

ÖAW

ÖSTERREICHISCHE  
AKADEMIE DER  
WISSENSCHAFTEN



# AKADEMIE IM DIALOG | 7

IN WELCHER VERFASSUNG IST UNSERE VERFASSUNG?



---

# **IN WELCHER VERFASSUNG IST UNSERE VERFASSUNG?**

**DISKUSSIONSFORUM AN DER ÖAW AM 11. NOVEMBER 2016**



# INHALT

## VORTRÄGE

<b>LUDWIG ADAMOVIČ</b>   Präsident des österreichischen Verfassungsgerichtshofes a. D. Der Verfassungsgerichtshof im Zentrum juristischer und politischer Kritik .....	5
<b>CLEMENS JABLONER</b>   Präsident des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes a. D. Verfassungsrechtliche Baustellen .....	11
<b>KARL SIGMUND</b>   Universität Wien Die politische Arithmetik von Wahlverfahren .....	19



# DER VERFASSUNGS- GERICHTSHOF IM ZENTRUM JURISTISCHER UND POLITISCHER KRITIK

LUDWIG ADAMOVICH

In einem demokratischen Rechtsstaat, in dem das Grundrecht auf Freiheit der Meinungsäußerung besteht, sind auch die Gerichte, einschließlich der sogenannten Höchstgerichte, und ihre Entscheidungen der Kritik ausgesetzt. Sie kommt aus der juristischen Fachwelt, aus den Medien und aus Kreisen der Politik. Mitunter vermengen sich diese Stimmen derart, dass man nicht mehr klar sieht, was juristische und was politische Kritik ist. Das gilt für alle Zweige der Gerichtsbarkeit, wie die Erfahrung gezeigt hat. Die Geschworenengerichtsbarkeit hat eine solche im Jahr 1927 im Zusammenhang mit dem Freispruch der Täter von

Schattendorf erlebt, der Verwaltungsgerichtshof im Zusammenhang mit seiner Entscheidung von 1963 über die Erklärung von Otto Habsburg-Lothringen betreffend den Verzicht auf die Mitgliedschaft zum Hause Habsburg-Lothringen und das Bekenntnis als getreuer Staatsbürger der Republik Österreich. Der Oberste Gerichtshof und der Verwaltungsgerichtshof *können* ins Feuer der politisch motivierten Kritik geraten, beim Verfassungsgerichtshof gehört dies wegen seiner weit in den Bereich der Politik eingreifenden Kompetenzen fast zur Institution. Was sollte man sonst bei einem Gerichtshof erwarten, der die Prüfung

der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verordnungen vornimmt, über die rechtliche Verantwortlichkeit oberster Staatsorgane, über die Rechtmäßigkeit von Wahlverfahren, über den Mandatsverlust in einem allgemeinen Vertretungskörper und über einige andere staatsrechtlich äußerst relevante Rechtsfragen zu entscheiden hat?

Schon im ersten Jahrzehnt der Tätigkeit des Verfassungsgerichtshofes gab es beträchtliche Unruhe wegen seiner Entscheidungen über die sogenannten Dispensehen. Nach der damaligen Rechtslage war eine von Christen geschlossene Ehe ein Ehehindernis für das Eingehen einer

neuen Ehe. Eine trotzdem eingegangene weitere Ehe war von Amts wegen vom Gericht als ungültig zu erklären. Der Landeshauptmann von Niederösterreich erteilte in zahlreichen Fällen eine Dispens von diesem Ehehindernis. Die ordentlichen Gerichte und insbesondere auch der Oberste Gerichtshof betrachteten diese Dispense als rechtswidrig und nahmen sie nicht zur Kenntnis. Die Sache wurde an den Verfassungsgerichtshof herangetragen, der das Vorliegen eines Kompetenzkonfliktes diagnostizierte und die Entscheidungen der ordentlichen Gerichte regelmäßig aufhob. Dies löste massive Kritik der christlich-sozialen Partei aus, die sich insbesondere gegen die Person von Hans Kelsen richtete, der Referent in diesen Rechtssachen war; dies war sicher mit einer der Gründe, warum Hans Kelsen nach der Neuordnung der Verfassungsgerichtsbarkeit mit der Verfassungsnovelle 1929 nicht mehr zum Mitglied des Verfassungsgerichtshofes bestellt worden ist.

Robert Walter hat übrigens in seiner grundlegenden Arbeit über Hans Kelsen als Verfassungsrichter gezeigt, dass es sich bei der Rechtsfrage nicht um einen Kompetenzkonflikt,

sondern um einen Fall des sogenannten Bindungskonflikts zwischen Gerichtsbarkeit und Verwaltung gehandelt hat, die Rechtsauffassung von Kelsen also unzutreffend war. Der VerfGH hat denn auch Anfang der Dreißigerjahre seine Judikatur korrigiert, was man ihm auch wieder als politische Entscheidung vorgeworfen hat.

In den Neunzigerjahren des letzten Jahrhunderts war die Sozialdemokratie empört über zwei Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes betreffend die steuerliche Absetzbarkeit von auf gesetzlicher Verpflichtung beruhenden Unterhaltsleistungen, weil darin eine Begünstigung Besserverdienender gesehen wurde. In diesem Zusammenhang wurde nach einer verfassungsgesetzlichen Bereinigung gerufen, die allerdings mangels politischen Konsenses nicht zustande kam.

Den vorläufigen Höhepunkt allerdings erreichte die Kritik am Verfassungsgerichtshof wegen seiner Ende 2001 getroffenen Entscheidung zur Interpretation der Bestimmungen des Staatsvertrages von 1955 über die Anbringung zweisprachiger topografischer Aufschriften in von der slowenischen und der kroatischen Minderheit besiedelten Gebieten;

betroffen war davon primär die slowenische Minderheit. Der Konflikt artete in persönliche Angriffe auf den Präsidenten aus, aber auch in extreme juristische Kritik. So wurde allen Ernstes die Rechtsfigur der „absoluten Nichtigkeit“ von Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes ins Spiel gebracht; eine Argumentation, der der Verfassungsgerichtshof in seinem Tätigkeitsbericht über das Jahr 2001 eine äußerst scharfe Absage erteilt hat. Dies führte dazu, dass auch dieser Tätigkeitsbericht in das Zentrum der Kritik geriet.

Interessanterweise sind Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes über die Rechtmäßigkeit von *Wahlverfahren* bisher kaum Gegenstand der politischen und juristischen Kritik gewesen, obwohl manche dieser Entscheidungen spektakulären Charakter trugen. Dies hat sich schlagartig geändert, als der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 1. Juli 2016 das Verfahren des zweiten Wahlganges der Bundespräsidentenwahl vom 22. Mai 2016 und damit erstmals eine bundesweite Wahl zur Gänze aufhob. Während die Kritik von politischer Seite eher „unter der Hand“ geäußert wurde, traten wenige Tage nach der Verkündung der Entscheidung Rechtswissenschaftler

in Tages- und Wochenzeitungen mit harscher und zum Teil widersprüchlicher Kritik auf den Plan; dies setzte sich bis in den Oktober fort.

## WAS WAR GESCHEHEN?

Gemäß Art. 141 der Bundesverfassung erkennt der Verfassungsgerichtshof u. a. über die Anfechtung der Wahl des Bundespräsidenten. Der Verfassungsgerichtshof hat einer Wahlanfechtung stattzugeben, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit eines Wahlverfahrens erwiesen wurde und auf das Wahlergebnis von Einfluss war.

Im zweiten Wahlgang der Bundespräsidentenwahl am 22. Mai hatte der Kandidat Dr. Alexander Van der Bellen eine Mehrheit von 30.863 Stimmen erzielt. Der Zustellungsbevollmächtigte des Gegenkandidaten Ing. Norbert Hofer focht das Wahlergebnis gemäß Art. 141 der Bundesverfassung beim Verfassungsgerichtshof an und behauptete abgesehen von Bedenken gegen die angewendeten Normen eine Vielzahl von Rechtswidrigkeiten, die von Einfluss auf das Wahlergebnis hätten sein können. Der Verfassungsgerichtshof führte an sechs Tagen

eine mündliche Verhandlung durch. Bei dieser stellte sich heraus, dass in 14 Stimmbezirken Rechtswidrigkeiten stattgefunden haben, die von Einfluss auf das Wahlergebnis sein konnten: 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. Bei drei der genannten 14 Stimmbezirke war die Zahl der von den Rechtswidrigkeiten erfassten Stimmen nicht exakt feststellbar, konnte aber angesichts der großen Zahl der jedenfalls betroffenen Stimmen vernachlässigt werden. Behauptete Rechtswidrigkeiten in sechs weiteren Wahlbezirken vermochte der Verfassungsgerichtshof nicht zu erkennen. Von den Rechtswidrigkeiten waren insgesamt mehr als 77.769 Stimmen erfasst, also mehr als doppelt so viele Stimmen als der Abstand zwischen den beiden Kandidaten betrug. Mit dieser Feststellung hätte es der Verfassungsgerichtshof meines Erachtens bewenden lassen können. Er stellte in der

Begründung seiner Entscheidung aber noch die folgende Rechnung an: Bei Bereinigung der Resultate um die von potenziellen Rechtswidrigkeiten erfassten Stimmen in den elf Bezirken hätte Ing. Norbert Hofer rein theoretisch um 53.738 Stimmen mehr als Dr. Alexander Van der Bellen erhalten können.

Im Zuge des Beweisverfahrens über die Anfechtung des zweiten Wahlganges der Bundespräsidentenwahl 2016 hatte die rechtsfreundliche Vertretung des Zustellungsbevollmächtigten von Dr. Alexander Van der Bellen statistische Unterlagen vorgelegt, aus denen sich ergab, dass die statistische Wahrscheinlichkeit eines anderen Ergebnisses auf dem Boden der getroffenen Feststellungen in den elf Bezirken nahe Null gelegen ist.

Der Verfassungsgerichtshof war seiner spätestens seit dem Erkenntnis 888/1927 bestehenden Judikaturlinie gefolgt, wonach eine zur Aufhebung der Wahl führende Rechtswidrigkeit schon dann gegeben ist, wenn sie von Einfluss auf das Wahlergebnis sein kann. Ein Nachweis, dass es tatsächlich zu Manipulationen gekommen ist, sei nicht erforderlich. Die Umdeutung des Verfassungswortlautes „von Einfluss auf das Ergebnis war“ in „von Einfluss auf das Ergebnis

sein konnte“ begründet der Verfassungsgerichtshof schon 1927 damit, dass bei einer wörtlichen Auslegung eine Aufhebung im Fall einer Rechtswidrigkeit nur in den seltensten Fällen möglich wäre.

Der Verfassungsgerichtshof hat aber in seinem Erkenntnis vom 01. Juli 2016 über seine bisherige Judikatur hinausgehend auch ein zweites Argument für die Aufhebung der gesamten Wahl gefunden. Mit Zustimmung der Bundeswahlbehörde sind nämlich vor Wahlschluss sogenannte „Rohdaten“, insbesondere an ca. 20 ausgewählte Empfänger (vor allem Medien und Forschungsinstitute) weitergegeben worden. Zwar seien die Empfänger schriftlich dazu verpflichtet worden, diese Daten nicht vor Wahlschluss zu veröffentlichen; trotzdem sei nicht ausgeschlossen, dass die systematische Weitergabe solcher 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 ge-

samte Bundesgebiet erstreckende Verbreitung dieser Informationen erfolgen könne.

Schließlich ist aus der Begründung der Entscheidung noch ein wesentlicher Gesichtspunkt hervorzuheben: Auch in einer stabilen Demokratie sichere die genaue Einhaltung der Wahlvorschriften das Vertrauen der Bürger in die Gesetzmäßigkeit der Wahlen und damit – wie bereits das Erkenntnis von 1927 besage – in eines der Fundamente des Staates.

Dies trifft sich mit einem fundamentalen Rechtsgrundsatz, den der EGMR in einem anderen Zusammenhang, nämlich in dem mit der Unabhängigkeit der Gerichte entwickelt hat: Es komme hier auf den äußeren Anschein, auf „appearances“ an: „Justice must not only be done, it must also be seen to be done.“ Der Bürger muss auch den Eindruck gewinnen, dass es eine unabhängige Justiz gebe. Ganz das Gleiche muss für freie Wahlen gelten.

Die vom Verfassungsgerichtshof nicht zur Kenntnis genommenen statistischen Überlegungen sind sowohl in einer Fachzeitschrift als auch in einer politisch deutlich orientierten Wochenzeitschrift veröffentlicht worden. Auf sie gründete sich auch ein guter Teil der Kritik juristischer Ex-

perten. Von den Fachleuten auf dem Gebiet der Statistik ist darauf hingewiesen worden, dass ihr Ergebnis auf neuartigen Methoden beruhe, die nur computerunterstützt angewendet werden können.

Der gemeinsame Tenor der zum Teil in überaus polemischer Ausdrucksweise vorgebrachten Kritik geht dahin, dass der Verfassungstext „von Einfluss auf das Wahlergebnis war“ sehr wohl die Prüfung der *Wahrscheinlichkeit* eines anderen Ergebnisses einschließe und dahin gehende Berechnungen erforderlich mache. Demgegenüber stellt zwar auch der Verfassungsgerichtshof Rechenoperationen an, dabei geht es aber um die Relation der von der Rechtswidrigkeit erfassten Stimmen zum Ergebnis und die daraus resultierende theoretische *Möglichkeit* eines anderen Ergebnisses.

In mehreren kritischen Äußerungen kommt die Vermutung zum Ausdruck, der Verfassungsgerichtshof habe sich davor geschaut, einen Antrag von HC Strache, des Zustellungsbevollmächtigten des Kandidaten Ing. Hofer, abzuweisen. Dies ist ganz einfach eine bössartige Unterstellung. Motivforschungen dieser Art sind unzulässig, weil sie nicht falsifiziert werden können und das

Prinzip „semper aliquid haeret“ im Hintergrund steht.

Ein wesentlicher Punkt betrifft die Reaktion auf die Kritik. Wenn ein Politiker von seinesgleichen angegriffen wird, weiß er sich zu wehren. Wenn ein juristischer Standpunkt in einer Fachzeitschrift angegriffen wird, erscheint mit hoher Wahrscheinlichkeit ein weiterer Artikel, in dem auf diesen Angriff geantwortet wird. Was aber soll ein hochrangiger Gerichtshof tun, wenn seine Entscheidung in einer Schärfe angegriffen wird, wie dies nun im Fall der Bundespräsidentenwahl geschehen ist? Er kann und wird wohl im Tätigkeitsbericht über das nächste Jahr reagieren. Eine unmittelbare Reaktion ist ihm aber nach allen bestehenden Gepflogenheiten verwehrt. Sie wäre bei der gegebenen Situation unweigerlich als Aussage im Interesse eines der beiden Kandidaten gewertet worden<sup>1</sup>.

Ganz wichtig ist die Einsicht, dass die Rechtfertigung der Entscheidung

nichts mit einer positiven oder negativen Einstellung zum Resultat, mit anderen Worten zu den beiden Kandidaten, zu tun hat. Viele kritische Stellungnahmen zur Entscheidung erwecken genau diesen Eindruck. Man kann aber entgegen der Äußerung eines Kritikers nicht zuerst das gewünschte Resultat formulieren und dann die dazu passende Methode suchen.

Schließlich sei auf eine nach meiner Erfahrung häufig gestellte Frage einzugehen: Ist der Verfassungsgerichtshof an seine eigene Vorjudikatur gebunden? Beim Obersten Gerichtshof und beim Verwaltungsgerichtshof gibt es für den Fall des Abgehens von der bisherigen Judikatur die Institution der verstärkten Senate. Beim Verfassungsgerichtshof gibt es dergleichen nicht, weil er überhaupt nicht in Senaten entscheidet; es genügt nur in bestimmten Fällen die Anwesenheit einer geringeren Zahl von Stimmführern.

Daraus ergibt sich der Schluss, dass der Verfassungsgerichtshof an seine eigene Vorjudikatur nicht gebunden ist. In der Tat hat es Fälle gegeben, in denen der Gerichtshof sich von einem früheren Judikat ausdrücklich distanziert oder eine bislang nicht kritisierte Problematik aufgegriffen

hat. Nur macht es einen Unterschied aus, ob solches punktuell von Fall zu Fall geschieht, oder ob man es – wie hier – mit einer ungebrochenen Judikaturkette zu tun hat, die nach einer Darstellung 138 Fälle umfasst. Zumal, wenn der Grundgedanke dieser Judikatur zwar nicht leicht zu verstehen, aber doch durchaus schlüssig ist. Wäre der Verfassungsgerichtshof im vorliegenden Fall der Bundespräsidentenwahl von seiner langjährigen Judikatur abgewichen, hätte er sich unweigerlich und wohl zu Recht dem Vorwurf der Parteilichkeit ausgesetzt.

Eine Überlegung möchte ich der Fairness halber noch vortragen: Wie bereits betont, hat der Verfassungsgerichtshof im grundlegenden Erkenntnis von 1927 die Umdeutung von „von Einfluss auf das Wahlergebnis war“ auf „von Einfluss auf das Wahlergebnis sein konnte“ auf die Überlegung gestützt, dass anderenfalls eine für das Wahlergebnis relevante Rechtswidrigkeit nur in den seltensten Fällen feststellbar wäre. Könnte das Auftreten neuartiger statistischer Methoden ein Anstoß sein, diese Annahme zu überdenken? Das wäre eine lohnende Gemeinschaftsarbeit für Juristen und Statistiker. Es müsste sich dabei freilich um eine

<sup>1</sup> So hat der Präsident des Verfassungsgerichtshofes erst in einer Pressekonferenz am 23. Dezember 2016 zum Erkenntnis und zur Kritik an diesem Stellung genommen, als das Verfahren der Wiederholungswahl vom 4. Dezember ohne neuerliche Anfechtung zu Ende gegangen war.

Methode handeln, die nicht nur im Fall der Wahl des Bundespräsidenten, sondern bei *allen* vom Verfassungsgerichtshof zu kontrollierenden Wahlen anwendbar ist. Das sind außer der Wahl des Bundespräsidenten die Wahlen zu den allgemeinen Vertretungskörpern (Nationalrat, Bundesrat, Landtage, Gemeinderäte), zum Europäischen Parlament, zu den satzungsgebenden Organen (Vertretungskörpern) der gesetzlichen beruflichen Vertretungen sowie die Wahlen in die Landesregierung und in die mit der Vollziehung betrauten Organe einer Gemeinde. Es ist sicher nicht zulässig, unterschiedliche Interpretationen anzustellen, je nachdem um welche Wahl es sich handelt. In Betracht zu ziehen wäre auch, dass eine solche neuartige Methodik die Gefahr mit sich brächte, dass extreme Rechtswidrigkeiten – im vorliegenden Fall handelte es sich immerhin um nahezu 78.000 Stimmen – überhaupt sanktionslos bleiben.

## LUDWIG ADAMOVICH

### Derzeitige Position

- Präsident des Verfassungsgerichtshofes a. D.
- Sektionschef i.R.

### Arbeitsschwerpunkte

- Allgemeine Fragen von Demokratie, Rechtsstaat und Grundrechten, der Verfassungsgerichtsbarkeit und der philosophischen sowie theoretischen Grundlagen des Rechts

### Ausbildung

- |           |  |
|-----------|--|
| 1973      | Habilitation an der Universität Wien für Verfassungsrecht und Verfassungspolitik |
| 1954      | Promotion zum Dr. iur.   |
| 1950–1954 | Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien                         |

### Werdegang

- |           |   |
|-----------|---|
| Seit 1998 | Ehrenmitglied der ÖAW   |
| Seit 2004 | ehrenamtlicher Berater der Bundespräsidenten Dr. Heinz Fischer und Dr. Alexander Van der Bellen für verfassungsrechtliche Angelegenheiten |
| 1984–2002 | Präsident des Verfassungsgerichtshofes  |
| 1977–1983 | Sektionschef im Bundeskanzleramt  |
| 1974–1977 | o. Univ.-Prof. für öffentliches Recht an der Universität Graz   |

# VERFASSUNGSRECHTLICHE BAUSTELLEN

CLEMENS JABLONER

Dass die österreichische Bundesverfassung relativ leicht abänderbar ist, wird meist als Übel gesehen, hat aber auch Vorteile. Auf's Ganze gesehen hat sich die Kelsen-Verfassung von 1920 gerade in ihrem instrumentalen Charakter sehr gut bewährt, sie bietet eine feste Grundlage und ist zugleich flexibel. Der Österreich-Konvent 2003–2005 hat gezeigt, dass das Streben nach einer *ganz* neuen Verfassung die politischen Kräfte regressiv in Fundamentalpositionen zurückfallen lässt, die das positive Verfassungsrecht schon überwunden hat, denken wir an die Anrufung Gottes. Allerdings gleicht das B-VG einer permanenten Baustelle. Immerhin konnten wesentliche Vorhaben abgeschlossen werden, im rechtsstaatlichen Bereich die – unterschätzte – Reform der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts. Ein permanentes

Problem, über das ich im Folgenden nicht sprechen werde, ist die föderale Struktur. Vielmehr möchte ich mich dem Verfassungstrakt „Demokratie“ zuwenden.

Das heute fast weltweite Unbehagen an und in der Demokratie können wir nicht mehr als eine vorübergehende Stimmung abtun. Es artikuliert sich aus zwei entgegengesetzten Richtungen: Auf der einen Seite steht die parlamentarische, vielfach mediatisierte und bürokratisierte Demokratie unter Beschuss – die verfassungsrechtlichen und politischen Mechanismen würden es verhindern, dass die eigentlichen, die „wahren“ Interessen der Menschen zur Geltung kommen. Ein Heilmittel wird im Ausbau der plebiszitären Demokratie gesehen, in diesen Chor mischen sich aber auch Stimmen und Bestrebungen, die unter „Demokratie“ die

Akklamation autoritärer Führer verstehen wollen.

Auf der anderen Seite wird aber auch deutlich, dass traditionelle parlamentarische Demokratien stabile Mehrheiten hervorbringen können, die nach und nach zu autoritären oder semiautoritären Regierungsformen führen, Beispiele sehen wir in der Türkei oder in Ungarn. Dort, wo plebiszitäre Mittel zum Einsatz kommen, zeigen sie oft ausgesprochen irrationale Tendenzen, so jedenfalls aus der Sicht der etablierten Kräfte, denken wir an den „Brexit“.

Mein folgendes kurzes Statement kann diese Fragen nicht einmal analysieren, geschweige denn Lösungen anbieten. Doch möchte ich ganz knapp zwei heimische Themen ansprechen, sie sind aktuell und verdeutlichen Grundsätzliches: Zunächst geht es um die Frage, wie das

aktive Wahlrecht ausgeübt werden soll, sodann um die Möglichkeiten, die direkte Demokratie in Österreich auszubauen.

## DIE CRUX MIT DER BRIEFWAHL

Mit Erkenntnis vom 1. Juli 2016 hat der VfGH bekanntlich die Stichwahl für das Amt des Bundespräsidenten aufgehoben.<sup>1</sup> Eine bedeutende Rolle dabei spielten Fehler, die mit der Briefwahl zusammenhängen, also mit dem Wahlmodus der Einsendung und Auszählung von Wahlkarten. Technische Probleme damit haben in weiterer Folge sogar zur Verschiebung der Wiederholung der Stichwahl geführt. Zwar hat der Gerichtshof die Möglichkeit der Briefwahl an sich als verfassungsgemäß qualifiziert, aber eine Reihe von Mängeln festgestellt. Zu beachten ist, dass der VfGH keine Manipulationen feststellte. Aber doch war es – vor dem Hintergrund des knappen Wahlausgangs der Stichwahl – die Eigenart der Briefwahl, die es Exponenten des unterlegenen Lagers ermöglichte, in Teilen

des Wahlvolks Verschwörungspannasien zu wecken. Was macht denn die Briefwahl so problematisch?

Die sinkende Wahlbeteiligung und die steigende Mobilität des Wahlvolks führten dazu, dass in den vergangenen Jahrzehnten der Briefwahl stetig mehr Raum gegeben wurde. Im Kalkül der Wahlgrundsätze des B-VG wurde so zwar wahrscheinlich die Wahlbeteiligung erhöht, also das „allgemeine“ Wahlrecht gefördert. Das geschah aber auf Kosten des „geheimen“ und „persönlichen“ Wahlrechts, das nur in der Einsamkeit der Wahlzelle absolut gesichert werden kann. Nachdem der VfGH diesen Bestrebungen vorerst Grenzen setzte,<sup>2</sup> erfolgte der Durchbruch schließlich mit der B-VG-Novelle 2007.<sup>3</sup> Mit ihr wurde Art. 26 Abs. 6, 1. Satz, B-VG so formuliert, dass *„Wahlberechtigte, die voraussichtlich am Wahltag verhindert sein werden, ihre Stimme vor der Wahlbehörde abzugeben, etwa wegen Ortsabwesenheit, aus gesundheitlichen Gründen oder wegen Aufenthalts im Ausland, ... ihr Wahlrecht auf Antrag unter Angabe des Grundes durch Briefwahl ausüben“* können.

Da nun aber diese Determinanten völlig in das Ermessen des Wahlberechtigten gestellt sind, und auch nicht einmal ansatzweise von der Wahlbehörde überprüft werden, läuft die Regelung auf ein freies Wahlrecht zwischen der Stimmabgabe in der Wahlzelle, der sogenannten „Urnenwahl“, oder der Einsendung einer Wahlkarte hinaus. So kam es zur „potenziellen Durchbrechung“ – so Heinz Mayer – des geheimen und persönlichen Wahlrechts.<sup>4</sup>

Allerdings steht Österreich damit keineswegs allein da. Unsere Regelung entspricht im Wesentlichen jener in der Bundesrepublik Deutschland, steht dort freilich nur auf einfachgesetzlicher Stufe. Die deutsche Diskussion hat daher einen verfassungsdogmatischen Charakter, es geht darum, ob diese Regelungen überhaupt mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Im Folgenden möchte ich auf eine zeitlich etwa parallel zur österreichischen Malaise erschienene Publikation von *Christoph Schönberger* Bezug nehmen, sie trägt den viel-sagenden Titel *„Vom Verschwinden der Anwesenheit in der Demokratie. Präsenz*

<sup>1</sup> VfGH 1.7.2016, WI 6/2016.

<sup>2</sup> VfSlg 10.412/1985.

<sup>3</sup> BGBl I 27/2007.

<sup>4</sup> Siehe *Heinz Mayer/Gerhard Muzak*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht<sup>5</sup> (2015) 203.

*als bedrohtes Fundament von Wahlrecht, Parteienrecht und Parlamentsrecht“.*<sup>5</sup>

Die Versammlung – so Schönberger – sei das Fundament der Demokratie. Das normative Leitbild, das den Wahlrechtsgrundsätzen des Grundgesetzes zugrunde liege und im einfachen Recht näher ausgeformt werde, sei die Anwesenheitswahl mit Wahlkabine und Urne. Die Anwesenheit des Bürgers bei dieser „bürgerlichen Amtshandlung“ sei gerade durch die isolierte Anwesenheit des Wählers in der Wahlzelle verwirklicht. Schönberger spricht vom „öffentlichen Ritual der repräsentativen Demokratie“, bei dem sich die politische Gemeinschaftlichkeit gerade dadurch ergebe, dass sie den einzelnen Wähler im Wahlakt vollständig und radikal individualisiere. Die „grundlose Briefwahl“<sup>6</sup> sei weder eine geheime noch eine öffentliche Wahl und widerspreche daher dem Grundgesetz.

Diese Bedenken lassen sich nicht tel quel auf die österreichische Rechtslage übertragen. Da hierorts inhaltliche Probleme notorisch als rechtstechnische behandelt werden, wusste der Gesetzgeber 2008 sehr wohl, dass

die Einführung der Briefwahl nur auf Verfassungsebene möglich ist. Von einer schlichten Verfassungswidrigkeit kann daher keine Rede sein, scheinbar bleiben allein verfassungspolitische Bedenken übrig.

Brief- und Urnenwahl als gleichwertige Alternativen: Wenn man die Bedenken dagegen „parallel verschiebt“, so könnte im Grunde des B-VG freilich das demokratische Grundprinzip verletzt sein. Es liegt doch nahe, in der – unverzichtbaren – Garantie der geheimen und persönlichen Stimmabgabe Kerngehalte des demokratischen Grundprinzips zu sehen. Diese könnten verletzt sein, wenn nur die Möglichkeit, nicht aber die Pflicht besteht, das Wahlrecht nur in der Wahlzelle auszuüben. Das aktive Wahlrecht verbindet ja in einzigartiger Weise drei Elemente: die Ermächtigung des Einzelnen, als Teil des Kollegialorgans „Bundesvolk“ (Art. 24 B-VG) einen Staatsakt zu setzen, das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf diese Organstellung – und schließlich die Wahrung der Amtspflichten, die bei dieser Amtshandlung zu beobachten sind. Diese drei Elemente werden nicht immer auseinandergelassen. Bedenken sind also wohl angebracht, aber freilich gerade nicht für die Wahl

des Bundespräsidenten. Denn das demokratische Grundprinzip wird in Österreich als „parlamentarisch-demokratisches Grundprinzip“ nach dem Stand von 1920 verstanden.<sup>7</sup> Die Volkswahl des Bundespräsidenten ist aber erst das Ergebnis der B-VG-Novelle 1929. Daher steht es dem Verfassungsgesetzgeber frei, für eine solche Wahl, wie auch etwa für jene der Bürgermeister, einen anderen Wahlmodus vorzusehen, solange der Gesetzgeber allgemeine Inhalte des demokratischen Grundprinzips einhält, also nicht etwa Frauen ausschließt.

Was bleibt, ist ein deutliches Unbehagen. Im Zusammenhang mit der Gerichtsbarkeit kennen wir die englische Rechtsmaxime „*Not only must Justice be done; it must also be seen to be done*“ als grundrechtliche Verbürgung.<sup>8</sup> Diese Maxime lässt sich analog auch auf die Demokratie, näherhin auf das Wahlverfahren, übertragen. Der gemeinsame performative, d. h. streng regelgebundene

<sup>5</sup> JZ 2016, 486.

<sup>6</sup> Anführungszeichen im Original.

<sup>7</sup> Vgl. z. B. Heinz Mayer / Gabriele Kusko-Stadlmayer / Karl Stöger, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>11</sup> (2015) Rz 149.

<sup>8</sup> Vgl. z. B. EGMR 17. 1. 1970, 2689/65 (Delcourt v Belgium).

Wahlakt macht durch seine zeitliche und örtliche Verdichtung, durch das Ritual der Stimmabgabe in der Wahlzelle den demokratischen Vorgang deutlich. Nur so erhält der Einzelne Gewissheit über die eigene Stimmabgabe<sup>9</sup> und nur so kann er der korrekten Stimmabgabe des ganzen Wahlvolks vertrauen.

Nun wäre es gewiss unrealistisch, die Briefwahl gänzlich abschaffen zu wollen, dagegen spricht ja vor allem die durch die Freizügigkeit innerhalb der Europäischen Union geförderte Mobilität. Für im Ausland befindliche Österreicherinnen und Österreicher sollte daher weiterhin die Möglichkeit der Briefwahl bestehen. Anders ist dies allerdings im Inland: Es wäre an der Zeit, eine elektronische Wählerevidenz einzurichten, die die starre Bindung an den eigentlichen Wahlsprengel aufhebt. Auf dieser Grundlage könnte es dann jedem Stimmbürger, jeder Stimmbürgerin ermöglicht und zugemutet werden, in jedem Wahllokal in Österreich die

Stimme abzugeben, und zwar in der Wahlzelle, darauf kommt es hier an!<sup>10</sup> Vorstellbar sind auch weitere Erleichterungen, wie zusätzliche Wahltage. Persönlich sehe ich in der bewussten Nicht-Teilnahme am expliziten Wahlverfahren auch eine bestimmte Art eines sozialen Snobismus, man möchte sich nicht unter das „gemeine Volk“ mischen.

Freilich gibt es auch die ganz gegenläufige Strömung, die im „E-Voting“ die allein seligmachende Methode der Wahlbeteiligung sieht. Es wird der Anschein erweckt, als sei dieser Trend nicht aufzuhalten, als gehöre dieser Form der Demokratie die Zukunft. Man sollte sich aber darüber im Klaren sein, dass die traditionellen Elemente der geheimen und persönlichen Wahl gerade dazu dienen, den einzelnen Stimmbürger, die einzelne Stimmbürgerin, im Moment der Stimmabgabe von sämtlichen gesellschaftlichen Zwängen zu befreien. Weder die Briefwahl und schon gar nicht das E-Voting schüt-

zen dieses Interesse.<sup>11</sup> Zwar sieht es im Moment so aus, als würde die Lockerung des Wahlverfahrens Kandidaten und wahlwerbende Gruppen begünstigen, denen autoritäres Denken fern steht, doch kann sich dies leicht umkehren. Denn hat eine solche – zu Autorität tendierende – Gruppierung einmal die Mehrheit, so wird sie das Interesse daran verlieren, vom Hauptstrom abweichende Meinungen zu schützen. Ich glaube, dass wir hier über den Tag hinaus denken müssen.

### SCHRANKENLOSES PLEBISZIT?

Ganz am Ende der vorletzten Gesetzgebungsperiode präsentierte der Verfassungsausschuss des Nationalrates ein „Demokratiepaket“:<sup>12</sup> Im Zentrum steht, dass über ein erfolgreiches Volksbegehren, wenn ihm der Nationalrat nicht ohnedies entspricht, eine Volksbefragung stattzufinden hat. Richtet sich das Volksbegehren auf die Erlassung eines Bundesgesetzes, muss es von 10 %, richtet es sich

<sup>9</sup> Bei der Briefwahl bleibt immer eine Ungewissheit über das Schicksal der eigenen Wahlkarte bestehen.

<sup>10</sup> Zumal wenn zusätzlich ein Vorwahltag eingerichtet wird. Dass jemand nur deshalb ins Ausland fährt, um sein Wahlrecht mittels Brief auszuüben oder seinen Wahlbrief jemandem mitgibt, damit eine Absendung vom Ausland erfolgen kann, erscheint als zu weit hergeholt und kann vernachlässigt werden.

<sup>11</sup> Vgl. VfSlg 19.592/2011.

<sup>12</sup> 2177/A und Antrag gemäß § 27 Abs. 1 GOG-NR.

auf die Erlassung von Verfassungsrecht von 15 % der Stimmberechtigten unterstützt werden. Unzulässig wäre die Volksbefragung nur, wenn sie u. a. „offenkundig“ gegen das Unions- oder Völkerrecht verstieße, verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte verletzen oder abschaffen würde, dies hätte nach dem Entwurf der VfGH festzustellen.

Gegenüber weiterreichenden Vorstellungen im politischen Vorfeld sieht der Entwurf zwar nicht mehr vor, dass der Nationalrat dem Resultat einer auf Grund eines Volksbegehrens erfolgten Volksabstimmung zu folgen hat. Vielmehr würde an die Stelle der Volksabstimmung eine „Volksbefragung“ treten, deren Ergebnis für den Nationalrat nicht bindend ist.<sup>13</sup> Doch wäre damit zu rechnen, dass sich ein Nationalrat letztlich nur schwerlich über das Ergebnis einer (positiven) Volksbefragung hinwegsetzen könnte, ist die Dynamik einmal ausgelöst.

Hier ist ein kurzer verfassungshistorischer Rückblick angebracht: Das B-VG 1920 richtet Österreich als parlamentarische, also repräsentative Demokratie ein. Die Instrumente

der unmittelbaren Demokratie – Volksabstimmung, Volksbegehren, Volksbefragung – haben nur einen ergänzenden Charakter.<sup>14</sup> Den klaren politischen Willen brachten die ersten Kommentatoren des B-VG – Kelsen, Froehlich und Merkl – so zum Ausdruck: *„Die außerordentliche Einschränkung des obligatorischen Referendums und damit die Zurückdrängung des Referendums überhaupt hat in den Erfahrungen ihren Grund, die man in der Schweiz mit diesem Institut gemacht hat. Insbesondere die konservative Tendenz der Volksabstimmung hat den Ausschluß diesem Institut nicht allzu geneigt gemacht. Dazu kam noch die Rücksicht auf das Bedürfnis einer raschen Gesetzgebung, wie sie die gegenwärtige Zeit braucht. Man wollte dem retardierenden Element, das mit der Volksabstimmung notwendigerweise verbunden ist, keinen allzu großen Raum gewähren.“*<sup>15</sup>

Hans Kelsen, der die parlamentarische Demokratie theoretisch analy-

sierte und verfassungspolitisch vertrat,<sup>16</sup> war keineswegs ein Gegner plebiszitärer Elemente, schließlich hatte er ja den fiktiven Charakter der parlamentarischen Repräsentation herausgearbeitet. Nicht überraschend, dass er 1929 jenen Teil der Regierungsvorlage zur B-VG-Novelle 1929 „sehr zu begrüßen“ fand, der für einfache Bundesgesetze vorsehen wollte, dass über ein von 200.000 Stimmberechtigten unterstütztes Volksbegehren – wenn ihm der Nationalrat nicht Rechnung trägt – eine Volksabstimmung stattzufinden habe.<sup>17</sup> Für das Misstrauen der Sozialdemokratie hatte er wenig Verständnis.<sup>18</sup>

Allerdings enthielt die Regierungsvorlage noch eine zweite plebiszitäre Neuerung von ungleich größerer

<sup>16</sup> Vgl. nur Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (1920, 2. Aufl. 1929).

<sup>17</sup> § 23 der Regierungsvorlage, RV 382 BlgNR 3. GP (abgedruckt bei Berchtold, Die Verfassungsreform von 1929 [1979] I, 285) und dazu Kelsen, Die Verfassungsreform, JBl 1929, 446 (448).

<sup>18</sup> Vgl. Kelsen, Die Verfassungskrisis in Österreich, Frankfurter Zeitung v. 6. Oktober 1929: „Die Sozialdemokraten hatten sich – seltsamerweise – gegen die unmittelbare, zugunsten der mittelbaren Demokratie ... entschieden“.

<sup>13</sup> Vgl. näherhin Art. 49c Abs. 5 bis 7 des Entwurfs.

<sup>14</sup> Vgl. nur Kelsen/Froehlich/Merkl, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (Neudruck 2003) III: Volksbegehren und Volksabstimmung sind Mittel, durch die die parlamentarische Demokratie „an die Formen der unmittelbaren Demokratie angenähert zu werden pflegt“.

<sup>15</sup> a. a. O. 121.

Brisanz: Gesetzesvorschläge auf Änderung der Bundesverfassung, die keine Zweidrittelmehrheit im Nationalrat erlangten, sollten über Anordnung des Bundespräsidenten einer Volksabstimmung zugeleitet werden. Falls diese eine unbedingte Mehrheit ergebe, sollte der Gesetzesvorschlag als Bundesverfassungsgesetz kundgemacht werden.<sup>19</sup> Tendenziell richtete sich dieser Plan gegen die verfassungsrechtliche Sperrminorität der Sozialdemokraten. Dieses Konzept lehnte Kelsen vehement ab und verwies insbesondere auf den Schutz der Grundrechte.<sup>20</sup>

Im Verhältnis zur ersten Republik hat sich nun freilich die österreichische Rechtsordnung qualitativ sehr verändert: Der Spielraum des einfachen Bundesgesetzgebers ist ganz erheblich schmaler geworden. Die völker-

rechtlichen Verbindlichkeiten sind unvergleichlich dichter und auch unmittelbarer geworden – denken wir nur an die EMRK. Das umfangreiche und vorrangige Unionsrecht ist dazugekommen, es gibt viel mehr formelles Verfassungsrecht und der Kontrollmaßstab des VfGH ist strenger geworden. Gewiss mag noch genug übrig bleiben, die Höchstgeschwindigkeit auf den Autobahnen, ein allgemeines Rauchverbot außerhalb der Privatsphäre, aber ohne Zweifel hat die einfache Gesetzgebung an Bedeutung verloren. Damit droht der Reform zwar mangelnde Relevanz, durchschlagende verfassungspolitische Bedenken gegen ein auf die Erzeugung einfacher Bundesgesetze beschränktes Volksbegehren sehe ich nicht.

Realistischerweise sollte jedoch bedacht werden, dass sich ein – entsprechend emotional unterfütterter – plebiszitärer Wille gerade doch in den verpönten Politikfeldern bilden wird. Es wäre weltfremd anzunehmen, dass sich die Initiativen nicht etwa gegen die Grundrechte und überhaupt gegen Minderheiten richten würden. Erfolgte dann bei massiv unterstützten Volksbegehren keine Volksbefragung, weil der Verfassungsgerichtshof ihren

Gegenstand für verfassungswidrig erkennt, kann dies zu einer heftigen Frustration weiter Kreise und damit zur Umlenkung ihrer Energien auf verfassungsrechtliche Institutionen führen.

Fatal ist nun, dass nach dem Vorschlag qualifizierte Volksbegehren – mit nur geringfügig erhöhtem Quorum – statt zehn: 15 % Unterstützung durch die Stimmberechtigten – auch die Änderung des Verfassungsrechts verlangen können, d. h. dass sich eine solche zweite Initiative auch gegen die bis dahin gültigen verfassungsrechtlichen Schranken richten könnte, etwa indem der VfGH ausgeschaltet wird.

Man könnte nun einwenden, dass diese Szenarien zu weit hergeholt seien. Aber Verfassungsrecht ist eben Recht für den Ernstfall, bewährt sich in diesem oder kann missbraucht werden. Verfassungsrechtliche Instrumente dürfen daher nicht in eine statische Szene gestellt werden, sondern müssen auch auf ihre Wirkung unter veränderten Bedingungen hin überprüft werden. Gerade Verfassungsbestimmungen, die zu einem Staatsumbau führen können, werden aller Erfahrung nach in späteren Situationen auch zu diesem Zweck herangezogen, man denke nur an

<sup>19</sup> § 23 der Regierungsvorlage (vgl. *Berchtold* [FN 17] 287).

<sup>20</sup> Vgl. *Kelsen* [FN 17] 447: „Diktatur der Majorität!“ In seinen einschlägigen Äußerungen spielt Kelsen wiederholt darauf an, dass die Sozialdemokraten – im Lichte der politischen Verhältnisse um 1920 – in der Lage gewesen wären, etwa das Privateigentum abzuschaffen. Dies gibt Kelsen der bürgerlichen Seite mahnend zu bedenken – vgl. *Kelsen*, *Der Drang zur Verfassungsreform*, Neue Freie Presse v. 6. Oktober 1929.

das „Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz“.

Für den Ausbau der unmittelbaren Demokratie kann zwar die Schweiz als positives Beispiel dienen. Doch wurde anderwärts in der staatsrechtlichen Diskussion – insbesondere zwischen den beiden Weltkriegen – das plebiszitäre Element seit jeher auch mit einer Verstärkung cäsaristischer Elemente verbunden.<sup>21</sup> So hätte die schon erwähnte B-VG-Novelle 1929 nach Absicht der damaligen Bundesregierung dazu dienen sollen, mittels eines Ausbaus der Zuständigkeiten des Bundespräsidenten einerseits und eines starken plebiszitären Elements andererseits den Nationalrat gleichsam „in die Zange zu nehmen“. Man kann daran aber gut erkennen, wohin die Reise auch gehen könnte. Die massiven Kompetenzen des Bundespräsidenten sind mitnichten „totes Recht“. In der Hand einer entsprechend autoritären Persönlichkeit könnten sie gerade im Zusammenhang mit einer entgrenz-

ten plebiszitären Demokratie einen Staatswandel herbeiführen.

### SCHLUSSBETRACHTUNG

Mit meiner Präferenz für den sinnlich wahrnehmbaren Wahlakt sowie mit der differenzierten Haltung gegenüber plebiszitären Elementen stehe ich wahrscheinlich auf einem verlorenen Posten. Es ist auch nicht hilfreich, in düstere Dystopien zu verfallen. Zweifellos bietet die neue technische Kultur der Meinungsbildung *auch* demokratische Chancen. Aber es sollte uns bewusst sein, dass sich wesentliche Voraussetzungen der Demokratie bereits gewandelt haben: Vor allem scheint die Trennung der privaten und der öffentlichen Sphäre nicht mehr zu bestehen, ja es scheint diese Sphären gar nicht mehr zu geben. Ihre Existenz wie Dichotomie ist aber von tragender Bedeutung: Für die Demokratie als „status activus“, für die Grundrechte als „status negativus“. Die Demokratie verlangt eine Öffentlichkeit, an der wenn schon nicht alle, so doch möglichst viele Leute teilhaben und in der das bessere Argument überzeugen kann. Die Aufsplitterung des sozialen Raums in diffuse „Echokammern“ steht dem

rationalen Austausch von Argumenten wesensmäßig entgegen. Die private Sphäre wiederum wird ziemlich leichtfertig von vielen Menschen aufgegeben, die darin keinen rechten Wert mehr sehen.

Die Wahl Donald Trumps zum Präsidenten der USA müssen wir erst verkraften. Nach allgemeiner Ansicht ist sie den neuen sozialen Medien zu verdanken, von denen die NZZ heute schreibt, dass sie die Selbstgefälligkeit, die Konzentrationsschwäche und die tiefe Abneigung gegen jedes Expertentum bewirkten. Wenn uns die Demokratie noch etwas wert ist und wenn wir nicht wollen, dass sie zwischen den Alternativen einer kalten Technokratie und einer vulgären Ochlokratie zerrieben wird, sollten wir Antworten finden, und zwar bald!

<sup>21</sup> Siehe vor allem den von Carl Schmitt geprägten Begriff des „Konsenses des Volkes“ – Machtpositionen des modernen Staates, in *Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze* (1957) 367 (369).

## CLEMENS JABLONER

### Derzeitige Position

- Professor für Rechtslehre an der Universität Wien
- Geschäftsführer des Hans Kelsen-Instituts
- Vorsitzender des Kunstrückgabebeirats

### Arbeitsschwerpunkte

- Rechtslehre, insbesondere Wiener Schule des kritischen Rechtspositivismus
- Juristische Methodenlehre
- Verfassungs- und Verwaltungsrecht

### Ausbildung

- 1988 Habilitation für Verfassungsrecht an der Universität Wien
- 1972 Promotion zum Dr. iur.
- 1967–1972 Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Wien

### Werdegang

- Seit 2014 Hans Kelsen-Professur am Institut für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht der Universität Wien
- Seit 2009 Ehrenmitglied der ÖAW
- Seit 2008 Vorsitzender des Kunstrückgabebeirats
- Seit 1996 Univ.-Prof. für Verfassungsrecht an der Universität Wien
- 1993–2013 Präsident des Verwaltungsgerichtshofes
- 1998–2003 Vorsitzender der Historikerkommission der Republik Österreich
- Seit 1993 Geschäftsführer des Hans Kelsen-Instituts
- 1991–1993 Vizepräsident des Verwaltungsgerichtshofes
- 1989–1991 Leiter der Sektion „Zentrale Personalverwaltung“ im Bundeskanzleramt
- 1978–1989 Bundeskanzleramt – Verfassungsdienst
- 1975–1978 Universitätsassistent

Weitere Informationen zum Autor finden Sie unter:  
[www.rechtsphilosophie.univie.ac.at/team/jabloner-clemens](http://www.rechtsphilosophie.univie.ac.at/team/jabloner-clemens)

# DIE POLITISCHE ARITHMETIK VON WAHLVERFAHREN

KARL SIGMUND

Wenn ein Mathematiker eingeladen wird, sich darüber zu äußern, in welcher Verfassung unsere Verfassung ist, so verspürt er zunächst einen gewissen Rechtfertigungsdruck. Was hätte er hier schon zu sagen – noch dazu nach zwei so eminenten Juristen als Vorrednern?

Nun, immerhin, es hat einmal ein Mathematiker eine Verfassung entworfen – und zwar nicht irgendeine, sondern die erste Verfassung der ersten französischen Republik. Das war im Paris des Jahres 1793.

Warum wurde gerade ein Mathematiker damit betraut? Auf den ersten Blick scheint das zu den Verstiegenheiten einer Epoche zu gehören, die alle Kathedralen in „Tempel der Vernunft“ verwandeln wollte. Bei näherem Hinsehen erweist sich aber, dass dieser Mathematiker, der Marquis de Condorcet (1743–1794), für seine

Aufgabe geschaffen war wie kein anderer.<sup>1</sup> Dass es böse endete, steht auf einem anderen Blatt.

Der Marquis war als Waisenkind in beengten Verhältnissen aufgewachsen. Er machte sich früh in der Wissenschaft einen Namen. Bald war er korrespondierendes Mitglied der preußischen und Ehrenmitglied der russischen Akademie, und wirkliches Mitglied der französischen *Académie des Sciences* – sogar ihr *Sécrétaire perpétuel*.

In Akademien wird gern und oft gewählt, und die kniffligen Aspekte solcher Abstimmungen mögen Condorcet veranlasst haben, von der Himmelsmechanik auf die „politische Arithmetik“ umzusatteln. So begründete er eine neue Wissenschafts-

disziplin: *les mathématiques sociales*, wie er sie nannte.

Heute ist die Sozialmathematik ein riesiges Gebiet. Es umfasst Entscheidungs- und Spieltheorie, Demographie, Versicherungsmathematik und vieles mehr. Doch im 18. Jahrhundert war es ausgesprochen revolutionär, die Mathematik auf etwas anderes als Physik oder Astronomie anzuwenden.

Dabei begnügte sich Condorcet keineswegs mit bloßer Theorie. Er war, als Galionsfigur der Aufklärung, ein durch und durch politischer Kopf, enger Gefährte von Voltaire und Turgot, befreundet mit Benjamin Franklin, Tom Paine und Thomas Jefferson, lauter Experten punkto Verfassung. Mit der Zeit wurde der Marquis kompromissloser als sie alle. Ja, er trieb es soweit, das Wahlrecht für Frauen zu fordern und die

<sup>1</sup> E. Badinter, R. Badinter: Condorcet – Un intellectuel en politique. Fayard (1990).

Abschaffung der Sklaverei. Zum Dank nannte man ihn *le mouton enragé*, „das tollwütige Schaf“ – weil er so herzensgut war und so radikal. Die Französische Revolution stellte den Höhepunkt von Condorcets Leben dar. Er, der letzte Enzyklopädist, wurde zum ersten Republikaner. Bis zum Präsidenten der Nationalversammlung brachte er es. Doch an die Stelle seiner Verfassung kam eine nach dem Geschmack von Robespierre. Condorcet war so dreist, Einwände zu erheben, und musste umgehend vor der *Terreur* fliehen. Er konnte sich neun Monate lang in Paris verstecken, wurde aufgespürt, verkroch sich wie ein gehetztes Wild in den Steinbrüchen von Clamart, und starb am Tag nach seiner Verhaftung aus ungeklärten Gründen. Was hatte Condorcet mit seiner „politischen Arithmetik“ entdeckt? Zunächst einmal, dass ein Kandidat, der jede Stichwahl gewinnen würde, nicht in die Stichwahl kommen muss. Genauer: In dem zweistufigen Verfahren, das uns in Österreich von Präsidentenwahlen her vertraut ist, und das in Frankreich 1789 eingeführt wurde (wo es seitdem fünf Republiken prägte), wird in einem ersten Wahlgang erhoben, wer in die Stichwahl des zweiten Wahlgangs kommt.

Und das muss eben nicht der sogenannte Condorcet-Sieger sein, also jener Kandidat, der *jede* Stichwahl gewinnen würde. Und der übrigens auch weiblich sein darf. Mit einiger Wahrscheinlichkeit hätte Irmgard Griess jede Stichwahl gewonnen. Condorcets simples Beispiel: drei Kandidaten A, B und C. Fünf Wähler reihen A vor C und C vor B; vier reihen B vor C und C vor A; drei reihen C vor B und B vor A; und sonst wählt niemand. Im ersten Wahlgang entfallen auf A somit fünf Stimmen, auf B vier und auf C drei. Im zweiten Wahlgang, der Stichwahl zwischen A und B, gewinnt B, denn alle C-Anhänger wählen jetzt B. So weit, so gut. Doch der Wahlsieg von B steht auf tönernen Füßen. Denn C war zwar nicht zur Stichwahl zugelassen, hätte aber gegen A mit 7:5 und gegen B sogar mit 8:4 gewonnen! Überzeugender wäre es wohl gewesen, den Condorcet-Sieger zu küren. Dazu bedarf es nicht dreier Stichwahlen (bei drei Kandidaten) oder zehn Stichwahlen (bei fünf). Ein einziger Wahlgang genügt, bei dem allerdings auf jedem Stimmzettel alle Kandidaten gereiht werden müssen, und nicht nur einer angekreuzt. Daraus folgt sofort das Resultat jeder Stichwahl.

Und doch hat das Verfahren einen Pferdefuß, wie Condorcet zu seinem Leidwesen bemerkte: Es braucht gar keinen Condorcet-Sieger zu geben! Es kann sein, dass A die Stichwahl gegen B gewinnt, B gegen C und C gegen A. Ein Zyklus wie bei Steinschere-Papier! Hier ein einfaches Beispiel:

100 Wähler, und 25 davon reihen A vor B und B vor C; 40 reihen B vor C und C vor A; und 35 reihen C vor A und A vor B. (Es gibt natürlich noch die Reihenfolgen A vor C und C vor B; B vor A und A vor C; C vor B und B vor A; aber keiner der Wähler entscheidet sich dafür.) Wenn wir nun die Stichwahlen durchführen, sehen wir: A verliert gegen C mit 25 zu 75; C verliert gegen B mit 35 zu 65; und B verliert gegen A mit 40 zu 60. Jeder Kandidat verliert gegen einen anderen, keiner kann sich durchsetzen.

Das war ein Schock. Condorcet und die anderen Denker der Revolution waren ganz von Rousseaus Ideen beherrscht. Demnach soll der Wille des Volkes entscheiden, *la volonté commune*. Dieser „Gemeinwille“ war ein sakrosankter Begriff – und stellte sich nun als Gedankenblase heraus. So geht es manchem sakrosankten Begriff.

Heute sehen wir das Ganze gelassener. Die Demokratie ist uns nicht eine Heilsbotschaft in unerreichbarer Ferne, sondern schlicht das kleinere Übel. Laut Karl Popper genügt es, wenn eine schlechte Regierung abgewählt werden kann. Wahlen müssen nicht die „richtige“ Entscheidung treffen, was immer man darunter verstehen mag – es reicht, wenn jede Entscheidung bei der nächsten Wahl revidiert werden kann. Und übrigens umgibt den Gemeinwillen von Rousseau heutzutage ein Hauch von Populismus, dem gängigsten Schmähwort unserer Zeit.

Aber damals, vor einem knappen Vierteljahrtausend, war die Entdeckung, dass es die *volonté commune* gar nicht gibt, oder zumindest nicht immer geben muss, ausgesprochen enttäuschend.

Zu allem Überfluss trat nun Condorcets wissenschaftliche Nemesi auf den Plan, Jean-Charles de Borda (1733–1799), ebenfalls ein eminenter Mathematiker und Astronom, ebenfalls Mitglied der *Académie des Sciences*, und zusätzlich noch Mann der Tat: Seeoffizier, Forscher, Teilnehmer am amerikanischen Befreiungskrieg, Erfinder von Navigationsgeräten, auf dem rauen Atlantik mehr zu Hause als in den Salons.

Borda sagte: Jede Wahl, die sich aufs Ankreuzen des Erstgereihten beschränkt, ist eine halbe Sache. Wir können dabei nicht mitteilen, was wir von den anderen Kandidaten halten. Daher sollten Wähler auf ihren Stimmzetteln *alle* Kandidaten reihen. Der Erstgereichte kriegt einen Punkt, der Nächste zwei, der dritte drei ... Für jeden Kandidaten zählt man dann die Punkte zusammen. Wer die wenigsten Punkte hat, ist Borda-Sieger und gewinnt die Wahl.

Zugegeben, das Verfahren ist komplizierter, als die Kreuzchen auf den Stimmbögen zu zählen. Man denkt mit Bangen daran, wie unsere Wahlbehörde damit zurechtkäme. Aber die Methode kommt oft zum Einsatz, wenn Jurys abstimmen – etwa beim Eurovision Song Contest.

Bordas Verfahren liefert eine Entscheidung auch dann, wenn es einen Condorcet-Zyklus gibt, so wie in unserem zweiten Beispiel: Da gewinnt C. Allerdings: Wenn es *keinen* Condorcet-Sieger, so muss der nicht der Borda-Sieger sein. In unserem ersten Beispiel ist er es, aber das gilt nicht immer. Es kann sogar sein, dass ein Kandidat von der absoluten Mehrheit an erster Stelle gereiht wird und trotzdem nicht der Borda-Sieger ist.

Außerdem verlockt das Borda-Verfahren, unfair zu wählen – etwa, indem man einen Kandidaten, der dem eigenen gefährlich werden könnte, ganz ans Ende des Stimmzettels reiht. Als man Borda darauf aufmerksam machte, nickte er und meinte, sein Verfahren sei eben für anständige Menschen gedacht.

Auch heute noch dominieren die beiden Schulen von Borda und Condorcet das inzwischen gewaltig gewachsene Gebiet der Wahlarithmetik, mit seinen Dutzenden von intensiv diskutierten Verfahren.<sup>2</sup> Eine Pattstellung zwischen den alten Rivalen, dem Seebären und dem tollwütigen Schaf! Immerhin, Borda hatte die Genugtuung, dass die *Académie des Sciences* sein Verfahren für die Zuwahl ihrer Mitglieder übernahm. Allerdings nur bis zum Jahr 1801. Da wurde Napoleon Bonaparte Präsident der Akademie, und der hatte naturgemäß seine eigenen Ideen über den richtigen Wahlmodus.

Was uns mit einem Satz in die Mitte des vorigen Jahrhunderts führt und zum sogenannten „Diktator-

<sup>2</sup> W. Gaertner: *A Primer in Social Choice Theory*. Oxford UP (2006) und D. Saari: *Decisions and Elections*. Cambridge UP (2001).

Theorem“. Damit stellte der junge Amerikaner Ken Arrow (1921–2017) die Sozialwahltheorie auf den Kopf, was ihm 1972 den Wirtschafts-„Nobel“ einbrachte. Statt dieses oder jenes Wahlverfahren zu analysieren, betrachtete Arrow *alle* denkbaren Verfahren in einem Aufwaschen und zeigte: *Keines* ist perfekt. Schlimmer noch, keines ist auch nur halbwegs befriedigend, sobald mehr als zwei Alternativen zur Wahl stehen.

Was heißt „halbwegs befriedigend“? Nun, es geht darum, aus den individuellen Rangordnungen der Wähler eine kollektive Rangordnung zu finden, das Endergebnis der Wahl. Und das Verfahren soll Kopf und Fuß haben. Also erstens: Zyklen soll es im Endergebnis keine geben. Zweitens: Wenn alle Wähler A vor B reihen, soll auch im Endergebnis A vor B liegen. Und drittens: Ob im Endergebnis A vor B liegt, soll nicht davon abhängen, wie C abschneidet.

Bescheidene Ansprüche an einen Wahlvorgang. Doch Arrow zeigte: Sie sind unerfüllbar. Genauer gesagt, es gibt nur eine Methode, sie zu erfüllen: nämlich, dass ein einzelner entscheidet für alle, also seine Präferenzen als Endergebnis anerkannt werden. Der eine Wähler, der für alle entscheidet, ist der Diktator –

Napoleon lässt grüßen. Das ist nicht, was wir unter einer demokratischen Wahl verstehen.

Da die scheinbar so harmlosen Ansprüche an ein befriedigendes Verfahren nicht gemeinsam erfüllt werden können, muss einer davon über Bord gehen. Aber welcher?

Am verzichtbarsten dürfte die dritte Bedingung sein. Bei einer individuellen Rangordnung erscheint sie beinahe selbstverständlich. Das übliche Beispiel: Nehmen wir an, dass fürs Mittagmenü Pasta oder Huhn angeboten werden, und der Gast nach längerem Hin und Her Huhn wählt. Nun erwähnt der Kellner, dass es heute auch Fisch gibt. Worauf der Gast ruft: „Aber das ändert ja alles! Dann wähle ich ... Pasta!“ So etwas scheint kurios. Eine neue Alternative C kommt dazu, gewinnt zwar nicht, aber dreht die Rangordnung der bereits bestehenden Alternativen A und B um.

Weniger kurios scheint das für eine kollektive Rangordnung, also für das „Endergebnis“. Wenn in der politischen Arena eine neue Partei auftaucht, kann das sehr wohl die Rangordnung der bisherigen Parteien im Endergebnis ändern, selbst dann, wenn die neue Partei an letzter Stelle landet.

Auch an Condorcet-Zyklen hat man sich gewöhnt. Man kann für solche Fälle das Wahlverfahren ergänzen: etwa, indem man das am wenigsten deutliche Stichwahlergebnis ignoriert und so den Condorcet-Zyklus durchbricht. Nicht sehr überzeugend, aber es hilft aus der Sackgasse heraus – oder besser gesagt, aus dem Kreisverkehr.

Bei individuellen Rangordnungen hingegen ist ein Zyklus schwerer vorstellbar. Ja, es gibt Sozialwissenschaftler, die den „rationalen Menschen“ geradezu definieren durch die Forderung, dass seine Präferenzen keine Zyklen enthalten.

Doch experimentelle Untersuchungen zeigen, dass durchaus vernünftige Individuen in ihren Präferenzen Zyklen haben können, und ebenso, dass sie durch irrelevante Alternativen beeinflusst werden.<sup>3</sup> Wir dürfen nicht erwarten, dass Kollektive rationaler sind als Individuen.

Ein Satz von ähnlicher Tragweite wie der von Arrow stammt von Gibbard und Satterthwaite. Hier wird gezeigt: Um sicher zu gehen, dass kein Wähler „strategisch“ wählt – also seine Präferenzenliste absichtsvoll unricht-

<sup>3</sup> D. Kahnemann: Thinking – Fast and Slow. Farrar (2011).

tig ausfüllt – gibt es wieder nur eine einzige Möglichkeit: nämlich die Präferenzen eines einzelnen Wählers als Gesamtergebnis anzuerkennen.

Ganz so diktatorisch, wie das klingt, muss das Verfahren nicht sein. Wenn man den Diktator zufällig auswählt, dann hat ja eine Präferenzenliste, die von vielen unterstützt wird, eine bessere Chance als eine, die nur wenige Unterstützer hat. Rein willkürlich ist so ein Verfahren also nicht. Man könnte es als Tychokratie bezeichnen – nach Tyche, der griechischen Göttin des Zufalls (oder des Schicksals).

Und doch wird sich kaum jemand mit einem tychokratischen Wahlverfahren anfreunden können. Offenbar haben wir bei einer Abstimmung lieber mit 100 % Wahrscheinlichkeit einen winzigen Einfluss, als mit winziger Wahrscheinlichkeit einen 100 %igen Einfluss auf das Ergebnis. Was uns zur Statistik führt und zur Untersuchung von Neuwirth und Schachermayer.<sup>4</sup> Bekanntlich wurde die Stichwahl vom 22. Mai 2016 angefochten, weil es in 11 der 117 Wahlbezirke bei der Auszählung zu

Unregelmäßigkeiten gekommen war. Neuwirth und Schachermayer haben mit statistischen Methoden gezeigt, dass die Wahrscheinlichkeit, dass ein korrekt zustande gekommenes Ergebnis in diesen „kontaminierten“ Bezirken die Stichwahl gedreht haben könnte, bei 1 zu 10 Milliarden liegt.

Der Verfassungsgerichtshof hat diese Überlegung gekannt und dennoch die Stichwahl für ungültig erklärt. Das heißt aber nicht, dass die Höchstrichter unfähig sind, Wahrscheinlichkeiten richtig zu interpretieren oder den Einfluss von Fehlern auf Messergebnisse abzuschätzen. Ihrer Auffassung nach ging es überhaupt nicht darum. Vielmehr argumentierte Präsident Holzinger (und auch Ex-Präsident Adamovich hat diesen Passus zitiert):

„Die genaue Einhaltung der Wahlvorschriften sichert das Vertrauen der Bürger in die Gesetzmäßigkeit der Wahlen.“

Hier geht es mithin gar nicht um das Wahlergebnis. Es geht um Vorschriften, also wenn man will, Spielregeln. Eine Wahl ist nicht nur eine Messung – wobei, wie wir gesehen haben, gar nicht immer so klar ist, was da eigentlich gemessen wird. Nein, eine Wahl ist auch ein Ritual, und zwar

ein Bindungsritual. Hier greife ich Überlegungen von Christoph Schönberger<sup>5</sup> auf, die Ex-Präsident Jabloner erwähnt hat:

Man bindet sich bei einer Wahl – zum Guten und zum Bösen. Es ist eine ernste Zeremonie. Und nichts wäre für das Vertrauen der Bürger in die Gültigkeit der Zeremonie schädlicher als der Verdacht, dass der Zeremonienmeister seine Rolle nicht ernst nimmt.

Ob das Verfassungsgericht meine zugegebenermaßen laienhafte Ansicht teilt, bleibe dahingestellt; ebenso, ob die Wahlbehörde den Entscheid als einen Schuss vor den Bug auffasst und sich bessern wird, oder nicht. Jenseits des tagespolitischen Anlasses rechtswissenschaftlich interessant könnte aber eine höchstrichterliche Stellungnahme zur Gewichtung statistisch begründeter Entscheidungshilfen sein.

<sup>4</sup> E. Neuwirth, W. Schachermayer: Some Statistics concerning the Austrian Presidential Election 2016. *Austrian Journal of Statistics* 45 (2016), 95–102.

<sup>5</sup> C. Schönberger: Das Verschwinden der Anwesenheit in der Demokratie. *Juristen-Zeitung* 71 (2016), 495–501.

## KARL SIGMUND

### Derzeitige Position

- Emeritierter Professor für Mathematik an der Universität Wien

### Arbeitsschwerpunkte

- Spieltheorie
- Wissenschaftsgeschichte

### Ausbildung

- 1972 Habilitation im Fach Mathematik
- 1968 Promotion zum Dr. phil.
- 1963–1968 Studium am Institut für Mathematik an der Universität Wien

### Werdegang

- Seit 2013 Mitglied des Councils der Society for Game Theory
- Seit 2003 Mitglied der Deutschen Akademie der Naturforscher Leopoldina, Halle
- 2003–2005 Vizepräsident des Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (FWF)
- 1997–2001 Präsident der Österreichischen Gesellschaft für Mathematik
- Seit 1999 wirkliches Mitglied der ÖAW
- 1995–1997 Vizepräsident der Österreichischen Gesellschaft für Mathematik
- 1983–1985 Leiter des Institutes für Mathematik der Universität Wien
- 1974–2013 o. Univ.-Prof. der Mathematik an der Universität Wien
- 1973–1974 C3-Professor an der Universität Göttingen

Weitere Informationen zum Autor finden Sie unter:  
<https://homepage.univie.ac.at/karl.sigmund/>

## **IMPRESSUM**

Herausgeber:

Österreichische Akademie der Wissenschaften

Dr. Ignaz Seipel-Platz 2, 1010 Wien

[www.oeaw.ac.at](http://www.oeaw.ac.at)

## **COVERBILD**

Das Relief „Staatsorganisation“ schmückt das Österreichische Parlament an der Ecke Reichsratsstraße/Stadiongasse. Es stellt die rechtlichen Grundlagen des Staates dar, indem Vertreter unterschiedlicher Bevölkerungsgruppen ihre Bereitschaft beeden, gemeinsam das Staatswohl sicherzustellen.

© Parlamentsdirektion/Bernhard Zofall

## **REDAKTION**

DI Dr. Viktor Bruckman

Ingrid Weichselbaum

Alle Rechte vorbehalten

Copyright © 2017

Die inhaltliche Verantwortung und das Copyright für die jeweiligen Beiträge liegen bei den einzelnen Autoren.



[WWW.OEAW.AC.AT](http://WWW.OEAW.AC.AT)