



## King's Research Portal

[Link to publication record in King's Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Kletzer, C. (2017). Der Einfluss von objektivem Unwissen. Über die Aufhebung der Bundespräsidentenwahl durch den Verfassungsgerichtshof. *Journal für Rechtspolitik*, (25), 95-101.

### **Citing this paper**

Please note that where the full-text provided on King's Research Portal is the Author Accepted Manuscript or Post-Print version this may differ from the final Published version. If citing, it is advised that you check and use the publisher's definitive version for pagination, volume/issue, and date of publication details. And where the final published version is provided on the Research Portal, if citing you are again advised to check the publisher's website for any subsequent corrections.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the Research Portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognize and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the Research Portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the Research Portal

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact [librarypure@kcl.ac.uk](mailto:librarypure@kcl.ac.uk) providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Christoph Kletzer

## Der Einfluss von objektivem Unwissen

Über die Aufhebung der Bundespräsidentenwahl durch den Verfassungsgerichtshof

*Abstract:* Der Beitrag argumentiert, dass der Verfassungsgerichtshof zu Recht die Wahl des Bundespräsidenten aufgehoben hat und dass er nicht ohne an Sinnwidrigkeit grenzende logische Verrenkungen anders hätte entscheiden können. Die Notwendigkeit dieser Entscheidung wird allerdings erst dann voll ersichtlich, wenn man sich erstens von dem gänzlich unbegründeten Gedanken verabschiedet, dass nur eine erwiesene Manipulation zur Wahlaufhebung führen kann und, zweitens, wenn man nicht bloß im Überschlag das Ergebnis in abstracto beurteilt, sondern gedanklich der Reihe der sich dem VfGH im Aufhebungsverfahren ganz konkret stellenden Fragestellungen folgt. Dabei ist es hilfreich, die folgenden zwei Unterscheidungen zu Rate zu ziehen: diejenige zwischen natürlichen und institutionellen Tatsachen, einerseits, und diejenige zwischen der Richtigkeit des Verfahrensausganges und der Rechtmäßigkeit des Verfahrensganges, andererseits.

*Deskriptoren:* Aufhebung der Bundespräsidentenwahl; Rechtmäßigkeit des Verfahrens; Einfluss auf das Wahlergebnis.

*Rechtsquellen:* VfSlg 888/1927; W I 6/2016-125; § 14 a BPräsWG; § 18 NRWO; § 141 BVG; § 70 VfGHG.

Das Erkenntnis des VfGH zur Aufhebung der Bundespräsidentenwahl<sup>1</sup> hat ungewöhnlich viel öffentliche Kommentare in den österreichischen und ausländischen Medien provoziert. Die meisten der Wortmeldungen waren dabei negativ.<sup>2</sup> Das ist an sich selbst nicht bemerkenswert. Auffällig hingegen war

der Umstand, dass sich ein Gutteil der Erregtheit an dem kleinen Wörtchen „Einfluss“ entzündete. Juristischen Laien wie gewiegten Advokaten war es nämlich nicht entgangen, dass § 141 BVG und § 70 VfGHG ganz explizit einen Einfluss etwaiger Fehler des Wahlverfahrens auf das Wahlverfahren verlangen und dass selbst der VfGH in seiner Entscheidung das eine Mal behauptet, dass es genüge, wenn die Rechtswidrigkeit „von Einfluss sein konnte“ (Rz 500 ff) und kurz danach behauptet, dass sie „von Einfluss war“ (Rz 555). In den Kommentaren machte die rhetorische Frage die Runde, ob denn der VfGH nicht lesen könne? Wenn die von den Kritikern unterstellte Interpretation tatsächlich zuträfe, müsste man sich hingegen vielmehr fragen: hat der Verfassungsgerichtshof komplett den Verstand verloren?

Bei aller Erhitzung haben die Einwände aber zumindest dazu geführt, dass man sich gründlicher mit der von VfSlg 888/1927 initiierten Judikaturlinie auseinandergesetzt hat, die, bei aller Beständigkeit und weitgehender Billigung in juristischen Expertenrunden, doch das Schimmern eines Mysteriums nicht ganz abschütteln konnte. Wieso sollte es genügen, dass eine Rechtswidrigkeit von Einfluss auf das Ergebnis „sein kann“ wenn die Verfassung doch Einfluss verlangt? Wäre da nicht jede Wahl aufzuheben? Handelt es sich bei der Argumentation um eine Ausweitung oder eine Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten?

Auf alle diese Fragen gibt es gute Antworten und ich werde im Folgenden versuchen, diese ein wenig auszubreiten. Um zu verstehen, was die Kontrahenten in der Debatte voneinander trennt, um zu sehen, warum die Kritiker mit ihrer von der Intuition geleiteten Auffassung der Situation falsch liegen und, schließlich, um zu sehen, warum der Verfassungsgerichtshof nicht nur richtig sondern auch zwingend richtig entschieden hat, müssen zwei Unterscheidungen eingeführt werden, die in ihrer Verschränkung das Mysterium der Judikaturlinie im Lichte auflösen. Die erste, von den Kritikern des VfGH übersehene und vom VfGH implizit bemühte Unterscheidung

<sup>1</sup> W I 6/2016-125.

<sup>2</sup> Siehe nur Köck, Höchstgericht hätte Wählerwillen achten müssen, Die Presse 03.07.2016; Noll, Nicht können oder nicht wollen?, Der Standard 20.07.2016 und Noll, Rechtsprechung im Konjunktiv, Die Zeit 07.07.2016; Neuwirth/Schachermayer, „Eine Mathematik-Lektion für den VfGH“, Falter 36/16; Mayer, Eine klare Fehlentscheidung des VfGH, Die Presse 05.10.2016.

ist diejenige von *natürlichen* und *institutionellen* Tatsachen. Die zweite ist die Unterscheidung des eigenständigen Wertes der *Rechtmäßigkeit* eines *Verfahrensganges* vom Wert der *Richtigkeit* des *Verfahrensausganges*. Ich werde im Folgenden diese beiden Unterscheidungen kurz einführen und versuchen, deren Relevanz für die Entscheidung zu verdeutlichen.

### I. Natürliche und institutionelle Tatsachen

Die Unterscheidung von natürlichen und institutionellen Tatsachen ist aus dem Werk von *John Searle* bekannt.<sup>3</sup> Eine institutionelle Tatsache ist eine Tatsache, die in ihrer Existenz von sozialen Regeln abhängt. Die Tatsache, dass eine bestimmte Variante farbigen Papiers „Geld“ ist, dass eine bestimmte Person „Sieger“ eines Wettkampfes ist, dass das Vorrücken eines Bauern auf das letzte Feld diesen zur Dame verwandelt, lässt sich nicht alleine aus den rohen Tatsachen erschließen, sondern bedarf der Anwendung einer Regel, die gemäß *Searle* die Form „X zählt als Y in C“ hat. Im Unterschied dazu existieren einfache Tatsachen unabhängig von solchen Regeln, wie etwa der Umstand, dass der Atomkern von Helium zwei Protonen beinhaltet oder diejenige, dass bei genau der Temperatur, bei der Wasser fest wird, Sauerstoff gasförmig ist.

Der Umstand, dass institutionelle Tatsachen von Regeln abhängen erlaubt uns auch die Unterscheidung zwischen konstitutiven und regulativen Regeln:<sup>4</sup> während konstitutive Regeln, wie ihr Name sagt, institutionelle Fakten konstituieren (und nicht bloß regulieren), beziehen sich regulative Regeln auf Tatsachen, die unabhängig von der regulativen Regel existieren. Obwohl beide Arten von Tatsachen verschiedenen Prinzipien gehorchen, werden dennoch institutionelle Tatsachen oft fälschlicher Weise als einfache Tatsachen gesehen. Der Umstand, dass jemand reich, verheiratet, oder übergewichtig ist wird als bloße Tatsache genommen. Das ist im täglichen Umgang auch selten ein Problem und liegt daran, dass die für die Tatsächlichkeit dieser Tatsachen konstitutiven Regeln uns so geläufig, so sehr zweite Natur geworden sind, dass sie für uns gleichsam vor dem sehenden Auge verschwinden. So unproblematisch und vielleicht vorteilhaft das Verschwinden der Komplexität der institutionellen Natur mancher Tatsachen ist, so proble-

<sup>3</sup> *Searle*, *The Construction of Social Reality* (1995) und *Rationality in Action* (2001). Für eine Diskussion der Anwendung der *Searlschen* Theorie auf das Recht siehe *MacCormick*, *Institutions of Law* (2007); *Ruiter*, *Legal Institutions* (2001).

<sup>4</sup> *Hans Kelsen* hat mit seiner Theorie des Interpretationschemas die *Searlsche* Theorie der konstitutiven Regeln und damit auch eine Variante der Theorie der institutionellen Tatsachen vorweggenommen.

matisch ist es im gegebenen Fall der Wahlanfechtung, denn es verstellt von Vornherein die Einsicht in die Notwendigkeit der Entscheidung des VfGH.

Der Kritik der Entscheidung des VfGH liegt folgendes Bild zugrunde: einerseits gibt es eine Wahl, eine Willensbildung im Volke; andererseits und unabhängig davon gibt es Gesetzesvorschriften, die die genaue Durchführung dieser Wahl regulieren und bei Nichteinhaltung eventuell mit Sanktionen, wie etwa der Wahlaufhebung, bedrohen. Gemäß diesem Bild gibt es einerseits eine Stimmabgabe (als einfaches Faktum) und daneben noch Regeln, die die Durchführung der Stimmabgabe regulieren und eventuell als Sanktion invalidieren. Sobald es eine Stimme gibt, ist diese gemäß dieser Ansicht zählbar. Die entscheidende Frage, die sich gemäß dieser, sich als unzutreffend herausstellenden, Auffassung für den VfGH stellte, war, ob der Grad der Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens eine Schwere überschreitet, die im Gesetz als Kriterium für die Aufhebung der Wahl angegeben ist – in diesem Fall, dass die Rechtswidrigkeit auf das Wahlergebnis von Einfluss gewesen ist. Von Einfluss kann sie nur sein, wenn es eine Manipulation oder Verfälschung der gezählten Stimmen gegeben hat, dergestalt, dass im Ergebnis der „falsche Kandidat“ gewonnen hat. Solange der „richtige Kandidat“ gewonnen hat, war die Rechtswidrigkeit nicht von Einfluss und die Wahl ist nicht aufzuheben.

Doch dieses Bild ist grundsätzlich verfehlt. Das erhellt schon daraus, dass man, um herauszufinden, ob denn nun der richtige Kandidat gewonnen hat oder nicht, zwei Tatsachen vergleichen muss, zu denen man aus logischen Gründen nicht gleichzeitig Zugang haben kann: der richtige Kandidat ist derjenige, der tatsächlich die meisten Stimmen auf sich versammelt hat, derjenige, der, wenn man alle Manipulationen und Verfälschungen korrigiert, tatsächlich gewinnen hätte sollen. Um das herauszufinden, muss man aber Stimmen als einem Kandidaten zugehörig zählen, die gemäß Gesetz gar nicht als zählbare Stimmen konstituiert sind!

Es ist nicht so, dass die das Wahlverfahren betreffenden Rechtsregeln dieses bloß regulieren. Vielmehr konstituieren sie erst eine Wahl. Oder knapp ausgedrückt: ohne die Regeln gibt es gar keine Wahl. Bei Verletzung der für eine zählbare Stimmabgabe konstitutiven Regeln gibt es gar keine zählbare Stimmabgabe. Auf die Frage, ob der richtige Kandidat gewonnen hat gibt es nicht nur keine richtige Antwort – es gibt gar keine Antwort, denn um diese Frage zu beantworten müssen man Stimmen zählen, die gar keine zählbaren Stimmen waren, weil sie vom Gesetz nicht als solche konstituiert waren. Das Zählen dieser Stimmen ist aber unmöglich. Es ist nicht schwierig, oder statistisch aufwendig, sondern logisch unmöglich: man müsste etwas zählen, das es gar nicht gibt.

Sobald man also sieht, dass die Wahl selbst von den Regeln konstituiert ist und neben diesen Regeln nicht als eine Art „tatsächlicher Rest“ bestehen bleibt, merkt man, dass diese Rede von einem Einfluss auf die Wahl wesentlich vertrackter ist, als angenommen. Der VfGH geht dabei durchwegs von der richtigen Sicht aus, was weiter unten noch mit mehr Detail ausgeführt wird: ohne die Regeln oder bei Verletzung der Regeln mag es zwar zählbare Stimmabgabe im *umgangssprachlichen* Sinne geben, im rechtlichen Sinn hingegen gibt es diese nicht. Dabei ist natürlich auch eine „zählbare Stimme“ im umgangssprachlichen Sinn ein von Regeln konstituiertes institutionelles Faktum. Im Unterschied zu der Wahl im rechtlichen Sinn sind die konstitutionellen Regeln hier aber *informeller* Natur. Die Notwendigkeit, bei Wahlen über diese informelle Konstitution hinauszugehen, wird im nächsten Abschnitt behandelt.

## II. Rechtmäßigkeit und Richtigkeit

Warum also sollte sich der VfGH nicht mit dem informellen, umgangssprachlichen Sinn begnügen? Warum pocht er darauf, dass die formellen Rechtsregeln eingehalten werden und nicht bloss die informellen, gemäß denen auch eine fehlerhafte Stimmabgabe noch irgendwie als zählbare Stimmabgabe gelten kann? Ist das nicht gerade der sinnentleerte Formalismus, die penible I-Tüpfelchen-Reiterei und der Grund, warum Juristen unter juristischen Laien einen derart schlechten Ruf haben? Wir wissen doch, wie diese Leute gestimmt haben, wir können vielleicht auch mittels statistischer Analyse dieser fehlerhaften Stimmen belegen, dass eine Manipulation unwahrscheinlicher als ein paar Lottogewinne in Serie ist und dass sich am Ergebnis daher nichts ändert. Warum kann man die ganze Sache ein bisschen entspannter sehen und mit gesundem Hausverstand entscheiden?

Das liegt daran, dass im Recht oft, und insbesondere im Wahlrecht, der Formalismus keine Nebensache ist, sondern selbst eigenständiger Zweck der Rechtsregeln.

Was bedeutet das? Es bedeutet erst einmal nicht, dass der Formalismus alleiniger Zweck oder gar Endzweck der Rechtsregeln ist. Es bedeutet lediglich, dass er von den anderen Zwecken unabhängiger Zweck ist. Ein Zweck der Regeln des Wahlrechts ist es sicherlich, die *Richtigkeit* der Wahl, also die treue Abbildung des Wählerwillens, zu gewährleisten. Darin jedoch ist der Zweck des Wahlrechts noch nicht erschöpft. Neben der *Richtigkeit* des Ergebnisses des Wahlverfahrens ist vielmehr auch die *Rechtmäßigkeit* des Verfahrensganges selbst Zweck des Wahlrechts.

Um dies zu verdeutlichen sollen drei Gedankenexperimente genügen:

- (i) Auf der Ringstraße versammeln sich 20.000 Menschen, die kollektiv mit Sprechchören und Transparenten glaubhaft bekunden, dass sie *Van der Bellen* als Präsident wollen. Man gehe davon aus, dass sie alle tatsächlich *Van der Bellen* als Präsident wollen und dass ihre Zahl mit „über 20.000“ korrekt bestimmt ist und dass bekannt ist, dass sie sonst keine gültige Wahl abgegeben haben. Bei der rechtmäßig und fehlerfrei durchgeführten Bundespräsidentenwahl am selben Tag gewinnt *Hofer* mit einer Stimme Vorsprung.
- (ii) Pablo P, ein österreichischer Staatsbürger, zeichnet auf einen Zettel ein Portrait von *Van der Bellen*, schreibt darunter „Ich liebe und wähle Van der Bellen“, steckt es in ein Wahlkuvert, dieses in die Wahlkarte und schickt es an die zuständige Wahlbehörde. Man gehe davon aus, dass Pablo P tatsächlich *Van der Bellen* wählen wollte.
- (iii) In einem Wahlsprengel werden aus Zeitnot die abgegebenen Wahlkarten nicht ausgezählt sondern mit komplexen Algorithmen unter Einbeziehung von Online-Verhalten, Zeitungsabonnements, etc der Wähler datentechnisch ausgewertet. Man gehe davon aus, dass diese Auswertung auf zehn Stimmen genau den Wählerwillen abbildet.

In diesen Fällen würden wir jeweils nicht von einer gültigen Stimmabgabe, oder überhaupt von einer Wahl reden. Wieso nicht? An der *Richtigkeit* der Wahl kann es nicht liegen, denn in allen drei Fällen ist dieses Erfordernis per Stipulation erfüllt, dh der Wählerwille wurde richtig abgebildet. In keiner dieser Beispiele gab es Manipulationen oder Verfälschungen. Was ist also falsch gelaufen? Die Richtigkeit mag gegeben sein, was indes fehlt ist die *Rechtmäßigkeit*.

Nun gehen Richtigkeit und Rechtmäßigkeit üblicherweise Hand in Hand, so dass bei Verletzungen der Rechtmäßigkeit auch die Richtigkeit leidet und umgekehrt. Das ist aber nicht immer der Fall – wie eben im vorliegenden Fall der Wahlaufhebung. Das üblicherweise paarweise Auftreten von Richtigkeit und Rechtmäßigkeit hat aber dazu geführt, dass man die Rechtmäßigkeit als eigenen Wert aus den Augen verloren hat und ihren spezifischen Wertinhalt gerne als allein in der Richtigkeit begründet sieht.

Gerade bei Wahlen, eben eines der Kernverfahren unseres politischen und rechtlichen Systems, geht es aber nicht allein darum, dass der Wählerwille korrekt abgebildet wird, sondern auch darum, dass die Wähler in einem öffentlichen Akt, also in einer Art Ritual, ihre Teilnahme an der Demokratie sinnfällig machen. Es geht nicht nur darum, dass gewählt wird, sondern auch darum, dass gesehen wird, dass gerade gewählt wird – und sei es nur von Wählenden selbst. „Der gemeinsame performative, dh streng regelgebundene

Wahlakt macht durch seine zeitliche und örtliche Verdichtung, durch das Ritual der Stimmabgabe in der Wahlzelle den demokratischen Vorgang deutlich.”<sup>5</sup>

Das ist natürlich bei der Briefwahl wesentlich weniger deutlich als bei der Urnenwahl, deshalb aber nicht abwesend. Insofern die Briefwahl dieses Element der Sinnfälligkeit verunmöglichte oder wesentlich behinderte, wäre sie auch einer abwägenden Kritik zu unterziehen. Aber auch den Regeln der Briefwahl geht es darum, die „Situation des Wahlmoments“ in ihrer Singularität herauszustellen. Diese Situation des Wahlmoments, der als freier, geheimer und persönlicher Akt unser Verständnis des politischen Subjektes widerspiegelt und die Würde, um nicht zu sagen Heiligkeit, der individuellen Entscheidung vom Lärm des Alltags abhebt, wird durch die die Briefwahl regelnden Verfahrensvorschriften zwar nicht garantiert so doch, falls gelungen, konserviert und an die Wahlbehörde übermittelt.

### III. Die konkrete Entscheidung

Wenn man also die beiden kurz eingeführten Unterscheidungen – diejenige zwischen natürlichen und institutionellen Fakten einerseits und diejenige von Richtigkeit und Rechtmäßigkeit andererseits – zusammenführt, wird klar, dass der Verfassungsgerichtshof nicht ohne an Sinnwidrigkeit grenzende logische Verrenkungen anders hätte entscheiden können. Denn der VfGH hatte ja nicht eine, wie von den Medien und vielen Kommentatoren durchgeführte, abstrakte Beurteilung des Wahlverfahrens zu liefern sondern hatte einer konkreten Anfechtung entweder stattzugeben oder diese ab- oder zurückzuweisen. Wie stellte sich die Lage für den VfGH also konkret dar? Er hatte auf Grund seiner Beurteilung der Sachlage eine Reihe von Fragen zu beantworten. Die erste Frage war folgende:

- (i) sind Stimmen in das Wahlergebnis mit einbezogen worden, die hätten ausgeschieden werden müssen?

Die Antwort darauf ist klar zu bejahen und die wenigsten Kritiker würden der Beurteilung des VfGH an dieser Stelle widersprechen wollen. So sagt § 14 a BPräsWG ja ganz klar, dass Wahlkarten, die keinen unverletzten Verschluss haben „nicht in das Ergebnis mit einbezogen werden dürfen“. Da in den konkreten Beschwerdefällen auch keine „Heilung“ dieses Mangels über den Umweg der selbständigen Durchführung von Amtshandlungen durch Wahlleiter in Fällen der Dringlichkeit gemäß § 18 NRWO oder Ermäch-

tigung des Wahlleiters durch die Wahlbehörde im Vorhinein gegeben ist, ist unzweifelhaft, dass Stimmen in das Wahlergebnis mit einbezogen worden sind, die hätten ausgeschieden werden müssen.

Wenn also Stimmen in das Wahlergebnis als zählbar einbezogen worden sind, die hätten ausgeschieden werden müssen, stellt sich als zweite Frage:

- (ii) wie soll der VfGH mit diesen fälschlich als zählbar einbezogenen Stimmen umgehen?

Es gibt hier also Stimmen die vom Gesetz nicht als „zählbare Stimmen“ konstituiert wurden, die aber in der Ergebnisermittlung als gezählte Stimmen geführt werden. Der VfGH kann hier gar nicht anders vorgehen, als diese Stimmen von der Zählung auszuschneiden.

Wenn also Stimmen ausgeschieden werden müssen, stellt sich als dritte und letzten Frage:

- (iii) was bedeutet das „Ausscheiden“ der betroffenen Stimmen?

Es gibt hier mehrere Möglichkeiten: es könnte bedeuten,

- (a) dass man die ausgeschiedenen Stimmen einfach vom Wahlergebnis abziehen muss; oder,  
 (b) dass man den Inhalt dieser ausgeschiedenen Stimmen irgendwie, etwa durch Hochrechnung oder andere Verfahren erschließen muss, oder einfach,  
 (c) dass man die ausgeschiedenen Stimmen nicht zählt.

Option (a) scheidet aus folgendem Grund aus: die Stimmen vom Ergebnis abzuziehen würde bedeuten, dass der VfGH davon ausginge, dass die betreffenden Wähler gar nicht gewählt hätten, dass also gar keine Stimme abgegeben worden wäre. Das war aber hier schlichtweg nicht der Fall. Vielmehr wurden abgegebene Stimmen als zählbar beurteilt, die nicht als zählbar beurteilt werden hätten dürfen. Um eine zählbare Stimme zu erhalten gibt es Reihe von Abgabebedingungen einerseits, und eine Reihe von Empfangsbedingungen (eigentlich Verfahrensgangsbedingungen) andererseits. Damit eine rechtmäßig ins Wahlergebnis einzubeziehende Stimme konstituiert wird, müssen beide Sätze an Bedingungen erfüllt sein. Wenn allein die Abgabebedingungen erfüllt sind, haben wir eine „Stimme“. Wenn dazu noch die Empfangsbedingungen erfüllt sind haben wir eine „zählbare Stimme“. In unserem Fall ist die Erfüllung der Abgabebedingungen nicht fraglich. Wir haben also Stimmen. Woran es mangelt ist ihre Zählbarkeit. Einfach abziehen vom Verfahrensergebnis müsste man vorgebliche Stimmen, die auf Grund von mangelhafter Erfüllung der Abgabebedingungen nicht einmal als Stimmen konstituiert werden. Wenn also in das Wahlergebnis informelle Briefe an die Wahlbehörde, Zeichnungen oder telefonische Wahlanrufe mit einbezogen wor-

<sup>5</sup> Jabloner, Verfassungsrechtliche Baustellen, in: Österreichische Akademie der Wissenschaften (Hrsg), In welcher Verfassung ist unsere Verfassung? Akademie im Dialog/7 (erscheint 2017).

den wären, dann müsste das Ausscheiden dieser Stimmen tatsächlich bedeuten, dass diese Stimmen einfach vom Ergebnis abzuziehen wären. Im vorliegenden Beschwerdefall jedoch sind die Abgabebedingungen der Stimmen unproblematisch gegeben und wir haben es also mit Stimmen zu tun. Das Problem ist nicht, dass sie als Stimmen qualifiziert wurden, sondern vielmehr dass sie als zählbare Stimmen qualifiziert wurden. Sie einfach vom Ergebnis abzuziehen muss daher ausscheiden.

Möglichkeit (b) ergeht es nicht besser: zuerst mag es opportun erscheinen, den Inhalt der ausgeschiedenen Stimmen statistisch hochzurechnen oder anders (mittels Beweisverfahrens) zu ermitteln, um herauszufinden, ob der so ermittelte Stimminhalt zu einem anderen Ergebnis geführt hätte. Die Paradoxie einer solchen Vorgehensweise erhellt aber, sobald man sich vor Augen führt, dass die einfachste und direkteste Möglichkeit der tatsächlichen Ermittlung des Inhalts dieser Stimmen es ja nicht ist, ihren Inhalt hochzurechnen oder irgendwie mittels Ermittlungsverfahren erkenntlich zu machen. Die einfachste Möglichkeit, den Inhalt dieser Stimmen zu ermitteln wäre es – sie einfach zu zählen! Das aber kann man nicht, denn die Stimmen wurden ja als nicht zählbar ausgeschieden. Die Hochrechnungs-Verfechter sitzen also einem Dilemma auf: der indirekte Weg der Ermittlung des Wählerwillens durch Hochrechnung wird ja erst notwendig, wenn der direkte Weg der Ermittlung des Wählerwillens durch Abzählen versperrt ist. Eine Hochrechnung des Wählerwillens vorzuschlagen setzt also voraus, dass man akzeptiert, dass die Stimmen nicht gezählt werden können. Wie wir gesehen haben können sie nicht gezählt werden, weil es sie im rechtlichen Sinn als „zählbare Stimmen“ gar nicht gibt. Nun ist jede Ermittlung des Inhalts von Stimmen, der auf ein Nummernergebnis zielt eine Zählung. Daher ist jede Art der Ermittlung des Inhalts von Stimmen dadurch verunmöglichlicht, dass es die zählbaren Stimmen im rechtlichen Sinne gar nicht gibt. Die statistische Methode kann sich also nicht auf die rechtlich relevanten zählbaren Stimmen, sondern nur auf die umgangssprachlich „Stimmen“ genannten Tatsachen beziehen. Im rechtlichen Sinne fehlt der statistischen Ermittlung (so wie jeder anderen Zählmethode) ein Objekt und sie geht komplett ins Leere.

Die Hochrechnungs-Verfechter verschleiern diesen Umstand mit dem Hinweis darauf, dass eine Manipulation statistisch ausgeschlossen werden kann. Das ist aber ein Strohhalm-Argument. Denn, wie wir gesehen haben, geht es bei der Fragestellung, die der VfGH vor sich hat, an keiner Stelle um den Vorwurf der tatsächlichen Manipulation. Natürlich kann ein erwiesener Manipulationsvorwurf zur Wahaufhebung führen. Daraus aber zu schließen, dass

nur ein erwiesener Manipulationsvorwurf zur Wahaufhebung führen kann, ist logisch unsinnig.

Die einzig verbleibende und auch im Ergebnis vernünftige Lösung ist also (c): die Stimmen dürfen nicht gezählt werden. Dass man die Stimmen nicht zählen darf, bedeutet ja nicht, dass es keine Stimmen gibt, sondern nur, dass man die Stimmen nicht zählt. Es bedeutet lediglich, dass man, obwohl der Wähler gestimmt hat, den Inhalt der Stimme nicht kennt.

Wie gesagt, ist der Inhalt der Stimmen natürlich nicht *tatsächlich* unbekannt, er ist es *rechtlich*. Oder, genauer formuliert: während der Inhalt von umgangssprachlich existierenden „zählbaren Stimmen“ bekannt ist, ist der Inhalt von rechtlich existierenden „zählbaren Stimmen“ notwendig unbekannt, weil diese zählbaren Stimmen mangels rechtlicher Konstituierung rechtlich gar nicht existieren. Was es nicht gibt kann man nicht zählen. Natürlich kann man die umgangssprachlich existierenden „zählbaren Stimmen“ statistisch hochrechnen oder ganz einfach zählen. Das ist aber komplett irrelevant, denn diese Stimmen sind für die Ermittlung des Wahlergebnisses genauso wenig von Bedeutung wie die Prognosen von Meinungsforschungsinstituten, oder die Vorhersagen von Paul der Krake.

Das heißt aber, dass es ohne Berücksichtigung der Rechtswidrigkeit folgendes Wahlergebnis gab:

– Hofer	2.220.654
– Van der Bellen	2.251.517

Unter Berücksichtigung der Rechtswidrigkeit gibt es hingegen folgendes Ergebnis:

– Hofer	2.186.175
– Van der Bellen	2.210.206
– Unbekannt	77.769.

Wer hat also gewonnen? Wir wissen es nicht. Und wir wissen es nicht einfach nicht, sondern wir wissen es notwendig nicht. Dass es die Kategorie „unbekannte Stimmen“ gibt und geben muss, wurde oben ausgeführt. Ist diese Kategorie mit so vielen Stimmen gefüllt, dass sie den Vorsprung eines Kandidaten übersteigt, dann ist die Wahl aufzuheben, weil *objektiv unbekannt* ist, wer die Wahl gewonnen hat. Diese Kategorie des objektiven Unwissens ist eine in der alltäglichen Erkenntnistheorie eher unübliche Kategorie, denn da ist ein Unwissen immer auf der Seite des Subjektes zu suchen. Im gegebenen Fall hingegen ist das Unwissen dadurch bedingt, dass es zwar Stimmen gibt, diese aber gar nicht als zählbar konstituiert sind. Hätten die von der Rechtswidrigkeit betroffenen Stimmen hingegen weniger betragen als der Vorsprung eines Kandidaten, dann wüssten wir, wer gewonnen hat und die Wahl wäre nicht aufzuheben.

Ich bin der Meinung, dass es diesem Prüfungsschema kein vertretbares Entrinnen gibt. Während es im abstrakten Überschlagn möglich scheint, dass der VfGH anders hätte entscheiden können, merkt man in der konkreten Prüfung, dass man an jeder einzelnen

Stelle nur mit großen Kosten anders hätte entscheiden können. Wer tatsächlich behaupten will, dass keinerlei Stimmen fälschlicherweise in das Ergebnis mit einbezogen worden sind, oder, dass die fälschlicherweise einbezogenen Stimmen nicht ausgeschieden hätten werden sollen, oder schließlich, dass die ausgeschiedenen Stimmen trotzdem irgendwie gezählt oder ermittelt hätten werden sollen, der kann dies nur unter beträchtlichen theoretischen Kosten tun.

#### IV. Der unsägliche Einfluss

Erst jetzt können wir also beginnen, die Frage zu beantworten, die die medialen Gemüter so erhitzt hat: war die Rechtswidrigkeit von Einfluss auf die Wahl? Was bedeutet also dieser „Einfluss“ im Sinne des § 141 BVG und § 70 VfGHG? Vorweg ist zu wiederholen, dass Einfluss nicht gleichbedeutend mit Manipulation sein kann. Ein Großteil der Plausibilität der Argumentation der Gegner des Urteils – so sie denn welche hat – kommt aus der fälschlichen und schleichenden Gleichsetzung von Einfluss mit Manipulation. Eine Manipulation kann von Einfluss sein, muss es aber nicht und nicht alles was von Einfluss ist, muss Manipulation sein.

Lassen wir die Manipulation also gleich weg. Was bedeutet dann dieser „Einfluss“? Die Wortdefinition und Etymologie hilft uns nicht weiter: das Wort kommt aus der Mystik und Astrologie, von lat *influx*, dem „Einfließen“ göttlicher Kräfte.<sup>6</sup> In der Rechtsordnung wird der isoliert verwendete „Einfluss“ meist als intensive und nicht als binäre Größe verwendet.<sup>7</sup> Wenn der Gesetzgeber auf eine binäre Größen abstellt, im Sinne eines Schwellenbegriffes, dass also etwas entweder von Einfluss ist oder eben nicht, dann verwendet der Gesetzgeber meist Qualifikationen wie „maßgeblicher Einfluss“<sup>8</sup> oder „hinreichendem Einfluss“<sup>9</sup>. So ein Zusatz fehlt in der Verfassung. Wenn es also nicht notwendig um wesentlichen oder hinreichenden Einfluss geht, sondern bloß um einfachen Einfluss, dann stellt sich die Frage, wie man diesen Begriff fassen kann. Denn in der Tat hat ja alles auf alles einen Einfluss. Insofern taugt Einfluss, für sich genommen, nicht als Kriterium.

Wir kommen der Sache hingegen näher, wenn wir nicht fragen „Welcher Art von Einfluss?“ sondern „Einfluss worauf?“. Da ist die Verfassung klar. Der wie auch immer verstandene Einfluss muss sich auf das Verfahrensergebnis beziehen. Die Rechtswidrig-

keit muss von Einfluss auf das Ergebnis sein. Was ist nun also das „Ergebnis“? Bei einer Wahl gibt es immer zwei Ergebnisse: das eine ist die Ermittlung des Siegers, das *Namensergebnis*, und das andere ist die Ermittlung der Stimmenverteilung, das *Ziffernergebnis*.

Auf welches Ergebnis muss die Rechtswidrigkeit nun von Einfluss sein? Wenn im BPräsWG der Begriff „Ergebnis“ vorkommt, wird damit beinahe durchwegs auf das Ziffernergebnis abgestellt.<sup>10</sup> Auch die in der Entscheidung und der Diskussion immer wieder bemühte Entscheidung VfSlg 888/1927 spricht vom „indirekten Wahlergebnis“ und stellt damit auf das Ziffernergebnis ab.<sup>11</sup>

Das würde für sich genommen nahelegen, dass der von der Verfassung verlangte Einfluss sich auf das Ziffernergebnis bezieht. Das führt aber dazu, dass beinahe jede Wahl aufzuheben wäre, denn eine fälschliche Einbeziehung einer einzigen Stimme wäre gemäß dieser Interpretation schon von Einfluss auf das Ziffernergebnis.

Da also ein Einfluss auf das Ziffernergebnis allein für eine Aufhebung aus pragmatischen Gründen nicht ausreichen kann, muss ein restriktiveres Kriterium eingeführt werden, das sich eben gerade darin findet, dass nur diejenige Wahl aufzuheben ist, bei der die erwiesene Rechtswidrigkeit auch auf das Namensergebnis von Einfluss hätte sein können. Zusammengefasst ist der Sinn der Gesetzgebung und Judikatur also dahingehend zu verstehen, dass einer Aufhebung dann stattzugeben ist, wenn die Rechtswidrigkeit so auf das Ziffernergebnis *von Einfluss war*, dass sie auf das Namensergebnis *von Einfluss hätte sein können*.

Die Formel „hätte von Einfluss sein können“ ist daher nicht eine ungehörige, gesetzwidrige Ausweitung des Aufhebungsrechts, sondern dessen Einschränkung. Da die verfassungsgesetzliche Bedingung, dass eine Rechtswidrigkeit auf das Ergebnis von Einfluss war von beinahe jeder beliebigen Rechtswidrigkeit erfüllt werden kann, muss ein weiteres Kriterium gefunden werden, dass nicht jede Wahl mit Aufhebung bedroht. Dieses Kriterium hat der VfGH darin gefunden, dass eine Rechtswidrigkeit nicht nur von Einfluss auf das Ziffernergebnis gewesen sein muss, sondern dazu auch noch von Einfluss auf das Namensergebnis hätte sein können. Dieses zusätzliche Kriterium will keineswegs als leichter zu erfüllendes das verfassungsgesetzlich stipulierte ersetzen, sondern kommt, als schwerer zu erfüllendes zu dem verfassungsgesetzlichen hinzu. Dass sich sowohl die Bundesverfassung wie

<sup>6</sup> *Duden* Etymologie (1989) und *Jacob und Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch, Band 3, das auf Meister Eckhart verweist.

<sup>7</sup> Siehe nur § 43 Abfallwirtschaftsgesetz, § 61 NRWO, § 76 Ehegesetz, § 3 Nadelstichverordnung.

<sup>8</sup> § 25 Außerstreitgesetz, § 93 Gastwirtschaftsgesetz; ähnlich §§ 5, 28a Bankwesengesetz.

<sup>9</sup> § 112 KraftfahrG.

<sup>10</sup> So etwa in §§ 14, 14a, 15, 17, 16, 21 BPräsWG.

<sup>11</sup> „Die durch die Bezirkswahlbehörde vorzunehmende Feststellung der Parteiensumme ... ist ein Wahlergebnis im Sinne des § 70 des VerfGG“ (VfSlg 888/1927).

auch die beiden Aufhebungskriterien des Wortes „Einfluss“ bedienen, hat sicherlich zur Verwirrung beigetragen. Entgegen der Meinung der Kritiker, die dem VfGH vorwerfen, mit der Logik könnte jede Wahl aufgehoben werden, ist die Judikaturlinie aber als Einschränkung und nicht als Ausweitung des Aufhebungsrechts zu verstehen.

Kann man fordern, dass eine Wahl nur dann aufzuheben wäre, wenn die Rechtswidrigkeit auch auf das Namensergebnis von Einfluss war? Das machte insofern keinen Sinn, als man, wie wir oben gesehen haben, in Situationen wie der gegebenen ja gerade nicht sagen kann, wer die Wahl gewonnen hat und als es insofern überhaupt kein Namensergebnis gibt. Die Phrase, dass eine Rechtswidrigkeit auf das Ergeb-

nis von Einfluss „sein kann“ spiegelt darin genau das Element der objektiven Unkenntnis wider und hat nichts mit etwaigen metaphysischen Fragen der Potentialität zu tun.

Diese Interpretation der Verfassungslage und Judikaturlinie fügt sich zudem nahtlos in die oben ausgeführte Interpretation der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes ein und löst zudem die empfundene Spannung zwischen den beiden Rz 500 und 555 im Erkenntnis.

**Korrespondenz:** Dr. Christoph Kletzer, Programme Director of Politics, Philosophy and Law, King's College London, London WC2R 2LS, UK; christoph.kletzer@kcl.ac.uk