

LUDWIG ADAMOVICH

Anfechtung der Bundespräsidentenwahl 2016

Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 1. 7. 2016 den zweiten Wahlgang der Bundespräsidentenwahl am 22. 5. 2016 aufgehoben. Der Autor analysiert die Begründung dieser vielfach nicht verstandenen Entscheidung und macht deutlich, dass dem Verfassungsgerichtshof auf Basis seiner bisherigen langjährigen Judikatur kein anderer Weg offenstand. Der Autor setzt sich auch mit der zum Teil äußerst polemischen Kritik an der Entscheidung auseinander.

I.

Gemäß Art. 141 Abs. 1 lit. a des Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG) erkennt der Verfassungsgerichtshof (VerfGH) u. a. über die Anfechtung der Wahl des Bundespräsidenten. Die Ausführungsbestimmungen dazu finden sich zum Teil im Bundespräsidentenwahlgesetz (§ 21 Abs. 2), teils im Verfassungsgerichtshofgesetz (§§ 67 bis 70). Anfechtungsberechtigt ist ausschließlich der zustellungsbevollmächtigte Vertreter eines dem Gesetz entsprechenden Wahlvorschlages.

Am 22. Mai 2016 fand der zweite Wahlgang für die Wahl des Bundespräsidenten statt. Der zustellungsbevollmächtigte Vertreter des auf Ing. Norbert Hofer lautenden Wahlvorschlages brachte am 7. Juni 2016 eine Wahlanfechtung mit dem Antrag ein, das gesamte Wahlverfahren betreffend die mit BGBl. II 28/2016 ausgeschriebene Wahl des Bundespräsidenten ab der Anordnung des zweiten Wahlgangs durch Kundmachung der Bundeswahlbehörde vom 2. Mai 2016 aufzuheben und für nichtig zu erklären.

II.

Die Begründung des Aufhebungsantrages enthielt

1. verfassungsrechtliche *Bedenken gegen die angewendeten Rechtsvorschriften* und
2. die Rüge von unterschiedlichen *Vollzugsmängeln*.

Zu 1:

- Die im Bundespräsidentenwahlgesetz festgelegte Frist von einer Woche für die Einbringung der Anfechtung wurde mit näherer Begründung als zu kurz und daher unsachlich bezeichnet.
- Es wurde behauptet, dass die von der Briefwahl handelnden Bestimmungen des Art. 26 Abs. 6 B-VG dem demokratischen Prinzip und damit der verfassungsrechtlichen Grundordnung widersprechen.
- Gegen das Bundespräsidentenwahlgesetz wurde der allgemeine Einwand vorgebracht, dass die Wahl mittels Wahlkarten verfassungsrechtlich entgegen dem Bundespräsidentenwahlgesetz nur ausnahmsweise zulässig sei. Dem gesamten Bundespräsidentenwahlgesetz wurde zur Last gelegt, dass es keine näheren Regelungen für die Ausübung des

Wahlrechts durch Personen vorsehe, für die ein Sachwalter bestimmt ist.

Mit diesen Bedenken gegen die angewendeten Rechtsvorschriften wurde bezweckt, dass der VerfGH in die *amtswegige* Prüfung von deren Verfassungsmäßigkeit eintrete.

Zu 2:

- Für insgesamt 20 Stimmbezirke wurden schwerwiegende Vollzugsmängel behauptet.
- Die von der Bundeswahlbehörde bewirkte Veröffentlichung von Teilergebnissen während der Öffnungszeiten von Wahllokalen (Vorabinformationen) wurde als dem Prinzip der Freiheit der Wahl widersprechend kritisiert.
- Die Wahlberichterstattung des ORF wurde als dem rundfunkrechtlichen Objektivitätsgebot widersprechend angesehen.
- Schließlich wurden noch weitere Rechtswidrigkeiten behauptet, die aber in dieser Darstellung vernachlässigt werden können.

III.

Der VerfGH hat die vorgebrachten Bedenken gegen angewendete Rechtsvorschriften durchwegs nicht geteilt und ist daher nicht in die *amtswegige* Prüfung der Verfassungsmäßigkeit solcher Vorschriften eingetreten. Mit Ausnahme der noch näher zu erörternden Vollzugsmängel ist der VerfGH auch den übrigen vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken nicht gefolgt.

Die von ihm festgestellten Vollzugsmängel haben aber den VerfGH dazu veranlasst, das Verfahren des zweiten Wahlganges der Bundespräsidentenwahl vom 22. Mai 2016 ab der Kundmachung der Bundeswahlbehörde vom 2. Mai 2016 aufzuheben, soweit mit dieser die Vornahme eines zweiten Wahlganges am 22. Mai 2016 angeordnet wird. Im Ergebnis wurde damit der Wahlanfechtung Folge gegeben.

Die Gründe für die Aufhebung können wie folgt zusammengefasst werden:

- In 14 Wahlbezirken haben *Rechtswidrigkeiten des Wahlverfahrens* stattgefunden, die in ihrer Summe zu einem anderen Wahlergebnis hätten führen können; dabei wurde angesichts der zahlenmäßigen Konstellation auf die Unregelmäßigkeiten in drei dieser Wahlbezirke nicht näher eingegangen, weil sie angesichts der großen Zahl der jedenfalls von Rechtswidrigkeiten betroffenen Stimmen vernachlässigt werden konnten. Die festgestellten Rechtswidrigkeiten betrafen Unrichtigkeiten in Niederschriften, Übergehen des Kollegiums der Wahlbehörden, teils aufgrund unzulässiger Ermächtigungen, vom Kollegium unbeaufsichtigte Tätigkeiten von Hilfsorganen, auch bei der Auszählung von Stimmen, unkorrekte Verwahrung von Wahlakten, vorzeitige Öffnung von Wahlkarten und Wahlkuverts, teils in Abwesenheit der Mitglieder der Wahlbehörde. Der VerfGH hielt fest, dass bei dem von der Bundeswahlbehörde festgestellten Wahlergebnis zwischen den Wahlwerbern Dr. Alexander Van der Bellen und Ing. Norbert Hofer ein Stimmenunterschied von 30.863 Stimmen bestand. Bilde man die Summe der von den festgestellten Rechtswidrigkeiten erfassten Stimmen, ergebe sich, dass diese bereits die Differenz von 30.863 Stimmen insofern übersteige, als mehr als 77.769 Stimmen von Rechtswidrigkeiten erfasst sind. Anschließend stellte der VerfGH eine nicht ganz unkomplizierte Rechnung an, die zum Ergebnis führte, dass bei theoretischer Zurechnung der Summe der von Rechtswidrigkeiten und Ungültigkeiten betroffenen Stimmen an Ing. Hofer dieser um 53.738 Stimmen mehr als Dr. Van der Bellen hätte. Dies bedeutete, dass die Rechtswidrigkeiten von Einfluss auf das Wahlergebnis sein könnten. Mit dieser „theoretischen Zuordnung“ wurde ein deutlicher Kontrapunkt zur Wahrscheinlichkeit eines solchen Ergebnisses gesetzt; auf Basis der vom VerfGH verfolgten Argumentationslinie konnte es gar nicht anders sein.
- Die der Bundeswahlbehörde zuzurechnende Praxis der *Veröffentlichung von Informationen über (Gesamt-)Ergebnisse vor Wahlschluss* (sogenannte „Rohdaten“), wie insbesondere die Weitergabe an ca. 20 ausgewählte Empfänger (vor allem Medien und Forschungsinstitute), wurde als gegen den Grundsatz der Freiheit der Wahl verstoßend bezeichnet. Es könne nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass die systematische Weitergabe von solchen Vorabinformationen durch die Wahlbehörden

an bestimmte „Empfänger“ und die damit einhergehende von den Behörden nicht kontrollierbare Weitergabe an „Dritte“ von Einfluss auf das Wahlverhalten und damit auf das Ergebnis der Wahl sein könne; dies umso mehr, als aufgrund heutiger Kommunikationsmöglichkeiten eine sofortige und weitreichende, sich auf das gesamte Bundesgebiet erstreckende Verbreitung dieser Informationen erfolgen könne.

- Hinsichtlich der Auswirkungen der festgestellten Rechtswidrigkeiten auf das Wahlergebnis bezog sich der VerfGH auf seine spätestens seit dem Erkenntnis VfSlg. 888/1927 bestehende Judikatur, wonach ein Einfluss auf das Wahlergebnis schon dann gegeben sein könne, wenn eine Vorschrift der Wahlordnung verletzt wurde, die die Möglichkeit von Manipulationen und Missbräuchen im Wahlverfahren ausschließen will, *und zwar ohne dass es des Nachweises einer konkreten – das Wahlergebnis tatsächlich verändernden – Manipulation bedürfe*. Diese Rechtsprechung beruhe auf dem Grundgedanken, dass es dem Einzelnen nur in den seltensten Fällen möglich sein werde, einen konkreten Missbrauch durch die Verletzung von das Wahlverfahren regelnden Rechtsvorschriften im Einzelfall nachzuweisen. Auch in einer stabilen Demokratie sichere die genaue Einhaltung der Wahlvorschriften das Vertrauen der Bürger in die Gesetzmäßigkeit der Wahlen und damit in eines der Fundamente des Staates.
- Folgt also die Wahlaufhebung wegen der festgestellten Vollzugsfehler der bisherigen Judikatur, so wurde durch die Beanstandung des Veröffentlichens von Informationen über Wahlergebnisse vor Wahlschluss ein neuer Gedanke aufgegriffen, der vor allem durch die heutige Bedeutung der sozialen Netzwerke gestützt wurde.

IV.

Die aufhebende Entscheidung des VerfGH stieß in der Öffentlichkeit sehr weitgehend auf Unverständnis. Der VerfGH habe ja selbst festgestellt, dass keine Hinweise auf konkrete Manipulationen vorliegen. Wozu also die Aufhebung?

- In der Tat ist dieses Unverständnis begreiflich, wenn man nicht die Grundannahme des VerfGH teilt, dass die Verletzung von zur Ver-

hinderung von Manipulationen erlassenen Rechtsvorschriften zur Unwirksamkeit der von einer solchen Verletzung betroffenen Stimmen führt. Während jedenfalls die führenden Politiker Zurückhaltung übten, ergoss sich eine Flut kritischer Äußerungen mehr oder weniger fachkundiger Experten auf den VerFGH, in denen die Legitimität der Entscheidung zum Teil in schärfster Wortwahl („Fehlurteil“, „Fehlentscheidung“) in Frage gestellt wurde. Als Medien der Kritik dienten Fernsehen, Tageszeitungen sowie besonders intensiv die Wochenzeitschrift *Falter*. Dabei verbanden sich vielfach juristische und politische Argumentation zu einem kaum durchschaubaren Amalgam. Ein Kritiker schrieb dem langjährigen Präsidenten des VerFGH, Walter Antonioli, den Satz zu, wenn die Auslegung einer Bestimmung zu einem unbefriedigenden Ergebnis führe, müsse man eine andere Auslegung suchen, welche ein befriedigendes (sic!) Ergebnis erlaube. Abgesehen vom Fehlen jedes Beleges für diese behauptete Äußerung von Antonioli müsste sie anderen, rechtspositivistisch orientierten Kritikern der Entscheidung das Blut in den Adern gefrieren lassen. Denn woher will man denn den Maßstab dafür beziehen, welches Ergebnis „befriedigend“ ist, wenn nicht aus der Rechtsordnung, die aber ihrerseits interpretationsbedürftig ist.

- Eine zentrale Rolle in der Kritik spielte der Umstand, dass im verfassungsgerichtlichen Verfahren der Antragsgegner (nämlich der Zustellungsbevollmächtigte des Kandidaten Dr. Van der Bellen) eine statistische Untersuchung vorgelegt hat, nach der die Wahrscheinlichkeit eines anderen Ergebnisses bei Betrachtung der von Rechtswidrigkeiten erfassten Wahlkartenstimmen nahe bei null gelegen wäre. Damit wurde der Gesichtspunkt der *Wahrscheinlichkeit* eines anderen Ergebnisses ins Spiel gebracht, während der VerFGH von *Möglichkeit* gesprochen hat. Die statistischen bzw. finanzmathematischen Experten Erich Neuwirth und Walter Schachermayer veröffentlichten ihr Ergebnis in einer wissenschaftlichen Publikation, dann aber auch unter dem Titel „Eine Mathematik-Lektion für den VfGH“ im *Falter* 36/16. Im Subtitel dieses Artikels scheint das gegen die Meinung des VerFGH gerichtete Wort „Unsinn“ auf. Man wird in der Ansicht nicht fehlgehen, dass nicht die beiden Experten das Wort verwendet haben,

sondern dass es der redaktionellen Aufarbeitung zuzuschreiben ist. Dieser Begriff der „Möglichkeit“ geriet in das Zentrum der kritischen Auseinandersetzung und zwar aus zwei Gründen, die in einem gewissen Zusammenhang stehen.

Zum einen wurde die „Möglichkeit“ vielfach in spöttischer und gerade zynischer Weise mit dem Argument abgetan, dass es im Zusammenhang mit einem Wahlergebnis nicht auf eine spekulative Möglichkeit ankommen könne: „Möglich ist schließlich alles“ (Alfred J. Noll in der Kleinen Zeitung vom 10. Juli). Zum anderen wurde darauf hingewiesen, dass der Verfassungstext ausdrücklich als Bedingung für eine Wahaufhebung nennt, dass die festgestellte Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens von Einfluss auf das Verfahrensergebnis *war*. Der VerfGH überziehe seine Kompetenzen, wenn er aus dem „war“ ein „kann“ macht. Es wird also dem VerfGH ein Handeln vorgeworfen, das sowohl gegen den gesunden Menschenverstand, als auch gegen einen Verfassungsbegriff verstoße. Wenn man so argumentiert, müsste die Frage der statistischen Wahrscheinlichkeit in der Tat in einem Beweisverfahren geklärt werden, wie dies auch in der Kritik verlangt wurde. Solche Beweisverfahren gehören in der ordentlichen Gerichtsbarkeit zum juristischen Alltag; für den VerfGH wären sie ein absolutes Novum, soweit es um die Wahrscheinlichkeit eines anderen Wahlergebnisses geht. Es wäre damit auch eine Verschiebung von Rechtsfrage und Tatfrage verbunden, was diffizile juristische Betrachtungen bedingt. Jedenfalls gehört der Themenkomplex in der Öffentlichkeit *diskutiert* und sollte nicht ausschließlich mit apodiktischen Bemerkungen in Zeitungsartikeln abgehandelt werden.

- Der größere Teil der Kritik ist sich des bereits dargestellten Umstandes bewusst, dass der VerfGH diese Auslegung nicht erst im Zusammenhang mit der vorliegenden Wahlsache entwickelt hat, sondern dass sie das Ergebnis einer weit über hundert Fälle umfassenden Judikaturkette ist. Im Hintergrund derselben steht eine grundlegende methodische Position. Die Verletzung von Rechtsvorschriften, die der Garantie einer ordnungsgemäßen Abhaltung von Wahlen dienen, soll zur Konsequenz haben, dass die von den Rechtswidrigkeiten erfassten Stimmen aus dem Bereich der weiteren Betrachtungen ausscheiden

(wie auch ungültige Stimmen). Dies allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Summe der so ausgeschiedenen Stimmen von Einfluss auf das Wahlergebnis sein konnte. Es spielt also auf jeden Fall ein quantitatives Moment eine wesentliche Rolle, wie auch die Begründung der Entscheidung gezeigt hat. *Der wesentliche Unterschied der Meinungen liegt darin, wie dieses quantitative Moment ermittelt wird.* Es macht natürlich einen wesentlichen Unterschied aus, ob dies auf der Ebene von Wahrscheinlichkeitsrechnungen oder durch das Zusammenzählen von durch Rechtswidrigkeiten betroffenen Stimmen geschieht. Als der „Leading Case“ VfSlg. 888/1927 vom VerfGH entschieden wurde, war die Wendung „von Einfluss auf das Ergebnis war“ noch nicht im Text des Art. 141 B-VG enthalten, sondern lediglich im (einfachen) § 70 des Verfassungsgerichtshofgesetzes 1925 (später wieder verlautbart als VerfGG 1930 und noch später als VerfGG 1953). Erst mit einer Novelle des Art. 141 B-VG im Jahr 1958 wurde diese Formulierung auch in den Verfassungstext übernommen. Zu diesem Zeitpunkt war die vom VerfGH vorgenommene Umdeutung (damals eines einfachen Gesetzes) von „war“ auf „kann“ bereits längst bekannt. *Aus diesem Umstand kann man zwei entgegenstehende Urteile ableiten.* Die eine Variante geht dahin, dass der Verfassungsgesetzgeber mit der Aufnahme des bisher nur im einfachen Gesetz verwendeten Wortes „war“ in den Verfassungstext der bisherigen Judikatur den Boden entzogen habe. Die andere Variante führt genau in die gegenteilige Richtung: Der Verfassungsgesetzgeber habe die Judikaturlinie zur Kenntnis genommen, sonst wäre er ihr ausdrücklich entgegengetreten; zumindest in den Gesetzesmaterialien hätte eine ablehnende Haltung zum Ausdruck kommen müssen; dort findet sich aber kein einziges dahingehendes Wort.

V.

In der kritischen Auseinandersetzung über die Entscheidung des VerfGH konnte auch der Ruf nach der „Dissenting Opinion“ nicht fehlen. Darunter versteht man die den einzelnen Mitgliedern eines Gerichts eingeräumte Möglichkeit, ihre vom Mehrheitsbeschluss abweichende Meinung (sowohl

was den Spruch, als auch was die Begründung anlangt) in einer eigenen Äußerung (Sondervotum) der Entscheidung beizufügen. Über die Sinnhaftigkeit einer solchen Möglichkeit sind die Auffassungen durchaus geteilt. Sie besteht etwa beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und beim deutschen Bundesverfassungsgericht, nicht aber beim Gerichtshof der Europäischen Union. Der Ruf nach einer solchen Einrichtung war schon in den späten Neunzigerjahren des vergangenen Jahrhunderts zu hören, als ein Teil des politischen Spektrums sehr böse auf bestimmte Entscheidungen des VerFGH war. Im Jahr 1998 fand eine parlamentarische Enquete zu diesem Thema statt, in der die unterschiedlichen Auffassungen in aller Breite vorgebracht wurden.

Ich habe damals Sympathie für die Einführung des Sondervotums im Gesetzesprüfungsverfahren erkennen lassen, gleichzeitig aber betont, dass man eine solche Regelung nicht einem Gerichtshof oktroyieren sollte, der in seiner überwiegenden Mehrheit dagegen sei. Es ist auch auffallend, dass der Ruf gerade dann zu hören ist, wenn politische Kreise mit einer Entscheidung des VerFGH nicht einverstanden sind. So kann es nicht überraschen, dass der für Verfassungsfragen zuständige Bundesminister Mag. Thomas Drozda gerade beim Verfassungstag des VerFGH am 30. September 2016 lebhaft für die Einführung der „Dissenting Opinion“ beim VerFGH eintrat. Gesetzt den Fall, es hätte die „Dissenting Opinion“ beim VerFGH im Zeitpunkt der in Rede stehenden Entscheidung schon gegeben: Was hätte dies gebracht? Vielleicht den Vorwurf, dass sich die Mehrheit nicht der überzeugenden „Dissenting Opinion“ gebeugt hat.

VI.

Am 4. Dezember 2016 hat das Bundesvolk Dr. Alexander Van der Bellen neuerlich zum Bundespräsidenten gewählt. Der Abstand zwischen den beiden Kandidaten von 30.863 Stimmen im zweiten Wahlgang am 22. Mai wuchs an auf ungefähr 348.231, also auf mehr als das Zehnfache. „Damit hat das Bundesvolk eindrücklich die Behauptung widerlegt, der VerFGH habe de facto auch den vom Volk gewählten Präsidenten abgesetzt“ (Florian Klenk im *Falter* vom 6. Juli). Vielmehr hat das Bundesvolk in eindrucksvoller Weise seine Entscheidung vom 22. Mai bestätigt.



**Intelligentes
Bauen verbindet
Menschen.**

Bauen mit Herz und Verstand. Jedes Projekt ist anders und muss individuell geplant und ausgeführt werden. Seit mehr als 145 Jahren steht die PORR für höchste Kompetenz in allen Bereichen des Bauwesens. [porr-group.com](https://www.porr-group.com)

powered by

PORR