

# War es, konnte es, oder könnte es bloß

Zur Aufhebung der Bundespräsidentenwahl 2016

Alfred J. Noll

## 1. Distanznahme vom klaren Verfassungswortlaut

Von der FPÖ-Wahlanfechtung behauptet und durch das 30stündige Beweisverfahren vor dem VfGH dann auch bewiesen wurden Gesetzwidrigkeiten sonder Zahl, Formalfehler allerorts und eine Vielzahl von Schlampereien bei der Briefwahlauszählung. – Wurde aber bei der Stimmenauszählung betrogen und manipuliert? Wurde das Wahlergebnis verfälscht?

Der maßgebliche Verfassungstext für die Wahlanfechtung findet sich in Art. 141 Abs. 1 B-VG: „Der Verfassungsgerichtshof hat einer Anfechtung stattzugeben, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit des Verfahrens erwiesen wurde und auf das Verfahrensergebnis von Einfluss war.“ Unsere Verfassung trägt dem VfGH also auf, einer Wahlanfechtung nicht dann schon stattzugeben, wenn das Wahlverfahren rechtswidrig verlief, sondern eben nur dann, wenn zudem die erwiesene Gesetzesverletzung auf das Wahlergebnis „von Einfluss war“.

Schon vor unserer Entscheidung war bekannt, dass dieser gar nicht dunkle Wortlaut unserer Verfassung den VfGH seit fast 90 Jahren ungerührt lässt. Aus freiem Ermessen prüft der VfGH bei Wahlanfechtungen etwas ganz anderes, er fragt nämlich danach, ob die erwiesene Rechtswidrigkeit „von Einfluss sein konnte“ – und das macht einen Unterschied:

Der VfGH kümmerte sich nicht um die aufgeworfenen Fragen, ob vermittels der erwiesenen Gesetzesverstöße Manipulationen, unrichtige Ergebnisse oder gar Wahlfälschung verursacht wurden. Seit einer Entscheidung aus dem Jahr 1927 (VfSlg. 888) hält er unbeirrt gegen den klaren Wortlaut des B-VG daran fest, dass von ihm nicht zu prüfen sei, ob die Rechtswidrigkeit von Einfluss „war“, dass es vielmehr schon hinreiche, wenn die Rechtswidrigkeit auf das Wahlergebnis „von Einfluss sein konnte“.

So kam der VfGH diesmal zum Ergebnis, dass zumindest in 11 Bezirken die Regeln für die Durchführung der Briefwahl nicht eingehalten wurden, und dass dies eben „von Einfluss auf das Wahlergebnis sein konnte“; wörtlich heißt es: „Der Verfassungsgerichtshof geht bei der Berechnung im Konkreten von folgenden Überlegungen aus: Werden die für Ing. Norbert Hofer (das sind 2.220.654) und Dr. Alexander Van der Bellen (das sind 2.251.517) insgesamt abgegebenen Stimmen um die für diese Wahlwerber in den in diese Berechnung einbezogenen, von Rechtswidrigkeiten betroffenen Stimmbezirke gewerteten Stimmen bereinigt und wird schließlich die Summe der von den festgestellten Rechtswidrigkeiten erfassten Stimmen (dazu gehören auch die als ungültig gewerteten Stimmen) ausschließlich Ing. Norbert Hofer (wenn auch nur theoretisch) zugerechnet, so hätte dieser um 53.738 Stimmen mehr als Dr. Alexander Van der Bellen. Dies bedeutet, dass die Rechtswidrigkeiten von Einfluss auf das Wahlergebnis sein konnten.“ (Rz 510)

Eine Wahlaufhebung sei deshalb zwingend, auch wenn keine Manipulation des Wahlergebnisses hervorgekommen sei: „In zahlreichen weiteren Fällen bin in jüngste Zeit hat der Verfassungsgerichtshof Wahlen wegen des Vorliegens derartiger Rechtswidrigkeiten

aufgehoben, ohne dass es darauf ankam, dass ein Missbrauch nachgewiesen wurde oder auch nur wahrscheinlich war; *schon gar nicht musste die festgestellte Gesetzeswidrigkeit zu einer tatsächlichen Verfälschung des Wahlergebnisses in einem Ausmaß führen, das auf das Ergebnis der Wahl von Einfluss war.*“ (Rz 500 – Hervorhebung durch den Verf.)<sup>1</sup>

Blickt man vor diesem Hintergrund nochmals auf den Text unserer Verfassung, dann kann man doch leicht ins Staunen kommen. Die Vorgabe ist deutlich: „Der Verfassungsgerichtshof hat einer Anfechtung stattzugeben, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit des Verfahrens erwiesen wurde *und auf das Verfahrensergebnis von Einfluss war.*“ (Art. 141 Abs. 1 B-VG). Nichts an dieser Formulierung ist zweifelhaft: Einer Wahlanfechtung ist dem Verfassungswortlaut nach eben nicht schon dann stattzugeben, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens erwiesen wurde, sie muss darüber hinaus auch auf das Wahlergebnis *tatsächlich* von Einfluss gewesen sein – aber genau dies negiert der VfGH mit der angeführten Festlegung, er distanziert sich vom Wortlaut der Verfassung und schafft sich seinen eigenen Prüfungsmaßstab.

Die Differenz zwischen dem Verfassungstext und dem vom VfGH angewendeten Prüfungsmaßstab ist offensichtlich. – Wie kam es zu dieser Abweichung?

Im Jahr 1923 schreibt Ludwig Adamovich sen. in seinem „Österreichischen Verfassungsrecht“: Der VfGH hat, „wenn die Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens erwiesen wurde *und diese auf das Ergebnis der Wahl von wesentlichem Einfluss war*, das angefochtene Wahlverfahren ganz oder teilweise für nichtig zu erklären.“<sup>2</sup> Er führte damit in etwas anderen Worten aus, was damals in § 11 Abs. 1 WahlgerichtshofG stand: „Einer [...] Wahlanfechtung hat der Wahlgerichtshof stattzugeben, wenn die Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens *auf das Wahlergebnis von wesentlichem Einfluss war.*“ Die Sache hatte schon damals einen ganz unzweideutigen Ausdruck gefunden, nichts daran ist dunkel, nichts daran bedarf angestrenzter hermeneutischer Bemühungen.

Mit dem VfGG<sup>3</sup> änderte sich die Rechtslage geringfügig; in dessen § 70 Abs. 1 hieß es ab 1926: „Einer [...] Wahlanfechtung hat der Verfassungsgerichtshof stattzugeben, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens erwiesen wurde *und auf das Wahlergebnis von Einfluss war.*“ Das Wörtchen „wesentlich“ war weggefallen; auch diese Prüfformel wurde nicht Bestandteil der Verfassung, sondern blieb eine Bestimmung im Range eines einfachen Gesetzes.

Aber es herrschte kein Mangel an Klarheit: Es bedurfte der Erfüllung zweier Kriterien, um einer Wahlanfechtung stattzugeben: es musste *erstens* eine Rechtswidrigkeit des Wahlvorganges erwiesen sein; und es musste *zweitens* diese erwiesene Rechtswidrigkeit von (wesentlichem) Einfluss auf das Wahlergebnis gewesen sein. Nicht eine jede Rechtswidrigkeit, wie gravierend auch immer sie gewesen sein mag, sollte also zur Aufhebung einer Wahl führen, sondern nur eine derartige Rechtswidrigkeit, die tatsächlich (mit-)ursächlich („von Einfluss“) für das betreffende Wahlergebnis gewesen war.

Adolf Merkl, einer der herausragenden Kommentatoren der österreichischen Verfassung in der Ersten Republik, hat den τέλος des Zusammenhangs dieser beiden Kriterien als „rationelle Einschränkung der Nichtigerklärung von Wahlen“ beschrieben; wörtlich heißt es bei ihm: „Nach dem Verfassungsgerichtshofgesetz hat das Gericht einer Wahlanfechtung stattzugeben, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens erwiesen wurde *und auf das Wahlverfahren von Einfluss war.* Auch mit dieser rationellen Einschränkung der Nichtigerklärung von Wahlen hat die im Übrigen strenge Judikatur des Verfassungsgerichtshofes der Reinheit der Wahlen in ganz anderem Maße gedient, als es der Rechtszustand in der Monarchie ermöglicht hat, wo das Parlament selbst zur

Wahlkontrolle berufen war und somit die parlamentarische Mehrheit nach politischen Gesichtspunkten entscheiden konnte.“<sup>4</sup>

Diese einfachgesetzliche Regelung blieb vorerst bis 1934 und dann wiederum nach 1945 zunächst bestehen, erst mit der B-VG-Novelle (BGBl. Nr. 12/1958) wurde dieser Text in Art. 141 Abs. 1 B-VG wie folgt eingefügt: „Der Verfassungsgerichtshof hat einer Wahlanfechtung stattzugeben, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit eines Wahlverfahrens erwiesen wurde und auf das Wahlergebnis von Einfluss war.“ Dieser Text ist somit erst seit diesem Zeitpunkt (!) Bestandteil unseres Verfassungsrechts und diente deshalb auch jüngst als der absolut verbindliche verfassungsrechtliche Maßstab für die vom VfGH vorgenommene Wahlaufhebung der Bundespräsidentenwahl.

Erst seit 1958 also findet sich die entscheidende Bestimmung („von Einfluss war“) in unserer Verfassung. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass der Verfassungsgesetzgeber zu dieser Zeit etwas anderes meinte, als er damit explizit zum Ausdruck brachte: Hätte er gewollt, dass lediglich auf die bloße „Möglichkeit“ einer Wahlmanipulation abzustellen sei („von Einfluss sein konnte“), dann hätte er dies in die Verfassung geschrieben.<sup>5</sup>

Seit Jahrzehnten ebnet der VfGH diesen Unterschied im Wortlaut nicht nur bis zur Unkenntlichkeit ein, sondern er kommt damit zu einer völligen Gleichsetzung und Gleichwertung der beiden Wortwendungen: Denn er argumentiert in unserer Entscheidung einerseits weitwendig (Rz 495 ff.), dass die festgestellte Gesetzwidrigkeit gerade nicht (!) zu einer tatsächlichen Verfälschung des Wahlergebnisses in einem Ausmaß führen muss, das auf das Ergebnis der Wahl von Einfluss war (Rz 500), sagt aber andererseits im „Ergebnis“ seines Erkenntnisses dennoch im Indikativ, dass die von ihm aufgefundenen Rechtswidrigkeiten „von Einfluss auf das Wahlergebnis [sind]“ (Rz 555). – Wie kommt der VfGH zu diesem doch recht seltsam anmutenden Gleichsetzung von verfassungsrechtlichem Indikativ und judikativem Konjunktiv?

Der auch in der mündlichen Verhandlung kurz thematisierte *leading case* ist eine Entscheidung aus dem Jahr 1927, an der auch Hans Kelsen als Verfassungsrichter beteiligt war.<sup>6</sup> Die entscheidende Passage findet sich im letzten Absatz dieses Erkenntnisses:

„Der Gerichtshof [ist] von der Annahme ausgegangen, dass im Sinne des § 70 des Verfassungsgerichtshofgesetzes, um eine angefochtene Wahl aufzuheben, nicht der Nachweis erbracht werden muss, dass die vom Verfassungsgerichtshof als erwiesen angenommenen Rechtswidrigkeiten tatsächlich auf das Wahlergebnis in der Art von Einfluss waren, dass sich genau feststellen lässt, wie viele Stimmen einer Partei zu viel oder zu wenig zuerkannt wurden. Bei einer solchen Interpretation des § 70 wäre nur in den seltensten Fällen eine Aufhebung möglich. Es muss daher genügen, dass die erwiesene Rechtswidrigkeit auf das Wahlergebnis von Einfluss sein konnte [...]. Das zu beurteilen steht allerdings letzten Endes im Ermessen des Verfassungsgerichtshofes. Wenn dieser im vorliegenden Falle einen sehr rigorosen Maßstab angelegt hat, so geschah dies im Interesse der Gesetzmäßigkeit der Wahlen, die in einer demokratischen Republik, in der alle maßgebenden Staatsorgane durch Wahl berufen werden, eines der Fundamente des Staates bildet.“

Der VfGH hatte im Jahr 1927 gar nicht versucht, seine Abweichung vom Gesetzestext juristisch zu begründen; vielmehr tat er dies ausschließlich mit einem politischen Argument: Er rechtfertigte seinen „sehr rigorosen Maßstab“, wonach ein *hypothetischer* Einfluss schon ausreiche, um die Wahl aufzuheben, damit, dass die „Gesetzmäßigkeit der Wahlen [...] eines der Fundamente des Staates bildet“. Kein Wunder: Hans Kelsen, Friedrich Austerlitz & Co. mussten im Jahr 1927 den übrig gebliebenen Monarchisten und der marodierenden Heimwehr mit ihrer Entscheidung den Wert der Gesetzlichkeit erst

noch beibringen. Und er konnte dies freilich nur tun vor einem Sachverhalt, aus dem ersichtlich war, dass mehrfach manipuliert und korrigiert wurde, anders gesagt: Er sah die Behauptung, dass die Rechtswidrigkeiten des Wahlverfahrens auf das Wahlergebnis von Einfluss sein konnten, dadurch verifiziert, dass im Wahlverfahren *tatsächlich* manipuliert bzw. mehrfach das Wahlergebnis korrigiert wurde.

Was Reaktion auf die konkreten Ereignisse des Jahres 1927 und die tatsächlichen Umstände des Wahlvorganges war, das wurde freilich in der Zeit nach 1945 vom VfGH enthistorisiert und entkontextualisiert und ist damit über die Jahrzehnte zu einem Formelfetischismus geronnen, der sich um den Wortlaut der Verfassung nicht mehr kümmert; und so lebt die Entscheidung aus dem Jahr 1927 bis heute gänzlich unreflektiert in der Praxis des VfGH fort und ist als Spruchformel zum Mantra geworden, zu einem heiligen Vers, dessen Klangkörper als eine spirituelle Kraft gewertet wird, die sich durch repetitives Rezitieren im Diesseits höchstrichterlicher Rechtsprechung manifestieren soll. Der Text der Verfassung wird damit obsolet.

Unbeachtet bleibt solcherart, dass Hans Kelsen, Friedrich Austerlitz & Co. im Jahr 1927 doch noch einen ganz anderen Verfassungswortlaut vor sich hatten, denn die heute maßgebliche Bestimmung befand sich dazumal gar nicht in Art. 141 B-VG. Der VfGH interpretierte damals eben nicht die Verfassung, sondern ein einfaches Gesetz am Maßstab dessen, was er als gerade noch verfassungskonform ansah (Anwendung eines „sehr rigorosen Maßstabs“ als Ausdruck des dem VfGH in Anspruch genommenen „Ermessens“); anders gesagt: Seine Entscheidung wich damals nicht vom klaren Wortlaut der Verfassung ab, er legte das einfache Gesetz aus, legte aber nichts in die Verfassung hinein.

Das hat sich über die Jahrzehnte geändert. Unsere Verfassung erklärt heute explizit, dass der VfGH im Falle einer Wahlanfechtung zu prüfen hat, ob die erwiesenen Gesetzeswidrigkeiten tatsächlich auf das Wahlergebnis „von Einfluss waren“. Es sind Tatsachenfragen zu beantworten und nicht hypothetische Möglichkeiten zu deklinieren. Davon will der VfGH aber seit Jahrzehnten nichts wissen.

Die Praxis des VfGH, den Wortlaut der Verfassung weg von der entscheidenden Wortwendung „von Einfluss war“ abzuändern in „von Einfluss sein konnte“, ist singular für die gesamte Rechtsordnung. Sie ist eine gewillkürte, vom Verfassungstext nicht gedeckte Anomalie, eine auffällige Irregularität. Der VfGH betreibt hier nicht Verfassungsinterpretation, er fasst die Verfassung neu, er schreibt sie um – und das ist, eingestanden von allen, seine Sache nicht. In dieser Praxis setzt sich hier unreflektiert eine politisch-ideologische Haltung fort, in der die postulierte Gesetzlichkeit als finaler Endpunkt der Demokratie fungiert.<sup>7</sup>

Wie aber kann der VfGH behaupten, dass kraft des für Wahlordnungen geltenden Gebots strikter Wortinterpretation<sup>8</sup> („Wahlgesetze müssen auf Punkt und Beistrich eingehalten werden“) zwar den Gesetzen von den Wahlleitern und Wahlbeisitzern ganz genau Beachtung geschenkt werden müsse, dass wir es aber mit dem Wortlaut der Verfassung selbst doch nicht so genau nehmen sollen? Ist die Verfassung selbst denn weniger „Fundament der Demokratie“ als die postulierte „Gesetzlichkeit der Wahlen“?

Dem begründungslosen Diktum, die Rechtsunterworfenen müssten sich stets *stricto sensu* an den Wortlaut der Gesetze halten, dem VfGH allerdings stehe es jederzeit frei, den Wortlaut der Verfassung nach staatspolitisch motivierten Gesichtspunkten der Opportunität zu verlassen, können wir die Realisierung eines verfassungsfernen „Ermessens“ ablesen, das demokratiepolitisch durchaus bedenklich ist – der VfGH setzt sich damit, abgesichert lediglich durch einen formelhaften Hinweis auf seine eigene „ständige Recht-

sprechung“, an die Stelle des Verfassungsgesetzgebers. So bleibt als einziger Grund für die dargestellte Änderung des Wortlauts durch den VfGH die für Österreich allenthalben zur Maxime gewordene Regel: „Des hamma immer schon so g´macht.“

## 2. Was heißt „können“?

Jemand kann schwimmen heißt z. B., sie wird schwimmen, wenn sie wollen wird – vorausgesetzt, dass sie sich im Wasser befindet, dass sie nicht daran gehindert wird usw. Eine Rechtswidrigkeit kann aber nun nicht nur nichts, sie „kann“ gar nicht. Nur bei Lebewesen ist es sinnvoll, von „können“ zu sprechen, also davon, dass es sicher ist, dass jemand es tun wird, wenn er es wollen wird. Sinnvoll wird die Frage, ob etwas von Einfluss sein konnte also erst dann, wenn man sie ersetzt durch die Frage, ob einer Rechtswidrigkeit nachfolgend jemand das Wahlergebnis beeinflussen konnte. In der Entscheidung von 1927 wurde dies beachtet, denn es wurde festgestellt, dass das ursprünglich festgestellte Wahlergebnis später von verschiedenen Leuten mehrmals „korrigiert“ wurde. In unserer Sache haben wir aber gar kein Indiz für eine tatsächliche Beeinflussung.

Wer die Frage stellt, ob jemand etwas „konnte“, der zielt notwendig ab auf etwas Tatsächliches, auf den realen Vollzug einer vor dem Vollzug bloß möglichen Handlung. Anders ist das „Können“ nicht zu verifizieren. „Es ergibt sich also, dass die einzelnen Vermögen [sc. das ‚Können‘, AJN] in ihren Trägern inhärierende Qualitäten sind, dass bei der Verwendung des Begriffs ‚Vermögen‘ allerdings beachtet werden muss, dass dieser sich stets auf bestimmte Typen von Verwirklichungen bezieht“<sup>9</sup>. Nur der Vollzug ist die Bestätigung des Könnens, oder mit anderen Worten: „Das Erkennen eines Vermögens kann nur durch das Erkennen einer Verwirklichung stattfinden. ‚Sehen‘ kann man stets nur Verwirklichungen, nicht aber die Vermögen“<sup>10</sup>.

Wenn der VfGH die eindeutige Vorgabe der Verfassung, zu prüfen sei, ob eine Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens auf das Wahlergebnis „von Einfluss war“, ersetzt durch die Formel, es sei zu prüfen, ob eine Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens auf das Wahlergebnis „von Einfluss sein konnte“, dann macht er zunächst nicht mehr, als der für eine Wahlaufhebung Anlass gebenden Rechtswidrigkeit etwas zuzusprechen, was dieser begrifflich immer schon zukommt – jede Rechtswidrigkeit kann und konnte ja doch immer schon entweder von Einfluss sein oder auch nicht. Der VfGH „prüft“ dann also nur, was dem Begriff der „Rechtswidrigkeit“ an sich immer schon als ein Vermögen („Können“) zukommt, prüft aber nicht, ob dieses Vermögen auch ausgeübt wird (in aristotelischer Terminologie entspricht dies der „ersten Entelechie“, also der „energeia“). Hat diese Rechtswidrigkeit hingegen tatsächlichen Einfluss, dann wäre dies das Ausüben eines Vermögens, das man in der ersten Entelechie lediglich besitzt, aber nicht ausübt (sogenannte „zweite Entelechie“).

Jeder Rechtswidrigkeit kommt immer schon und von allem Anfang an ein „Können“ zu, „Einfluss“ zu haben; dies festzustellen, bedarf keiner weiteren Überprüfung der Wirklichkeit. Ob aber diese Rechtswidrigkeit *wirklich* Einfluss haben konnte, das sieht man der Rechtswidrigkeit selbst nicht an, dies wird erst durch einen Blick auf die Realität ersichtlich; erst dann, wenn wir „sehen“, in welchem Umfang eine Rechtswidrigkeit (mit-)ursächlich für ein bestimmtes Wahlergebnis ist, erst dann wissen wir, ob diese Rechtswidrigkeit von Einfluss sein konnte – oder auch nicht. Der Verwirklichung eines „Könnens“ kommt also der definitonische und epistemische Vorrang zu. Die Beantwortung der Frage, ob eine Rechtswidrigkeit einen Einfluss auf das Wahlergebnis haben konnte, lässt sich

also nur beantworten, wenn man diesen Einfluss tatsächlich feststellen kann – ohne eine derartige Feststellung, mag die Rechtswidrigkeit im Sinne der ersten Entelechie von Aristoteles vielleicht das Vermögen gehabt haben, Einfluss auf das Wahlergebnis nehmen zu können; ob sie sie aber tatsächlich auch konnte, lässt sich nur durch die Beobachtung der Verwirklichung dieser ›energeia‹ auch wirklich beantworten. Und just darum macht der VfGH einen Bogen; es interessiert ihn nicht.

Der VfGH hätte deshalb feststellen müssen, ob und in welchem Umfang es hier zum Vollzug (zur Verwirklichung) eines „Könnens“ gekommen ist. Die vom VfGH zentral und entscheidungserheblich ins Treffen geführte Aussage: „Werden die für Ing. Norbert Hofer (das sind 2.220.654) und Dr. Alexander Van der Bellen (das sind 2.251.517) insgesamt abgegebenen Stimmen um die für diese Wahlwerber in den in diese Berechnung einbezogenen, von Rechtswidrigkeiten betroffenen Stimmbezirken gewerteten Stimmen bereinigt und wird anschließend die Summe der von den festgestellten Rechtswidrigkeiten erfassten Stimmen (dazu gehören auch die als ungültig gewerteten Stimmen) ausschließlich Ing. Norbert Hofer (wenn auch nur theoretisch) zugerechnet, so hätte dieser um 53.738 Stimmen mehr als Dr. Alexander Van der Bellen. Dies bedeutet, dass die Rechtswidrigkeiten von Einfluss auf das Wahlergebnis sein konnten“ (Rz 510), und die Wahlaufhebung sei also zwingend, steht also entgegen der Selbstversicherung des VfGH in einem inkongruenten Verhältnis zu der vom VfGH selbst aufgeworfenen Frage danach, ob die Rechtswidrigkeiten „von Einfluss sein konnten“ – tatsächlich ist diese „Begründung“ nicht mehr als die Anführung einer vor jeder Befassung des VfGH zu erlangende Gewissheit, dass die erwiesenen Rechtswidrigkeiten des Wahlverfahrens nämlich auf das Wahlergebnis *von Einfluss gewesen sein könnten* – es ist eine Rechtsprechung in der Möglichkeitsform. Der VfGH beantwortet die von ihm selbst gestellte Frage nicht, weil der Hinweis auf die von den Rechtswidrigkeiten betroffenen Stimmen keine Antwort darauf gibt, ob diese Gesetzesverletzungen *tatsächlich* das Wahlergebnis beeinflussen konnten. Damit bleibt es bei der von Heribert Franz Köck ausgesprochenen Verurteilung des VfGH: »Die Aufhebung der Stichwahl durch den Verfassungsgerichtshof ist im Ergebnis falsch«<sup>11</sup>.

## Anmerkungen

- 1 „Der Verfassungsgerichtshof hält [...] ausdrücklich fest, dass keiner der von ihm im Zuge der öffentlichen mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen Anhaltspunkte für tatsächliche Manipulationen wahrgenommen hat.“ (Rz 506) – Diese Bemerkung ist einigermaßen kryptisch: Der VfGH weigert sich, eine Feststellung zu treffen. Die bloße Wiedergabe von Zeugenaussagen dient im Rahmen eines Urteils ja nur dazu, darauf fußend entscheidungserhebliche Feststellungen zu treffen; genau das will der VfGH aber nicht – und damit ist diese Bemerkung entweder überflüssig, oder sie müsste folgendermaßen gefasst werden: „Der Verfassungsgerichtshof kann nicht feststellen, dass Manipulationen stattgefunden haben.“ – Dass es tatsächlich zu keinen Manipulationen gekommen ist, lässt sich heute mit naturwissenschaftlicher Sicherheit feststellen; vgl. Erich Neuwirth, Wahlkarten und Urnenwahl – Anteilsdifferenzen ([www.wahlanalyse.com](http://www.wahlanalyse.com); abgerufen am 13.07.2016); Ds./Walter Schachermayer, Some Statistics concerning the Austrian Presidential Election 2016. In: Austrian Journal of Statistics 2016 1–9 (abrufbar unter <https://arxiv.org/pdf/1609.00506v1.pdf>). Es ist durchaus bedauerlich, dass der VfGH den Anschluss an naturwissenschaftliche Methoden der Erkenntnisgewinnung nicht gesucht hat, er hätte dadurch nämlich zu dem Ergebnis gelangen ›können‹, dass die von ihm festgestellten Rechtswidrigkeiten keinen Einfluss auf das Wahlergebnis haben ›konnten‹.
- 2 Ludwig Adamovich sen., Österreichisches Verfassungsrecht, Wien 1923, S. 236 f.

- 3 BGBI. Nr. 454/1925.
- 4 Adolf Julius Merkl, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich (1933), in: ders., Gesammelte Schriften, hrsg. v. D. Mayer-Maly u.a. Bd. II/2, Berlin 2002, S. 219–231, hier S. 228.
- 5 An anderen Stellen unserer Rechtsordnung wurde anderes festgelegt. So hat der Gesetzgeber etwa in § 66 Abs. 7 der GO des Nationalrates ausdrücklich fixiert, dass eine Abstimmung dann zu wiederholen sei, wenn die Zahl der Stimmzettel mit der Zahl der Abgeordneten nicht übereinstimme und diese Differenz „auf die Mehrheitsbildung von Einfluss sein könnte“; gleichlautend findet sich dies auch in den § 55 Abs. 6 und 57 Abs. 3 der GO des Bundesrates. In der Verfassung steht es seit jeher und bis heute anders.
- 6 Der Hinweis darauf, dass Kelsen damals als VfGH-Richter an dieser Entscheidung mitwirkte, wird vom VfGH hier wohl durchaus bewusst zur Nobilitierung der eigenen Entscheidung verwendet. Die Entscheidung selbst ist online verfügbar (<http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=vfb&datum=0007&size=45&page=264>).
- 7 Vgl. dazu die knappen Hinweise bei Franz Neumann, Demokratischer und autoritärer Staat – Studien zur politischen Theorie, hrsg. und mit einem Vorwort v. H. Marcuse. Eingel. v. H. Pross, Frankfurt/Wien 1967, S. 47–48, und umfanglicher ders., Die Herrschaft des Gesetzes – Eine Untersuchung zum Verhältnis von politischer Theorie und Rechtssystem in einer Konkurrenzgesellschaft, Frankfurt 1980.
- 8 Vgl. etwa VfSlg. 8.848/1980, 10.610/1985, 10.907/1986, 13.004/1992.
- 9 Ludger Jansen, Tun und Können – Ein systematischer Kommentar zur Aristoteles' Theorie der Vermögen im neunten Buch der Metaphysik<sup>2</sup>, Wiesbaden 2016, S. 106.
- 10 Ebd., S. 217.
- 11 Heribert Franz Köck, Höchstgericht hätte Wählerwillen achten müssen, in: Die Presse, 04.07.2016. Noch deutlicher und umfassend begründet (und insofern juristisch abschließend) Heinz Mayer, Ein klares Fehlurteil, in: Falter 34/2016; ders., Eine klare Fehlentscheidung des VfGH, in: Die Presse, 6.10.2016.