ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT
NOVEMBER 2016
11
www.ecolex.at
941 – 1036
Rsp-Nr
410 – 445

Update Versicherungsrecht

Der RA als Facility Manager semper idem
Statusklarheit, best interest ua

Kickback-Provisionen
Culpa in contrahendo ubique

Streitverkündung im
Schiedsverfahren

Drittplattformverbote
und Internetvertrieb

Änderungskündigung
Doppelte Mitwirkung BR

Personalentsendungen
Aus Verrechnungspreissicht

Freihandelsabkommen CETA
Investitionsschutz

MANZ

Feuilleton: Kritik am Urteil des VfGH zur Wahlwiederholung der Bundespräsidentenwahl

JÜRGEN STEPHAN MERTENS

Der VfGH hat in seiner Entscheidung v 1. 7. 2016, wie allgemein bekannt, der Anfechtung der Bundespräsidentenwahl durch den Vertreter des auf Norbert Hofer lautenden Wahlvorschlags stattgegeben und den zweiten Wahlgang der Bundespräsidentenwahl v 22. 5. 2016 aufgehoben.

Der VfGH hält sich damit an die stRsp, dass einer Wahlanfechtung dann schon stattzugeben ist, wenn die Rechtswidrigkeit auf das Wahlergebnis von Einfluss hätte sein können.[1] Weiter führt der VfGH zudem aus, dass es auch nicht darauf ankomme, ob die Gesetzwidrigkeiten, auf die sich der Anfechtungswerber berufe, ihm selbst zur Last zu legen sind.[2]

Mit rechtspositivistischen Erwägungen hat diese Rsp allerdings nicht das Geringste zu tun. Der Wortlaut des Art 141 Abs 1 lit g B-VG ist: *„(...) Der Verfassungsgerichtshof hat einer Anfechtung stattzugeben, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit des Verfahrens erwiesen wurde und auf das Verfahrensergebnis von Einfluss war. (...)"* Sowohl vom Wortlaut wie von der Entstehungsgeschichte der Norm gibt es keinerlei Hinweis darauf, dass die bloße Möglichkeit einer das Wahlergebnis verändernden Manipulation ausreichend ist, um eine Wahl insgesamt aufzuheben.

Der VfGH argumentiert daher auch rein teleologisch damit, dass es seine Aufgabe sei, für die genaue Einhaltung der Wahlvorschriften zu sorgen und damit das Vertrauen der Bürger in die Gesetzmäßigkeit der Wahlen zu wahren. Er führt wortwörtlich aus: *„Letzten Endes liegt der wiedergegebenen Rechtsprechung die Überlegung zugrunde, dass demokratische Wahlen die politische Macht der obersten Funktionsträger des Staates begrenzen und diese – wie die historische Erfahrung und Vorgänge in anderen Ländern ohne funktionierende Demokratie zeigen – versucht sein könnten, mit Hilfe der ihnen zur Verfügung stehenden Machtmittel Wahlergebnisse zu manipulieren."*[3] Diese Ausführungen bestehen aus zwei Argumenten. Zuerst will der VfGH ein Dammwerk errichten, um Manipulationen von Wahlen zu vermeiden. Denn dass bei dieser Wahl eine Manipulation stattgefunden hat, wird nicht behauptet und schon gar nicht, dass es sich hierbei um einen Vorgang handelt, bei dem ein Machthaber *„mit Hilfe der ihnen zur Verfügung stehenden Machtmittel"* die Bundespräsidentenwahl manipuliert haben soll. Wenn dies jedoch nicht der Fall ist, bleibt von dem Argument der reine Präventionsgedanke. Anders ausgedrückt, der VfGH hebt die Wahl zum Bundespräsidenten auf mit dem Argument, dass, wenn eine weitere Erosion im Bereich der Einhaltung der Wahlregeln stattfinden würde, dies zu undemokratischen Zuständen führen könnte. Warum das Präventionsargument letztendlich nicht überzeugen kann, darauf wird noch einzugehen sein.

Das zweite Argument besteht darin, dass die Wahlbürgerinnen und Wahlbürger Vertrauen in die Richtigkeit der Wahl haben müssen, um die Stabilität der Demokratie zu gewährleisten. Auch darauf wird gegen Ende des Artikels noch einzugehen sein.

Der VfGH geht davon aus, dass bei insgesamt 77.769 Stimmen eine Manipulationsmöglichkeit bestand.[4] Angesichts der Knappheit, mit der die Wahl ausgegangen ist, reiche diese Stimmenanzahl aus, damit ein anderes Ergebnis hätte gegeben sein können. Diese Aussage kann man einer mathematisch statistischen Analyse unterziehen, um sie mit Hilfe der Wahrscheinlichkeitsrechnung auf ihren Wahrheitsgehalt zu überprüfen. Bei der Wahl vom 22. 5. 2016 hatte Alexander Van der Bellen 30.863 Stimmen mehr als sein Mitbewerber. Es hätten also mindestens 15.432 Stimmen der 77.769 anstatt für Van der Bellen für Norbert Hofer abgegeben werden müssen. Es ist dem VfGH einzuräumen, dass die theoretische Möglichkeit, dass 15.432 Stimmen tatsächlich manipuliert worden sind, besteht. Mathematisch statistisch ist es jedoch möglich und notwendig, aufgrund der Stimmenverteilung in anderen Bezirken und bei der Gesamtwahl zu errechnen, wie hoch die Wahrscheinlichkeit einer solchen Neuverteilung der Stimmen ist. Es gibt mittlerweile von den Mathematikern *Erich Neuwirth* und *Walter Schachermayer*[5] unter der Verwendung anerkannter Methoden und Modelle der Statistik eine Wahrscheinlichkeit, die von einer Höhe 0,000000000132, dass 15.432 in Wirklichkeit Norbert Hofer gewählt haben, ihre Stimmen jedoch verfälscht haben, sodass sie Alexander Van der Bellen zugefallen sind, ausgeht. Die Wahrscheinlichkeit, sechs Richtige mit Zusatzzahl im Lotto 6 aus 49 zu haben, beträgt 0,00000715%, die Wahrscheinlichkeit, von einem Blitz getroffen zu werden ist übrigens höher. Der VfGH geht von einer denkbaren, aber faktisch nahezu unmöglichen Annahme aus.

Vor diesem Hintergrund sehen wir uns die Argumente an, mit denen der VfGH die Aufhebung der Bundespräsidentenwahl rechtfertigt. Es ist zweifellos richtig, dass ordnungsgemäß durchgeführte Wahlen ein Fundament eines demokratischen Gemeinwesens sind. Es ist jedoch auch eine Tatsache, dass bei jeder Wahl in jedem Land verschiedene Fehler passieren. Das betrifft nicht nur Österreich, sondern im Wesentlichen alle demokratischen Staaten. Würde jeder

Jürgen Stephan Mertens ist Rechtsanwalt in Wien.

1) Vgl etwa VfSlg 11.738/1988, 19.278/2010, 19.345/2011, 19.734/2013; VfGH 18. 6. 2015, W I 1/2015; 13. 6. 2016, W I 22/2015.
2) Vgl W I 6/2016-125, S 158.
3) Vgl W I 6/2016-125, S 159 Rz 503.
4) Vgl W I 6/2016-125, S. 162.
5) Vgl https://arxiv.org/pdf/1609.00506v1.pdf

Fehler, nur weil er mit einer statistisch vollkommen unwahrscheinlichen Chance ein Ergebnis zu ändern, berücksichtigt werden, könnten Wahlen kaum oder nur unter sehr erschwerten Bedingungen abgehalten werden. Einen ersten Vorgeschmack dafür liefert die weitere Verschiebung der Bundespräsidentenwahl unter Berücksichtigung der Judikatur des VfGH, weil bestimmte Kuverts sich in seltenen Fällen geöffnet haben. Der vom VfGH postulierte Präventionsgedanke führt nunmehr zu einer generellen Unsicherheit, unter welchen Modalitäten Wahlen rechtssicher überhaupt abgehalten werden können.

Womit wir beim zweiten Argument des VfGH sind, nämlich des Vertrauens des Bürgers in die Rechtmäßigkeit der Wahlen. Was leider bei diesem Argument verkannt wird, ist, dass die Wahlaufhebung auch zu einer Verunsicherung der Bevölkerung führt. Es entsteht der Eindruck, dass Wahlen aufgrund bestimmter formaler Mängel jederzeit wieder aufgehoben werden können, dies vor allem vor dem Hintergrund, dass, wie der VfGH angeführt hat, selbst Manipulationen aus dem Lager eines Wahlbewerbers zu einer Aufhebung führen können. Es muss für die Bürgerinnen und Bürger auch ersichtlich sein, dass ihre einmal abgegebenen Stimmen zur Willensbildung beitragen, und nicht, dass diese Stimmabgabe durch formale Mängel im Verfahren entwertet werden kann.

Eine Wahlentscheidung mit einem sehr komplexen Willensbildungsprozess stellt ein wichtiges Element im demokratischen Formungsprozess dar. Das Gefüge zwischen Repräsentation und Kontrolle durch die Stimmberechtigten ist diffizil und beruht auf der Endgültigkeit einer Entscheidung bei der Wahl für eine Legislaturperiode oder für die Personenwahl in ein hohes Amt. Es liegt keineswegs iS der Rechtssicherheit und der Vertrauensbildung, wenn Wahlen rein aufgrund formaler Mängel aufgehoben werden. Es ist allerdings nicht zu verstehen, weshalb die unterlegenen Parteien bei der Wahlaufhebung diese Einwendungen nicht vorgebracht haben. Es ist davon auszugehen, dass die Entscheidung des VfGH dann wohl eine andere gewesen wäre.

Feuilleton: Keine Eintragung der „Zwischengeschlechtlichkeit" in öffentliche Verzeichnisse

ALFRED GROF

A. LVwG OÖ 5. 10. 2016, LVwG-750369/5/MZ/MR

Mit Bescheid des Bürgermeisters wurde der Antrag der bf Person auf Berichtigung der sie betreffenden geschlechtsbezogenen Eintragung im Zentralen Personenstandsregister (ZPR) von bisher „männlich" in künftig „inter", „anders" oÄ abgewiesen. Begründend wurde dazu von der Behörde ausgeführt, dass Berichtigungen nur insoweit erfolgen könnten, als Eintragungen bereits von Anfang an unzutreffend waren. Dagegen wurde in der Beschwerde an das LVwG OÖ vorgebracht, dass die bf Person biologisch weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden könne, weshalb sie als zwischengeschlechtlich angesehen werden müsse und ihr sohin ein entsprechendes subjektives Recht auf Eintragung dieses Umstands in alle öffentlichen Verzeichnisse und Urkunden zukomme.

B. Aus der Begründung

Der bf Person ist zwar darin zuzustimmen, dass das PStG lediglich anordnet, das Geschlecht einzutragen, jedoch weder in diesem Gesetz noch in einer anderen Rechtsvorschrift normiert wird, dass die Geschlechtsbezeichnung zwingend auf „männlich" oder „weiblich" zu lauten habe. Allerdings geht die österr Gesamtrechtsordnung von dem Prinzip aus, dass jeder Mensch entweder weiblichen oder männlichen Geschlechts ist. Die Festlegung des Geschlechts im ZPR ist deshalb nicht Selbstzweck, sondern es knüpfen sich daran mannigfaltige rechtliche Konsequenzen. Da spezifische Regelungen für ein Geschlecht wie „inter", „anders" oÄ nicht existieren, hätte die Eintragung einer anderen Geschlechtsbezeichnung als „männlich" oder „weiblich" zur Folge, dass zahlreiche Regelungen der österr Rechtsordnung mangels Anknüpfungspunkts nicht mehr auf die bf Person anwendbar wären.

Vor diesem Hintergrund ist daher die Anordnung des § 2 Abs 2 Z 3 PStG nach Ansicht des LVwG OÖ auch nicht gleichheitswidrig, weil bei Wegfall dieser Bestimmung bspw nicht mehr beurteilt werden könnte, ob die bf Person eine Ehe oder Eingetragene Partnerschaft eingehen kann, ob Wehrpflicht nach dem Wehrgesetz besteht oder welche pensions-, sozialversicherungs- und arbeitsrechtlichen Konsequenzen sich für sie ergeben.

Die Frage der Etablierung einer weiteren Geschlechtsbezeichnung, die die Rechtsordnung in einem erheblicheren Umfang als die nachmalige Zuordnung zu einem anderen, bereits bestehenden Geschlecht betrifft, muss vom Gesetzgeber beantwortet werden.

HR Dr. *Alfred Grof* ist Richter und Leiter der Wissenschafts-, Evidenz- und Dokumentationsstelle des Verwaltungsgerichts des Landes Oberösterreich, Linz.