

Exposé zum Dissertationsvorhaben mit dem Arbeitstitel

Das Recht auf freie Wahlen

Ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik des Wahlrechts

Verfasser:

Mag. Maximilian Blaßnig, BA

angestrebter akademischer Grad:

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, Juni 2022

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 783 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Dissertationsfach:	Öffentliches Recht
Betreuer:	Univ.-Prof. Dr. Franz Merli

Inhaltsverzeichnis

I.	Problemaufriss	1
II.	Forschungsstand.....	2
III.	Gang der Untersuchung	3
IV.	Fragestellungen.....	10
V.	Methodische Bemerkungen	11
VI.	Zeitplan	11
VII.	Vorläufige Gliederung	12
VIII.	Vorläufige Literatúrauswahl	13

I. Problemaufriss

Das Demokratieprinzip des B-VG weist Wahlen eine bedeutende Legitimationsfunktion zu.¹ Diese können sie aber nur dann erfüllen, wenn sie bestimmte Eigenschaften aufweisen: Es müssen allgemeine und gleiche Wahlen sein. Doch das allein ist nicht hinreichend. Erst durch das Hinzutreten einer „liberale[n] Komponente“² – das heißt: erst wenn die allgemeinen und gleichen Wahlen auch frei sind – können sie als demokratisch bezeichnet werden. Das klingt zunächst trivial. Ein beispielhafter Blick in die Wahlrechtsgeschichte zeigt aber, dass die Freiheit der Wahl nicht als selbstverständlich vorausgesetzt werden kann. Historisch sah sie sich unterschiedlichen Gefahren ausgesetzt: Sie gingen sowohl von staatlicher als auch von privater Seite aus.³ Dabei wurde nicht nur durch Befehl, Zwang und Gewalt,⁴ sondern auch mittels Geld⁵ und Information⁶ auf die Freiheit eingewirkt.⁷ Im historischen Sprachgebrauch haben sich – je nach Gefährder und eingesetztem Mittel – unterschiedliche Begriffe dafür etabliert: Von „Wahlterror“⁸ und „Wahlkorruption“⁹, bis zur „Wahlmache“¹⁰ und „Kanzelwerbung“¹¹. Seit den 1990er-Jahren galt die Freiheit der Wahl in Europa als unumstößlich verwirklicht,¹² doch hat sich dieses allzu optimistische Bild inzwischen gewandelt.¹³ Zu den verschiedenen Ursachen für den neuen Pessimismus zählen etwa die Verlagerung des demokratischen Diskurses in sogenannte soziale Netzwerke und damit einhergehende Machtverschiebungen, die die politische Meinungsbildung einer neuen Logik unterwerfen.¹⁴ So werden Phänomene wie *micro targeting* – das heißt: durch die Auswertung persönlicher Daten ermöglichte, auf individuelle Wähler*innen abgestimmte Wahlwerbung – zunehmend als Bedrohung für die Demokratie empfunden.¹⁵

¹ Oberndorfer in Korinek/Holoubek, Art 1 B-VG (3. Lfg 2000) Rz 16-20. Zu den weiteren Funktionen von Wahlen vgl Nohlen, Wahlrecht und Parteiensystem⁷ (2014) 35 f. Zur Kritik an einer Verengung des Demokratiebegriffs auf Wahlen vgl Pünder, Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, VVDStRL 72 (2013) 191 (197 f mwN).

² Nohlen, Wahlrecht 24.

³ Arsenschek, Der Kampf um die Wahlfreiheit im Kaiserreich (2003) 173 ff („amtliche Wahlbeeinflussung“), 234 ff, 254 ff („geistliche“ und „private Wahlbeeinflussung“).

⁴ Vgl zB Richter, Moderne Wahlen (2017) 352.

⁵ Llanque, Tammany Hall, die Macht über die Wahlen und die Wende zur realistischen Demokratietheorie, in Richter/Buchstein (Hrsg), Kultur und Praxis der Wahlen (2017) 141 (146).

⁶ Crook/Dunne, Allgemeines Wahlrecht ohne Demokratie, in Richter/Buchstein (Hrsg), Kultur und Praxis der Wahlen (2017) 63 (66 ff).

⁷ Allgemein zu Zwang, Geld und Information als Mittel zur Beschränkung und Gefährdung von Grundrechten vgl Pöschl, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, VVDStRL 74 (2015) 405 (418 ff).

⁸ Ucakar, Demokratie und Wahlrecht in Österreich (1985) 402.

⁹ Richter/Buchstein, Einleitung: Eine Neue Geschichte der Wahlen, in Richter/Buchstein (Hrsg), Kultur und Praxis der Wahlen (2017) 1 (4).

¹⁰ Richter, Wahlen 351.

¹¹ Morlok in Dreier, Grundgesetz³ (2015) Art 38 Rz 97.

¹² Vgl Fukuyama, Das Ende der Geschichte (1992) 43.

¹³ Stellvertretend für die Vielzahl an jüngeren Krisendiagnosen der Demokratie vgl Han, Infokratie. Digitalisierung und die Krise der Demokratie (2021).

¹⁴ Spiecker, Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen, VVDStRL 77 (2018) 9 (40 f).

¹⁵ Witzleb/Paterson, Micro targeting in Political Campaigns, in Kohl/Eisler (Hrsg), Data-Driven Personalisation in Markets, Politics and Law (2021) 223 (223); Ziemele, Redeeming Democracy in a Post-Liberal Technology Driven World, in Iliopoulos-Strangas/Levits/Potacs/Ziller (Hrsg), Die Herausforderungen der digitalen Kommunikation für den Staat und seine demokratische Staatsform (2021) 71 (76 f); Towfigh/Luckey,

Die zentrale legitimatorische Bedeutung freier Wahlen und ihre sowohl historisch als auch gegenwärtig prekäre Stellung lassen eine Auseinandersetzung mit ihrem grundrechtlichen Schutz lohnend erscheinen. Dabei stellt sich zunächst die Frage nach der Grundrechtsqualität des Wahlrechts. In Österreich ist eine grundrechtliche Perspektive auf das Wahlrecht nur schwach ausgeprägt: Ein Blick in die verfassungsrechtlichen Lehrbücher zeigt, dass seine Grundrechtseigenschaft lange Zeit überhaupt in Abrede gestellt wurde.¹⁶ Erst nach Abschluss des StV Wien etablierte sich allmählich ein Verständnis vom Wahlrecht als Grundrecht.¹⁷ Heute hat sich diese Position zwar durchgesetzt,¹⁸ doch werden daraus kaum Konsequenzen gezogen. Einschlägige Lehrbücher behandeln das Wahlrecht idR weiterhin ausschließlich beim Staatsorganisationsrecht. Bisweilen wird es noch bei den allgemeinen Grundrechtslehren als ein Bsp für ein politisches Grundrecht angeführt, um es dann bei der vertieften Darstellung erst wieder auszusparen.¹⁹ Nimmt man aber eine grundrechtliche Perspektive auf das Wahlrecht ein, stellt sich als zweite Frage, inwiefern ein solches Grundrecht nicht nur das Recht zu wählen, sondern das spezifische Recht *frei* zu wählen, beinhaltet.

II. Forschungsstand

Seit der Monarchie ist das Wahlrecht zu fast allen Zeiten beliebter Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchungen.²⁰ Im Vordergrund stand stets die Beschäftigung mit Fragen zur Allgemeinheit der Wahl: In jüngerer Zeit drehte sich der Diskurs um den wahlrechtlichen Ein-/Ausschluss von Menschen mit Behinderungen und Strafgefangenen,²¹ um die Ausweitung des Wahlrechts auf Kinder und Jugendliche,²² um das Wahlrecht von

Zielgruppenbasierte Ansprache von Wahlberechtigten durch politische Parteien, RW 2022, 61; *Spiecker*, VVDStRL 77 (2018) 40 f, 43; *Han*, Infokratie 32 ff. In diesem Zusammenhang prominent diskutierte Bsp sind die Brexit-Abstimmung und die US-Präsidentenwahlen 2016, vgl *Brkan*, EU fundamental rights and democracy implications of data-driven political campaigns, MJ 2020, 774 (775 f).

¹⁶ Vgl *Frisch*, Lehrbuch des österreichischen Verfassungsrechtes (1932) 75 f (Fn 4); s auch *Adamovich*, Grundriss des österreichischen Staatsrechtes (1927) 103, der über die damals noch neue Bundesverfassung schreibt, dass „[...] lediglich in den Art. 4, 6, 7, 8 und 83 B.-VG. einzelne verfassungsgesetzliche Normen aufgenommen [wurden], die sich in ihrem Inhalte als Regelungen von Grund- und Freiheitsrechten darstellen.“ Art 26 B-VG wird keine Grundrechtsnorm entnommen.

¹⁷ Vgl *Adamovich/Spanner*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁵ (1957) 433, wonach der StV Wien „[...] eine Reihe von die Grund- und Freiheitsrechte betreffenden Bestimmungen [enthält] [...]“, ua „Art. 8 (aktives und passives Wahlrecht)“. Allerdings wird Art 26 B-VG weiterhin kein grundrechtlicher Gehalt zugeschrieben (S. 431). Vgl auch *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. System (1972) 239-242; *Adamovich jr./Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht (1982) 316.

¹⁸ Vgl insb *Nowak*, Politische Grundrechte (1988) 259 ff; s auch *Holzinger/Holzinger* in *Korinek/Holoubek*, Art 26 B-VG (13. Lfg 2017) Rz 33.

¹⁹ So zB in *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2019) Rz 222, 414; *Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 513 ff, 1213, 1217. Ähnlich bereits *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts (1976) 307, die das Wahlrecht dann aber zumindest noch stichwortartig im Unterkapitel „Weitere verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte“ (S. 340) anführen.

²⁰ S beispielhaft vor 1918: *Kelsen*, Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (1907); in der Republik: *Braunias*, Das parlamentarische Wahlrecht, Bd I u II (1932); nach 1945: *Koja*, Wahlrecht und Gleichheitssatz, ÖVA 1963, 153 und ÖVA 1964, 1; nach dem EU-Beitritt: *Mayer*, Das Kommunalwahlrecht der Unionsbürger in Wien, ÖJZ 1997, 361.

²¹ *Balthasar-Walch/Hofbauer*, Hirst vs Delvigne: Wendepunkt für das aktive Wahlrecht von Straftätern in der EU? Journal für Strafrecht 2016, 148; *Naue/Wegscheider*, Politische Partizipation von Menschen mit Behinderungen in Österreich, juridikum 2015, 85.

²² S zB *Jakab*, Kinderwahlrecht für Nachhaltigkeit? JRP 2020, 27.

Menschen ohne Staatsbürgerschaft²³ und um jenes von Auslandsösterreicher*innen.²⁴ Daneben werden auch andere Fragen diskutiert: Von Überlegungen zum richtigen Wahlsystem²⁵ über die Distanzwahl²⁶ bis zu Lücken beim wahlrechtlichen Rechtsschutz.²⁷ In der Regel sind die Abhandlungen auch nicht monothematisch und einige der Fragen berühren das Problem der freien Wahl,²⁸ das allmählich in den Mittelpunkt eigener Untersuchungen gerückt wird.²⁹ Neben zahlreichen, hier nur selektiv angeführten Aufsätzen sind mehrere systematisierende Beiträge zum Wahlrecht in unterschiedlichen Handbüchern und Sammelwerken³⁰ sowie Kommentaren³¹ erschienen. Die letzte umfassende Auseinandersetzung in einer Monografie, die sich zwar nicht ausschließlich, aber doch sehr intensiv dem österreichischen Wahlrecht widmet, stammt allerdings aus dem Jahr 1988.³²

Alles in allem bleibt folgender Eindruck: Die Beschäftigung mit dem Wahlrecht fokussiert auf die Allgemeinheit der Wahl – das heißt: auf den *Zugang zum Wahlrecht* – und die grundrechtliche Perspektive wird von der staatsorganisationsrechtlichen verdeckt. An diesem Befund will das Dissertationsprojekt ansetzen. Es soll ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik des Wahlrechts werden, wobei der Schwerpunkt auf das Recht auf freie Wahlen – also auf die *Ausübung des Wahlrechts* – gelegt wird.

III. Gang der Untersuchung

Die Dissertation wird sich in drei Teile gliedern: Im ersten Teil gilt es die grundrechtliche Seite des Wahlrechts von seiner staatsorganisationsrechtlichen Gegenseite zu differenzieren, um

²³ Thienel, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht im sich einigenden Europa: Das „Volk“ im Sinne des Art 3 1. ZPEMRK, in FS Öhlinger (2004) 395; Pöschl, Wahlrecht und Staatsbürgerschaft, in FS Schäffer (2006) 633; Wiederin, Migration, Mobilität und Wahlrecht, 19. ÖJT Band I/2 (2016) 74; Gamper, Wer ist das österreichische Wahlvolk? Nuancen des allgemeinen Wahlrechts, in Glaser/Langer (Hrsg), Das Parlamentwahlrecht als rechtsstaatliche Grundlage der Demokratie (2020) 33.

²⁴ Pabel, Das Wahlrecht von Auslandsösterreichern, in FS Raschauer (2013) 421.

²⁵ Poier, Minderheitenfreundliches Mehrheitswahlrecht. Rechts- und politikwissenschaftliche Überlegungen zu Fragen des Wahlrechts und der Wahlsystematik (2001).

²⁶ Kucsko-Stadlmayer, E-Voting und Europäischer Grundrechtsstandard, in FS Laurer (2009) 77; Balthasar/Prosser, Die Distanzwahl als hoheitlicher Akt im Ausland als Problem – und Internet-Voting als dessen Lösung? JRP 2015, 256.

²⁷ Lienbacher, Rechtsschutz in Wahlangelegenheiten in Österreich, in Glaser/Langer (Hrsg), Das Parlamentwahlrecht als rechtsstaatliche Grundlage der Demokratie (2020) 205.

²⁸ Das gilt insb für die Fragen der Briefwahl und des E-Voting. Vgl dazu Grabenwarter/Krauskopf, Entwicklungsstufen der Distanzwahl im Spannungsfeld des freien, geheimen und persönlichen Wahlrechts, in Gamper (Hrsg), Entwicklungen des Wahlrechts am europäischen Fallbeispiel (2010) 145.

²⁹ Hörtenhuber/Mayrhofer, Die Freiheit der Wahlwerbung, in FS Holzinger (2017) 383; Grabenwarter, Die Freiheit der Wahl im „postfaktischen“ Zeitalter, in Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger (Hrsg), Elektronische Medien im „postfaktischen“ Zeitalter (2019) 85; Bezemek, Die Reinheit der Wahl, in Glaser/Langer (Hrsg), Das Parlamentwahlrecht als rechtsstaatliche Grundlage der Demokratie (2020) 133.

³⁰ Nowak/Strejcek, Das Wahl- und Stimmrecht, in Machacek/Pahr/Stadler (Hrsg), 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich. Band 3 (1997) 1; Strejcek, Politische Rechte, in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VII/1² (2014) 735; Berka/Binder/Kneihs, Die Grundrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich² (2019) 770-793; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021) § 23 Rz 108-124; Bezemek, Grundrechte in der Rechtsprechung der Höchstgerichte (2016) 370-381.

³¹ Insb Holzinger/Holzinger in Korinek/Holoubek, Art 26 B-VG (13. Lfg 2017); Schreiner in Kneihs/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar Art 26 B-VG (2001); Holzinger/Holzinger in Korinek/Holoubek, Art 3 1. ZPEMRK (13. Lfg 2017); Holzinger/Holzinger in Korinek/Holoubek, Art 8 1. Tb StV Wien (13. Lfg 2017).

³² Nowak, Politische Grundrechte (1988).

daran anschließend mit dem Wahlrecht als Grundrecht weiterarbeiten zu können. Der zweite Teil dient dazu, die unterschiedlichen grundrechtlichen Gehalte des Wahlrechts voneinander abzugrenzen und dadurch seine Dimension als Freiheitsrecht offenzulegen. Diese wird dann im dritten Teil der Arbeit in unterschiedliche Einzelansprüche zerlegt, die jeweils für sich sowie in einer systematischen Zusammenschau analysiert werden.

1. Das Wahlrecht als Grundrecht

Wir gehen grundsätzlich von einer Dualität des Verfassungsrechts aus.³³ Auf der einen Seite stehen die Grundrechte, die nach klassischem Verständnis das Verhältnis zwischen Staat und einzelner Bürgerin betreffen, und auf der anderen Seite das Staatsorganisationsrecht, das im Wesentlichen die Kreation und das Zusammenspiel der Staatsorgane, die Kompetenzverteilung im Bundesstaat und das Gesetzgebungsverfahren zum Inhalt hat.³⁴ Dazwischen klafft ein Graben.³⁵ Allerdings fällt es schwer, das Wahlrecht einem dieser beiden streng getrennten Bereiche zuzuordnen. Es ist von einem „Hybrid“ die Rede, in einem der „Graubereiche zwischen Staatsorganisationsrecht und dem grundrechtlichen Bereich“.³⁶ Bereits für *Jellinek* erwies sich das Wahlrecht als „paradox“³⁷ und *Kelsen* spricht von einem „eigenartige[n] komplementäre[n] Verhältnis zwischen den Handlungen des Staates und den Handlungen der Wähler“ und ortet in der Wahl „wichtige Punkte“ einer „eigenartigen Berührungsfläche zwischen Staat und Gesellschaft“.³⁸ Das Wahlrecht erweist sich als eine Herausforderung für binäre Logiken, die strikt zwischen Staatsorganisationsrecht und Grundrechten bzw zwischen Staat und Gesellschaft trennen.

Um die Zuordnungsprobleme besser bewältigen zu können, sollen die theoretischen Diskurse zum „Charakter“ des Wahlrechts nachgezeichnet werden.³⁹ Einerseits gilt es der Entwicklung der staatsorganisationsrechtlichen Perspektive auf das Wahlrecht nachzuspüren, wonach das gesamte Staatsvolk oder sogar die einzelne Wählerin als Staatsorgan anzusehen ist.⁴⁰ Und andererseits soll die Genese der Gegenposition aufgezeigt werden. Sie fasst das Wahlrecht als subjektives Recht und weist jede Konstruktion des Staatsvolkes oder der einzelnen Wahlberechtigten als Staatsorgan – mitunter vehement – zurück.⁴¹ Inzwischen hat

³³ *Reimer*, Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, VVDStRL 77 (2018) 413 (446).

³⁴ *Aust*, Grundrechtsdogmatik im Staatsorganisationsrecht? AöR 2016, 415 (421 f).

³⁵ *Klein*, Diskussionsbeitrag zu Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008) 119. Vgl auch *Reimer*, VVDStRL 77 (2018) 446, demzufolge die Dualität im Verfassungsrecht keine „entlastende Funktion“ hat, „sondern trennende Wirkung“. Beachte allerdings *Merli*, Die allgemeine Handlungsfreiheit, JBl 1994, 233, 309 (312 ff), der eine „Subjektivierung“ sog „objektiven“ Verfassungsrechts“ beschreibt und damit einen allgemeinen Anspruch auf Einhaltung des Staatsorganisationsrechts meint, der immer dann besteht, wenn in ein anderes subjektives Recht eingegriffen wird („Huckepackrecht“). Der beschriebene Graben ist damit kleiner, als er auf den ersten Blick erscheinen mag.

³⁶ *Aust*, AöR 2016, 422 f.

³⁷ *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte² (1905) 159 f.

³⁸ *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre² (1923) 683.

³⁹ Vgl die Darstellung bei *Nowak*, Grundrechte 152 ff, 259 ff, die als Ausgangspunkt dieser Skizze dienen kann.

⁴⁰ Vgl zB *Frisch*, Lehrbuch 95 f, der das Bundesvolk bei den „Organen des Bundes“ anführt.

⁴¹ So etwa *Kelsen*, Hauptprobleme 485: „Dabei ist die Vorstellung des ganzen Volkes als eines die Wahl ausübenden Staatsorganes so recht eine Fiktion im verwerflichen Sinne!“ Inhaltlich bereits auf dieser Linie *Dantscher von Kollesberg*, Die Politischen Rechte der Unterthanen (1888) 94 f.

sich eine Ansicht durchgesetzt, die „sowohl die objektivrechtliche als auch die subjektivrechtliche (grundrechtliche) Seite des Wahlrechtes“⁴² betont.⁴³ Von der Auseinandersetzung mit den theoretischen Debatten wird kein Ergebnis erwartet, das eine Abweichung von dieser vermittelnden Ansicht nahelegt. Vielmehr sollen dadurch unterschiedliche Linsen erarbeitet werden, mithilfe derer auf verschiedene Ebenen des Wahlrechts fokussiert werden kann. Damit sollen die Entwicklung der Judikatur zum Wahlrecht als subjektivem Recht analysiert⁴⁴ und die Unterschiede zwischen staatsorganisationsrechtlicher und grundrechtlicher Seite herausgearbeitet werden. Am deutlichsten dürften sich diese beim Rechtsschutz zeigen. Fragen der Gültigkeit einer Wahl beschäftigen das Staatsorganisationsrecht. Für dieses ist das Wahlrecht ein Verfahrensrecht zur Kreation eines Staatsorgans.⁴⁵ Bei der Wahlprüfung interessiert demnach die „korrekte Zusammensetzung der Vertretungskörper“.⁴⁶ Zu einer anderen Kategorie von Fragen zählen jene nach möglichen Grundrechtsverletzungen einzelner subjektiv Berechtigter. Sie werden grundsätzlich auf einem anderen Weg abgehandelt, der nicht die Aufhebung einer Wahl zum Ziel hat.⁴⁷ Es wird nicht danach gefragt, ob das Gesamtergebnis des Wahlverfahrens ordnungsgemäß zustande gekommen ist, sondern nur, ob die Einzelne in ihrem subjektiven Wahlrecht verletzt wurde.⁴⁸ Nachdem diese prinzipielle Verschiedenheit thematisiert wurde, können auch die Kreuzungen der beiden Wege in den Blick genommen werden. So können einerseits Fragen über die Verletzung des subjektiven Wahlrechts Vorfragen im Verfahren über die Gültigkeit einer Wahl sein⁴⁹ und andererseits kann die voreilige Aufhebung einer Wahl eine Grundrechtsverletzung darstellen.⁵⁰

2. Das Grundrecht als Ganzes

Der zweite Teil der Arbeit dient der Abgrenzung des Rechts auf freie Wahlen von den übrigen Grundrechtsdimensionen des Wahlrechts. Wird das Wahlrecht als Grundrecht aufgefasst, liegt

⁴² Neisser, Einleitung: Die Wahlrechtsentwicklung im geschichtlichen Ablauf, in *Neisser/Handstanger/Schick* (Hrsg), Das Bundeswahlrecht (1994) 23 (29).

⁴³ Für Deutschland vgl *Morlok* in *Dreier* Art 38 GG Rz 59; *Aust*, AöR 2016, 423. Auf theoretischer Ebene vgl *Nowak*, Grundrechte 157, wonach sich „dualistische Theorien“ (im Gegensatz zu „funktionalistischen“ auf der einen und „subjektiv-individualistischen Theorien“ auf der anderen Seite) durchgesetzt haben.

⁴⁴ Zur Entwicklung der Judikatur vgl *Nowak*, Grundrechte 260 ff. Diese Darstellung wird insb um spätere Entwicklungen zu ergänzen sein, etwa die Rsp des EGMR, die erst seit der Entscheidung vom 2.3.1987, 9267/81, *Mathieu-Mohin u Clerfayt/Belgien*, dazu übergangen ist, Art 3 1. ZPEMRK subjektive Rechte zu entnehmen.

⁴⁵ Vgl *Wiederin*, Das Erkenntnis über die Stichwahl zum Bundespräsidenten. Eine verfassungsrechtliche Nachlese, *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2017, 9 (15) („Wahlrecht ist Verfahrensrecht“).

⁴⁶ *Wiederin*, *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2017, 23.

⁴⁷ S bereits *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922) 265: „Von der Wahlanfechtung, die auf die ganze oder teilweise Vernichtung eines Wahlaktes abzielt [...], ist die gemäß Art. 144 zu erhebende Beschwerde wegen Verletzung eines subjektiven, von der Verfassung gewährleisteten Wahlrechtes durch einen Verwaltungsakt zu unterscheiden.“ Allerdings wurden inzwischen einzelne Verfahren des subjektiven Wahlrechtsschutzes in Art 141 B-VG aufgenommen. Im Rechtssystem der EMRK gibt es diese Zweigleisigkeit freilich nicht: Mit einer Individualbeschwerde an den EGMR kann nur ein subjektiver Wahlrechtsschutz erlangt werden.

⁴⁸ Vgl *Morlok* in *Dreier*, Grundgesetz³ (2015) Art 41 Rz 13, der in diesen Fällen von „symbolischer Rechtsverteidigung“ spricht.

⁴⁹ Vgl VfSlg 17.418/2004. Vgl auch *Grabenwarter* in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* 101, 104; *Strejcek* in *Korinek/Holoubek*, Art 141 B-VG (5. Lfg 2002) Rz 83.

⁵⁰ Vgl zB EGMR 10.4.2012, *Mammadov/Aserbajdschan*, 4641/06, Rz 57-61; EGMR 30.12.2010, *Kerimova/Aserbajdschan*, 20799/06, Rz 48-55; EGMR 7.5.2008, *Kovach/Ukraine*, 39424/02, Rz 57-62.

es nahe zu fragen, um welche Art von Grundrecht es sich dabei handelt. Die Antwort hängt davon ab, was als systembildendes Merkmal einer Typologie von Grundrechten herangezogen wird.⁵¹ Entscheidet man sich für die sehr gängige Einteilung anhand des Kriteriums der „primären Bindungswirkung“⁵² bzw der „dominanten Wirkung“⁵³, so bereitet das Wahlrecht erneut Zuordnungsprobleme.⁵⁴ Die typischen Gruppen dieses Systems sind Abwehrrechte, Gleichheitsrechte und Leistungsrechte.⁵⁵ Das Wahlrecht beinhaltet etwa das Recht auf Eintragung in ein Wählerverzeichnis,⁵⁶ das auf eine bestimmte staatliche Handlung gerichtet ist. Man könnte also meinen, das Wahlrecht sei ein Leistungsrecht. Doch dieser Schluss ließe die gleichheitsrechtliche Seite – laut manchen „der wichtigste Maßstab des Wahlrechts“⁵⁷ – zu sehr verblassen. Bei einer bevorzugten Orientierung an der Gleichheit würde die abwehrrechtliche Struktur⁵⁸ vernachlässigt und würde diese besonders betont, wäre das wiederum angesichts der ersten beiden Wirkungen unbefriedigend. Das Wahlrecht scheint eine „abgesonderte Stellung unter den Grundrechten“ einzunehmen.⁵⁹ Für das Dissertationsprojekt wird eine abschließende Festlegung nicht erforderlich sein. Im Gegenteil: Die Zuordnungsprobleme sollen helfen, die verschiedenen grundrechtlichen Dimensionen des Wahlrechts herauszuarbeiten. In Anlehnung an *Alexy* wird im zweiten Teil der Arbeit das „Grundrecht als Ganzes“, dh als „Bündel von definitiven und prima facie-Positionen, die [...] miteinander verknüpft und einer Grundrechtsbestimmung zugeordnet sind“, in den Blick genommen.⁶⁰ So kann zB die Art 26 B-VG zugeordnete Grundrechtsnorm nicht exklusiv als Leistungsrecht, Gleichheitsrecht oder Abwehrrecht qualifiziert werden, da sie gewichtige Positionen aller drei Kategorien umfasst. Dabei klingt auch an, dass das Recht auf freie Wahlen, das im Rahmen dieses Projekts primär, aber nicht ausschließlich als Abwehrrecht begriffen wird, nur einen Teil des Grundrechts ausmacht. Und um dieses besser zu verstehen, sollen zunächst jene Dimensionen abgeschichtet werden, die auf den ersten Blick eine leistungs- bzw gleichheitsrechtliche Struktur aufweisen.

Im Kern ist das Wahlrecht ein Recht auf Mitbestimmung, das dem aktiven Status der *Jellinek*'schen Statuslehre entspringt.⁶¹ *Alexy* rekonstruiert den aktiven Status durch die rechtliche Grundposition der Kompetenz, die sich dadurch kennzeichnet, dass ihre Inhaberin durch ihr Handeln eine rechtliche Situation verändern kann.⁶² Wer die Kompetenz zu wählen

⁵¹ Vgl *Berka/Binder/Kneihs*, Grundrechte 99.

⁵² *Kucsko-Stadlmayer*, Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1 (2014) Rz 16.

⁵³ *Jarass*, Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 1995, 345 (354 ff).

⁵⁴ Anders wäre es, wenn die Einteilung anhand der Grundrechtszwecke oder Schutzgüter erfolgt: Dann bildet das Wahlrecht für gewöhnlich sogar das Aushängeschild einer eigenen Kategorie von Grundrechten, die als „Politische Grundrechte“ bezeichnet und Kategorien wie den „Freiheitsrechten“, „Verfahrensgrundrechten“ oder den „sozialen Grundrechten“ gegenübergestellt wird. Vgl dazu *Berka/Binder/Kneihs*, Grundrechte 101 ff.

⁵⁵ *Jarass*, AöR 1995, 354 f. Ähnlich auch *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* Rz 16.

⁵⁶ ZB VfSlg 18.523/2008.

⁵⁷ *Morlok*, Kleines Kompendium des Wahlrechts, NVwZ 2012, 913 (913).

⁵⁸ Zum Wahlrecht als Abwehrrecht vgl zB VfSlg 17.418/2004.

⁵⁹ *Luhmann*, Grundrechte als Institution⁶ (2019/1965) 136. In der Literatur wird unterschiedlich mit dieser besonderen Stellung umgegangen. Es wird bspw die Möglichkeit betont, „ein Grundrecht aufzuteilen“, was hieße, „im Grundrecht der Wahl zwei Grundrechte zu sehen, das Grundrecht der Wahlfreiheit und das der Wahlgleichheit.“ (*Jarass*, AöR 1995, 357).

⁶⁰ *Alexy*, Theorie der Grundrechte⁹ (2020/1994) 227 f.

⁶¹ *Jellinek*, System 159 ff.

⁶² *Alexy*, Theorie 212, 242.

hat, kann Einfluss auf die Rechtsordnung nehmen. Diese Position muss aber erst durch ein Leistungsrecht – hier: das Recht auf eine positive normative Handlung, ein Normsetzungsakt des Staates – vermittelt werden.⁶³ So besehen ist das Recht auf Mitbestimmung das Recht auf Schaffung der rechtlichen Voraussetzungen für das Rechtsinstitut der Wahl.⁶⁴ Im Rahmen der Dissertation soll diese leistungsrechtliche Seite des Wahlrechts skizziert werden, um dann ihr Verhältnis zum Recht auf freie Wahlen zu untersuchen: Das Recht auf positive normative Handlungen erweitert die Handlungsmöglichkeiten der einzelnen Berechtigten und schafft insofern Freiheit.⁶⁵ Dieser Freiheit liegt ein „normgeprägter Freiheitsbegriff“⁶⁶ zugrunde, der Rechtsakte⁶⁷ als mögliche Handlungsalternativen umfasst und von einem engeren Begriff der „natürlichen Freiheit“⁶⁸ abgegrenzt werden kann. Letzterer bezieht sich ausschließlich auf Handlungsalternativen, die ohne vorhergehende normative Leistung des Staates bestehen. Zwischen diesen beiden Freiheitsbegriffen soll im Rahmen der Dissertation die Abgrenzung des Rechts auf freie Wahlen vom Recht auf Mitbestimmung gezogen werden.⁶⁹

Die gleichheitsrechtlichen Positionen des Wahlrechts lassen sich insbesondere aus den Grundsätzen der allgemeinen und gleichen Wahl ableiten, die in der Literatur als „besondere Gleichheitssätze“ oder „spezielle Gleichheitsgebote“ bezeichnet werden.⁷⁰ Eine solche gleichheitsrechtliche Wirkung kennzeichnet auch das in der Rsp angenommene Recht auf verhältnismäßige Vertretung.⁷¹ Diese besonderen Gleichheitssätze gehen dem allgemeinen Gleichheitssatz zwar vor,⁷² weisen zugleich aber strukturelle Ähnlichkeiten zu diesem auf.⁷³ Für das Dissertationsprojekt wird vor allem das wechselseitige Verhältnis von Freiheit und Gleichheit der Wahl zu untersuchen sein. Einerseits können beide Stoßrichtungen gegeneinander ausgespielt werden, wenn etwa Ausschlüsse vom allgemeinen Wahlrecht damit begründet werden, dass bestimmte Personen nicht zu einer freien politischen Willensbildung

⁶³ Vgl. *Alexy*, Theorie 179 (FN 72), 220, wonach das Recht auf eine Kompetenz auch die Struktur eines Rechts auf Nichtbeseitigung einer rechtlichen Position haben kann. Welche Struktur es im Einzelfall aufweist, hängt davon ab, ob die entsprechende Kompetenznorm (hier: die Wahlordnung) bereits erlassen wurde oder nicht. Da es aber auch in diesem Fall einer vorhergehenden staatlichen Leistung bedarf, soll das Recht auf die Kompetenz hier insgesamt als Leistungsrecht behandelt werden.

⁶⁴ Vgl. *Richter* in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG² (2013) Kap 25 (Das Recht auf freie Wahlen) Rz 63; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK § 23 Rz 122.

⁶⁵ *Alexy*, Theorie 222.

⁶⁶ *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte (2003) 117.

⁶⁷ Vgl. *Alexy*, Theorie 175, 215 ff, der Rechtsakte als „Handlungen“ umschreibt, „die es ohne für sie konstitutive Rechtsnormen nicht gäbe“, weshalb er sie „institutionelle Handlungen“ nennt.

⁶⁸ *Poscher*, Grundrechte 116 f.

⁶⁹ In der Terminologie von *Alexy* sind dem Recht auf freie Wahlen also primär „Rechte auf die Nichthinderung von Handlungen“ zuzuordnen, während das Wahlrecht als Kompetenz primär „Rechte auf die Nichtbeseitigung von rechtlichen Positionen“ oder „Rechte auf positive Handlungen“ umfasst. In untergeordneter Weise sind aber auch dem Recht auf freie Wahlen „Rechte auf positive Handlungen“ zuzuordnen. Vgl. zu diesen Begriffen *Alexy*, Theorie 174 ff.

⁷⁰ *Pöschl*, Gleichheitsrechte, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII (2014) Rz 88. Für Deutschland vgl. *Wild*, Die Gleichheit der Wahl. Dogmengeschichtliche und systematische Darstellung (2003) S. 171.

⁷¹ VfSlg 1381/1931. Vgl. auch bereits *Heller*, Die Gleichheit in der Verhältniswahl nach der Weimarer Verfassung (1929) 22; sowie *Nawiasky*, Wahlrechtsfragen im heutigen Deutschland, AöR 1931, 161 (185), der davon schreibt, dass der „Ausgangspunkt“ der Verhältniswahl „[...] der Grundsatz der Gleichheit war, der Gleichheit des Erfolgswertes.“

⁷² *Pöschl* in *Merten/Papier* Rz 88.

⁷³ *Wild*, Gleichheit 164, 171.

fähig seien.⁷⁴ Andererseits können sich die beiden Dimensionen auch gegenseitig verstärken. So kann die Freiheit der Wahl die Chancengleichheit der politischen Parteien vergrößern.⁷⁵

3. Das Recht auf freie Wahlen

In der Judikatur wird das Recht auf freie Wahlen als „Postulat der Reinheit der Wahlen, in deren Ergebnis doch der wahre Wille der Wählerschaft zum Ausdruck kommen soll“,⁷⁶ sowie als „Verfassungsprinzip der Freiheit der Wahlwerbung“⁷⁷ und als „Grundsatz der Freiheit der politischen Willensbildung und Betätigung“⁷⁸ umschrieben.⁷⁹ Über diese eher allgemein gehaltenen Formeln hinaus gibt es aber nur wenig gesichertes Wissen über den Inhalt des Rechts auf freie Wahlen. Zwar wissen wir mittlerweile, dass der Staat die Wähler*innen informieren darf, solange es nur zu keiner Desinformation kommt.⁸⁰ Die entscheidende Frage nach dem Grenzverlauf „zwischen zulässiger Information des Staates und unzulässiger Propaganda“ bleibt allerdings weitgehend unbeantwortet.⁸¹ Ebenso fraglich scheint der Umgang mit Desinformation, die von Privaten gestreut wird. Gegenseitige Überzeugungsarbeit und Beeinflussung scheinen in der Demokratie vorausgesetzt zu sein,⁸² während die historisch als „Wahlterror“, „Kanzelwerbung“ oder „Wahlkorruption“⁸³ umschriebenen Verhaltensweisen wohl unerwünscht sind. Fragen wirft auch das Verhältnis zwischen dem Recht auf freie Wahlen und den Kommunikationsgrundrechten auf. Der zwischen diesen Grundrechten bestehende Zusammenhang steht außer Zweifel.⁸⁴ Wie mögliche Konfliktsituationen aufzulösen sind, ist hingegen weniger klar.⁸⁵

Diesen Graubereichen wird mit den Ergebnissen aus den ersten beiden Teilen der Untersuchung begegnet: Aufbauend auf die Darstellung der subjektiv-rechtlichen Seite des Wahlrechts soll die Freiheit der Wahl mithilfe der analytischen Kategorien der

⁷⁴ In einer historischen Perspektive vgl. *Pöschl* in FS Schäffer 635 ff (mwN). Auch heute wird dieses Argument zum Ausschluss bestimmter Gruppen weiterhin herangezogen - bezüglich psychisch erkrankter oder geistig behinderter Menschen vgl. EGMR 6.9.2021, 25802/18 und 27338/18, *Ströbye u. Rosenlind/Dänemark*, Rz 97; bezüglich junger Menschen vgl. EGMR 6.10.2005, 74025/01, *Hirst/Vereinigtes Königreich*, Rz 62.

⁷⁵ *Morlok* in *Dreier* Art 38 GG Rz 55. Vgl. auch *Mayer/Stöger*, Zur Abgrenzung von Parteienförderung und Wahlkampfkostenerstattung am Beispiel des Kärntner Parteienförderungsgesetzes, JRP 2004, 177 (180).

⁷⁶ VfSlg 2037/1950.

⁷⁷ VfSlg 13.004/1992.

⁷⁸ VfSlg 20.381/2020.

⁷⁹ Etwas ausführlicher dazu *Grabenwarter* in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* 86 f.

⁸⁰ VfSlg 13.839/1994.

⁸¹ *Hofmann*, Die Freiheit des Informationsflusses zwischen Bürger und Staat, in *Hofmann/Marko/Merli/Wiederin* (Hrsg), Information, Medien und Demokratie (1997) 3 (13 f). Vgl. auch *Wiederin*, Landesbericht Österreich, in *Hofmann/Marko/Merli/Wiederin* (Hrsg), Information, Medien und Demokratie (1997) 215 (233 f); *ders.*, Jahrbuch Öffentliches Recht 2017, 40 f.

⁸² Vgl. *Merli* in *Korinek/Holoubek*, Art 41/2 B-VG (1. Lfg 1999) Rz 47.

⁸³ Vgl. oben FN 8, 9 und 11.

⁸⁴ Vgl. *Lardy* in *Harris ua*, Law of the European Convention on Human Rights² (2009) Art 3 First Protocol 713; *Schabas*, The European Convention on Human Rights: A Commentary (2015) 1018.

⁸⁵ Vgl. nur die unterschiedlichen Ansätze bei *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2017) Art 3 ZP zur EMRK Rz 16, 28; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021) Rz 108; *Richter* in *Dörr/Grote/Marauhn* Rz 108, 110.

Grundrechtsdogmatik systematisiert werden.⁸⁶ Zunächst werden die positivrechtlichen Anknüpfungspunkte des Grundrechts herausgearbeitet.⁸⁷ Dabei ist auch darauf einzugehen, dass bestimmte Gehalte des Rechts auf freie Wahlen im geheimen Wahlrecht verbürgt sind, das damit als weiterer Anknüpfungspunkt für die Untersuchung dient.⁸⁸ Und schließlich gilt es dann die (hier nur exemplarisch angeführten) dogmatischen Grundbegriffe des Rechts auf freie Wahlen zu klären. Im Zusammenhang mit dem Schutzbereich sind Zweifel über die Arten grundrechtlich geschützter Wahlen inzwischen ausgeräumt.⁸⁹ Abgesehen davon muss die Reichweite des dem Grundrecht zugrunde liegenden Begriffs der Wahl aber erst ermittelt werden. Es liegt nahe, nicht nur das Abstimmungsverfahren oder den in der Wahlordnung geregelten Wahlvorgang, sondern auch die Wahlauseinandersetzung im Vorfeld als umfasst anzusehen. Daraus ergibt sich das Erfordernis einer zeitlichen Abgrenzung des Schutzbereichs.⁹⁰ Da sich auf der Ebene des Schutzbereichs auch Fragen bezüglich Grundrechtskonkurrenzen stellen,⁹¹ soll dieser Untersuchungsschritt bei der Abgrenzung des Rechts auf freie Wahlen von den Kommunikationsgrundrechten helfen. Außerdem wird eine Eingriffsdogmatik skizziert, in die etwa auch „informationale Grundrechtseingriffe“⁹² einzubeziehen sind. Davon wird eine Erleichterung der Bewertung staatlicher Informationstätigkeit im Umfeld von Wahlen erwartet. Bei der Rechtfertigung von Eingriffen in das Recht auf freie Wahlen gilt es die Figuren der „implied limitations“ bzw der

⁸⁶ Für Ansätze, grundrechtsdogmatische Analysekatoren im Bereich des Wahlrechts (iZm Fragen der Allgemeinheit der Wahl) auf das Staatsorganisationsrecht anzuwenden, vgl *Wiederin*, 19. ÖJT Band I/2, 75 („Eingriff in das Demokratieprinzip“, „Verhältnismäßigkeitsprüfung“). Allgemein zur Grundrechtsdogmatik und ihren Analysekatoren vgl *Pöschl*, Die Dogmatik des Staatsgrundgesetzes, in *Merli/Pöschl/Wiederin* (Hrsg), 150 Jahre Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (2018) 33 (34-36).

⁸⁷ In der Rsp des VfGH wird die Freiheit der Wahl zwar bereits seit 1921 bemüht, allerdings zunächst ohne nähere dogmatische Herleitung (VfSlg 47/1921). Positivrechtlich wird erstmals durch Art 8 des StV Wien ausdrücklich „allen Staatsbürgern ein freies [...] Wahlrecht [verbürgt]“. In der Folge leitete der VfGH die Freiheit der Wahl „ganz allgemein“, aber mit besonderem Hinweis auf Art 8 StV Wien aus der Bundesverfassung ab (VfSlg 4527/1963). Diese Bestimmung wurde 1964 in den Verfassungsrang gehoben – gemeinsam mit Art 3 1. ZPEMRK, demzufolge sich die Vertragsstaaten „verpflichten“, „in angemessenen Zeitabständen freie und geheime Wahlen unter Bedingungen abzuhalten, die die freie Äußerung der Meinung des Volkes bei der Wahl der gesetzgebenden Organe gewährleisten.“ (BGBl 1964/59) Seit 2007 schließlich wird das freie Wahlrecht auch explizit im B-VG genannt, wobei in den Materialien angeführt wird, dass der Begriff des „freien und geheimen Wahlrechts“ dem 1. ZPEMRK „entlehnt [wurde] und [...] in diesem Sinn zu verstehen [ist]; [...]“ (ErläutRV 94 BlgNR 23. GP, 2). Auch im Unionsrecht ist die Freiheit der Wahl gewährleistet. Gemäß Art 14 Abs 3 EUV und Art 39 Abs 2 GRC werden die Mitglieder des Europäischen Parlaments in „freier und geheimer Wahl“ gewählt.

⁸⁸ Vgl bereits *Jacobi*, Freie Wahlen und geheime Abstimmung in der bürgerlichen Demokratie (1958).

⁸⁹ So gilt Art 3 1. ZPEMRK nur für Wahlen zu „gesetzgebenden Körperschaften“, vgl dazu *Richter* in *Dörr/Grote/Marauhn* Rz 45. Im B-VG finden sich Grundrechtsbestimmungen an unterschiedlichen Stellen für unterschiedliche Arten von Wahlen (Art 23a Abs 1, Art 26 Abs 1, Art 60 Abs 1, Art 95 Abs 1, Art 117 Abs 2). Die Stimmberechtigung bei Volksabstimmungen bzw -befragungen knüpft an Art 26 B-VG an, weshalb die Freiheit der „Wahl“ auch bei diesen Mitwirkungsformen gilt, vgl dazu *Merli* in *Korinek/Holoubek*, Art 45, 46 B-VG (1. Lfg 1999) Rz 5-9. Auf die Wahl des Europäischen Parlaments ist nicht nur Art 39 Abs 2 GRC, sondern auch Art 3 1. ZPEMRK anwendbar, vgl EGMR 18.2.1999, 24833/94, *Matthews/Vereinigtes Königreich*.

⁹⁰ Gelegentlich entsteht der Eindruck eines permanenten Wahlkampfes, vgl *Falter/Schoen* (Hrsg), Handbuch Wahlforschung² (2014) 661 (672). Doch dass die Wahl ein temporäres Phänomen sein muss, erschließt sich bereits aus dem Wortlaut des Art 3. 1. ZPEMRK, wonach Wahlen „in angemessenen Zeitabständen“ abzuhalten sind. Eine Wahl idS ist kein Dauerzustand, weshalb vom Schutzbereich nur bestimmte Wahlzeiten umfasst sind. Zu den Schwierigkeiten diese abzugrenzen vgl *Schürmann*, Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung (1992) 347 ff.

⁹¹ Vgl *Jarass*, AöR 1995, 360.

⁹² *Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation (2007) 50 f, 321 ff.

„ungeschriebenen Gesetzesvorbehalte“ näher zu diskutieren,⁹³ um in weiterer Folge mögliche Kollisionslagen zwischen dem Recht auf freie Wahlen und der Meinungsfreiheit einordnen⁹⁴ oder die Zulässigkeit von staatlichem Informationshandeln beurteilen zu können.⁹⁵ Darüber hinaus sollen weitere Probleme der freien Wahl grundrechtsdogmatisch verarbeitet werden. So wird zB im Zusammenhang mit der Wahlpflicht die negative Grundrechtsseite zu beleuchten sein.⁹⁶ Und schließlich ist der Umfang staatlicher Schutzpflichten abzustecken, die besonders vor dem Hintergrund der eingangs beschriebenen, neueren Grundrechtsgefährdungen (wie dem *micro targeting*) interessant werden.⁹⁷

IV. Fragestellungen

Zusammengefasst wird sich die Untersuchung von folgenden Forschungsfragen leiten lassen:

1. Inwiefern kann das Wahlrecht als Grundrecht gefasst werden und wie lässt sich das Zusammenspiel von subjektivem Wahlrechtsschutz und (staatsorganisationsrechtlicher) Wahlprüfung dogmatisch beschreiben?
2. Wie kann die klassisch freiheits- bzw abwehrrechtliche Dimension des Wahlgrundrechts von seinen übrigen Wirkrichtungen (Leistungsrecht und Gleichheitsrecht) differenziert werden?
3. Welcher Inhalt lässt sich Art 26 B-VG und den übrigen Wahlrechtsbestimmungen des B-VG, Art 8 StV Wien, Art 3 1. ZPEMRK und Art 39 Abs 2 GRC mit Blick auf die Freiheit der Wahl entnehmen?
4. Wie ist staatliche Informationstätigkeit im Umfeld von Wahlen vor dem Hintergrund des Rechts auf freie Wahlen zu bewerten? Inwieweit ist der Staat dazu verpflichtet, vor privaten Grundrechtsgefährdungen zu schützen? In welchem Verhältnis steht das Recht auf freie Wahlen zu den Kommunikationsgrundrechten?

⁹³ Für die impliziten Schranken des Art 3 1. ZPEMRK vgl *Richter* in *Dörr/Grote/Marauhn* Rz 96; für das Wahlrecht in Deutschland vgl *Morlok* in *Dreier* Art 38 GG Rz 65. Allgemein zu ungeschriebenen Gesetzesvorbehalten s *Holoubek*, *Die Struktur der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte* (1997) 22 ff.

⁹⁴ Vgl EGMR 19.2.1998, 24839/94, *Bowman/Vereinigtes Königreich*, Rz 41-43. Kollisionen können auch zwischen verschiedenen aus dem Recht auf freie Wahlen ableitbaren Positionen auftreten – insb zwischen Wahlwerbungsfreiheit und Willensbildungsfreiheit, vgl dazu *Wiederin* in *Hofmann/Marko/Merli/Wiederin* 29.

⁹⁵ Vgl zB *Wiederin*, *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2017, 41, der den Fall diskutiert, dass „die öffentliche Hand über einen Kandidaten etwas ermittelt hat, was die Öffentlichkeit wissen sollte, was sie nach den einschlägigen gesetzlichen Regeln wissen darf und wovon sie außerhalb eines Wahlkontexts auch sogleich erführe“. In einer grundrechtsdogmatischen Betrachtung wäre es denkbar, im Fall der Veröffentlichung der Information zwar von einem Eingriff in das Recht auf freie Wahlen auszugehen, ihn aber als gerechtfertigt anzusehen.

⁹⁶ Vgl *Berka/Binder/Kneihs*, *Grundrechte* 218.

⁹⁷ Die gewährleistungsrechtliche Seite des Rechts auf freie Wahlen vermittelt ein Leistungsrecht. Die Abgrenzung dieses Leistungsrechts vom oben diskutierten Recht auf Mitbestimmung ergibt sich daraus, dass die gewährleistungsrechtliche Seite des Rechts auf freie Wahlen den Schutz einer natürlichen und nicht einer normgeprägten Freiheit bezweckt. Zu Schutzpflichten aus dem Recht auf freie Wahlen vgl auch *Grabenwarter* in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* 92 f; *Hörtenhuber/Mayrhofer*, *Die Freiheit der Wahlwerbung*, in *FS Holzinger* (2017) 383; *Wiederin*, *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2017, 37 f; *Richter* in *Dörr/Grote/Marauhn* Rz 65.

V. Methodische Bemerkungen

Das Projekt beabsichtigt eine grundrechtsdogmatische Untersuchung des Rechts auf freie Wahlen. Das Ziel ist die Interpretation jener Grundrechtsbestimmungen des österreichischen Verfassungsrechts und des Unionsrechts, die das Recht auf freie Wahlen gewährleisten.⁹⁸ Mithilfe eines Rückgriffs auf die vertrauten Analysekategorien der Grundrechtsdogmatik wird eine kritische Auseinandersetzung mit bestehenden Lehrmeinungen und der Judikatur sowie darauf aufbauend die Entwicklung eigenständiger Argumente angestrebt. Zur Auslegung der Grundrechtsbestimmungen werden potentiell alle juristischen Interpretationsmethoden herangezogen, wobei es die besonderen Herausforderungen der Grundrechtsinterpretation zu berücksichtigen gilt.⁹⁹ Das trifft hier umso mehr zu, als die im Rahmen dieser Arbeit auszulegenden Grundrechtsbestimmungen unterschiedlichen Rechtsordnungen und Dokumenten entstammen.¹⁰⁰ Aus diesem Grund können auch rechtsvergleichende Untersuchungsschritte angezeigt sein.¹⁰¹ Außerdem soll die rechtsdogmatische Untersuchung von der Bezugnahme auf (grund)rechtstheoretische Einsichten geleitet werden.¹⁰²

VI. Zeitplan

Stand SS 2022	Themenfindung, Erstellung des Exposés, Absolvierung von Pflichtlehrveranstaltungen des Doktoratsstudiums
WS 2022/23 – SS 2023	Vertiefte Literatur- und Judikaturrecherchen, Absolvierung der weiteren Pflichtlehrveranstaltungen
WS 2023/24 – SS 2024	Erarbeitung einer Rohfassung der Dissertation
WS 2024/25	Überarbeitung der Rohfassung
SS 2025	Abschluss und Einreichung der Dissertation, Defensio

⁹⁸ Zum Begriff der Rechtsdogmatik vgl *Potacs*, *Rechtstheorie*² (2019) 26 f; *Kahl*, *Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht* (2020) 65 ff; *Alexy*, *Theorie* 22 ff.

⁹⁹ Vgl *Berka/Binder/Kneihs*, *Grundrechte* 256, die den Wortlaut von Grundrechten als „häufig vage, inhaltlich offen und fragmentarisch“ beschreiben und deshalb von „äußerst voraussetzungsvolle[n] Normen“ sprechen.

¹⁰⁰ Zur Auslegung der EMRK und ihrer Zusatzprotokolle vgl *Potacs*, *Die Methoden der Konventionsauslegung*, in *Pöschl/Wiederin* (Hrsg), *Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention* (2020) 91. Zur Auslegung der GRC vgl *Gamper*, *Regeln der Verfassungsinterpretation* (2012) 286-291.

¹⁰¹ Vgl *Gamper*, *Verfassungsinterpretation* 289, 291 ff.

¹⁰² Zur theoretischen Fundierung rechtsdogmatischer Wissenschaft vgl *Potacs*, *Rechtstheorie*² (2019) 26 f („Auf Basis rechtstheoretischer Überlegungen wird dann im Wege der Rechtsdogmatik eine rationale Begründung eines Interpretationsergebnisses möglich und dieses damit intersubjektiv nachprüfbar.“). Vgl auch *Alexy*, *Theorie* 18, der seine Theorie der Grundrechte auch als „allgemeine[n] Teil der Grundrechtsdogmatik“ bezeichnet.

VII. Vorläufige Gliederung

Einleitung

- A. Problemaufriss und Fragestellungen
- B. Gang und Methode der Untersuchung

Teil I: Das Wahlrecht als Grundrecht

- A. Ausgangspunkt: Staatsorganisationsrecht *oder* Grundrecht
 - 1. Das Wahlrecht als Staatsorganisationsrecht
 - 2. Das Wahlrecht als subjektives Recht
- B. Zwischenergebnis: Staatsorganisationsrecht *und* Grundrecht
- C. Die Entwicklung der Rechtsprechung
- D. Die Zweigleisigkeit des Rechtsschutzes
- E. Folgerung: Die grundrechtliche Perspektive auf das Wahlrecht

Teil II: Das Grundrecht als Ganzes

- A. Ausgangspunkt: Leistungsrecht, Gleichheitsrecht *oder* Abwehrrecht
- B. Mitbestimmung und Freiheit
 - 1. Struktur des Leistungsrechts
 - 2. Bestandaufnahme der Judikatur
 - 3. Staatliche Leistung und Freiheit
- C. Gleichheit und Freiheit
 - 1. Struktur der wahlrechtlichen Gleichheit
 - 2. Bestandaufnahme der Judikatur
 - 3. Wahlrechtliche Gleichheit und Freiheit
- D. Folgerung: Leistungsrecht, Gleichheitsrecht *und* Abwehrrecht

Teil III: Vertiefung des Rechts auf freie Wahlen

- A. Ausgangspunkt: Herausforderungen für die Freiheit der Wahl
- B. Positivrechtliche Anknüpfungspunkte
 - 1. Das freie Wahlrecht zwischen Verfassungstext und Rechtsprechung
 - 2. Das geheime Wahlrecht als Mittel zur Freiheit
- C. Die Dogmatik des wahlrechtlichen Abwehrrechts
 - 1. Schutzbereich: Freiheit der Wahl
 - 2. Eingriffsdogmatik
 - 3. Legitime Beschränkungen freier Wahlen
- D. Freie Wahlen und Gewährleistungspflichten
- E. Regulierung von Wahlen im grundrechtlichen Spannungsfeld
- F. Folgerung: Das Recht auf freie Wahlen

Zusammenfassung

VIII. Vorläufige Literaturlauswahl

- Alexy*, Theorie der Grundrechte⁹ (2020/1994).
- Arsenscheck*, Der Kampf um die Wahlfreiheit im Kaiserreich (2003).
- Aust*, Grundrechtsdogmatik im Staatsorganisationsrecht? AöR 2016, 415.
- Berka/Binder/Kneihls*, Die Grundrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich² (2019).
- Bezemek*, Die Reinheit der Wahl, in *Glaser/Langer* (Hrsg), Das Parlamentswahlrecht als rechtsstaatliche Grundlage der Demokratie (2020) 133.
- Braunias*, Das parlamentarische Wahlrecht. Band I und II (1932).
- Brkan*, EU fundamental rights and democracy implications of data-driven political campaigns, MJ 2020, 774.
- Buchstein*, Öffentliche und geheime Stimmabgabe. Eine wahlrechtshistorische und ideengeschichtliche Studie (2000).
- Bußjäger*, Zur Unterscheidbarkeit der Bezeichnung wahlwerbender Gruppen, JRP 2004, 199.
- Dantscher von Kollesberg*, Die Politischen Rechte der Unterthanen (1888).
- Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation (2007).
- Gamper* (Hrsg), Entwicklungen des Wahlrechts am europäischen Fallbeispiel (2010).
- Grabenwarter*, Die Freiheit der Wahl im „postfaktischen“ Zeitalter, in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* (Hrsg), Elektronische Medien im „postfaktischen“ Zeitalter (2019) 85.
- Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021).
- Heyl*, Wahlfreiheit und Wahlprüfung (1975).
- Hofmann/Marko/Merli/Wiederin* (Hrsg), Information, Medien und Demokratie. Ein europäischer Rechtsvergleich (1997).
- Holoubek*, Die Struktur der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte (1997).
- Holzinger/Holzinger* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (13. Lfg 2017) Art 26 B-VG.
- Holzinger/Holzinger* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (13. Lfg 2017) Art 3 1. ZPEMRK.
- Holzinger/Holzinger* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (13. Lfg 2017) Art 8 1. Tb StV Wien.
- Hörtenhuber/Mayrhofer*, Die Freiheit der Wahlwerbung, in FS Holzinger (2017) 383.
- Hueso*, The danger of disinformation for democracy and the constitutional risks of its regulation, in *Iliopoulos-Strangas/Levits/Potacs/Ziller* (Hrsg), Die Herausforderungen der digitalen Kommunikation für den Staat und seine demokratische Staatsform (2021) 121.
- Jacobi*, Freie Wahlen und geheime Abstimmung in der bürgerlichen Demokratie (1958).
- Jarass*, Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 1995, 345.
- Jellinek*, Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich (1885).
- Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte² (1905).
- Kelsen*, Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (1907).
- Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre² (1923).
- Kucsko-Stadlmayer*, E-Voting und Europäischer Grundrechtsstandard, in FS Laurer (2009) 77.
- Kucsko-Stadlmayer*, Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1 (2014) 77.
- Lardy* in *Harris ua*, Law of the European Convention on Human Rights² (2009) Art 3 First Protocol.
- Mayer/Stöger*, Zur Abgrenzung von Parteienförderung und Wahlkampfkostenerstattung am Beispiel des Kärntner Parteienförderungsgesetzes, JRP 2004, 177.
- Merli* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1. Lfg 1999) Art 41/2 B-VG.
- Merli* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1. Lfg 1999) Art 45, 46 B-VG.
- Merli*, Grenzen der Staatsinformation und staatlicher Propaganda, in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* (Hrsg), Elektronische Medien im „postfaktischen“ Zeitalter (2019) 107.
- Meyer*, Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung (§ 46), in *Isensee/Kichhof* (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland III (2005) 543.

- Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2017) Art 3 Zusatzprotokoll zur EMRK.
- Morlok*, Kleines Kompendium des Wahlrechts, NVwZ 2012, 913.
- Morlok* in *Dreier*, Grundgesetz³ (2015) Art 38.
- Müller R.*, „... und auf das Wahlergebnis von Einfluss sein konnte“ – Gedanken über einen Auslegungstreit, in FS Holzinger (2017) 581.
- Müller Th.*, Die Aufhebung der Bundespräsidentenstichwahl durch den VfGH, ZÖR 2016, 665.
- Neisser/Handstanger/Schick* (Hrsg), Das Bundeswahlrecht² (1994).
- Nohlen*, Wahlrecht und Parteiensystem⁷ (2014).
- Nowak*, Politische Grundrechte (1988).
- Nowak/Strejcek*, Das Wahl- und Stimmrecht, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich. Band 3 (1997) 1.
- O’Connell*, Law, Democracy and the European Court of Human Rights (2020).
- Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte (2003).
- Pöschl*, Wahlrecht und Staatsbürgerschaft, in FS Schäffer (2006) 633.
- Pöschl*, Gleichheitsrechte, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII (2014) 519.
- Pöschl/Wiederin* (Hrsg), Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention (2020).
- Pünder*, Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, VVDStRL 72 (2013) 191.
- Richter D.* in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG² (2013) Kap 25 (Das Recht auf freie Wahlen).
- Richter H.*, Moderne Wahlen. Eine Geschichte der Demokratie in Preußen und den USA im 19. Jahrhundert (2017).
- Richter H./Buchstein* (Hrsg), Kultur und Praxis der Wahlen (2017).
- Rosanvallon*, Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France (1992).
- Schabas*, The European Convention on Human Rights: A Commentary (2015).
- Schmid*, Wahlberichterstattung, RfR 2008, 21.
- Schreiner* in *Kneihs/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar (2001) Art 26 B-VG.
- Schürmann*, Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung. Strukturen, Medien, Auftrag und Grenzen eines informalen Instruments der Staatsleitung (1992).
- Spiecker*, Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen, VVDStRL 77 (2018) 9.
- Stockinger*, Dörfer und Deputierte. Die Wahlen zu den konstituierenden Parlamenten von 1848 in Niederösterreich und im Pariser Umland (Seine-et-Oise) (2012).
- Strejcek*, Strukturfragen der Wahlgerichtsbarkeit, JBl 2000, 763.
- Strejcek*, Politische Rechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VII/1² (2014) 735.
- Strejcek* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (5. Lfg 2002) Art 141 B-VG.
- Towfigh/Luckey*, Zielgruppenbasierte Ansprache von Wahlberechtigten durch politische Parteien. Zur rechtlichen Zulässigkeit politischen Online-Microtargetings in Deutschland, RW 2022, 61.
- Ucakar*, Demokratie und Wahlrecht in Österreich. Zur Entwicklung von politischer Partizipation und staatlicher Legitimationspolitik (1985).
- Urban*, Beeinflussung der Wahlwerbung, RFG 2011, 72.
- Wiederin*, Das Erkenntnis über die Stichwahl zum Bundespräsidenten. Eine verfassungsrechtliche Nachlese, Jahrbuch Öffentliches Recht 2017, 9.
- Wild*, Die Gleichheit der Wahl. Dogmengeschichtliche und systematische Darstellung (2003).
- Witzleb/Paterson*, Micro targeting in Political Campaigns. Political Promise and Democratic Risk, in *Kohl/Eisler* (Hrsg), Data-Driven Personalisation in Markets, Politics and Law (2021).
- Ziemele*, Redeeming Democracy in a Post-Liberal Technology Driven World, in *Iliopoulos-Strangas/Levits/Potacs/Ziller* (Hrsg), Die Herausforderungen der digitalen Kommunikation für den Staat und seine demokratische Staatsform (2021) 71.