

ao. Univ.-Prof. Dr. Gerhard Strejcek

Institut für Staats- und Verwaltungsrecht

Universität Wien

pA 1090 Wien Porzellangasse 33a/IV/4

Rechtsfragen der Mandatszuweisung im Fall der Listenerschöpfung sowie des „Mandates auf Zeit“

Fragestellungen

Im Folgenden ist anhand der weiter unten ausgeführten Teilfragen zunächst die Frage zu klären, was im Fall der Listenerschöpfung rechtens ist, sofern das Nachrücken nicht durch Streichung oder Tod eines Bewerbers veranlasst wird, sondern schlicht zu wenige Bewerber auf den Listen zu finden sind, auf welche jeweils die zuständigen Wahlbehörden (Landeswahlbehörden; Bundeswahlbehörde) zum Zweck der Zuweisung von Mandaten zuzugreifen hätten. In weiterer Folge wird sohin ein zweiter Fragenkomplex behandelt, der diese Problematik nicht unmittelbar tangiert, sondern die Stellung von Abgeordneten betrifft, welche ein „Mandat auf Zeit“ ausüben. Doch auch hier geht es um Probleme, die mit nicht gewählten Bewerbern und der Mandatszuweisung an „Ersatzleute“ im Zusammenhang stehen. Hier wird im Lichte des Art 56 Abs 2 – 4 B-VG und des § 111 NRWO¹ zu klären sein, wie diese beiden – im Rang nach dem Stufenbau der Rechtsordnung verschiedenen – Rechtsvorschriften, welche das „Mandat auf Zeit“ betreffen, auszulegen sind und wie allfällige Normwidersprüche, die zueinander bestehen, aufzulösen sind.

Zunächst aber ist der oben als erster angesprochene Fragenkomplex näher auszuführen und in einen Kontext mit den vom VfGH im Wahlrecht und –verfahren entwickelten Auslegungsparadigmata zu stellen. Der Anlassfall für diese Überlegungen war, dass eine Partei (zB sog BIER-Partei) gültige Wahlvorschläge auf allen Ebenen (Regionalparteiliste, Landesparteiliste, Bundesparteiliste) bei der NR-Wahl eingebracht hatte, und auf Grund realistischer Prognosen, die im Hochsommer 2024 für die NR-Wahl vom 29.09.dJ erstellt wurden, und die dann durch Elementarereignisse im September 2024 wieder korrigiert wurden, ein Ergebnis möglich schien, bei dem diese Partei mehr Mandate erreichen sollte, als sie an Wahlbewerbern auf der jeweils heranzuziehenden Liste (jeweils nach Mandatsermittlung bei Zuweisung an die Regionalbewerber, Bewerber auf der Landes- bzw sodann auf der

¹ IdF der Nov 1992 und 1994, hier im Letztstand, BGBl I 7/2023.

Bundesliste) verfügbar hatte; diese Frage ist aber auch losgelöst vom Anlassfall bedeutsam; insbesondere wird hier zu klären sein, ob es eine gesetzliche Ermächtigung gibt, ähnlich wie es zB § 98 Abs 5 und § 112 Abs 1 NRWO bei Tod und Streichung (siehe § 111 Abs 4 NRWO) die Zuweisung eines Mandates auf Bewerbern „anderer“ Landeslisten zu greifen.

Unklar erscheint nämlich zunächst, was die NRWO hinsichtlich der Zuweisung von Mandaten an Bewerbern gebietet, wenn jene, die auf der Liste der jeweiligen Ermittlungsebene und regionalen Zuordnung (Regional-, Landeswahlkreis) aufscheinen, bereits ein Mandat zugewiesen erhielten und sodann niemand mehr auf der betreffenden Liste aufscheint, den die Partei eingereicht hat.

Zu bemerken ist, dass der Eintritt des Falles der Listenerschöpfung im Vorhinein kaum absehbar ist. Die NRWO sieht zwar eine maximale Begrenzung der Bundeswahlvorschläge vor, schreibt den Wahlparteien aber keine Minimalzahl für einen gültigen Wahlvorschlag vor, weshalb der oben skizzierte Fall in theoretischer Hinsicht eintreten kann. Mit Blick auf die sinnvolle dogmatische Befassung mit Wahlrechtsproblemen und der in Zukunft womöglich stärker werdenden Tendenz zu neu antretenden Parteien oder wahlwerbenden Gruppen, die kurzfristig auftreten, erscheint es wichtig, die dieser gutachterlichen Stellungnahme zugrunde liegenden Frage der Mandatszuweisung im Fall der Listenerschöpfung rechtsdogmatisch zu klären.

Allgemeines

Wahlordnungen sind nach der stRsp des VfGH strikt nach dem Wortsinn auszulegen.² Das bedeutet eine starke Einengung möglicher Auslegungsparadigmata und Methoden. Die Frage der Zuweisung von Mandaten an Bewerber ist Teil der Ermittlungsverfahren (im Folgenden: EV). Das vorliegende Problem kann sich auf allen Ebenen der EV stellen. Denn die NRWO sieht hier nach Eintreffen der Ergebnisse ein schrittweises Vorgehen der Wahlbehörden vor, die auch miteinander kommunizieren müssen. Die Mandatsermittlung und die Zuweisung an Bewerber lassen sich in zwei getrennte Prozesse aufsplitten, wobei der zweite Verfahrensteil in die Feststellungen der Bundeswahlbehörde mündet.

Da das österreichische Wahlrecht im Interesse der Erreichung möglichst proportionaler Verteilung der Mandate im Lichte des Wahlergebnisses drei EV vorsieht, muss im Folgenden differenziert werden, auf welcher Ebene die Zuweisung der Mandate an die Bewerber erfolgen

² Siehe für viele VfSlg 17.141/2004; VfSlg 19.847/2014; VfGH 01.07.2016, WI-6/2016; 23.06.2022 WI-1/2022 ua.

soll. Auf Ebene des Regionalwahlkreises (erstes EV) regelt § 98 NRWO die Zuweisung der Mandate an die Bewerber. Ein Mandatsgewinn ist nur nach Erreichen der Wahlzahl nach *Hare* möglich³. Wenn aber diese Voraussetzung gegeben ist und die Partei solcherart ein Grundmandat⁴ erreicht, müssen für die Zuweisung der Mandate an Bewerber folgende Prioritäten beachtet werden: Die Zuweisung richtet sich zunächst nach der einem Bewerber zuordenbaren Vorzugsstimmen⁵.

Bundeswahlvorschlag und Mandatzuweisung im dritten (abschließenden) Ermittlungsverfahren

Die sog BIER-Partei hat einen Bundeswahlvorschlag eingereicht; sofern sie bundesweit mehr als 4% der Stimmen erhält, nimmt sie am dritten EV teil; gegen diese Klausel bestehen ebenso wenig Bedenken wie gegen die Einteilung in Regionalwahlkreise;⁶ in diesem Verfahrensabschnitt kommt es zu einer Durchrechnung nach *d'Hondt* in einem abschließenden EV; bereits erlangte Mandate der ersten beiden EV können nicht verloren gehen; hingegen ermöglicht die proportionale Berechnung jenen Parteien, welche die Wahlzahl erreichen, die Zuweisung weiterer Mandate (siehe § 108 NRWO). In der NRWO wird die Zuweisung der Mandate an die Bewerber eingehend geregelt; auch hier kommen zunächst jene Bewerber in Betracht, welche ausreichend Vorzugsstimmen erhalten haben. Das sind jene Bewerber, die mindestens 7% der Parteistimmen erreicht haben. Wenn die sog BIER-Partei in diesem EV, was im Lichte der bisherigen Berechnungen am wahrscheinlichsten erscheint, etwa im Verhältnis zu nur einem (zB RWK Wien-Innen Ost) oder keinem Grundmandat, im dritten EV Mandate erhalten sollte und die Bundesliste erschöpft ist, gibt es, wie vorläufig festzustellen ist, keine rechtliche Grundlage, diese Mandate auch Bewerbern zuzuweisen. Der Umstand, dass weder ein Fall des Todes noch eine Streichung (§ 111 Abs 4 NRWO) vorliegt, wenn es nicht ausreichend Bewerber gibt, erscheint evident. Nach Ansicht des Gutachters kommt aber auch eine analoge Anwendung nicht in Betracht, weil – wie eingangs festgehalten wurde – die Bestimmungen der NRWO nach dem Wortsinn auszulegen sind. Diese Rsp ist auch vor dem Hintergrund der Zurückhaltung im Hinblick auf die Frage der Zulässigkeit der

³ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ (2015) Rz 330.

⁴ Vgl § 98 NRWO dazu *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ (2024) § 98 NRWO, § 102 NRWO; zum Begriff s VfSlg 12.647/1999.

⁵ Die Vorreihung erfolgt nach § 98 Abs 3 NRWO bei Erreichen von mindestens 14 % der Parteisumme (der gültigen Parteistimmen) nach Maßgabe der Reihenfolge der erreichten Vorzugsstimmen.

⁶ VfSlg 18.121/2007.

Rechtslückenschließung im Wege der Analogie im Bereich des öffentlichen Rechts zu sehen.⁷ Zudem hat der VfGH als das für die NR-Wahl zuständige Wahlgericht sowie als Gesetzesprüfungsorgan auch die Heranziehung „historisch mitgedachter“ Einschränkungen des Wahlrechts nicht akzeptiert, da diese nicht ausdrücklich auf Verfassungsebene vorkamen, wie die Judikatur zeigt, welche dem Auslandsösterreicher-Wahlrecht Tür und Tor geöffnet hat⁸. Denn zutreffender Weise sah der VfGH die in der damaligen Fassung von § 2 WEvG vorgesehene Beschränkung auf Stimmberechtigte mit (ordentlichem⁹) Wohnsitz im Bundesgebiet im B-VG selbst nicht abgebildet.

Für eine behördliche Ermessensübung im Rahmen der Gesetzesauslegung lassen die wahlrechtlichen Vorschriften der NRW – auch im Lichte der in der Judikatur des VfGH entwickelten Rechtsfigur des „differenzierten Legalitätsprinzips“¹⁰ – kaum Spielraum zu (vgl auch VfGH 23.6.2022, W I-1/2022 ua; betreffend das fehlende Ermessen der Wahlbehörde beim Vollzug wahlrechtlicher Vorschriften). Daher kommt eine Aufforderung durch die Bundeswahlbehörde, gegebenenfalls Kandidaten von Landesparteilisten namhaft zu machen, um diese zu berufen, von vornherein nicht in Betracht. Noch weniger aber kommt eine Berücksichtigung von Bewerbern anderer Parteien in Betracht, weil diesem Vorgang eine Mandatszuweisung zugrunde gelegt werden müsste, die den Ermittlungsvorschriften widerspräche.

Es können demnach nur so viele Mandate an Bewerber zugewiesen werden, wie sich auf der Bundesparteiliste finden. Danach ist das Zuweisungsverfahren abzubrechen. Die Mandate würden dann unbesetzt bleiben. Keinesfalls dürften sie an Bewerber anderer Parteien zugewiesen werden, weil dies der Berechnung der Mandate im dritten EV und damit auch dem Proportionalitätsgrundsatz widerspräche. Vor allem aber gibt es keine Ermächtigung in der NRW zu einer solchen Vorgangsweise.

Grundsätzliche Relevanz der Reihung auf der Liste

Bei der Zuweisung der Mandate an Bewerber ist – wie bei den anderen Parteien – auch bei der sog BIER-Partei die Reihung auf der Liste relevant; dies gilt auf allen drei Ebenen

⁷ VwGH 03.11.1978, 0970/75; aus der jüngeren Judikatur etwa VwGH 25.3.2014, 2012/04/0145, 26.5.1999, 1998/12/0119).

⁸ VfSlg 12.023/1989; *Strejcek/Urban*, Der Verfassungsgerichtshof als Wahlgericht (2017) 94.

⁹ Nach neuerer Terminologie „Hauptwohnsitz“; die Eintragung von Auslandösterreichern wurde nach Aufhebung durch den VfGH ab 1990 in § 2a WEvG vorgenommen.

¹⁰ VfSlg 15.177/1998.

(Regionalparteiliste, Landesparteiliste, Bundesparteiliste). Im Fall der Erschöpfung der Liste wird auf § 111 Abs 4 NRW verweisen; grundsätzlich regelt diese Rechtsvorschrift das „Mandat auf Zeit“; auch hier verbleibt der Bewerber, der unter näheren Voraussetzungen sein Mandat an einen „Rückkehrer“ abgeben muss, der Reihung nach auf dem ursprünglichen Listeplatz. Nur wenn er seine Streichung beantragt, ändert sich diese Reihenfolge. Auf die Streichung, die auf Wunsch erfolgt und von der Landes- oder Bundeswahlbehörde durchzuführen ist, nimmt § 111 Abs 1 NRW Bezug, unter Binnenverweisung auf Abs 4 leg cit. Somit ist klar, dass die Streichung ein Vorgang ist, den der Bewerber selbst betreibt. Dies erleichtert die Auslegung des ansonsten mehrdeutigen Rechtsbegriffs, der nichts zu tun hat mit dem zeitweise nach der NRW in älteren Fassungen vorgesehenen Reihen und Streichen als Aspekt der Persönlichkeitswahl. Eine Streichung von Seiten des Bewerbers ist seit dem WRÄG 2007 innerhalb eines Landeswahlvorschlages auch von nur einer Liste (Regionalparteiliste oder Landesparteiliste) möglich.¹¹

Nicht der Wähler hat es in der Hand zu streichen, sondern der Bewerber kann sich auf Wunsch streichen lassen. Somit ist dieser Fall, den § 112 NRW als einen Tatbestand im Zusammenhang mit der „Erschöpfung“ der Bundesliste vorsieht, bei dem auch auf andere Listen zugegriffen werden darf (eine analoge Regelung bezieht sich auf die Landesliste, sie verweist ausdrücklich ebenfalls auf § 111 Abs 4 NRW im Zusammenhang mit der Streichung); der zweite Tatbestand, der eine solche „listenfremde“ Berufung ermöglicht, ist der Tod des Bewerbers. Nur in diesen beiden Fällen kann bei Erschöpfung von Wahlvorschlägen so vorgegangen werden und auch hier haben die Kommentatoren¹² grundsätzliche Bedenken, die darin wurzeln, dass ein den Wählern „fremder“ Bewerber berufen wird. Dies stünde mit der Unmittelbarkeit der Wahl in einem Spannungsverhältnis, was aber nicht zwingend bedeutet, dass diese beiden Ausnahmefälle in einer Weise dem Unmittelbarkeitsgrundsatz (auch mit direkter Wahl umschrieben) widerstreiten, die sie mit Verfassungswidrigkeit belastet, weil es ja sachliche Gründe für diese Ausnahmen gibt.

Im Einklang mit der stRsp¹³ des VfGH zur strikten, dh der eng am Wortsinn wahlrechtlicher Normen vorzunehmenden Rechtsauslegung muss davon ausgegangen werden, dass nur die wörtlich genannten Gründe (Streichung, Tod) relevant sein dürfen; die Wahlvorschriften demnach einschränkend ausgelegt werden müssen. Dies gilt in dem Sinn, dass die

¹¹ *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 111 NRW Anm 6.

¹² Stellvertretend etwa *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 112 NRW Anm 1.

¹³ VfSlg 17.141/2004; 19.847/2014; VfGH 01.07.2016, W I-6/2016; 23.06.2022, W I-1/2022 ua.

Tatbestandsalternativen des § 112 Abs 1 NRWO als abschließende (taxative) Aufzählung anzusehen sind und dass die Wahlbehörden nicht von sich aus bei weiteren, anders gelagerten Fällen der Listenerschöpfung von Wahlvorschlägen (zB der Bundesparteiliste) auf die „fremde“ Liste (dh eine Landesliste, im Fall der Berufung von Bewerbern einer Regional- oder Landesliste, die Liste eines anderen Landes, als jene, in dem das Mandat der Partei zugewiesen wird) greifen dürfen. Indem aber die vorhin dargelegte Aufzählung als abschließend aufzufassen ist, findet § 112 NRWO keine Anwendung für den Fall, dass auf den Wahllisten einer Partei schlicht zu wenige Bewerber aufscheinen.

Auch eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht, weil dies auch der Auslegungsmaxime widerspricht, die der VfGH vorgibt, etwa was unterschiedliche Prioritätsregeln für Vorzugsstimmen im Landtagswahlrecht betrifft¹⁴; natürlich gilt diese Maxime im Lichte der hier angestellten Überlegungen auch für das Regelungssystem der Mandatsermittlung und Zuweisung an Bewerber (§§ 98, 101 f, 108, 111, 112 NRWO), die gleichfalls strikt und „formal“ (nach dem Wortsinn und den genauen Berechnungs- und Zuweisungsregeln) auszulegen sind.

Einer analogen Anwendung des § 112 NRWO auf die dieser gutachterlichen Stellungnahme zugrunde liegenden Fallkonstellation stehen auch die obigen Ausführungen betreffend die zurückhaltende Rechtsprechungspraxis in Bezug auf die Anwendung öffentlich-rechtlicher Normen im Wege der Analogie entgegen, auf die in diesem Zusammenhang zu verweisen ist.¹⁵

Ganz grundsätzlich erscheint es vor dem Hintergrund des Ausgangssachverhalts und der fehlenden gesetzlichen Ermächtigung zur Mandatzuweisung im Fall der Wahllisterschöpfung fraglich, ob und inwieweit vom Vorliegen einer „planwidrigen“ (echten) Lücke auszugehen ist. Zweifelhaft erscheint, ob es sich somit bei § 112 NRWO um eine „unvollständige“, und damit die „Planwidrigkeit“ begründende Rechtsvorschrift handelt, da eine rechtsschöpfende Gesetzesanwendung *per analogiam* eine echte Gesetzeslücke voraussetzt. Vielmehr kann beim Umstand, dass der Gesetzgeber in Bezug auf die Konsequenzen einer Listenerschöpfung mit § 112 NRWO nur die im Abs 1 *leg cit* genannten Tatbestandsalternativen (Tod oder Streichung) vor Augen hatte und die fehlende gesetzliche Ermächtigung für den gegenständlichen Ausgangssachverhalt demnach eine unechte Gesetzeslücke darstellt, was eine analoge Rechtsanwendung generell unzulässig macht. Aus den Mat zur Stammfassung der NRWO 1992 sowie der WRÄG 2007 lassen sich aber keine

¹⁴ VfSlg 19.820/2013.

¹⁵ VwGH 25.3.2014, 2012/04/0145, 26.5.1999, 1998/12/0119; aus der älteren Rsp 03.11.1978, 0970/75.

Anhaltspunkte für eine dahingehende gesetzgeberische Intention finden, die über die Listenerschöpfung durch Streichung oder Tod hinausgehen.¹⁶

Zutreffend wenden sich auch *Mayer/Stöger/Kucsko-Stadlmayer* gegen eine extensive Anwendung der Analogie, die sie als rechtsschöpfend und somit jenseits der Interpretationsmethoden befindlich einstufen.¹⁷ Die dort geäußerte Kritik an der verfassungskonformen Interpretation seitens des VfGH¹⁸ verschiebt hier im Kontext mit dem Wahlverfahren nichts, weil auch der VfGH, wie wiederholt festgestellt wurde, der strikten Wortsinninterpretation den Vorrang einräumt. Bei Berechnungen und Anwendungen eines rigiden vorgegebenen Prozedere der Ermittlung und Zuweisung wäre auch gar kein Raum für verfassungskonforme Erwägungen. Das gilt auch insbesondere für die Frage der Zuweisung sämtlicher vergebener Mandate an Bewerber, weil es eine derartige Regel in der Bundesverfassung gar nicht gibt, die zudem auch die Mandatszahl des NR dem einfachen Gesetzgeber überlässt. Und im Kontext mit dem dritten EV ist es unbestritten und bedarf keiner verfassungskonformen Überlegungen, dass die Mandate den Bewerbern der Bundesliste zuzuweisen sind.¹⁹

Die Beantwortung der oben umrissenen Frage ist demnach im Lichte der NRW 1992 nur lapidar und ohne kreative Momente analoger oder teleologischer Interpretation möglich; dies mag unbefriedigend erscheinen, weil sich ja insgesamt mehr als genug Bewerber auf den Listen (sei es auf Landeslisten der betreffenden Partei, noch mehr aber auf Listen andere Parteien) fänden. Dass sich die NRW von dem Grundgedanken leiten lässt, dass möglichst alle Mandate proportional zu verteilen und auch zuzuweisen sind, bleibe unbestritten. Aber es ist allen Versuchen entgegenzutreten, diese Zuweisung ohne gesetzliche Grundlage vorzunehmen; am Rande ist auch zu bemerken, dass die Mandatszahl des NR nicht in der Bundesverfassung geregelt ist; die Festlegung ist einfachgesetzlicher Natur; der NR bleibt auch handlungs-, und selbst für Änderungen der Bundesverfassung beschlussfähig, wenn Mandate nicht zugewiesen werden können.

Unterscheidung: Mandatsgewinn und Zuweisung an Bewerber

Wichtig erscheint dem Gutachter auch darauf hinzuweisen, dass nach der NRW eine einwandfreie und korrekte Mandatsberechnung auch dann durchgeführt werden kann, wenn

¹⁶ ErläutRV 180 Blg 18. GP, 52 f; ErläutRV 88 BlgNR 23. GP, 7 f.

¹⁷ *Mayer/Stöger/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ Rz 136.

¹⁸ VfSlg 15.633/1999.

¹⁹ § 108 NRW; *Mayer/Stöger/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 335.

sich in einem zweiten Schritt herausstellt, dass nicht sämtliche Mandate an Bewerber zugewiesen werden können. Eben nur für bestimmte Fälle sahen auch schon historische Vorläufer vor, dass in gewissen, genau umschriebenen Fällen, Ersatzleute für abgegangene oder ausgeschiedene Bewerber zum Zug kämen; das ist auch weiter in der geltenden NRW, etwa im Fall des Mandates auf Zeit geregelt (§ 111 NRW).

Obwohl sich die EV und die Gestaltung der Wahlkreise mehrfach geändert haben, gibt es ein paar systematische Konstanten. Die WahlO (ab 1923 NRW) sieht seit jeher ein Listenwahlrecht vor, das im Lauf der Entwicklung seit der Wahlordnung für die konstituierende Nationalversammlung 1918/19 unterschiedlich ausgestaltet war; aber bereits die „Ur-NRW“ (WKNV darauf aufbauend die NRW 1923) sah einen dem heutigen Modus in manchen Punkten ähnlichen Modus vor, wie die nach den jeweiligen Regeln über das Verhältniswahlrecht berechneten Mandate den Bewerbern zuzuweisen waren.

§ 36 WKNV sah dementsprechend vor, dass „von jeder Parteiliste [sind] so viele Bewerber als ihr Sitze zukommen, und zwar der Reihe nach wie sie im Wahlvorschlag angeführt sind, als gewählt zu erklären“ seien; dies ist ein wichtiges Indiz dafür, dass eine Listenwahl die Behörde daran bindet, Zuweisungen von Mandaten nur von der jeweils „richtigen“ (dh von der Partei für das betreffende EV eingereichten) Liste vorzunehmen. Zudem erkennt man bereits hier deutlich von allem Anfang an, was die Entwicklung der NRW betrifft; eine Trennung von Mandatsermittlung und Zuweisung der Mandate (Sitze) an die Bewerber. Von Interesse ist die von der derzeit geltenden Rechtslage stark abweichende gesetzliche Terminologie. Die historisch erste republikanische WahlO (WKNV) bediente sich dabei der Formulierung, dass die Ersatzbewerber zu bestimmen sind, wenn ein „Vordermann in Abgang“ komme.²⁰

Das EV nach der Stimmabgabe bei den NR-Wahlen gliedert sich jeweils in drei Stufen, in denen den wahlwerbenden Parteien jeweils zunächst in den ersten beiden EV nach *Hare*, im dritten EV aber nach dem *d'Hondtschen* Höchstzahlverfahren Mandate zugeordnet und sodann die gewonnenen Mandate der Partei deren Bewerbern zugewiesen werden. Verfügt eine Wahlpartei über zu wenige Bewerber auf der in Betracht kommenden Liste, dann können sich Probleme stellen, die hier näher erörtert werden. Denn die Zuweisung von Mandaten im Fall der Listenerschöpfung ist nur rudimentär geregelt. Das Phänomen mangelnder Ersatzleute und des hierauf vorgesehenen Prozederes ist – abgesehen vom Fall der Streichung und des Todes von

²⁰ Vgl. *Strejcek/Posch*, Das Wahlrecht der Ersten Republik (2008) 86 f.

Bewerbern (§ 112 NRWO und die darauf verweisenden Normen) – hingegen gesetzlich nicht geregelt.

Subsumtion (Anwendung auf den Anlassfall) und rechtsdogmatische Bemerkungen

Bei den NR-Wahlen vom 29. September 2024 könnte, wie eingangs erwähnt, der Fall eintreten, dass – neben anderen Parteien – der sog BIER-Partei der Einzug in den NR gelingen könnte, da Umfragen mehr als 4% Stimmenanteil prognostizieren. Angesichts der sehr geringen Zahl an Wahlbewerbern in einigen Landeswahlkreisen könnte dann der Fall eintreten, dass diese wahlwerbende Gruppe (Wahlpartei) nicht ausreichend Wahlbewerber aufweist, um nach den Zuweisungsregeln der NRWO Mandate zugewiesen zu erhalten. Die NRWO muss strikt nach dem Wortsinn ausgelegt werden, wie der VfGH wiederholt eingemahnt hat.²¹

Sowohl § 98 Abs 5 NRWO als auch § 112 leg cit sehen vor, wie im Fall der „Erschöpfung“ der Liste vorzugehen ist. Aber, wie es scheint, ist der vorliegende Sachverhalt nicht unter diese Rechtsvorschriften subsumierbar. Denn es wird hinlänglich deutlich, dass die Wortfolge „durch Tod oder durch Streichung“, die in beiden genannten Regelungen vorkommt, abschließend (taxativ) gemeint ist; zudem stellt sich die Frage, ob eine „Erschöpfung“ der Listen (Regionalbewerber, Landesparteiliste, Bundesparteiliste bzw Bundeswahlvorschlag) bereits auf Ebene des EV eintreten kann. *Prima facie* scheint dem Gesetzgeber vielmehr vorgeschwebt zu sein, dass sich diese Erschöpfung erst ergibt, nachdem Bewerber einer Liste die Streichung verlangt haben oder verstorben sind.²² Hingegen ist der Fall nicht geregelt, dass nicht ausreichend Bewerber für die Zuweisung zur Verfügung stehen.

Die Rechtsvorschriften, die im Fall der „Erschöpfung“ greifen, sind nur auf den Fall der Streichung nach § 111 Abs 4 NRWO und des Todes von Wahlwerbern bzw Abgeordneten zugeschnitten. Eine analoge Anwendung kommt im Lichte der vom VfGH stets heraus gestellten strikten Interpretation von Wahlvorschriften nicht in Betracht, denn es sind abschließend nur zwei Fälle genannt, in denen auf Bewerber der anderen Listen (Landesparteiliste) nach Aufforderung durch die zuständige Landes- oder die Bundeswahlbehörde zugegriffen werden darf.²³ Wenn die NRWO aber keine Regelung für

²¹ Dazu etwa VfSlg 17.141/2004; 19.847/2014; VfGH 23.06.2022 W I-1/2022 ua.

²² ErläutRV 88 BlgNR 23. GP, 7 f; dahingehend auch etwa *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 98 NRWO Anm 8, § 112 NRWO Anm 1.

²³ *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 98 NRWO Anm 8, § 111 NRWO Anm 6, § 112 NRWO Anm 1.

diesen Fall (der mangelnden Bewerber auf einer Liste) vorsieht, dann verbleibt der Behörde kein Handlungsspielraum.

Obwohl es unwahrscheinlich erscheinen mag, dass die sog BIER-Partei im zweiten EV mehrere Mandate erhält, ist auch dies hier kurz anzureißen. Um am zweiten EV im Landeswahlkreis teilzunehmen, bedarf es eines Grundmandates, also eines Mandates in einem Regionalwahlkreis des betreffenden Landes oder der Überschreitung der 4%-Schwelle bundesweit (auch hier die Unbedenklichkeit der sog Vierprozentklausel und die Einteilung in Regionalwahlkreise in Hinblick auf das Verhältniswahlsystem im Sinne von VfSlg 18.036/2006 zu beachten). Es ist natürlich auch denkbar, dass Parteien in den ersten beiden EV Mandate erhalten, aber am dritten EV mangels Bundeswahlvorschlags nicht teilnehmen. Doch hat die sog BIER-Partei einen solchen Wahlvorschlag eingebracht.

Die von den Parteien namhaft gemachten Regional- und Landesbewerber können ebenso wie jene auf dem Bundeswahlvorschlag im Fall der Überschreitung der 4%-Schwelle im Zuge des dritten EV in den Pool jener Bewerber einbezogen werden, denen Mandate zugeteilt werden können. Hier ist für den Fall der Listenerschöpfung eine Vorkehrung getroffen, allerdings kommt ansonsten eine Nachnominierung oder Vergleichbares nicht in Betracht, da die Vorschläge bereits geraume Zeit vor der Wahl abgeschlossen werden müssen. Diese Frist erscheint auch deshalb wichtig, weil den Wahlberechtigten die Listen der Bewerber bekannt sein müssen, sowohl bei der Stimmabgabe mittels Wahlkarte (Briefwahl) als auch im Wahllokal selbst. Der VfGH hat die lediglich für einige Stunden unterlaufene Vertauschung von Stimmzetteln mit Regionalbewerbern in zwei Regionalwahlkreisen als Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens erkannt,²⁴ sodass auch hier nach der Rsp ganz deutlich wird, dass die Regeln über die Ausgestaltung der Stimmzettel, die Auflage der „richtigen“ Stimmzettel im Regionalwahlkreis, strikt zu beachten sind; daraus kann aber mit legitimerweise geschlossen werden, dass dies für die korrekte Zuweisung der Mandate an Bewerber nach dem Wortsinn gleichfalls vom VfGH in der vergleichbaren Strenge gesehen würde.

Es ist zulässig, auf mehreren Listen (regional gemeint) derselben Partei zu kandidieren. Somit kann es aber passieren, dass Bewerber bereits auf Regional- oder Landesebene gewählt sind, dann aber neuerlich ein Mandat im dritten EV zugewiesen erhielten, wenn ihnen dies nach Reihenfolge oder Reihung der Vorzugsstimmen zustünde. Doppelt gewählte Bewerber müssen sich erklären, widrigenfalls nach Fristablauf die Bundeswahlbehörde für sie zu entscheiden hat,

²⁴ VfSlg 14.556/1996; siehe *Strejcek/Urban*, Der Verfassungsgerichtshof als Wahlgericht 124; siehe auch *Strejcek*, Zur Teilaufhebung der Nationalratswahl vom Dezember 1995 durch den VfGH, JAP 1996/97/1a, 2.

auf welcher der Listen sie als gewählt anzusehen sind.²⁵ Denn auch diese Regelung ist notwendig, um darüber im Klaren zu sein, von welcher Liste im Anlassfall vorerst nicht gewählte Bewerber oder Ersatzleute nachrücken können.²⁶

Die Parteien haben die Möglichkeit, maximal die dreifache Anzahl von Bewerbern auf Landeslisten auch auf der Bundesliste zu präsentieren (§ 106 Abs 4 NRWO)²⁷, es gibt aber keine Mindestzahl, sodass der hier diskutierte Fall eintreten kann, dass eine Partei auch unter Berücksichtigung des Bundeswahlvorschlags sowie der Regional- und Landeslisten weniger Bewerber auf den Listen namhaft gemacht hat, als sie im Erfolgsfall an Mandate zugewiesen erhielte. Es ist daher jedenfalls theoretisch möglich, dass eine Partei mehr Mandate erhält, als sie Bewerber aufbieten kann. Da es in Österreich keine Überhangmandate gibt, ist aber die Zahl der Mandate immer mit 183 gesetzlich begrenzt, sodass der NR maximal 183 Abgeordnete aufweist.²⁸ Zu klären ist im Weiteren aber, ob es im Fall der Nichtzuweisung von Mandaten auch denkbar ist, dass ein Mandat unbesetzt bleibt bzw womöglich der gewählte NR weniger als 183 Abgeordnete aufweist oder ob es hier gesetzliche Vorkehrungen oder eine subsidiäre Regel gibt, wem nicht zuweisbare Mandate einer Partei allenfalls zuzuweisen sind.

Wie vorwegzunehmen ist, spricht das positive Recht gegen die zweite hier angeführte Möglichkeit. Da es zulässig ist, auf mehreren Listen derselben Partei zu kandidieren, müssen sog „Doppeltgewählte“ (ein Terminus der NRWO) sich gegenüber der Wahlbehörde erklären, auf welcher Liste sie als gewählt gelten wollen (§ 109 NRWO). Aber es muss sich auch hier um Listen derselben Partei handeln. Es ist hingegen nicht möglich, dass sich Bewerber zu einer anderen Partei im Nachhinein zuordnen lassen, weil sie diesfalls bereits im Vorfeld klarstellen mussten, für welche Partei sie sich bewerben.²⁹

Bewerber, die sowohl auf einer Regional-, Landes- als auch auf dem Bundeswahlvorschlag aufscheinen, können auch gegebenenfalls ein Mandat auf einer anderen Ebene des EV zugewiesen erhalten. Der Fall der „Erschöpfung“ einer Liste ist von der NRWO explizit geregelt. Hier kommt die praktikable Regelung zur Anwendung, dass auch Bewerber von den Regionallisten im zweiten oder dritten EV berücksichtigt werden können. Wichtig ist dabei, dass gegebenenfalls die Zahl der Vorzugsstimmen für die Bewerber bei der Reihenfolge oder

²⁵ Auf die eingeschränkte praktische Relevanz der Entscheidungsbefugnis ist hinzuweisen, dazu *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 109 NRWO Anm 3.

²⁶ *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 109 NRWO Anm 2.

²⁷ *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 106 NRWO Anm 1, 7.

²⁸ *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 107 NRWO Anm 4.

²⁹ *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 109 NRWO Anm 1 f.

ihre Reihung berücksichtigt werden.³⁰ Nicht geregelt ist jedoch der Fall der vollständigen Erschöpfung der Listen einer Partei.

Nun könnte man meinen, die Regelung der Erschöpfung würde das hier diskutierte Problem lösen, indem im dritten EV stets ausreichend Bewerber zur Verfügung stünden; doch dies ist nicht der Fall, wenn auf den Regional- und Landeslisten nur wenige Bewerber (zB außerhalb Wiens) auf der Liste aufscheinen und zudem (zulässigerweise) personelle Identität mit Bewerbern des Bundeswahlvorschlags besteht.

Wichtig ist es hervorzuheben, dass auf allen Ebenen der EV die eigentliche Mandatsermittlung von der Zuweisung der Mandate an Bewerber theoretisch trennbar ist; man kann diese Verfahrensteile des EV (der Mandate) und des Mandatzuweisungsverfahrens (an Bewerber) als zwei zwar einander bedingende, aufeinander aufbauende, aber doch unterschiedliche Verfahrensabschnitte definieren. Des Weiteren ist es nach einer strikten Wortsinninterpretation ausgeschlossen, dass Mandate, die einer bestimmten Partei zustehen, Bewerbern einer anderen Partei zugewiesen werden. Für eine derartige Vorgangsweise fehlt schlicht die Ermächtigung. Es bestehen zudem gute Gründe, warum dies nicht vorgesehen ist. Denn die einzelnen Schritte der Mandatsermittlung sind in der NRW genau vorgegeben (vgl §§ 96, 102, 107 f leg cit); somit gibt es präzise Vorgaben, wie die Mandate ermittelt werden, wobei der VfGH schon in der älteren Rsp betont hat, dass eine Mandatsermittlung ohne Wahlzahl (Divisor) undenkbar ist³¹; diese Berechnung ergibt dann aber, vor allem durch das Durchrechnen aller zu vergebenden Mandate (beginnend mit der 183größten Zahl, falls sämtliche Parteien am dritten EV teilnehmen), ein exaktes und präzises Ergebnis. Nur im Fall des Gleichstandes entscheidet das Los, was aber ebenfalls ein eindeutiges Ergebnis darüber bringt, wem dieses Mandat bei Erreichen der Wahlzahl durch zwei oder mehrere Parteien zustünde. Es ist demnach festzuhalten, dass die Ermittlung durch die zweimalige Anwendung des *Hare'schen* Verfahrens und die (für jene Parteien, die daran teilnehmen) weitere bundesweite Ausgleichsberechnung nach *d'Hondt* stets ein eindeutiges Mandatsergebnis liefert. Das *d'Hondtsche* Höchstzahlverfahren ist das am weitest verbreitete rechnerische Verfahren zur Errechnung von Mandaten aus einer Zahl abgegebener Stimmen.

Da es zunächst auch denkbar ist, dass Bewerber auf Listen verschiedener Parteien aufscheinen, sieht die NRW vor, dass stets die Zustimmung erforderlich ist, auf einer Liste aufzuscheinen und in diesem Fall der Bewerber sich rechtzeitig erklären muss, auf welcher Liste er sich

³⁰ Vgl *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 98 NRW Anm 5.

³¹ VfSlg 6087/1969.

bewirbt. Somit ist klar, dass eine Zuweisung von Mandaten nur an Bewerber erfolgen kann, welche einer Liste angehören, die ebenso der betreffenden Partei angehören.

Somit stellt sich die Frage, wie vorzugehen ist, wenn es durch Erschöpfung aller Listen dazu kommt, dass ein Mandat keinem Bewerber der jeweiligen Partei zugewiesen werden kann. Hier ist zunächst festzuhalten, dass die Bundesverfassung die Zahl der Abgeordneten des Nationalrates nicht determiniert. Diese ist aber einfachgesetzlich durch § 1 Abs 1 NRWO mit 183 festgelegt. Daher nimmt auch § 107 NRWO im Zusammenhang mit der Anwendung des *d'Hondtschen* Höchstzahlverfahrens auf die Möglichkeit Bezug, dass im Fall der Teilnahme sämtlicher Parteien am dritten EV die 183größte Zahl die Wahlzahl bildet; dies ist aber nicht zwingend, wie auch aus dieser Regelung selbst hervorgeht. Es kann aber auch die 812größte, 181größte oder theoretisch auch die 179größte Zahl sein, je nachdem, wie viele Mandate in diesem Verfahren auf Grund der Bundeswahlvorschläge und des Erreichens der 4%-Schwelle zu vergeben sind.³²

Erst wenn die Mandate solcherart berechnet sind, kommt es zur Zuweisung an Bewerber. Es ist demnach zutreffend, dass die NRWO keine Regelung enthält, wie vorzugehen ist, wenn die Listen (zB die Bundeswahlliste, selbst unter Berücksichtigung der Regional- und Landeslisten) erschöpft sind, bevor sämtliche der Partei zustehenden Mandate zugewiesen sind. Hier böten sich theoretisch zwar auch teleologische oder systematische Erwägungen an, doch haben diese im Lichte der Rsp des VfGH, wonach Wahlverfahrensregeln strikt auszulegen sind,³³ – abgesehen von Gedankenexperimenten – außer Betracht zu bleiben. Deshalb müssen sich die gesetzeskonformen Lösungen am Wortsinn orientieren, auch wenn dies zu einem Ergebnis führte, dass manche als rechtspolitisch unerfreulich empfinden mögen, weil etwa ein Mandat sodann keinem Bewerber von der Bunds- oder Landeswahlbehörde zugewiesen werden kann. Man muss zudem bedenken, dass die Wahlbehörden verhalten sind, ziffernmäßig korrekt zu ermitteln, weshalb sich auch hier kein Widerspruch auf tun darf.

Deshalb ist nach der vom VfGH wiederholt eingemahnten strikten Auslegung von Wahlvorschriften eine „kreative“ Lösung der Gesetzesauslegung versperrt. Die korrekte Auslegung muss sich an den Ermittlungs- und Zuweisungsregeln orientieren und darf keine neue ungeschriebene Regel daneben oder darüber stellen. Eine Regel, dass alle Mandate zugewiesen werden müssen, besteht nicht. Daher kann es im Fall der vollständigen Erschöpfung der Listen die Folge sein, dass die Zuweisung an Bewerber eben nicht möglich ist, was zur

³² *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 107 NRWO Anm 1, 3.

³³ VfSlg 17.141/2004; 19.847/2014; VfGH 23.06.2022, WI-1/2022 ua.

Folge hätte, dass das Mandat keinem Bewerber zugewiesen werden kann. Denn wenn ein Bewerber auf den Parteilisten derselben Partei nicht gefunden werden kann, weil dies bei Erschöpfung aller Listen unmöglich ist, kann mangels gesetzlicher Ermächtigung nicht auf einen Bewerber einer „fremden“ Liste gegriffen werden. Eine solche, allenfalls in einem Persönlichkeitswahlsystem sinnvolle Regel stünde im Widerspruch mit dem Listenwahlrecht und sie ist – was schwerer wiegt – nicht aus der NRW ableitbar.

Man darf nämlich nicht vergessen, dass das Mandat (oder die Mandate), um die es ginge, der betroffenen Partei nach einem gesetzlich genau festgelegten EV zustünde; griffe man nun einfach nach jener Partei, welche nach weiterer Durchrechnung nach *d'Hondt* zum Zug käme, so würde dies das Ergebnis verfälschen, weil dies rechnerisch unrichtig wäre. Eine solche Vorgangsweise käme daher nur dann in Betracht, wenn die NRW unter bewusstem Bruch des Systems der proportionalen Zuordnung dazu ausdrücklich ermächtigte, was aber nicht der Fall ist.

Zu einem solchen Ergebnis kommt man, wenn die im Wahlrecht nicht nur übliche, sondern laut VfGH auch gebotene strikte Wortsinninterpretation der Wahlordnung vorgenommen wird. Am Rande ist aber zu bemerken, dass dies auch nach systematischen Kriterien die zutreffende und gesetzeskonforme Lösung wäre, weil stets vorgesehen ist, dass sich Bewerber für die Zugehörigkeit zu einer Liste entscheiden müssen, auf der sie sich für ein Mandat bewerben und nirgends die Berufung eines „Fremdbewerbers“ vorgesehen ist.

Zu ergänzen ist noch, dass keine Vorschrift vorsieht, dass der NR in einem solchen Fall mit allen 183 vergebenen Mandaten auch *de facto* mit Bewerbern besetzt ist. Der Fall einer dauernden Erledigung ohne Möglichkeit der Zuweisung kann sich auch außerhalb von Wahlen und während einer Legislaturperiode stellen. Frühere NRW (zB NRW 1923) hatten vorgesehen, dass etwa bei Erledigung eines Drittels der Mandate zwingend Neuwahlen stattfinden mussten.

Konkretisierung der Fragen zur Zuweisung von Mandaten auf Basis vorgelegter Wahlvorschläge, insbesondere im Fall der Erschöpfung der Liste

Extrapolation der Rechtsfragen

Die folgenden Fragen sind im Lichte der obigen Ausführungen zur Auslegungsmethode im Wahlrecht und zur Vorgangsweise im Fall der Listenerschöpfung noch genauer zu behandeln:

- a) Bestehen rechtliche Mechanismen für eine wahlwerbende Gruppe, nach der in der Nationalrats-Wahlordnung 1992 vorgesehenen Wahlarithmetik Mandate zu besetzen, auch wenn die Landesparteilisten bzw. die Bundesparteiliste aufgrund einer zu geringen Anzahl von Bewerberinnen und Bewerbern erschöpft sein sollte?
- b) Ist die Berufung einer Bewerberin oder eines Bewerbers aus einem anderen Wahlvorschlag als dem arithmetisch in Betracht kommenden mit Blick auf die Unmittelbarkeit der Wahl und den Umstand, dass bei der Stimmabgabe die Person nicht Gegenstand der direkten Willensentscheidung der Wählerin oder des Wählers war, verfassungsrechtlich möglich?
- c) Ab wann gilt ein Mandat als „erzielt“ (vgl etwa § 101 letzter Satz NRWO: „Jede Partei erhält so viele Mandate, wie die Wahlzahl in ihrer Parteisumme im Landeswahlkreis enthalten ist, abzüglich allenfalls im ersten Ermittlungsverfahren erzielter Mandate.“)?
- d) Sind bei der Anwendung der §§ 112 Abs 1 und 2 sowie § 98 Abs 5 NRWO auch jene Bewerberinnen und Bewerber zu „berücksichtigen“, die bereits ein Mandat im Zuge des 1. oder 2. Ermittlungsverfahrens zugewiesen bekommen haben?

Zur Frage (a) nach den rechtlichen Mechanismen für eine wahlwerbende Gruppe zur Mandatsbesetzung bei Erschöpfung der Listen

Es erscheint zunächst sinnvoll und für die weiteren, daran anknüpfenden Überlegungen von Bedeutung, die Normadressaten der NRWO differenzierend zu betrachten. Dabei ist zwischen den Rechtsvorschriften zu unterscheiden, welche sich an die namhaft zu machenden zustellungsbevollmächtigten Vertreter der Parteien (gemeint sind die Wahlparteien bzw wahlwerbende Gruppen) richten sowie jenen, die Handlungsanweisungen an die Wahlbehörden normieren. In seltenen Fällen, die hier außer Betracht bleiben können, sind auch die Wahlberechtigten oder andere Personen, die sich in Wahllokalen aufhalten, angesprochen. Was die zustellungsbevollmächtigten Vertreter der Wahlvorschläge betrifft, welche die Wahlparteien zu vertreten haben, sind diese zweifellos gehalten, die gesetzlichen Vorschriften des Einbringungsverfahrens zu beachten. Sie müssen die formalen Erfordernisse erfüllen und die Fristen einhalten.³⁴ Ab dem Zeitpunkt der Auflegung und jedenfalls ab der Stimmabgabe treten diese Normadressaten aber, wie der Verfasser zu erkennen meint, zunächst in den Hintergrund. Denn nun sind die Wahlbehörden „am Zug“, an welche sich die in dieser Phase anwendbaren Vorschriften richten. Gleichsam richten sich mache der hier nicht weiter zu

³⁴ Vgl *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ (2024) § 43 NRWO Anm 7, § 45 NRWO Anm 1.

betrachtenden Vorschriften über das Stimmabgabeverfahren direkt an die Wahlberechtigten, also das Bundesvolk im Wahlalter mit Ausnahme der gerichtlich vom Wahlrecht ausgeschlossenen, das man in der Gesamtheit der Wahlberechtigten zusammenfassend als „legitimiertes Stimmvolk“ bezeichnen könnte.

Doch betrachtet man das Ermittlungsverfahren, liegt dieses nur in behördlicher Hand. Daher kann eine sinnvolle Betrachtung der Mandatsberechnung und Zuweisung an die Bewerber nur am positiven Recht ansetzen. Wenn also die Wortfolge, die in der Fragestellung sinngemäß zum Ausdruck kommt („[...] Regelungsmechanismus für eine wahlwerbende Partei [...]“) in dem Sinn gemeint ist, ob diese Norm in dem Sinn zu verstehen wäre, dass Einfluss auf die Zuweisung genommen werden kann, dann nur in einer eingeschränkten Form, dass einzelne doppelt gewählte Bewerber erklären können, welches Mandat sie annehmen. Wenn aber die hier mit einem Beistrich abgetrennte Formulierung „[...] Regelungsmechanismus, für eine wahlwerbende Partei [...] zu besetzen [...]“, dann ist die wahlwerbende Partei nicht als Normadressatin angesprochen, sondern die Frage richtet sich an die Ermächtigung der zuständigen Landeswahlbehörde oder die Bundeswahlbehörde „für“ im Sinne zu Gunsten der wahlwerbenden Partei diesen „rechtlichen Mechanismus“ anzuwenden. „Für“ könnte aber gedeutet werden als „stellvertretend für“ und genau hier zeigt sich das Problem, dass nämlich der Fehler bzw die Unterbesetzung der Liste der Wahlpartei zuzuschreiben ist und die Behörden hier nicht supplierend tätig werden können. Wenn die Listen erschöpft sind, dh nicht nach der Reihenfolge weiter Mandate zugewiesen werden können, dann bestehen keine rechtlichen Grundlagen jenseits des engen Anwendungsbereichs des §§ 112 NRW und darauf verweisend auch § 98 Abs 5 Mandate an Bewerber diese Partei zuzuweisen; aber auch an Bewerber einer anderen Partei dürfte dann das der erstgenannten Partei zustehende Mandat nicht zugewiesen werden.

Nach den *verba legalia* ist nun einerseits die Mandatsberechnung (im ersten EV nach § 97 NRW) von der Zuweisung an Bewerber (§ 98 NRW) unterscheiden, andererseits ist auch auf eine abweichende Terminologie hinzuweisen; so heißt es in § 97 NRW betreffend die Partei, welche die Wahlzahl (nach *Hare*) im 1. EV erreicht: „*Jede Partei erhält so viele Mandate [...]*“; sodass das Zeitwort „erhalten“ hier im Sinne von bekommen oder entgegennehmen gemeint ist. Das ist deshalb wichtig, weil dann später – siehe die Ausführungen zu Frage b) – im Partizip Perfekt von abzüglich der bereits im ersten EV „erzielten Mandaten“ die Rede ist. Was nun die Formulierung „*erhält*“ betrifft, so ist auf die evidentermaßen bestehende, nicht-stoffliche, sondern ideelle Bedeutung des Begriffs „Mandat“

hinzuweisen; natürlich kann ein Mandat nicht in der Form „erhalten“ werden als es physisch entgegengenommen wird. Vielmehr besteht im Wahlrecht die Besonderheit, dass sich diese Anwartschaft zunächst aus der Niederschrift und die Dokumentation des Mandatsgewinns einer Partei (also des erhaltenen bzw erzielten Mandates) und die Zuweisung sodann aus den autoritativen Feststellungen der LWB ergibt.

§ 98 Abs 1 NRW spricht die den Regionalbewerbern einer Partei „vorbehaltenen Mandate“ an; das scheint insofern im gegebenen Kontext als wichtig, weil aus dieser und einer nahezu wortgleichen Norm in § 101 NRW deutlich wird, dass ein Mandat einer Partei jenen Bewerberinnen und Bewerbern (Regionalbewerber im 1.EV; Bewerber von der Landesliste im 2. EV) vorbehalten ist, die auf der jeweiligen Liste aufscheinen. Wer auf einer anderen Liste aufscheint, für den oder die ist das Mandat nicht vorbehalten, sondern es darf nicht zugewiesen werden und das gilt jedenfalls auch für Mandate, die nach der Durchführung aller drei EV einer Partei nicht zustünden und demgemäß auch keinem ihrer Bewerber vorbehalten sein können. Deshalb gilt auch, dass im Fall der Listenschöpfung nur Bewerber der Partei die das entsprechende Mandat erhalten hat, unter den engen Voraussetzungen des § 98 Abs 5 NRW von einer anderen Liste derselben Partei berufen werden können, dies aber nur in den Fällen Tod und Streichung wie an anderer Stelle erläutert wurde. Selbst gegen diese Regelung wurden bereits Bedenken geäußert³⁵, sie lässt sich aber (noch) verfassungskonform auslegen.

Zwar ist ein Listenwahlrecht mit dem Grundsatz der unmittelbaren Wahl vereinbar, doch sprechen sich insb das dt BVerfG und dt Autoren dafür aus, dass den Wahlberechtigten die Bewerberinnen und Bewerber der Liste bekannt sein müssen.³⁶ Diese Ansicht geht über die in Österreich herrschende Rsp und Lehre hinaus, wonach dieser Grundsatz ein „Wahlmännersystem“ ausschließt. Gemeint ist damit das Dazwischentreten eines Wahlpersonen-Kollegiums zwischen Wählerinnen und Wähler einerseits und die Wahlbewerberinnen und Wahlbewerber andererseits, wie es nach heutiger bzw modernerer Terminologie heißen sollte, welches dieser Grundsatz verbietet.³⁷

Zur Trennbarkeit der Verfahrensabschnitte

Das Prozedere der Ermittlungen (welche Parteien nun Mandate erhalten) und der Zuweisungen von Mandaten an Bewerberinnen und Bewerber ist, wie sich aus den Ausführungen in der Lehre

³⁵ *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 112 NRW Anm 1; die dort geäußerte kritische Ansicht bezieht sich kraft Verweisung auch auf § 98 Abs 5 leg cit.

³⁶ BVerfGE 7, 77/84 f; *Jarass*, Art 38 GG, in *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz¹⁸ (2024) Rn 27 f.

³⁷ VfSlg 14.265/2015; *Muzak*, B-VG-Kurzkommentar, 2020, Art 26 Rz 4; ergänzend kann auch das dort nicht erwähnte Erk. VfSlg 14.440/1996 angeführt werden.

ergibt, sachlich trennbar,³⁸ dies gilt trotz der Einheitlichkeit und Komprimiertheit auch in zeitlicher Abfolge. Zunächst werden die maßgeblichen Daten niedergeschrieben, denn gemäß § 99 NRWO muss die Niederschrift neben dem endgültig ermittelten Stimmenergebnis (lit e) auch die Namen der von jeder Regionalparteiliste gewählten Bewerber enthalten und zwar in der Reihenfolge ihrer Berufung (lit f.); es sind dies somit jene Bewerber, denen bereits Mandate zugewiesen wurden. Damit bringt die NRWO aber neuerlich abweichende Termini ins Spiel: die im ersten EV *erhaltenen* Mandate werden (später, dh im 2. EV) zu bereits im 1. EV *erzielten* Mandaten; und ein Bewerber oder eine Bewerberin, dem oder der ein Mandat *zugewiesen* wurde, wird (in der Mehrzahl) nach der Niederschrift gemäß § 99 NRWO als einer oder eine der *gewählten* Bewerber anzusehen sein; nach den *verba legalia* kann aber auch von *berufenen* Bewerbern die Rede sein. Somit ist, kurz zusammengefasst, im 1. EV bereits „endgültig“ festgestellt, welche Parteien wie viele Mandate erhalten und welchen Bewerbern diese zugeteilt werden, diese also (zu Abgeordneten des NR) berufen werden.

Sollte bereits im 1. EV der sehr unwahrscheinliche Fall auftreten, dass eine Liste erschöpft ist, dann enthält die Niederschrift zwar die erzielten Mandate der betreffenden Partei, aber nur so viele berufene Bewerber wie auf der Liste nach den Regeln der NRWO (Vorzugsstimme prioritär nach der 14%-Regel; ansonsten Reihenfolge maßgeblich, dies auch bei Gleichstand der Vorzugsstimmen). Weniger Bewerber und somit weniger Zuweisungen als Zahl der erzielten Mandate ist also kurz gefasst auch im 1. EV rechtlich möglich und auch von der LWB handhabbar, aber faktisch unwahrscheinlich.

Die Vorschriften über Ermittlung der Mandate nach § 107 NRWO, Feststellung der Ergebnisse nach § 84 sowie § 90 NRWO, Sofortmeldungen etwa gem § 35 leg cit oder § 84 Abs 6 NRWO und Zuweisung der Mandate an Bewerber laut § 102 NRWO und § 108 NRWO richten sich mit marginalen Ausnahmen an die Landeswahlbehörden sowie an die Bundeswahlbehörde. Konsequenterweise müssten sich Rechtsvorschriften, in denen die angesprochenen Mechanismen normativ zum Ausdruck kommen und hinsichtlich derer in der Frage a) mit den Worten „nach Wahlarithmetik [...] Mandate zu besetzen“ sind, ausdrücklich an die wahlwerbende Gruppe (in der NRWO meist nur als „Partei“ bezeichnet, gemeint Wahlpartei³⁹) richten. Dies ist aber nicht der Fall, wie mit Gewissheit ausgeführt werden kann. Denn die Partei als wahlwerbende Personengruppe hat keine Verpflichtungen und auch keine Ermächtigung

³⁸ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ (2015) Rz 315.

³⁹ Vgl VfSlg 14.803; Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 317; Muzak, B-VG⁶ (2020) Art 26 Rz 10.

außerhalb des engen Anwendungsbereichs von §§ 111 f NRWO und § 98 leg cit von sich aus auf Bewerber zu verweisen, die zu berufen sind; denn die Zuweisung richtet sich starr nach der Reihenfolge auf der Liste bzw nach den erzielten Vorzugsstimmen als prioritäre Regel.

Anders als in der deutschen BWahlO (auf Basis des BWahlG), wo sich in den §§ 76 ff BWahlO sogar Ersatzwahlen finden, würde auch die Nachbesetzung erledigter Mandate nach fixen Regeln ablaufen. Es ist zwar zutreffend, dass zB einzelne gewählte Bewerber, welche für eine zum Mitglied der BReg ernannte gewählte Person, die selbst Bewerber war, ein „Mandat auf Zeit“ übernehmen, sich dazu bereit erklären können, zu weichen, falls dieser Bewerber in den NR zurückkehrt. Jedoch sind auch in solchen Fällen gesetzliche Regeln anzuwenden, wenn sich niemand dazu bereit erklärt, zu weichen; zumal die Reihung nicht irrelevant ist.

Weitere Vorschriften, die sich an wahlwerbende Gruppen richten, bestehen aber nicht. Auch besteht in dieser besonderen in Frage stehenden Konstellation kein Recht, eine Nachnominierung vorzunehmen, was vermutlich auch gegen Unmittelbarkeit der Wahl verstoßen würde, wogegen man – wie unten gezeigt wird – die bestehende Regel des § 112 Abs 1 iVm § 111 Abs 4 NRWO womöglich verfassungskonform nach Wortsinn als taxative Aufzählung zweier Ausnahmefälle interpretieren muss.⁴⁰ Auch was die Einbringung der Bundesparteiliste betrifft, sind die wahlwerbenden Gruppen nur gehalten, eine Maximalzahl an Bewerbern (gem §106 Abs 4 NRWO max die dreifache Anzahl an Bewerbern, wie auf den Landeswahlvorschlägen der jeweiligen Partei insgesamt aufscheinen) zu beachten. Hingegen sind sie einerseits gar nicht gesetzlich verpflichtet, einen Bundeswahlvorschlag einzubringen und andererseits, wenn sie dies tun mangels Regelung an keine Mindestzahl an Bewerbern gebunden.⁴¹ Ein Wahlvorschlag ist demnach auch gültig, wenn dieser zB nur einen Bewerber enthält, sofern diese Person im Lichte des § 21 NRWO wählbar bzw passiv wahlberechtigt und nicht vom Wahlrecht ausgeschlossen ist.⁴²

Wichtig ist es, zwischen der Ermittlung von Mandaten und der Zuweisung an Bewerber zu differenzieren. Zutreffend bemerken auch *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, dass

⁴⁰ *Bruckner*, Das Vorzugsstimmenwahlrecht aus verfassungsrechtlicher und verfassungspolitischer Sicht, JRP 2004, 240 (244), dabei beachte man, dass in FN 51 „das Eintreten eines derartigen Falles bei größeren Vertretungskörpern wie dem Nationalrat oder auch den Landtagen auf Grund der höheren Anzahl von Bewerbern einer Liste jedoch [als] sehr unwahrscheinlich [bezeichnet wurde]; vgl dazu auch *Holzinger/Holzinger* in *Korinek/Holoubek et al (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (13. EL 2017) Art 26 B-VG Rz 51; *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 112 NRWO Anm 1; so etwa auch die Rsp des dt BVerfG: zB BVerfGE 47, 253 (280 f); 95, 335 (350); 97, 317 (326).

⁴¹ *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 106 NRWO Anm 1, 7.

⁴² E contrario *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 106 NRWO Anm 8.

Mandatsermittlung und Zuweisung an die Bewerber zu unterscheiden sind⁴³. Das bedeutet aber auch, dass ein Mandat „gewonnen“ bzw erzielt wird, wenn es rechnerisch jener Partei zusteht, die den gültigen Wahlvorschlag eingebracht hat und die die Wahlzahl erreicht hat. In diesem Zusammenhang betont der VfGH in ständiger Rechtsprechung, dass eine Proportionalwahl ohne Wahlzahl undenkbar sei.⁴⁴ Wichtig erscheint der Wortsinn der Anordnung des § 107 Abs 3 NRWO, wonach auf die übrigen Parteien im dritten Ermittlungsverfahren (im Folgenden: EV) alle 183 Mandate abzüglich der erzielten Mandate mittels der Wahlzahl verteilt werden, die nach Abs 4 und 5 *leg cit* zu berechnen ist. Als Wahlzahl wird aber flexibel jene genannt, die bei den (uU) mehrfachen Durchrechnungen in Betracht kommt, das kann demnach die 183. größte Zahl sein, aber hier bleibt es nur in dem unwahrscheinlichen Fall bei der Durchrechnung nach *d'Hondt*, wenn keine einzige Partei im erste oder zweiten EV ein Mandat erzielte; das ist natürlich bei der in Frage stehenden Wahl völlig unrealistisch, weil die drei größten Parteien ihre Hochburgen haben, in denen sie auch nach *Hare* die Wahlzahl erreichen können und vermutlich auch erreichen werden. Vor allem die ÖVP in NÖ und OÖ (wo eine große Zahl an Wahlberechtigten lebt, die als Stammwähler anzusehen sind) wird demnach mehrere Mandate bereits erreicht haben, ehe es zur Durchrechnung kommt. Dasselbe gilt voraussichtlich, wenn auch mit Vorbehalten, für die SPÖ in manchen Wiener Regionalwahlkreisen (im Folgenden: RWK). Aus Sicht der politikwissenschaftlichen (nicht rechtsdogmatischen) Wahlanalyse (etwa der EP Wahl 2024) und der (zT mit Vorbehalten zu sehenden) Prognose haben sich aber durch das erwartete Anwachsen der FP-Wählerschaft bei der NR-Wahl Chancen auf Grundmandate der vormals dominierenden Parteien verringert.

Daraus ist zu folgern, dass auch im Fall der sog Bierpartei (auch BPÖ) die Chance auf Erreichen der Wahlzahl in den ersten beiden EV nur gering und wenn, dann in den lokalen Hochburgen (zB RWK Wien-Innen Ost, Landeswahlkreis [im Folgenden: LWK] Wien) realistisch. Sollten aber bereits Mandate erzielt worden sein, dann müssen sie den Bewerbern nach der korrespondierenden Liste in der Reihung eben dieser Liste zugewiesen werden. Für den Fall, dass ein Bewerber (wohl nur der bekannteste, zugleich erstgereihete Listenführer käme hier in Betracht) durch Vorzugsstimmen in der Höhe der Wahlzahl bereits im zweiten EV ein Mandat zugewiesen erhält und auch auf der Bundesliste aufscheint, die Partei auch im

⁴³ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 335; aber auch *Holzinger/Holzinger* in *Korinek/Holoubek et al*, B-VG Art 26 B-VG, Rz 105.

⁴⁴ S etwa VfSlg 1381/1931, 1382/1931, 3653/1959, 8700/1979, 10.905/1986; *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 100 NRWO Anm 4.

Proportionalausgleich (mindestens) ein Mandat erzielt, müsste dieser als doppelt Gewählter optieren, welches Mandat er annimmt (s dazu § 109 NRWO).

Richtig ist die lehrbuchmäßige, allerdings sehr knappe und lapidar die Gesetzesformulierung wiederholende Formulierung, dass (im Bereich des Bundeswahlvorschlags, um den es wohl bei Kleinparteien in erster Linie gehen wird, da sie rechnerisch kaum mehr als ein- oder zweimal die Wahlzahl im ersten oder zweiten EV in einem RWK oder LWK erreichen werden) von der Bundeswahlbehörde nach der Reihenfolge der Bewerber ein Mandat zuzuweisen ist. Dies geschieht natürlich gem § 108 Abs 2 iVm § 107 NRWO mit der Einschränkung, dass jene Bewerber vorzuzureihen sind, welche die Mindestzahl an Vorzugsstimmen (7% der auf die jeweilige Partei entfallenden gültigen Stimmen) erreichen.⁴⁵

Kryptisch bleibt der Hinweis in *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, wonach unter Hinweis auf § 112 Abs 1 und 2 NRWO „*allenfalls [...] ein Ergänzungsvorschlag einzuholen [ist]*“⁴⁶. Gemeint kann an dieser Stelle aber nur sein, dass im Fall von Tod oder Streichung (§ 111 Abs 4 NRWO) Bewerber anderer Listen derselben Partei berufen werden können, allenfalls unter Kommunikation mit der Wahlpartei, welche wiederum durch den zustellungsbevollmächtigten Vertreter repräsentiert wird.

Zur Frage (b) der Berufung einer Bewerberin oder eines Bewerbers „aus einem anderen Wahlvorschlag“ im Lichte des direkten Wahlrechts

Nicht zu Unrecht haben schon *Stein/Wenda/Vogl* in einer früheren Auflage (2010) Bedenken geäußert, dass selbst die enge Vorschrift des § 112 Abs 2 iVm § 111 Abs 4 NRWO im Lichte des unmittelbaren Wahlrechts problematisch sei; worauf sogleich einzugehen sein wird. Das unmittelbare Wahlrecht bedeutet im Sinn der Judikatur des VfGH zu VfSlg 14.265/1995, dass ein Wahlmännersystem unzulässig ist.⁴⁷ Im Anlassfall (GR-Wahl Purkersdorf, NÖ) wurde ein Stimmzettel für eine Wahlpartei als gültig gewertet, auf dem ein Bewerber dieser Partei, aber auch eine andere Partei angekreuzt war.⁴⁸ Jedenfalls aber bezieht sich der Ausspruch des VfGH zur direkten Wahl nicht auf den Kern des judizierten Problems, es handelt sich vielmehr um ein *obiter dictum*. Allenfalls ließe sich VfSlg 14.440/1996 dazu zitieren, zu welcher die Grundsätze des direkten und persönlichen Wahlrechts thematisiert wurden und letzteres bei Landwirtschaftskammerwahlen laut VfGH bei Berufsvertretungen nicht vorgeschrieben sei.

⁴⁵ *Stein/Wenda/Vogl/Brait*, Das Wahlrecht des Bundes⁴ § 108 NRWO Anm 3, § 98 NRWO Anm 4.

⁴⁶ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 337.

⁴⁷ Stellvertretend für die Lit: *Muzak*, B-VG (2020) Art 26 Rz 4; *Holzinger/Holzinger* in *Korinek/Holoubek et al*, B-VG, Art 26 B-VG, Rz 50.

⁴⁸ Dazu sei angemerkt, dass dies bei der NR-Wahl nicht möglich wäre.

Vor diesem Hintergrund wurde die angefochtene sbg Landwirtschaftskammerwahlen nicht für nichtig erklärt, womit es sich dabei um eine Nichtstattgabe handelt.⁴⁹ Wichtig erscheint aber in Analyse der Judikatur, dass ein gewisser Spielraum des Gesetzgebers besteht, und daher eine Regelung, die das Zugreifen auf andere Listen derselben Partei in Ausnahmefällen erlaubt, nicht von vornherein gegen den Verfassungsgrundsatz der unmittelbaren (direkten) Wahl verstößt.

Der Kommentator *Muzak* ergänzt zu diesem Grundsatz a.a.O. (B-VG-Kurzkommentar, Art 26 Rz 4, dieser bedeute, dass die Wähler die Abgeordneten direkt wählen würden. Ob dies bei einem Listenwahlrecht der Fall ist, muss an dieser Stelle bezweifelt werden, wählt doch das überwiegende Gros der Wähler trotz der Möglichkeit dreier Vorzugsstimmen auf allen Ebenen der EV eine Partei. Sie erklären sich offenbar stillschweigend mit der Liste bzw den Listen einverstanden und akzeptieren somit – wenn sie keine Vorzugsstimme abgeben – auch die Reihung; Streichungen durch den Wählenden oder „Panaschieren“ sind nicht (mehr) vorgesehen⁵⁰. Dementsprechend ist wohl eher davon auszugehen, dass sich die Persönlichkeitswahl in der notgedrungen spekulativen Abgabe einer oder mehrerer Vorzugsstimmen erschöpft, wovon eher selten Gebrauch gemacht wird⁵¹

Zweifellos spielt auch der Grundsatz des unmittelbaren (direkten) Wahlrechts hier eine Rolle, aber in erster Linie als Prüfungsmaßstab für § 112 Abs 1 NRWO und die darauf verweisenden Rechtsvorschriften bzw Regelungen (§ 98 Abs 5 NRWO). So könnte die Frage der Verfassungskonformität im Lichte der bereits im Schrifttum geäußerten Bedenken zweifellos gestellt werden, jedenfalls aber das Gebot abgeleitet werden, verfassungskonform keinesfalls diese Regelung extensiv auszulegen oder gar als Grundlage einer im Wahlverfahrensrecht jedenfalls verbotenen Analogie zu nehmen.

⁴⁹ Zu beiden Erk des VfGH siehe *Strejcek/Urban*, Der Verfassungsgerichtshof als Wahlgericht 106 f.

⁵⁰ Der bei *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger* erwähnte Ausdruck „Panachieren“ wird dort nicht erklärt; er bezieht sich auf den französisch-schweizerischen Begriff des panaché, das eine Mischung bedeutet (meist bei Getränken oder einem konkreten Getränk wie einem G’spritzen, einem Radler, Cola-Rot, oder einem Spezi), im wahlrechtlichen Kontext ist es die Möglichkeit, bei der Stimmabgabe Bewerber zB unterschiedlicher Parteien zu mischen; in der BRD ist dies begrenzt durch die Zweitstimme möglich; in Ö auf keiner Ebene vorgesehen; aber einst bestand die Möglichkeit innerhalb einer Liste zu reihen und zu streichen. Nie vorgesehen war das Stimmen-Splitting; im Wiener Journal 1993 erklärte Michael Schaden („Köpfe wollen“) zutreffend, warum das Splitten rechtspolitisch problematisch ist, es bedeutet, eine Partei und einen Bewerber einer anderen zu wählen; auch das „Köpfen“ von Listen wird durch Streichungsmöglichkeiten befürchtet, das daher de lege lata nicht möglich ist.

⁵¹ siehe die seltenen Beispiele von Mandatszuweisungen oder Vorreihungen von 1994 bis 2008 in *Stein*, Wahlbeteiligung und Vorzugsstimmen, in *Poier* (Hrsg), Persönlichkeiten und Demokratie: Wie wählen wir die besten Köpfe? (2011) 81; *Dolezal/Eberl/Jacobi/Zeglovits*, Kandidatinnen und Kandidaten im Wahlkampf, in *Kritzinger/Müller/Schönbach* (Hrsg), Die Nationalratswahl 2013 (2014) 97 f; *Dolezal/Eberl/Jacobi/Zeglovits*, Die Rolle der Spitzenkandidatinnen und -kandidaten, in *Kritzinger/Müller/Schönbach* (Hrsg), Die Nationalratswahl 2013 (2014) 87 f; dazu auch *Parlament Österreich*, Wie führt der Weg zum Nationalratsmandat?, Fachinfos – Fachdossiers, 19.07.2024, (abrufbar unter parlament.gv.at; zuletzt aufgerufen 19.09.2024).

Man könnte aber auch die bestehenden gesetzlichen Gründe (Tod, Streichung nach § 111 Abs 4 NRWO) verfassungskonform interpretieren. Tod ist ein Ereignis, das durch höhere Gewalt (*vis major*) bedingt wird, das jederzeit, auch bei ansonsten gesunden Menschen eintreten kann (zB Unfall, Aortariss, Aneurisma, Schlaganfall, allergische Reaktion auf Biss oder Stich). Dagegen erscheint der zweite Tatbestand der Streichung als ein gewillkürter, dh vom Willen des Bewerbers abhängiger Akt. Aus Sicht der Wahlpartei ist dies aber auch schwer vorhersehbar, da dieser gewillkürte Akt etwa auf internen Querelen oder beruflichen Entwicklungen beruhen kann, die wiederum zB eine Unvereinbarkeit dauernd eintreten lassen könnte. Im Endeffekt träte in beiden Tatbeständen der Listenerschöpfung derselbe Folge ein, wonach die Person nicht dem NR angehören dürfte. Regierungsamt wäre zulässig und nicht unvereinbar, die Wahl zum Bundespräsidenten und gewisse Exekutivfunktionen jedoch nicht zulässig.

Es scheint nicht ausgeschlossen, dass *de lege ferenda* auch weitere Gründe festgelegt werden, wann und unter welchen konkreten Voraussetzungen von Landeswahlbehörden oder der Bundeswahlbehörde auf andere Listen zugegriffen werden dürfte; allein deshalb ist es sinnvoll Grenzen aufzuzeigen, die auch im genannten Wahlgrundsatz (direkte Wahl) auf Verfassungsebene (Art 26 Abs 1 B-VG) zu fundieren sind, aber auch gegen den Gleichheitssatz verstoßen könnten.

Die Frage, wie behördenseitig (Bundeswahlbehörde; Landeswahlbehörden) im Fall der Listenerschöpfung vorzugehen ist, wurde unter dem Gesichtspunkt des Analogieverbotes und des Gebots strikter Wortsinninterpretation der NRWO (bzw von Wahlordnungen generell) im Lichte der Rsp des VfGH bereits ausführlich erörtert.

Hier muss ins Treffen geführt werden, dass das Wahlrecht zum NR seit Anbeginn ein Listenwahlrecht war und ist. Demnach ist eine Mediatisierung zwischen Wahlberechtigten (Bundesvolk dh österr Staatsbürger, 16. Lebensjahr spätestens am Wahltag vollendet, kein Ausschluss durch ein Strafgericht ausgesprochen) systemimmanent.

Direktes Wahlrecht wird von der Lehre als das Verbot des „Dazwischentretens“ von Wahlpersonen interpretiert wie es zB das US-amerikanische *electoral college* (früher Wahlmännerkollegium genannt, jetzt Wahlpersonenkollegium⁵²). Der Grund, warum die USA

⁵² An dieser Stelle sei angemerkt, dass wörtlich der neutrale Begriff Wahl-Kollegium wohl ausreichend wäre und präzise, nachdem ein Kollegium immer aus Personen besteht. Man sollte demnach den Begriff des Wahlpersonenkollegiums nicht mehr verwenden.

sich für eine Wahl durch ein *electoral college* entscheiden hat, lag wohl darin, dass man Einflüsse aus dem Ausland oder womöglich Stimmenkauf befürchtete, wenn lange vor der Wahl bekannt gewesen wäre, dass zB der Senat (oder der gesamte Kongress) den Präsidenten wählen würde; eine direkte Wahl aber wurde damals (1788/89) als technisch (wegen großer geographischer Distanzen des Kontinents) zu aufwendig erachtet.⁵³

Historisch betrachtet, ging es um die Abwendung vom cisleithanischen Wahlrecht zum Reichsrat, das zunächst indirekt war und erst allmählich die direkte Wahl von Bewerbern vorsah. Bekanntlich ab 1907 gab es das „allgemeine und gleiche“ Wahlrecht der Männer, welches freilich nicht wirklich allgemein war. Nichtsdestotrotz ist es eine erwähnenswerte Besonderheit, dass das Wahlrecht im „alten Österreich“ durch die Auswahl an Bewerbern im Wahlbezirk (terminologisch war „Wahlbezirk“ statt dem heutigen „Wahlkreis“ vorgesehen) nach der Einerwahl bzw Zweierwahl in Galizien konzeptionell ein Mehrheitswahlrecht war, bei dem etwa in der Stichwahl die Wahlberechtigten wohl allesamt die Bewerber kannten, was beim Listenwahlrecht und Proportionalprinzip in der Verbindung nicht oder viel weniger der Fall ist; deshalb plädierte *Kelsen* auch in mehreren Artikel für eine Persönlichkeitswahl, die aber in der Ermittlung proportional erfolgen sollte. Doch es setzte sich in der WKNV 1918/19 und in der Novelle der WNV sowie nach dem B-VG und der NRW 1923 das Listenwahlrecht durch.

Somit muss aber der Grundsatz der direkten Wahl insofern einschränkend verstanden werden, als das vorgefundene Listenwahlrecht jedenfalls als verfassungskonform erachtet wurde; verboten wäre demnach nur die Einführung eines evident indirekten Wahlrechts wie es etwa in Vorschlägen zur Familienwahl (Eltern erhalten Stimmrechte für Kinder) zum Ausdruck kam.⁵⁴

Dogmatisch bestehen daher gewisse Zweifel daran, ob der Grundsatz des direkten Wahlrechts auf das behördliche Handeln anwendbar ist, sofern man davon ausgeht, dass sich die Behörde am Gesetz und nur im Sinne verfassungskonformer Interpretation auch am B-VG und Art 3 1. ZPMRK zu orientieren hat; es ginge demnach um die „unmittelbare Anwendbarkeit“ eines Wahlgrundsatzes.

⁵³ siehe dazu Näheres *James Madison*, Federalist No. 10, in *Ermacora*, Der Föderalist (1958); vgl modernere Übersetzungen von *Barbara Zehnpfennig* sowie *Adams/Adams*.

⁵⁴ Etwa *Strohmeier*, Familienwahlrecht reloaded: Ein nicht mehr ganz neuer Vorschlag erneut auf der Agenda – und dem Prüfstand, *Zeitschrift für Politikwissenschaft* 2016/26, 3.

Zur Frage (c) der „Erzielung“ eines Mandates iSd § 101 NRW

Nicht einfach zu beantworten ist die Frage, ab wann innerhalb des komplexen Ablaufes der Ermittlungsverfahren (EV) ein Mandat als „erzielt“ gilt. Dieses Partizip vom Zeitwort „erzielen“ taucht im Kontext mit dem 2. EV in § 101 letzter Satz NRW auf: *„Jede Partei erhält so viele Mandate, wie die Wahlzahl in ihrer Parteisumme im Landeswahlkreis enthalten ist, abzüglich allenfalls im ersten Ermittlungsverfahren erzielter Mandate.“*

Um diese Frage zu beantworten, müssen kurz die Vorschriften über die Ermittlungsverfahren unter besonderer Beachtung der *verba legalia* analysiert werden. Im Kontext mit dem ersten EV im Regionalwahlkreis ist darauf hinzuweisen, dass § 97 NRW in aller Einfachheit das rechnerische Verfahren umschreibt, wobei nicht der Begriff „erzielt“, sondern „erhält“ verwendet wird. So wird die Wahlzahl nach dem *Hare'schen* Verfahren berechnet; die Gesamtsumme der abgegebenen, gültigen Stimmen wird dividiert durch die Zahl der zu vergebenden Mandate. Gute Gründe sprechen aber dafür, die Variation der Begriffe nicht als rechtlich relevant zu werten; jenes Mandat, das eine Partei im 1. EV erhält, ist ident mit jenem, das sie aus Sicht des 2. EV bereits erzielt hat. Natürlich können dies auch mehrere Mandate sein, denn jede Partei erhält so viele Mandate, wie die Wahlzahl in der Parteisumme im RWK enthalten ist; allerdings wird dem ersten EV die Wahlzahl des (Landeswahlkreises) LWK zugrunde gelegt.

Hingegen ist in § 98 Abs 1 NRW von den *„einer Partei [...] vorbehaltenen Mandate“* die Rede, die den Bewerbern nach Abs 3 und 4 zuzuweisen sind. Rechnerisch erhält demnach die Partei das Grundmandat schon mit dem Divisionsvorgang, aber ob dies auch rechtlich manifest wird, könnte bezweifelt werden. Vielmehr könnte angeführt werden, dass es einer Feststellung seitens der Wahlbehörde bedarf, die autoritativ und für die Verordnung maßgeblich ist, als welche die Kundmachung des Ergebnisses – nach allfälligen Einsprüchen und Korrekturen – dann anzusehen ist. Auch die Deutung der Feststellung als wahlrechtlicher Zwischenbescheid wäre nicht abwegig, doch richtet sich das Verfahren der ziffernmäßigen Einsprüche und letztlich auch der Wahlanfechtung im Lichte des Art 141 B-VG nach speziellen Regeln, sodass ein solcher Bescheid nicht gesondert anfechtbar wäre.

Wichtig erscheint nun, dass aus § 98 Abs 1 sowie Abs 3 und 4 NRW hervorgeht, dass das Mandat (bzw mehrere Mandate) der betreffenden Partei, welche die Wahlzahl erreicht hat, „vorbehalten“ ist, was es logisch denkbar erscheinen lässt, dass die Zuweisung nicht sämtlicher Mandate möglich ist. Sie bleiben aber der Partei „vorbehalten“, dürfen also keiner anderen Partei als „erzielt“ zugewiesen bzw als für diese „vorbehalten“ festgestellt werden.

Die Zuteilung der Mandate im ersten EV erfolgt unter Anwendung (Heranziehung) der von der LWB ermittelten Wahlzahl nach dem Hare'schen Verfahren. Die Zahl der zu vergebenden Mandate ist gesetzlich festgelegt, sie stützt sich auf die letzte Registerzählung. In großen bzw bevölkerungsreichen RWK sind bis zu 7 Mandate (zB Weinviertel NÖ, 3 A) zu vergeben.

Im zweiten EV erhält die Partei, welche die Wahlzahl im LWK erreicht, mindestens ein Mandat, vom dem aber das bereits in einem RWK erzielte Mandat abgezogen wird. Es ist nicht auszuschließen, dass auch eine kleinere Partei, die regional durch frühere Wahlbewerbungen oder Sitze auf Gemeindeebene oder in den Bezirksvertretungen in der Landeshauptstadt Graz oder in der Bundeshauptstadt Wien bekannt ist, in dieser Ermittlungsphase ein Mandat erzielt. Denn diese Partei könnte auf Grund dieser Konstellation ein Grundmandat erreichen (der Parteichef der Bierpartei war bereits gewählter Bezirksrat in Wien-Simmering, daher ist von seiner hinreichenden regionalen Bekanntheit auszugehen; in ähnlicher Weise manifestiert sich dies im Fall der KPÖ in Graz und in Salzburg bzw Innsbruck, die bei Landtagswahlen und Gemeinderatswahlen in den letzten Jahren in den Ballungsräumen wieder erfolgreich war, wenn auch beschränkt auf städtische Zentren).⁵⁵

Es ist indessen unrealistisch anzunehmen, dass eine dieser beiden (sehr kleinen) Parteien zB im nö Weinviertel beim ersten oder zweiten EV, wo die Wahlzahl des LWK NÖ angewendet wird, bereits „punkten“ könnte. Eine Partei erhält im ersten EV so viele Mandate, wie die Wahlzahl (berechnet im LWK) in ihrer Parteisumme (Summe der für die Partei abgegebenen gültigen Stimmen) enthalten ist. Dies ist eine relativ simple Methode mit nur zwei Divisionen, das Problem sind aber die oft sehr hohen Reststimmen. Erzielt nun eine Partei mit 32.000 Stimmen im jeweiligen RWK – unter der Annahme einer hypothetischen Wahlzahl von 30.000 – ein Mandat, so gewinnt sie jenes Mandat mit nur 2.000 Stimmen Rest; dasselbe Ergebnis (nur ein Mandat) würde auch eine Partei erzielen, die 59.800 Stimmen erhält, was die Verzerrung deutlich macht (hier mit 29.800 Reststimmen). Es bedurfte daher, wie der Gesetzgeber schon frühzeitig erkannt hat, im Interesse der Proportionalität weiterer EV, die zunächst über die Wahlkreisverbände, seit 1992/93 aber insb über das neue Wahlrecht mit drei EV und dem verpflichtenden abschließenden EV (Proportionalausgleich) stattfindet.

„Erzielte Mandate“

Die Wortfolge der abziehenden im 1. EV „erzielten Mandate“ kann im Sinne zeitlicher Dimension, aber auch in technischer Sicht betrachtet werden. „Erzielt“ kann nur so gemeint

⁵⁵ Die KPÖ erreichte bei den Novemberwahlen 1945 einst 174.257 Stimmen, was 5,42% entsprach. In den letzten Jahrzehnten war die KPÖ aber nicht mehr im NR vertreten.

sein, dass zeitlich nach der ersten Berechnung (die noch nicht endgültig ist), rechnerisch der Partei ein Mandat zusteht; dann ist es „erzielt“ bzw die Partei sollte dieses Mandat „erhalten“. Im Detail stellt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt bzw Rechtsakt das Mandat „erzielt“ worden ist und welche Behörde dies autoritativ feststellt. Gute Gründe sprechen für die Landeswahlbehörde, welche die Mandate zuweist. Rechtlich betrachtet gäbe es aber auch zwei weitere Anhaltspunkte. Einerseits ergibt sich das aus den „Feststellungen“ der Bundeswahlbehörde (BWB), wenn man aber auch diese nicht als endgültigen und außenwirksamen Rechtsakt ansieht, dann letztlich aus der endgültigen Kundmachung des Wahlergebnisses, da diese unbestrittenermaßen eine Verordnung iSd Art 139 Abs 1 B-VG darstellt. Außerdem löst erst die Kundmachung dieser V den Fristbeginn (4 Wochen) für Anfechtung der Wahl aus. Deshalb ist zwar für die Frage, ob ein Mandat bei der Berechnung außer Betracht bleibt, die Zuweisung des Mandats an Bewerber durch die LWB im Zuge der Ermittlungen relevant, doch als (letztlich anfechtbarer) Rechtsakt, ist die V (amtliche Kundmachung) maßgeblich.

Zur Frage (d) der „Berücksichtigung“ von bereits im 1. oder 2. Ermittlungsverfahren zugewiesenen Mandate

Die letzte der vier Fragen, die oben im Einzelnen angeführt wurden, ist jene, ob bei der Anwendung der §§ 112 Abs 1 und 2 sowie 98 Abs 5 NRW auch jene Bewerberinnen und Bewerber zu berücksichtigen sind, die bereits ein Mandat im Zuge des 1. oder 2. Ermittlungsverfahrens zugewiesen bekommen haben.

Vorausgesetzt ist nach dem Gesetz (§ 98 Abs 5 NRW), dass es sich um „nicht gewählte Bewerber“ handelt. Zudem kommt dies nur in Betracht, wenn ein Mandat „ihrer Liste“ erledigt ist. Wer als nicht gewählter Bewerber anzusehen ist, muss aus den Feststellungen hervorgehen. Wer allerdings bereits ein Mandat zugewiesen erhielt, ist kein „nicht gewählter“ Bewerber.

Was § 112 Abs 1 NRW betrifft, so kommt auch dort die Wortfolge „*zu berücksichtigende Bewerber*“ vor. Die zuständige Landeswahlbehörde hat aber, dies wurde im ersten Teil des Gutachtens ausführlich dargelegt, nur im Fall von Tod oder Streichung dieses Prozedere vorzunehmen. Nur im Fall der Erschöpfung der Liste durch solche Ereignisse bzw Erklärungen (§ 111 Abs 4 NRW) ist allerdings die Aufforderung an die betreffende Partei zu richten, bekannt zu geben, welche von den übrigen Landeswahlvorschlägen aufscheinenden, (allenfalls) zu berücksichtigenden Bewerbern zu berufen sind. Das setzt aber doch voraus, dass es sich um nicht gewählte Bewerber handelt, denen noch kein Mandat zugewiesen wurde; und es enthebt auch nicht von der gesetzlichen Voraussetzung, dass dieses Prozedere nur bei Erschöpfung

einer Liste durch Tod oder Streichung in Betracht kommt. Aus diesen Regelungen ist demnach nichts zu gewinnen, wenn die Listen deshalb erschöpft sind, weil sie nicht eine ausreichende Zahl an Bewerbern vorsehen.

Die auf den übrigen Landeswahlvorschlägen aufscheinenden Bewerber dürfen demnach infolge der Wortsinninterpretation nur im Fall der Erschöpfung der Landesparteiliste infolge von Tod oder Streichung berufen werden.

Selbst dieser gesetzlich vorgesehene Fall der Berufung eines Bewerbers nach Aufforderung von einem der übrigen Landeswahlvorschläge, somit einer „anderen“ Liste als der für den Landeswahlvorschlag eingebrachten, kann im Lichte des unmittelbaren Wahlrechts als problematisch angesehen werden. Wenn zB in Wien ein Bewerber der vlbG Landesliste zum Zuge kommt, kann kaum davon ausgegangen werden, dass dieser Bewerber den Wählenden in Wien bekannt oder ihnen bewusst war, dass es eine solche Möglichkeit gibt.

Eine vergleichbare Regelung im deutschen Gemeindewahlrecht wurde vom BVerfG für nichtig erklärt. Mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl (Art 28 GG) ist laut BVerfG ein Landesgesetz nicht vereinbar, nach dem die Partei oder Parteiengruppe, die eine Reserveliste eingereicht hat, nach der Wahl bei Erschöpfung dieser Reserveliste die nachrückenden Ersatzleute bestimmt.⁵⁶ Man könnte allerdings einwenden, dass in der Regelung des § 112 Abs 1 NRW bzw 98 Abs 5 NRW nur in einem sehr eng bestimmten Rahmen ausnahmsweise ein zumindest auf einer Landesparteiliste (*mutatis mutandis* bei Regionalbewerbern) bei der vorangegangenen Wahl aufscheinender Bewerber berufen werden darf. Somit liegt es nicht ausschließlich in der Hand der Partei; vielmehr setzt die Landeswahlbehörde diesen Mechanismus in Gang; die Partei kann durch den zustellungsbevollmächtigten Vertreter lediglich auswählen, von welcher Landesparteiliste diesfalls die Nachbesetzung erfolgen soll.

Nach Ansicht des Gutachters ist diese Regelung, eng und strikt nach dem Wortsinn ausgelegt im Lichte des in Art 26 Abs 1 B-VG („*Der Nationalrat wird vom Bundesvolk auf Grund des gleichen, unmittelbaren [...] Wahlrechtes [...] gewählt*“) vereinbar. Eine solche Aufforderung bzw Nachbesetzung aus „übrigen“ Wahlvorschlägen kommt indessen bei anderen Gründen der Listenerschöpfung nicht in Betracht.

⁵⁶ BVerfGE 3,45.

Gleichbehandlung von Nichtannahme und Verzicht („Mandat auf Zeit“)

Diskrepanz Bundesverfassung – einfaches Wahlrecht

In Art 56 Abs 2 bis 4 B-VG ist das „Mandat auf Zeit“ explizit und sehr genau geregelt. Eingeführt durch die B-VGN 1992, BGBl 470, die auch mit der großen Wahlrechtsnovelle 1992/93 einherging,⁵⁷ wurden die Regelungen noch einmal modifiziert durch die B-VGN 1994, BGBl 1013, wobei sich der Handlungsspielraum der Regierungsmitglieder noch erweiterte, was die zeitliche Dimension eines Verzichts betrifft. Sinn der Regelung war es, ein Rückkehrrecht in den NR einzuräumen, über dessen genaue rechtliche Qualifikation allerdings Uneinigkeit besteht; nicht zuletzt, weil dadurch auch das Recht des Abgeordneten, der auf einem „Mandat auf Zeit“ befristet „sitzt“, tangiert wird. Der VfGH hat indessen die Beibehaltung und Ausübung eines Mandates während der gesamten Legislaturperiode als Aspekt des passiven Wahlrechts (Art 26 Abs 4 B-VG ua) eingestuft. Ging es in einer E des VfGH aus dem Jahr 1929⁵⁸ noch um den Ausschluss eines Berufsstandes,⁵⁹ so zeigen spätere Erk⁶⁰ den weiten Umfang der Ausübbarkeit und den im Lichte des passiven Wahlrechts zeitlich unbegrenzten Ausübungsrahmen eines Mandates. Dennoch sind seit den B-VGN 1992 und 1994 die Regierungsmitglieder insofern durch eine ausführliche *lex specialis* im B-VG privilegiert, als sie nach Entlassung bzw Enthebung vom Ministeramt und der damit verbundenen Betrauung mit der Fortführung der Verwaltung, ein Rückkehrrecht im Verfassungsrang innehaben und zwar sowohl bei Verzicht als auch bei Nichtannahme des Mandates. Eine unmittelbare bzw verfassungskonforme Interpretation der in diesem Zusammenhang einschlägigen Abs 2 und 4 des Art 56 B-VG gebietet daher eine Gleichbehandlung beider Fallkonstellationen.

Wie *Wieser*⁶¹ treffend anmerkt, deutet die detaillierte Regelung im B-VG, die rechtstechnisch nicht „notwendig“ wäre, auf eine unmittelbare Anwendbarkeit hin. Theoretisch hätte in Art 56 B-VG die Ermächtigung an den einfachen Gesetzgeber gereicht, wie *Wieser* festhält; allerdings ist bekanntlich der österreichische Verfassungsgesetzgeber im Wahlrecht äußerst akribisch und regelt sogar den Typus der Wahlkreise sowie verpflichtende oder fakultative abschließende Ermittlungsverfahren (Art 26, 95 B-VG), was etwa vergleichsweise im Bonner GG ganz undenkbar wäre, wo es heißt: „*Das Nähere bestimmt ein Wahlgesetz*“, wozu neben

⁵⁷ In Kraft seit 1. Mai 1993.

⁵⁸ VfSlg 1230/1929; vgl in diesem Zusammenhang § 41 tir GWÖ.

⁵⁹ Siehe auch VfSlg 17.672/2005 betreffend die AK-Wahl.

⁶⁰ VfSlg 3169/1957, 3426/1958, 3560/1959.

⁶¹ *Wieser* in *Korinek/Holoubek et al*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht I/2 (3. EL 2000) Art 56/2-4 Rz 9.

dem dt BWahlG auch die dt BWahlO zu zählen ist. Aber Österreich ist in diesem Punkt von seiner Verfassungskultur und Regelungsintensität anders zu sehen als die Bundesrepublik Deutschland.

Eine Leitlinie zur dogmatisch korrekten Interpretation findet sich bei *Wieser*.⁶² Er weist mit Recht auf eine unmittelbare Anwendbarkeit dieser Verfassungsvorschriften hin. Zudem schlägt er vor,⁶³ dass auch im Fall der Nichtannahme, eine Erklärung gegenüber der Bundeswahlbehörde, sei es auch in formloser Weise, erfolgen sollte. Problematisch ist hier nur, dass für eine solche Erklärung die einfachgesetzliche Grundlage fehlt und diese auch im B-VG nicht angesprochen wird. Bei Berufung eines NR-Mitglieds als Ersatz gilt die Verlautbarung der Wahlbehörde als Beginn des Mandatsausübung, wie es in der Lehre zutreffend heißt.⁶⁴

Doch die Zulässigkeit der unmittelbaren Anwendung des B-VG ist hier eine wichtige Auslegungshilfe, für die dem Umfang nach zwar ausgedehnte, vom Regelungsinhalt aber doch recht eingeschränkte Ausführungsvorschrift auf einfachgesetzlicher Ebene in § 111 Abs 1 NRW. Am Rande ist zu bemerken, dass dort die Nichtannahme eines Mandats im ersten Satz vorkommt, was auch eine Leitlinie der Wortinterpretation sein kann, wenn sich dieser Satz auch nicht auf den Verzicht oder die Nichtannahme eines Mandats eines Regierungsmitglieds bezieht.

Zudem kann auf die objektiv-historische Interpretation des B-VG zurückgegriffen werden. Denn es ist im Lichte der Entstehungsgeschichte zu bemerken, dass eine dem Art 56 Abs 4 B-VG entsprechende Gleichstellung auf einfachgesetzlicher Ebene im Zuge des Gesetzgebungsprozesses offenkundig „verloren“ gegangen ist. Somit besteht zwar eine Diskrepanz zwischen den Anordnungen des B-VG und der NRW, denn die Nichtannahme kommt zwar, wie soeben ausgeführt wurde, im ersten Satz von § 111 Abs 1 NRW vor, nicht aber in den weiteren auf das „Mandat auf Zeit“ Bezug habenden Sonderregeln. Ab dem zweiten, hier relevanten Satz („*Verzichtet ein Mitglied der Bundesregierung [...]*“) fehlt in § 111 Abs 1 NRW der im B-VG gleich normierte Fall der Nichtannahme.

Es wird allerdings auf Regierungsmitglieder bzw Staatssekretäre, die auf ihr Mandat verzichtet haben explizit eingegangen und auch mit der Wortfolge im dritten Satz („*Solche Wahlbewerber erhalten nach ihrem Ausscheiden [...]*“) ist der Fall angesprochen, dass eine gewählte

⁶² *Wieser* in *Korinek/Holoubek et al*, B-VG, Art 56/2-4.

⁶³ *Wieser* in *Korinek/Holoubek et al*, B-VG, Art 56/2-4 Rz 14.

⁶⁴ Vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 358.

Bewerberin oder ein gewählter Bewerber bereits im NR war und das Mandat angenommen hat (sei es durch Anwesenheit bei der Eröffnungssitzung oder durch die Angelobung, was umstritten ist), ehe er oder sie wieder aus dem NR ausgeschieden ist, da ein Regierungsamt angenommen wurde.

Im Lichte des Umfangs des passiven Wahlrechts (siehe oben) des Wahlbewerbers, der das Mandat nur vorübergehend ausübt und dieses nach Rückkehr des Regierungsmitglieds wieder abtreten muss, (womit das politische Grundrecht eingeschränkt wird; siehe § 111 Abs 1 fünfter Satz NRWO) könnte man sich denkmöglich auf den Standpunkt stellen, dass § 111 NRWO strikt auszulegen und in diesem Sinne einschränkend auf den dort geregelten Fall des Verzichts eines Regierungsmitglieds anzuwenden ist. Doch dies würde bedeuten, dass die in Art 56 Abs 2 und 4 B-VG zum Ausdruck kommende, wenn auch spezieller als in Art 26 Abs 4 B-VG anzusehende Berechtigung des ausgeschiedenen Regierungsmitglieds auf Rückkehr in den Nationalrat (zu) eingeschränkt verstanden wird.

Denn es ist, offenbar auf Grund eines Redaktionsversehens, die verbale Klammer, die im Fall des Verzichts eines Regierungsmitgliedes auf ein diesem zugewiesenes Mandat, mit dem zweiten (in Art 56 Abs 4 B-VG geregelten) Fall der Nichtannahme verbindet, einfachgesetzlich nicht (im Verhältnis zu § 111 Abs 1 erster Satz NRWO) ein weiteres Mal abgesehen in den Gesetzestext (also in § 111 Abs 1 zweiter Satz und folgende) aufgenommen worden. Lediglich im ersten Satz, der bereits älterer Entstehungszeit ist, kommen explizit sowohl der Verzicht als auch die Nichtannahme vor, allerdings im Kontext mit der Rechtsfolge, dass in beiden Fällen die Bewerber dann auf den Listen verbleiben.

Rechtsdogmatische Erwägungen

Dennoch gibt es ausreichend positiv-rechtliches Material, um auch auf die weiteren Sätze auch jenen Fall anzuwenden, der bei Nichtannahme des Mandates durch ein Regierungsmitglied entsteht und der sowohl nach der Lehre⁶⁵ als auch nach der Kommentarliteratur⁶⁶ dem Verzicht gleichzuhalten ist.⁶⁷

Grundsätzlich ist es kein Widerspruch mit dem vom VfGH ausgearbeiteten und wiederholt angemerkten Postulat der strikten Wortsinninterpretation von Wahlvorschriften, so wie *Wieser*

⁶⁵ Vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 568.

⁶⁶ *Wieser* in *Korinek/Holoubek et al*, B-VG, Art 56/2-4 Rz 13 f; vgl auch *Müllner* in *Kahl/Khakzadeh/Schmid*, Kommentar zum B-VG und Grundrechte Art 56 (Stand 25.09.2024, rdb.at).

⁶⁷ *Muzak*, B-VG (2020) Art 56 Rz 5; geht kurz auf die Entstehungsgeschichte ein; bei *Wiederin*, Die Rechtsstellung des Abgeordneten, JBl 2020, 601, finden sich hierzu differenzierende Gedanken im Lichte des „freien Mandates“).

dies auch andeutet,⁶⁸ diesen Fall gleich zu behandeln, wie jene des Art 56 Abs 2 B-VG. Gemeint ist der Fall, dass ein Regierungsmitglied bzw ein Staatssekretär oder eine Staatssekretärin ein NR-Mandat nicht annimmt. Dieses ist aber wie bei einem Verzicht hinsichtlich des Rückkehrrechts zu behandeln, auch wenn dies in § 111 NRW nicht noch einmal wiederholt wird. Auch das B-VG selbst kann als Wahlvorschrift angesehen werden; Art 56 Abs 4 B-VG wäre demnach verfassungsunmittelbar zu interpretieren.

Diese Vorgangsweise ist auch der Rsp des VfGH nicht fremd. So hat der VfGH seinerzeit § 2a WevG mit dem Argument aufgehoben, dass dieser eine Einschränkung (damals ordentlicher Wohnsitz im Inland) enthielte, die in Art 26 Abs 1 B-VG nicht enthalten war bzw ist;⁶⁹ dies entspricht aber einer direkten Anwendung des B-VG, wonach eine dort nicht enthaltene Einschränkung einfachgesetzlich nicht aufgestellt werden darf (auch wenn diese vermutlich historisch „mitgedacht“ war). Im selben Jahr hat sich der VfGH auch zur Rechtsstellung des Abgeordneten (Beginn mit der Verlautbarung der Wahlbehörde) befasst.⁷⁰

Es ist daher rechtsdogmatisch unproblematisch, im Fall der Inkongruenz (noch dazu bewirkt durch ein offensichtliches Versehen im Ausschuss, der (in AB 602 18. GP) die bereits in der RV (447 B1gNR 18. GP) vorgesehene einfachgesetzliche Vorschrift offenbar in der Annahme der Redundanz, weil die Gleichstellung von Nichtannahme und Verzicht ohnehin gleichzeitig in Art 56 Abs 2 bzw Abs 4 B-VG aufgenommen werden sollte. Aus der Gleichzeitigkeit der Beschlussfassung hat auch *Schick* auf eine zulässige verfassungskonforme Interpretation der Briefwahl bzw Wahlkartenwahl geschlossen, obwohl in diesem Kontext die *verba legalia* im B-VG (arg „*Stimmabgabe [...] muss nicht vor einer Wahlbehörde erfolgen*“), diese konkrete Ermächtigung nicht enthielten.⁷¹

Subjektives Recht auf Rückkehr in den Nationalrat

Die in der Lehre „Mandat auf Zeit“ genannten Sonderregeln betreffen Abgeordnete, die nur für die Dauer des Regierungsamtes eines Bundesministers oder Staatssekretärs im NR ihr Mandat ausüben; sie müssen sodann zu Gunsten von Regierungsmitgliedern oder Staatssekretären, die zunächst auf ihr Mandat im NR verzichten oder dieses nicht annehmen und dann in den NR zurückkehren, ihren „Platz räumen“. Es ist zutreffend, dass die Sonderregelung im B-VG in

⁶⁸ Wieser in *Korinek/Holoubek et al*, B-VG, Art 56/2-4 Rz 9.

⁶⁹ VfSlg 12.023/1989.

⁷⁰ VfSlg 12.116/1989.

⁷¹ *Schick* in *Neisser/Handstanger/Schick*, Bundeswahlrecht (1996) Anm zu § 60 NRW.

einem Spanungsverhältnis zum freien Mandat bzw zum passiven Wahlrecht des nur auf Zeit bzw Abruf im NR sitzenden Mitglieds („Sterndermandat“) steht.

Aber wie auch *Wieser* andeutet, kann hier im Rückkehrrecht auch ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht des Regierungsmitglieds gesehen werden; an anderer Stelle spricht der Kommentator gar von einem „Anspruch“. ⁷² Zwingend ist die Interpretation als subjektives Recht allerdings im Lichte der Formulierung nicht, aber die Verpflichtung, im Fall von Verzicht oder Nichtannahme, eine Rückkehr zu ermöglichen, ist im Rang von Bundesverfassungsrecht, auch wenn sie als Verpflichtung der zuständigen Wahlbehörde nach Maßgabe des Art 56 Abs 4 B-VG iVm § 111 Abs 1 NRW ausgelegt wird.

Erklärung der Nichtannahme des Mandates

Laut *Wieser* soll es einer Erklärung der Nichtannahme seitens des Regierungsmitglieds, dass das Mandat ausschlägt, bedürfen, die zwar formlos, aber doch ausdrücklich erfolgen müsste. Da eine solche Regel aber fehlt, kann nur davon ausgegangen werden, dass diese aus administrativen Gründen gegenüber der zuständigen Wahlbehörde nach der NRW erfolgen kann. Zwar sprechen insbesondere wegen der zeitlichen Komponente, ab wann die Nichtannahme wirksam ist, gewisse Argumente für diese Sichtweise *Wiesers*; für den Fall der Nichtannahme des Mandates ist diese aber weder im B-VG noch in der NRW explizit vorgesehen.

Deshalb könnte grundsätzlich auch in konkludenten Akten eine Nichtannahme gesehen werden. Zudem fragt es sich, ob durch die Unterlassung einer ausdrücklichen Erklärung, die bei einem Verzicht zu einem vom Regierungsmitglied gewünschten Zeitpunkt erfolgt (da im Fall einer Regierungsumbildung ja auch lange nach der Wahl der Vorschlag seitens des Bundeskanzlers und die Ernennung durch den BPräs erfolgen kann), im Fall der Nichtannahme das von *Wieser* selbst ja stipulierte, subjektive (verfassungsgesetzlich gewährleistete) Recht iSd Art 144 Abs 1 B-VG nicht bestünde.

Im Zweifel kann es aber sinnvoll sein, wenn die Wahlbehörde Erklärungen der Nichtannahme des Mandates entgegennimmt, was auch in Form einer negativen Antwort des Betroffenen auf die Frage, ob das Mandat angenommen wird (eine Frage bzw ein Formalakt, der in der NRW nicht explizit vorkommt, aber deshalb nicht unzulässig erscheint) geschehen könnte.

⁷² *Wieser* in *Korinek/Holoubek et al*, B-VG, Art 56/2-4 Rz 1.

Zusammenfassung

Rechtsdogmatisch erscheint eine verfassungsunmittelbare Interpretation zulässig, auch wenn diese über den bloßen Wortlaut des § 111 NRWO hinausgeht. Doch befindet man sich hier im „sicheren Fahrwasser“ einer expliziten bundesverfassungsrechtlichen Absicherung der Interpretation. Nachdem Art 56 Abs 2 B-VG vorsieht, dass einem Mitglied der BReg oder einem Staatssekretär, der auf sein Mandat als Mitglied des NR verzichtet, nach dem Ausscheiden aus diesem Amt, in den Fällen des Art 71 nach der Enthebung von der Betrauung mit der Fortführung der Verwaltung, von der zuständigen Wahlbehörde das Mandat neuerlich zuzuweisen ist und nachdem Art 56 Abs 4 B-VG dies auch für den Fall der Nichtannahme vorsieht, sind daher diese Fälle gleich zu behandeln, auch wenn in § 111 Abs 1 NRWO diese explizite „Klammer“ bzw Gleichsetzung auf Grund eines Redaktionsversehens oder eines Missverständnisses im Ausschuss fehlt. Es handelt sich nicht um eine Analogie, sondern um eine verfassungsunmittelbare Interpretation des Art 56 Abs 4 B-VG, die nicht im Widerspruch mit dem Gebot der strikten Wortsinninterpretation von Wahlordnungen steht.⁷³

Zusammenfassung in Stichworten

Fragenkomplex I (Erschöpfung der Listen)

Ermittlungsverfahren sind insofern theoretisch, aber auch im zeitlichen Ablauf auftrennbar, als zunächst die Verteilung der Mandate ermittelt wird und erst dann die Zuweisung an Bewerber erfolgt.

Bewerber müssen zwingend auf der Liste jener Partei aufscheinen, welcher das Mandat rechnerisch zukommt.

Die NRWO sieht vor, dass für den Fall der Erschöpfung von Listen nur dann auf Listen derselben Partei auf anderen Ebenen (Regionalbewerber, Landeswahlvorschlag) zurückgegriffen werden darf, wenn der Erledigungsfall durch Tod oder Streichung eintritt. Diese beiden Tatbestände sind aber abschließend zu verstehen und dürfen nicht „frei“ (juristisch formuliert „*per analogiam*“) auf weitere Fälle ausgedehnt werden.

⁷³ So im Ergebnis auch *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 358.; *Muzak*, B-VG (2020) Art 56 Rz 5; mit weiteren differenzierenden Erwägungen, aber auf dem Boden der „unmittelbaren“ Interpretation *Wieser in Korinek/Holoubek et al*, B-VG, Art 56/2-4 Rz 9; Rz 12-14.

Wenn die Listen, auf welche die zuständige Landes- oder die Bundeswahlbehörde zugreifen darf, mangels Bewerber erschöpft sind, hat die betreffende Partei zwar rechnerisch das Mandat gewonnen, es ist aber keine Zuweisung an einen Bewerber möglich.

Dies hat bei strikter Auslegung der NRW0 nach dem Wortsinn zur Folge, dass das Mandat unbesetzt bleibt.

Die (dauernde) „Erledigung“ eines Mandates ist nicht mit dem Fall der Unmöglichkeit der Zuweisung eines Mandates zu vermischen.

Ein Mandat, das im Sinne des oben Ausgeführten einer Partei nach den Ermittlungsregeln der NRW0 zusteht, darf nicht einem Bewerber einer anderen, zB der nächstgereihten Partei nach *d'Hondt* zugewiesen werden.

Für eine solche Vorgangsweise fehlt nicht nur die Ermächtigung, sie würde zudem die Proportionalität verfälschen. Daher darf auch auf keine andere Liste (einer von der Partei, die das Mandat gewonnen hat, verschiedenen Partei) zugegriffen werden.

Ein allenfalls rechtspolitisch bestehendes Desiderat, möglichst alle Mandate an Bewerber zuzuweisen, rechtfertigt keine Anwendung einer ungeschriebenen Zuweisungsregel oder einer im Wahlrecht nicht zulässigen Analogie.

Fragenkomplex II („Mandat auf Zeit“)

Die Bundesverfassung regelte in zwei zeitlichen Schritten das „Mandat auf Zeit“⁷⁴, um Mitgliedern der BReg und Staatssekretären die Rückkehr in den NR zu ermöglichen.

Damit entstand in Art 56 Abs 2 und Abs 4 B-VG ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht dieser Gruppe auf Rückkehr in den NR, und zwar sowohl bei Annahme des Mandates und anschließendem (zeitlich nicht determinierten) Verzicht als auch für den Fall, dass das Mandat nach der Wahl nicht angenommen wurde.

Das Privileg steht in einem Spannungsverhältnis zum passiven Wahlrecht der Abgeordneten auf Zeit sowie dem passivem Wahlrecht, da dies eine Ausübung des Mandates über die gesamte Wahl- bzw Legislaturperiode gewährleistet; sie betrifft aber eine bundesverfassungsrechtliche Spezialnorm und geht daher Art 56 Abs 2 B-VG sowie Art 26 Abs 4 B-VG als *lex specialis* vor.

⁷⁴ Zuletzt B-VGN 1994.

Die Berufung auf höherrangiges Recht oder Unionsrecht und deren direkte Anwendung sind auch im Wahlrecht zulässig.⁷⁵

Es besteht kein konträrer Normwiderspruch der Art 56 Abs 2-4 B-VG zu § 111 NRW; wohl aber wurde es durch ein Redaktionsversehen unterlassen, die Gleichstellung der Fälle des Verzichtes (nach Annahme und zeitweiliger Ausübung eines Mandates) und der Nichtannahme eines Mandates in das einfache Gesetz zu übernehmen; wohl sind beide Fälle in § 111 Abs 1 Satz 1 NRW geregelt, der sogar mit dem Fall beginnt, dass gewählte Bewerber das Mandat nicht annehmen und sodann auf jene eingeht, die darauf nach Annahme und Ausübung verzichten; doch betrifft der normative Gehalt des ersten Satzes nur das Verbleiben auf den Parteilisten; somit besteht in weiterer Folge (Sätze 2-5) ein sog kontradiktorischer Normwiderspruch, die beiden Rechtsvorschriften (Art 56 Abs 2 und 4 B-VG; § 111 Abs 1 Satz 2-5 NRW) weichen *verbaliter* voneinander ab. Denn Art 56 Abs 4 B-VG besagt ausdrücklich, dass die beiden vorangegangenen Absätze auch gelten, wenn ein Mitglied der BReg oder ein Staatssekretär die Wahl zum Mitglied des NR nicht angenommen hat. Diese „Klammer“ fehlt in § 111 Abs 1 Satz 2-5 NRW.

Dennoch steht trotz des Gebotes strikter Wortsinninterpretation einer unmittelbaren Anwendung des Art 56 Abs 4 B-VG kein Hindernis im Wege. Auch in der Kommentarliteratur⁷⁶ wird eine direkte bzw unmittelbar Anwendung des B-VG hier für dogmatisch sinnvoll bezeichnet. Es macht allerdings Sinn, wenn die Nichtannahme durch eine Erklärung gegenüber der Wahlbehörde dokumentiert wird, wobei keine bestimmte Form vonnöten ist. Im Lichte verfassungskonformer Interpretation (in Art 56 Abs 4 B-VG ist nur davon die Rede, dass ein Mitglied der BReg bzw Staatssekretär die Wahl „*nicht angenommen hat*“) dürfen keine strengen Anforderungen an die Erkennbarkeit der Nichtannahme der Wahl gestellt werden, dh im Zweifel besteht das Rückkehrrecht bzw das Recht auf Annahme des zunächst nicht angenommenen Mandates des Betroffenen.

ao. Univ.-Prof. Dr. Gerhard Strejcek, 26. September 2024

⁷⁵ VfSlg 19.893/204, 42 f.

⁷⁶ Wieser in Korinek/Holoubek et al, B-VG, Art 56/2-4 Rz 9.