

## Das Wahlrecht der Auslandsdeutschen nach § 12 Abs. 2 BWG auf dem neuerlichen Prüfstand? Eine Analyse aus juristischer und verwaltungswissenschaftlicher Sicht

Arne Pautsch und Robert Müller-Török

### 1. Das Wahlrecht der Auslandsdeutschen auf dem neuerlichen Prüfstand?

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zum Wahlrecht der Auslandsdeutschen aus dem Jahre 2012<sup>1</sup>, die Änderungen des deutschen Bundestagswahlrechts erfordert hatte, steht das Auslandsdeutschenwahlrecht möglicherweise auf dem neuerlichen Prüfstand. Die in Teilen unzulängliche verfahrensmäßige Ausgestaltung im Bundeswahlgesetz (BWG) sowie die damit verbundenen, im Wahlrecht selbst angelegten Inkompatibilitäten geben vor dem Hintergrund der Wahlrechtsgrundsätze aus Art. 38 Abs. 1 GG – und insoweit namentlich der Allgemeinheit der Wahl, die das BVerfG auch in der genannten Entscheidung besonders betont hat – hierzu Anlass. Im Mittelpunkt der hier geäußerten Kritik steht der Charakter des gesamten Wahlverfahrens der Auslandsdeutschen als Distanzwahl und der dabei gewählte – allerdings kaum in anderer Weise lösbare – Modus der Briefwahl.<sup>2</sup> Die Problematik der wahlrechtsinadäquaten Ausgestaltung und die tendenzielle Manipulationsanfälligkeit der Briefwahl hat aktuell auch eine Rolle bei der Anfechtung der Bundespräsidentenwahl in Österreich gespielt, denn den Briefwahlstimmen kam nicht nur in der geläufigen Wahrnehmung gleichsam die Rolle des „Züngleins an der Waage“ zu: Auch der Österreichische Verfassungsgerichtshof hat den Einfluss fehlerhaft ausgezählter Briefwahlstimmen auf das Wahlergebnis ausdrücklich festgestellt.<sup>3</sup>

Das Wahlrecht der Auslandsdeutschen, wie es exklusiv für die Bundestagswahl einfachgesetzlich als besondere Ausprägung des aktiven Wahlrechts in § 12 Abs. 2 BWG niedergelegt ist, wurde für die Teilnahme extraterritorialer Deutscher durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 8. März 1985<sup>4</sup> eingeführt, nachdem es in der rechtspolitischen Diskussion seit etwa Mitte der 1960er Jahre immer wieder gefordert worden war.<sup>5</sup> Es hat in der Folge durch das Vierzehnte Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 20. April 1998<sup>6</sup> sowie durch Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Änderung des Wahl- und Abgeordnetenrechts vom 17. März 2008<sup>7</sup> zum Teil maßgebliche Änderungen

1 BVerfG, Beschluss vom 4. Juli 2012, 2 BvC 1/11, 2 BvC 2711, BVerfGE 132, S. 39.

2 Instruktiv hierzu jüngst etwa *Alexander Balthasar / Alexander Prosser*, Die Distanzwahl als hoheitlicher Akt im Ausland als Problem – und Internet-Voting als dessen Lösung?, in: *Journal für Rechtspolitik*, 23. Jg. (2015), H. 3, S. 256 – 270.

3 VfGH, W I 6/2016-125, Rz. 553, 555.

4 BGBl I, S. 521.

5 Hierzu *Wolfgang Schreiber*, Wahlrecht der „Auslandsdeutschen“ zum Deutschen Bundestag – ein ungelöstes Problem, in: *Verwaltungsrundschau*, 26. Jg. (1980), S. 241 – 245; eingehend auch *Joachim Henkel*, Wahlrecht für Deutsche im Ausland, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, 99. Jg. (1974), S. 1 – 31.

6 BGBl I, S. 706.

7 BGBl I, S. 394.

erfahren. Insbesondere führte die Anpassung aus dem Jahre 2008 zu der Bestimmung des § 12 Abs. 2 Satz 1 BWG (a.F.), die das BVerfG<sup>8</sup> 2012 im Rahmen zweier zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Wahlprüfungsbeschwerden von in Belgien lebenden Auslandsdeutschen für verfassungswidrig befunden hatte. Diese sah ein allgemeines aktives Wahlrecht aller Auslandsdeutschen vor, sofern diese früher einmal mindestens drei Monate in Deutschland ansässig waren. In der alleinigen Anknüpfung an eine mindestens dreimonatige frühere Sesshaftigkeit sah das BVerfG einen Verstoß gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG.

Die dem Beschluss des Zweiten Senats vom 4. Juli 2012 zugrunde liegenden Fragestellungen und tragenden Entscheidungsgründe – insbesondere die Frage, ob das alleinige Anknüpfen des aktiven Wahlrechts an eine frühere Sesshaftigkeit im Bundesgebiet geeignet ist, der Kommunikationsfunktion der Wahl hinreichend Rechnung zu tragen<sup>9</sup> – sollen hier indes nicht im Mittelpunkt stehen, zumal der Wahlrechtsgesetzgeber im Jahre 2013 mit einer wohl verfassungskonformen Neuregelung auf die Karlsruher Entscheidung reagiert hat.<sup>10</sup> Die Entscheidung hat gleichwohl die Auslandsdeutschen als eine nicht unerhebliche Wählergruppe erstmals wieder stärker in den Fokus der wissenschaftlichen Diskussion gerückt.<sup>11</sup> Und ungeachtet der Frage, ob die Neuregelung des § 12 Abs. 2 BWG (n.F.) verfassungsrechtlicher Überprüfung standhält, bleiben offene Fragen des Auslandsdeutschenwahlrechts bestehen, die ihren Ursprung in der Ausgestaltung dieses Teils des Wahlrechts als Distanzwahl finden. Die dadurch hervorgerufenen Erschwernisse und Inkompatibilitäten betreffen den gesamten Verlauf des Wahlprozesses, der bei der Briefwahl noch stärker mit seinem verfahrensrechtlichen Charakter in den Vordergrund tritt. Sie geraten in Konflikt mit den Wahlrechtsgrundsätzen und stellen insoweit gerade das tragende Argument der Allgemeinheit der Wahl wieder in Frage. Es bleibt vor allem zu erörtern, welche Möglichkeiten bestehen, um eine „effektive Wahlteilnahme“ der Auslandsdeutschen auch bei Anwendung der Briefwahl zu gewährleisten.<sup>12</sup> Nicht zuletzt weil prozedurale Rechte im

8 BVerfG, a.a.O. (Fn. 1).

9 Das BVerfG hat dies verneint und darin eine Verletzung des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl gesehen, da das alleinige Abstellen auf das Sesshaftigkeitskriterium zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung innerhalb der Wählergruppe der Auslandsdeutschen führe, vgl. BVerfG, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 42 ff. Näher hierzu etwa *Johann Strelen*, in: *Wolfgang Schreiber* (Hrsg.), *Bundwahlgesetz*, Kommentar, 9. Auflage, Köln 2013, § 12 Rn. 13 f.

10 Durch das 21. Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 27. April 2013, BGBl. I, S. 962. Nach wie vor kritisch zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung aber *Thomas Felten*, Zur Verfassungswidrigkeit des neuen Wahlrechts für Auslandsdeutsche, in: *Die Öffentliche Verwaltung* 2013, H. 12, S. 466 – 476, S. 469 ff. Die Neuregelung des § 12 Abs. 2 Satz 1 BWG (n.F.) sieht nunmehr vor, dass Auslandsdeutsche seit dem 3. Mai 2013 bei Bundestagswahlen nur wählen dürfen, wenn sie entweder nach Vollendung ihres 14. Lebensjahres mindestens drei Monate ununterbrochen in der Bundesrepublik Deutschland gelebt haben und dieser Aufenthalt nicht länger als 25 Jahre zurückliegt (Nr. 1) oder wenn sie aus anderen Gründen persönlich und unmittelbar Vertrautheit mit den politischen Verhältnissen in der Bundesrepublik Deutschland erworben haben und von ihnen betroffen sind (Nr. 2).

11 Vgl. auch *Claas Friedrich Garmelmann*, Das Wahlrecht von Auslandsdeutschen im Lichte globaler Kommunikations- und Aufenthaltsgewohnheiten, in: *Juristische Ausbildung*, 36. Jg. (2014), H. 3, S. 310 – 322, S. 310 f., unter Verweis auf frühere Entscheidungen des BVerfG, so BVerfGE 36, S. 139; 58, S. 202; ebenso *Thomas Felten*, a.a.O. (Fn. 10), S. 467.

12 Kritisch zur Briefwahl jüngst auch *Christoph Schönberger*, Vom Verschwinden der Anwesenheit in der Demokratie – Präsenz als bedrohtes Fundament von Wahlrecht, Parteienrecht und Parla-

Wahlverfahren – als besonderem Verwaltungsverfahren – ohnehin nur eingeschränkt (nämlich faktisch nur im Rahmen einer Wahlprüfungsbeschwerde nach Art. 41 Abs. 2 GG und zuvor im Rahmen eines Wahleinspruches gegenüber dem Wahlprüfungsausschuss des Deutschen Bundestages) justizierbar sind, ihre Einschränkung aber gleichwohl bei der über weite Distanzen zu organisierenden Briefwahl noch potenziert wird, ist die gegenwärtige Ausgestaltung des Wahlrechts der Auslandsdeutschen mit Blick auf die Gewährleistung einer „effektiven Wahlteilnahme“ auf den abermaligen Prüfstand zu stellen.

Nimmt man hinzu, dass namentlich CDU und CSU im Zuge der Diskussion um Maßnahmen zur Wahlbeteiligungssteigerung ausdrücklich auch erwägen, das Wahlrecht der Auslandsdeutschen durch Erleichterung der Bedingungen zu stärken<sup>13</sup>, erscheint es geboten, die durch die Distanzwahl hervorgerufenen und im geltenden BWG nach wie vor bestehenden Friktionen näher zu untersuchen und daraus mögliche Handlungsempfehlungen für den Gesetzgeber abzuleiten.

## 2. Problemstellung: Zweitstimmenrelevanz und Ausgestaltung als Distanzwahl

Die Auslandsdeutschen, worunter begrifflich alle Deutschen ohne Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland zu verstehen sind, stellen mittlerweile nicht nur einen nicht unwesentlichen Teil der prinzipiell wahlberechtigten Bevölkerung dar. Ihnen könnte bei immer knapper werdenden Mehrheiten auch eine potenziell wahlentscheidende Bedeutung zukommen. Wenngleich belastbare statistische Erhebungen zu allen im Ausland lebenden Deutschen im Inland fehlen<sup>14</sup> und die wenigen verfügbaren Zahlen aus mehreren Quellen zusammengetragen werden müssen, dürfte die Annahme gesichert sein, dass es sich um einen mehrere Millionen umfassenden Personenkreis handelt. So leben allein in den 34 Mitgliedstaaten der OECD 3,4 Millionen in Deutschland geborene Personen ab 15 Jahren.<sup>15</sup> Überdies ist das BVerfG in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2012 auf der Grundlage der Erhebungen des Statistischen Amtes der Europäischen Union (Eurostat) davon ausgegangen, dass die Zahl der im europäischen Ausland lebenden Deutschen 2010 insgesamt rund 1,14 Millionen betrug.<sup>16</sup>

mentsrecht, in: Juristenzeitung, 71. Jg. (2016), H. 10, S. 486 – 494, S. 487 f., der überdies zu Recht darauf hinweist, dass das BVerfG in den beiden früheren Entscheidungen zur Briefwahl stets deren begründungsbedürftigen Ausnahmecharakter betont hatte, vgl. BVerfGE 21, S. 200, S. 205 f.; BVerfGE 59, S. 119, S. 124 ff. Diese restriktive Judikatur ist mit der dritten „Briefwahl-Entscheidung“ im Jahre 2013 aufgegeben worden, vgl. BVerfGE 134, S. 25, S. 30.

13 Vgl. *Antje Blinda*, CDU und CSU wollen Wahllokale bis 20 Uhr öffnen, in: Spiegel online vom 14. Februar 2015, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/wahlen-cdu-und-csu-wollen-wahl-lokale-bis-20-uhr-oeffnen-a-1018477.html> (Abruf am 20. Juni 2016).

14 Von diesem Befund geht offenbar auch das BVerfG, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 9, aus. Die Bundesregierung antwortete überdies auf eine entsprechende Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke: „Zu (dauerhaft oder vorübergehend) im Ausland lebenden Deutschen stehen keine statistischen Daten zur Verfügung.“ Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drs. 17/283, S. 1.

15 Stand 2010/2011, vgl. OECD, Talente im Ausland: Ein Bericht über deutsche Auswanderer, Paris 2015, S. 20.

16 Vgl. BVerfG, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 9.

Die Annahme, dass den Auslandsdeutschen aufgrund ihrer Zahl eine potenziell wahlbeeinflussende Funktion zukommen kann, beruht unter dem einfachgesetzlich in § 1 Abs. 1 Satz 2 BWG verankerten System der personalisierten Verhältniswahl – anders als etwa bei einer so genannten Grabenwahl – darauf, dass gemäß § 6 Abs. 4 BWG allein die Zweitstimmen über die Gesamtsitzverteilung im Bundestag entscheiden. Hinzu kommt, dass die Auslandsdeutschen dem Wahlkreis ihres letzten Wohnsitzes beziehungsweise ständigen Aufenthaltsortes zugeordnet werden, was bei berufsbedingtem Wegzug vieler ehemaliger inländischer Wähler ins Ausland tendenziell zu einer Stimmenkumulation im ehemaligen Wahlkreis führen kann, ohne dass die auch vom BVerfG<sup>17</sup> herausgestellte Kommunikationsfunktion der Wahl, die durch die Vertrautheit mit den politischen Verhältnissen vor Ort gekennzeichnet ist und sich unter anderem in der dialogischen Rückbindung an den jeweiligen Bundestagsabgeordneten im Wahlkreis äußert, noch vorhanden beziehungsweise realisierbar wäre.

Die Empirie belegt weiter, dass in jüngster Vergangenheit Wahlen immer häufiger mit äußerst knappen Mehrheiten entschieden werden; so wurde zum Beispiel bei der letzten Bundestagswahl 2013 das Direktmandat in den Wahlkreisen Märkischer Kreis II mit 53 Stimmen, Essen III mit 93 Stimmen oder Waldeck mit 227 Stimmen sowie insgesamt in 18 Wahlkreisen mit weniger als 2.000 Stimmen Abstand gewonnen; und es lassen sich unter diesen Wahlkreisen solche – beispielsweise Köln I, Saarbrücken oder Bonn – mit einem potenziell höher anzunehmenden Anteil an zuzuordnenden Auslandsdeutschen ausmachen.<sup>18</sup> Illustriert man dies anhand der für die Sitzverteilung entscheidenden Zweitstimmen und berücksichtigt dabei, dass bei der Bundestagswahl 2013 nur 67.057 Auslandsdeutsche in die Wählerverzeichnisse eingetragen waren<sup>19</sup>, so eröffnet sich ein noch weitaus größeres (Wähler-)Potenzial. Nimmt man, um die Signifikanz zu belegen, weiter die 102.810 (Zweit-)Stimmen, die etwa der FDP bei dieser Wahl zum Einzug in den Bundestag fehlten<sup>20</sup>, hinzu, wären diese hier rein rechnerisch vielmals enthalten. Es hätten dafür beispielsweise allein die Wahlberechtigten unter den in Österreich lebenden 176.463 Auslandsdeutschen ausgereicht.<sup>21</sup>

Unter der Annahme, dass sich infolge der fortschreitenden europäischen Integration, der zunehmenden Globalisierung und nicht zuletzt der dadurch ansteigenden binationalen Ehen<sup>22</sup> samt der daraus hervorgehenden Kinder diese Zahl (weiter) erhöhen

17 Vgl. BVerfG, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 42 ff.

18 Vgl. Der Bundeswahlleiter, Wahl zum Deutschen Bundestag am 22. September 2013, H. 5, Teil 1, Textliche Auswertung Wahlergebnisse, Berlin 2014, S. 69, Tabelle 1 im Anhang.

19 Vgl. ebenda, S. 30. Bei der Bundestagswahl 2009 waren es insgesamt 65.731 Auslandsdeutsche, vgl. BT-Drs. 17/1883, S. 3. Trotz nicht vorhandener offizieller Zahlen zur Anzahl der Auslandsdeutschen (vgl. Fn. 14) ist anhand der zur Verfügung stehenden Zahlen (Fn. 15 und 16) offensichtlich, dass bislang nur ein verhältnismäßig kleiner Teil der Auslandsdeutschen das ihnen zustehende Wahlrecht tatsächlich wahrnimmt.

20 Vgl. ebenda, S. 48, eigene Berechnungen.

21 Vgl. Statistik Austria, Statistik des Bevölkerungsstandes zum 1. Januar 2016, [http://www.statistik.at/wcm/idc/idcplg?IdcService=GET\\_PDF\\_FILE&RevisionSelectionMethod=LatestReleased&DocName=071715](http://www.statistik.at/wcm/idc/idcplg?IdcService=GET_PDF_FILE&RevisionSelectionMethod=LatestReleased&DocName=071715) (Abruf am 14. Juli 2016).

22 Unter den 2013 in Deutschland lebenden 17,6 Millionen Ehepaaren waren 1,3 Millionen binational, bei 1,2 Millionen war einer der beiden Ehepartner deutscher Staatsangehöriger. Vgl. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 053 vom 18. Februar 2015, Wiesbaden 2015.

wird<sup>23</sup>, stellt sich eine wesentliche Frage: Ermöglicht das geltende Wahlrecht für Auslandsdeutsche eine effektive Teilnahme an den Wahlen zum Deutschen Bundestag?

Unter „effektiver Teilnahme“ wird hier nachfolgend nicht die grundsätzliche (rechtliche), sondern die tatsächliche Möglichkeit verstanden, das durch § 12 Abs. 2 BWG eingeräumte aktive Wahlrecht auch auszuüben. Wie bereits oben angedeutet wurde und im Weiteren aufzuzeigen sein wird, erscheint gerade die Möglichkeit einer effektiven Wahlteilnahme bei der Gruppe der Auslandsdeutschen unter dem geltenden Wahlrecht besonders fraglich. Dies wird bedingt durch die auf einen reinen Inlandsbezug ausgerichtete prozedurale Ausgestaltung der Wahl als besonderem Verwaltungsverfahren, das von den (gemeindlichen) Wahlbehörden auf postalischem Wege weltweit sicherzustellen ist und daher bereits bei der Einhaltung etwaiger Fristen (zum Beispiel für Einsprüche gegen fehlerhafte Eintragungen im Wählerverzeichnis) dem Einwand tatsächlicher Unmöglichkeit begegnet. Auch deutschsprachige Veröffentlichungen aus jüngster Zeit bezweifeln daher die Möglichkeit einer effektiven Wahlteilnahme, unter anderem auch deshalb, weil der extraterritoriale Wahlprozess sich einzig im Wege der Briefwahl vollzieht und schon von daher einer erhöhten Manipulationsanfälligkeit gegenüber der Präsenzwahl sowie gegebenenfalls auch einer eventuellen Internetwahl ausgesetzt ist.<sup>24</sup>

Im angelsächsischen Rechts- und Sprachraum gibt es zudem schon seit längerem fundamentale Kritik am Wahlsystem, und zwar insbesondere ausführliche Untersuchungen, die im Ergebnis die Briefwahl wie jede Form der Distanzwahl massiv in Frage stellen. Die Untersuchungen des britischen Unterhauses, durchgeführt von *Isobel White* und *Charley Coleman* (2011)<sup>25</sup> und *Isobel White* (2014)<sup>26</sup>, sind hier vor allem zu nennen, aber auch die Empfehlungen der Electoral Commission des Vereinigten Königreiches.<sup>27</sup>

Die Kritikpunkte berühren vor allem auch diejenigen Themenbereiche, die in diesem Beitrag aufgegriffen werden, und verdeutlichen, dass eine effektive Wahlteilnahme und die im Wahlprozess als besonderem Verwaltungsverfahren verbürgten Rechte wegen der Bewältigung von Distanzen und der Berücksichtigung von Postlaufzeiten schon faktisch kaum zu verwirklichen sind.<sup>28</sup>

23 Die dann potenziell Mehrfachstaatsangehörige und/oder Auslandsdeutsche sind, je nach konkretem „Staatsangehörigkeiten-Mix“ der Eltern und persönlicher Disposition.

24 Vgl. *Alexander Balthasar* / *Alexander Prosser*, a.a.O. (Fn. 2), S. 256 ff.; siehe auch *dies.*, Die Distanzwahl als hoheitlicher Akt im Ausland als Stimulus für Internet-Voting?, in: *Erich Schweighofer* / *Franz Kummer* / *Walter Hötendorfer* (Hrsg.), Kooperation, Tagungsband des 18. Internationalen Rechtsinformatik Symposions (IRIS) 2015, Salzburg 2015, S. 305 – 308; *Arne Pautsch* / *Robert Müller-Török*, Grenzüberschreitende Zustellung von Briefwahlunterlagen – (Völker-)rechtlicher Anpassungsbedarf?, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 48. Jg. (2015), H. 3, S. 88 – 90; *dies.*, Stochastische Verfälschung von Wahlergebnissen bei grenzüberschreitender Briefwahl?, in: *Verwaltung und Management*, 21. Jg. (2015), H. 4, S. 192 – 197.

25 Vgl. *Isobel White* / *Charley Coleman*, Postal Voting and Electoral Fraud, Standard Note SN/PC/3667, 22. Juni 2011, House of Commons, London 2011.

26 Vgl. *Isobel White*, Electoral Offences Since 2010, Standard Note SN/PC/06255, 29. Juli 2014, House of Commons, London 2014.

27 Vgl. Electoral Commission, Electoral Fraud in the UK – Final Report and Recommendations, London 2014.

28 Zu den problematischen Verfahrenselementen im Detail *Robert Müller-Török* / *Arne Pautsch*, Stochastische Verfälschung von Wahlergebnissen, a.a.O. (Fn. 24), S. 192.

Dies stellt sich im Lichte der Wahlrechtsgrundsätze, namentlich der Allgemeinheit der Wahl, als problematisch dar, denn die derzeitige Ausgestaltung des Wahlrechts der Auslandsdeutschen und seine in Form der Briefwahl geübte Praxis entfalten eine selektive Wirkung unter den Wahlberechtigten. Anders gewendet: Bereits die jeweilige Distanz zum Bundesgebiet kann der entscheidende Faktor sein, ob das Wahlrecht ausgeübt werden kann oder nicht.

### 3. Vorgaben des BVerfG zur Allgemeinheit der Wahl

Das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 4. Juli 2012 nochmals wesentliche Aussagen zur Wahlberechtigung der Auslandsdeutschen unter dem Aspekt der hier bedeutsamen Allgemeinheit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG) getroffen. Es hat unter Bezugnahme auf frühere Entscheidungen betont, dass die Allgemeinheit wie die übergeordnete Gleichheit der Wahl die vom Demokratieprinzip vorausgesetzte Egalität der Staatsbürger sichere.<sup>29</sup>

Für die hier behandelte Thematik erscheint der Beschluss des Zweiten Senats vordergründig zunächst wenig ergiebig, denn er hebt maßgeblich auf die Verfassungswidrigkeit infolge der alleinigen Anknüpfung an das Sesshaftigkeitskriterium ab. Allerdings lassen sich wegen der Betonung der Allgemeinheit der Wahl aus der Entscheidung doch wichtige Rückschlüsse für die demokratiekonforme Ausgestaltung des Wahlrechts ziehen. Soweit das BVerfG nämlich vor allem auf eine gleichheitsgerechte Ausgestaltung des Wahlrechts zielt<sup>30</sup>, wird daraus zu folgern sein, dass der Wahlgesetzgeber gehalten ist, unter dem Aspekt der Allgemeinheit der Wahl (als Unterfall der Wahlrechtsgleichheit) das Wahlrecht so auszugestalten, dass allen Auslandsdeutschen eine Wahlteilnahme gleichermaßen effektiv ermöglicht wird.

### 4. Das Wahlverfahren als besonderes Verwaltungsverfahren

Die bereits angedeuteten prozeduralen Inkompatibilitäten liegen bezogen auf das Wahlrecht der Auslandsdeutschen vor allem in der Ausgestaltung des Wahlverfahrens. Für diese Erkenntnis ist es bedeutsam, das Wahlverfahren vornehmlich als eigenständiges Verwaltungsverfahren zu verstehen und es unter dem Gesichtspunkt der Justiziabilität einzelner wahlbehördlicher Handlungen, die im Zusammenhang mit der Ausübung des aktiven Wahlrechts stehen, auch so zu bestimmen. Inkompatibilitäten treten bei der Distanzwahl naturgemäß häufiger auf als bei der Präsenzwahl im Wahllokal.

29 Vgl. BVerfG, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 13 ff., unter Bezugnahme auf BVerfGE 99, S. 1, S. 13.

30 Siehe auch *Michael Sachs*, Staatsorganisationsrecht: Allgemeinheit der Wahl – Wahlberechtigung von Auslandsdeutschen, in: Juristische Schulung 2013, S. 376 – 378, S. 377.

#### 4.1. Tätigkeit der Wahlbehörden als öffentlich-rechtliches Verwaltungshandeln?

Ausgangspunkt für die hier maßgebliche Frage nach den wahlrechtlichen Inkompatibilitäten und den hieraus zu ziehenden Konsequenzen ist zunächst das Verständnis der Tätigkeit der Wahlbehörden als öffentlich-rechtliches Verwaltungshandeln. Diese Sichtweise ist mit Blick auf den Verfassungsbezug der (Bundestags-)Wahl allerdings nicht unumstritten. Nach einer verbreiteten Auffassung soll es sich bei allen Streitigkeiten, die eine Parlamentswahl betreffen, um ausschließlich verfassungsrechtliche handeln, da die Wahl einen Gesamtakt darstelle. Daraus wird gefolgert, dass Rechtsschutz nur im Rahmen einer Wahlprüfung geltend gemacht werden kann.<sup>31</sup> Dies wiederum bedeutet, dass selbst Einzelakte, die den Ablauf der Wahl betreffen – so etwa die (fehlerhafte) Eintragung in das Wählerverzeichnis, die einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG darstellt<sup>32</sup> – nur im Rahmen einer vollständigen Überprüfung der Wahl als Gesamtakt und damit durch die Verfassungsgerichtsbarkeit überprüft werden können.<sup>33</sup> Lediglich das Wahlprüfungsverfahren durch den Bundestag lässt nach Maßgabe des Wahlprüfungsgesetzes (WahlPrG) eine bedingte Überprüfung von Wahleinsprüchen auf wahlverfahrensrechtliche Mängel zu. So kann nach § 1 Abs. 1 WahlPrG Gegenstand der Wahlprüfung ausdrücklich auch die Verletzung von Rechten bei der Vorbereitung und Durchführung der Wahl sein. Darunter fallen Fehler wie die Wahlvorenthaltung, die Nichteintragung in das Wählerverzeichnis, der Nichtzugang von Briefwahlunterlagen und sonstige Mängel bei der Wahlvorbereitung und -durchführung, wie sie typischerweise auch und gerade bei einer Briefwahl über lange Distanzen auftreten. Indes zeigt die Betrachtung der vom Wahlprüfungsausschuss des Bundestages von der 12. bis zur laufenden 18. Wahlperiode zu entscheidenden Verfahren, dass die aus diesen Gründen erhobenen Wahleinsprüche sämtlich als entweder unzulässig oder aber – mangels Mandatsrelevanz – als unbegründet zurückgewiesen worden sind.<sup>34</sup> Indem auch der Wahlprüfungsausschuss auf die vom BVerfG<sup>35</sup> postulierte Mandatsrelevanz abhebt, bleiben

31 So noch BVerfG, Bayerische Verwaltungsblätter 1968, S. 131.

32 Vgl. *Ferdinand O. Kopp / Ulrich Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 17. Auflage, München 2016, § 35 Rn. 86; *Ferdinand O. Kopp / Wolf-Rüdiger Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 22. Auflage, München 2016, § 40 Rn. 32 k; *Michaela Wittinger*, in: *Klaus Obermayer / Michael Funke-Kaiser* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Auflage, München 2014, § 9 Rn. 27. Anderer Auffassung aber *Heribert Schmitz*, in: *Ulrich Stelkens / Heinz Joachim Bonk / Michael Sachs* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Auflage, München 2014, § 2 Rn. 12; vgl. auch BVerwG, in: NJW 1976, S. 1648, das offenbar von einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis i.S.v. § 43 VwGO ausgeht und damit gleichwohl die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges anerkennt. Zum Ganzen auch *Arne Pautsch*, in: *ders. / Lutz Hoffmann* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 1. Auflage, Berlin 2016, § 1 Rn. 38.

33 Vgl. BVerfG, in: Bayerische Verwaltungsblätter 1968, S. 131; *Heribert Schmitz*, in: *Ulrich Stelkens / Heinz Joachim Bonk / Michael Sachs*, a.a.O. (Fn. 32), § 2 Rn. 12; dazu auch *Hendrik Lackner*, Grundlagen des Wahlprüfungsrechts nach Art. 41 GG, in: Juristische Schulung 2010, H. 4, S. 307 – 311, S. 310; *Martin Morlok / Alexandra Bäcker*, Zugang verweigert: Fehler und fehlender Rechtsschutz im Wahlzulassungsverfahren, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2011, H. 19, S. 1153 – 1159, S. 1159.

34 Vgl. Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages, Kapitel 1.18 Wahlprüfung, Stand: 15. Juli 2015, [https://www.bundestag.de/blob/196112/103f438c3749827832092e2064afce2d/kapitel\\_01\\_18\\_wahlpruefung-data.pdf](https://www.bundestag.de/blob/196112/103f438c3749827832092e2064afce2d/kapitel_01_18_wahlpruefung-data.pdf) (Abruf am 23. November 2016).

35 Deutlich BVerfGE 40, S. 11.

tatsächlich festgestellte Fehler bei der Vorbereitung und Durchführung der Wahl indes nicht sanktionierbar beziehungsweise sind faktisch nicht justizierbar. Dies erscheint unter dem Gesichtspunkt einer effektiven Wahlteilnahme zweifelhaft.

Der wahlbehördlichen Tätigkeit – das heißt der administrativen Durchführung des BWG und der BWO – wird damit zugleich der Charakter eines eigenständigen Verwaltungsverfahrens abgesprochen.<sup>36</sup> In der Folge kann bezogen auf die hier relevanten Einzelakte des Wahlverfahrens somit Rechtsschutz nur durch das verfassungsgerichtliche Angreifen der gesamten Wahl im Rahmen der zweistufigen Wahlprüfung nach Art. 41 GG, insbesondere mit der auf die Entscheidung des Bundestags über den Wahleinspruch nach Art. 41 Abs. 1 Satz 1 GG folgenden Wahlprüfungsbeschwerde nach Art. 41 Abs. 2 GG, erlangt werden, indem der betroffene Bürger (Auslandsdeutsche) sich gegen die Gültigkeit der Wahl insgesamt wendet.<sup>37</sup>

Damit sind aber gerade diejenigen elementaren Verfahrensrechte, die – wie zum Beispiel Einspruch und Berichtigung des Wählerverzeichnisses nach §§ 22, 23 BWO – im Falle der Auslandsdeutschen die effektive Ausübung des aktiven Wahlrechts noch wesentlich stärker einschränken beziehungsweise mitunter gar unmöglich machen, von einer Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte ausgeschlossen.

Diese Auffassung verkennt den Charakter des Wahlverfahrens als in wesentlichen Teilen administratives Handeln, das stark durch die Ablauforganisation geprägt ist und in den Händen der Wahlbehörden – insbesondere der Gemeinden – liegt, die abgesehen von Wahlen regelmäßig Verwaltungsbehörden sind. Dieses Verfahren ist, wie jedes Verwaltungsverfahren, prinzipiell fehleranfällig. Daher gebietet bereits die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, dass auch die Überprüfung von Einzelakten im Rahmen der administrativen Durchführung der Wahl, namentlich im Zusammenhang mit der konstitutiven Eintragung in das Wählerverzeichnis, der Erteilung eines Wahlscheins oder aber der Zulassung eines Wahlvorschlags, im Wege verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ermöglicht werden muss; denn insoweit handelt es sich um Entscheidungen einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts.<sup>38</sup> Andernfalls drohte das aktive Wahlrecht ausgehöhlt zu werden.<sup>39</sup> Dagegen spricht auch nicht die einfachgesetzliche Normierung des Wahlprüfungsverfahrens in § 46 BWG, denn die dort getroffene Regelung betrifft ebenfalls nur die Überprüfung der Gültigkeit der Parlamentswahl als Gesamttakt. Jenseits der parlamentarischen Wahlprüfung – und soweit es sich um Maßnahmen der Verwaltungsbehörden handelt – ist

36 So *Heribert Schmitz*, in: *Ulrich Stelkens | Heinz Joachim Bonk | Michael Sachs*, a.a.O. (Fn. 32), § 2 Rn. 12.

37 Vgl. *Hendrik Lackner*, a.a.O. (Fn. 33), S. 307.

38 Vgl. *Norbert Acherberg | Martin Schulte*, in: *Hermann von Mangoldt | Friedrich Klein | Christian Starck*, Grundgesetz, Kommentar, 6. Auflage, München 2010, Art. 41 Rn. 54; *Christian Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Auflage, München 1991, § 5 Rn. 2; *Wolf-Rüdiger Schenke*, in: *Wolfgang Kahl | Christian Waldhoff | Christian Walter* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt (Stand: 178. Aktualisierung), Heidelberg, Art. 19 Abs. 4 Rn. 336; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, in: *Theodor Maunz | Günter Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, Loseblatt (Stand: 76. Ergänzungslieferung), München, Art. 19 Abs. 4 Rn. 34; *Hans-Peter Schneider*, in: *Erhard Denninger | Wolfgang Hoffmann-Riem | Hans-Peter Schneider | Ekkehart Stein* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativkommentar-GG), Loseblatt, Neuauflage Neuwied 2001, Art. 41 Rn. 15.

39 Vgl. *Ferdinand O. Kopp | Wolf-Rüdiger Schenke*, a.a.O. (Fn. 32), § 40 Rn. 32 k.

das Wahlverfahren als besonderes Verwaltungsverfahren zu qualifizieren, das gegenüber dem allgemeinen Verwaltungsverfahren lediglich im BWG und in der BWO sowie ergänzend im WahlPrG näher ausgestaltet ist. Das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) – beziehungsweise die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder – werden somit nur spezialgesetzlich überlagert. Dies ändert aber nichts an der rechtlichen Einordnung als Verwaltungsverfahren. Die nachfolgenden Teilaspekte, die die Inkompatibilität des geltenden Wahlrechts mit Blick auf die Ausübung des Wahlrechts der Auslandsdeutschen im Modus der Distanzwahl aufzeigen, sind somit verwaltungsrechtlich zu beurteilen.<sup>40</sup> Sie führen indes dazu, dass maßgebliche, das Wahlrecht der Auslandsdeutschen betreffende Verfahrensregelungen und -rechte wegen der Exklusivität der Briefwahl und der damit verbundenen Einschränkungen in der bislang geübten Wahlpraxis gar nicht effektiv in Anspruch genommen beziehungsweise geltend gemacht werden können.

#### 4.2. Besonderheiten der Distanzwahl und ihre Auswirkungen auf das Wahlverfahren

Betrachtet man das Wahlverfahren in seiner Ausprägung als besonderes Verwaltungsverfahren, verschärfen sich die Probleme bezüglich der effektiven Wahlteilnahme bereits dadurch, dass diese nahezu ausschließlich auf den Modus der Briefwahl gestützt ist – denn es dürfte unstrittig sein, dass die Ausübung des Wahlrechts von Auslandsdeutschen an sich nur in Form der Distanzwahl erfolgen kann und eine persönliche Wahl auf deutschem Hoheitsgebiet faktisch nicht vorstellbar ist.<sup>41</sup> Die Alternative einer Wahl in den Auslandsvertretungen, insbesondere den Konsulaten, stellt hingegen eine realistische Option dar, sofern ihnen wahlbehördliche Aufgaben zugewiesen und entsprechende Befugnisse eingeräumt würden. Allerdings besteht hier das Problem, dass die Entfernungen zur nächsten diplomatischen Vertretung generell – und zwar auch in Europa – zumeist groß sind und daher die Wahlbeteiligung eher nicht stimulieren dürften.<sup>42</sup> Da E-Voting, das heißt das Wählen über das Internet, vom deutschen Gesetzgeber bislang nicht zugelassen ist, bleibt jedenfalls gegenwärtig die Briefwahl als einzige rechtlich prinzipiell zulässige Form der Distanzwahl unter dem bestehenden Wahlrechtsregime. Deren (verfassungs-)rechtliche Zulässigkeit wurde in der Vergangenheit nahezu ausschließlich unter dem Gesichtspunkt ihres Inlandsbezuges beurteilt, während die Frage der Zulässigkeit nach dem Recht des Staates, in dem der Auslandsdeutsche sich aufhält, bislang kaum erörtert wurde.<sup>43</sup> Unter dem Aspekt der Extraterritorialität deutschen (Wahl-)Rechts ist aber bereits die Übermittlung von Briefwahlunterlagen durch die deutsche Wahlbehörde ins Ausland problembehaf-

40 Vgl. *Ferdinand O. Kopp / Ulrich Ramsauer*, a.a.O. (Fn. 32), § 35 Rn. 86.

41 Der Gedanke, dass sich eine nennenswerte Zahl von Auslandsdeutschen auf eigene Kosten nur wegen der Bundestagswahl nach Deutschland begibt, erscheint illusorisch.

42 Nach der Übersicht der Auslandsvertretungen der Bundesrepublik auf der Webseite des Auswärtigen Amtes ([http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/Laender/Laender\\_Uebersicht\\_node.html](http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/Laender/Laender_Uebersicht_node.html)) gibt es zahlreiche Konsulatsbezirke, bei denen der Weg zum Konsulat mehrere Stunden Anreise erfordert. Dass die Situation in großen Flächenstaaten wie Australien, China, Indien oder den USA noch unvorteilhafter ist, ist evident.

43 Siehe nur *Arne Pautsch / Robert Müller-Török*, Grenzüberschreitende Zustellung von Briefwahlunterlagen, a.a.O. (Fn. 24), S. 89 ff.

tet.<sup>44</sup> Sie stellt eine Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungsangelegenheiten dar, wobei nicht der verwaltungsverfahrenrechtliche Zustellungsbegriff nach dem Verwaltungszustellungsgesetz des Bundes, sondern wegen des extraterritorialen Charakters des auf ausländischem Hoheitsgebiet stattfindenden Wahlverfahrens ein völkerrechtlicher Zustellungsbegriff zugrunde zu legen ist.<sup>45</sup> Zwischen den beiden betroffenen Staaten, der Bundesrepublik Deutschland und dem jeweiligen Aufenthaltsstaat des Auslandsdeutschen, können im Prinzip drei rechtliche Grundlagen für diese Zustellung in Betracht kommen:

- ein bilaterales Abkommen wie beispielsweise der Vertrag mit der Republik Österreich über Amts- und Rechtshilfe in Verwaltungssachen vom 31. Mai 1988<sup>46</sup>,
- die Anwendbarkeit des Europäischen Übereinkommens über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen (EÜZSV) vom 24. November 1977<sup>47</sup>,
- in Ermangelung geschriebener Regelungen subsidiär Völkergewohnheitsrecht.

Aus wahlrechtlicher Sicht ist nur die erste Rechtsgrundlage befriedigend, da sie als einzige die direkte postalische Übermittlung nicht nur erlaubt, sondern den gesamten wahlrelevanten Vorgang auf eine belastbare rechtliche Basis stellt. So ist dann auch eine Untersuchung von Unregelmäßigkeiten durch die deutschen Wahlbehörden und eventuell die nachgeordnete Wahlgerichtsbarkeit, etwa die Überprüfung im Wege der Amtshilfe, darstellbar.

Die zweite Regelung ist im Falle Deutschlands unbefriedigend, da es der direkten postalischen wie auch der konsularischen Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen widersprochen hat und dieser Vorbehalt reziprok gilt.<sup>48</sup> Eine direkte Zustellung von Bundestagswahlunterlagen an einen zum Beispiel in Frankreich ansässigen Auslandsdeutschen muss demnach über die so genannte „Zentrale Behörde“ nach Art. 6 Nr. 1 EÜZSV erfolgen.<sup>49</sup> Um ein Beispiel zu geben: Die Briefwahlunterlagen müssten von der zuständigen Wahlbehörde – etwa der Landeshauptstadt Stuttgart – über das zur „Zentralen Behörde“ bestellte Regierungspräsidium Freiburg im Breisgau an das französische Außenministerium und dann über die innerhalb Frankreichs zuständigen Stellen an den Auslandsdeutschen übermittelt werden. Das gleiche Verfahren würde bei sämtlichen weiteren wahlrelevanten Übermittlungen, insbesondere auch der rechtssicheren Rücksendung der Briefwahldoku-

44 Zum Problemkreis der Extraterritorialität im Allgemeinen jüngst *Winfried Huck*, Extraterritorialität US-amerikanischen Rechts im Spannungsverhältnis zu nationalen, supranationalen und internationalen Rechtsordnungen, in: *Neue Juristische Online-Zeitschrift* 2015, H. 27, S. 993 – 1001.

45 Vgl. *Arne Pautsch / Robert Müller-Török*, Grenzüberschreitende Zustellung von Briefwahlunterlagen, a.a.O. (Fn. 24), S. 89.

46 BGBl. II 1990, S. 358.

47 Dieses ist in Wahlangelegenheiten anwendbar, wie sich aus Ziffer 13 des Explanatory Reports zu diesem Vertrag ergibt: „Paragraph 3 has the function of enabling states which so desire for reasons connected with their legal system or practice to exclude certain administrative matters from the scope of the Convention, such as, for example, electoral or military affairs etc.“ Council of Europe, Explanatory Report to the European Convention on the Service Abroad of Documents relating to Administrative Matters, Strasbourg, 24. November 1977, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/094.htm> (Abruf am 4. April 2015).

48 Vgl. ebenda, Rz. 21.

49 Vgl. Council of Europe, List of Declarations Made with Respect to Treaty No. 094, European Convention on the Service Abroad of Documents relating to Administrative Matters, Status as of 24. August 2015, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?CL=ENG&CM=1&NT=094&VL=1> (Abruf am 24. August 2015).

mente, zu beachten sein. Nach Maßgabe des EÜZSV dürfte die gegenwärtig praktizierte direkte postalische Zustellung an Auslandsdeutsche (zum Beispiel in Frankreich) mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht zulässig sein. Überdies ist das EÜZSV nur von acht der insgesamt 47 Mitgliedstaaten des Europarates ratifiziert worden und könnte somit ohnehin nur bedingt zur Anwendung gelangen.

Soweit also, wie die geübte Praxis zu belegen scheint, die Übermittlung von Briefwahlunterlagen an Auslandsdeutsche auf rein völkergewohnheitsrechtlicher Grundlage mittels direkter postalischer Zustellung erfolgt, erhöht dies neben den angedeuteten rechtlichen Bedenken zusätzlich die Fehler- beziehungsweise gar Manipulationsanfälligkeit nicht unerheblich. Ein bislang offenbar überhaupt nicht thematisiertes Problem stellt in diesem Kontext rechtlich nicht unzulässiges Handeln durch autorisierte Personen nach den nationalen Rechtsvorschriften des Staates dar, in dem sich der Auslandsdeutsche aufhält. Wie insbesondere der US-Supreme Court in seiner ständigen Rechtsprechung festhält, verstößt zum Beispiel das Öffnen von internationalen Briefsendungen – und somit auch von Briefwahlunterlagen – nicht gegen den vierten Verfassungszusatz.<sup>50</sup> Der Supreme Court betont in der Entscheidung *United States vs. Ramsey*<sup>51</sup>, in der es um die Zulässigkeit der Öffnung und Durchsichtung von Postsendungen aus dem Ausland an einen US-Bürger ohne Durchsuchungsbeschluss und ohne begründeten Verdacht ging, ausdrücklich wie folgt: „(...) That searches made at the border, pursuant to the longstanding right of the sovereign to protect itself by stopping and examining persons and property crossing into this country, are reasonable simply by virtue of the fact that they occur at the border should, by now, require no extended demonstration.“ Dabei betont der Supreme Court seine Tradition der Rechtsprechung zu diesem Thema, beispielsweise: „This interpretation, that border searches were not subject to the warrant provisions of the Fourth Amendment and were ‘reasonable’ within the meaning of that Amendment, has been faithfully adhered to by this Court (...).“<sup>52</sup> Und weiter mit besonderer Deutlichkeit: „Boarder searches, then, from before the adoption of the Fourth Amendment, have been considered to be ‘reasonable’ by the single fact that the person or item in question had entered into our country from outside. There has never been any additional requirement that the reasonableness of a border search depended on the existence of probable cause. This longstanding recognition that searches at our borders without probable cause and without a warrant are nonetheless ‘reasonable’ has a history as old as the Fourth Amendment itself.“<sup>53</sup>

Da ein verbindliches zwischenstaatliches Abkommen, das Briefwahlunterlagen von dieser zufälligen Inspizierung durch zum Beispiel die US-amerikanischen Post- und Zollbehörden ausnimmt, fehlt, liegt es im freien Ermessen der jeweiligen Post- oder Zollstelle der USA, auch Briefwahlunterlagen beim Eingehen beziehungsweise Verlassen des US-Hoheitsgebietes zu öffnen. Dazu ist nach dem anwendbaren Recht der USA kein Durchsuchungsbeschluss notwendig, nicht einmal ein konkreter Verdacht. Das bedeutet bezogen auf die geschätzt rund 1,1 Millionen Auslandsdeutschen (und somit potenziell aktiv Wahlberechtigten zum Deutschen Bundestag) in den USA, dass es faktisch vom Zufall abhängt,

50 Vgl. *United States vs. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977).

51 Vgl. ebenda.

52 Mit Verweis auf *Carroll vs. United States*, 267 U.S. 132 (1925).

53 *United States vs. Ramsey*, a.a.O. (Fn. 50).

ob aus Deutschland übersandte Briefwahlunterlagen zugestellt werden beziehungsweise die nach erfolgter Stimmabgabe per Briefwahl nach Deutschland zurückgesandten Dokumente geöffnet werden und folglich dann gemäß § 75 Abs. 2 Satz 2 BWO i.V.m. § 39 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 BWG nicht gewertet werden dürfen. Analoge Probleme gibt es in der Finanzverwaltung im Zusammenhang mit der Bekanntgabe von Steuerverwaltungsakten nach § 122 AO. So verweist etwa das Bundeszentralamt für Steuern in seinen Empfehlungen ausdrücklich darauf, dass eine Vielzahl von Staaten eine Bekanntgabe von Steuerverwaltungsakten durch einfachen Brief oder durch Einschreiben mit internationalem Rückschein in ihrem Hoheitsgebiet lediglich toleriere.<sup>54</sup> Weiter wird auf 13 Staaten verwiesen, in die überhaupt keine Bekanntgabe beziehungsweise Zustellung möglich ist.<sup>55</sup> Dies belegt, dass es sich bei den rechtlichen Schranken einer sicheren grenzüberschreitenden Zustellung behördlicher (auch wahlbehördlicher) Schriftstücke keineswegs um ein singuläres – die Briefwahl der Auslandsdeutschen betreffendes – Problem handelt.

Ein weiterer Grund, die Briefwahl in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung als überwiegend unzulänglichen Wahlmodus für Auslandsdeutsche anzusehen, ist die Regelung der Fristen im Wahlverfahren. Wie ausführlich gezeigt wurde, sind diese mit Blick auf die postalische Beförderung über weite Distanzen nicht mit hinreichender Sicherheit geeignet, eine effektive Wahrnehmung schon allein der Rechte im Wahlverfahren als Verwaltungsverfahren (siehe oben 4.1.) zu gewährleisten.<sup>56</sup> Da wahlberechtigte Auslandsdeutsche keine Benachrichtigung über einen erfolgten Eintrag in das Wählerverzeichnis erhalten und die Wahlunterlagen circa einen Monat vor dem Wahltag übersandt werden, laufen sämtliche Bestimmungen von BWG und BWO bezüglich der Verfahrensrechte – etwa solche nach Maßgabe der §§ 14 ff., 24 ff. BWO – für Auslandsdeutsche regelmäßig schon deshalb leer, weil Briefe zwischen beispielsweise Deutschland und China laut Laufzeitorientierung der Deutschen Post AG sechs bis elf Werktagen (nicht Kalendertage!) benötigen.<sup>57</sup> So ist auch die in § 18 Abs. 1 BWO vorgesehene Frist, nach der Anträge auf Eintragung in das Wählerverzeichnis bis 21 (Kalender-)Tage vor der Wahl gestellt werden können, ebenso wie die Frist für Widersprüche, Benachrichtigungen etc., auf dem Postwege faktisch nicht darstellbar, wenn man nicht innerhalb Deutschlands lebt. Auch die Bestimmung des § 27 Abs. 4 BWO, wonach Wahlscheine bis zum zweiten Tag vor der Wahl (18.00 Uhr) beantragt werden können, kann von Auslandsdeutschen nicht realisiert werden.

Zusammenfassend ist also mit Blick auf die verfassungsrechtlich gebotene effektive Wahlteilnahme der Auslandsdeutschen bei der derzeit geltenden Briefwahl festzuhalten, dass sie

- (wölker-)rechtlichen Bedenken insoweit ausgesetzt ist, als die Übermittlung von Briefwahlunterlagen als Form der extraterritorialen Zustellung allenfalls subsidiär durch Völkergewohnheitsrecht getragen wird;

54 Vgl. Bundeszentralamt für Steuern, Internationale Amtshilfe Beitreibung und Zustellung, [http://www.bzst.de/DE/Steuern\\_International/Internationale\\_Amtshilfe/Beitreibung\\_Zustellung/Beitreibung\\_Zustellung\\_node.html](http://www.bzst.de/DE/Steuern_International/Internationale_Amtshilfe/Beitreibung_Zustellung/Beitreibung_Zustellung_node.html) (Abruf am 23. November 2016).

55 Vgl. ebenda. Das betrifft unter anderem große Flächenstaaten wie China, Mexiko, die Russische Föderation und die Ukraine.

56 Vgl. *Robert Müller-Török / Arne Pautsch*, Stochastische Verfälschung von Wahlergebnissen, a.a.O. (Fn. 24), S. 192 ff.

57 Vgl. ebenda und die dort angegebenen Quellen.

- sämtliche Wahlhandlungen und -akte im Ausland, das heißt außerhalb des deutschen Staatsgebietes, der Überprüfung durch Wahlbehörden und gegebenenfalls der Wahlgerichtsbarkeit entzogen sind;
- Eingriffe ausländischer Behörden, die nach dem jeweiligen nationalen Recht zulässig sind, das Wahlergebnis stochastisch beeinflussen können;
- durch die Ausgestaltung der Fristen weitere stochastische Elemente das Wahlergebnis mindestens beeinflussen beziehungsweise die Ausübung des aktiven Wahlrechts in Abhängigkeit vom jeweiligen Wohnsitzland faktisch unmöglich machen.

### 5. Grundrechtliche Absicherung eines „Rechts auf effektive Wahlteilnahme“

Die gezeigten Erschwernisse bei der effektiven Wahlteilnahme finden ihre Ursache vor allem in der reinen Ausgestaltung des Auslandsdeutschenwahlrechts als Briefwahl und somit als reine Distanzwahl. Diese bezieht sich nicht nur auf den eigentlichen Wahlakt, sondern betrifft sämtliche Wahlvorbereitungshandlungen, die ebenfalls ausschließlich auf dem Briefwege durchzuführen sind. Dies wiederum potenziert die ohnehin störungsanfällige Briefwahl<sup>58</sup> mit Blick auf den gesamten Wahlprozess. Somit erhöhen sich zugleich die Fehleranfälligkeit und die damit verbundene Beeinflussbarkeit des Wahlergebnisses bezüglich der Zweitstimmen bei der Wahl der Auslandsdeutschen weiter. Gleiches dürfte mit Blick auf das Wahlkreisergebnis (Erststimme) bei signifikanter Kumulation von Auslandsdeutschenstimmen im letzten Wahlkreis anzunehmen sein. Es kann folglich, wie bereits eingangs angedeutet wurde, von einer Zweitstimmenrelevanz der Auslandsdeutschen im System der personalisierten Verhältniswahl ausgegangen werden.

Im Gesamtkontext stellt sich nunmehr die Frage, ob es von Verfassungen wegen geboten ist, ein Recht auf effektive Wahlteilnahme als vom Grundgesetz vorgegeben anzunehmen. Ausgangspunkt einer solchen Betrachtungsweise ist die Gewährleistung eines „Grundrechts auf Demokratie“, wie es das BVerfG im Zusammenhang mit der Hoheitsrechtsübertragung an die Europäische Union, namentlich im Zusammenhang mit Änderungen und Erweiterungen der EU-Verträge, entwickelt hat. Das Verständnis des Gerichts basiert auf einer aus Artikel 38 Abs. 1 Satz 1 GG hergeleiteten Deutung, dass diese Verfassungsnorm nicht lediglich die Möglichkeit schütze, an einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechenden Wahl teilzunehmen; vielmehr begründe der grundlegende demokratische Gehalt dieser Garantie auch das Recht, an der Legitimation der Staatsgewalt durch das Volk auf Bundesebene aktiv mitzuwirken und auf ihre Ausübung Einfluss zu nehmen.<sup>59</sup> Auch ungeachtet der hier nicht einschlägigen Konstellation einer Hoheitsrechtsübertragung ist aus den Wahlrechtsgrundsätzen des Artikels 38 Abs. 1 Satz 1 GG ein subjektives Recht auf Demokratie hergeleitet worden, das seine ausdrückliche Stütze in der erwähnten Verfas-

58 Die Presse etwa berichtet um jeden Wahltermin diesbezügliche Störungsmeldungen, vgl. zum Beispiel *Lina Timm*, Briefwahl-Skandal: Bleiben Tausende Wähler ohne Stimme?, in: Focus online vom 21. September 2013, [http://www.focus.de/politik/deutschland/bundestagswahl-2013/tid-33649/stimmzettel-verschwunden-briefwahl-skandal-bleiben-tausende-waehler-ohne-stimme\\_aid\\_1107824.html](http://www.focus.de/politik/deutschland/bundestagswahl-2013/tid-33649/stimmzettel-verschwunden-briefwahl-skandal-bleiben-tausende-waehler-ohne-stimme_aid_1107824.html) (Abruf am 6. Mai 2016).

59 Vgl. BVerfGE 89, S. 155, S. 172; siehe auch BVerfGE 97, S. 350, S. 368; 123, S. 267, S. 330; 134, S. 366, S. 396. So auch *Horst Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 3. Auflage, Tübingen 2015, Artikel 20 Rn. 80.

sungsrechtsprechung findet.<sup>60</sup> Es wäre demnach also denkbar und (verfassungs-)rechtlich zulässig, eine Ausgestaltung des Wahlrechts, die den Wahlrechtsgrundsätzen entspricht und eine effektive Wahlteilnahme ermöglicht, sogar im Wege der Individualverfassungsbeschwerde verfassungsprozessual einzuklagen. Ein entsprechendes subjektiv-öffentliches Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art 3 Abs. 1 GG besteht somit nach der BVerfG-Judikatur.

Das Gericht zielt mit seiner Entscheidung vor allem auf eine gleichheitsgerechte Ausgestaltung des Wahlrechts.<sup>61</sup> Daraus ist hier zu folgern, dass der Wahlgesetzgeber gehalten ist, unter dem Aspekt der Allgemeinheit der Wahl das Wahlrecht so auszugestalten, dass allen Auslandsdeutschen eine Teilnahme *effektiv* ermöglicht wird.

Wendet man das subjektiv-öffentliche „Recht auf Demokratie“ in einem objektiv-rechtlichen Sinne als an den Gesetzgeber gerichtete Verpflichtung, eine einfachgesetzliche Ausgestaltung des Wahlrechts vorzusehen, die funktionsadäquat ist und auch unter dem Aspekt der Allgemeinheit der Wahl eine Ungleichbehandlung ausschließt, dann gibt es eindeutig aktuellen Handlungsbedarf.

## 6. E-Voting als mögliche Alternative?

Denkt man auf Grund der dargelegten Unzulänglichkeiten der Briefwahl an die Einführung von E-Voting, das heißt die ausschließliche Stimmabgabe der Auslandsdeutschen über das Internet, gibt es zwar Algorithmen und Produkte, die den Anforderungen des Wahlrechts prinzipiell genügen<sup>62</sup>; allerdings trifft dies zumeist nicht auf die bisher bei echten Wahlen eingesetzten Systeme für E-Voting zu. So entschied etwa der Österreichische Verfassungsgerichtshof bei der Aufhebung der mittels E-Voting durchgeführten Hochschülerchaftswahlen 2009 unter anderem wie folgt: „Daher genügt es auch nicht, wie der Bundesminister vermeint, dass das Wahlergebnis durch die Wahlbehörde oder die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts anhand eines zusammenfassenden Papierausdruckes von einer CD-Rom zur Kenntnis genommen werden kann.“<sup>63</sup>

Ähnliche Bedenken führten 2008 in Finnland dazu, dass das oberste Verwaltungsgericht die per E-Voting durchgeführten Kommunalwahlen aufhob, bei denen mehr als 200 Stimmen nicht nachvollziehbar verschwunden waren.<sup>64</sup> Bei Regionalwahlen im Vereinigten Königreich äußerte der offizielle Report unter anderem massive Bedenken dagegen, dass einzelne elektronische Stimmen vom Personal des Softwareherstellers per Hand editiert

60 Dafür ausdrücklich auch *Klaus Ferdinand Gärditz / Christian Hillgruber*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, in: *Juristenzeitung*, 64. Jg. (2009), H. 18, S. 872 – 881, S. 872 f.

61 Siehe auch *Michael Sachs*, a.a.O. (Fn. 30), S. 377.

62 Vgl. hierzu *Alexander Prosser / Robert Müller-Török*, E-Democracy: Eine neue Qualität im demokratischen Entscheidungsprozess, in: *Wirtschaftsinformatik* 2002, H. 6, S. 545 – 556, S. 545 ff.; sowie jüngst *Alexander Prosser*, Transparency in eVoting – Lessons learnt“, in: *Transforming Government – People, Process and Policy*, 8. Jg. (2014), H. 2, S. 171 – 184; *Alexander Balhasar / Alexander Prosser*, a.a.O. (Fn. 2), S. 264 ff.

63 Verfassungsgerichtshof, V 85-96/11-15 vom 13. Dezember 2011, Rz 22.

64 Vgl. *Juhani Karhumäki / Tommi Meskanen*, Audit Report on Pilot Electronic Voting in Municipal Elections, University of Turku, Turku 2008, passim.

werden mussten, um sie auszählen zu können.<sup>65</sup> Es tut sich – neben den dokumentierten Unzulänglichkeiten der am Markt befindlichen Systeme<sup>66</sup> – aber ein anderer Fragenkomplex auf: Ganz gleich, für welches E-Voting-Verfahren sich der Wahlgesetz- beziehungsweise Verordnungsgeber entscheidet, muss es erstens eine gesicherte Kommunikation zwischen dem Server der Wahlbehörde in Deutschland und dem Client des Auslandsdeutschen geben, die die Identität des Auslandsdeutschen in einer Weise sicherstellt, die für eine Bundestagswahl zu fordern ist, und zweitens eine gesicherte Kommunikation zwischen dem Auslandsdeutschen und den Wahlbehörden (beispielsweise um einen Antrag auf Berichtigung des Wählerverzeichnisses zu stellen). Schließlich muss – drittens – der Grundsatz der geheimen Wahl gewahrt sein.

Bereits die Sicherstellung der elektronischen Identität (eID) des (wahlberechtigten) Auslandsdeutschen stößt auf rechtliche wie tatsächliche Hindernisse. An diesen lässt sich abermals ablesen, dass die Ausgestaltung des Wahlverfahrens als besonderes Verwaltungsverfahren unzureichend ist und es insoweit an der Justiziabilität einzelner Verfahrensakte mangelt, denn das im (Verwaltungs-)Verfahrensrecht vorgesehene Instrument ist nach § 2 Abs. 3 EGovG (Bund)<sup>67</sup> ausschließlich der elektronische Identitätsnachweis nach § 18 PAuswG. Sofern der Wahlgesetzgeber diese Instrumente auch für die Bundestagswahl und die damit in Zusammenhang stehenden Verwaltungsvorgänge einführen möchte, bedeutete dies für den Auslandsdeutschen, dass er über einen gültigen Personalausweis mit eID verfügen müsste, vor Ort im Ausland ein entsprechendes Kartenlesegerät benötigte, die Software des Bundesinnenministeriums auf seinem Rechner installieren müsste und zudem die gesicherte Zustellung der Zugangskennung beziehungsweise anderer Zugangsdaten zu gewährleisten wäre.

Während diese Anforderungen in Deutschland wohl noch mit vertretbarem Aufwand erfüllbar wären, gestaltete sich dies für die Internetwahl vom Ausland aus jedenfalls nicht barrierefrei<sup>68</sup> und würde somit abermals – wie bereits bei der ebenfalls unzureichend ausgestalteten Briefwahl – zu einem weiteren Konflikt mit dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl führen. Dies möge nur anhand des Einzelaspekts herausgestellt werden, dass der für die Wahlteilnahme erforderliche deutsche Personalausweis nur bei der zuständigen Botschaft beziehungsweise dem zuständigen Generalkonsulat erhältlich ist, wobei diese Regelung zudem ohnehin erst seit 1. Januar 2013 gilt; davor waren die Auslandsvertretungen keine Personalausweisbehörden. Im Gegensatz zu den meisten Inlandsdeutschen besteht für die Auslandsdeutschen überdies keine Pflicht, einen Personalausweis zu besitzen (§ 1 Abs. 1

65 Vgl. Actica, „Technical Evaluation of Rushmoor Borough Council E-Voting Pilot 2007“, Electoral Commission of the United Kingdom, § 6.2.10 bis § 6.2.12.

66 Vgl. insbesondere das Resümee von *Alexander Prosser*, a.a.O. (Fn. 62), S. 182.

67 Sowie der entsprechenden Bestimmungen in den E-Government-Gesetzen der Länder, auf die es mit Blick auf das nur für die Bundestagswahlen eingeräumte Wahlrecht der Auslandsdeutschen offenkundig nicht ankommt.

68 Hier seien nur beispielhaft genannt: die ausschließlich bei der Personalausweisbehörde mögliche Neusetzung einer vergessenen PIN für den Personalausweis, die postalische Zustellung des PIN-Briefes der Bundesdruckerei in das Ausland oder die Tatsache, dass der Hersteller des vom Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik empfohlenen und einzig zertifizierten Komfortkartenlesegerätes, ausschließlich nach Deutschland, Belgien, Dänemark, Liechtenstein, Luxemburg, Niederlande, Österreich und Schweiz liefert (vgl. Onlineshop der Reiner SCT unter <https://www.chipkartenleser-shop.de/shop/rsct/basket> (Abruf am 15. Juli 2016)).

PAuswG). Es ist deshalb davon auszugehen, dass nur eine Minderheit überhaupt über Personalausweise verfügt, und von denen wiederum auch nur ein geringer Teil eine eID überhaupt aktiviert hat.

Im Ergebnis wird offenbar, dass auch E-Voting prima facie keinen geeigneten Ausweg aus den Dilemmata der Distanzwahl weist. Die distanzbedingten Unzulänglichkeiten, wie sie oben bereits für die Briefwahl festgestellt werden konnten, tun sich in nahezu gleicher Weise auch bei der internetbasierten Wahl auf, die begriffslogisch ebenfalls immer Distanzwahl ist.

### *7. Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick: gesetzgeberischer Handlungsbedarf*

Das in § 12 Abs. 2 BWG geregelte aktive Wahlrecht der Auslandsdeutschen ist erneut auf den Prüfstand zu stellen, denn auch nach der jüngsten Änderung des Wahlrechts bestehen Unzulänglichkeiten fort, die aus der mangelnden Justiziabilität einzelner Verstöße im Wahlverfahren außerhalb der Wahlprüfungsbeschwerde herrühren. Die damit verbundenen Verkürzungen des Rechtsschutzes gegen Wahlverfahrenshandlungen potenzieren sich abermals, wenn – wie bei den Auslandsdeutschen – der Wahlmodus einzig auf die Briefwahl als Form der Distanzwahl beschränkt ist. Da somit zentrale prozedurale Rechte wie der Einspruch gegen die Richtigkeit des Wählerverzeichnisses tatsächlich gar nicht in Anspruch genommen werden können, weil unter anderem die Postlaufzeiten dies ausschließen, ist das Recht auf effektive Wahlteilnahme faktisch ausgeschlossen. Dies wiederum schränkt den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl ein, da es dem Gesetzgeber verwehrt ist, zunächst das Wahlrecht für Auslandsdeutsche einzuräumen, dieses sodann jedoch einem unzulänglichen Wahlverfahren zu unterstellen. Die funktionsadäquate Ausgestaltung des Wahlrechts durch den Gesetzgeber ist vielmehr Ausfluss des Demokratieprinzips, das sich nach neuerer Rechtsprechung des BVerfG zu einem einklagbaren „Grundrecht auf Demokratie“ verdichtet. In seiner objektivrechtlichen Ausprägung sollte es den Gesetzgeber dazu anhalten, alsbald für eine funktionsgerechte Ausgestaltung des Wahlrechts für Auslandsdeutsche im BWG zu sorgen. Dabei ist vorrangig die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, es den deutschen Auslandsvertretungen zu ermöglichen, wahlbehördliche Funktionen zu übernehmen. Das Angebot der Präsenzwahl etwa in den exterritorialen konsularischen Vertretungen würde im Unterschied zur Briefwahl eine gesicherte und effektive Wahlteilnahme gewährleisten. Neben etwaigen verwaltungsorganisatorischen Hürden bei der Wahldurchführung könnte eine solche Lösung angesichts der mitunter großen Distanzen zur nächsten Auslandsvertretung allerdings auch die Frage aufwerfen, ob hierdurch eine signifikante Wahlbeteiligungssteigerung zu erwarten ist. Im Ergebnis spricht daher Überwiegendes dafür, auf längere Sicht das Wahlrecht der Auslandsdeutschen als Referenzfeld für den – indes rechtsicher auszugestaltenden – Einsatz von E-Voting vorzusehen.