

**Nichtständiger Ausschuss Erhöhung der Wahlbeteiligung
und Weiterentwicklung des Wahlrechts, 19. WP**

**Vermerk:
Verfassungsrechtliche Beurteilung
einer automatischen Versendung von Briefwahlunterlagen**

I. Fragestellung:

Im Rahmen einer Anhörung durch den nichtständigen Ausschuss „Erhöhung der Wahlbeteiligung und Weiterentwicklung des Wahlrechts“ der Bremischen Bürgerschaft (Landtag) am 29. September 2016 hat Herr Prof. Dr. Vehrkamp (Bertelsmann-Stiftung) den Vorschlag unterbreitet, bei künftigen Wahlen zur Bremischen Bürgerschaft (Landtag) allen Wählerinnen und Wählern mit der Wahlbenachrichtigung automatisch Briefwahlunterlagen zuzuschicken. Der Ausschuss hat den Senator für Inneres und den Senator für Justiz und Verfassung um eine verfassungsrechtliche Stellungnahme zu dem Vorschlag gebeten.

II. Zusammenfassung des Ergebnisses:

Eine automatische Versendung von Briefwahlunterlagen an alle Wählerinnen und Wähler wäre mit hoher Wahrscheinlichkeit verfassungswidrig. Darauf deutet jedenfalls die bisherige Rechtsprechung hin, der zufolge die Urnenwahl das verfassungsrechtliche Leitbild und Briefwahl nur als Ausnahme möglich ist. Darüber hinaus würde eine automatische Versendung der Briefwahlunterlagen in ganz erheblichem Umfang Missbrauchsmöglichkeiten schaffen. Wenn ihre Einführung dennoch erwogen werden sollte, sollte die Frage der Verfassungskonformität vorab dem Staatsgerichtshof (Art.140 Abs. 1 S. 1 BremLV) vorgelegt werden.

III. Verfassungsrechtliche Beurteilung:

1.) Vereinbarkeit der automatischen Übersendung von Briefwahlunterlagen mit den Grundsätzen der freien, unmittelbaren und geheimen Wahl (Art. 75 Abs. 1 S. 1 BremLV; Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG)

Nach Art. 75 Abs. 1 S. 1 BremLV und Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG werden die Mitglieder der Bremischen Bürgerschaft (Landtag) in allgemeiner, gleicher, unmittelbarer, freier und geheimer Wahl gewählt.

a) Verfassungsrechtliche Rechtsprechung:

aa) Die Briefwahl steht in einem Spannungsverhältnis zu den Grundsätzen der freien, unmittelbaren und geheimen Wahl. Da der Wahlakt hier nicht im Wahllokal quasi „vor den Augen der Öffentlichkeit“, sondern im Privaten ausgeübt wird, ist letztendlich nicht überprüfbar, ob der Briefwähler oder die Briefwählerin den Stimmzettel selbst, unbeobachtet und unbeeinflusst kennzeichnet. Es ist bei der Briefwahl weitgehend den Wahlberechtigten selbst überlassen, für die Einhaltung der Wahlfreiheit und des Wahlheimnisses Sorge zu tragen (BVerfGE 21, 200 <205>; 59, 119 <125 f.>; 134, 25 <30>; Butzer, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 38 Rn. 79 f.; Hahlen, in: Schreiber, BWahlG, 9. Aufl. 2013, § 36 Rn. 2, 5). Da die persönliche, geheime und freie Stimmabgabe damit faktisch zur Disposition des Wählers gestellt ist, ist die Briefwahl besonders anfällig für Missbrauch und Verfälschung durch unzulässige Wählerbeeinflussung und Stimmenkauf (Hahlen, in: Schreiber, BWahlG, 9. Aufl., S. 406 Rdnr. 11 m.w.N.). Zudem ist es nicht fernliegend, dass bei der Briefwahl die Stimmabgabe häufig nicht geheim erfolgen wird (Klein, in: Maunz/Dürig, Art. 38 Rn. 112 Fußn. 3).

Dennoch ist die Briefwahl nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich verfassungskonform, weil sie dem Ziel dient, eine möglichst umfassende Wahlbeteiligung zu erreichen und damit dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl Rechnung trägt (BVerfGE 59, 119 <125>; 134, 25 <30 f.>; Butzer, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 38 Rn. 80).

bb) Allerdings war es für das Bundesverfassungsgericht bedeutsam, dass sich der Gesetzgeber bei der konkreten Ausgestaltung der Briefwahl der besonderen Gefahren dieses Wahlmodus bewusst ist und die Briefwahl daher nicht unbedingt und unbeschränkt zulässt (vgl. BVerfGE 21, 200 <205>).

In der ersten Briefwahlentscheidung von 1967 hob das Bundesverfassungsgericht drei Einschränkungen der Briefwahl durch das damalige Bundeswahlgesetz hervor: (1) Briefwahl ist nur Wählern erlaubt, die glaubhaft machen, dass sie am Wahltag verhindert sind; (2) Der Stimmberechtigte muss die Initiative ergreifen, um sich die Briefwahlunterlagen zu beschaffen; (3) Er muss die persönliche und unbeobachtete Stimmabgabe eidesstattlich versichern (BVerfGE 21, 200 <205>). Auch in der zweiten Briefwahlentscheidung von 1981 hob es hervor, dass (1) die Briefwahl die Glaubhaftmachung eines wichtigen Grundes, der die persönliche Stimmabgabe am Wahltag hindert, voraussetzt, (2) der Briefwähler das persönliche und unbeobachtete Ausfüllen des Stimmzettels eidesstattlich versichern muss und (3) Briefwahlunterlagen nur auf Antrag zur Verfügung gestellt werden (BVerfGE 59, 119 <125 – 127>).

In der dritten und bislang letzten Briefwahlentscheidung von 2013 hat das Bundesverfassungsgericht es dann allerdings gebilligt, dass inzwischen in den meisten Wahlgesetzen auf das Erfordernis der Glaubhaftmachung eines wichtigen Hinderungsgrundes verzichtet wird (BVerfGE 134, 25 <31>). Dabei hat das Bundesverfassungsgericht auf die zunehmende Mobilität der heutigen Gesellschaft und eine verstärkte Hinwendung zu individueller Lebensgestaltung verwiesen (BVerfGE 134, 25 <31>). Es hat aber auch unter diesen Bedingungen das **„verfassungsrechtliche Leitbild der Urnenwahl“** hervorgehoben (BVerfGE 134, 25 <31 und 32>).

Das „Leitbild der Urnenwahl“ sah das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung von 2013 zum Europawahlgesetz aus zwei Gründen als noch gewahrt an: (1) weil die Briefwahl weiter Antragsgebunden bleibt (BVerfGE 134, 25 <31>) und (2) weil ein erheblicher Anstieg der Briefwahlbeteiligung durch den Wegfall der Glaubhaftmachung von Hinderungsgründen nicht zu befürchten sei (BVerfGE 134, 25 <32>).

Auch der Bundesgesetzgeber hatte anlässlich der Abschaffung der Glaubhaftmachung eines Hinderungsgrundes für die Briefwahl bei den Bundestagswahlen ausgeführt:

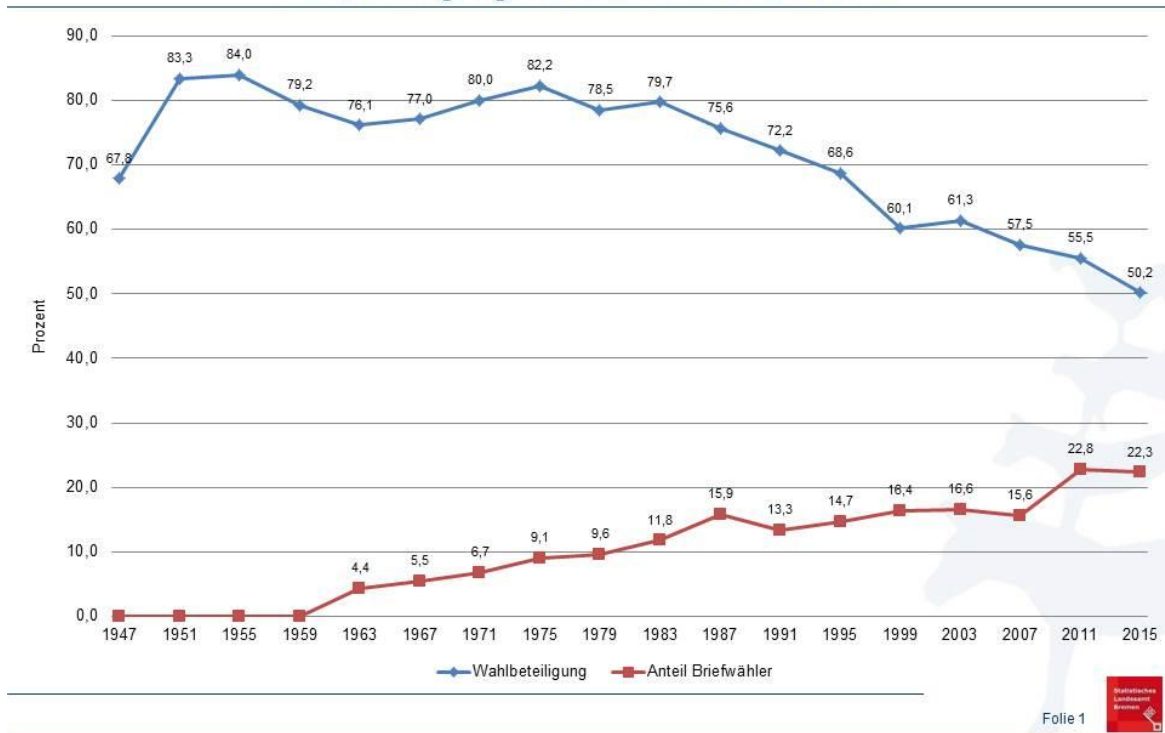
„Um weiterhin den Ausnahmecharakter der Briefwahl beizubehalten und nach außen kenntlich zu machen, bleibt das Antragserfordernis bestehen. Damit muss der Wähler weiterhin initiativ werden, um durch Briefwahl an einer Wahl teilzunehmen.“ (BT-Drs. 16/7461, S. 17 – Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD; Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Wahl- und Abgeordnetenrechts).

Darüber hinaus ist auch im Schrifttum die Auffassung vorherrschend, dass vom Demokratieprinzip (Art. 65 Abs. 1 BremLV, Art. 20 Abs. 1, 2 GG) sowie den Wahlrechtsgrundsätzen der freien und geheimen Wahl her gesehen, die Urnenwahl der Regelfall und die Briefwahl der Ausnahmefall sei und nur als solcher tolerabel sei (siehe nur Hahlen, in: Schreiber, BWahlG, 9. Aufl., S. 405 Rdnr. 11; Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 112 Fußn. 3).

- cc) Mit einer automatischen Zusendung von Briefwahlunterlagen an alle Wählerinnen und Wähler würde der bremische Gesetzgeber die Antragsgebundenheit der Briefwahl abschaffen und mithin eine Regelung aufgeben, die bislang sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch der Bundesgesetzgeber für unverzichtbar hielten, um das Leitbild der Urnenwahl zu wahren und die Verfassungsmäßigkeit der Briefwahl zu gewährleisten.

Ausdrückliches Ziel der automatischen Zusendung von Briefwahlunterlagen wäre die Steigerung der Wahlbeteiligung bei den Bürgerschaftswahlen durch eine Erhöhung der Anzahl der Briefwähler. Ob tatsächlich mit einer flächendeckenden Versendung der Briefwahlunterlagen eine Erhöhung der Wahlbeteiligung erreicht werden könnte, erscheint bereits ausgesprochen zweifelhaft: Die Wahlbeteiligung bei den Bürgerschaftswahlen hat in den vergangenen vier Jahrzehnten (von 1975 bis 2015) von 82,2% auf 50,2% abgenommen, obgleich im gleichen Zeitraum der Anteil der Briefwähler von 9,1% auf 22,3% gestiegen ist. Dies spricht deutlich dafür, dass zwischen der Höhe der Wahlbeteiligung und dem Umfang der Nutzung der Briefwahl keine eindeutigen statistischen Zusammenhänge bestehen (vgl. Hahlen, in: Schreiber, BWahlG, 9. Aufl., S. 623), aber jedenfalls eine Erhöhung der Wahlbeteiligung durch einen höheren Anteil Briefwähler nicht zu erwarten ist.

Bürgerschaftswahlen im Land Bremen von 1947 bis 2015 Wahlbeteiligung und Anteil Briefwähler in %



Allein zu erwarten wäre im Falle einer automatischen Versendung von Briefwahlunterlagen, ein erheblicher Anstieg der Anzahl der Briefwähler. Eine Regelung, die einen erheblichen Anstieg der Briefwahlbeteiligung erwarten lässt, hat das Bundesverfassungsgericht aber gerade als Gefahr für das verfassungsrechtliche Leitbild der Urnenwahl angesehen.

Beim Hamburger Olympiareferendum, auf das Prof. Vehrkamp in seiner Anhörung hingewiesen hatte, weil dort alle Abstimmungsberechtigten automatisch Briefabstimmungsunterlagen erhalten hatten, haben 88 % der Abstimmenden ihre Stimme per Brief abgegeben (vgl. Erfahrungsbericht des Landesabstimmungsleiters zum Bürgerschaftsreferendum vom 29. November 2015, S. 19 – abgerufen am 26.01.2017 unter <http://www.hamburg.de/contentblob/5456574/4798e7c85a74fd64feaed2b03368069f/data/erfahrungsbericht-olympia-referendum-dl.pdf>). Auch wenn eine genaue Prozentzahl, bei deren Überschreitung die Briefwahl den Charakter einer „Ausnahme“ verliert und das Leitbild der Urnenwahl verletzt wird, schwer zu bestimmen ist, dürfte doch zweifelsfrei sein, dass eine Briefwahlbeteiligung von 88 % diese Grenze überschreitet.

Legt man die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde, wäre die automatische Zusendung von Briefwahlunterlagen daher mit hoher Wahrscheinlichkeit verfassungswidrig.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass eine flächendeckende Versendung der Briefwahlunterlagen ohne Antrag des Wahlberechtigten auch ganz erhebliche Missbrauchsgefahren birgt und damit auch im Hinblick auf das in Art. 65 Abs. 1 BremLV verankerte Demokratieprinzip problematisch erscheint: Während herkömmlich der Wahlberechtigte einen Antrag für die Übersendung der Briefwahlunterlagen stellen muss und auf diese nach Antragstellung dann "wartet", so dass er bemerken würde, wenn ihn entsprechende Briefwahlunterlagen nicht erreichen würden, wäre die Situation bei einer automatischen Versendung der Briefwahlunterlagen grundlegend anders. Dort wird ein Großteil der Wahlberechtigten – insbesondere in sozial schwächeren Stadtteilen – keine Briefwahlunterlagen "erwarten" und würde eine Entwendung dieser Unterlagen durch Dritte nicht mitbekommen.

Eine automatische Versendung von Briefwahlunterlagen würde bedeuten, dass nicht nur wie beim Versand der Musterstimmzettel jeder Haushalt, sondern tatsächlich jeder Wahlberechtigte einen Satz Briefwahlunterlagen erhalten müsste. Es wäre absehbar, dass diese sehr umfangreichen Unterlagen aus zahlreichen Briefkästen herausragen würden oder möglicherweise bei bereits überfüllten Briefkästen von Zustellern in Treppenhäusern etc. abgelegt werden könnten. Dritten wäre es bei realistischer Betrachtung leicht möglich, insbesondere bei Mehrfamilienhäusern / Hochhäusern eine Vielzahl von Briefwahlunterlagen zu entwenden – ohne dass die Wahlberechtigten dies bemerken würden – und diese sodann missbräuchlich zu verwenden, um damit die Wahl zu manipulieren. Von daher würde die automatische Übersendung von Briefwahlunterlagen im Vergleich zur derzeitigen Rechtslage die Gefahr eines unbefugten Gebrauchmachens von der Briefwahl erheblich vergrößern (vgl. BayVGh, Urt. vom 13.7.1979, Az. 4.B – 447/79, DÖV 1980, 56, 57).

b) Wahlrechtliche Praxis:

Eine gefestigte Praxis der automatischen Zusendung von Briefwahlunterlagen gibt es in Deutschland nicht.

Zwar werden z.B. in Baden-Württemberg bei den Kommunalwahlen die Stimmzettel automatisch an alle Wahlberechtigten übersandt (§ 18 Abs. 2 S. 1 KomWG BW). Der für die Briefwahl noch zusätzlich erforderliche Wahlschein muss aber beantragt werden (vgl. § 5 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 i.V.m. § 7 Abs. 1 KomWG BW), so dass die dortige Regelung mit den hiesigen Überlegungen nicht vergleichbar ist

Der von Herrn Prof. Vehrkamp in seiner Anhörung vor dem Ausschuss genannte Beispielsfall des Hamburger Olympia-Referendums ist bei genauerer Betrachtung ebenfalls nicht vergleichbar. Denn auch in Hamburg gilt für die Bürgerschaftswahl, dass Briefwahlunterlagen nur auf Antrag übersandt werden (vgl. §§ 16 – 18 Hamburgische Bürgerschaftswahlordnung). Lediglich bei Volksabstimmungen, die nicht an einem Wahltag stattfinden, werden den Stimmberechtigten mit der Benachrichtigung unaufgefordert die Briefabstimmungsunterlagen übersandt (vgl. § 19 Abs. 3 Hamburgische Volksabstimmungsverordnung). Dies mag vor dem Hintergrund, dass bei Volksabstimmungen, die nicht an Wahltagen stattfinden, das erforderliche Zustimmungsquorum praktisch oft unerreichbar ist, möglicherweise verfassungsrechtlich vertretbar sein. Auf eine Landtagswahl lassen sich diese Überlegungen aber nicht übertragen. Außerdem ist die hamburgische Regelung erst seit 2013 in Kraft und soweit ersichtlich bisher noch nicht Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung gewesen. Ob sie verfassungskonform ist, ist daher offen.

c) Änderung der Landesverfassung

Auch durch eine Änderung der Landesverfassung könnten die unter Ziffer 1. lit. a) dargestellten verfassungsrechtlichen Bedenken nicht ausgeräumt werden, da sich eine etwaige Verfassungsänderung im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben bewegen müsste. Zwar lässt das Grundgesetz den Ländern bei der Gestaltung ihrer Landesverfassungen einen Spielraum (vgl. Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG), dieser ist jedoch nicht schrankenlos. Nach Art. 28 Absatz 1 Satz 2 GG muss das Volk in den Ländern eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist. Diese bundesrechtliche Vorgabe kann durch Landesrecht – auch Landesverfassungsrecht – inhaltlich nicht abgeändert werden (siehe nur Gusy, LT-NRW Stellungnahme 16/3302, S. 16).

Nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sind die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Absatz 1 GG nach Art. 28 Absatz 1 Satz 2 GG auch für die Landtagswahlen verbindlich; die "Wahlrechtsgrundsätze [sind] auf Bundes- und auf Landesebene inhaltlich identisch" (BVerfGE 120, 82, 102 m.w.N.). Von daher wäre auch eine etwaige Änderung der Landesverfassung an den Grundsätzen der freien und geheimen Wahl in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts zu messen.

2.) Vereinbarkeit mit Art. 75 Abs. 5 BremLV

(Sonn- oder Feiertag als Wahltag)

Die Frage, ob eine automatische Zusendung von Briefwahlunterlagen an alle Wählerinnen und Wähler gegen Art. 75 Abs. 5 BremLV verstößt, der einen Sonn- oder Feiertag als Wahltag vorschreibt, ist angesichts der Ausführungen oben unter Ziff. 1) nur noch von marginaler Bedeutung. Das Bundesverfassungsgericht hat die Briefwahl bisher nie unter dem Aspekt des Wahltags beleuchtet; auch der Staatsgerichtshof hat sich dazu bisher nicht geäußert. Zweck der Festlegung des Wahltags auf einen Sonn- oder Feiertag ist es, eine Verhinderung der Teilnahme an der Wahl durch berufliche Verpflichtungen auszuschließen (Haberland, in: Fischer-Lescano/ Rinken/ Buse/ Meyer/ Stauch/ Weber, BremLVerf, 2016, Art. 75 Rn. 54). Dieser Zweck spricht eher

dafür, dass eine Regelung, die Wählerinnen und Wählern eine vorgezogene briefliche Stimmabgabe an anderen Tagen ermöglicht, nicht gegen Art. 75 Abs. 5 BremLV verstößt, solange auch die Möglichkeit besteht die Stimme an einem Sonn- oder Feiertag abzugeben. Andererseits könnte man einwenden, dass der Sonntag seinen durch Art. 75 Abs. 5 BremLVerf vorgeschriebenen Charakter als der eigentliche „Wahltag“ verliert, wenn die Stimmabgabe an anderen Tagen nicht mehr die Ausnahme ist, sondern zur Regel wird. Letztendlich kann dies jedoch dahinstehen, weil die automatische Übersendung von Briefwahlunterlagen mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mit den Grundsätzen der freien, geheimen und unmittelbaren Wahl zu vereinbaren ist und daher schon deshalb höchstwahrscheinlich verfassungswidrig wäre (s.o. Ziff. 1).

Bremen, den

Dr. Sebastian Berger

Dr. Christian Maierhöfer