

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

W I 9/2020-7

25. November 2020

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des Präsidenten  
DDr. Christoph GRABENWARTER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin  
Dr. Verena MADNER

und der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,  
Dr. Wolfgang BRANDSTETTER,  
Dr. Sieglinde GAHLEITNER,  
Dr. Andreas HAUER,  
Dr. Christoph HERBST,  
Dr. Michael HOLOUBEK,  
Dr. Helmut HÖRTENHUBER,  
Dr. Claudia KAHR,  
Dr. Georg LIENBACHER,  
Dr. Michael RAMI,  
Dr. Johannes SCHNIZER und  
Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

als Stimmführer, im Beisein der verfassungsrechtlichen Mitarbeiterin  
Mag. Sabrina WINKLHAMMER  
als Schriftführerin,

über die von 1. der WÄHLERGRUPPE LISTE NEOS, vertreten durch den Zustellungsbevollmächtigten Andreas Stock, \*\*\*\*\*, \*\*, 2. des \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, \*\*, 3. der \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, \*\*, und 4. des \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, alle vertreten durch die Zacherl Schallaböck Proksch Manak Kraft Rechtsanwälte GmbH, Teinfaltstraße 8/5.01, 1010 Wien, eingebrachte Anfechtung der Wahl des Gemeindevorstandes der Stadtgemeinde Mödling vom 29. Februar 2020 in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 141 B-VG zu Recht erkannt:

- I. Der Anfechtung wird hinsichtlich des Zweitanfechtungswerbers nicht stattgegeben.
- II. Im Übrigen wird die Anfechtung zurückgewiesen.

## **Entscheidungsgründe**

### **I. Sachverhalt, Anfechtung und Vorverfahren**

1. Nach der Wahl des Gemeinderates der Stadtgemeinde Mödling vom 26. Jänner 2020 fand am 29. Februar 2020 die konstituierende Sitzung des neu gewählten Gemeinderates statt. In dieser Sitzung fand die Wahl des Gemeindevorstandes (Stadtrates) der Stadtgemeinde Mödling statt. Im Rahmen dieser Wahl wurde zunächst die Anzahl der geschäftsführenden Stadträte beschlossen und auf die im Gemeinderat vertretenen Wahlparteien zur Erstattung von Wahlvorschlägen aufgeteilt. Auf die Erstanfechtungswerberin als Wahlpartei, welcher der Zweitanfechtungswerber angehört, entfiel demnach ein Mandat. In den Wahlvorschlag der Erstanfechtungswerberin zur Besetzung dieses Mandates wurde der Zweitanfechtungswerber aufgenommen, der die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Nach der Überprüfung dieses Wahlvorschlages forderte der Vorsitzende die Erstanfechtungswerberin gemäß § 102 Abs. 4 Niederösterreichische Gemeindeordnung 1973 (im Folgenden: NÖ GO 1973) auf, einen Ergänzungsvorschlag einzubringen, da der Zweitanfechtungswerber mangels österreichischer Staatsbürgerschaft nicht in den Stadtrat wählbar sei. Nach der

1

Einbringung eines Ergänzungsvorschlages, der auf den Viertanfechtungswerber lautete, wurde dieser schließlich zum geschäftsführenden Stadtrat gewählt.

2. Diese Wahl des Gemeindevorstandes der Stadtgemeinde Mödling vom 29. Februar 2020 wurde von den Zweit- bis Viertanfechtungswerbern fristgerecht bei der Bezirkswahlbehörde angefochten. Begründend wird im Wesentlichen vorgebracht, dass der Ausschluss des Zweitanfechtungswerbers von der Wahl der geschäftsführenden Stadträte aus dem bloßen Grund seiner deutschen Staatsangehörigkeit gegen Unionsrecht verstoße. 2

3. Mit Bescheid der Kreiswahlbehörde Mödling als Bezirkswahlbehörde vom 1. September 2020, den Zweit- bis Viertanfechtungswerbern zugestellt am 4. September 2020, wurde diese Anfechtung mit Hinweis auf § 98 Abs. 1 NÖ GO 1973 abgewiesen. 3

4. Mit der vorliegenden, auf Art. 141 B-VG gestützten Anfechtung wird die Aufhebung der Wahl des Stadtrates der Stadtgemeinde Mödling vom 29. Februar 2020 begehrt. 4

Begründend wird dazu im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: 5

"Die Zulassung zur Wahl [des Zweitanfechtungswerbers] in den Stadtrat wurde mit Hinweis auf dessen deutsche Staatsbürgerschaft verwehrt.

Zwar sieht § 98 Abs 1 NÖ Gemeindeordnung 1973 vor, dass nur Österreicher Mitglied des Gemeindevorstandes (Stadtrates) werden dürfen, diese Vorschrift steht jedoch im Widerspruch zu höherrangigem Europrecht [...].

Darüber hinaus ist § 98 Abs 1 NÖ Gemeindeordnung 1973 unsachlich und stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Rechte [des Zweitanfechtungswerbers dar]. Diese Bestimmung ist daher im Hinblick auf Art 7 B-VG als verfassungswidrig zu qualifizieren. Es ist nicht ersichtlich, warum EU-Bürger in Graz sehr wohl Mitglied des Gemeindevorstandes/Stadtrates werden dürfen, in Mödling aber nicht. Diesfalls liegt jedenfalls eine unsachliche Differenzierung vor.

Weiters enthält Art 5 Abs 3 der Richtlinie 94/80/EG folgende Bestimmung: 'Die Mitgliedstaaten können bestimmen, daß nur ihre eigenen Staatsangehörigen in die Ämter des Leiters des Exekutivorgans, seines Vertreters oder eines Mitglieds des leitenden kollegialen Exekutivorgans einer lokalen Gebietskörperschaft der Grundstufe wählbar sind, wenn diese Personen gewählt worden sind, um diese

Ämter während der Dauer des Mandats auszuüben.'. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich bereits, dass der niederösterreichische Gesetzgeber gar nicht dazu ermächtigt ist, eine Einschränkung wie in § 98 Abs 1 NÖ GO zu erlassen. Vielmehr wäre diesbezüglich nur die Republik Österreich in ihrer Gesamtheit – sohin der Bund – ermächtigt. Eine Differenzierung je nach Bundesland ist unzulässig.

Die Grundrechte-Charta (GRC), die erst nach 1992 bzw 1994 vereinbart wurde, sieht in Art 40 GRC ebenfalls ein aktives und passives Wahlrecht vor. Danach besitzen die 'Unionsbürgerinnen und Unionsbürger [...] in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Wohnsitz haben, das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen unter denselben Bedingungen wie die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaates.'. Folglich widerspricht § 98 Abs 1 NÖ Gemeindeordnung 1973 dem Art 40 GRC.

Auch ein Blick ins europäische Ausland zeigt, dass die Einschränkung in § 98 Abs 1 NÖ Gemeindeordnung 1973 durchaus restriktiv ist, sodass sich die Frage der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit dieser Einschränkungen stellt. In vielen europäischen Ländern können EU-Bürger nicht nur Stadtrat werden, sondern auch Bürgermeister. In Deutschland wurde etwa in Rostock ein Däne sogar zum Oberbürgermeister gewählt.

Die Anfechtungsgegner stützen Ihre Anfechtung neben der Verletzung von Unionsrecht auch auf die Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz (welches auch Unionsbürger umfasst) sowie die Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes.

Bei unionsrechtskonformer sowie verfassungskonformer Anwendung der Gesetze hätte [der Zweitanfechtungswerber] als Wahlvorschlag der [Erstanfechtungswerberin] zur Wahl der Stadträte der Stadtgemeinde Mödling zugelassen werden müssen. Die Nichtzulassung zur Wahl ist verfassungs- und europarechtswidrig, weshalb der vorliegenden Anfechtung stattzugeben sein wird.

[...]

1. Europarechtliche Erwägungen und Anregung auf Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH

Da Unionsrecht nicht Verfassungsrecht ist, ist das Unionsrecht grundsätzlich kein Prüfmaßstab des Verfassungsgerichtshofs bei der Normenkontrolle und kommt eine Aufhebung nationaler Normen durch den Verfassungsgerichtshof wegen Widerspruch zum Unionsrecht nicht in Betracht (Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht<sup>12</sup>, Rz 195).

Dies gilt jedoch nicht für die Grundrechtscharta (GRC), die in ihrem Anwendungsbereich einen Maßstab der Normenprüfung bildet (Slg 19.632/2012, 19.955/2015; VfGH 10.10.2018, G 144/2018).

Allerdings hat der Verfassungsgerichtshof die Konformität des staatlichen Rechts mit unmittelbar anwendbarem Unionsrecht inzident zu prüfen (VfSlg 15.215/1998, 15.368/1998). Bei einem Widerspruch zu einer staatlichen Norm hat er die unionsrechtliche Norm direkt anzuwenden (VfSlg 16.401/2001).

Sollte der hohe Verfassungsgerichtshof Zweifel an der Auslegung der unionsrechtlichen Vorschriften haben, regen die Anfechtungswerber daher an, der Verfassungsgerichtshof möge dem Gerichtshof der Europäischen Union gem Art 267 AEUV [entsprechende] Fragen zur Vorabentscheidung vorlegen.

## 2. § 98 NÖ GO steht im Widerspruch zum Unionsrecht

Der pauschale Ausschluss von EU-Bürgern als Mitglieder des Gemeindevorstandes (Stadtrates) in § 98 Abs 1 NÖ Gemeindeordnung 1973 steht in einem offenkundigen Spannungsverhältnis zu geltendem europäischem Recht.

Daher wird angeregt, dass der hohe Verfassungsgerichtshof die im folgenden erörterten unionsrechtlichen Fragen nach Art 267 AEUV dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Vorabentscheidung vorlegt.

Hierfür sprechen folgende Gründe:

Die Vorschriften des § 98 der Gemeindeordnung des Landes Niederösterreich (im Folgenden: NÖ GO) steh[en] zunächst im Widerspruch zu der in Art 20 ff EUV niedergelegten Unionsbürgerschaft der Europäischen Union (EU) und dem insbesondere aus Art 22 AEUV folgenden aktiven und passiven Wahlrecht von Unionsbürgern.

Sofern mitgliedstaatliches Recht – in diesem Fall § 98 NÖ GO – mit dem Unionsrecht nicht vereinbar ist, hängt es von der Rsp des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ab, wie zu verfahren ist. Da der EuGH zu den Fragen des aktiven und passiven Wahlrechts für Unionsbürger auf der Grundlage von Art 22 AEUV mit der Ausnahme von zwei spezifischen und insofern nicht unmittelbar einschlägigen Entscheidungen aus dem Jahr 2006 sowie in einer Entscheidung von 2009, in der sich der EuGH für nicht zuständig erklärte,[...] noch nicht Stellung genommen hat, wird angeregt, dass der Verfassungsgerichtshof diese Frage nach Art 267 AEUV dem EuGH zu[r] Vorabentscheidung vorlegt. Der EuGH kann sodann nach Art 19 Abs 1 Satz 2 EUV iVm Art 267 AEUV über die Vereinbarkeit des österreichischen Rechts mit dem Europarecht entscheiden und gegebenenfalls den Anwendungsvorrang des Unionsrechts erklären.[...]

Im Weiteren ist die Anwendung ua von § 98 NÖ GO gemäß Art 267 Abs 2 AEUV nach der hier vertretenen Auffassung auch entscheidungserheblich. Der Verfassungsgerichtshof, dessen Einschätzung hierfür maßgeblich ist, wird darauf aufmerksam gemacht, dass ohne die og Bestimmungen des niederösterreichischen Landesrechts eine Besetzung des streitgegenständlichen Postens des Stadtrats in der Gemeinde Mödling mit dem dafür ursprünglich vorgesehenen Unionsbürger ausländischer Staatsangehörigkeit rechtlich möglich und nach der Praxis der Gemeinde Mödling geboten gewesen wäre.

Zum Nachweis der tatsächlichen Dimension der damit aufgeworfenen Fragen mag gelten, dass den fraglichen landesrechtlichen Regelungen Niederösterreichs identische oder weitgehend identische Regelungen im Landes- bzw. Gemeinde-recht der meisten anderen Länder der Republik Österreich entsprechen (z.B. Wien, Burgenland, Salzburg, Oberösterreich, Kärnten, Vorarlberg). Lässt man die og Bestimmungen der niederösterreichischen Gemeindeordnung, da sie im Widerspruch zu primärem bzw. sekundärem Unionsrecht stehen außer Betracht, wäre die von der [Erstanfechtungswerberin] ursprünglich vorgesehene Besetzung des Stadtrat-Postens in der Gemeinde Mödling mit einem Unionsbürger, der nicht die österreichische Staatsangehörigkeit besitzt, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erfolgt. Dies bedeutet, dass die Anwendung bzw. Nichtanwendung der fraglichen Bestimmung zu unterschiedlichen Ergebnissen geführt haben. Anwendung bzw. Nichtanwendung der einschlägigen Vorschriften des Landes Niederösterreich hängen ihrerseits davon ab, wie der EuGH über die ihm vorzulegenden unionsrechtlichen Fragen entscheidet.

Darüber hinaus unterliegt auch die Auslegung und Anwendung sekundärrechtlicher Vorschriften – namentlich der Richtlinie 94/80/EG – im Sinne von Art 19 Abs 1 Satz 2 EUV der Rsp des EuGH. In Ermangelung früherer konkretisierender oder interpretierender Festlegungen des EuGH wird ebenfalls angeregt, dass der Verfassungsgerichtshof auch die hiermit zusammenhängenden Fragen dem EuGH nach Art 267 AEUV vorlegt. Da es [sich] bei den streitgegenständlichen Normen der niederösterreichischen Gemeindeordnung um eine Umsetzung der Richtlinie 94/80/EG handelt (insbes. von Art 5), sind die diesbezüglichen Rechtsfragen nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls aus den og Gründen entscheidungserheblich.

Die Unvereinbarkeit der og niederösterreichischen Regelungen mit dem Unionsrecht ergibt sowohl unter primärrechtlichen als auch unter sekundärrechtlichen Gesichtspunkten:

### 3. Primärrechtliche Bedenken:

Im Grundsatz gilt nach Art 22 AEUV, dass ein Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, in diesem Staat sowohl über das aktive als auch das passive Wahlrecht verfügt. Dies schließt also insbesondere auch die Wählbarkeit eines Unionsbürgers in einem ander[e]n

Mitgliedstaat ein. Der Hintergrund dieser Regelung des Art 22 Abs 1 Satz 1 AEUV ist die Absicht ein 'Europa der Bürger' zu schaffen, das insbesondere die Gelegenheit zur demokratischen Teilhabe bietet[.] [...]

Neben umfangreichen Freizügigkeitsrechten ist das Wahlrecht nach Art 22 AEUV ein wesentliches 'Kernstück der Unionsbürgerschaft'.[...]

Nach Art 22 Abs 1 Satz 1 AEUV gelten für das kommunale Unionsbürgerwahlrecht grundsätzlich 'dieselben Bedingungen [...] wie für die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaates'. Diese Normsituation deutet bereits darauf hin, dass eine Differenzierung beim passiven Wahlrecht – wie sie etwa i[m] niederösterreichischen Recht vorgesehen ist – grundsätzlich nur ausnahmsweise EU-rechtskonform sein kann. Der in Art 22 Abs 1 Satz 2 AEUV als Ausnahme vorgesehene Vorbehalt, der in Zusammenhang mit entsprechendem Sekundärrecht über längere Zeit als Hebel für die Diskriminierung ausländischer Unionsbürger genutzt wurde, rechtfertigt ein Abweichen indessen nicht mehr, wenn er sie i[m] konkreten Umfang überhaupt je gerechtfertigt hat.

Der Grund hierfür ist nicht allein, dass die Art 22 Abs 1 Satz 2 AEUV ausfüllende Richtlinie 94/80/EG vom 19.12.1994, die die Behörde in ihrem abweisenden Bescheid zitiert, bereits mehr als 25 Jahre alt ist. Entscheidend sind vielmehr zwei andere zentrale Erwägungen:

### 3.1. Weiterentwickeltes Konzept der Unionsbürgerschaft

Erstens wurde das Konzept der Unionsbürgerschaft im Rahmen einer sich seit 1994 kontinuierlich vertiefenden europäischen Integration primärrechtlich und kontextuell weiterentwickelt. Während 1994, als die Richtlinie 94/80/EG verabschiedet wurde, primärrechtlich noch der Maastrichter Vertrag von 1992 galt, ist die rechtliche und tatsächliche Integration der EU und ihrer Mitgliedstaaten mit den Verträgen von Amsterdam (1996) und Nizza (2002) sowie vor allem mit dem Vertrag von Lissabon (2007/2009) auf eine neue, wesentlich weiter reichende Grundlage gestellt worden. Dies gilt in besonderer Weise auch für die Ausgestaltung und Konturierung der Unionsbürgerschaft.

An dieser Feststellung ändert die Tatsache nichts, dass der formale Text des Art 22 AEUV – abgesehen von der Verschiebung in der zahlenmäßigen Denomination – in der Zwischenzeit nicht bzw nicht wesentlich geändert worden ist. Allerdings wurde im Anschluss an den Amsterdamer Vertrag in Art 9 Satz 2 EUV unter Bezugnahme auf Art 20 Abs 1 Satz 2 AEUV der Passus eingefügt: 'Die Unionsbürgerschaft tritt zur nationalen Staatsbürgerschaft hinzu, ersetzt diese aber nicht.' Darin liegt jedoch nicht, wie von manchem angenommen, bloß eine redundante Doppelung des Normtextes des Art 20 AEUV. Vielmehr hat seine separate und ausdrückliche Nennung am Beginn von 'Titel II. Bestimmungen über die demokratischen Grundsätze' des EU-Vertrags zur Folge, dass die Unionsbürgerschaft in unmittelbarem Bezug zur unionsrechtlich ausgestalteten Demokratie

in Europa gesetzt wird. Während der normative Kontext zunächst darauf verweist, dass dies in Verbindung mit den demokratischen Grundsätze[n] in den supranationalen Strukturen der EU geschieht, ist gleichzeitig davon auszugehen, dass diese demokratische Grundausrichtung der Unionsbürgerschaft ebenfalls auf die Partizipation der Unionsbürger in den Mitgliedstaaten, mithin also auf Art 22 AEUV, ausstrahlt.[...]

Eine ebenfalls weitreichende Änderung von primärrechtlicher Qualität liegt in den Gewährleistungen der Grundrechte-Charta (GRC), die erst nach 1992 bzw 1994 vereinbart wurde und in Art 40 GRC ebenfalls ein aktives und passives Wahlrecht vorsieht. Danach besitzen die 'Unionsbürgerinnen und Unionsbürger [...] in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Wohnsitz haben, das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen unter denselben Bedingungen wie die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaates.'

Über Art 6 Abs 1 Satz 2 EUV hat die Grundrechte-Charta mit Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags im Dezember 2009 denselben primärrechtlichen Rang wie EUV und AEUV erhalten. Zwar wird in Art 52 Abs 2 GRC allgemein darauf hingewiesen, dass die Ausübung der in der Grundrechte-Charta genannten Rechte 'im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Bedingungen und Grenzen' erfolgt. Die bisherige Judikatur des EuGH zu den Grundrechten der Charta lässt jedoch bereits erkennen, dass der Gerichtshof diesen Passus nicht als Begrenzung einer von ihm im Sinne seines Auftrags aus Art 19 Abs 1 EUV vorzunehmenden Rechtsfortbildung betrachtet.[...]

Entscheidend ist im Hinblick auf die partizipatorischen Elemente der Unionsbürgerschaft – wie sie insbesondere, aber nicht ausschließlich in Art 22 AEUV geregelt sind –, dass der europarechtliche und -politische Rahmen durch die zwischenzeitlich vollzogenen Integrationsschritte und die damit erreichte Fortentwicklung so durchgreifend verändert und intensiviert wurde, dass man ohne Weiteres davon ausgehen kann, dass ein auf mitgliedstaatlicher bzw sekundärrechtlicher Basis erfolgender Ausschluss von Unionsbürgern vom aktiven oder passiven Wahlrecht auf kommunaler Ebene hiermit nicht mehr vereinbar ist.

Wie die Richtlinie 94/80/EG zeigt, war die Ausschlussmöglichkeit von der kommunalen Ämterausübung unmittelbar nach Inkrafttreten des Maastrichter Vertrags sowie angesichts des absehbar im Jahre 1995 erfolgenden Beitritts von Österreich, Schweden und Finnland ihrem Wesen nach vor allem eine Übergangsmaßnahme. Diese sollte Anpassungen und Gewöhnungen an die partizipatorische Ausgestaltung der Unionsbürgerschaft erleichtern. Aber die Situation des Jahres 2020 mit dem Bestehen der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, der von den drei 1995 beigetretenen Staaten neben Österreich auch Finnland angehört, unterscheidet sich im Hinblick auf den Grad der zwischenzeitlich vollzogenen und primär- sowie sekundärrechtlich erreichten Integration grundlegend von der Situation im Jahr 1994 oder 1995.

Dass der argumentative Ansatz einer intensivierten Europäischen Integration auch vom EuGH geteilt wird, lässt sich daraus entnehmen, dass der Gerichtshof schon in zahlreichen Entscheidungen der letzten Jahre – i[n] verstärktem Maß im Hinblick auf die umfangreichen Maßnahmen zur Milderung und Beilegung der Finanz-, Euro- und Griechenlandkrise sowie zuletzt der Corona-Krise – von einer stark gewachsenen Qualität der europäischen Integration ausgeht und hieraus auch unmittelbare rechtliche Folgen ableitet. Er hat hierzu u.a. den Topos des 'gegenwärtigen Standes des Unionsrechts' im Anschluss an den früheren 'Stand der Integration' entwickelt.[...]

Dementsprechend [müssen] auch die Unionsbürgerschaft und das aus ihr folgende aktive und passive Wahlrecht in der Dynamik der europäischen Integration betrachtet werden. Daraus folgt, dass angesichts des zwischenzeitlich eingetretenen Wandels und der vom EuGH ins Werk gesetzten Fortentwicklung und Erweiterung der mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte solche politischen Diskriminierungen, wie sie das niederösterreichische Landesrecht für das passive Wahlrecht von Unionsbürgern vorsieht, nicht mehr bloß anachronistisch erscheinen, sondern zudem aus Gründen des Unionsrechts nicht mehr zulässig sind.

### 3.2. Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Zweitens muss sich die Anwendung und Umsetzung des in Art 22 Abs 1 Satz 2 AEUV vorgesehenen Vorbehalts durch sekundäres Unionsrecht umfassend am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen. Diesen Test besteht die Umsetzung der Richtlinie und die Diskriminierung von Unionsbürgern im niederösterreichischen Recht jedoch nicht.

Denn selbst wenn der EuGH eine Benachteiligung ausländischer Unionsbürger im Sinne der Richtlinie 94/80/EG entgegen Art 22 AEUV und der inzwischen erreichten Integrationsintensität dem Grunde nach zulassen würde, müssten sich die österreichischen Regelungen immer noch streng am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen.

Dies führt sich einerseits auf den dogmatischen Charakter des Vorbehalts als Ausnahme und Einschränkung der in Art 22 Abs 1 Satz 1 AEUV geregelten Gewährleistung des aktiven und passiven Wahlrechts zurück. Da der EuGH schon seit Jahrzehnten – insbesondere im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten[...] – aber auch darüber hinausgehend die Auffassung vertritt, dass Ausnahmen zu unionsrechtlichen Gewährleistungen grundsätzlich eng auszulegen sind, gilt dies nicht zuletzt wegen seiner parallelen grundrechtlichen Abstützung in Art 40 GRC auch für das aus der Unionsbürgerschaft fließende aktive und passive Wahlrecht. Dies hat zur Folge, dass sich Einschränkungen des aktiven und passiven Wahlrechts in besonderem Maße am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen müssen. Die heutige Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Unionsrecht führt sich wesentlich darauf zurück, dass der EuGH den

früher relativ allgemein gehaltenen unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zuletzt in konkretisierenden Entscheidungen wesentlich stärker operationalisierbar gemacht und damit substantiell aufgewertet hat.[...]

Hinzu kommt ein Bedeutungszuwachs aus dem Gewährleistungszusammenhang der Grundrechte-Charta, die in Art 52 Abs 1 Satz 2 GRC ebenfalls ausdrücklich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als immanente Begrenzung von Einschränkungen vorsieht.[...]

Wegen der parallelen Abstützung des aktiven und passiven Wahlrechts auf Art 40 GRC kommt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz damit in besonders strenger Form zur Anwendung.

Nach der vorrangigen primärrechtlichen Regelung des Art 22 Abs 1 Satz 2 AEUV sind Ausnahmeregelungen nur 'aufgrund besonderer Probleme eines Mitgliedstaates gerechtfertigt'. Es ist vorliegend jedoch aus mehreren Erwägungen nicht erkennbar, dass überhaupt solche 'besonderen Probleme' im Falle Österreichs bzw des Landes Niederösterreichs vorliegen, geschweige denn, dass angesichts dieser durch den Ausschluss von Unionsbürgern mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, von kommunalen Posten oder Ämtern von einer verhältnismäßigen Behandlung gesprochen werden kann.

Die Bestimmungen des niederösterreichischen Landesrechts, insbesondere § 98 NÖ GO, erweisen sich anhand dieses strengen Maßstabes als nicht gerechtfertigt und unverhältnismäßig. Abhängig von den konkreten kommunalrechtlichen Befugnissen könnte man angesichts der bereits dargelegten Intensivierung der Europäischen Integration bereits daran zweifeln, ob im Jahr 2020 ein ausdrücklicher kommunalpolitischer Vorbehalt zugunsten von Bürgermeister- oder Vizebürgermeister-Posten noch mit dem Primärrecht vereinbar ist. In der Regelung des § 98 NÖ GO geht es jedoch auch um den Posten des Stadtrats, der als geschäftsführender Gemeinderat eine ressortmäßige Zuständigkeit für einen bestimmten Sachbereich einer Kommune erhält.

Es ist jedoch bereits fraglich, welche rechtliche, politische oder kulturelle Brisanz damit verbunden ist, dass ein Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, einem kommunalen Ressort vorsteht, dessen örtliche und sachliche Reichweite naturgemäß begrenzt ist. Es ist aus der Perspektive des Jahres 2020 nur schwer vorstellbar, welche Bedeutung das durch landesrechtliche Vorschriften zu gewährleistende Ziel einer ausschließlich aus Unionsbürgern mit der Staatsangehörigkeit des Ansässigkeitsstaates bestehenden kommunalen Aufgabenwahrnehmung im Jahr 1994 gehabt haben mag. In jedem Fall führen die seitdem erfolgten demografischen Veränderungen in der Bevölkerung durch das Gebrauchmachen von Freizügigkeitsrechten innerhalb der EU und nicht zuletzt bei den Wählern unter Einbeziehung von Unionsbürgern mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, dazu, dass die staatsangehörigkeitsrechtliche Identität von Wäh-

lern und Gewählten bei Kommunalwahlen jedenfalls gegenwärtig kein relevanter Maßstab mehr sein kann.

Zwar mag die in puncto Staatsangehörigkeit bestehende Kongruenz von Wählern und Gewählten in traditionellen nationalstaatlichen Demokratiemodellen vielleicht noch erstrebenswert gewesen sein. Unter den Bedingungen der 'europäischen Demokratie', bei der die Unionsbürger in erheblichem Umfang sowohl aus wirtschaftlichen als auch aus nicht-wirtschaftlichen Gründen von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen, sind diese jedoch weder relevant noch vorbildhaft. Hinzu kommt, dass das Art 22 Abs 1 Satz 2 AEUV konkretisierende Sekundärrecht der Richtlinie 94/80/EG das aktive Wahlrecht von Unionsbürgern mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, nicht bzw nur sehr geringfügig einschränkt, so dass eine staatsangehörigkeitsrechtliche Kongruenz von Wählern und Gewählten in Zukunft ohnehin nur zu gewährleisten ist, wenn auch das passive[...] Wahlrecht von Unionsbürgern generell ausgeweitet wird.

Im Hinblick auf geeignete, erforderliche und ggf verhältnismäßige Vorschriften der Ansässigkeitsmitgliedstaaten fehlt damit bereits ein im Einklang mit dem Unionsrecht stehender legitimer Zweck für eine dauerhafte Einschränkung des passiven Wahlrechts. Ohne diesen ist es jedoch gar nicht möglich, bei der Verabschiedung oder Aufrechterhaltung von Einschränkungen des passiven Wahlrechts den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren. Die vielleicht noch in den 1990er Jahren – vor mehr als 25 Jahren – für den Übergang und zur schrittweisen Gewöhnung vorgesehenen Einschränkungen des passiven Wahlrechts für Unionsbürger stellen daher gegenwärtig bloß noch Relikte einer früheren Phase der europäischen Integration dar, deren Motive kaum noch verständlich [sind] und deren Reichweite über das heute nachvollziehbare Maß weit hinausgeht. Der Grund, weshalb es sie ungeachtet ihrer Unzeitgemäßheit und Integrationsfeindlichkeit immer noch gibt, liegt allein darin begründet, dass sich bislang noch niemand die Mühe gemacht hat, solche, den kommunalen Wahlvorgang unverhältnismäßig verzerrende, mitgliedstaatliche Regelungen dem EuGH zur unionsrechtlichen Überprüfung vorzulegen.[...]

Seine Parallele findet die schwindende unionsrechtliche Akzeptanz und fehlende Verhältnismäßigkeit von legislativen Einschränkungen des passiven Wahlrechts nach Art 22 Abs 1 Satz 2 AEUV bzw. der Richtlinie 94/80/EG und der damit verbundenen Ausübung hoheitlicher Posten bzw öffentlicher Ämter in der fortlaufend restriktiver werdenden Auslegung von Art 45 Abs 4 AEUV (Arbeitnehmerfreizügigkeit), Art 51 AEUV (Niederlassungsfreiheit) bzw Art 62 iVm. Art 51 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) im Hinblick auf die dortige Ausübung öffentlicher Ämter durch den EuGH. Denn während der EuGH auch hierbei in früheren Jahren noch recht großzügig Privilegierungen eigener Staatsangehöriger und Benachteiligungen ausländischer Unionsbürger zu[ließ], hat der Gerichtshof die Anforderungen an die Zulässigkeit der Ausübung öffentlicher Ämter und die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in den letzten Jahren kontinuierlich hochgeschraubt. Im Ergebnis sind gegenwärtig nur noch Stellen im öffentlichen Dienst

den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten, die ein 'Verhältnis besonderer Verbundenheit zum jeweiligen Staat' unverzichtbar machen. Dies ist nach der Judikatur des EuGH jedoch nur noch bei einem sehr eingeschränkten Teil der Stellen im öffentlichen Dienst der Fall.[...]

Es ist daher davon auszugehen, dass der EuGH auch die Einschränkung des passiven Wahlrechts von Unionsbürgern mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, bei Kommunalwahlen in entsprechender Weise zur einschränkenden Auslegung nutzen wird – sofern ihm durch eine VorabentscheidungsVorlage[...] die Möglichkeit dazu geboten wird.

Nur ergänzend sei noch darauf hingewiesen, dass dem nachrückenden Kandidaten der [Erstanfechtungswerberin] in Mödling nach den Gemeinderatswahlen des Jahres 2020 im konkreten Fall das Stadtrat-Ressort für 'Verwaltungs- und Rechtsangelegenheiten' zugewiesen wurde, was in juristischen Augen durchaus verdienstvoll und bedeutsam klingt. Allerdings ist es – vielleicht aus Revanche für die Nominierung eines ausländischen Unionsbürgers? – tatsächlich nur von nachrangiger und rudimentärer Bedeutung. Denn in der Praxis verfügt dieses Stadtrat-Ressort der Gemeinde Mödling über kein Budget und ist lediglich mit der Erledigung von Beschwerden und Klagen gegen die Stadt befasst. Angesichts der äußerst eingeschränkten Aufgaben und nicht vorhandenen Budget-Verantwortung, die ein Stadtrat konkret in einer niederösterreichischen Gemeinde der Gegenwart ausüben bzw übertragen bekommen kann, ist nicht erkennbar, wie ein Ausschluss von Unionsbürgern mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, als mit 'besonderen Problemen eines Mitgliedstaates' gerechtfertigt oder überhaupt noch als verhältnismäßig angesehen werden kann. Insbesondere bleibt die Behörde in ihrem Bescheid vom 1.9.2020 jede Begründung in diesem Sinne schuldig. Allerdings wäre angesichts der für sie erdrückenden Gegebenheiten und der unionsrechtlichen Situation auch keine sinnvolle Rechtfertigung oder verhältnismäßige Begründung möglich gewesen.

[...]

#### 4. Sekundärrechtliche Bedenken

Die Auslegung der Richtlinie 94/80/EG führt dazu, dass ihre Umsetzung im niederösterreichischen Landesrecht mit den darin vorgenommenen Einschränkungen aus unionsrechtlicher Perspektive nicht zulässig ist. Die niederösterreichischen Regelungen gehen über den Umfang der Einschränkungen hinaus, den[...] das Sekundärrecht seit 1994 zulässt.

Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die RL 94/80/EG keineswegs vorrangig Sekundärrecht der EU zur Einschränkung des aus der Unionsbürgerschaft fließenden aktiven oder passiven Wahlrechts enthält, sondern – ausweislich seiner Überschrift – sekundäres Unionsrecht 'über die Einzelheiten der Ausübung

des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen'.[...]

Wie sich weiterhin aus Art 5 Abs 1 der RL 94/80/EG sowie der Richtlinien-Begründung ergibt, besteht die Möglichkeit zum Ausschluss[...] vom passiven Wahlrecht vor allem dann, wenn sich dies 'aus einer Einzelfallentscheidung der Behörden des Wohnsitz- oder des Herkunftsstaates ergeben' [sic!]. Dies können sowohl 'zivilrechtliche Einzelfallentscheidungen' sein oder auch 'strafrechtliche Entscheidungen', die dazu führen, dass der betreffende Unionsbürger seines passiven Wahlrechts 'verlustig gegangen ist'. Dabei geht es – wie die Richtlinien-Begründung zeigt – darum, dass 'eine in ihrem Herkunftsland vom passiven Wahlrecht ausgeschlossene Person in dieses Recht nicht allein deshalb wieder eingesetzt wird, weil sie ihren Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat hat.'

Im Hinblick auf den Fall in der Gemeinde Mödling liegt weder ein Ausschluss des ursprünglichen Kandidaten in seinem Herkunftsstaat vor[...] noch wurde dies von der Gemeinde vorgetragen. Wie sich aus der Begründung ergibt, ist die Richtlinie nicht nur in erster Linie zur Ausgestaltung und Gewährleistung des aktiven und passiven Wahlrechts auf kommunaler Ebene erlassen worden, sondern vor allem zur Erfassung von 'Einzelfällen' aufgrund von Behördenentscheidung[en].

Auch der Ausschlussgrund nach Art 5 Abs 3 UAbs 1 der Richtlinie 94/80/EG liegt nicht vor. Danach [kann zwar die Wählbarkeit] 'in die Ämter des Leiters eines Exekutivorgans, seines Vertreters oder eines Mitglieds des leitenden kollegialen Exekutivorgans einer lokalen Gebietskörperschaft der Grundstufe' den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten werden. Unter einem 'Mitglied des leitenden kollegialen Exekutivorgans einer lokalen Gebietskörperschaft' könnte zwar ein Stadtrat in der niederösterreichischen Gemeinde Mödling fallen. Jedoch sieht Art 5 Abs 3 UAbs 2 der Richtlinie 94/80/EG ausdrücklich vor, dass Einschränkungen nach UAbs 1 – also auch solche für 'leitende kollegiale Exekutivorgane' – den Vertrag, sprich das geltende Primärrecht, und die allgemeinen Prinzipien des Rechts beachten und zudem 'geeignet, erforderlich und verhältnismäßig' sein müssen. Wie jedoch schon die Darlegungen zur primärrechtlichen Situation gezeigt haben, entspricht ein Ausschluss, wie ihn § 98 NÖ GO vorsieht, weder dem gegenwärtig erreichten Stand der Integration noch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, auf den die Aufzählung in UAbs 2 verweist. Wenn der Ausschluss vom weitgehend funktions- und vor allem budgetlosen Stadratsposten schon unter primärrechtlichen Gesichtspunkten nicht verhältnismäßig ist, dann kann er dies auch im Hinblick auf die sekundärrechtliche Konkretisierung des Art 5 Abs 3 UAbs 1 der Richtlinie 94/80/EG nicht sein.

Schließlich fällt der Ausschluss von der Tätigkeit als Stadtrat im Sinne von § 98 NÖ GO auch nicht unter Art 12 über 'Ausnahmen und Übergangsregelungen'. Die dort aufgeführte Nennung von Beispielfällen erfordert als Grundvoraussetzung, dass am '1. Januar 1996' in einem Mitgliedstaat ein 20 %-iger Anteil von Unionsbürgern besteht, die im fraglichen Mitgliedstaat ihren Wohnsitz haben, ohne

dessen Staatsangehörigkeit zu besitzen. Durch die feste zeitliche Bezugnahme auf ein Datum vor mehr als 24 Jahren wird offenbar, dass die Regelung des Art 12 der RL 94/80/EG zwischenzeitlich überholt ist. Dies wird auch durch die Überschrift 'Übergangsregelungen' betont, die es ausschließt, dass hierauf im Jahr 2020 zurückgegriffen werden kann."

(Zitat ohne die im Original enthaltenen Hervorhebungen)

5. Die Kreiswahlbehörde Mödling hat die Wahlakten vorgelegt und von der Erstattung einer Gegenschrift abgesehen. 6

## II. Rechtslage

Die maßgebliche Rechtslage stellt sich wie folgt dar: 7

1. § 17 NÖ Gemeinderatswahlordnung 1994 (NÖ GRWO 1994), LGBl. 0350-0 idF LGBl. 0350-7, lautet auszugsweise: 8

### "§ 17 Aktives Wahlrecht

(1) Wahlberechtigt ist jeder österreichische Staatsbürger und jeder Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union, der spätestens am Wahltag das 16. Lebensjahr vollendet hat, vom Wahlrecht nicht ausgeschlossen ist und in der Gemeinde seinen ordentlichen Wohnsitz hat.  
[...]"

2. Die NÖ Gemeindeordnung 1973 (NÖ GO 1973), LGBl. 1000-0 idF LGBl. 35/2020, lautet auszugsweise wie folgt: 9

### "§ 24 Gemeindevorstand

(1) Der Gemeindevorstand besteht aus dem(n) Vizebürgermeister(n) und den geschäftsführenden Gemeinderäten. In Stadtgemeinden führen der Gemeindevorstand und die geschäftsführenden Gemeinderäte die Bezeichnung Stadtrat. In Gemeinden mit über 2.000 Einwohnern kann der Gemeinderat beschließen, daß ein zweiter Vizebürgermeister zu wählen ist. In Gemeinden mit über 10.000 Einwohnern kann der Gemeinderat beschließen, daß auch ein dritter Vizebürgermeister zu wählen ist. Wenn mehrere Vizebürgermeister gewählt werden, führen diese nach der Reihenfolge ihrer Wahl die Amtsbezeichnung erster, zweiter oder dritter Vizebürgermeister.

Die Anzahl der Mitglieder des Gemeindevorstandes darf den dritten Teil der Zahl der Gemeinderäte nicht übersteigen; sie hat aber jedenfalls zu betragen:

in Gemeinden	bis	1.000 Einwohner	4 Mitglieder
von 1.001	bis	5.000 Einwohner	5 Mitglieder
von 5.001	bis	7.000 Einwohner	6 Mitglieder
von 7.001	bis	10.000 Einwohner	7 Mitglieder
von 10.001	bis	20.000 Einwohner	8 Mitglieder
von mehr als		20.000 Einwohner	9 Mitglieder

§ 19 Abs. 2 gilt sinngemäß.

(2) Der Gemeinderat wählt für die Dauer seiner Funktionsperiode aus seiner Mitte die geschäftsführenden Gemeinderäte und aus der Mitte der geschäftsführenden Gemeinderäte den oder die Vizebürgermeister (Gemeindevorstand). Die Funktionsperiode des Gemeindevorstandes beginnt mit der Angelobung des neugewählten Bürgermeisters.

(3) Die Funktionsperiode des bisherigen Gemeindevorstandes endet mit der Angelobung des neugewählten Bürgermeisters, es sei denn, daß bei Auflösung des Gemeinderates die Landesregierung zur einstweiligen Besorgung der Gemeindegeschäfte einen Regierungskommissär bestellt. Im letzteren Falle endet die Funktionsperiode mit dem Amtsantritt des Regierungskommissärs.

[...]

## § 36

### Gemeindevorstand (Stadtrat)

(1) Dem Gemeindevorstand (Stadtrat) obliegen alle in den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde fallenden Angelegenheiten, soweit durch Gesetz nicht anderes bestimmt wird.

(2) Dem Gemeindevorstand sind insbesondere vorbehalten:

1. die Vorberatung und Antragstellung der zum Wirkungsbereich des Gemeinderates gehörenden Angelegenheiten, ausgenommen jene, für die in der Sitzung des Gemeinderates ein Antrag gemäß § 22 Abs. 1 gestellt wurde;
2. der Erwerb und die Veräußerung beweglicher Sachen sowie die Vergabe von Leistungen (Herstellungen, Anschaffungen, Lieferungen und Arbeiten) im Rahmen des Voranschlages, wenn der Wert in der Gesamtabrechnung oder bei regelmäßig wiederkehrenden Vergaben und bei Dauerschuldverhältnissen der Jahresbetrag 0,5 % der Erträge des Ergebnisvoranschlages, höchstens jedoch € 100.000,- nicht übersteigt;
3. die Gewährung von Zahlungserleichterungen für privatrechtliche Forderungen und für Abgabenschuldigkeiten;
4. die Grundsatzentscheidung sowie die Vergabe von Aufträgen zur Durchführung von Bauvorhaben im Rahmen des Voranschlages bis zu dem Gesamtwert von € 100.000,-;
5. die Aufnahme nicht ständig Bediensteter für länger als sechs Monate, deren Entlassung sowie die einverständliche Lösung solcher Dienstverhältnisse;
6. Anträge, ausgenommen jene nach § 110 Abs. 3, Beschwerden und Klagen an den Verfassungsgerichtshof oder an den Verwaltungsgerichtshof;

7. die Ausübung eines der Gemeinde zustehenden Patronats- oder Präsentationsrechtes sowie das ihr zustehende Verleihungsrecht von Stiftungen und die Angelegenheiten der Errichtung von gemeindlichen Stiftungen und Fonds;

8. die Gewährung von Gehaltsvorschüssen an Gemeindebedienstete, wenn der Gehaltsvorschuß im einzelnen drei Monatsbezüge übersteigt;

9. die Löschung fälliger, uneinbringlicher Abgabenschuldigkeiten, die Nachsicht fälliger Abgabenschuldigkeiten wegen Unbilligkeit und die gänzliche oder teilweise Abschreibung zweifelhafter oder uneinbringlicher Forderungen öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur bis zu einem Wert von 0,5 % der Summe der Erträge des Ergebnisvoranschlages, ausgenommen bei Konkurs- und Ausgleichsverfahren;

(3) Ist der Gemeindevorstand in zwei aufeinanderfolgenden Sitzungen in einem bestimmten Gegenstand beschlußunfähig, so geht die Zuständigkeit für diesen Gegenstand auf den Gemeinderat über.

(4) Der im § 35 Z 22 lit.g und im Abs. 2 Z 2 und 4 genannte Betrag ist durch Verordnung der Landesregierung entsprechend zu erhöhen, wenn sich der Index der Verbraucherpreise oder der an dessen Stelle tretende Index um jeweils mehr als 10 % erhöht hat.

[...]

### § 39

#### Aufgaben im übertragenen Wirkungsbereich

(1) Die Angelegenheiten des vom Land übertragenen Wirkungsbereiches werden vom Bürgermeister besorgt. Er ist hiebei an die Weisungen der zuständigen Organe des Landes gebunden und nach § 41 Abs. 2 verantwortlich.

(2) Die Besorgung des vom Bund übertragenen Wirkungsbereiches wird durch die einschlägigen Bundesgesetze geregelt. Gemäß Art. 119 Abs. 2 des Bundes-Verfassungsgesetzes ist der Bürgermeister in den Angelegenheiten der Bundesvollziehung an die Weisungen der zuständigen Organe des Bundes gebunden.

(3) Der Bürgermeister kann einzelne Gruppen von Angelegenheiten des übertragenen Wirkungsbereiches, unbeschadet seiner Verantwortlichkeit, wegen ihres sachlichen Zusammenhanges mit den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches Mitgliedern des Gemeindevorstandes oder des Gemeinderates nach den Bestimmungen dieses Gesetzes zur Besorgung in seinem Namen übertragen. In diesen Angelegenheiten sind die betreffenden Mitglieder der Kollegialorgane an die Weisungen des Bürgermeisters gebunden und nach § 41 Abs. 2 verantwortlich.

[...]

## § 60 Instanzenzug

(1) Der Instanzenzug in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches geht  
1. gegen Bescheide des Bürgermeisters (des Gemeindeamtes gemäß § 42 Abs. 3)  
an den Gemeindevorstand (Stadtrat),

2. gegen erstinstanzliche Bescheide des Gemeindevorstandes (Stadtrates) an den Gemeinderat

Gegen Berufungsbescheide des Gemeindevorstandes (Stadtrates) nach Z 1 ist eine weitere Berufung unzulässig.

(2) Die in den verfahrensgesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen oberbehördlichen Befugnisse üben aus:

1. gegenüber dem Bürgermeister und dem Gemeindeamt mit Organstellung der Gemeindevorstand (Stadtrat),

2. gegenüber dem Gemeindevorstand (Stadtrat) der Gemeinderat.

Gegen Bescheide des Gemeindevorstandes (Stadtrates) nach Z 1 ist eine Berufung unzulässig.

[...]

## 2. Abschnitt Wahl des Bürgermeisters, des Gemeindevorstandes und der Ausschüsse

### § 98 Allgemeines

(1) Zum Bürgermeister oder Mitglied des Gemeindevorstandes (Stadtrates) dürfen nur österreichische Staatsbürger gewählt werden, die ihren Hauptwohnsitz gemäß § 1 Abs. 7 des Bundesgesetzes über das polizeiliche Meldewesen (Meldegesetz 1991 – MeldeG), BGBl. Nr. 9/1992 in der Fassung BGBl. I Nr. 120/2016, in der Gemeinde haben. Zur Gültigkeit der Wahl des Bürgermeisters, des Gemeindevorstandes (Stadtrates), der(s) Vizebürgermeister(s) und der Mitglieder des Prüfungsausschusses ist die Anwesenheit von mindestens zwei Drittel aller Mitglieder des Gemeinderates erforderlich. Wenn diese Anwesenheit nicht erreicht wird, muß der Gemeinderat binnen zwei Wochen neuerlich zu den Wahlen einberufen werden, die spätestens vier Wochen nach der ersten Sitzung stattzufinden hat. Bei der neuerlichen Sitzung dürfen die Beschlüsse über die Anzahl der zu wählenden Vizebürgermeister und geschäftsführenden Gemeinderäte (Stadträte) und die Wahlen ohne Rücksicht auf die Anzahl der anwesenden Gemeinderatsmitglieder durchgeführt werden. § 96 Abs. 2 dritter Satz gilt sinngemäß.

[...]

[...]

## § 102 Wahlvorschläge

(1) Jede Wahlpartei, die Anspruch auf die Besetzung eines geschäftsführenden Gemeinderates (Stadtrates) hat, muß für die Wahl einen Wahlvorschlag erstat- ten. Diese Wahlvorschläge müssen so viele Kandidaten enthalten, als der Wahl- partei Gemeindevorstandstellen (Stadtratstellen) zukommen und müssen von mehr als der Hälfte der Gemeinderäte der betreffenden Wahlpartei unterschrie- ben sein. Es dürfen nur Mitglieder des Gemeinderates vorgeschlagen werden, wobei die Vorgeschlagenen nicht auf dem Gemeinderatswahlvorschlag der anspruchsberechtigten Wahlpartei aufscheinen müssen.

(2) Von der Wählbarkeit sind Personen ausgeschlossen, die nach den landesge- setzlichen Bestimmungen oder gemäß § 13 des Bundes- Gemeindeaufsichtsgesetzes, BGBl.Nr. 123/1967, ihr Amt als Bürgermeister oder Mitglied des Gemeindevorstandes verloren haben, bis zur nächsten Neuwahl des Gemeinderates ab Rechtskraft der Entscheidung, mit dem der Amtsverlust ausgesprochen wurde.

(3) Nach dem Beschluß über die Anzahl der geschäftsführenden Gemeinderäte müssen die Wahlvorschläge dem Bürgermeister zur Überprüfung, ob

a) die Wahlvorschläge von mehr als der Hälfte der Gemeinderäte der anspruchsberechtigten Wahlpartei unterschrieben sind, und

b) die Vorgeschlagenen in den Gemeindevorstand gewählt werden dürfen, übergeben werden.

(4) Müssen nach dieser Überprüfung ein oder mehrere Bewerber mangels Wählbarkeit gestrichen werden, muß die anspruchsberechtigte Wahlpartei einen Ergänzungswahlvorschlag erstat- ten, der ebenfalls von mehr als der Hälfte der Gemeinderäte dieser Wahlpartei unterschrieben sein muß.

(5) Fehlen Unterschriften, so können diese bis zu Beginn der Wahl nachgebracht werden. Unterbleibt das, darf der Wahlvorschlag nicht berücksichtigt werden.

## § 103 Wahlvorgang, Bewertung der Stimmzettel

(1) In den Gemeindevorstand (Stadtrat) können nur Vorgeschlagene gewählt werden. Die von den Wahlparteien Vorgeschlagenen können gemeinsam in einem einzigen Wahlgang gewählt werden. Jeder Stimmzettel, der auf eine andere Person lautet, ist ungültig. Leere Stimmzettel (Kuverts) sind gleichfalls ungültig. Stimmzettel, auf denen neben den Vorgeschlagenen auch andere Personen aufgeführt sind, sind für die Vorgeschlagenen gültig.

(2) Gewählt sind jene Vorgeschlagenen, auf die gültige Stimmen entfallen.

## § 104 Unterbleiben des Wahlvorschlages

(1) Wird von einer Wahlpartei kein Wahlvorschlag oder ein Wahlvorschlag mit zu wenig Kandidaten erstat- tet, so müssen die dieser Wahlpartei zustehenden

Gemeindevorstandstellen (Stadtratstellen) durch Wahl aus dem Kreis der Gemeinderäte dieser Wahlpartei besetzt werden. Dabei gilt § 99 Abs. 2 und 3 sinngemäß. Gleiches gilt, wenn zwar ein Wahlvorschlag erstattet wurde, aber einer oder mehrere Vorgeschlagene nicht gewählt wurden oder ein Wahlvorschlag nicht die notwendige Anzahl von Unterschriften aufgewiesen hat.

(2) Können nach Abs. 1 Gemeindevorstandstellen (Stadtratstellen) durch Verweigerung der Wahlannahme nicht besetzt werden, werden die Gemeindevorstandstellen offengehalten.

(3) Wird später von der anspruchsberechtigten Wahlpartei ein Wahlvorschlag (Ergänzungswahlvorschlag) erstattet, so muß binnen zwei Wochen nach Einlangen des Wahlvorschlages am Gemeindeamt (Stadtamt) eine Ergänzungswahl in den Gemeindevorstand (Stadtrat) durchgeführt werden.

[...]

#### § 108

##### Anfechtungsberechtigung, Anfechtungsfrist, Anfechtungsgründe

(1) Die Wahl des Bürgermeisters, des Gemeindevorstandes (Stadtrates) und der Ausschüsse können von jedem Mitglied des Gemeinderates und von jeder im Gemeinderat vertretenen Wahlpartei schriftlich innerhalb einer Woche ab dem Tag der Wahlen angefochten werden.

(2) Die Wahl des Ausschußvorsitzenden und dessen Stellvertreters können von jedem Mitglied des Ausschusses und von den im Ausschuß vertretenen Wahlparteien schriftlich innerhalb einer Woche nach dem Tag der Wahl angefochten werden.

(3) Die Anfechtung, die begründet werden muß, kann sowohl auf die angebliche Unrichtigkeit der Ermittlung des Ergebnisses als auch auf angeblich gesetzwidrige Vorgänge im Wahlverfahren, die auf das Ergebnis der Wahl von Einfluß waren, gestützt werden.

#### § 109

##### Anfechtungsverfahren

(1) Die Anfechtungen müssen beim Gemeindeamt (Stadtamt) eingebracht werden. Sie haben keine aufschiebende Wirkung. Über die Anfechtung entscheidet die Bezirkswahlbehörde.

(2) Wenn eine Anfechtung verspätet oder von einer dazu nicht berechtigten Person eingebracht wird oder die Begründung fehlt, muß die Anfechtung zurückgewiesen werden. Einer Anfechtung muß Folge gegeben werden, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit auf das Wahlergebnis Einfluß hatte.

(3) Wird einer Anfechtung ganz oder teilweise stattgegeben, muß gegebenenfalls festgestellt werden, inwieweit die Wahl oder die Wahl einzelner Personen für ungültig erklärt wird.

(4) Rechtskräftige Entscheidungen über Wahlanfechtungen müssen vom Bürgermeister an der Amtstafel kundgemacht werden."

3. Die Richtlinie 94/80/EG über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen (im Folgenden: Kommunalwahlrichtlinie), Abl. 1994 L 368, 38, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2013/19/EU zur Anpassung der Richtlinie 94/80/EG über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, aufgrund des Beitritts der Republik Kroatien, Abl. 2013 L 158, 231, lautet auszugsweise wie folgt:

10

#### "Artikel 1

(1) In dieser Richtlinie werden die Einzelheiten festgelegt, nach denen die Unionsbürger, die ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat haben, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, dort das aktive und das passive Wahlrecht bei den Kommunalwahlen ausüben können.

(2) Die Bestimmungen dieser Richtlinie berühren nicht die einzelstaatlichen Bestimmungen über das aktive und passive Wahlrecht der Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats, die ihren Wohnsitz außerhalb des Staatsgebiets dieses Mitgliedstaats haben, sowie der Staatsangehörigen dritter Länder, die in diesem Staat ihren Wohnsitz haben.

#### Artikel 2

(1) Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

a) 'lokale Gebietskörperschaft der Grundstufe' die im Anhang aufgeführten Verwaltungseinheiten, die nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in allgemeiner, unmittelbarer Wahl gewählte Organe besitzen und auf der Grundstufe der politischen und administrativen Organisation für die Verwaltung bestimmter örtlicher Angelegenheiten unter eigener Verantwortung zuständig sind;

b) 'Kommunalwahlen' die allgemeinen, unmittelbaren Wahlen, die darauf abzielen, die Mitglieder der Vertretungskörperschaft und gegebenenfalls gemäß den Rechtsvorschriften jedes Mitgliedstaats den Leiter und die Mitglieder des Exekutivorgans einer lokalen Gebietskörperschaft der Grundstufe zu bestimmen;

[c) bis g) ...].

(2) [...]

#### Artikel 3

Jede Person, die am maßgeblichen Tag

a) Unionsbürger im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 Unterabsatz 2 des Vertrags ist und,

b) ohne die Staatsangehörigkeit des Wohnsitzmitgliedstaats zu besitzen, die Bedingungen erfüllt, an die die Rechtsvorschriften dieses Staates das aktive und das passive Wahlrecht seiner Staatsangehörigkeit knüpfen, besitzt das aktive und das passive Wahlrecht bei den Kommunalwahlen im Wohnsitzmitgliedstaat gemäß dieser Richtlinie.

[...]

## Artikel 5

[(1) bis (2) ...]

(3) Die Mitgliedstaaten können bestimmen, daß nur ihre eigenen Staatsangehörigen in die Ämter des Leiters des Exekutivorgans, seines Vertreters oder eines Mitglieds des leitenden kollegialen Exekutivorgans einer lokalen Gebietskörperschaft der Grundstufe wählbar sind, wenn diese Personen gewählt worden sind, um diese Ämter während der Dauer des Mandats auszuüben.

Die Mitgliedstaaten können ebenfalls bestimmen, daß die vorübergehende und vertretungsweise Wahrnehmung der Aufgaben des Leiters des Exekutivorgans, seines Vertreters oder eines Mitglieds des leitenden kollegialen Exekutivorgans einer lokalen Gebietskörperschaft der Grundstufe den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten werden kann.

Die Vorschriften, die die Mitgliedstaaten erlassen können, um sicherzustellen, daß die Ausübung der Ämter im Sinne des Unterabsatzes 1 und die Wahrnehmung der Vertretungsbefugnisse im Sinne des Unterabsatzes 2 nur durch ihre eigenen Staatsangehörigen erfolgen kann, müssen den Vertrag und die allgemeinen Prinzipien des Rechts beachten und geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein.

(4) Die Mitgliedstaaten können ferner bestimmen, daß die Unionsbürger, die als Mitglied einer Vertretungskörperschaft gewählt werden, weder an der Ernennung der Wahlmänner einer parlamentarischen Versammlung noch an der Wahl deren Mitglieder teilnehmen dürfen."

## III. Erwägungen

### 1. Zur Zulässigkeit der Anfechtung

1.1. Gemäß Art. 141 Abs. 1 lit. b B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof unter anderem über Anfechtungen von Wahlen in die mit der Vollziehung betrauten Organe einer Gemeinde. Wahlen im Sinne dieser Bestimmung sind – schon auf Grund der ausdrücklichen Erwähnung in § 67 Abs. 1 VfGG – Wahlen in den Gemeindevorstand und somit auch Wahlen einzelner Mitglieder des Gemeindevorstandes (vgl. zB VfSlg. 12.946/1991, 13.643/1993, 19.345/2011). Nach Art. 141 Abs. 1 zweiter Satz B-VG kann eine solche Anfechtung unter anderem

11

auf die behauptete Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens gegründet werden. Sie bedarf gemäß § 67 Abs. 2 erster Satz VfGG eines Antrages von einem Zehntel der Mitglieder des Gemeinderates, mindestens aber von zwei Mitgliedern. Weiters kann eine Wahlanfechtung nach § 67 Abs. 2 letzter Satz VfGG auch der Wahlwerber einbringen, der behauptet, dass ihm die Wählbarkeit im Wahlverfahren rechtswidrig aberkannt wurde.

Nach § 68 Abs. 1 VfGG ist die Wahlanfechtung – soweit das in Betracht kommende Gesetz nicht anderes bestimmt – binnen vier Wochen nach Beendigung des Wahlverfahrens einzubringen. In den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde kann die Wahlanfechtung erst nach Erschöpfung des Instanzenzuges eingebracht werden. 12

Ein derartiger Instanzenzug ist in §§ 108 f. NÖ GO 1973 vorgesehen. Danach steht es unter anderem jedem Mitglied des Gemeinderates frei, die Wahl des Gemeindevorstandes schriftlich innerhalb einer Woche ab dem Tag der Wahl anzufechten. Die Anfechtung kann sowohl auf die angebliche Unrichtigkeit der Ermittlung des Ergebnisses als auch auf angeblich gesetzwidrige Vorgänge im Wahlverfahren, die auf das Ergebnis der Wahl von Einfluss waren, gestützt werden. 13

1.2. Der Gemeinderat der Stadtgemeinde Mödling besteht aus 41 Mitgliedern. Die Voraussetzung einer Anfechtung durch ein Zehntel der Mitglieder des Gemeinderates nach § 67 Abs. 2 VfGG erfordert demnach im vorliegenden Fall eine Anfechtung durch fünf Gemeinderatsmitglieder. Die vorliegende, bloß von drei Gemeinderatsmitgliedern erhobene Anfechtung erfüllt diese Voraussetzung nicht. Die Erstanfechtungswerberin war dabei als Wahlpartei nicht zu berücksichtigen. Ihr kommt auch keine eigenständige Anfechtungslegitimation zu, weil § 67 Abs. 2 erster Satz VfGG eine Anfechtung durch Wahlparteien bei der Wahl des Gemeindevorstandes nicht vorsieht (vgl. VfSlg. 16.478/2002, 16.479/2002). 14

Die Anfechtung wird jedoch im Wesentlichen darauf gestützt, dass dem Zweitanfechtungswerber die Wählbarkeit rechtswidrig aberkannt wurde. Der Verfassungsgerichtshof hat in VfSlg. 6739/1972 ausgesprochen, dass unter Aberkennung der Wählbarkeit nur solche Maßnahmen zu verstehen sind, durch die der Wahlwerber davon ausgeschlossen wird, gewählt zu werden; andere Maßnah- 15

men im Verlaufe des Wahlverfahrens, mögen sie auch auf die Wahl und die durch diese bedingte Position des Wahlwerbers von Einfluss sein, haben keinen Einfluss auf die Wählbarkeit. Unter Aberkennung der Wählbarkeit ist demgemäß insbesondere auch die Nichtzulassung zur Wahl aus in der Person des Wahlwerbers gelegenen Gründen zu verstehen, nicht hingegen die Zurückweisung eines Wahlvorschlages aus anderen Gründen (vgl. auch VfSlg. 18.552/2008, 19.021/2010, 19.278/2010, 20.006/2015).

Da der Zweitanfechtungswerber auf dem ursprünglichen Wahlvorschlag der Erstanfechtungswerberin aufgeschienen ist und dieser Wahlvorschlag wegen der fehlenden österreichischen Staatsbürgerschaft des Zweitanfechtungswerbers zurückgewiesen wurde, steht die Zurückweisung des Wahlvorschlages auch mit der Person dieses Anfechtungswerbers in Zusammenhang; ihm wurde durch die Zurückweisung des Wahlvorschlages die Wählbarkeit aberkannt (vgl. in diesem Zusammenhang zB VfSlg. 19.021/2010, 19.782/2013; VfGH 13.6.2020, W I 3/2020). Die Anfechtungslegitimation nach § 67 Abs. 2 letzter Satz VfGG ist daher hinsichtlich des Zweitanfechtungswerbers gegeben. 16

1.3. Der anfechtungslegitimierte Zweitanfechtungswerber brachte auch fristgerecht eine Anfechtung der Wahl nach §§ 108 f. NÖ GO 1973 bei der Bezirkswahlbehörde ein. Der der Anfechtung gemäß Art. 141 Abs. 1 lit. b B-VG durch die NÖ GO 1973 vorgelagerte administrative Rechtsweg wurde somit eingehalten. 17

1.4. Die Kreiswahlbehörde Mödling hat diese Anfechtung mit Bescheid vom 1. September 2020, zugestellt am 4. September 2020, abgewiesen. Die am 2. Oktober beim Verfassungsgerichtshof eingebrachte Anfechtung ist somit rechtzeitig. 18

1.5. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist die Anfechtung hinsichtlich des Zweitanfechtungswerbers zulässig. 19

Im Übrigen – hinsichtlich der Erst- und der Drittanfechtungswerberin sowie des Viertanfechtungswerbers – ist die Anfechtung mangels Legitimation zurückzuweisen. 20

## 2. In der Sache

2.1. Der Verfassungsgerichtshof hat ein Wahlverfahren nur in den Grenzen der von der anfechtungswerbenden Partei in der Anfechtungsschrift behaupteten Rechtswidrigkeiten nachzuprüfen. Es ist ihm hingegen verwehrt, die Rechtmäßigkeit des Wahlverfahrens darüber hinaus von Amts wegen einer weiteren Überprüfung zu unterziehen (vgl. VfSlg. 17.589/2005, 19.245/2010, 19.981/2015, 20.104/2016, 20.273/2018). 21

2.2. In der Anfechtung wird im Wesentlichen vorgebracht, dass die Voraussetzung der österreichischen Staatsbürgerschaft für die Wählbarkeit zum Gemeindevorstand nach § 98 Abs. 1 NÖ GO 1973 aus mehreren Gründen verfassungs- bzw. unionsrechtswidrig sei: Sie sei unsachlich und verstoße daher gegen Art. 7 Abs. 1 B-VG, weil Unionsbürger in anderen Bundesländern zum Gemeindevorstand wählbar seien. Darüber hinaus sei die Einschränkung auf österreichische Staatsbürger nicht mit den Bestimmungen des Art. 40 GRC, des Art. 22 AEUV und der Kommunalwahlrichtlinie vereinbar, nach denen Unionsbürgern das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen unter denselben Bedingungen wie den Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaates zukommen würden. 22

In der Anfechtung wird schließlich begehrt, der Verfassungsgerichtshof möge bei Zweifeln über die Auslegung der einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen gemäß Art. 267 AEUV ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union stellen. 23

2.3. Das Anfechtungsvorbringen erweist sich als unbegründet: 24

2.3.1. In der Anfechtung wird zunächst vorgebracht, dass es unsachlich sei, wenn die Wahl des Gemeindevorstandes je nach Bundesland unterschiedlich ausgestaltet sei und daher beispielsweise in Graz nach § 26 Statut der Landeshauptstadt Graz 1967, LGBl. 130/1967 idF LGBl. 8/2012, auch Unionsbürger in den Stadtssenat wählbar seien (siehe auch § 18 Abs. 4 iVm Abs. 5 Stmk. Gemeindeordnung 1967, LGBl. 1/1999). Dem ist zu entgegen, dass die Ausgestaltung des Wahlrechts zum Gemeindevorstand nach Art. 117 Abs. 5 iVm Art. 115 Abs. 2 B-VG in die Zuständigkeit des jeweiligen Landesgesetzgebers fällt. In einer je nach Bundesland unterschiedlichen Inanspruchnahme dieser Kompetenz kann somit von vornherein keine Unsachlichkeit liegen. 25

2.3.2. Unabhängig davon hat die konkrete Ausgestaltung des Wahlrechts zum Gemeindevorstand durch den jeweiligen Landesgesetzgeber dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot zu entsprechen. Das Anfechtungsvorbringen richtet sich konkret gegen die Bestimmung des § 98 Abs. 1 NÖ GO 1973. Deren Sachlichkeit könnte vor dem Hintergrund des vorliegenden Falles insofern bezweifelt werden, als die Wahlberechtigung zum Gemeinderat, an dessen Zusammensetzung die Wahl des Gemeindevorstandes anknüpft, nach § 17 Abs. 1 NÖ Gemeinderatswahlordnung 1994 (im Folgenden: NÖ GRWO 1994) auch Unionsbürgern zukommt. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass zum Gemeinderat nach Art. 117 Abs. 2 B-VG "[u]nter den in der Wahlordnung festzulegenden Bedingungen [...] auch Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union wahlberechtigt und wählbar" sind. Einerseits hat der Verfassungsgerichtshof bereits ausgesprochen, dass es sich bei dieser Bestimmung lediglich um eine Ermächtigung des Landesgesetzgebers handelt, abweichend vom ersten Satz dieser Bestimmung Regelungen betreffend das Wahlrecht von Unionsbürgern zu erlassen. Eine landesgesetzliche Regelung, die kein solches Recht vorsieht, steht mit dieser Bestimmung daher nicht in Widerspruch (VfSlg. 15.063/1997). Andererseits kommt dem Landesgesetzgeber bei der Ausgestaltung der Wahl des Gemeindevorstandes nach Art. 117 Abs. 5 B-VG ein größerer Gestaltungsspielraum zu als bei der Ausgestaltung der Wahl des Gemeinderates, die jedenfalls nach den in Art. 117 Abs. 2 B-VG festgelegten Grundsätzen zu erfolgen hat. Schon vor diesem Hintergrund kann angesichts des vorliegenden Falles keine Unsachlichkeit des § 98 Abs. 1 NÖ GO 1973 darin erkannt werden, dass nach dieser Bestimmung die Wählbarkeit zum Gemeindevorstand anknüpfend an Art. 117 Abs. 2 B-VG österreichischen Staatsbürgern vorbehalten bleibt (vgl. allgemein zum Staatsbürgervorbehalt in der Bundesverfassung auch VfSlg. 17.264/2004), selbst wenn gleichzeitig nach § 17 Abs. 1 NÖ GRWO 1994 entsprechend der Ermächtigung des Art. 117 Abs. 2 vierter Satz B-VG zum Gemeinderat auch Unionsbürger wählbar sind.

26

Zu demselben Ergebnis führt schließlich auch die Berücksichtigung der konkreten Ausgestaltung der Befugnisse des Gemeindevorstandes nach der NÖ GO 1973. Demnach wird der Gemeindevorstand nicht bloß als Hilfsorgan des Gemeinderates tätig, sondern es sind ihm auch umfassende hoheitliche Befugnisse eingeräumt. Insbesondere kann der Gemeindevorstand im Fall des § 39 Abs. 3 NÖ GO 1973, der eine Übertragung von einzelnen Gruppen von Angelegenheiten

27

des übertragenen Wirkungsbereiches der Gemeinde auf ihn ermöglicht, auch in überörtlichen Angelegenheiten tätig werden. Im Übrigen fallen gemäß § 36 Abs. 1 leg.cit. – neben den in Abs. 2 leg.cit. genannten – sämtliche Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches, die nicht einem anderen Gemeindeorgan gesetzlich zugewiesen sind, in die Zuständigkeit des Gemeindevorstandes. Nach § 27 Abs. 2 leg.cit. vertritt der Gemeindevorstand den Bürgermeister, sofern sowohl dieser als auch der Vizebürgermeister verhindert sind. Im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde entscheidet der Gemeindevorstand gemäß § 60 Abs. 1 Z 1 leg.cit. über Berufungen gegen Bescheide des Bürgermeisters und übt gemäß § 60 Abs. 2 Z 1 leg.cit. die oberbehördlichen Befugnisse nach den Verfahrensgesetzen gegenüber dem Bürgermeister aus. Im Hinblick auf die Funktion des Gemeindevorstandes, die ihm durch diese hoheitlichen, teilweise über den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde hinausgehenden Aufgaben eingeräumt wird und die deshalb ein hohes Maß an Verbundenheit seiner Mitglieder zum Staat voraussetzt, bestehen keine Bedenken gegen die Sachlichkeit des Staatsbürgervorbehalts für die Wahl zum Gemeindevorstand nach § 98 Abs. 1 NÖ GO 1973.

2.3.3. Art. 40 GRC, Art. 20 Abs. 2 lit. b und Art. 22 Abs. 1 AEUV sowie Art. 1 Abs. 1 Kommunalwahlrichtlinie sehen vor, dass Unionsbürgern in jenem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Wohnsitz haben, das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen nach denselben Bedingungen wie für die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaates zukommt. Dieses Recht wird jeweils im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Bedingungen gewährleistet (Art. 52 Abs. 2 GRC; Art. 20 Abs. 1 letzter Satz und 22 Abs. 1 zweiter Satz AEUV). Art. 40 GRC räumt keine über Art. 22 AEUV hinausgehenden Rechte ein (vgl. VfSlg. 19.785/2013). 28

Vor diesem Hintergrund ist für den Umfang der Ausübung des genannten Rechts die Kommunalwahlrichtlinie maßgeblich. Nach Art. 2 Abs. 1 lit. b der Kommunalwahlrichtlinie sind unter "Kommunalwahlen" jene allgemeinen, unmittelbaren Wahlen zu verstehen, die darauf abzielen, die Mitglieder der Vertretungskörperschaft und gegebenenfalls gemäß den Rechtsvorschriften jedes Mitgliedstaates den Leiter und die Mitglieder des Exekutivorgans einer lokalen Gebietskörperschaft der Grundstufe zu bestimmen; gemäß dem Anhang zu dieser Richtlinie gelten in Österreich als lokale Gebietskörperschaften der Grundstufe "die Gemeinden" und die "Bezirke in der Stadt Wien". 29

Die Kommunalwahlrichtlinie ist somit nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut nur auf "unmittelbare" Wahlen anwendbar. Dieser Begriff (vgl. auch Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 3 EUV) erfasst unmissverständlich nur die Wahl eines Gemeindeorgans unmittelbar durch das Gemeindevolk selbst, nicht hingegen die mittelbare Wahl eines Gemeindeorgans durch ein anderes (allenfalls unmittelbar gewähltes) Gemeindeorgan (vgl. *Hatje*, Art. 22 AEUV, in: Schwarze et al [Hrsg.], EU-Kommentar<sup>4</sup>, 2019, Rz 11; *Tobisch*, Art. 40 GRC, in: Holoubek/Lienbacher [Hrsg.], Charta der Grundrechte der Europäischen Union<sup>2</sup>, 2019, Rz 25; vgl. auch die Begründung des Vorschlags zur Kommunalwahlrichtlinie, Europäische Kommission, 23.2.1994, KOM [94], 38 endg., 23). Als unmittelbare Wahlen in diesem Sinn sind in Österreich auf Gemeindeebene nach Art. 117 Abs. 2 B-VG die Wahl des Gemeinderates und nach Art. 117 Abs. 6 B-VG, sofern landesverfassungsgesetzlich vorgesehen, die Wahl des Bürgermeisters eingerichtet. Die Wahl des Gemeindevorstandes erfolgt hingegen nach Art. 117 Abs. 5 B-VG durch den Gemeinderat und somit nicht unmittelbar durch das Gemeindevolk. Das durch die zuvor genannten unionsrechtlichen Bestimmungen eingeräumte Wahlrecht erstreckt sich somit nicht auf die Wahl des Gemeindevorstandes nach Art. 117 Abs. 5 B-VG (vgl. *Müllner*, Art. 117 B-VG, in: Korinek/Holoubek et al [Hrsg.], Bundesverfassungsrecht, 15. Lfg. 2019, Rz 56; *Schnedl*, Das Wahlrecht der Unionsbürger bei Kommunalwahlen, ÖJZ 1995, 841 [844]; *Stolzlechner*, Art. 117 B-VG, in: Kneihl/Lienbacher [Hrsg.], Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 1. Lfg. 2001, Rz 23; *Weilguni*, Wahl und Abberufung der Mitglieder des Gemeindevorstandes und der Gemeinde[rats]ausschüsse, in: Pabel [Hrsg.], Das österreichische Gemeinderecht, Stand 2018, Rz 5). Schon deshalb kann kein Verstoß gegen diese Bestimmungen darin erkannt werden, dass die Wählbarkeit zum Gemeindevorstand nach § 98 NÖ GO 1973 die österreichische Staatsbürgerschaft voraussetzt.

30

An diesem Ergebnis würde sich im Übrigen selbst im Fall der Anwendbarkeit der Kommunalwahlrichtlinie auf die Wahl des Gemeindevorstandes nichts ändern. Nach Art. 5 Abs. 3 Kommunalwahlrichtlinie können die Mitgliedstaaten bestimmen, dass unter anderem die Wählbarkeit zum Mitglied eines kollegialen Exekutivorganes einer lokalen Gebietskörperschaft – worunter auch die Wahl des Gemeindevorstandes nach Art. 117 Abs. 5 B-VG fällt – nur den eigenen Staatsangehörigen zukommt. Solche Vorschriften müssen nach Art. 5 Abs. 3 letzter Satz Kommunalwahlrichtlinie "den Vertrag und die allgemeinen Prinzipien des Rechts

31

beachten und geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein". Diese Voraussetzungen wären jedoch angesichts der konkreten Funktion des Gemeindevorstandes nach der NÖ GO 1973 (siehe dazu Punkt 2.3.2.) und des Umstandes, dass der Gemeindevorstand im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde an die Weisungen des Gemeinderates gebunden ist, jedenfalls erfüllt.

In der Anfechtung wird im Übrigen nichts vorgebracht, was Anlass zu Zweifeln an der Auslegung der maßgeblichen unionsrechtlichen Bestimmungen oder der Gültigkeit der Kommunalwahlrichtlinie gibt. Ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV konnte daher unterbleiben. 32

#### **IV. Ergebnis**

1. Der Anfechtung ist daher hinsichtlich des Zweitanfechtungswerbers nicht stattzugeben. 33

2. Im Übrigen ist die Anfechtung zurückzuweisen. 34

3. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden. 35

Wien, am 25. November 2020

Der Präsident:

DDr. GRABENWARTER

Schriftführerin:

Mag. WINKLHAMMER