

# Wahlanfechtung und Funktionsfähigkeit des Parlaments

## Zur Entscheidung des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 24. Juni 1970

*Eckart Klein* \*)

### *1. Anlaß und Ergebnis der verfassungsgerichtlichen Entscheidung*

1. Am 1. März 1970 fanden zum achten Mal<sup>1)</sup> seit 1945 Wahlen zum österreichischen Nationalrat statt. Aus ihnen ging erstmals nach dem zweiten Weltkrieg die SPÖ als Siegerin hervor; sie errang mit 81 von 165<sup>2)</sup>

\*) Assistent am Institut.

**A b k ü r z u n g e n :** ABl. = Amtsblatt; AÖR N. F. = Archiv des öffentlichen Rechts, Neue Folge; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BRD = Bundesrepublik Deutschland; BVerfG = Bundesverfassungsgericht; BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts; BVerfGG = Gesetz über das Bundesverfassungsgericht; B.-VG. = Bundes-Verfassungsgesetz; BWahlG = Bundeswahlgesetz; BWahlO = Bundeswahlordnung; Diss. = Dissertation; DÖV = Die öffentliche Verwaltung; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; FPÖ = Freiheitliche Partei Österreichs; GG = Grundgesetz; GVBl. = Gesetz- und Verordnungsblatt; Hess. VGH = Hessischer Verwaltungsgerichtshof; HessVGRspr. = Rechtsprechung der Hessischen Verwaltungsgerichte; KPD = Kommunistische Partei Deutschlands; NDP = Nationaldemokratische Partei Österreichs; NRW = Nationalratswahlordnung 1970; NZZ = Neue Zürcher Zeitung; ÖVP = Österreichische Volkspartei; RGBl. = Reichsgesetzblatt; RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen; RStGH = Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich; SPÖ = Sozialistische Partei Österreichs; SRP = Sozialistische Reichspartei; Sten. Prot. = Stenographisches Protokoll; VerfGH = Verfassungsgerichtshof; VerfGG = Verfassungsgerichtshofgesetz 1953; VerfGH-Slg. = Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs; WZ = Wiener Zeitung.

<sup>1)</sup> Frühere Wahlen fanden statt: 1945, 1949, 1953, 1956, 1959, 1962 und 1966. Die Legislaturperiode des Nationalrats dauert nach Art. 27 Abs. 1 B.-VG. grundsätzlich vier Jahre. Eine vorzeitige Auflösung kann durch den Bundespräsidenten (Art. 29 Abs. 1 B.-VG.) sowie im Wege der Selbstauflösung durch einfaches Gesetz erfolgen, gegen das in diesem Fall dem Bundesrat kein Einspruchsrecht zusteht, Art. 29 Abs. 2, 42 Abs. 5 B.-VG.

<sup>2)</sup> Die Zahl 165 war damals durch § 1 Abs. 1 NRW 1970, BGBl. Nr. 61 festgelegt; die Wahlrechtsreform bringt auch eine Veränderung der Mandatszahl auf 183, § 1 Abs. 1 Nationalrats-Wahlordnung 1971 vom 27. 11. 1970, BGBl. Nr. 391.

Mandaten die relative Mehrheit<sup>3)</sup>. Die ÖVP erhielt 79, die FPÖ 5 Sitze. Andere Parteien scheiterten an den wahlrechtlichen Sperrbestimmungen.

Nach längeren, ergebnislosen Verhandlungen zwischen SPÖ und ÖVP über eine Neuauflage der sog. »Großen Koalition«<sup>4)</sup> bildete der Parteivorsitzende der SPÖ, Bruno Kreisky, Ende April eine Minderheitsregierung<sup>5)</sup>, was in der Nachkriegsgeschichte Österreichs ein weiteres Novum bedeutete. Die hiervon ausgehenden Impulse auf die politische Entwicklung Österreichs und seiner Parteien sind noch nicht absehbar<sup>6)</sup>.

2. Die Wahl vom 1. März 1970 wurde wenig später von der FPÖ beim Verfassungsgerichtshof angefochten. Hauptsächlich<sup>7)</sup> wurde von ihr gerügt, daß die NDP den Kreiswahlbehörden der Wahlkreise 1, 3, und 5<sup>8)</sup> Wahlvorschläge mit gefälschten Unterschriften vorgelegt habe, die trotz einschlägiger Hinweise der FPÖ als gültig behandelt worden seien<sup>9)</sup>.

3. a) Der Verfassungsgerichtshof entschied am 24. Juni 1970<sup>10)</sup> unter dem Vorsitz seines Präsidenten Antoniulli:

»I. In teilweiser Stattgebung der Wahlanfechtung werden aufgehoben:

a) die Wahl zum Nationalrat vom 1. März 1970 in den Wahlkreisen Nr. 1

<sup>3)</sup> Bereits 1953 und 1959 erhielt die SPÖ mehr Stimmen als die ÖVP, ohne jedoch die Mehrheit der Sitze erringen zu können, vgl. Wahlen und Parteien in Österreich, hrsg. vom Institut für höhere Studien und wissenschaftliche Forschung (1966) Bd. 3, S. 134 ff., ferner K. M. Grass, Österreich, in: Die Wahl der Parlamente und anderer Staatsorgane. Ein Handbuch hrsg. von D. Sternberger und B. Vogel, Bd. 1 Halbbd. 2 (1969), S. 921 ff., 949 ff.

<sup>4)</sup> Die »Große Koalition« hat von 1945—1966 das politische Leben Österreichs gestaltet, ohne daß immer ein solcher Koalitionszwang von der Mandatsverteilung her bestanden hätte. Zur Kritik an der Großen Koalition vgl. A. Leclaire, Große Koalition als permanente Krisenregierung. Eine Studie zum österreichischen Parteien- und Regierungssystem 1945—1964 (Diss. Heidelberg 1966), S. 158 ff. und *passim*.

<sup>5)</sup> Vgl. E. Hellblin, Österreichische Bundesverfassung und Minderheitsregierung, in: Der Staatsbürger, Beilage der Salzburger Nachrichten, Jg. 23 (1970), Folgen 12 und 13.

<sup>6)</sup> Dazu A. Dalma, Österreichs Gleichgewichtsstrukturen. Das politische Gefüge nach den Parlamentswahlen vom 1. März 1970, Internationales Europa Forum 1970, S. 71—78.

<sup>7)</sup> Weitere Rügen betrafen die Zurechnung einzelner nicht ganz eindeutig ausgefüllter Wahlzettel in zwei Wiener Wahlkreisen zur ÖVP bzw. SPÖ sowie die generelle Verfassungswidrigkeit der NRW.

<sup>8)</sup> Diese drei Wahlkreise bilden mit vier weiteren Wiener Wahlkreisen einen der vier Wahlkreisverbände, § 6 NRW.

<sup>9)</sup> Wahlwerbende Parteien müssen gemäß § 48 NRW Wahlvorschläge, die von wenigstens 200 Wahlberechtigten des Wahlkreises unterschrieben sein müssen, für das erste Ermittlungsverfahren (Kreiswahlvorschlag) der Kreiswahlbehörde vorlegen. Nur Parteien, die diese Bedingungen erfüllen, dürfen an der Wahl teilnehmen.

<sup>10)</sup> Zahl: WI—2/70. Eine Veröffentlichung des Erkenntnisses ist soweit ersichtlich bisher nur in gekürzter Fassung in Juristische Blätter 1971, S. 32—35, erfolgt. Die Entscheidung wird deshalb hier zitiert nach dem vom VerfGH zur Verfügung gestellten Umdruck.

Wien Innen-Ost, Nr. 3 Wien Nordwest und Nr. 5 Wien Südost, von der Veröffentlichung der Kreiswahlvorschläge durch die Kreiswahlbehörden dieser Wahlkreise an;

b) das zweite Ermittlungsverfahren in dem die Wahlkreise von Wien umfassenden Wahlkreisverband;

c) die Feststellung der Sprengelwahlbehörde für den Wahlsprengel des 13. Wiener Gemeindebezirkes im Wahlkreis Nr. 6 Wien Südwest über die Summe der abgegebenen ungültigen Stimmen, die Summe der abgegebenen gültigen Stimmen und die Summe der auf die Österreichische Volkspartei entfallenden gültigen Stimmen, sowie alle sich darauf beziehenden ziffernmäßigen Feststellungen der übergeordneten Wahlbehörden.

II. Im übrigen wird die Wahlanfechtung abgewiesen«.

b) Dem Verständnis der Entscheidung sollen folgende kurze Hinweise zum damals für die Wahl zum Nationalrat geltenden österreichischen Wahlrecht dienen<sup>11)</sup>: Gemäß Art. 26 Abs. 1 B.-VG. wird der Nationalrat vom Bundesvolk auf Grund des gleichen, unmittelbaren, geheimen und persönlichen Wahlrechts nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt<sup>12)</sup>. Art. 26 Abs. 2 B.-VG. bestimmt das Verhältnis der Gesamtzahl der Abgeordneten zu den Abgeordneten des Wahlkreises<sup>13)</sup> entsprechend dem Verhältnis der Gesamtzahl der Bürger zu den Bürgern des Wahlkreises<sup>14)</sup>. Die Ausgestaltung des Wahlverfahrens im einzelnen erfolgte durch die NRW<sup>15)</sup>.

Nachdem sich die wahlwerbenden Parteien durch die Einreichung der Kreiswahlvorschläge bei der jeweiligen Kreiswahlbehörde zur Teilnahme an der Wahl legitimiert haben, werden diese Vorschläge verlaublich und

<sup>11)</sup> Diese Hinweise skizzieren nur grob, soweit hier von Belang, das Wahlverfahren. Als Gesamtdarstellungen seien genannt: Wahlen und Parteien in Österreich, hrsg. vom Institut für höhere Studien und wissenschaftliche Forschung (1966, 4 Bde.); Parteien, Wahlen, Wähler. Ein Wahlhandbuch für Österreich (1965, 3 Bde.); H. Liehr, Das Wahlrecht in den Nationalrat, in: Mensch und Staat, Handbuch der österreichischen Politik, hrsg. von B. Pittermann, Bd. 1 (1963), S. 45 ff.; Die Wahl der Parlamente und anderer Staatsorgane. Ein Handbuch hrsg. von D. Sternberger und B. Vogel, Länderbericht Österreich von K.-M. Grass, Bd. 1 Halbbd. 2 (1969), S. 921 ff.

<sup>12)</sup> Das »freie« Wahlrecht ist bislang nicht ausdrücklich garantiert, vgl. aber den — inzwischen zurückgezogenen — Änderungsentwurf zu Art. 26 B.-VG., 138 der Beilagen zu den Sten. Prot. des Nationalrats XII. GP.

<sup>13)</sup> Österreich ist nach § 3 NRW in 25 Wahlkreise eingeteilt; vgl. auch die Kundmachung des Bundesministeriums für Inneres vom 23. 3. 1962, BGBl. Nr. 142, betr. die Verteilung der Mandate auf die Wahlkreise.

<sup>14)</sup> Da auf diese Weise den wahlberechtigten Vertretern kinderreicher Familien besonderes Gewicht (Erfolgswert) zukommt und dies erfahrungsgemäß zugunsten der ÖVP auszuschielen pflegt, ergaben sich Gegner und Befürworter einer Wahlrechtsreform von selbst.

<sup>15)</sup> Wiederverlaublich am 3. 2. 1970, BGBl. Nr. 61/1970.

sind von da an im wesentlichen der Disposition der Parteien entzogen<sup>16)</sup>. Die von den Wahlberechtigten für die einzelnen Parteilisten abgegebenen Stimmen werden in einem ersten Ermittlungsverfahren innerhalb der Wahlkreise zusammengefaßt und auf die zu vergebenden Mandate nach dem Hagenbach-Bischoff'schen System<sup>17)</sup> verteilt<sup>18)</sup>. Die Stimmen, deren Zahl für die Zuteilung eines oder eines weiteren Mandats an eine Partei nicht ausreicht (Reststimmen), sowie die Mandate, die bei der Verteilung nicht vergeben werden konnten (Restmandate), werden den Verbandswahlbehörden überwiesen<sup>19)</sup>; innerhalb eines jeden der vier Wahlkreisverbände werden die Restmandate in einem zweiten Ermittlungsverfahren nach Maßgabe der Größe der Reststimmensumme, also nach dem d'Hondt'schen System<sup>20)</sup> aufgeteilt<sup>21)</sup>. Das Wahlverfahren schließt ab mit der Verlautbarung des Ergebnisses und der Übermittlung der Wahlunterlagen an die Hauptwahlbehörde<sup>22)</sup>.

c) Dieses in seinen Grundzügen seit 1923 unveränderte österreichische Wahlrecht bedeutete faktisch eine Bevorzugung der ÖVP<sup>23)</sup>. Die Angriffe gegen die damalige Rechtslage kamen daher überwiegend von der Seite der SPÖ und FPÖ; die lange Geschichte der bis vor kurzem erfolglosen Reformbestrebungen<sup>24)</sup> artikulierte deutlich die Unzufriedenheit mit dem bisherigen Recht. Daß der im Oktober 1970 dem Nationalrat übermittelte, eine »große Lösung« anstrebende Regierungsentwurf zur Wahlrechtsreform eine Änderung nicht bringen konnte, war klar<sup>25)</sup>. Fest steht allerdings, daß

<sup>16)</sup> Vgl. aber § 55 NRWO.

<sup>17)</sup> Hagenbach-Bischoff, Die Anwendung der Proportionalvertretung bei den schweizerischen Nationalratswahlen (1892).

<sup>18)</sup> § 96 NRWO.

<sup>19)</sup> § 96 Abs. 4 NRWO.

<sup>20)</sup> d'Hondt, Système pratique et raisonné de représentation proportionnelle (1882).

<sup>21)</sup> § 104 NRWO. Dabei ist jedoch zu beachten, daß nur die Partei im zweiten Ermittlungsverfahren berücksichtigt werden kann, die zumindest ein Grundmandat im ganzen Bundesgebiet, also im ersten Ermittlungsverfahren, erhalten hat und die spätestens am 14. Tag vor der Wahl ihren Anspruch auf Zuweisung weiterer Mandate angemeldet hat.

<sup>22)</sup> §§ 15, 107 NRWO. Die Hauptwahlbehörde ist ein Kollegialorgan, vgl. auch Art. 26 Abs. 6 B.-VG.

<sup>23)</sup> Vgl. oben Anm. 14.

<sup>24)</sup> Hierzu vgl. Wahlen und Parteien in Österreich, a.a.O. (oben Anm. 11), Bd. 1, S. 425 ff.; K.-H. Naßmacher, Das österreichische Regierungssystem, Große Koalition oder alternierende Regierung? (1968), S. 174 ff.

<sup>25)</sup> 138 der Beilagen zu den Sten. Prot. des Nationalrats XII. GP. und schon die Regierungserklärung Kreiskys vom 27. 4. 1970, Sten. Prot. XII. GP., 2. Sitzung vom 27. 4. 1970, S. 10 f. Dies war deshalb klar, weil der Entwurf eine Änderung von Art. 26 Abs. 2 B.-VG. bedeutete und die ÖVP über die Sperrminorität verfügt, mit der sie eine Verfassungsänderung verhindern kann, Art. 44 B.-VG.

das bisher geltende Recht nicht den Grundsatz des gleichen Wahlrechts im Sinne des Art. 26 Abs. 1 B.-VG. verletzte. Eine solche Beeinträchtigung hätte zur Voraussetzung, daß es bei der Mandatsvergabe entscheidend auf den Erfolgswert und nicht auf den Zählwert der Stimme ankommt<sup>26)</sup>, was vom Verfassungsgerichtshof jedoch in ständiger Rechtsprechung<sup>27)</sup> und auch im vorliegenden Erkenntnis verneint wird<sup>28)</sup>. Es ist indessen bedenklich, wenn ein Einfluß des Prinzips des gleichen Wahlrechts auf jene Regelungen, die den Erfolgswert bestimmen, generell gelehnet wird. Demgegenüber ist darauf aufmerksam zu machen, daß die Verhältniswahl — anders als die Mehrheitswahlssysteme — ein möglichst genaues Spiegelbild der politischen Kräfte im Parlament herbeiführen will und gerade deshalb als das gerechtere System empfunden wird<sup>29)</sup>. Dies ist aber nur verifizierbar, wenn grundsätzlich jeder abgegebenen Stimme sowohl gleicher Zählwert als auch gleicher Erfolgswert zugebilligt wird<sup>30)</sup>. Versteht man dabei die Wahlrechtsgleichheit als Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes, und interpretiert man diesen Grundsatz als Willkürverbot<sup>31)</sup>, so sind Einschränkungen der Gleichheit des Erfolgswertes<sup>32)</sup> da möglich, wo andere sehr bedeutsame Fragen auf dem Spiel stehen, etwa die Herbeiführung regierungsfähiger Mehrheiten und damit verbunden die Ausschaltung von Splitterparteien<sup>33)</sup>. Dieser Weg ist methodisch der etwas rigorosen Feststellung des Verfassungsgerichtshofs vorzuziehen.

4. Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 24. Juni 1970 traf die sozialistische Minderheitsregierung in der ersten Phase ihrer Konsolidierung und führte — bis man sich nach einigen Tagen einmütig und in politisch souveräner Weise über das weitere *procedere* geeinigt hatte — zumindest in das Vorfeld einer ernstzunehmenden Verfassungskrise<sup>34)</sup>. Un-

<sup>26)</sup> So erneut die Argumentation der FPÖ in der Wahlanfechtung.

<sup>27)</sup> VerfGH Slg. Nr. 1381 und 1382/1931 und 3653/1959.

<sup>28)</sup> Vgl. auch BVerfGE 16, 130, 135, wonach das BVerfG — anders als der Bundestag in ständiger Praxis — im Wahlanfechtungsverfahren das Wahlgesetz auf seine materielle Übereinstimmung mit dem GG überprüfen kann.

<sup>29)</sup> K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (4. Aufl. 1970), S. 61.

<sup>30)</sup> So das BVerfG in ständiger Rechtsprechung: BVerfGE 1, 208, 247 ff.; 6, 84, 89 ff.; 13, 243, 246 f.; 16, 130, 138 ff.; 24, 300, 340 f. Vgl. auch H. Heller, Die Gleichheit in der Verhältniswahl (1929).

<sup>31)</sup> So das BVerfG seit BVerfGE 1, 14, 52.

<sup>32)</sup> Eine Einschränkung der Gleichheit kommt nicht beim Zählwert, sondern nur beim Erfolgswert als der zweiten Stufe der Stimmenauswertung in Betracht: auch dies ist eine Konsequenz des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

<sup>33)</sup> BVerfG wie Anm. 30 und im Ergebnis auch VerfGH Slg. Nr. 3653/1959.

<sup>34)</sup> Die NZZ meldete am 1. 7. 1970 (Nr. 178), S. 5: »Österreich im Vorfeld einer politischen Krise. Verwirrung um den Entscheid des Verfassungsgerichts«. Den gleichen Eindruck gewann man auch bei der Lektüre der WZ aus den Tagen nach dem 24. 6. 1970.

mittelbare Folge des Erkenntnisses war nämlich, daß neun Abgeordnete der SPÖ — darunter der Präsident des Nationalrats und sein Zweiter Stellvertreter — und sieben Abgeordnete der ÖVP ihren Platz im Nationalrat räumen mußten, der — wenn auch nur knappe — parlamentarische Vorsprung der SPÖ daher einstweilen zunichte gemacht war<sup>35)</sup>. Schlimmer war, daß man sich über die weit schwererwiegende verfassungsrechtliche Frage, inwieweit es jetzt überhaupt noch ein funktionsfähiges Parlament gebe, keine rechte Klarheit verschaffen konnte. Man löste das Problem politisch. Ob die rechtliche Lösung damit in Einklang zu bringen ist, soll nachstehend (III) untersucht werden. Der Verfassungsgerichtshof jedenfalls schwieg zu den möglichen Weiterungen seiner Entscheidung. Die von ihm *explicit* aufgeworfenen Fragen der Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens und ihrer Erheblichkeit für das Wahlergebnis sollen gleichfalls (II) erörtert werden.

## II. Die Anfechtung

1. Der österreichische Verfassungsgerichtshof war als Wahlgerichtshof<sup>36)</sup> gemäß Art. 141 Abs. 1 a) B.-VG. und § 67 Abs. 1 VerfGG 1953<sup>37)</sup> zur Entscheidung über die Wahlanfechtung berufen<sup>38)</sup>. Einer Anfechtung ist stattzugeben, wenn die Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens sowohl erwiesen ist als auch auf das Wahlergebnis<sup>39)</sup> Einfluß nahm<sup>40)</sup>.

Trotz der gegenüber der BRD unterschiedlichen Ausgestaltung der Wahl-

<sup>35)</sup> Soweit sich unter den betroffenen SPÖ-Abgeordneten Regierungsmitglieder befanden, wurden sie in diesem Amt vom Erkenntnis des VerfGH nicht berührt; es besteht kein notwendiges Junktum zwischen Nationalratsmandat und Regierungsam, vgl. Art. 70 Abs. 2 B.-VG.

<sup>36)</sup> Vgl. F. Ermacora, Der Verfassungsgerichtshof (1956), S. 264 ff. — auch zur geschichtlichen Entwicklung, S. 269 f., und L. Adamovich/H. Spanner, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts (5. Aufl. 1957), S. 402 ff.

<sup>37)</sup> Wiederverlautbarung des VerfGG durch Kundmachung der Bundesregierung vom 12. 5. 1953, BGBl. Nr. 85.

<sup>38)</sup> Zur Aktivlegitimation der FPÖ siehe § 67 Abs. 2 Satz 2 VerfGG 1953. Vgl. dagegen aber auch § 48 BVerfGG vom 12. 3. 1951, BGBl. I, S. 243, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. 12. 1970, BGBl. I, S. 1765. Die Zuständigkeit des VerfGH ist eine ausschließliche. Lediglich bei der ziffernmäßigen Ermittlung des Wahlergebnisses der Kreiswahl- oder Verbandswahlbehörde unterlaufene Fehler können von der Hauptwahlbehörde (oben Anm. 22) auf Einspruch hin richtig gestellt werden, § 108 NRWO.

<sup>39)</sup> Das heißt auf die Sitzverteilung in der Vertretungskörperschaft; K. Lemke, Rechtsfolgen ungültiger Wahlrechtsnormen (Diss. Kiel 1964), S. 61.

<sup>40)</sup> Art. 141 Abs. 1 B.-VG. und § 70 Abs. 1 VerfGG 1953. Ermacora, a.a.O. (oben Anm. 36), S. 273, meint, nicht jeder Verstoß gegen die das Wahlverfahren regelnden Vorschriften sei im Sinne des Art. 141 B.-VG. rechtswidrig, sondern nur der, der das Wahlergebnis selbst beeinflusst.

prüfung<sup>41)</sup> sind damit für den Erfolg einer von den jeweiligen Verfassungsgerichten — Verfassungsgerichtshof und Bundesverfassungsgericht — zu entscheidenden Anfechtung bzw. Beschwerde die gleichen Voraussetzungen aufgestellt<sup>42)</sup>. Dies ist auch zwingend, da in beiden Staaten die Wahlen — sei es zum Nationalrat, sei es zum Bundestag — die demokratische Funktion haben, die Repräsentanten des Volkes zu bestimmen. Aus diesem Ziel folgen die Relativierung der einzelnen Wahlstimme und die Unbeachtlichkeit eines Verstoßes gegen das Wahlverfahren insoweit, als die Zusammensetzung des das Volk repräsentierenden Verfassungsorgans davon unberührt bleibt, oder positiv gesagt, daraus ergibt sich konsequent die Geltung des Erheblichkeitsgrundsatzes<sup>43)</sup>, der allerdings so zu verstehen ist, daß die Erheblichkeit der nachgewiesenen Rechtswidrigkeit zwar nicht feststehen muß, wohl aber die Möglichkeit der Auswirkung eines Wahlfehlers auf die Sitzverteilung nicht ausgeschlossen werden kann<sup>44)</sup>. Schutzobjekt auch<sup>45)</sup> des österreichischen Wahlanfechtungsverfahrens ist daher nicht das Mitwirkungsrecht der einzelnen Staatsbürger in der repräsentativen Demokratie (*status activus*), sondern das objektive Wahlrecht, d. h. die dem Volkswillen entsprechende Zusammensetzung der Vertretungskörperschaft<sup>46)</sup>.

<sup>41)</sup> Eine Art. 41 GG entsprechende Bestimmung (Wahlprüfung durch das Parlament) kennt das derzeitige österreichische Recht nicht; anders noch im monarchischen Staatswesen; vgl. Wahlen und Parteien in Österreich (oben Anm. 11), Bd. 1, S. 214, Jacques, Die Wahlprüfung in den modernen Staaten und ein Wahlprüfungsgerichtshof für Österreich (1885). Die Frage, ob das Parlament zur Erhaltung seiner staatsrechtlichen Stellung der eigenen Wahlprüfungskompetenz bedarf, erörtert J. H a t s c h e k, Das Parlamentsrecht des Deutschen Reiches, Teil I (1915), S. 395 ff., 481 ff.; verneinend hierzu der RStGH in RGZ 123, Anhang S. 13, 20.

<sup>42)</sup> Vgl. Th. Maunz / H. Sigloch / B. Schmidt-Bleibtreu / F. Klein, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar (Stand 1967) zu § 48.

<sup>43)</sup> Zu Recht wird der Erheblichkeitsgrundsatz daher vom BVerfG letztlich auf das Mehrheitsprinzip — dazu BVerfGE 20, 56, 113 — zurückgeführt; vgl. den Beschluß des BVerfG vom 6. 10. 1970, DÖV 1970, S. 781, sowie P. Karpenstein, Die Wahlprüfung und ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen (Diss. Mainz 1962), S. 73 ff., 76. Zum Erheblichkeitsgrundsatz aus der neueren verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung vgl. Hess. VGH Urteil vom 13. 5. 1970 und vom 3. 6. 1970, Hess. VGRspr. 1970, S. 67 ff.

<sup>44)</sup> So das BVerfG in DÖV 1970, S. 781 Anm. 43, und der VerfGH in ständiger Rechtsprechung Slg. Nr. 888/1927, 1904/1950, 1915/1950 und in der hier besprochenen Entscheidung S. 14, wo es heißt: »Bei der Beurteilung der Frage, wann eine Rechtswidrigkeit von Einfluß auf das Wahlverfahren [gemeint ist wohl: Wahlergebnis] ist, hält der Verfassungsgerichtshof an seiner ständigen Rechtsprechung fest, daß es für die Aufhebung einer Wahl genügen muß, daß die Rechtswidrigkeit auf das Wahlergebnis von Einfluß sein konnte [richtiger wäre: gewesen sein kann]«.

<sup>45)</sup> Für die BRD vgl. Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein, a.a.O. (oben Anm. 42) Rdr. 1 zu § 48.

<sup>46)</sup> Ebenso BVerfGE 1, 430, 433; 4, 370, 372; 22, 277, 281; vgl. auch Bundestags-Drucksache VI/1311, S. 25 (Ausschußbericht zur Zurückweisung eines Einspruchs gegen die Bundestagswahl vom 28. 9. 1969). Wie im Text auch VerfGH Slg. Nr. 2037/1950, wo-

2. Die Untersuchung des Verfassungsgerichtshofs erwies die Richtigkeit der von der FPÖ vorgebrachten Gesetzesverletzung. Der Verfassungsgerichtshof stellte fest<sup>47)</sup>, daß auf dem Kreiswahlvorschlag der NDP im Wahlkreis Nr. 1 von 218 Unterschriften 31 gefälscht waren, im Wahlkreis Nr. 3 von 216 Unterschriften 26, im Wahlkreis Nr. 5 von 207 Unterschriften 16, daß also alle drei Kreiswahlvorschläge von weniger als 200 Wahlberechtigten des jeweiligen Wahlkreises unterschrieben worden waren. Damit war die Verletzung des § 48 Abs. 2 NRWO 1970 evident<sup>48)</sup> 49).

Am Makel der Rechtswidrigkeit vermochte auch nichts die Tatsache zu ändern, daß die NDP am 1. März 1970 in den Wahlkreisen 1, 3 und 5 jeweils mehr als 200 gültige Stimmen erhielt<sup>50)</sup>. Eine »Heilung« des Gesetzesverstosßes kann darum nicht in Betracht kommen, weil Vorschriften wie § 48 Abs. 2 NRWO 1970 gerade präventiv gestaltend wirken sollen mit dem Ziel, der Stimmersplitterung am Wahltag zu wehren. Eine andere Frage ist aber, ob Bestimmungen, die Unterschriftsquoren festsetzen, überhaupt den Grundsätzen eines demokratischen Wahlrechts entsprechen. Dies nehmen sowohl der Verfassungsgerichtshof<sup>51)</sup> als auch das Bundesverfassungsgericht<sup>52)</sup> an. Sie berufen sich dabei auf die Notwendigkeit der Vereinfachung des Wahlverfahrens und der Verhinderung des Entstehens von Splitterparteien, die klare regierungsfähige Mehrheiten verhindern könnten. Gegen dieses Argument als solches ist nichts einzuwenden, und es rechtfertigt durchaus Maßnahmen wie die 5 Prozent-Klausel im deutschen Wahlrecht<sup>53)</sup>; fraglich ist aber, ob es auch die Unterschriftsquoren fordern den Vorschriften trägt. Da meist nur bereits entschlossene Wähler den Wahlvorschlag einer wahlwerbenden Partei unterschriftlich und damit offen unterstützen werden, wird der Partei, die das Quorum nicht erreicht, die Chance des Zustroms der bis zuletzt meist sehr zahlreichen unentschlossenen Wäh-

---

nach im Ergebnis der Wahlen »der wahre Wille der Wählerschaft zum Ausdruck kommen soll«. Nicht ganz klar Ermacora, a.a.O. (oben Anm. 36), S. 271, 273.

<sup>47)</sup> S. 10.

<sup>48)</sup> Vgl. oben Anm. 9.

<sup>49)</sup> Unerörtert konnte bleiben, ob die Kreiswahlbehörde für die Rechtsverletzung verantwortlich war, da es nur auf die Rechtswidrigkeit als solche ankam. Dennoch machte der VerfGH *obiter* Ausführungen zur Prüfungspflicht dieser Behörde, die er nicht auf die Entscheidung beschränkt wissen wollte, »ob der Unterzeichner des Wahlvorschlags durch einen wesentlichen Irrtum oder durch arglistige Täuschung oder Drohung zur Leistung der Unterschrift bestimmt worden ist« (S. 8); vgl. auch § 51 Abs. 1 NRWO.

<sup>50)</sup> S. 8.

<sup>51)</sup> VerfGH Slg. Nr. 2758/1954 und wie Anm. 50.

<sup>52)</sup> BVerfGE 6, 84, 98 ff.; 12, 132 ff.; 12, 135 ff.

<sup>53)</sup> § 6 Abs. 4 BWahlG (BGBl. 1956 I, S. 383, zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. 6. 1969, BGBl. I, S. 645). Die Einführung einer 5%-Klausel sah auch der Änderungsentwurf zu Art. 26 B.-VG. vor, siehe oben Anm. 12.



ler und dem einzelnen Wahlberechtigten die Chance der weitergehenden Auswahl genommen. Der Gesichtspunkt der Bildung einer regierungsfähigen Mehrheit sollte daher erst nach der Wahl zum Zuge kommen.

Sieht man von diesem grundsätzlichen Bedenken ab, so ist der weiteren Feststellung des Verfassungsgerichtshofs, der Verstoß gegen § 48 NRWO 1970 habe von Einfluß auf das Wahlergebnis sein können, in vollem Umfang zu folgen<sup>54</sup>).

### III. Die Auswirkungen einer der Anfechtung stattgebenden Entscheidung

#### 1. Die Meinung des Verfassungsgerichtshofs

War der Verfassungsgerichtshof einmal zu dieser Erkenntnis gelangt, so hatte er, der Anfechtung teilweise stattgebend, den von der Rechtswidrigkeit betroffenen Teil des Wahlverfahrens »aufzuheben«, § 70 Abs. 1 Satz 2 VerfGG 1953. Wie weiter zu verfahren sei, ließ sich weder dem B.-VG. noch der NRWO mit der notwendigen Sicherheit entnehmen. § 70 Abs. 5 VerfGG schreibt nur die Zustellung der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs an den Vorsitzenden des betreffenden Vertretungskörpers, also hier den Präsidenten des Nationalrats vor. Ferner wird angeordnet, daß die Personen, deren Wahl als aufgehoben oder nichtig erklärt anzusehen ist, von dem der Zustellung folgenden Tag an den Beratungen dieses Vertretungskörpers fernzubleiben haben<sup>55</sup>). Aus § 70 Abs. 4 VerfGG, wonach die Wahlbehörden, die, nachdem der Anfechtung stattgegeben wurde, »in der Sache die weiteren Verfügungen zu treffen haben«, an die *in concreto* getroffenen Feststellungen und an die zum Ausdruck gekommene Rechtsmeinung des Verfassungsgerichtshofs gebunden sind<sup>56</sup>), wird man allerdings auf die Ansicht des Gesetzgebers schließen können, daß der Vorgang mit dem erfolgreichen Abschluß des Anfechtungsverfahrens nicht erledigt ist, sondern aus dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen sind. Welche Folgerungen dies sind, läßt das Gesetz indes ungesagt.

Inwieweit es dem Verfassungsgerichtshof nach § 70 Abs. 4 VerfGG zu-

<sup>54</sup>) S. 14—15. Der VerfGH stellte fest, zwar sei ein Einfluß auf das Ergebnis des ersten Ermittlungsverfahrens nicht denkbar, doch sei wegen der geringen Stimmzahl, um die die FPÖ hinter der ÖVP bei der Auszählung der Reststimmen zurücklag (73 Stimmen), nicht ausgeschlossen, daß bei rechtmäßigem Verlauf des Wahlverfahrens auch die FPÖ ein Reststimmenmandat erhalten hätte.

<sup>55</sup>) Damit kann natürlich nur ein Fernbleiben in ihrer Eigenschaft als Abgeordnete gemeint sein. Soweit die Sitzungen öffentlich sind, vgl. Art. 32 B.-VG., ist ihnen der Zutritt als Zuhörer nicht verwehrt.

<sup>56</sup>) Vgl. Adamovich/Spanner, a.a.O. (oben Anm. 36), S. 403.

stand, seine eigenen Vorstellungen zu präzisieren, soll hier offen bleiben. In der Entscheidung findet sich jedenfalls ein Hinweis darauf, was nach Ansicht des Gerichtshofs zu tun sei; so wurde ausdrücklich von einer Wahlwiederholung in den drei Wahlkreisen gesprochen<sup>57)</sup> 58). Dieser Hinweis vermochte die Situation jedoch eben darum nicht oder jedenfalls nicht wesentlich zu verbessern, weil Vorschriften über die Wiederholung einer ganz oder teilweise aufgehobenen Nationalratswahl zu diesem Zeitpunkt nicht existierten und man deshalb in der juristischen Bewertung der Wahlaufhebung differierte.

## 2. Die politische Lösung und die allgemeine Problematik der Wahlwiederholung

a) Nachdem zunächst die ÖVP die Auffassung vertreten hatte, daß von der Funktionsfähigkeit des Parlaments nicht weiter ausgegangen werden könne, schloß sie sich nach einem Gespräch, das am 29. Juni 1970 von den Präsidenten der im Nationalrat vertretenen drei Parteien unter Vorsitz des nunmehr als Präsident des Nationalrats amtierenden Ersten Präsidenten-Stellvertreters Maleta geführt wurde, der Meinung an, daß es gelte, dem Parlament unter allen Umständen seine Aktionsfähigkeit zu erhalten, daher auch das für die Frühjahrssession vorgenommene Legislativprogramm durchzuführen und zugleich die gesetzlichen Voraussetzungen für die Wahlwiederholung zu schaffen<sup>59)</sup>. Theoretisch argumentierte man so, daß die Mandate der betroffenen Abgeordneten nicht erloschen seien, sondern lediglich ruhten; durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs sei lediglich eine einstweilige Suspension der Abgeordneten eingetreten, die die Stellung des Nationalrats nicht beeinträchtigen könne. Konsequenterweise wurde am Anspruch auf Immunität auch dieser Abgeordneten sowie an ihrer finanziellen Gleichstellung mit den im Nationalrat verbleibenden Mandatsträgern festgehalten<sup>60)</sup>.

<sup>57)</sup> S. 15, wo es, bezogen auf die notwendig gewordene Aufhebung des zweiten Ermittlungsverfahrens im Wahlkreisverband Wien, heißt: »Diese Aufhebung ist Voraussetzung für das durch die Wahlwiederholung in den drei Wahlkreisen im Wahlkreisverband Wien neu durchzuführende zweite Ermittlungsverfahren« (Hervorhebung vom Verf.).

<sup>58)</sup> Eine vom VerFGH selbst vorgenommene Berichtigung des Ergebnisses kam nicht in Betracht. Zu diesem Institut unter allgemeinen Gesichtspunkten Hatschek, a.a.O. (oben Anm. 41), S. 509, 562 ff., und Karpenstein, a.a.O. (oben Anm. 43), S. 106 ff.

<sup>59)</sup> Vgl. die Berichte in der WZ vom 26. 6. 1970 (Nr. 145), S. 1; vom 27. 6. 1970 (Nr. 146), S. 1 und 2; vom 30. 6. 1970 (Nr. 148), S. 1, und in der NZZ vom 27. 6. 1970 (Nr. 174), S. 4; vom 1. 7. 1970 (Nr. 178), S. 5, und vom 2. 7. 1970 (Nr. 179), S. 3; an letztgenannter Stelle wird von einem »Sieg der politischen Vernunft«, andererseits auch von einer »typisch österreichischen Lösung« gesprochen.

<sup>60)</sup> So Maleta nach der WZ vom 27. 6. 1970 (Nr. 146), S. 1; vgl. auch die NZZ vom 1. 7. 1970 (Nr. 178), S. 5.

In Vollzug dieses — nunmehr politisch abgesicherten — Beschlusses gab Präsident Maleta in der ersten Sitzung des Nationalrats nach Ergehen der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs bekannt, daß gemäß § 70 Abs. 5 VerfGG die betroffenen 16 Abgeordneten den Beratungen des Nationalrats und seiner Ausschüsse fernzubleiben hätten; der Präsident des Nationalrats sowie der Dritte Präsident würden sich der Führung der Geschäfte als Präsident enthalten<sup>61)</sup>.

b) Sehr rasch auch einigte man sich auf ein Gesetz über die Wiederholung des Wahlverfahrens einer Nationalratswahl<sup>62)</sup>. Darin wird die grundsätzliche Anwendung der Bestimmungen der NRWÖ auf notwendig gewordene gänzliche oder teilweise Wahlwiederholungen angeordnet, Art. I § 1 Abs. 1. Durch § 3 werden die Verhältnisse, die bei der Wahl, die zu wiederholen ist, maßgebend waren, auch der Wiederholungswahl zugrundegelegt, d. h. insbesondere, daß wahlberechtigt nur die Wähler sind, die damals — d. h. hier am 1. März 1970 — im abgeschlossenen Wählerverzeichnis eingetragen waren<sup>63)</sup>, und daß das Abstimmungs- und Ermittlungsverfahren von den Wahlbehörden in der Zusammensetzung durchzuführen ist, die für die aufgehobene Wahl maßgebend war. § 4 trägt einer inzwischen erfolgten Bevölkerungswanderung Rechnung, indem er die Möglichkeit der Ausübung der Wahl auch in den Wahlkreisen schafft, in denen die Wahl nicht aufgehoben worden war<sup>64)</sup>. Durch Verordnung der Bundesregierung vom 16. Juli 1970 wurde die Wahlwiederholung in den drei Wahlkreisen ausgeschrieben und als Wahltag der 4. Oktober 1970 bestimmt<sup>65)</sup>.

<sup>61)</sup> Diese Aufgabe übernahm der Zweite Präsident Maleta (ÖVP), in den Sten. Prot. des Nationalrats weiterhin als »Zweiter Präsident« bezeichnet.

<sup>62)</sup> Gesetz vom 9. 7. 1970, BGBl. Nr. 202; vgl. auch über die debattenlose Annahme des von allen Fraktionen (Klubs) vorgelegten Entwurfs: Sten. Prot. des Nationalrats, Sitzung vom 9. 7. 1970, XII. GP., S. 599 f., sowie im Bundesrat, Sten. Prot. der Sitzung vom 13. 7. 1970, S. 7777 f. — Diese Bestimmungen sind auch in die neue NRWÖ 1971 (oben Anm. 2) unter den §§ 111—117 eingegangen.

<sup>63)</sup> Die österreichische Regelung verwirklicht den Grundgedanken der Wiederholungswahl, nur diejenigen Wahlberechtigten zu berücksichtigen, die bei der fehlerhaften Hauptwahl mitgewirkt haben konnten, konsequent; anders etwa § 44 Abs. 2 BWahlG, wonach nur dann die gleichen Wählerverzeichnisse wie bei der Hauptwahl verwendet werden, wenn zwischen dieser und der Wiederholungswahl nicht mehr als sechs Monate liegen; dazu auch Karpenstein, a.a.O. (oben Anm. 43), S. 122.

<sup>64)</sup> Vgl. dazu den nicht ganz unbedenklichen, teilweise anders konzipierten § 80 Abs. 4 BWahlO (unten Anm. 69). — Ein Art. II des Gesetzes vom 9. 7. 1970 (oben Anm. 62) enthält eine Verfassungsbestimmung, die eine Regelung für den Fall enthält, daß die Wiederholungswahl mit einer Landtagswahl zeitlich zusammenfällt. Aktueller Anlaß für diese Bestimmung war, daß am 4. 10. 1970 auch die Landtagswahlen in Tirol stattfinden sollten.

<sup>65)</sup> BGBl. Nr. 230. Die Verordnung ist gestützt auf § 2 Art. I des Gesetzes vom 9. 7. 1970 (oben Anm. 62).

Der Ausgang dieser Wahl brachte der FPÖ erwartungsgemäß ein weiteres Mandat<sup>66)</sup> auf Kosten der ÖVP, so daß die von der FPÖ betriebene Wahlanfechtung sich auch politisch gerechtfertigt sah<sup>67)</sup>.

c) Ein Blick auf die einschlägigen Wahlrechtsvorschriften der BRD zeigt eine weitgehende Übereinstimmung der neugeschaffenen österreichischen Regelung der Wahlwiederholung mit § 44 BWahlG<sup>68)</sup> in Verbindung mit § 80 BWahlO<sup>69)</sup>. Diese Übereinstimmung gewinnt dadurch an Bedeutung, daß in Verteidigung der Theorie von der Suspendierung der 16 Abgeordneten die notwendig gewordene Wahlwiederholung mehrfach als Nachwahl, nicht als Neuwahl bezeichnet wurde<sup>70)</sup>. Beide *termini* finden sich nicht in der NRWO. Schon sprachlich unterscheidet sich jedoch eine Neuwahl sowohl von der Nachwahl wie der Wiederholungswahl dadurch, daß die Neuwahl die gegenwärtige Situation betreffend Wählerschaft, Wahlvorschriften usw. zugrundelegt und nicht an einen Punkt in der Vergangenheit anknüpft. Geht man ferner davon aus, daß im Frühjahr 1970 die Nationalratswahl durchgeführt wurde, allerdings dabei zum Teil mit schweren Mängeln behaftet war, so ist dies der — nach deutschem Recht — typische Fall einer »Wiederholungswahl« während mit einer »Nachwahl« eine aus welchem Grunde auch immer nicht durchgeführte Wahl nachgeholt werden muß, vgl. §§ 43 BWahlG, 79 BWahlO<sup>71)</sup>. Die Willensbildung des Volkes — kulminierend in der Wahl — hatte sich in unserem Fall daher schon am 1. März 1970, wenn auch noch nicht abschließend, konkretisiert.

Trotz dieser — immerhin vielsagenden — Vergleichbarkeit ließe sich dahin argumentieren, daß die einzig angemessene Reaktion auf die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs die Auflösung des Nationalrats und die Ausschreibung allgemeiner Neuwahlen gewesen wäre<sup>72)</sup>, eben weil die NRWO bislang eine Wahlwiederholung nicht kannte. Diese Meinung würde jedoch wohl verkennen, daß der Notwendigkeit, dem Recht auf Repräsentation Geltung zu verschaffen<sup>73)</sup>, gleichrangig der Grundsatz der Achtung

<sup>66)</sup> Es handelt sich um ein im zweiten Ermittlungsverfahren vergebenes Reststimmenmandat. Die derzeitige Sitzverteilung im Nationalrat beträgt also: SPÖ 81, ÖVP 78, FPÖ 6 Mandate.

<sup>67)</sup> Vgl. dazu die Ausführungen des VerfGH, S. 14 f. (Anm. 54).

<sup>68)</sup> Siehe oben Anm. 53.

<sup>69)</sup> BWahlO in der Fassung vom 8. 4. 1965, BGBl. I, S. 240.

<sup>70)</sup> Vgl. NZZ vom 1. 7. 1970 (Nr. 178), S. 5.

<sup>71)</sup> Vgl. K.-H. Seifert, Das Bundeswahlgesetz (2. Aufl. 1965), S. 204. Die Wiederholungswahl kann sich an eine stattgefundene Wahl immer erst anschließen.

<sup>72)</sup> Siehe Art. 29 B.-VG.

<sup>73)</sup> Nach dem Entscheid des VerfGH war nicht auszuschließen, daß ohne die festgestellte Rechtswidrigkeit die Wiener Wahlkreise in anderer Weise im Nationalrat vertreten gewesen wären. In einem demokratischen Staat ist daher ein erneuter Gang an die

vor dem bereits — mehrheitlich — artikulierten Volkswillen gegenübersteht, der sowohl jeden wahlprüfungsrechtlichen Wahleingriff auf das unumgängliche Minimum beschränkt<sup>74)</sup>, als auch jede daraus zu ziehende weitere Konsequenz an ihm zu messen erforderlich macht<sup>75)</sup>. Durch die vom Verfassungsgerichtshof festgestellte Rechtswidrigkeit blieben 90 Prozent der Nationalratssitze völlig unberührt. Unter diesen Umständen konnte, ja mußte der bislang nicht ordnungsgemäß vertretene Teil der Bevölkerung die ihm zustehende Repräsentation erhalten, ohne daß dadurch der schon ermittelte Wille der Mehrheit des Volkes in Frage zu stellen war<sup>76)</sup>. Die — auch schon vom Verfassungsgerichtshof selbst angedeutete — Entscheidung für eine Wiederholungswahl entsprach daher durchaus den demokratischen Prämissen der österreichischen Rechtsordnung.

d) Eine realistische Betrachtung verbietet allerdings die hoffnungsfrohe Ansicht, mit einer Wiederholungswahl könne der Volkswille nun wirklich ganz so ermittelt werden, wie er sich ohne den Wahlfehler dargestellt hätte<sup>77)</sup>. Ein Zurückschrauben der inzwischen vergangenen Zeit ist in keinem Fall möglich, und die unterdessen erreichten Erfolge oder Mißerfolge von Regierung und Opposition sind bei der Durchführung der Wiederholungswahl nicht aus dem Gedächtnis der Wähler zu streichen. Gerade auch die Kenntnis vom Ausgang der Wahl, die (teilweise) zu wiederholen ist, kann manche anders abstimmen lassen, als sie es ohne dieses Wissen getan haben bzw. tun würden. In der Regel werden auch nicht alle Betroffenen wieder

---

Urne unerläßlich und darf nicht dem Ermessen des Wahlprüfungsorgans anheimgestellt werden; so aber noch zum Teil die Regelung in der Weimarer Republik, vgl. § 37 Reichswahlgesetz 1924 (RGBl. I, S. 159). Anscheinend ähnlich noch heute § 44 Abs. 3 Satz 2 BWahlG.

<sup>74)</sup> Vgl. Karpenstein, a.a.O. (oben Anm. 43), S. 105. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Wahlprüfung dem Parlament obliegt oder der Sache nach Aufgabe einer anderen Instanz ist.

<sup>75)</sup> Dieses Ergebnis liegt auf der Linie der konsequenten Fortführung des Mehrheitsgedankens in der Demokratie und somit auf der gleichen Ebene wie der Erheblichkeitsgrundsatz bei der Wahlanfechtung, vgl. oben bei und in Anm. 43.

<sup>76)</sup> Dieser Gedankengang findet seine Grenze dort, wo mehr als die Hälfte der Parlamentssitze neu zu bestimmen oder der Wahlgang im ganzen Wahlgebiet zu wiederholen wäre. Daß sowohl § 1 Abs. 1 des Gesetzes vom 9. 7. 1970 (Anm. 62) als auch § 44 Abs. 1 BWahlG von der Möglichkeit der gänzlichen Wiederholung ausgehen, ist eine über diese Überlegung hinausweisende Rechtsentscheidung, die sich an der (angeblichen) Notwendigkeit orientiert, der kollektive Wahlakt habe zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt stattzufinden, der auch dann maßgebend bleiben müsse, wenn die Wahlhandlung insgesamt für ungültig erklärt wurde. Ob diese an sich richtige Wertung auch da überzeugt, wo es nicht nötig erscheint, die Homogenität der Vertretungskörperschaft durch Zugrundelegung der gleichen Vorschriften usw. zu sichern, weil sowieso alle Mandate neu zu vergeben sind, scheint angesichts der oben im Text folgenden Ausführungen doppelt zweifelhaft.

<sup>77)</sup> Dazu auch Karpenstein, a.a.O. (oben Anm. 43), S. 69 f.

zur Wahl gehen<sup>78)</sup>. Dieses Bild wird bestätigt durch Äußerungen aus Führungskreisen der ÖVP, wonach es sich bei der Wahl vom 4. Oktober 1970 thematisch um keine Wiederholung der Nationalratswahl vom 1. März 1970 handeln könne, da inzwischen jedermann Informationen über die Installation und die Tätigkeit der sozialistischen Minderheitsregierung erhalten habe, auf Grund deren er sich ein Bild machen könne und die er in die Wahlentscheidung miteinbeziehen werde<sup>79)</sup>. All dies läßt klar erkennen, daß sich die Situation der Hauptwahl nur formell durch die Anwendung der entsprechenden Vorschriften rekonstruieren läßt, nicht hingegen in materieller Hinsicht. Dennoch gebührt dem Gedanken der bloßen Wahlwiederholung der Vorzug vor dem der Neuwahl, weil er am ehesten die einander widerstreitenden Prinzipien des Minderheitenschutzes und der Mehrheitsentscheidung in Einklang zu bringen vermag<sup>80)</sup>.

### 3. Die Wirksamkeit der parlamentarischen Akte vor und nach der Aufhebung

Nach alledem ist eine Wiederholungswahl als integrierender Bestandteil des Wahlvorgangs anzusehen, durch den zu einem bestimmten Zeitpunkt der Volkswille ermittelt werden soll. Sein Ergebnis steht darum auch erst mit Abschluß der Wiederholungswahl endgültig fest. Jedenfalls bei einem längeren Zeitraum zwischen Haupt- und Wiederholungswahl wird sich zwangsläufig das Problem der Gültigkeit der vom Parlament inzwischen vorgenommenen Akte stellen, ein Problem, das unlösbar mit der Frage nach der Funktionsfähigkeit des Parlaments in dieser Periode zusammenhängt.

Die politischen Parteien Österreichs bejahten diese Frage uneingeschränkt für die gesamte kritische Zeit vom 1. März bis 4. Oktober 1970. Es gab aber auch beachtliche Gegenstimmen. So hat — Pressemeldungen zufolge<sup>81)</sup> — Winkler die vom Verfassungsgerichtshof ausgesprochene »Aufhebung« der Wahl als ihre Annullierung definiert und daraus gefolgert, daß das nunmehr statt mit 165 Abgeordneten nur noch mit 149 Abgeordneten besetzte »Rumpfparlament« als Plenum nicht mehr funktionsfähig sei, da seine Zusammensetzung einer Verfälschung der politischen Repräsentanz gleichkomme; dennoch beschlossene Gesetze seien rechtswidrig. Allein für die Ausschubarbeit ergebe sich keine Unterbrechung, da in diesen Gremien Ersatzmänner anstelle der Ausscheidenden nachrücken könnten.

<sup>78)</sup> So auch bei der Wiederholungswahl in den drei Wiener Wahlkreisen, vgl. WZ vom 6. 10. 1970 (Nr. 231), S. 1.

<sup>79)</sup> WZ vom 27. 6. 1970 (Nr. 146), S. 2.

<sup>80)</sup> Dies gilt mit der oben unter Anm. 76 gemachten Einschränkung.

<sup>81)</sup> WZ vom 27. 6. 1970 (Nr. 146) und NZZ vom 1. 7. 1970 (Nr. 178), S. 5.

Es empfiehlt sich, die hier angesprochene Problematik getrennt für die Zeit vor und für die Zeit nach Wirksamwerden der verfassungsgerichtlichen Entscheidung<sup>82)</sup> zu behandeln.

a) *Die Gültigkeit der parlamentarischen Akte vor der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs*

Da die Wahl zum Nationalrat am 1. März 1970 durchgeführt und ihr Ergebnis festgestellt wurde, ist zunächst davon auszugehen, daß sich ein funktionsfähiges Parlament konstituiert hat. Mindestvoraussetzung<sup>83)</sup> für die Bejahung der Unwirksamkeit der vom Nationalrat von März bis Juni vorgenommenen Akte wäre die Annahme einer *ex tunc*-Wirkung der vom Verfassungsgerichtshof ausgesprochenen Aufhebung der Wahl in den drei Wahlkreisen. Eine solche These könnte jedoch aus verschiedenen Gründen nicht überzeugend vertreten werden.

Zu erinnern ist zunächst daran, daß der Aufhebung verfassungswidriger Gesetze durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof von Art. 140 Abs. 3 B.-VG. ausnahmslos nur *ex nunc*-Wirkung zugesprochen wird, wobei noch die weitere Besonderheit besteht, daß der Gerichtshof das Außerkrafttreten der Vorschrift auf ein Jahr nach Rechtskraft seines Erkenntnisses hinausschieben kann<sup>84)</sup>. Von der Rechtslehre ist anerkannt, daß auch die Aufhebung einer Wahl nur *ex nunc pro futuro* wirken kann<sup>85)</sup>. In diesem Sinn hat sich auch der Verfassungsgerichtshof mehrfach ausgesprochen<sup>86)</sup>: Wenn er sagt, daß, solange bei ihm ein Wahlanfechtungsverfahren anhängig ist, das noch nicht durch ein Erkenntnis oder einen Beschluß der Erledigung zugeführt wurde, die Wahlbehörden nicht befugt sind, eine Neuwahl des betreffenden Vertretungskörpers anzuordnen oder durchführen zu lassen, so geht daraus schlüssig hervor, daß der Vertretungskörper jedenfalls bis zum Zeitpunkt verfassungsgerichtlicher Entscheidung für aktionsfähig gehalten wird; denn es könnte vernünftigerweise nicht untersagt werden, mögliche Rechtswidrigkeiten so früh wie möglich aus der Welt zu schaffen<sup>87)</sup>. Es ist daher davon auszugehen, daß der Nationalrat jedenfalls bis zum 25. Juni 1970 funktionsfähig geblieben ist mit der Folge, daß

<sup>82)</sup> Die Entscheidung wird wirksam mit dem der Zustellung folgenden Tag, § 70 Abs. 5 VerfGG.

<sup>83)</sup> Mindestvoraussetzung deshalb, weil nicht auszuschließen ist, daß trotz der damit festgestellten unrichtigen Zusammensetzung des Parlaments ein anderer Grund für die Funktionsfähigkeit des Vertretungskörpers spricht.

<sup>84)</sup> Dazu vgl. Ermacora, a.a.O. (oben Anm. 36), S. 260.

<sup>85)</sup> Ermacora, a.a.O., S. 278.

<sup>86)</sup> VerfGH Slg. 2043/1950, 2158/1951, 3169/1957.

<sup>87)</sup> Deshalb ist es auch dem deutschen Gesetzgeber nicht untersagt, Gesetze, die dem BVerfG zur Überprüfung vorliegen, aufzuheben oder abzuändern.

an der Gültigkeit und Rechtmäßigkeit aller seiner von ihm bis zum genannten Datum vorgenommenen Akte auch für die Zukunft aus dem Gesichtspunkt der Wahlaufhebung nicht zu zweifeln ist.

In diesem Zusammenhang ist auch ein rechtsvergleichender Seitenblick auf die deutsche Rechtsordnung von Interesse: Die Frage der eventuellen Funktionsunfähigkeit des Parlaments wurde dort nahezu ausschließlich behandelt von der Prämisse aus, daß die Wahl des Parlaments auf der Grundlage verfassungswidriger Wahlrechtsnormen erfolgt ist<sup>88)</sup>, aber selbst von den Autoren verneint, die mit der durchaus herrschenden Lehre von der *ex tunc*-Nichtigkeit verfassungswidriger Rechtsnormen ausgehen<sup>89)</sup>. Eine durchschlagende Begründung von dieser Ansicht her ist allerdings nicht ganz einfach. Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich meinte für den von ihm entschiedenen Fall, daß die Ungültigkeit der Wahl bis zum Zeitpunkt seiner Entscheidung durchaus zweifelhaft sein konnte; der Fehler, mit dem das Parlament ins Leben getreten sei, sei nicht so schwerwiegend gewesen, daß man es von Anfang an als nicht verfassungsgemäße Volksvertretung hätte ansehen dürfen<sup>90)</sup>. Mit dieser Theorie wird indes — für die Vergangenheit — jeder Unterschied zwischen rechtmäßig und rechtswidrig zustande gekommener Volksvertretung verwischt. Noch kühner aber ist die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts, das für vergleichbare Fälle zwar gerade nicht vom Rechtsbestand des verfassungswidrig gewählten Parlaments ausgeht, trotzdem aber dessen Akte aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit für gültig erklärt<sup>91)</sup>.

<sup>88)</sup> Aus der Literatur: W. Jellinek, Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich und die Splitterparteien. Zugleich eine Untersuchung über die Rechtsfolgen ungültiger Wahlgesetze, AöR N.F. Bd. 15, S. 99 ff.; H. Kipp, Die Rechtsfolgen verfassungswidriger Gesetze. Unter näherer Berücksichtigung des Bonner Grundgesetzes, in: Gegenwartprobleme des Rechts, hrsg. von H. Conrad und H. Kipp, Bd. 1 (1950), S. 85 ff.; Lemke, Rechtsfolgen, a.a.O. (oben Anm. 39); Ch. Böckenförde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze. Eine Untersuchung über Inhalt und Folgen der Rechtssatzkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (1966); H. Maurer, Die verfassungswidrige Bundestagswahl (1969).

<sup>89)</sup> Maurer, a.a.O., S. 25 f., mit weiteren Nachweisen.

<sup>90)</sup> RGZ 123, Anhang S. 13 ff., 23 f. Die Entscheidung betraf die Wahl des sächsischen Landtags im Jahre 1926, der bereits zwei Jahre fungiert hatte. Allerdings konnte in diesem Fall wie in dem hier besprochenen von der tatsächlichen Seite her die Ungültigkeit des Gesetzes nur wenige Sitze betreffen. Maurer, a.a.O., S. 21, meint, daß diese Überlegung den RStGH bei seiner Entscheidung beeinflusst habe, es also offen sei, wie er in dem Fall erkannt hätte, wenn die zur Ungültigkeit der Wahl führende Fehlerhaftigkeit sich auf alle Sitze ausgewirkt hätte.

<sup>91)</sup> So in BVerfGE 1, 14 ff., 37 (Südweststaaturteil), und BVerfGE 3, 41 ff., 44 f. Zu beiden Entscheidungen Böckenförde, a.a.O. (oben Anm. 88), S. 74 ff., und Maurer, a.a.O. (oben Anm. 88), S. 20 ff., der die Fragwürdigkeit dieser Konstruktion auch unter dem Blickwinkel der Immunität der Abgeordneten überprüft.



Es soll an dieser Stelle nicht unternommen werden, die bessere Tragfähigkeit des einen oder anderen Gedankengangs zu ermitteln<sup>92)</sup>. Für unsere Zwecke genügt die Erkenntnis, daß selbst vom Boden einer strikteren Rechtsanschauung her die Ungültigkeit der Akte des Parlaments nicht die notwendige Konsequenz seines rechtswidrigen Zustandekommens zu sein braucht.

*b) Die Gültigkeit der parlamentarischen Akte nach der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs*

Nach § 1 Abs. 1 NRWO besteht der Nationalrat aus 165 Mitgliedern. Der verfassungsgerichtliche Spruch hatte eine Verminderung dieser gesetzlichen Mitgliederzahl auf 149 unmittelbar zur Folge. Es ist nicht möglich, in der Aufhebung der Wahl eine bloße Suspendierung der betroffenen Abgeordneten zu sehen, wie es der Lesart der politischen Parteien Österreichs entsprach. Ebenso wie der — hinter dem Rückwirkungsverbot stehende — Rechtsschein vor der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs dazu führen muß, ein in jeder Hinsicht intaktes und nicht mit einem Mangel behaftetes Parlament anzunehmen, so ist dieser Rechtsschein mit dem Ergehen der Entscheidung zerstört — eindeutige Folgerungen daraus zu ziehen, ist gerade angesichts einer gesetzlich nicht geregelten Situation unerlässlich: Der Aufhebung einer Wahl kommt echt kassatorische Bedeutung zu<sup>93)</sup>.

Am rechtlichen Bestand des Nationalrats für die Zeit nach dem 25. Juni 1970 kann deshalb allein natürlich nicht gezweifelt werden<sup>94)</sup>. Diesen Schritt macht auch Winkler<sup>95)</sup> offensichtlich nicht, wenn er von der fortbestehenden Funktionsfähigkeit der Ausschüsse ausgeht, die als seine Hilfsorgane grundsätzlich nur zusammen mit dem Nationalrat selbst bestehen können<sup>96)</sup>. Dieses Parlament weist aber mit einem Male nicht mehr die gesetzlich vorgeschriebene Mitgliederzahl auf; es ist — wie Winkler sagt —

<sup>92)</sup> Ein erheblicher Gesichtspunkt spricht gegen die Auffassung des BVerfG und für die Meinung des RStGH: Da nach deutschem Recht in erster Linie dem Parlament die Wahlprüfung obliegt, zur Wahlprüfung aber auch nach richtiger Ansicht, die allerdings gerade vom Bundestag in ständiger Praxis nicht geteilt wird — Nachweise zu dieser Streitfrage bei Seifert, a.a.O. (oben Anm. 71), S. 352 —, das Messen der Wahlrechtsnormen an der Verfassung gehört, muß vom Rechtsbestand des Parlaments ausgegangen werden, da es kaum sinnvoll wäre, einem »Scheinparlament« Aufgaben von großer Tragweite zuzuweisen.

<sup>93)</sup> Vgl. Hatschek, a.a.O. (oben Anm. 41), S. 508.

<sup>94)</sup> Somit ist diese Situation eine ganz andere als diejenige, die in der BRD aus einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung folgt, durch die die Nichtigkeit von Wahlrechtsvorschriften festgestellt wird. Hier geht die herrschende Lehre vom *ex nunc*-Nichtbestand des Parlaments aus; andere Meinungen finden sich dargestellt bei Lemke, a.a.O. (oben Anm. 39), S. 79 ff. Dazu auch noch unten im Text.

<sup>95)</sup> Vgl. oben Anm. 81.

<sup>96)</sup> Allerdings vgl. hierzu die Sonderregelung des Art. 55 Abs. 2 B.-VG., wonach der ständige Unterausschuß des Hauptausschusses auch dann bestehen bleibt, wenn der Natio-

ein »Rumpfparlament« geworden. Fraglich ist nur, ob daraus auf die Funktionsunfähigkeit des als Plenum tagenden Nationalrats geschlossen werden kann<sup>97)</sup>. Die Antwort muß negativ sein.

aa) Kein geeignetes, diese Ansicht stützendes Argument allerdings wäre es, wollte man auf die die Beschlußfähigkeit des Nationalrats regelnden Bestimmungen verweisen. Nach der Grundregelung des Art. 31 B.-VG. ist zu einem Beschluß des Nationalrats, soweit nichts anderes bestimmt ist, die Anwesenheit von mindestens einem Drittel der Mitglieder — also von 55 Abgeordneten — und die unbedingte Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich<sup>98)</sup>. Für unseren Fall müßte daraus ohne weiteres die Beschlußfähigkeit des Restparlaments folgern. Diese Argumentation würde aber übersehen, daß die Frage der Beschlußfähigkeit erst aktuell werden kann, wenn die Funktionsfähigkeit des Parlaments als solche sichergestellt ist. Gewiß kann mangelnde Präsenz der Abgeordneten im Einzelfall das Parlament zur Aktionslosigkeit verurteilen — aber gerade nur die Notwendigkeit oder Nichtnotwendigkeit vollständiger Präsenz wird mit den Vorschriften über die Beschlußfähigkeit geregelt. Davon völlig unberührt bleibt das Problem, das daraus entsteht, daß eine — nicht unerhebliche — Anzahl von Mandaten nicht nur faktisch, sondern schon im Rechtssinn gar nicht wahrgenommen werden kann, weil in einem bestimmten Umfang die Träger der Mandate nicht bestimmt sind<sup>99)</sup>.

Immerhin nicht uninteressant ist, daß eben auf diesem Wege das bekannteste Rumpfparlament der deutsch-österreichischen Geschichte über dieses Dilemma hinwegzukommen hoffte. Nachdem die Frankfurter Nationalversammlung durch die Veränderung der gesamten politischen Umstände und dem damit bedingten Ausscheiden der Mehrheit ihrer Abgeordneten sich in ihrer Existenz und Aktionsfähigkeit aufs tiefste bedroht sah, beschloß sie am 24. Mai 1849 das Quorum für die Beschlußfähigkeit von 150 auf 100 Mitglieder herabzusetzen<sup>100)</sup>. Diese korrekt zustande gekommene Änderung

nalrat nach Art. 29 Abs. 1 B.-VG. vom Bundespräsidenten aufgelöst wird.

<sup>97)</sup> Die Lahmlegung des Plenums beträfe in erster Linie die Legislativfunktion des Nationalrats; soweit die Mitwirkung des Nationalrats an der Vollziehung des Bundes in Frage steht, ist auf Art. 55 B.-VG. hinzuweisen, wonach diese Aufgaben weitgehend vom Hauptausschuß erledigt werden; vgl. Adamovich/Spanner, a.a.O. (oben Anm. 36), S. 179 f.

<sup>98)</sup> Soll eine Verfassungsänderung oder -ergänzung beschlossen werden, ist die Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder (83 Abgeordnete) und eine Mehrheit von zwei Drittel der abgegebenen Stimmen erforderlich, Art. 44 Abs. 1 B.-VG.

<sup>99)</sup> Es ist daher eine klare Verkennung der Rechtslage, wenn in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen wurde, die Situation sei keine andere als dann, wenn die 16 Abgeordneten sich auf einer Reise nach China befänden oder erkrankt wären.

<sup>100)</sup> Vgl. E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 2 (1960), S. 880 Anm. 13.

der Geschäftsordnung vermochte indes die Zweifel an der Legitimation der von insgesamt 585 noch knapp über 100 verbliebenen und anschließend nach Stuttgart übersiedelten Abgeordneten nicht zu beseitigen. Hinter der Frage des württembergischen Ministers von Römer: »Ist die deutsche Nation repräsentiert durch 100 Mitglieder, deren überwiegende Mehrzahl den kleinen Staaten angehört, während z. B. Österreich nur durch 13, Preußen durch 19, Bayern durch 11, Hannover — ich glaube durch nur 1 Abgeordneten vertreten sind«<sup>101)</sup>, stand kaum bloßes politisches Kalkül, sondern auch die Überlegung, daß die formal nicht angreifbare Beschlußfähigkeit des Rumpfparlaments nicht über die Hürde der viel tiefer liegenden Fragwürdigkeit des Repräsentationsvermögens dieses Parlaments hinweghelfen könne, eines Anspruchs, dessen sich allerdings das Rumpfparlament beharrlich berühmte<sup>102)</sup>. Im übrigen sind rechtlich ergiebige Vergleiche zwischen dieser und der hier zu beurteilenden Situation wegen der völlig verschiedenartigen Gegebenheiten selbstverständlich ausgeschlossen.

bb) Stark für die hier vertretene Bejahung der Handlungsfähigkeit des »kupierten« Nationalrats spricht jedoch die Möglichkeit der Teilaufhebung der Wahl selbst, § 70 Abs. 1 VerfGG 1953. In dieselbe Richtung weisen die Absätze 2 und 3 der gleichen Vorschrift, wonach die Wahl einzelner Personen für nichtig erklärt werden kann. Die Teilaufhebung wäre von der Theorie der Funktionsunfähigkeit des Plenums aus nicht recht verständlich, da die Teilaufhebung, die im Gegensatz zur Totalaufhebung der Wahl steht, nur den Sinn haben kann, den von der Partialaufhebung nicht betroffenen Teil der Wahl und des dadurch gebildeten Parlaments unberührt zu lassen; wenn dem nicht so wäre, läge in der in jedem Fall vorzunehmenden Gesamtaufhebung der einzig konsequente Weg. Gewiß bleibt auch nach der *Winkler*schen These ein Unterschied zwischen Funktionsunfähigkeit und Nichtbestand des Nationalrats<sup>103)</sup>. Der in beiden Fällen aber eintretende Verlust der Legislativfunktion rückt in einem sehr weiten und sehr einschneidenden Bereich beide Lösungen dicht zueinander.

cc) Mit dieser Erwägung ist jedoch in der Tat noch nicht darüber hin-

<sup>101)</sup> Schreiben an den Präsidenten der Nationalversammlung vom 17. 6. 1849, zitiert nach *Huber*, *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. 1 (1961), S. 358 Nr. 137 a. Ähnlich dem Sinn nach bereits die Note des Reichsministerpräsidenten Fürst Wittgenstein an das württembergische Staatsministerium vom 9. 6. 1849, *ibid.*, S. 356 Nr. 132.

<sup>102)</sup> So z. B. im Aufruf der Nationalversammlung an das deutsche Volk vom 26. 5. 1849: »... Den Regierungen, ..., halten wir beharrlich den schon im Vorparlament geltend gemachten, dann im Anfang unserer Verhandlungen feierlich ausgesprochenen und fortan tatsächlich behaupteten Grundsatz der Nationalsoveränität entgegen ...«, zitiert nach *Huber*, a.a.O., S. 353 f. Nr. 129.

<sup>103)</sup> Vgl. oben bei und in Anm. 96 und 97.

wegzukommen, daß der nur aus 149 Abgeordneten bestehende Nationalrat nicht in vollständiger Weise die Gesamtheit des Volkes repräsentiert. Dieses Minus haftet dem Rumpfparlament an und macht sicherlich seine unverzügliche Vervollständigung nötig. Zweifelhaft kann nur sein, ob es für die Funktionsfähigkeit eines Parlaments rechtlich unverzichtbar ist, daß die durch ihn vermittelte Repräsentanz stets und ungebrochen gegeben ist.

Untersucht man auf diese Frage hin das deutsche Recht, das in der Wahlwiederholung an sich kein rechtliches Problem sieht, und die deutsche Praxis, so läßt sich dreierlei feststellen:

Zunächst gibt § 44 Abs. 3 Satz 2 BWahlG einen Fingerzeig. Danach unterbleibt die Wiederholungswahl, wenn feststeht, daß innerhalb von sechs Monaten nach Rechtskraft der teilweise aufhebenden Entscheidung ein neuer Bundestag gewählt wird. Aus dieser Vorschrift ist zu entnehmen, daß jedenfalls dann für eine bestimmte Dauer die Durchbrechung der vollständigen Repräsentation hingenommen wird, wenn der mit der Wiederholungswahl verbundene Aufwand zum angestrebten Erfolg — wegen der nur wenig später durchzuführenden Neuwahl — nicht mehr in angemessenem Verhältnis stünde<sup>104</sup>).

Darüber erheblich hinaus geht das Bundesverfassungsgericht, wenn es den ersatzlosen Mandatsfortfall bei den im Verfahren nach Art. 21 Abs. 2 GG für verfassungswidrig erklärten Parteien für rechtens hält<sup>105</sup>). Die Erläuterungen des Gerichts hierzu sind allerdings eher apodiktisch zu nennen, zumindest was den Zusammenhang von Mandatsverlust und notwendiger Vertretung betrifft. Es heißt da nur: »Die Wähler der ausgeschiedenen Abgeordneten sind durch den Mandatsverlust nicht beschwert, da das Verlangen, durch den Abgeordneten einer verfassungswidrigen Partei vertreten zu sein, selbst verfassungswidrig wäre«<sup>106</sup>). Auf den Gesichtspunkt, daß aber für diejenigen, die die verfassungswidrige Partei in das Parlament gewählt haben, ein Anspruch besteht, durch eine sich im Rahmen des Grundgesetzes agierende Partei vertreten zu sehen, geht das Bundesverfassungsgericht wenig später ein<sup>107</sup>). Es erläutert zunächst, daß zum damaligen

<sup>104</sup>) So auch Karpenstein, a.a.O. (oben Anm. 43), S. 121 f. Zurückhaltender Seifert, a.a.O. (oben Anm. 71), S. 207, der § 44 Abs. 3 Satz 2 BWahlG eine »ohnehin nicht ganz unbedenkliche Ausnahmenvorschrift« nennt.

<sup>105</sup>) BVerfGE 2, 1, 72 ff. (SRP-Urteil) und BVerfGE 5, 85, 392 (KPD-Urteil). — Zur verfassungspolitischen Frage der Einführung eines verfassungsgerichtlichen Parteienverbots in Österreich vgl. Spanner, Rechtliche und politische Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Verhandlungen für den Ersten Österreichischen Juristentag (1961) Bd. 1 (Gutachten) Teil 2, S. 72 ff.

<sup>106</sup>) BVerfGE 2, 74.

<sup>107</sup>) BVerfGE 2, 77 f.

Zeitpunkt<sup>108</sup>) eine gesetzliche Regelung eines solchen Mandatsverlustes kraft Parteiverbot nicht bestand, und daß es deshalb selbst die Folgen des Mandatsverlustes zu ordnen habe<sup>109</sup>); das Bundesverfassungsgericht verfügte demgemäß den ersatzlosen Wegfall der Mandate. Wörtlich ist ausgeführt:

»Aus rechtlichen und wahltechnischen Gründen ist es unangebracht, Ersatzwahlen für die im Wahlkreis gewählten Abgeordneten oder gar allgemeine Neuwahlen im Wege einer Anordnung nach § 35 BVerfGG vorzusehen. Der Fortfall der Mandate führt zwangsläufig dazu, daß die Mitgliederzahl der Parlamente bis zu einer gesetzlichen Neuregelung und längstens für die Dauer der laufenden Wahlperiode sich um die Zahl der ersatzlos fortgefallenen Mandate vermindert. Dies gilt auch bei den Parlamenten, für die in den Verfassungen oder Wahlgesetzen eine feste Mitgliederzahl vorgesehen ist. Die Rechtsgültigkeit der Beschlüsse, die auf der Grundlage der verminderten Mitgliederzahl gefaßt werden, kann deshalb nicht in Zweifel gezogen werden«<sup>110</sup>).

Eine derartige Entscheidung blieb natürlich nicht unkritisiert<sup>111</sup>). Immerhin läßt sich aus ihr die klare Meinung des zur verbindlichen Interpretation der Verfassung berufenen Gerichts deduzieren, daß die zeitweilige Nichtrepräsentation eines Bevölkerungsteils auch in einem auf der Grundlage der Demokratie errichteten Staatswesen noch nicht notwendig die Funktionsunfähigkeit des das Volk nur lückenhaft repräsentierenden Staatsorgans, des Parlaments, zur Folge hat. Einen elementaren Verstoß gegen die Grundsätze der repräsentativen Demokratie sieht das Bundesverfassungsgericht in einer solchen Konstellation demnach offensichtlich nicht.

Schließlich weist auch die politische Praxis der BRD Beispiele auf, aus denen sich ergibt, daß fehlende Repräsentanz zugunsten weiterer Funktionsausübung eines Vertretungskörpers in Kauf genommen wird.

In den Jahren 1960 und 1961 hatte das Bundesverfassungsgericht Bestimmungen der Kommunalwahlgesetze von vier Bundesländern wegen Benachteiligung der sogenannten Rathausparteien für nichtig erklärt<sup>112</sup>). Pre-

<sup>108</sup>) Das Urteil zum Verbot der SRP erging am 23. 10. 1952. Heute regelt das BWahlG in § 49 die Folgen eines derartigen Ausspruchs des BVerfG. Danach finden Wahlwiederholungen statt, soweit Abgeordnete, die in Wahlkreisen gewählt wurden, ihre Sitze verloren haben. Die Sitze bleiben jedoch unbesetzt, soweit die Abgeordneten über eine Landesliste gewählt worden waren.

<sup>109</sup>) Die Rechtsgrundlage hierfür bildet § 35 BVerfGG.

<sup>110</sup>) BVerfGE 2, 77 f.

<sup>111</sup>) Kritisch z. B. Seifert, a.a.O. (oben Anm. 71), S. 221, der von erheblichen Bedenken gegen das Urteil im Hinblick auf Art. 20 Abs. 2, 38 Abs. 1 GG spricht. Nach Karpenstein, a.a.O. (oben Anm. 43), S. 120, hätte nach dem Ausscheiden der SRP-Abgeordneten eine Neuwahl stattfinden müssen.

<sup>112</sup>) Betroffen waren die Länder Saarland (BVerfGE 11, 266), Nordrhein-Westfalen (BVerfGE 11, 351), Niedersachsen (BVerfGE 12, 10) und Schleswig-Holstein (BVerfGE 13, 1).

kär war die Lage nur im Saarland und in Schleswig-Holstein, weil dort auf Grund dieser verfassungswidrigen Wahlgesetze bereits gewählt war.

In einem Runderlaß des Innenministers des Saarlandes wurde nach Ergehen des Karlsruher Richterspruchs angeordnet, daß die bisherigen Mitglieder der Vertretungskörperschaften zu allen Angelegenheiten, zu deren Beratung und Entscheidung die Vertretungskörperschaften nach der Gemeindeordnung berufen sind, weiterhin beratend zu hören seien<sup>113</sup>). Der saarländische Landtag begrüßte in einem Beschluß die Initiative der Regierung und bezeichnete den Ministererlaß als »einen gangbaren Weg zur Vermeidung von Nachteilen und gegebenenfalls nicht wiedergutzumachenden Folgen für die Gemeinden und Kreisverwaltungen«<sup>114</sup>). Dabei ließen weder Regierung noch Volksvertretung Zweifel an der Notwendigkeit möglichst baldiger Wahlwiederholung.

Insoweit gleich beurteilte man auch in Schleswig-Holstein die durch die Bundesverfassungsgerichtsentscheidung entstandene Rechtslage. Im übrigen entschloß man sich zu einer sehr viel weitergehenden Lösung. Durch Runderlaß des Innenministers wurde bestimmt, daß die auf Grund der nichtigen Wahlvorschriften gewählten Kommunalvertretungen so lange weiter in vollem Umfange tätig zu bleiben hatten, bis das neue Wahlergebnis vom Wahlleiter bekannt gemacht war<sup>115</sup>). Auch hier sanktionierte der Landtag die Regierungspolitik, indem er eine entsprechende gesetzliche Regelung schuf<sup>116</sup>).

Ob die schleswig-holsteinische Lösung überhaupt rechtlich vertretbar ist, ob sie vielleicht nur bezogen auf kommunale Vertretungskörperschaften zu rechtfertigen ist oder ob sie allgemeine Geltung beanspruchen kann, sei hier dahingestellt<sup>117</sup>). Im vorliegenden Zusammenhang kam es allein darauf an

<sup>113</sup>) Erlaß vom 10. 8. 1960 (2/4205/00), zitiert im Sten.Bericht des Saarländischen Landtags, 3. Wahlperiode, S. 2338.

<sup>114</sup>) Beschluß vom 23. 8. 1960, Sten. Ber. des Saarländischen Landtags, 3. Wahlperiode, S. 2264.

<sup>115</sup>) Erlaß vom 19. 7. 1961, ABl. 1961, S. 405.

<sup>116</sup>) Art. 2 des 1. Gesetzes zur Änderung des Gemeinde- und Kreiswahlgesetzes vom 27. 9. 1961, GVBl. 1961, S. 145.

<sup>117</sup>) Der überwiegende Teil der Rechtslehre steht wohl auf dem Standpunkt, daß dieser Weg nicht gangbar ist; vgl. W. Thürk, Zu den Rechtsfolgen des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts über die Nichtigkeit des § 25 Abs. 2 S. 1 des saarländischen Kommunalwahlgesetzes, DVBl. 1960, S. 795 ff., Maurer, a.a.O. (oben Anm. 88) S. 18 ff. Lemeke, a.a.O. (oben Anm. 39), S. 88 ff., ist der Auffassung, daß die schleswig-holsteinische Lösung nicht über den direkten Anwendungsfall der Kommunalvertretung hinaus verallgemeinerungsfähig ist, weil nur da eine übergeordnete Instanz, nämlich die Kommunalaufsichtsbehörde, vorhanden sei, die einerseits die Mandate für beendet erklären und andererseits die gleichzeitige Verpflichtung der Kommunalvertretungen, bis zur Wiederholungswahl tätig zu bleiben, statuieren könne. Eine solche Möglichkeit fehle aber beim Bundes- bzw. Landesparlament.

nachzuweisen, daß die Spannungslage: notwendige kontinuierliche Weiterarbeit der Volksvertretung und Verfälschung der politischen Repräsentanz auch in einem anderen demokratisch-parlamentarischen Staat nicht unbekannt ist und daß dort eigentlich stets — meist von der dritten Gewalt bestätigt<sup>118)</sup> — zugunsten der Aufrechterhaltung der parlamentarischen Aktionsfähigkeit entschieden wurde. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, wonach nur ungebrochen fortbestehende vollständige Repräsentation des Volkes das Parlament funktionsfähig mache, existiert nicht. Mit diesem Ergebnis ist für den *casus decidendi* schon einiges gewonnen. Es kommt aber noch ein weiteres hinzu:

Folgt man der oben dargelegten Auffassung, wonach in der konkreten Situation aus Achtung vor der unangetastet gebliebenen, bereits erfolgten Mehrheitsentscheidung des Volkes keine Auflösung des »Rumpfparlaments« und Neuwahlen, sondern Wiederholungswahlen stattzufinden hatten, so stellt sich augenfällig das Problem, wer — wenn nicht der Nationalrat (Plenum) — denn die noch nicht vorhandenen Wahlwiederholungsvorschriften hätte schaffen sollen. Als Alternative kommt nur der Bundespräsident in Betracht, dem Art. 18 Abs. 3 B.-VG. unter bestimmten Umständen ein Notverordnungsrecht einräumt. Art. 18 Abs. 3 B.-VG. geht aber, das ergibt sich auch aus seinem Abs. 4, eindeutig davon aus, daß der Nationalrat besteht und an sich funktionsfähig, nur gerade nicht versammelt ist, nicht rechtzeitig zusammentreten kann oder in seiner Tätigkeit durch höhere Gewalt behindert ist<sup>119)</sup>. Der Fall der Wahlaufhebung und der dadurch etwa entstandenen Funktionsunfähigkeit des Parlaments wird davon nicht erfaßt; die nach Abs. 4 innerhalb von acht Tagen notwendige Einberufung des Nationalrats zum Zwecke der Sanktionierung der Notverordnung wäre nämlich sinnlos, da der Nationalrat ja nicht funktionsfähig wäre. So bliebe höchstens die analoge Anwendung<sup>120)</sup>. Gegen sie sprechen jedoch die ganz grundsätzlichen Bedenken, die gegen jede ausweitende Anwendung von Notstandsmaßnahmen anzuführen sind. Damit soll nicht gesagt sein, daß eine solche Ausweitung immer unzulässig ist. Aber es spricht sehr viel dafür, daß jedes andere im Grundsatz weniger bedenkliche Vorgehen den Vorzug haben muß. Und so gesehen ist mehr für die Annahme der fortbestehenden

<sup>118)</sup> Auch das schleswig-holsteinische Vorgehen ist vom Verwaltungsgericht Schleswig-Holstein gebilligt worden, Urteil vom 26. 7. 1962 — 4 A 238/61 — und Urteil vom 20. 6. 1963 — 9 A 257/62 —, zitiert nach L e m k e, a.a.O., S. 89.

<sup>119)</sup> Vgl. dazu auch A d a m o v i c h / S p a n n e r, a.a.O. (oben Anm. 36), S. 326 ff.

<sup>120)</sup> Für den von ihm behandelten Fall erörtert M a u r e r, a.a.O. (oben Anm. 88), S. 42 f., die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung des Art. 81 GG, gibt aber selbst zu, daß diese Lösung nicht zweifelsfrei ist.

Funktionsfähigkeit des Parlaments als für die Ausweitung der präsidentiellen — rechtsetzenden — Machtbefugnisse ins Feld zu führen.

Selbst wenn man dies eingesteht, könnte man doch noch der Ansicht sein, der Rumpfnationalrat hätte sich in dieser Situation auf den Erlaß gerade nur des Wahlwiederholungsgesetzes beschränken sollen. Rechtlich kann dies jedoch nach dem oben Gesagten nicht zwingend sein; im Einzelfall ist es eine Frage politischen Ermessens.

Zu allem hin — und das soll das abschließende Argument sein — stand nach dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs jedem Österreicher sofort das Bild des 4. März 1933 vor Augen. An diesem Tag hatte sich das parlamentarische Regime Österreichs über eine vergleichsweise ganz harmlose Frage in seinen eigenen Formalvorschriften gefangen: Durch den plötzlichen Rücktritt seiner drei Präsidenten hatte sich der Nationalrat, da er nun nicht mehr einberufen werden konnte, selbst zur Handlungsunfähigkeit verurteilt<sup>121)</sup>. Die daraus entstandene Krise ist bekannt. Es wäre zweifellos eine Übertreibung, beiden Vorfällen denselben Gefährlichkeitsgrad zuzuerkennen; dies verbietet allein der heute ungleich stabilere innere Zustand Österreichs. Immerhin sah man — vielleicht zu sehr gebannt — auf diesen 4. März 1933. Der im Nationalrat verbliebene (zweite) Präsident Maleta richtete an die Abgeordneten anläßlich der Beendigung der Frühjahrstagung am 9. Juli 1970 sehr eingehende Worte zum Verhältnis von formaljuristischer Argumentation und staatspolitischer Notwendigkeit<sup>122)</sup>. Es kann letzten

<sup>121)</sup> Anlaß dazu waren heftige Differenzen im Nationalrat über den Ausgang einer Abstimmung über einen Vermittlungsantrag im Rahmen einer oppositionellen Anfrage an die Regierung. Dazu vgl. K. Schuschnigg, Im Kampf gegen Hitler. Die Überwindung der Anschlußidee (1969), S. 137 ff.; *ibid.*, S. 401 ff., der diesbezügliche Auszug aus dem Sten. Prot. über die 125. Sitzung des Nationalrats am 4. 3. 1933. Durch § 6 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Nationalrats (BGBl. Nr. 178/1961) würde heute eine analoge Situation leicht überwunden werden können.

<sup>122)</sup> Sten. Prot. Nationalrat XII. GP. — 12. Sitzung vom 9. 7. 1970, S. 625 f. Unter anderem führte Maleta aus: »... Zu den staatspolitischen Notwendigkeiten einer parlamentarischen Demokratie gehört das Funktionieren des Parlaments und die Garantie seiner ständigen Erneuerung aus dem Willen des Volkes durch Wahlen... Die Schlußfolgerungen aus dem Gesagten sind klar und eindeutig. Wir haben als Politiker die Pflicht, die Erkenntnisse und Urteile höchster richterlicher Organe zu respektieren; wir haben aber ebenso das Recht, unterschiedliche juristische Interpretationen der Verfassungslage dahin zu prüfen, ob sie das Funktionieren des Parlaments erleichtern oder erschweren. Daraus folgert, daß wir beim Sichtbarwerden von Lücken der Verfassung und Geschäftsordnung diese in einer Weise schließen, die dem Sinn der Verfassung entspricht. Ich möchte diese theoretischen Feststellungen an einem einfachen Beispiel erläutern: Im Jahr 1933 hatten die drei Präsidenten des Nationalrats, die allein zu seiner Einberufung berechtigt waren, demissioniert. Wenn damals ein Abgeordneter verlangt hätte, das Parlament möge von irgend jemand dennoch einberufen werden, und wäre es geschehen, dann wäre eine Kritik an dieser Vorgangsweise formaljuristisch sicher richtig gewesen, weil diese Vorgangsweise



Endes nicht unrichtig sein, wenn auch und gerade das Recht mithilft, Krisensituationen zu überwinden. Mit der Verneinung der Funktionsfähigkeit des Parlaments hätte man mehr verloren als was — vielleicht — an Rechlichkeit zu gewinnen gewesen wäre.

#### 4. Folgerungen

Aus diesem Ergebnis sollen noch kurz für einzelne Punkte, weil sie in der öffentlichen Diskussion nach dem 24. Juni 1970 hervortraten, die Folgerungen gezogen werden:

a) Die Auffassung des Nationalrats und der Regierung, die Aufhebung der Wahl habe eigentlich nur eine Suspendierung der Abgeordneten bewirkt, ist — wie gezeigt — nicht haltbar. Es war daher auch unrichtig, wenn man davon ausging, die Immunität der ausgeschiedenen Abgeordneten bleibe unangetastet<sup>123)</sup>. Die Immunität ist untrennbar mit der Mitgliedschaft im Nationalrat verknüpft, Art. 57 B.-VG.<sup>124)</sup>, die jedoch gerade mit dem Spruch des Verfassungsgerichtshofs verlorenging.

b) Richtig war es hingegen — was allerdings nach der Haltung des Nationalrats nicht konsequent war<sup>125)</sup> —, alle Abgeordneten, die durch die Wiederholungswahl (erneut) in den Nationalrat kamen, anzugeloben. Diese Abgeordneten sind später eingetreten und hatten darum die Angelobung bei ihrem Eintritt zu leisten, § 3 der Geschäftsordnung des Nationalrats<sup>126)</sup>.

c) Nicht erforderlich war es, nach der Wiederholungswahl den Rücktritt der Regierung anzubieten<sup>127)</sup>. Dies wäre übrigens schon dann nicht der Fall gewesen, wenn der Nationalrat aufgelöst und Neuwahlen ausgeschrieben worden wären. Die Ernennung der Bundesregierung, die dem Bundespräsidenten obliegt<sup>128)</sup>, ist nämlich nicht auf einen bestimmten Zeitraum be-

---

in der Geschäftsordnung nicht vorgesehen war. Aber die formaljuristische Kritik hätte dem Sinn der Verfassung widersprochen, weil diese ein funktionierendes Parlament verlangt«.

<sup>123)</sup> Vgl. NZZ vom 1. 7. 1970 (Nr. 178), S. 5.

<sup>124)</sup> Gemeint ist Immunität im engeren Sinn; Indemnität bleibt dem Abgeordneten auch nach seinem Ausscheiden aus dem Parlament für die während seiner Mitgliedschaft gemachten Äußerungen. Das B.-VG. versteht unter Immunität beides, Art. 57 Abs. 5. Vgl. hierzu auch neuestens W. Zagler, Probleme der parlamentarischen Immunität, Österreichisches Verwaltungsarchiv 1970, S. 141—156.

<sup>125)</sup> Zunächst hatte sich auch Präsident Maleta gegenteilig geäußert, vgl. WZ vom 27. 6. 1970 (Nr. 146), S. 1.

<sup>126)</sup> Siehe oben Anm. 121.

<sup>127)</sup> So zu Recht Kreisky, WZ Nr. 146, S. 1.

<sup>128)</sup> Vgl. Art. 70 B.-VG. Zum Einfluß des Bundespräsidenten auf die Regierungsbildung vgl. K. B e r c h t o l d, Der Bundespräsident. Eine Untersuchung zur Verfassungstheorie und zum österreichischen Verfassungsrecht (1969), S. 335 ff.

schränkt, auch nicht auf die Dauer einer Legislaturperiode. Es entspricht allerdings einem guten parlamentarischen Stil, wenn nach dem Zusammentritt eines neuen Nationalrats die bisherige Regierung demissioniert, was so auch durchgängig geschieht<sup>129)</sup>. Dieser Gesichtspunkt jedoch entfällt bei einer Wahlwiederholung, die nahezu keine Verschiebung im politischen Kräftegleichgewicht brachte.

Abgeschlossen am 31. Januar 1971.

### Summary

## The Decision of the Austrian Constitutional Court of June 24, 1970

### Contest against an electoral procedure and parliament's capacity to act

The author examines the effects of a successful contest against an electoral procedure on a parliament's capacity to act. The starting point is the decision made by the Austrian Constitutional Court (Verfassungsgerichtshof) on June 24, 1970, to some extent allowing to contest the elections for the »Nationalrat« of March 1, 1970. As a result 16 representatives lost their seats and Parliament (Nationalrat) no longer had its full number of 165 representatives as required by law. The author briefly indicates the characteristics of Austrian franchise and the prerequisites for contesting the elections and then deals with the legal situation caused by the decision.

First of all there is the question of whether the holding of new elections only within the districts directly affected, as was done on October 4, 1970, was the right thing to do or whether new elections throughout the entire country should have been held. This was doubtful above all, because until then there had existed no legal prescriptions concerning the realisation of new elections only within some districts. As, however, the will of the majority of voters, which had assumed concrete form already on March 1, 1970, had to be strictly respected, new elec-

<sup>129)</sup> So auch Adamovich/Spanner, a.a.O. (oben Anm. 36), S. 240. — Interessant ist in diesem Zusammenhang für die deutsche Rechtslage das Urteil des BVerfG vom 22. 7. 1969, DVBl. 1969, S. 735 ff., das als wesentlichen Inhalt des parlamentarischen Regierungssystems die Abhängigkeit der Regierung vom Parlament bezeichnet, was jedoch dort, wo es nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, nicht zum automatischen Rücktritt der Regierung beim Zusammentritt eines neuen Parlaments führen muß. Hinzuweisen ist noch auf den Aufsatz von H. Widder, Verfassungsstreit in Österreich, Folgen einer partiellen Nichtigkeitserklärung von Wahlen zum Nationalrat, Zeitschrift für Parlamentsfragen Jg. 2 (1971), S. 223 ff.

tions throughout the whole country had to be rejected because they would not have been in line with that majority's will.

Another problem was whether the »Nationalrat« after the partial nullification of the elections could exercise its functions at all and whether its actions would be legally binding. The author discusses this question for the time before and after the above decision was made, pointing out the franchise, jurisdiction and political practise of the Federal Republic of Germany in comparison.

As for the time before the decision the effect of a contest of the elections is considered as *ex nunc pro futuro*. However, after 16 representatives had lost their seats, the adverse balance of representation suggested that the Parliament after June 24, 1970, had lost its ability to function. On the other hand, an only partial nullification as legally provided had to be put into effect. Proceeding further on the premise that to restore full representation only new elections within the districts directly affected were to be considered — although the necessary legal basis for this first had to be enacted — this, too, would indicate the survival of Parliament as the legislative power in full competence. For if the »Nationalrat« could create this legal basis its capacity to act in general must be taken for granted.

In conclusion, the author calls to mind the historical events of March 4, 1933, which were of a fateful significance for the parliamentary regime of Austria and which impressively elucidate the dangers connected with the loss of Parliament's capacity to act.