



Sachstand

Abfrage von Briefwahlverhalten vor dem Wahltag Rechtmäßigkeit und Grenzen der Veröffentlichung

Abfrage von Briefwahlverhalten vor dem Wahltag
Rechtmäßigkeit und Grenzen der Veröffentlichung

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 022/23
Abschluss der Arbeit: 09.03.2023
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

1. Einleitung

Im Vorfeld von Bundestagswahlen werden von Meinungsforschungsinstituten und Medien regelmäßig die Wahlprognosen auf Grundlage von Umfrageergebnissen veröffentlicht. Dabei werden neben Personen, die ihre Stimme am Wahltag im Wahllokal abgeben werden, auch Personen befragt, die Briefwahl beantragt und ggf. bereits durchgeführt haben. Der Sachstand behandelt die Frage, inwieweit die Veröffentlichung von Umfrageergebnissen, die jedenfalls auch die Angaben von Briefwählern einbeziehen, die bereits ihre Stimme abgegeben haben, vor einer Wahl zulässig sind.

2. Verfassungsrechtlicher Rahmen für die Briefwahl

Die Briefwahl ist in § 14 Abs. 3 Buchst. b, §§ 36, 39 Abs. 4 Bundeswahlgesetz (BWahlG)¹ vorgesehen und erleichtert die Möglichkeit der Stimmabgabe. Sie stellt zwar eine **Durchbrechung des Grundsatzes der geheimen Wahl** nach **Art. 38 Abs. 1 Grundgesetz (GG)**² dar, die jedoch dem Grundsatz der **Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl** entgegenkommt und deshalb zulässig ist.³

2.1. Zulässigkeit der Veröffentlichung von Abfragen bereits abgegebener Briefwahlstimmen

§ 32 Abs. 2 BWahlG lautet:

Die Veröffentlichung von Ergebnissen von Wählerbefragungen nach der Stimmabgabe über den Inhalt der Wahlentscheidung ist vor Ablauf der Wahlzeit unzulässig.

Die Vorschrift verbietet also keine Prognosen, sondern die Veröffentlichung von Abfragen bereits abgegebener Stimmen. Ob diese Regelung jedoch auch auf die Briefwahl anwendbar ist oder für diesen Fall eine eigene Norm erforderlich ist, wurde in Rechtsprechung und Literatur bisher nur selten thematisiert.

Der **Verwaltungsgerichtshof Kassel** hat in seinem Beschluss vom 22. September 2021 die Anwendbarkeit des § 32 Abs. 2 BWahlG auf die Veröffentlichung von Umfrageergebnissen, die in zusammengefasster Form auch die Angaben von Briefwählern einbeziehen, die bereits ihre Stimme abgegeben haben, vor einer Wahl verneint und damit die erstinstanzliche Entscheidung des VG Wiesbaden⁴ bestätigt. Zur Begründung führte er an, dass die Briefwahl nicht unter den Begriff „Stimmabgabe“ falle. Er argumentiert im Einzelnen wie folgt:

Das Bundeswahlgesetz differenziert an mehreren Stellen und konsequent zwischen den Begriffen der Stimmabgabe (am Wahltag und im Wahlraum) und der Briefwahl. So bestimmt der fünfte Abschnitt über die Wahlhandlung, dass diese durch Stimmabgabe mit Stimmzettel (§ 34

1 Bundeswahlgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Juli 1993 (BGBl. I S. 1288, ber. S. 1594), zuletzt geändert durch Art. 1 und 2 26. ÄndG vom 3. Juni 2021 (BGBl. I S. 1482).

2 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndG (Art. 82) vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2478).

3 Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 99. EL September 2022, Rn. 119; vgl. BVerfGE 21, 200 (205) und BVerfGE 59, 119 (125).

4 VG Wiesbaden, Beschluss vom 16. September 2021 – 6 L 1174/21.WI, BeckRS 2021, 26880.

BWahlG), Stimmabgabe mit Wahlgeräten (§ 35 BWahlG) oder Briefwahl (§ 36 BWahlG) erfolgen kann. Diese Differenzierung findet sich auch in § 14 III BWahlG sowie in § 52 I 2 Nrn. 12 und 13 BWahlG. Ebenso wird diese Differenzierung zur Stimmabgabe (§ 56 BWahlO) und Briefwahl (§ 66 BWahlO) in der Bundeswahlordnung fortgeführt.

Ferner bezieht sich die Formulierung, dass eine Veröffentlichung „vor Ablauf der Wahlzeit“ unzulässig ist, nur auf die Dauer der Wahlzeit selbst. Die Wahlzeit wird bestimmt in § 47 BWahlO. Danach dauert die Wahl von 8:00 Uhr bis 18:00 Uhr. Den Tag der Hauptwahl (Wahltag) bestimmt der Bundespräsident auf einen Sonntag oder gesetzlichen Feiertag, vgl. § 16 BWahlG. Auch aus der Verwendung des Begriffs „Wahlzeit“ zur zeitlichen Bestimmung wird deutlich, dass diese nur für die Wähler gilt, die per Stimmabgabe im Wahlraum wählen.

Eine Wahlhandlung durch Stimmabgabe mittels Stimmzettel erfolgt erst mit dem Einwurf des gefalteten Stimmzettels in die Wahlurne, vgl. § 56 IV 2 BWahlO. Im Vergleich dazu werden die Wahlbriefe zunächst ungeöffnet gesammelt und unter Verschluss gehalten, § 74 BWahlO. Nachdem die Stimmzettelumschläge den Wahlbriefen entnommen und in die Wahlurne geworfen worden sind, jedoch nicht vor Schluss der allgemeinen Wahlzeit, ermittelt und stellt der Briefwahlvorstand das Wahlergebnis mit den in § 67 unter den Nrn. 2–6 bezeichneten Angaben fest, § 75 III 1 BWahlO. Die Einsender zurückgewiesener Wahlbriefe werden nicht als Wähler gezählt; ihre Stimmen gelten als nicht abgegeben, § 39 IV 2 BWahlG, § 75 BWahlO. Aus diesem Prozedere wird deutlich, dass die Briefwahl nicht mit dem Absenden des Umschlages oder mit Eingang bei der zuständigen Stelle als abgegeben zu bewerten ist, so dass auch aus diesem Grund eine Anwendung von § 32 II BWahlG in zeitlicher Hinsicht nicht in Betracht kommt.

Zweifelhaft ist auch, ob es sich bei den aggregierten Daten (als zusammengefasst aus Briefwählern und Befragten, die ihre Stimme noch nicht abgegeben haben) um die Veröffentlichung von Ergebnissen handelt, denn es verbleibt ein Anteil der Befragten, der sein Wahlrecht noch ausüben kann, so dass dies den Charakter einer Prognose nicht infrage stellt.

Dieses Verständnis des § 32 II BWahlG wird auch durch den systematischen Zusammenhang mit Abs. 1 der Vorschrift gestützt. Auch die Regelung in § 32 I BWahlG bezieht sich allein auf die Wahlzeit und den Wahlraum, also die Stimmabgabe.⁵

Das Gericht argumentiert also vor allem mit dem Wortlaut und der Systematik des § 32 Abs. 2 BWahlG.

In der **Literatur** wird das **Spannungsfeld zwischen Wahlprognosen und Briefwahl** nur von *Frommer* angesprochen. Dieser sieht den Anwendungsbereich des § 32 Abs. 2 BWahlG nicht für eröffnet an, wenn der Veröffentlichung der Ergebnisse von zeitlich vor dem Wahlakt liegenden Meinungsumfragen „als aggregierter, das heißt nicht gesondert ausgewiesener Bestandteil auch die Angaben von Briefwählern über ihre bereits getroffenen Wahlentscheidungen zugrunde liegen“.⁶

5 VGH Kassel, Beschluss vom 22. September 2021 – 8 B 1929/21, NVwZ-RR 2022, 243 Rn. 19 f.

6 Frommer, in: Engelbrecht, Bundeswahlrecht, § 32 BWG, S. 23.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den verfassungsrechtlichen Wahlgrundsätzen. Die Veröffentlichung von Abfragen bereits per Briefwahl abgegebener Stimmen verletzt den Grundsatz der **Freiheit der Wahl** aus Art. 38 Abs. 1 GG nicht. Der Wahlgrundsatz der freien Wahl verlangt, dass jeder Wähler in einem freien, offenen Prozess der Meinungsbildung zu seiner Wahlentscheidung finden und diese unverfälscht zum Ausdruck bringen kann.⁷ Er muss sein Wahlrecht **ohne Zwang oder sonstige unzulässige Beeinflussung von außen** ausüben können und zu diesem Zweck schon vor Beeinflussungen geschützt werden, die geeignet sind, seine Entscheidungsfreiheit trotz bestehenden Wahlgeheimnisses ernstlich zu beeinträchtigen.⁸ § 32 Abs. 2 BWahlG, der die „Veröffentlichung von Ergebnissen von Wählerbefragungen nach der Stimmabgabe über den Inhalt der Wahlentscheidung [...] vor Ablauf der Wahlzeit“ für unzulässig erklärt, dient, neben den Regelungen des § 33 BWahlG zur Wahrung des Wahlgeheimnisses sowie den Strafvorschriften der §§ 107 ff. StGB, der Sicherung der Freiheit der Wahl.⁹

So soll verhindert werden, dass vorzeitige Veröffentlichungen von Nachwahlbefragungen sich auf das Stimmverhalten der Wahlberechtigten, die ihre Stimme noch nicht abgegeben haben, auswirken.¹⁰ Solche **Auswirkungen** könnten theoretisch **durch die Veröffentlichung von Abfragen bereits per Briefwahl abgegebener Stimmen auf die übrigen Wahlberechtigten** entstehen, wenn diese anhand der Abfrageergebnisse Rückschlüsse auf die Zusammensetzung des Deutschen Bundestages ziehen können. Von einer solchen Wirkung ist bei der Veröffentlichung von Abfragen bereits per Briefwahl abgegebener Stimmen jedoch nicht grundsätzlich auszugehen. In den Wahlprognosen, die in den Medien veröffentlicht werden, werden bereits abgegebene Briefwahlstimmen regelmäßig nicht gesondert präsentiert. Sie stellen vielmehr lediglich einen Teil der Auskünfte dar, die in die veröffentlichten Ergebnisse einfließen; im Übrigen stützen sich diese auf Antworten der Wahlberechtigten, die ihre Stimme erst am Wahltag an der Urne abgeben. Aus den veröffentlichten Gesamtergebnissen der Umfragen lässt sich nicht erkennen, welchen Anteil bereits abgegebene Briefwahlstimmen daran haben.

Darüber hinaus erscheint es zweifelhaft, die Wirkungen der Veröffentlichung von Abfragen bereits abgegebener Briefwahlstimmen als „**Zwang oder sonstige unzulässige Beeinflussung**“ zu betrachten, „die geeignet sind, seine **Entscheidungsfreiheit** trotz bestehenden Wahlgeheimnisses **ernstlich zu beeinträchtigen**“¹¹. Zwar trägt § 32 Abs. 2 BWahlG der Freiheit der Wahl in besonderem Maße Rechnung. Dabei ist aber die für diese Regelung zentrale Situation des Wahltages zu beachten. Zudem ist die Anzahl der Briefwähler regelmäßig geringer als die der Urnenwähler. Auch wenn sich ihr Stimmverhalten in der Vergangenheit nicht immer als repräsentativ für das Gesamtergebnis einer Wahl erwiesen hat, ist ihr Einfluss auf die letztlich veröffentlichten Gesamtergebnisse abhängig vom jeweiligen Anteil der Briefwähler an allen Wahlberechtigten. Es dürfte im Fall einer zusammengefassten Veröffentlichung mit Antworten von Wahlberechtigten, die ihre Stimme noch nicht abgegeben haben, nicht von einer so erheblichen Verzerrung der Ergebnisse auszugehen sein, dass

7 BVerfGE 79, 161 (165 f.).

8 BVerfGE 66, 369 (380).

9 Schreiber, BWahlG, 11. Auflage 2021, § 1 BWG, Rn. 41.

10 Schreiber, BWahlG, 11. Auflage 2021, § 32 BWG, Rn. 9.

11 Vgl. BVerfGE 66, 369 (380), Hervorhebungen nur hier.

diese das Verhalten der übrigen Wahlberechtigten beeinflussen könnte. Außerdem ist nicht jede Beeinflussung als eine Beeinträchtigung der Freiheit der Wahl anzusehen: Dieser Grundsatz schützt die Freiheit der Willensentschließung des Wahlberechtigten, die durch das Wissen um aktuelle Umfragewerte nicht ernstlich gefährdet wird, auch wenn darin unter anderem die Abfragen bereits abgegebener Briefwahlstimmen enthalten sind. Das wird auch daran deutlich, dass eine Regulierung bislang nicht als geboten erachtet wurde.

Der Grundsatz der **Geheimheit der Wahl** aus Art. 38 Abs. 1 GG ist durch die Veröffentlichung von Abfragen bereits per Briefwahl abgegebener Stimmen ebenfalls nicht beeinträchtigt, da die Umfrageergebnisse freiwillige Angaben nach der eigentlichen Wahlhandlung darstellen, zu denen die Wahlberechtigten nicht verpflichtet sind.¹²

2.2. Beschränkung der Veröffentlichung von Umfrageergebnissen im Vorfeld der Wahl

Ist schon die Veröffentlichung von Abfragen bereits per Briefwahl abgegebener Stimmen verfassungsrechtlich zulässig und eine Regulierung nicht geboten, so kann auch nichts anderes gelten für die **Veröffentlichung von Umfrageergebnissen** vor dem Wahltag ohne zeitliche Beschränkung. Dies entspricht auch den in der Literatur vertretenen Meinungen. *Frommer* sowie *Schreiber* verweisen jeweils auf die weitgehende Zurückhaltung, mit der sich bisher sowohl Meinungsforschungsinstitute als auch die politischen Parteien kurz vor der Wahl äußerten. Eine dem § 32 Abs. 2 BWahlG entsprechende Regelung, wonach die Veröffentlichung der Ergebnisse ab einem bestimmten Zeitpunkt vor der Wahl ausgeschlossen ist, sei vor diesem Hintergrund bisher nicht notwendig gewesen. Dies habe sich jedoch im Rahmen der letzten Bundestagswahlen geändert. Laut *Frommer* sei abzuwarten, „[o]b dies auch in einer sich verändernden Medienlandschaft weiterhin der Fall sein wird“¹³ und *Schreiber* meint, man könne „über eine gesetzliche Regelung, etwa ein auf die beiden letzten Wochen unmittelbar vor der Wahl begrenztes Veröffentlichungsverbot, nachdenken“¹⁴. Eine Regelung der Veröffentlichung solcher Umfrageergebnisse wird weder ausdrücklich gefordert noch für verfassungsrechtlich erforderlich gehalten, sodass diese Aussagen als rechtspolitische Äußerungen anzusehen sein dürften.

2.3. Fazit

Eine gesetzliche Regelung der Veröffentlichung von Umfrageergebnissen bei Briefwählern, die ihre Stimme bereits abgegeben haben, ist nicht verfassungsrechtlich erforderlich. Der Bundesgesetzgeber kann im Rahmen der Gesetzgebungskompetenz für das Bundeswahlrecht aus Art. 38 Abs. 3 GG eine solche Vorschrift unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Grenzen erlassen. Dies gilt ebenfalls für die Veröffentlichung von Umfrageergebnissen im Vorfeld der Wahl.

12 Schreiber, BWahlG, 11. Auflage 2021, § 1 BWG, Rn. 103.

13 Frommer, in: Engelbrecht, Bundeswahlrecht, § 32 BWG, S. 24.

14 Schreiber, BWahlG, 11. Auflage 2021, § 32 BWG, Rn. 9.