeklagter -

wegen

Anfechtung eines Wahlprüfungsbescheids  
hier: Vorlagebeschluss gem. Art. 100 Abs. 1 GG an den Sächsischen Verfassungsgerichtshof

hat der 4. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Präsidenten des Obergerverwaltungsgerichts Künzler, den Richter am Obergerverwaltungsgericht Kober und den Richter am Obergerverwaltungsgericht Dr. von Egidy

am 18. Mai 2011

### **beschlossen:**

Das Verfahren wird gemäß Art. 100 Abs. 1 GG ausgesetzt und dem Sächsischen Verfassungsgerichtshof zur Entscheidung über die Vereinbarkeit von § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 KomWG i. V. m. § 45 Abs. 2, § 38 und § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KomWG mit dem Grundrecht der allgemeinen und freien Wahl aus Art. 18 Abs. 1 SächsVerf i. V. m. dem Demokratieprinzip vorgelegt.

### **Gründe**

#### **I.**

- 1 Der Kläger wendet sich mit seiner vom Senat zugelassenen Berufung gegen die Ungültigerklärung seiner Wahl zum Bürgermeister in der Gemeinde K.....
- 2 Bei der Bürgermeisterwahl in K..... am 8. Juni 2008 erhielt der Kläger von 1.945 abgegebenen Stimmen 1.147 Stimmen. Die Bekanntmachung des Wahlergebnisses erfolgte am 13. Juni 2008 im Amtsblatt der Gemeinde K..... Einen Wahleinspruch von fünf Bürgern aus der „Wählerversammlung Parteiloser Wähler“ vom 19. Juni 2008 wies der Beklagte mit Bescheid vom 27. Mai 2009 zurück.
- 3 Mit Wahlprüfungsbescheid vom 17. Juni 2009 erklärte der Beklagte die Wahl des Bürgermeisters in K..... für ungültig. Die Wahlprüfungsfrist beginne mit seiner Entscheidung über den letzten Einspruch am 28. Mai 2009. Bei der Vorbereitung der Wahl sei der Wahlvorschlag des Klägers zu Unrecht nicht zurückgewiesen worden, da ihm die Erklärung nach § 41 Abs. 4 KomWG nicht beigelegt gewesen sei. Dieser Fehler habe das Ergebnis der Wahl beeinflusst.
- 4 Der Kläger hat am 16. Juli 2009 Klage erhoben. Er habe die Erklärung nach § 41 Abs. 4 Satz 1 KomWG nicht eingereicht, weil dem Vorsitzenden des Gemeindevwahlausschusses bekannt gewesen sei, dass er - der bereits seit 1990 Bürgermeister der Ge-

meinde K..... sei - diese bei den vorangegangenen Wahlen mehrfach abgegeben habe. Der Wahlleiter habe ihn auch nicht zur Nachreichung aufgefordert. Bei der am Tag der Bürgermeisterwahl zugleich durchgeführten Wahl zum Kreistag sei er überprüft worden. Die Regelung des § 41 Abs. 4 Satz 1 KomWG begegne zudem verfassungsrechtlichen Bedenken. Hinzu komme, dass ihm der Geschäftsführer des Kreisverbandes der CDU mitgeteilt habe, dass eine nochmalige Einreichung der Erklärung nicht erforderlich sei. Noch vor Ablauf der Frist zur Einreichung von Wahlvorschlägen nach § 41 Abs. 2 Satz 1 KomWG habe ihn der Vorsitzende des Gemeindevwahlausschusses bei einem zufälligen Treffen auf die fehlende Erklärung angesprochen. Er habe diesen dann an den Geschäftsführer des Kreisverbandes der CDU verwiesen und sodann nichts mehr von der Sache gehört. Er habe deshalb darauf vertrauen können, dass die Einreichung der Erklärung entbehrlich sei.

- 5 Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 2. März 2010 - 7 K 1019/09 - abgewiesen. Der Wahlprüfungsbescheid sei rechtmäßig und verletze den Kläger nicht in seinen Rechten. Der Wahlvorschlag des Klägers genüge nicht den an ihn nach § 41 Abs. 4 KomWG zu stellenden Anforderungen. Nach dieser Regelung müsse jeder Bewerber bis zum Ende der Einreichungsfrist gegenüber dem Vorsitzenden des Gemeindevwahlausschusses eine schriftliche Erklärung abgeben, dass ihm bekannt sei, dass gemäß § 6 Abs. 2 SächsBG u. a. in das Beamtenverhältnis grundsätzlich nicht berufen werden könne, wer für das frühere Ministerium für Staatssicherheit/Amt für nationale Sicherheit tätig gewesen sei. Zugleich habe er zu erklären, dass er nicht zu diesem Personenkreis gehöre. Gegen diese Verpflichtung bestünden keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Es sei auch für kommunale Wahlbeamte im Hinblick auf das Grundrecht der allgemeinen und freien Wahl (Art. 18 Abs. 1 SächsVerf i. V. m. dem Demokratieprinzip) nicht zu beanstanden, dass Wahlbewerber ausgeschlossen seien, die aus Gründen, wie sie in der Erklärung nach § 41 KomWG abgefragt würden, für das angestrebte Amt untragbar erschienen. Folglich sei auch die Erklärungspflicht nach § 41 Abs. 4 KomWG nicht zu beanstanden. Dieser Einschätzung stehe die Entscheidung des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs (Urt. v. 25. November 2005 - Vf. 45-V-05) nicht entgegen, mit der die vergleichbare Regelung in § 15 Nr. 3 SächsWahlG für nichtig erklärt worden sei. Der Ausschluss der Wählbarkeit von Landtagsabgeordneten habe gegen Verfassungsnormen über die Wählbarkeit verstoßen, ohne dass es bundesrechtliche noch zwingende verfassungsrechtliche Gründe hierfür gegeben habe. Bei

der Bürgermeisterwahl resultiere die Überprüfung der Bewerber und damit auch deren Erklärungspflicht hingegen daraus, dass der Gewählte mit der Wahl auch Beamter werde und deshalb weitergehenden persönlichen Anforderungen nach Art. 91, 92 SächsVerf und § 6 Abs. 2 SächsBG genügen müsse. Diese persönlichen Anforderungen, die an die Eignung eines Beamten und hier zudem auch Behördenleiter gestellt würden, habe der Gesetzgeber als gewichtiger nehmen können, als die Umstände, nach denen einem Landtagsabgeordneten ein Mandat aberkannt werden dürfe.

6 Es sei im Gesetz auch keine Ausnahme für Personen vorgesehen, die bereits unter früherer Einreichung einer Erklärung nach § 41 Abs. 4 KomWG gewählt worden seien oder anderweitig einer vergleichbaren Prüfung unterlegen hätten. Auch der Umstand, dass der Gemeindewahlausschuss den Wahlvorschlag entgegen § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KomWG nicht beanstandet habe, ändere an dessen objektiver Unzulässigkeit nichts. Dem könne der Kläger auch nicht „Treu und Glauben“ entgegen halten. Die formalen Vorschriften für Wahlen seien einer solchen Betrachtung nicht zugänglich. Dem Gemeindewahlausschuss stehe keine Entscheidungsbefugnis zur Einhaltung wahlrechtlicher Vorschriften zu. Vielmehr sei die Einhaltung sämtlicher wahlrechtlicher Vorschriften einer nachträglichen Wahlprüfung zugänglich. Ein schutzwürdiges Interesse des Klägers, das an der Nichtbeanstandung seines Wahlvorschlages festgehalten werde, habe deshalb nicht entstehen können. Die Missachtung einer wesentlichen Vorschrift über die Wahlvorbereitung habe maßgeblichen Einfluss auf das Ergebnis der Wahl gehabt, so dass diese gemäß § 27 Abs. 1 KomWG vom Beklagten für ungültig zu erklären gewesen sei.

7 Auf den Antrag des Klägers hat der Senat die Berufung mit Beschluss vom 28. Juli 2010 - 4 A 339/10 - zugelassen. Auf der Grundlage des klägerischen Zulassungsvorbringens bestünden ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung. Er habe die entscheidungstragenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts so in Frage gestellt, dass der Ausgang des Berufungsverfahrens offen erscheine. Die vom Verwaltungsgericht (mit-) herangezogene Bestimmung des Art. 91 Abs. 2 SächsVerf, die allen Bürgern nach ihrer Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt gewähre, sei auf Bürgermeister als unmittelbar durch das Volk gewählte kommunale Wahlbeamte nicht anwendbar. Ob sich

die Klagabweisung möglicherweise mit anderen Erwägungen als zutreffend erweise, bedürfe einer Klärung im Berufungsverfahren.

8 Zur Begründung seiner Berufung führt der Kläger aus: Die Vorlage der Erklärung nach § 41 Abs. 4 Satz 1 KomWG sei unterblieben, da er diese bereits bei seinen vorhergehenden Wahlen mehrfach abgegeben habe. Ein Wahlfehler könne lediglich darin gesehen werden, dass der Vorsitzende des Gemeindevwahlausschusses entgegen § 18 Abs. 2 KomWO nach seiner Prüfung der Wahlvorschläge nicht die Vertrauensperson nach § 6 Abs. 5 KomWG benachrichtigt und zur Nachbesserung aufgefordert habe. In diesem Fall hätte er die Erklärung nachgereicht. Ein Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht könne hingegen keinen Einfluss auf das Wahlergebnis haben, da dem Wähler zum Zeitpunkt der Wahl nicht bekannt sei, ob die Erklärung nach § 41 Abs. 4 Satz 1 KomWG abgegeben worden sei.

9 Das Fehlen der Erklärung führe zu keiner Unvollständigkeit des Wahlvorschlages. § 41 Abs. 4 KomWG korrespondiere mit § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SächsBG (meint wohl: § 6 Abs. 2 SächsBG). Auch wenn die Erklärung nach § 41 Abs. 4 Satz 1 KomWG keine Entsprechung im Beamtengesetz gehabt habe, sei eine vergleichbare persönliche Erklärung zur politischen Vergangenheit bis Ende 2007 auch von sonstigen Beamten im Freistaat Sachsen verlangt worden. Die Möglichkeit zur Rücknahme der Ernennung wegen einer Tätigkeit für die Staatssicherheit in § 15 Abs. 1 Nr. 3 SächsBG sei zum 1. April 2009 außer Kraft getreten. Nach § 140 Satz 2 SächsBG gelte bei einer Wiederwahl eines Wahlbeamten das bestehende Beamtenverhältnis als fortgesetzt. Er sei wiedergewählt worden. Sein Beamtenverhältnis bestehe seit seiner erstmaligen Wahl im Jahre 1990 ununterbrochen fort. Wäre er Lebenszeitbeamter, hätte seine Ernennung nicht zurückgenommen werden können. Der Verweis auf § 6 Abs. 2 SächsBG zur Rechtfertigung der Erklärung nach § 41 Abs. 4 Satz 1 KomWG verkenne zudem, dass die § 41 KomWG entsprechende Regelung für Lebenszeitbeamte nicht gesetzlich geregelt gewesen sei. Sie beruhe auf Abschnitt II Nr. 2 der Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums des Innern - SMI - zur Prüfung der persönlichen Eignung für das Beamtenverhältnis vom 21. Juni 2004 (SächsABl. 734). Diese Verwaltungsvorschrift sei am 31. Dezember 2007 außer Kraft getreten. Eine Erklärung nach Abschnitt II Nr. 2 dieser Verwaltungsvorschrift sei im Zeitpunkt seiner Wahl von keinem Bewerber um eine Lebenszeitbeamtenstellung mehr gefordert

worden. Nach § 160 Abs. 1 i. V. m. § 138 SächsBG sei hingegen ein Bürgermeister einem Lebenszeitbeamten statusrechtlich im Wesentlichen gleichgestellt. Es könnten deshalb an ihn auch keine höheren Anforderungen gestellt werden als an sonstige Beamte des Freistaates Sachsen. Zudem regelt Abschnitt II Nr. 2 Satz 3 der Verwaltungsvorschrift, dass die Erklärung dann nicht mehr abzugeben sei, wenn der Bewerber diese oder eine vergleichbare Erklärung, die vom selben Dienstherrn bei einer vorhergehenden Einstellung oder Übernahme in ein Arbeitsverhältnis verwandt worden sei, bereits unterschrieben habe. Er habe innerhalb seines bestehenden Beamtenverhältnisses mehrfach gegenüber demselben Dienstherrn - der Gemeinde K..... - die Erklärung nach § 41 Abs. 4 Satz 1 KomWG abgegeben. Stelle man mit dem Verwaltungsgericht auf seine Gleichbehandlung mit einem Bewerber auf eine Lebenszeitbeamtenstellung ab, habe auch vor Außerkrafttreten der beamtenrechtlichen Regelung von ihm die Erklärung nicht erneut verlangt werden können. Da die Erklärung lediglich dazu diene, die Eignung des Bewerbers zu fingieren, könne das Fehlen dieses formalen Beleges nicht zu einer Beendigung des Beamtenverhältnisses führen, wenn der Beweis der Eignung bereits materiell geführt worden sei. Damit fehle es an dem vom Beklagten angeführten Wahlfehler.

- 10 Falls gleichwohl ein Wahlfehler angenommen werde, stelle sich die Frage, ob bei verfassungskonformer Auslegung der Regelung eine Zurückweisung des Wahlvorschlages zulässig sei. Nach der Rechtsprechung des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs (Urt. v. 20. Februar 1997 - Vf 25-IV-96) liege eine Unwählbarkeit nur vor, wenn die Tätigkeit für den Staatssicherheitsdienst der DDR positiv festgestellt worden sei und darüber hinaus der Bewerber aufgrund dieser Tätigkeit als Bewerber um das Amt des Bürgermeisters untragbar erscheine. Wenn aber schon die nachgewiesene Tätigkeit für das MfS nicht für eine Ungültigkeitserklärung einer Wahl zum Bürgermeister ausreiche, könne im Fall einer nachweislich nicht erfolgten Tätigkeit für das MfS bereits das Fehlen einer dementsprechenden Erklärung, die bereits wiederholt abgegeben worden sei, keine Zurückweisung des Wahlvorschlages rechtfertigen. Seine Rechtsauffassung habe der Verfassungsgerichtshof damit begründet, dass die Stellung des Bürgermeisters wahlrechtlich der Stellung eines Mitglieds des Landtages und statusrechtlich der Stellung eines Lebenszeitbeamten gleiche, er also Elemente beider Gruppen in sich vereine. Für die Wahl eines Bürgermeisters müssten deshalb die gleichen verfassungsrechtlichen Grundlagen gelten, wie für die Wahl eines Landtagsmitglieds. Zudem habe

der Sächsische Verfassungsgerichtshof in einer weiteren, am 25. November 2005 verkündeten Entscheidung (Vf. 45-V-05) entschieden, dass § 15 Nr. 3 SächsWahlG, der eine Erklärung dazu verlangte, dass sich Bewerber um eine Landtagsmandat darüber bewusst seien, dass ihr Mandat u. a. bei einer Tätigkeit für das MfS aberkannt werden könne und für den Fall einer fehlenden Abgabe dieser Erklärung ein Fall der Nichtwählbarkeit vorliege, nichtig sei.

11 Die Überprüfung der Wählbarkeit eines Gewählten nach § 45 Abs. 1 Satz 1 KomWG auf eine frühere Tätigkeit für das MfS stehe in keiner Abhängigkeit zur Abgabe einer Erklärung nach § 41 Abs. 4 Satz 1 KomWG. Ihre fehlende Abgabe könne deshalb keinen Ausschluss von der Wahl rechtfertigen. § 41 Abs. 4 Satz 1 KomWG müsse sich nicht an Art. 91 Abs. 2 SächsVerf - dem Recht auf gleichen Zugang zum öffentlichen Amt - sondern am Recht der Freiheit und Gleichheit der Wahl, welches sich für die Wahl zum Bürgermeister direkt aus Art. 18 Abs. 1 SächsVerf i. V. m. dem Demokratieprinzip ergebe, messen lassen.

12 Ausgehend von der Rechtsprechung des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs halte § 41 Abs. 4 Satz 1 KomWG einer verfassungsrechtlichen Prüfung ebenso wenig stand wie § 15 Nr. 3 SächsWahlG. Die durch § 15 Nr. 3 SächsWahlG erstrebte Selbstreflexion von Wahlbewerben sei hiernach nicht durch höherrangiges Recht oder zwingende Gründe getragen. Der Sächsischen Verfassung liege hiernach zudem die Konzeption zugrunde, dass eine Beschränkung nicht bereits im Wahlverfahren, sondern erst nach erfolgter Wahl durch eine nachträgliche Aberkennung des Mandats erfolgen könne. Insoweit sei hier auf § 45 KomWG zu verweisen, wonach eine Prüfung der Wählbarkeit erst nach erfolgter Wahl erfolge. Eine Vorabprüfung sei hingegen nicht vorgesehen. Das Verlangen nach einer vorhergehenden Erklärung sei deshalb nicht gerechtfertigt.

13 Der Kläger beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgericht Dresden vom 2. März 2010 - 7 K 1019/09 - zu ändern und den Wahlprüfungsbescheid des Landratsamtes Bautzen vom 17. Juni 2009 aufzuheben.

14 Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

15 Aus einer Verletzung der Hinweispflicht des Vorsitzenden des Gemeindewahlausschusses ließen sich nach der Rechtsprechung des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs keine Rückschlüsse auf die Gültigkeit der Wahl ableiten. Es liege allein in der Zuständigkeit des Wahlvorschlagsträgers, für die Vollständigkeit des Wahlvorschlages zu sorgen. Ein Mangel könne nach Ablauf der Einreichungsfrist nicht mehr behoben werden.

16 Es sei auch nicht zutreffend, dass ein kommunaler Wahlbeamter durch § 41 Abs. 4 KomWG gegenüber einem Lebenszeitbeamten schlechter gestellt werde. Auch nach § 6 Abs. 2 SächsBG n. F. dürfe in das Beamtenverhältnis nur berufen werden, wer über die persönliche Eignung nach § 6 Nr. (meint: Abs.) 2 SächsBG verfüge. Eine Ernennung müsse nach § 12 Absatz 1 Nr. 1 BeamStG wegen arglistiger Täuschung zurückgenommen werden, wenn der Beamte seine belastende Tätigkeit auf seinem bei der Einstellung auszufüllenden Erklärungsbogen verschwiegen habe.

17 Der Gesetzgeber sei ermächtigt, den Grundsatz der allgemeinen und gleichen Wahl bei der Wahl des Bürgermeisters zu modifizieren. Differenzierungen im Bereich des passiven Wahlrechts seien verfassungsrechtlich zulässig, sofern sie gesetzlich vorgesehen seien und durch verfassungsrechtlich zwingende Gründe gerechtfertigt wären. Dem diene die Regelung des § 41 Abs. 4 KomWG. Nach der Rechtsprechung des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs lasse sich dessen Rechtfertigung aus der Gesamtschau der Art. 116 bis 119 SächsVerf und aus den in der Präambel ausdrücklich hervorgehobenen Erfahrungen der kommunistischen Gewaltherrschaft ableiten.

18 Die Wählbarkeit einer Person, die sich bei einer Wahl zum Bürgermeister bewerbe, könne vom Gemeindewahlausschuss in der Kürze der Zeit nicht abschließend beurteilt werden. Vor der Einstellung müsse jedoch nach § 49 SächsGemO, § 6 Abs. 2 SächsBG, die Eignung für den öffentlichen Dienst geprüft werden. Daher würden die allgemeinen persönlichen Voraussetzungen für die Berufung in ein Beamtenverhältnis mit der Abgabe der Erklärung nach § 41 Abs. 4 KomWG als gegeben unterstellt. Insoweit dürfe der Gesetzgeber weitergehende Anforderungen stellen, als gegenüber ei-

nem Landtagsabgeordneten. Die zusätzlichen persönlichen Eignungsmerkmale für sächsische Beamte seien auch nach der Änderung des Sächsischen Beamtengesetzes beibehalten worden. Zwar sei die einschlägige Verwaltungsvorschrift des SMI ohne Nachfolgeregelung außer Kraft getreten, jedoch bleibe der Dienstherr weiterhin zur Prüfung verpflichtet. Im Beamtenbereich seien weiterhin Anfragen beim Bundesbeauftragten für besonders hervorgehobene Personen möglich. Hierzu gehörten Beamte, die eine Behörde leiten oder eine vergleichbar verantwortungsvolle Aufgabe wahrnehmen.

19 Eine Entbindung von der Verpflichtung zur Abgabe der Erklärung ergebe sich auch nicht aus dem Umstand, dass der Kläger bereits mehrfach eine Erklärung abgegeben habe. Der Gemeindevwahlausschuss sei ein vom Gemeinderat für jede Kommunalwahl neu zu wählender Ausschuss. Zum Vorsitzenden des Gemeindevwahlausschusses zur Bürgermeisterwahl am 8. Juni 2009 in K..... sei Herr A..... gewählt worden. Dieser habe das Amt erstmals ausgeübt. Er habe deshalb nicht wissen können, dass der Kläger die Erklärung nach § 41 Abs. 4 KomWG bereits mehrfach abgegeben habe. Außerdem reiche ein Wissen des Vorsitzenden nicht aus, denn die Einreichung diene dazu, dass der Gemeindevwahlausschuss über die Wahlvorschläge entscheide. Zum Ende der Einreichungsfrist für die Wahlvorschläge habe der Gemeindevwahlausschuss die Wählbarkeit des Klägers nicht feststellen können.

20 Der Senat hat die Beteiligten mit Schreiben vom 22. Oktober 2010 darauf hingewiesen, dass nach seiner Auffassung die formale Ausgestaltung des Wahlverfahrens es ausschließe, einem eventuellen Vertrauen des Klägers in die Vollständigkeit des Wahlvorschlags entscheidende Bedeutung beizumessen. Entscheidend sei die Rechtsfrage, ob § 41 Abs. 4 KomWG verfassungswidrig sei oder nicht. Im Anschluss an die Erklärung des Klägers bat er deshalb den Beklagten um Mitteilung, ob er ebenfalls auf mündliche Verhandlung verzichte. Mit Schreiben vom 1. November 2010 hat der Beklagte auf eine mündliche Verhandlung verzichtet.

## II.

21 Der Senat setzt das Verfahren über die Berufung des Klägers gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zur Entscheidung des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs aus (Art. 81 Abs. 1

Nr. 3 SächsVerf), weil er die Ungültigerklärung der Wahl des Klägers zum Bürgermeister der Gemeinde K..... gemäß § 45 Abs. 2 KomWG wegen der unterbliebenen Abgabe einer Erklärung nach § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 KomWG bis zum Ende der Einreichungsfrist für Wahlvorschläge als unvereinbar mit Art. 18 Abs. 1 SächsVerf i. V. m. dem Demokratieprinzip ansieht und eine verfassungskonforme Auslegung dieser Regelungen des Kommunalwahlgesetzes nicht möglich erscheint.

- 22 1. Die zulässige Berufung des Klägers wäre bei Anwendung der streitentscheidenden Normen des § 45 Abs. 2, § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 i. V. m. § 38, § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KomWG unbegründet. Für diesen Fall hätte das Verwaltungsgericht seine Klage zu Recht abgewiesen, da der Wahlprüfungsbescheid des Beklagten vom 17. Juni 2009 dann rechtmäßig wäre und den Kläger nicht in seinen Rechten verletzt (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).
- 23 1.1 Die Klage ist zulässig. Der Kläger war nicht gehalten, eine Klage auf Verpflichtung des Beklagten zur Gültigerklärung der Wahl zu erheben. Gemäß § 45, § 38 i. V. m. § 26 Abs. 2 Satz 1 KomWG ist eine Wahl als gültig anzusehen, wenn sie von der Rechtsaufsichtsbehörde innerhalb der Wahlprüfungsfrist nicht beanstandet wird. Somit genügt für die angestrebte Gültigkeit der Wahl die mit der Anfechtungsklage zu verfolgende Aufhebung des die Ungültigkeit der Wahl feststellenden Wahlprüfungsbescheides. Der Durchführung eines Widerspruchsverfahrens bedurfte es nicht (§ 38 i. V. m. § 26 Abs. 3 KomWG).
- 24 1.2. Die zulässige Klage wäre ausgehend von der Verfassungsmäßigkeit der § 45 Abs. 2, § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 i. V. m. § 38, § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KomWG nicht begründet. Für diesen Fall hätte der Beklagte die Bürgermeisterwahl zu Recht wegen der Unwählbarkeit des Klägers für ungültig erklärt.
- 25 1.2.1 Der Wahlprüfungsbescheid vom 17. Juni 2009 ist ungeachtet der öffentlichen Bekanntmachung des Wahlergebnisses am 13. Juni 2008 rechtzeitig erlassen worden. Zwar ist die Gültigkeit der Wahl durch die Rechtsaufsichtsbehörde binnen einer Frist von einem Monat zu prüfen, welche mit dem Tag nach der öffentlichen Bekanntmachung des Wahlergebnisses beginnt (§ 38 i.V.m. § 26 Abs. 1 Sätze 1 und 2 KomWG). Jedoch ist eine Bürgermeisterwahl nach § 45 Abs. 2 KomWG auch nach Ablauf der

einmonatigen Wahlprüfungsfrist für ungültig zu erklären, wenn der Gewählte - wie hier vom Beklagten angenommen - nicht wählbar ist.

26 Der nach Feststellung des Wahlergebnisses unverzüglichen Einholung einer Auskunft beim Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatsicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (§ 45 Abs. 1 Satz 1 KomWG), bedurfte es hier nicht, da der geltend gemachte Mangel bereits die Gültigkeit des Wahlvorschlages betrifft.

27 1.2.2 Der Wahlprüfungsbescheid des Beklagten ist unter Berücksichtigung von § 45 Abs. 2, § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 i.V.m. § 38, § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KomWG auch materiell rechtmäßig. Der den Kläger betreffende Wahlvorschlag hätte vom Gemeindegewahlausschuss gemäß § 41 Abs. 5 KomWG zurückgewiesen werden müssen. Er entsprach nicht den an ihn nach dem Kommunalwahlgesetz zu stellenden Anforderungen (§ 41 Abs. 5 Satz 2, § 38 i. V. m. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KomWG). Zu diesem Wahlvorschlag hat der Kläger nicht bis zum Ende der Einreichungsfrist gegenüber dem Vorsitzenden des Gemeindegewahlausschusses die von § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 KomWG geforderte Erklärung abgegeben.

28 Diese Erklärung hätte folgenden Wortlaut haben müssen:

“I. Es ist mir bekannt, dass gemäß § 6 Abs. 2 des Beamtengesetzes für den Freistaat Sachsen in das Beamtenverhältnis grundsätzlich nicht berufen werden darf, wer  
1. gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder der Rechtsstaatlichkeit verstoßen hat, insbesondere die im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 gewährleisteten Menschenrechte oder die in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 enthaltenen Grundsätze verletzt hat oder  
2. für das frühere Ministerium für Staatssicherheit/Amt für nationale Sicherheit tätig war.

Ich erkläre, dass ich

a) nicht zu dem genannten Personenkreis gehöre,

b) zu dem genannten Personenkreis gehöre, eine Berufung in das Beamtenverhältnis aus folgenden Gründen gleichwohl in Betracht kommt:

II. Es ist mir bekannt, dass nach § 6 Abs. 3 des Beamtengesetzes für den Freistaat Sachsen bei ehemaligen Mitarbeitern oder Angehörigen in herausgehobener Funktion von Parteien und Massenorganisationen, der bewaffneten Organe und Kampfgruppen sowie sonstiger staatlicher oder gemeindlicher Dienststellen oder Betriebe der ehemaligen DDR, insbesondere bei Abteilungsleitern der Ministerien und Räte der Bezirke, Mitgliedern der SED-Bezirks- und Kreisleitungen, Mitgliedern der Räte der Bezirke, Absolventen zentraler Parteischulen, politischen Funktionsträgern in den bewaffneten

Organen und Kampfgruppen, den Botschaftern und Leitern anderer diplomatischer Vertretungen und Handelsvertretungen sowie bei Mitgliedern der Bezirks- und Kreis-einsatzleitungen vermutet wird, dass sie die für die Berufung in das Beamtenverhältnis erforderliche Eignung nicht besitzen.

Ich erkläre, dass ich

a) nicht zu dem genannten Personenkreis gehöre

b) zu dem genannten Personenkreis gehöre, die Vermutung der fehlenden Eignung aus folgenden Gründen jedoch für mich nicht zutrifft:

III. Ich erkläre mich damit einverstanden, dass im Falle meiner Wahl die Rechtsaufsichtsbehörde zum Zwecke der Wahlprüfung einen Antrag auf Auskunft an den Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik richten wird.“

- 29 Da der den Kläger betreffende Wahlvorschlag diese Erklärung nicht enthielt, entsprach er wegen § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 KomWG nicht den Vorschriften des Kommunalwahlgesetzes. Er hätte deshalb nach § 41 Abs. 5, § 7 Abs. 2 Nr. 2 KomWG zurückgewiesen werden müssen.
- 30 Demgegenüber kann sich der Kläger nicht auf Gründe des Vertrauensschutzes, noch auf eine bereits bei vorhergehenden Wahlen abgegebene Erklärung nach § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 KomWG berufen. Aus den bereits vom Verwaltungsgericht in seiner angefochtenen Entscheidung zutreffend dargelegten Gründen, lassen die formalen Vorschriften für Wahlen eine Berücksichtigung des vom Kläger geltend gemachten Vertrauensschutzes nicht zu. Als zwingende Vorschriften stehen sie zugleich einer Berücksichtigung des Umstandes entgegen, dass der Kläger bereits bei vorhergehenden Wahlen eine Erklärung nach § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 KomWG abgegeben hat.
- 31 Sonstige einfachgesetzliche Mängel des Wahlprüfungsbescheides macht der Kläger zu Recht mit seiner Berufung nicht geltend.
- 32 Dieser Wahlfehler war für den Ausgang der Wahl erheblich, da der Kläger die Mehrheit der Stimmen erhalten hat, so dass die Wahl wegen fehlender Wählbarkeit (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KomWG) gemäß § 45 Abs. 2 KomWG für ungültig zu erklären war.
- 33 2. Nach Auffassung des Senats verstößt die zwingende Verpflichtung der Rechtsaufsichtsbehörde zur Ungültigerklärung einer Wahl nach § 45 Abs. 2 KomWG, wenn der Gewählte seinem Wahlvorschlag keine Erklärung nach § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2

KomWG beigelegt hat, gegen das Grundrecht der allgemeinen und freien Wahl aus Art. 18 Abs. 1 SächsVerf i. V. m. dem Demokratieprinzip, welches auch das passive Wahlrecht mit einschließt. Für diesen Fall wäre der Klage stattzugeben.

- 34 2.1 Nach der Rechtsprechung des Sächsischen Verfassungsgerichtshofes (Urt. v. 20. Februar 1997 - Vf. 25-IV-96, SächsVBl. 1997, 115, Rn. 37 ff. juris) folgt aus der Sächsischen Verfassung eine Rechtfertigung für die Ausgestaltung des passiven Wahlrechts bei Bürgermeisterwahlen. Hiernach ergibt sich aus einer Gesamtschau der Art. 118 und 119 SächsVerf, des Postulats der Aufarbeitung der Vergangenheit (Art. 116 und 117 SächsVerf) und vor dem Hintergrund der in der Präambel ausdrücklich hervorgehobenen leidvollen Erfahrung kommunistischer Gewaltherrschaft, dass die Sächsische Verfassung den Gesetzgeber zu einer Modifizierung des Grundsatzes der allgemeinen und gleichen Wahl eines Bürgermeisters ermächtigt. Danach kann von der Wählbarkeit ausgeschlossen werden, wer für das frühere Ministerium für Staatsicherheit/Amt für nationale Sicherheit tätig war, wenn er deshalb für die zukünftige Ausübung des Amtes des Bürgermeisters als untragbar erscheint. Für Mitglieder des Landtages und der Staatsregierung und für Beschäftigte im öffentlichen Dienst hat der Verfassungsgeber in Art. 118 und Art. 119 SächsVerf Regelungen getroffen, die Mitarbeiter des MfS unter den in diesen Verfassungsvorschriften getroffenen Voraussetzungen von Ämtern und Mandaten fernhalten sollen. Das Amt des hauptamtlichen Bürgermeisters enthält Elemente der Stellung des von Art. 118 SächsVerf erfassten Personenkreises und der öffentlichen Amtsträger im Sinne des Art. 119 SächsVerf. Entscheidend für seine Berufung ist – wie bei einem Mitglied des Landtags – die Wahl als Akt demokratischer Willensbildung. Zugleich untersteht er mit seiner Wahl als Beamter auf Zeit – wie ein Ernennungsbeamter – dem Beamtenrecht. Wie bei diesen beiden Gruppen ist auch hinsichtlich des hauptamtlichen Bürgermeisters bei einer früheren Tätigkeit für das MfS ein Ausschluss der Wählbarkeit verfassungsrechtlich zulässig. Dem steht auch nicht der durch die Wahl zum Ausdruck gekommene Wille der Mehrheit des Gemeindevolkes entgegen. Der Bürgermeister ist ungeachtet der ihn tragenden Mehrheit Vertreter aller Gemeindebürger und muss daher auch denjenigen zumutbar sein, die Opfer politischer Willkür waren oder die einen für das MfS tätigen Bürgermeister aus anderen Gründen als eine besondere Belastung empfinden müssen.

- 35 Die Grundsätze geben jedoch keine Rechtfertigung dafür, über den hier in Rede stehenden § 45 Abs. 2 KomWG durch § 41 Abs. 4 i. V. m. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KomWG bereits die Zulässigkeit eines Wahlvorschlages für die Bürgermeisterwahl von der vorgenannten schriftlichen Erklärung zu belastenden Tätigkeiten in der DDR abhängig zu machen. Die fehlende Wählbarkeit (s. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KomWG) aufgrund einer unterbliebenen Erklärung nach § 41 Abs. 4 KomWG beruht allein auf formalen Gründen. Sie genügt den materiellen Kriterien der vorgenannten Verfassungsrechtsprechung für eine Einschränkung des passiven Wahlrechts nicht. Nach dieser Rechtsprechung führt noch nicht einmal die erwiesene Tätigkeit für das MfS zu einem Ausschluss der Wählbarkeit. Hinzutreten muss selbst für diesen Fall die Prüfung, ob der zum Bürgermeister Gewählte wegen dieser Tätigkeit für die zukünftige Ausübung dieses Amtes als untragbar erscheint.
- 36 2.2 Der Sächsische Verfassungsgerichtshof (Urt. v. 25. November 2005 - VF. 45-V-05) hat es als Verstoß gegen Art. 41 Abs. 2 Satz 1 SächsVerf angesehen, dass von der Wählbarkeit zum Sächsischen Landtag ausgeschlossen war, wer keine dem § 41 Abs. 4 KomWG vergleichbare Erklärung nach § 15 Nr. 3 SächsWahlG seinem Wahlvorschlag beigefügt hatte. Für diesen Ausschluss von der Wählbarkeit gebe es weder eine bundesrechtliche Rechtfertigung noch zwingende verfassungsrechtliche Gründe (SächsVerfGH, a. a. O., Rn. 39 juris). Weder die im Gesetzgebungsverfahren angesprochene Eigenüberprüfung der Wahlbewerber noch der Schutz des Sächsischen Landtages vor „schwerbelasteten Mandatsträgern“ oder vor den Belastungen eines (Ausschluss-) Verfahrens nach Art. 118 SächsVerf rechtfertigten von Verfassung wegen eine Beschränkung der Allgemeinheit des passiven Wahlrechts. Es sei deshalb ohne Belang, dass mit der Pflicht zur Vorlage der Erklärung nach § 15 Nr. 3 SächsWahlG nur eine geringe Erschwernis verbunden sei. Die von § 15 Nr. 3 SächsWahlG erstrebte „Selbstreflexion“ sei nicht durch höherrangiges Recht oder durch zwingende, sich aus der Verfassung selbst ergebende Gründe gerechtfertigt. Der Sächsischen Verfassung liege die Vorstellung zu Grunde, dass jeder Wahlbewerber wisse und verantworte, was auf ihn im Rahmen des Bewerbungsverfahrens und im Falle eines Erfolges seiner Kandidatur zukommen könne. Die Aberkennung des Mandats nach Art. 118 SächsVerf sei nicht davon abhängig, dass der Abgeordnete hiervon vor seiner Wahl nachweisbar gewusst habe. Die Verpflichtung zur Abgabe der Erklärung könne auch nicht mit dem Schutz des Sächsischen Landtages vor „schwerbelaste-

ten Mandatsträgern“ oder vor einem Verfahren nach Art. 118 Abs. 1 SächsVerf gerechtfertigt werden. Der Sächsischen Verfassung liege die Konzeption zugrunde, dass Wahlbewerber, bei denen die in Art. 118 Abs. 1 SächsVerf genannten Voraussetzungen vorliegen, nicht bereits im Wahlverfahren in ihrem passiven Wahlrecht beschränkt würden. Vielmehr sei erst im Anschluss an eine Wahl die Möglichkeit zur Einleitung eines Aberkennungsverfahrens vorgesehen.

37 Hiermit ist die Konzeption des Kommunalwahlgesetzes im Wesentlichen vergleichbar. Zwar sieht es kein Aberkennungsverfahren entsprechend § 118 SächsVerf vor dem Sächsischen Verfassungsgerichtshof für den Fall vor, dass der gewählte Bürgermeister aus Gründen der von ihm nach § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 KomWG abzugebenden Erklärung für das Wahlamt als untragbar erscheint. Jedoch beschränkt sich auch dieses auf eine der Wahl nachgeschaltete materielle Prüfung der nach § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 KomWG abzugebenden Erklärung durch Einholung einer Auskunft beim Bundesbeauftragten für die Unterlagen der Staatssicherheit - Bundesbeauftragten - (§ 45 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 KomWG). Hiervon kann nur abgesehen werden, wenn der Rechtsaufsichtsbehörde bereits eine entsprechende Auskunft vorliegt (§ 45 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KomWG). Eine materielle Prüfung des Wahlvorschlages im Hinblick auf die Erklärung nach § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 KomWG findet jedoch in keinem Fall vor der Wahl statt. Vielmehr stellt der Gemeindevwahlausschuss nach § 41 Abs. 5 KomWG lediglich in formeller Hinsicht fest, ob die Erklärung dem Wahlvorschlag beigelegt war (so auch Wahl, in: Quecke u. a., Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen, § 49 Rn. 16 m. w. N.).

38 Die materielle Prüfung ist zugleich unabhängig von der abgegebenen Erklärung. Es wird nicht die Erklärung nach § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 KomWG überprüft, sondern ohne Anknüpfung an diese Erklärung gemäß § 45 Abs. 1 Satz 1 KomWG eine Auskunft beim Bundesbeauftragten zur Prüfung der Wählbarkeit des Gewählten eingeholt. Diese wird auch nicht durch die Abgabe der Erklärung nach § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 KomWG ersetzt.

39 Es lässt sich entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts auch nicht feststellen, dass die Verpflichtung aus § 45 Abs. 2 KomWG zur Ungültigkeitserklärung der Wahl im Fall einer unterbliebenen Erklärung nach § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 KomWG ge-

genüber der verfassungswidrigen Regelung in § 15 Nr. 3 SächsWahlG damit rechtfertigen lässt, dass der zum hauptamtlichen Bürgermeister Gewählte zugleich Beamter wird und deshalb § 6 Abs. 2 und 3 SächsBG genügen muss (s. § 49 Abs. 1 Satz 1 SächsGemO). Deren materielle Regelungen sind Gegenstand der oben im Wortlaut zitierten Erklärung nach § 41 Abs. 4 KomWG. Aus dem Umstand, dass ein hauptamtlicher Bürgermeister in materieller Hinsicht diesen beamtenrechtlichen Voraussetzungen entsprechen muss, lässt sich keine Rechtfertigung für eine mit dem Ausschluss von der Wählbarkeit gekoppelte Verpflichtung zur Abgabe einer dementsprechenden Erklärung durch alle Wahlbewerber im Vorfeld der Wahl ableiten.

- 40 Der Mangel einer Rechtfertigung der mit dem Ausschluss von der Wählbarkeit sanktionierten Verpflichtung aus § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 KomWG wegen des Umstandes, dass der hauptamtliche Bürgermeister den Status eines Beamten auf Zeit inne hat (§ 51 Abs. 1 Satz 1 SächsGemO; § 160 Abs. 1 SächsBG) ergibt sich insbesondere bei einem Vergleich mit sächsischen Lebenszeitbeamten. Diese sind vor ihrer Ernennung nicht - mehr - dazu verpflichtet, eine Erklärung zu den Anforderungen aus § 6 Abs. 2 und 3 SächsBG abzugeben. Eine derartige Verpflichtung ergab sich aus Ziffer II Rn. 2 der Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums des Innern zur Prüfung der persönlichen Eignung für das Beamtenverhältnis vom 21. Juni 2004 (SächsABl. 734), welche zwischenzeitlich ersatzlos außer Kraft getreten ist. Diese betraf zudem nur Bewerber, die am 12. Januar 1990 das 18. Lebensjahr bereits vollendet hatten, mithin jetzt das 39. Lebensjahr erreicht hätten. Die altersmäßig uneingeschränkte Verpflichtung aus § 41 Abs. 4 KomWG betrifft sämtliche Bewerber, obwohl zum Bürgermeister bereits gewählt werden kann, wer das 21. Lebensjahr vollendet hat (§ 49 Abs. 1 Satz 1 SächsGemO).
- 41 Ein sachlicher Grund, weshalb der Kläger als zum hauptamtlichen Bürgermeister Gewählter, welcher im Fall der gültigen Wahl Beamter auf Zeit wird und für den die Vorschriften für Beamte auf Lebenszeit grundsätzlich entsprechend gelten (§ 138 Abs. 1 SächsBG) im Hinblick auf seine Erklärungspflicht nach § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 KomWG diesen gegenüber schlechter gestellt wird, ist nicht ersichtlich. Insbesondere darf in beiden Fällen eine Verbeamtung nur erfolgen, wenn die Regelungen des § 6 Abs. 2 und 3 SächsBG nicht entgegenstehen.

- 42 Die zwingende Regelung der § 45 Abs. 2, § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 KomWG lässt keine Anhaltspunkte für eine verfassungskonforme Auslegung erkennen. Eine etwaige Beschränkung der Erklärungspflicht nach § 41 Abs. 4 Sätze 1 und 2 KomWG als Wählbarkeitsvoraussetzung nur für den Fall einer erstmaligen Kandidatur fände keinerlei Stütze im Gesetz. Sie stünde im Widerspruch zu den zwingenden Regelungen der hier einschlägigen Regelungen über den notwendigen Inhalt von Wahlvorschlägen und die Verpflichtung der Rechtsaufsichtsbehörde für eine Ungültigerklärung nach § 45 Abs. 2 KomWG.
- 43 Es ist zudem nicht ersichtlich, dass durch eine inhaltliche Beschränkung des Anwendungsbereichs dieser Vorschriften ein verfassungskonformer Zustand hergestellt werden könnte. Auch für diesen Fall ist kein sachlicher Grund für die mit ihm auch dann noch einhergehende Beschränkung des passiven Wahlrechts ersichtlich.
- 44 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

gez.:  
Künzler

Kober

v. Egidy

*Ausgefertigt:*

*Bautzen, den  
Sächsisches Oberverwaltungsgericht*