

# Nachzählung bei knappen Wahl- und Abstimmungsergebnissen – überhöhte Erwartungen?

Überlegungen aus juristischer und politologischer Sicht



GEORG LUTZ,  
Dr., Bern



RETO FELLER,  
Fürsprecher, Bern



MARKUS MÜLLER,  
Prof. Dr., Bern

## Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Verfassungs- und gesetzesrechtliche Grundlagen
  - A. Anspruch auf korrekte Ermittlung des Wahl- und Abstimmungsergebnisses
  - B. Voraussetzungen der Nachzählung gemäss den Wahl- und Abstimmungserlassen
    1. Schwellenwerte in kantonalen Wahl- und Abstimmungserlassen
    2. Knappheit des Resultats und weitere Verdachtsgründe
    3. Rechtslage auf eidgenössischer und kommunaler Ebene
    4. Verfahrensrechtliche Eckpunkte
- III. Bundesgerichtliche Anordnung einer Nachzählung der Stadtberner Gemeinderatswahlen
  - A. Knappes Wahlresultat und nachfolgendes Gemeindebeschwerdeverfahren
  - B. Die Sorge des Bundesgerichts um das Vertrauen des Stimmbürgers
  - C. Bemerkungen zu den bundesgerichtlichen Erwägungen
    1. Keine Praxisänderung
    2. Relevanz des Ursachenzusammenhangs
    3. Verhältnismässigkeit der Anordnung einer Nachzählung
- IV. Fehlerquellen bei der Ermittlung von Wahl- und Abstimmungsergebnissen
  - A. Vielzahl potentieller Verfälschungsmöglichkeiten
    1. Die Identifikation der Stimmberechtigten
    2. Die Stimtabgabe (Stimmegeheimnis)
    3. Im Auszählverfahren
  - B. Grösse der Fehler
- V. Probleme im Umgang mit knappen Ergebnissen
  - A. Wann ist ein Ergebnis "knapp"?
  - B. Unterscheidungen nach der Art der Urnengänge
    1. Abstimmungen
    2. Majorzwahlen
    3. Proporzwahlen
  - C. Umfang der Nachzählung
    1. Die einzelnen Zählschritte
    2. Selektive Nachkontrolle als Ziel
  - D. Wie häufig sind knappe Urnengänge?
- VI. Erkenntnisgewinn bei Nachzählungen
  - A. Die Fehlerstreuung bei mehrfacher Zählung und Nachzählung
  - B. Die ungewisse Wahrscheinlichkeit
  - C. Die praktischen Grenzen

## VII. Praktische Alternativen

- A. Akzeptanz von Zufallsresultaten
- B. Verfahrensregeln als Kompensation
- C. Was ist politisch klug?

## I. Einleitung

Am 28. November 2004 fanden in der Stadt Bern Gemeinderatswahlen statt. Nach der Auszählung der Stimmen für den Gemeinderat gab es innerhalb der Links-Grünen Liste ein äusserst knappes Ergebnis zwischen dem dritten und vierten Platz. Gewählt wurde mit 19 Stimmen Vorsprung die Kandidatin des Grünen Bündnisses *Regula Rytz* vor dem Kandidaten der Grünen Freien Liste *Alec von Graf-fenried*. Gegen dieses Ergebnis erhoben Personen aus dem Umfeld des unterlegenen Kandidaten Beschwerde und forderten eine Nachzählung. Die Beschwerde wurde vom Regierungsstatthalteramt in erster Instanz und vom Regierungsrat des Kantons Bern in zweiter Instanz abgewiesen.<sup>1</sup> Das Bundesgericht hingegen hiess die Beschwerde gut und verpflichtete die Stadt Bern zu einer Nachzählung<sup>2</sup>, welche am 7. Oktober 2005 stattfand und das erste Resultat bestätigte. Allerdings schmolz der Stimmenvorsprung von *Regula Rytz* auf 6 Stimmen zusammen.

Gegenstand der juristischen Auseinandersetzung bildete die Frage, ob ein knappes Resultat alleine eine Nachzählung rechtfertigt. Dies wurde vom Bundesgericht wie von allen vorhergehenden Instanzen zwar verneint. Bei der Nachprüfung des Zählvorgangs wurde allerdings ein gravierender Fehler entdeckt. Die Stadt Bern hatte es versäumt, die brieflich abgegebenen unveränderten Wahlzettel zu stempeln oder zu stanzen. Da dies keinen Einfluss auf die Reihenfolge der Kandidaten innerhalb der linken Liste haben konnte, lehnten sowohl das Regierungstatthalteramt Bern als auch der Regierungsrat des Kantons Bern die Beschwerde ab. Das Bundesgericht machte hingegen geltend, dass dieser Fehler genüge, um Zweifel am Ergebnis aufkommen zu lassen und ordnete eine Überprüfung an.

---

Prof. Dr. MARKUS MÜLLER ist als Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht, Fürsprecher RETO FELLER als wissenschaftlicher Assistent am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern tätig. Sie sind für den juristischen Teil (Kap. I–III) verantwortlich. Der politikwissenschaftliche Teil (Kap. IV–VII) stammt von Dr. GEORG LUTZ, welcher als Oberassistent am Institut für Politikwissenschaft der Universität Bern arbeitet. Er dankt SIMON HUG, JÜRIG SCHWERI sowie HANS-URS WILI für wertvolle Hinweise.

- 1 Entscheid des Berner Regierungsrats vom 20.4.2005, vgl. <<http://www.portalbackend.be.ch/public/media/DisplayFile.aspx?fileId=491&linkId=11359&linkName=Beschwerdeentscheid>>.
- 2 BGE 131 I 442 ff.

Die Stimmberechtigten haben gemäss Lehre und Praxis das Recht, dass kein Wahl- oder Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht ihren freien Willen zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Das Ermitteln dieses freien und unverfälschten Willens ist fehleranfällig und bietet in der Praxis mannigfache Probleme. Deren Bewältigung wirft sowohl in rechtlicher als auch in politologischer Hinsicht heikle Fragen auf. Ihnen widmet sich der vorliegende Beitrag, wobei sich der Fokus vor allem auf den delikaten Umgang mit knappen, möglicherweise fehlerbehafteten Ergebnissen richtet. Im ersten (juristischen) Teil werden zunächst die verfassungs- und gesetzesrechtlichen Grundlagen im Zusammenhang mit Nachzählungen dargelegt (Kapitel II). Vor diesem Hintergrund soll das Urteil des Bundesgerichts zum Berner Fall kritisch betrachtet werden (Kapitel III).

In einem zweiten Teil folgen Überlegungen aus politologischer Sicht. Dabei wird zunächst der Frage nachgegangen, in welchen Phasen des Wahl- und Abstimmungsvorgangs die häufigsten Fehlerquellen zu orten sind (Kapitel IV). Sodann werden praktische Probleme im Umgang mit knappen Ergebnissen und der Durchführung einer Nachzählung diskutiert (Kapitel V). Ein Exkurs über Statistik soll erhellen, welcher Erkenntnisgewinn von einer Nachzählung überhaupt erwartet werden kann (Kapitel VI). Den Abschluss machen einige Reflexionen über mögliche Alternativen zu einer Nachzählung (Kapitel VII).

## II. Verfassungs- und gesetzesrechtliche Grundlagen

### A. Anspruch auf korrekte Ermittlung des Wahl- und Abstimmungsergebnisses

Art. 34 Abs. 2 BV garantiert die Wahl- und Abstimmungsfreiheit auf allen föderalen Stufen. Die Stimmberechtigten sollen ihre politische Entscheidung "gestützt auf einen gesetzeskonformen sowie möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen können."<sup>3</sup> Dieser Anspruch auf freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe ist in ein Bündel verschiedener Teilgarantien untergliedert. In der Phase der Willensbildung schützt er vor unzulässiger Einflussnahme seitens der Behörden und von Privaten<sup>4</sup> und verlangt nach Einheit von Form und Materie der Abstimmungsvorlage<sup>5</sup>. Direkt auf das politische Grundrecht des Art. 34 Abs. 2 BV stützt sich ferner der Anspruch auf geheime Stimmabgabe<sup>6</sup>. Nach durchgeführter Wahl oder Abstimmung müssen die Ergebnisse korrekt ermittelt werden. Grundsätzlich hat jeder Stimmberechtigte das gleiche Stimmgewicht und die Erfassung und Auszählung der abgegebenen Stimmen muss arithmetisch richtig erfolgen<sup>7</sup>. Die Stimmbürgerschaft hat ein "Recht auf ordnungsgemässe und sorgfältige Auszählung der Stimmen"<sup>8</sup>. Dieses Recht umschliesst einen *stimmrechtlichen Anspruch auf Nachzählung*. Zu dessen Voraussetzungen hat sich das Bun-

desgericht mehrfach vernehmen lassen. Im Lichte dieser Vorgaben sind die im nachfolgenden Abschnitt (vgl. Bst. B) dargestellten kantonalen Vorschriften zu interpretieren<sup>9</sup>.

Das Bundesgericht hat sich erstmalig eingehend in BGE 98 Ia 73 ff. mit der Frage beschäftigt, inwiefern gestützt auf die – damals ungeschriebene – Wahl- und Abstimmungsfreiheit ein Anspruch auf Nachzählung besteht. Einen solchen hat es nur für Fälle bejaht, in denen der Stimmbürger auf *konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung* oder für ein *gesetzwidriges Verhalten* hinzuweisen vermag. Ausdrücklich hat es das Bundesgericht verworfen, den Anspruch des Stimmbürgers auf Nachzählung einzig mit einem sehr knappen Abstimmungsergebnis zu begründen. Diese Rechtsprechung beruht auf der Überlegung, ein zweckmässig geordnetes Wahl- und Abstimmungsverfahren biete hinreichende Gewähr für eine sorgfältige Ermittlung der Ergebnisse<sup>10</sup>. Im Entscheid zu den Berner Gemeinderatswahlen wird diese Praxis erneut bestätigt<sup>11</sup>.

3 BGE 130 I 290 E. 3.1, 294; vgl. auch 121 I 138 E. 3, 141; 118 Ia 259 E. 3, 261 f.; Entscheid des Berner Regierungsrats vom 28.1.2004, BVR 2005, 145 E. 2, 150; Entscheid des Luzerner Regierungsrats vom 27.1.2004, LGVE 2004 III Nr. 10 E. 5.1, 431.

4 Betreffend die Einflussnahme von Behörden, vgl. statt vieler MICHEL BESSON, Behördliche Information vor Volksabstimmungen, Diss. Bern 2002; ferner YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, N. 2577 ff., 2663 ff.; GEROLD STEINMANN, Die Gewährleistung der politischen Rechte durch die neue Bundesverfassung (Art. 34 BV), ZBJV 2003, 491 ff.; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, § 52 N. 1 ff., 27 ff.; STEPHAN WIDMER, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Diss. Zürich 1989, 178 ff., 271 ff. Aus der Rechtsprechung: BGE 130 I 290 E. 3.2 und 3.3, 294 ff. und E. 5, 303 ff. m.w.H.; 119 Ia 271 E. 3c, 274.

5 BGE 129 I 366 E. 2, 369 ff.; 114 Ia 413 E. 3, 416 ff.; HANGARTNER/KLEY (FN 4), N. 2480 ff.; ROBERT HURST, Der Grundsatz der Einheit der Materie, Diss. Zürich 2002; PIERRE TSCHANNEN, Die Formen der Volksinitiative und die Einheit der Form, ZBl 2002, 2 ff.

6 Vgl. hinten Kapitel IV.A.2. BGE 98 Ia 602 E. 8, 610; Urteil BGER vom 25.3.1970, ZBl 1970, 470 E. 2 und 3, 471 f. Vgl. statt vieler NADJA BRAUN, Stimmgeheimnis, Diss. Bern 2006; ferner HANGARTNER/KLEY (FN 4), N. 2563 ff.

7 HANGARTNER/KLEY (FN 4), N. 2551; WIDMER (FN 4), 171.

8 BGE 98 Ia 73 E. 4, 85; vgl. auch 121 I 138 E. 3, 142.

9 BGE 121 I 138 E. 3, 142; 104 Ia 428 E. 3a, 431. HANGARTNER/KLEY (FN 4), N. 2459 f.; GEROLD STEINMANN, N. 11 zu Art. 34 BV, in: BERNHARD EHRENZELLER/ PHILIPPE MASTRONARDI/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS VALLENDER (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, Zürich/Lachen 2002.

10 BGE 98 Ia 73 E. 4, 85 f.; bestätigt in 100 Ia 362 E. 5d, 365; 101 Ia 238 E. 4a, 245; 114 Ia 42 E. 4c, 47; Urteil BGER vom 13.6.2005 (1P.369/2004). Demgegenüber ist nach Meinung von BERNHARD MAAG, Urnenwahl von Behörden im Majorzsystem, Diss. Zürich 2004, 68 und WIDMER (FN 4), 173 f. alleine schon ein knappes Resultat – ohne Bezeichnung von Unregelmässigkeiten – anspruchsbegründend.

11 BGE 131 I 442 E. 3.3, 448 f.

Auf dieser Linie bewegt sich – vorbehaltlich spezifischer Rechtsgrundlagen in den einschlägigen Wahl- und Abstimmungserlassen – auch die *kantonale Rechtsprechung*. Danach ist zur Veranlassung einer Nachzählung der blosse Hinweis auf ein knappes oder sehr knappes Resultat nicht hinreichend<sup>12</sup>. Unverändert gilt diese Praxis auch nach dem amtlich nicht publizierten und in der Lehre unterschiedlich interpretierten Urteil des Bundesgerichts vom 15. Dezember 1994 betreffend die Waadtländer Grossratswahlen im Wahlkreis La Sarraz<sup>13</sup>. Dort gingen sämtliche drei zu vergebenden Mandate an die bürgerliche "Entente". Allerdings fehlte dem "Parti socialiste" für einen Sitz nur gerade eine Liste mit zwei Stimmen, weshalb er eine Nachzählung forderte. Doch nicht alleine diese bemerkenswerte Knappheit des Resultats war es, die das Bundesgericht schliesslich zur Anordnung einer Nachzählung bewogen hat. Ausschlaggebend war letztlich die nach waadtländischem Wahlrecht für die Glaubhaftmachung von Unregelmässigkeiten übermässig hoch angesetzte Hürde<sup>14</sup>. Seitdem gilt als Grundregel: Je knapper das Wahlresultat, desto geringer sind die Anforderungen an den Nachweis für Unregelmässigkeiten<sup>15</sup>.

## B. Voraussetzungen der Nachzählung gemäss den Wahl- und Abstimmungserlassen

### 1. Schwellenwerte in kantonalen Wahl- und Abstimmungserlassen

Es ist vorab eine Frage des kantonalen Rechts, unter welchen Voraussetzungen die Behörde eine Nachzählung anordnet und ob den einzelnen Wahl- und Abstimmungsberechtigten ein Anspruch auf Nachzählung zusteht<sup>16</sup>. Einschlägige Vorschriften sind zwar noch nicht in allen Kantonen verbreitet. Doch haben gerade in jüngster Zeit diverse Kantone nach knappen Auszählungsergebnissen<sup>17</sup> einen *Regelungsbedarf* erkannt und ihre Wahl- und Abstimmungserlasse entsprechend ergänzt<sup>18</sup>.

Das jüngste Beispiel liefert der Kanton Graubünden: Die Stimmbürger hatten am 18. Mai 2003 über eine Verfassungsvorlage zur Änderung des Wahlverfahrens zu befinden. Ergab die erste Auszählung noch einen Vorsprung von 12 Stimmen für das "Bündner Modell", eine Kombination aus Majorz und Proporz, kippte das Abstimmungsergebnis mit der Nachzählung. Nach der Überprüfung von 47719 Stimmzetteln wurde ein Plus von 24 Stimmen für den Majorz ermittelt<sup>19</sup>. Der amtlichen Anordnung einer Nachzählung hatte sich die Regierung zunächst widersetzt und eine solche erst auf Abstimmungsbeschwerden hin veranlasst<sup>20</sup>. Schliesslich hat die Regierung aber in Gutheissung weiterer Abstimmungsbeschwerden die Wiederholung der Abstimmung zum Wahlverfahren angeordnet. Sie endete am 14. September 2003 mit einem klaren Resultat für die Beibehaltung des Majorzsystems<sup>21</sup>. Das Fehlen klarer gesetzlicher Handlungsanweisungen dürfte mit ein Grund für das anfänglich zögerliche Verhalten der Bündner Regierung gewesen sein. Durch den neu gefassten Art. 43 GR-GPR<sup>22</sup>

wird das Entscheidungsverfahren im Zusammenhang mit knappen Wahl- und Abstimmungsergebnissen nun aber präziser determiniert:

- 12 Entscheid des Aargauer Regierungsrates vom 9.6.1999, ZBI 2000, 476 E. 4c/dd, 483 f.; Entscheid des Aargauer Departements des Innern vom 7.12.1973, AGVE 1973, 486 E. 1, 487 f.; Entscheid des Luzerner Regierungsrates vom 16.5.2000, LGVE 2000 III Nr. 11, 426 und vom 19.3.2002, LGVE 2002 III Nr. 6, 370; Entscheid des Obwaldner Regierungsrates vom 23.8.1988, OWVVG VIII Nr. 4 E. 4, 9; Entscheid des Zuger Regierungsrates vom 17.12.2002, ZGGVP 2002, 225 E. 6, 227 ff.; Frage offen gelassen im Entscheid des Zürcher Regierungsrates vom 19.9.2001 (RRB Nr. 1402/2001), E. 3d, 7, vgl. <<http://www.zhentscheide.zh.ch>>.
- 13 Auszugsweise wiedergegeben in Plädoyer 1995 (Heft 2), 53 f.; vgl. auch NZZ vom 16.12.1994, Nr. 294, 15.
- 14 Urteil BGE vom 15.12.1994, Plädoyer 1995 (Heft 2), E. 3d, 53 f. Dieses Urteil explizit auch im erwähnten Sinne würdigend BGE 131 I 442 E. 3.3, 449 sowie MAAG (FN 10), 67 f. Hingegen erkennt ein Teil der Lehre im erwähnten Urteil eine Praxisänderung: Nach BESSON (FN 4), 390 f., JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. A., Bern 1999, 369 und RENÉ RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, N. 1896, ist ein auf Art. 34 Abs. 2 BV gestützter Anspruch auf Nachzählung bei sehr knappem Ergebnis stets gegeben.
- 15 Kürzlich hat der Berner Regierungsrat ein Gesuch um Nachzählung der Grossratswahlen im Wahlkreis Emmental wegen fehlenden Hinweisen auf Unregelmässigkeiten abgewiesen. Auf der FDP-Liste ergab sich die minimale Differenz von einer Stimme bei einem Stimmenverhältnis des Letztgewählten zur ersten Nicht-Gewählten von 2211 zu 2210, vgl. die Medienmitteilung vom 20.4.2006, <<http://www.be.ch/aktuell/default.aspx?action=2&mmid=17242>>.
- 16 BGE 131 I 442 E. 3.2, 447; 98 Ia 73 E. 4, 84. MAAG (FN 10), 67; WIDMER (FN 4), 172.
- 17 Bsp.: Nachzählung von Stimmzetteln in rund 70 Gemeinden aus 13 Kantonen im Nachgang zur Asylinitiative (Abstimmung vom 24.11.2002), vgl. Antwort des Bundesrates auf die Interpellation von Hanspeter Seiler (Geschäftsnummer 02.3711 "Glaubwürdigkeit von Abstimmungsergebnissen"); Medienmitteilung der Schweizerischen Bundeskanzlei vom 26.11.2002. Einsatz interdepartementaler Nachzählgruppen zur Überprüfung der Unterschriftenlisten betreffend das Referendum gegen den Bundesbeschluss vom 4.10.1991 über den Bau der schweizerischen Eisenbahn-Alpentransversale (Alpentransit-Beschluss), vgl. BBI 1992 II 856 f.
- 18 Der BGE 131 I 442 ff. zu den Stadtberner Gemeinderatswahlen dürfte diese Tendenz fortsetzen.
- 19 "In Graubünden bleibt es beim Majorz", NZZ vom 11.6.2003, Nr. 132, 12; Amtsblatt des Kantons Graubünden vom 12.6.2003, Nr. 23, 1874 f.
- 20 Pressemitteilungen der Standeskanzlei Graubünden vom 20.5.2003 und der Regierung vom 3.6.2003.
- 21 Landesbericht Graubünden 2003, 25, vgl. <[http://www.gr.ch/Deutsch/Publikationen/\\_Archive/landesbericht\\_2003.pdf](http://www.gr.ch/Deutsch/Publikationen/_Archive/landesbericht_2003.pdf)>; Amtsblatt des Kantons Graubünden vom 18.9.2003, Nr. 37, 2915 (Stimmenverhältnis: 16498 zu 14318).
- 22 Gesetz über die politischen Rechte im Kanton Graubünden vom 17.6.2005 (BR 150.100).

### Art. 43 GR-GPR Nachzählung

<sup>1</sup>Beträgt beim ermittelten vorläufigen Gesamtergebnis einer Wahl oder Abstimmung die Differenz der Stimmen zwischen der letzten gewählten und der ersten nicht gewählten Person beziehungsweise zwischen den Ja- und Nein-Stimmen weniger als 0,3 Prozent der abgegebenen gültigen Stimmzettel, hat von Amtes wegen eine Nachzählung zu erfolgen.

<sup>2</sup>Im Übrigen ordnet bei kantonalen Wahlen und Abstimmungen die Regierung, bei Wahlen und Abstimmungen auf Bezirks- und Kreisebene die Verwaltungskommission beziehungsweise der Kreisrat, und bei der Wahl der Präsidentin beziehungsweise des Präsidenten des Regionalverbandes die zuständige Verbandsbehörde eine Nachzählung an, wenn konkrete Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten bestehen.

<sup>3</sup>[Bezeichnung der mit dem Vollzug beauftragten Behörden]

Noch differenzierter ist die Regelung im Kanton Zürich. Gemäss § 75 Abs. 3 ZH-GPR<sup>23</sup> ordnet die wahlleitende Behörde bei einem knappen Ausgang die Nachzählung an. Konkretisiert ist der Schwellenwert in der zugehörigen Verordnung<sup>24</sup>:

#### § 49 ZH-VPR Knapper Ausgang

<sup>1</sup>Ein knapper Ausgang der Abstimmung gemäss § 75 Abs. 3 GPR liegt in der Regel dann vor, wenn der Anteil der Ja-Stimmen zwischen 49,8 und 50,2 Prozent der Summe der Ja-Stimmen und der Nein-Stimmen liegt.

<sup>2</sup>Bei einer Mehrheitswahl liegt ein knapper Ausgang in der Regel in folgenden Fällen vor:

- a) Die Stimmendifferenz zwischen einer gewählten und einer nicht gewählten Person, die das absolute Mehr ebenfalls erreicht hat, beträgt weniger als 0,8 Prozent der Stimmen der gewählten Person.
- b) Eine Person wird wegen Nichterreichens des absoluten Mehrs nicht gewählt, und die Differenz zwischen ihrer Stimmenzahl und dem absoluten Mehr beträgt weniger als 0,8 Prozent des absoluten Mehrs.

Mit einer Teilrevision im Jahr 2004 hat auch der Kanton Schaffhausen einen Schwellenwert in sein Wahlgesetz eingefügt. Danach erfolgt von Amtes wegen eine Nachzählung, wenn die Differenz bei kantonalen und kommunalen Wahlen und Abstimmungen weniger als 0,3% der abgegebenen Stimmen beträgt. Auf jeden Fall erfolge eine Nachzählung, wenn die Differenz weniger als sechs Stimmen betrage, hält Art. 26a Abs. 1 SH-WAG fest<sup>25</sup>.

## 2. Knappheit des Resultats und weitere Verdachtsgründe

Zahlreiche weitere Kantone begnügen sich mit *wenig bestimmten Formulierungen*. So ist etwa im Kanton St. Gallen ein "sehr knappes Abstimmungsergebnis" nachzuzählen<sup>26</sup>. Die Obwaldner Wahlbehörden sind hingegen bereits bei "knappem Abstimmungsergebnis" zu einer Nachzählung verpflichtet<sup>27</sup>. Bei einem weiteren Kreis von Kantonen soll ganz allgemein und unabhängig der Stimmendifferenz für eine Nachzählung ausschlaggebend sein, ob "Anhaltspunkte" oder "Verdachtsgründe" auf ein falsch ermitteltes Resultat hindeuten<sup>28</sup>. Bemerkenswert ist schliesslich die basel-städtische Regelung. Gemäss § 79 Abs. 1 BS-WAG<sup>29</sup> ordnet der Regierungsrat bei stichhaltigen Gründen die

Nachzählung an. Man dürfte meinen, dem Stimmberechtigten werde damit ein individueller Durchsetzungsanspruch in die Hand gegeben; doch genau diesen spricht ihm Abs. 3 von § 79 BS-WAG explizit ab.

In Kantonen *ohne spezifische Gesetzesgrundlage* kann die Behörde von Amtes wegen eine Nachzählung anordnen, wenn dies dem "Gebot politischer Klugheit"<sup>30</sup> entspricht. Diese Befugnis ergibt sich aus der allgemeinen Verwaltungsaufsicht<sup>31</sup>. Regelungen wie diejenige des Kantons Bern, wonach die Behörde eine Nachzählung anordnen kann, wenn sie es "als geboten erachtet" (Art. 44 Abs. 2 BE-VPR<sup>32</sup>), haben demzufolge blossen Informationscharakter und führen nicht über den verfassungsrechtlichen Minimalstandard hinaus. Für diese amtlich angeordneten Nachzählungen ist bisweilen auch der Begriff der Kontrollzählung gebräuchlich<sup>33</sup>.

23 Gesetz über die politischen Rechte vom 1.9.2003 (LS 161). Auch die Rekursinstanz kann noch eine Nachzählung anordnen, vgl. § 151 Abs. 3 ZH-GPR.

24 Verordnung über die politischen Rechte vom 27.10.2004 (LS 161.1).

25 Gesetz über die vom Volke vorzunehmenden Abstimmungen und Wahlen sowie über die Ausübung der Volksrechte vom 15.3.1904 (SHR 160.100).

26 Art. 39 Abs. 4 des Gesetzes über die Urnenabstimmungen vom 4.7.1971 (sGS 125.3).

27 Art. 45 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Ausübung der politischen Rechte vom 1.3.1974 (GDB 122.11).

28 § 20 der Aargauer Verordnung zum Grossratswahlgesetz vom 11.7.1988 (SAR 152.111); Art. 58 Abs. 2 des Glarner Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen an der Urne vom 7.5.1989 (GS I D/22/2); § 36 der Thurgauer Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über das Stimm- und Wahlrecht vom 25.8.2003 (RB 161.11); Art. 81 Abs. 3 des Urner Gesetzes über die geheimen Wahlen, Abstimmungen und die Volksrechte vom 21.10.1979 (RB 2.1201).

29 Gesetz über Wahlen und Abstimmungen vom 21.4.1994 (SG 132.100).

30 BGE 131 I 442 E. 3.2, 448; 98 Ia 73 E. 4, 85; Entscheid des Luzerner Regierungsrates vom 26.6.1987, LGVE 1987 III Nr. 5, 350. Zu den Unschärfen dieses Begriffs, vgl. hinten, Kapitel VII.C.

31 BGE 131 I 442 E. 3.2, 447 f.; 104 Ia 428 E. 3c, 432; 101 Ia 238 E. 4a, 245. HANGARTNER/KLEY (FN 4), N. 2557; PIERRE TSCHANNEN, Stimmrecht und politische Verständigung: Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie, Basel 1995, 137; PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, in: DANIEL THÜRER ET AL. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 21 N. 39.

32 Verordnung über die politischen Rechte vom 10.12.1980 (BSG 141.112).

33 MAAG (FN 10), 65 f.

### 3. Rechtslage auf eidgenössischer und kommunaler Ebene

Wenn nicht bereits der Wortlaut mit hinreichender Klarheit darüber Aufschluss gibt, inwiefern die kantonalen Vorschriften betreffend die Nachzählung von Urnengängen auch kommunale Wahlen und Abstimmungen miteinfassen, ist diese Frage anhand der übrigen Auslegungsmittel zu klären. Steht den Gemeinden in diesem Bereich Autonomie zu, sind sie zum Erlass und Vollzug entsprechender Vorschriften autorisiert. Beispielhaft erwähnt sei hier die Regelung der Stadt Burgdorf: Der Gemeinderat kann eine Nachzählung anordnen, wenn die Differenz weniger als 1% der Stimmen beträgt<sup>34</sup>.

Eine wenig aussagekräftige bundesrechtliche Vorgabe enthält schliesslich Art. 11 VPR<sup>35</sup> für die Nationalratswahlen: Das kantonale Wahlbüro selber oder auf dessen Anordnung hin das Gemeindegewahlbüro führen eine Nachzählung durch, wenn der Verdacht auf ein falsches Gemeindegewahlresultat besteht. Im Rahmen der Pilotversuche mit elektronischer Stimmabgabe (E-Voting) muss eine "Nachzählung zur Behebung fehlerhafter Auszählungsergebnisse" möglich sein (Art. 27n VPR).

### 4. Verfahrensrechtliche Eckpunkte

Die anwendbaren Erlasse enthalten in der Regel kaum Anhaltspunkte zur Festlegung der Rechtsfolgen einer Nachzählung. Besonders heikel ist dies bei Wahlen und insbesondere dann, wenn die Nachzählung der Wahlzettel ergibt, dass anstelle des – unter Umständen bereits tätigen – Amtsinhabers ein anderer Kandidat gewählt wurde. Was geschieht, wenn dieser auf die Wahl verzichtet? Muss eine Ersatzwahl angeordnet werden? Wie steht es um die Rechtsgültigkeit der Handlungen des bisherigen Amtsinhabers? Diese Fragen wurden auch im Vorfeld der Nachzählung zu den Berner Gemeinderatswahlen aufgeworfen<sup>36</sup>. Der Katalog möglicher *Rechtsfolgefragen* ist noch weit umfassender; ihnen kann aber hier nicht nachgegangen werden. Bezüglich des Verfahrens der Nachzählung steht immerhin fest, dass gestützt auf die Wahl- und Abstimmungsfreiheit die demokratischen Mitwirkungsrechte der Stimmbürger gewahrt werden müssen. Eine gewisse Anzahl interessierter Stimmbürger soll an der Nachzählung mitwirken oder diese in geeigneter Form beobachten können<sup>37</sup>.

Von der Frage der Nachzählung ist die *Aufhebung* von Urnengängen bei festgestellten Unregelmässigkeiten zu trennen. Nur wenn die gerügten Unregelmässigkeiten erheblich sind und das Resultat beeinflusst haben könnten, werden nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Wahl- und Abstimmungsergebnisse aufgehoben. Dabei ist namentlich auf die Grösse des Stimmenunterschieds, die Schwere des festgestellten Mangels und dessen Bedeutung im Gesamtkontext des Urnengangs abzustellen<sup>38</sup>. Anders gewendet: Fehler bei der Zählung der Stimmzettel führen nicht zur Kassation der Wahl oder Abstimmung, sofern sie durch eine Nachzählung berichtigt werden können<sup>39</sup>.

## III. Bundesgerichtliche Anordnung einer Nachzählung der Stadtberner Gemeinderatswahlen

### A. Knappes Wahlergebnis und nachfolgendes Gemeindebeschwerdeverfahren

Für die Wahlen in den fünfköpfigen Gemeinderat (Exekutive) der Stadt Bern vom 28. November 2004 für die Amtsdauer 2005 bis 2008 kandidierten namentlich *Regula Rytz* vom Grünen Bündnis (GB) Bern und *Alec von Grafenried* von der Grünen Freien Liste (GFL) der Stadt Bern auf der RotGrünMitte-Liste. Diese Liste erzielte aufgrund der Gesamtzahl der Listenstimmen drei Sitze. Mit 20587 Stimmen belegte Herr *von Grafenried* den vierten Rang; mit einem Vorsprung von lediglich 19 Stimmen wurde Frau *Rytz* als Dritte auf der Liste gewählt<sup>40</sup>. Ein Begehren der GFL um Nachzählung wies der Gemeinderat der Stadt Bern am 1. Dezember 2004 ab. Ebenfalls kein Erfolg beschieden war vier beschwerdeführenden Stimmbürgern vor der ersten kantonalen Instanz, dem Regierungsrat Bern. Ihre Gemeindebeschwerde gegen die fragliche Wahl wurde abgewiesen. In zweiter und letzter kantonalen Instanz verweigerte auch der Regierungsrat mit Entscheid vom 20. April 2005 die angeforderte Nachzählung. Beide befassen Instanzen entzogen dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung und ermöglichten damit den Amtsantritt der Gemeinderätin *Regula Rytz*.

34 Art. 17 Abs. 3 des Reglements über die Urnenwahlen und -abstimmungen vom 2.12.2001.

35 Verordnung vom 24.5.1978 über die politischen Rechte (SR 161.11).

36 Vgl. dazu das Kurzgutachten "Ersatzwahl oder Nachrücken bei Gemeinderatswahlen (Wahlgang 2004)" vom 3.10.2005, erstattet von TOMAS POLEDNA.

37 BESSON (FN 4), 391 f. Eine Grundlegung dieses Anspruchs zeigt sich ferner in Art. 25 des internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 (UNO-Pakt II, SR 0.103.2, in Kraft getreten für die Schweiz am 18.9.1992); vgl. dazu auch die allgemeinen Bemerkungen des UNO-Menschenrechtskomitees 25 [57] (1996), Ziff. 20, abgedruckt bei WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOWAK, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. A., Basel 1997, 397.

38 BGE 129 I 185 E. 8.1, 204; 119 Ia 271 E. 3b, 273 f. BESSON (FN 4), 392 ff.; HANGARTNER/KLEY (FN 4), N. 2693 ff. m.w.H.; J. P. MÜLLER (FN 14), 376 ff.; RHINOW (FN 14), N. 1899 f.; WIDMER (FN 4), 49 ff. Bei der Anwendung dieser sehr allgemein gehaltenen Formel des Bundesgerichts ist den konkreten Umständen des Einzelfalles besondere Beachtung zu schenken.

39 Urteil BGER vom 8.6.1977, ZBl 1977, 451 E. 2a, 452 f. HANGARTNER/KLEY (FN 4), N. 2557; WIDMER (FN 4), 49, 171.

40 Protokoll der Stadtkanzlei Bern, vgl. <[http://www.bern.ch/leben\\_in\\_bern/stadt/wahlen/wahlen\\_2004/informationen/gemeinderat](http://www.bern.ch/leben_in_bern/stadt/wahlen/wahlen_2004/informationen/gemeinderat)>.

In seinem Beschwerdeentscheid verwies der Regierungsrat auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und verneinte einen individuellen, auf Art. 34 Abs. 2 BV gestützten Anspruch auf Nachzählung bei knappem Ergebnis<sup>41</sup>. Das städtische Recht, konkret: Art. 25 RPR<sup>42</sup>, gehe in diesem Punkt nicht weiter:

**Art. 25 RPR Nachzählung**

Bestehen Zweifel an der Richtigkeit der ermittelten Resultate, so kann der Gemeinderat eine Nachzählung veranlassen.

Diese Norm hält den Gemeinderat an, das ihm eingeräumte Ermessen pflichtgemäss auszuüben. Sein Entscheid unterliegt der Rechtskontrolle im Gemeindebeschwerdeverfahren. Angesichts verschiedener Unregelmässigkeiten, so die Beschwerdeführer, hätte der Gemeinderat von Amtes wegen eine Nachzählung anordnen müssen. Vorab rügten sie, entgegen den einschlägigen Verfahrensvorschriften (Art. 8 RPR i.V.m. Art. 28 Abs. 3 BE-VPR) seien alle unveränderten Wahlzettel aus der brieflichen Stimmabgabe weder gestempelt noch gestanzt worden. Für diesen Fall sieht Art. 43 Abs. 1 lit. b RPR die Ungültigkeit der betreffenden Wahlzettel vor. Auch der Regierungsrat erblickte darin einen Verstoß gegen eine "grundlegende Bestimmung" des Reglements über die politischen Rechte. Klar sei aber auch, dass sich mit einer Nachzählung die festgestellte Regelwidrigkeit nicht beheben lasse. Entscheidend sei, dass sich die Regelwidrigkeit *nicht auf das Wahlergebnis ausgewirkt* habe. Beide Kandidaten hatten auf derselben RotGrünMitte-Liste kandidiert; die gleiche – wenn auch regelwidrige Behandlung – der unveränderten Listen bewirke somit keine Verfälschung des Wahlergebnisses<sup>43</sup>.

Weiter erwog der Regierungsrat, trotz unterschiedlicher Behandlung der veränderten Wahlzettel mit Stanzung einerseits und der unveränderten Wahlzettel ohne Stanzung andererseits, sei ein verzerrtes Wahlergebnis ausgeschlossen. Mit der Verarbeitung der brieflichen Stimmabgabe werden nämlich die Wahlzettel nach veränderten, unveränderten, leeren und ungültigen sortiert. Die Auszählung bzw. das Wägen der vier Wahlzettelgruppen erfolgt getrennt. Die Stanzung oder Nichtstanzung falle damit als Ursache einer verfälschten Auszählung ausser Betracht<sup>44</sup>. Erst recht nicht durch eine Nachzählung zu kompensieren sei schliesslich die fehlende Bewilligung, anstelle einer Stempelung der brieflich abgegebenen Wahlzettel eine Stanzung vorzunehmen<sup>45</sup>. Gegen den ablehnenden Entscheid des Regierungsrats erhoben die Beschwerdeführer staatsrechtliche Beschwerde.

## B. Die Sorge des Bundesgerichts um das Vertrauen des Stimmbürgers

Ein Wahl- oder Abstimmungsergebnis sei immer mit Unsicherheiten behaftet, erinnert das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 7. September 2005. In besonderem Masse treffe das bei Landsgemeinden und Gemeindeversammlungen zu. Das sei in gewissen Grenzen und dank klaren und strikt gehandhabten Verfahrensregeln hinnehmbar.

Überschritten sei die Grenze der Akzeptanz von Auszählunsicherheiten, wenn Anzeichen für Unregelmässigkeiten bestehen oder solche sogar feststehen und das Wahl- oder Abstimmungsergebnis sehr knapp ausgefallen sei. Bei solchen Umständen dürfe dem einzelnen Stimmberechtigten in seiner Organfunktion nicht verwehrt werden, gestützt auf die Wahl- und Abstimmungsfreiheit eine Nachzählung zu verlangen<sup>46</sup>.

Nicht in Zweifel zieht das Bundesgericht die Darlegungen der Vorinstanz, wonach für die Verarbeitung der Gemeinde- und Stadtratswahlen ein "durchdachtes System mit mehrfachen Kontrollen" bestehe, das grundsätzlich Gewähr biete für eine korrekte Resultatermittlung<sup>47</sup>. Entscheidend für die Anordnung einer Nachzählung seien jedoch die *feststehenden Unrechtmässigkeiten im Auszählverfahren*. Verletzt seien grundlegende Bestimmungen des städtischen Reglements über die politischen Rechte:

"Damit ist die Glaubwürdigkeit in das festgestellte Wahlergebnis in schwerwiegender Weise erschüttert. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass sich die festgestellten Unregelmässigkeiten [...] nicht konkret ausgewirkt haben sollen. Wesentlich ist, dass ein verordnungswidriges Auszählverfahren angewendet worden ist. Ein solches Vorgehen erhöht im Allgemeinen die Gefahr von Auszählungsfehlern. Bei dieser Sachlage kann das für die direkte Demokratie unabdingbare Vertrauen in die Richtigkeit der Ergebnisermittlung der Wahl ohne Nachzählung des knappen Resultats nicht gewahrt werden. Der Anspruch auf Nachzählung geht hier dem Interesse am Festhalten eines einmal ausgezählten und veröffentlichten Wahlergebnisses vor."<sup>48</sup>

## C. Bemerkungen zu den bundesgerichtlichen Erwägungen

### 1. Keine Praxisänderung

BGE 131 I 442 ff. reiht sich in die bisherige Praxis des Bundesgerichts ein. Nur bei *knappem Resultat* und *feststehenden Unregelmässigkeiten* lässt sich ein individueller Nachzählungsanspruch auf Art. 34 Abs. 2 BV stützen. Irrelevant ist, ob die Unregelmässigkeit nach ihrer Beschaffenheit überhaupt geeignet war, verfälschend auf das Auszählungsergebnis einzuwirken. Erwägung 3.8 des besprochenen Urteils betont diese bundesgerichtliche Sichtweise. Die Anforderungen an den Nachweis von Unregelmässigkeiten

41 Entscheid RR-BE (FN 1), E. 2.3, 8.

42 Reglement über die politischen Rechte vom 16.5.2004 (SSSB 141.1).

43 Entscheid RR-BE (FN 1), E. 3.4, 10 f. und E. 3.8, 13.

44 Entscheid RR-BE (FN 1), E. 3.3, 9.

45 Entscheid RR-BE (FN 1), E. 3.7, 12 f.

46 BGE 131 I 442 E. 3.6, 451 f.

47 BGE 131 I 442 E. 3.7, 452.

48 BGE 131 I 442 E. 3.8, 453.

sind praxisgemäss<sup>49</sup> umso geringer bzw. es genügen bereits Anzeichen, die auf ein regelwidriges oder sonst wie fehlerhaftes Auszählverfahren hindeuten, je kleiner die Stimmdifferenz ausfällt. Bemerkenswert ist das Fehlen von Erwägungen zum Schwellenwert, also zur Frage, bei welcher (absoluten oder relativen) Stimmdifferenz das Ergebnis eines Urnengangs als "knapp" einzustufen ist. Das von der Kandidatin Rytz erzielte Mehr von 19 Stimmen verleitet in der Tat dazu, ohne Begründung ein knappes Resultat anzunehmen. Unproblematisch ist dieses Schweigen trotzdem nicht, weil das Bundesgericht einen verfassungsrechtlichen Nachzählungsanspruch anerkennt, dessen eine Tatbestandsvoraussetzung höchst unbestimmt bleibt.

Im Entscheid zu den Berner Gemeinderatswahlen hat das Bundesgericht den *verfassungsrechtlichen Minimalstandard* umrissen. Den Kantonen steht es frei, in ihren Wahl- und Abstimmungserlassen weitergehende Ansprüche zu verankern. Namentlich können sie bei knappen Ergebnissen eine Kontroll- oder Nachzählung auch dann vornehmen, wenn keinerlei Anzeichen auf Unregelmässigkeiten bestehen. Ebenso steht es im Ermessen der kantonalen Gesetzgeber, selber einen Schwellenwert festzulegen oder diese Kompetenz der Praxis zu überantworten<sup>50</sup>.

## 2. Relevanz des Ursachenzusammenhangs

Eine Wahl oder Abstimmung hebt das Bundesgericht nur auf, wenn ein Verfahrensmangel *kausal* war für den konkreten Ausgang des Urnengangs<sup>51</sup>. Das gilt auch bei Verfahrensmängeln mit nicht klar bezifferbaren Folgen. Allerdings gewährt das Bundesgericht bei dieser Sachlage eine erleichterte Beweisführung; hinreichend ist der Nachweis, dass eine Einwirkung auf den Urnengang im Bereich des Möglichen liegt<sup>52</sup>. Vor dem Hintergrund dieser Praxislinie erscheint nun nicht ganz einsichtig, weshalb *unabhängig eines Ursachenzusammenhangs* ein verfassungsrechtlicher Nachzählungsanspruch bestehen soll. Zwar ist richtig und notwendig, dass die verantwortliche Behörde Anzeichen von Unregelmässigkeiten ernst nimmt und allfälligen Rechtsverstössen nachspürt. Wenn aber – wie bei den Berner Gemeinderatswahlen – mit aller Sorgfalt geführte Untersuchungen zweifelsfrei zum Schluss führen, eine Auswirkung der Unregelmässigkeit auf das Auszählungsergebnis sei ausgeschlossen, ist von einer Nachzählung wegen fehlender Eignung abzusehen. Das gebietet der Verfassungsgrundsatz der *Verhältnismässigkeit* (Art. 5 BV). Der Einwand des Bundesgerichts, das "unabdingbare Vertrauen [des Stimmbürgers] in die Richtigkeit der Ergebnisermittlung" sei trotzdem erschüttert, wirkt konstruiert. Er weckt den Eindruck, das Gericht zweifle an der Einsicht des Stimmbürgers in die Rationalität der Untersuchungsergebnisse.

Die beschriebene Auffassung des Bundesgerichts drängt zu einem Vergleich mit dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Nach konstanter Praxis ist er *formeller Natur*; seine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache

selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Nur ausnahmsweise soll die Verletzung in oberer Instanz geheilt werden können<sup>53</sup>. Ein Teil der jüngeren Lehre würdigt diese Praxis als zu formalistisch<sup>54</sup>. Die dort geäusserte Kritik lässt sich auf den Nachzählungsanspruch übertragen. Die bundesgerichtliche Forderung, die Sanktion einer feststehenden Unregelmässigkeit müsse in jedem Fall in einer Nachzählung bestehen, ist zu undifferenziert<sup>55</sup>. Die grundlegende Bedeutung korrekter Verfahrensabwicklung soll damit keineswegs in Frage gestellt werden. Dennoch wären häufig zweckmässigere Rechtsfolgen denkbar, so etwa die gerichtliche Feststellung einer Gesetzes- oder Reglements-widrigkeit oder Empfehlungen bzw. Anordnungen der Aufsichts- oder Rechtsmittelbehörde, inwiefern künftige Fehler vermieden werden können.

In diesem Sinne hat nach den Vorkommnissen rund um die Gemeinderatswahlen 2004 der Regierungsrat die Stadt Bern angemahnt, ihre Praxis bei Gemeindewahlen mit den anwendbaren Rechtsgrundlagen zur Übereinstimmung zu bringen<sup>56</sup>. Dem Vertrauen des Stimmbürgers dürfte mit solchen Massnahmen eher Rechnung zu tragen sein. Demgegenüber erweckt eine Nachzählung, die – wie im Stadtberner Fall – losgelöst von einem Ursachenzusammenhang angeordnet wurde, den Anschein einer blossen Strafsanktion. Ob und wenn ja wie weit damit das Vertrauen der Stimmbürgerschaft in das korrekte Ermitteln von Wahl- und Abstimmungsergebnissen und damit in die hierfür zuständigen Verwaltungsbehörden gesteigert werden kann, ist ungewiss. Dies umso mehr als innerhalb der Stimmbürgerschaft ohnehin unterschiedliche Auffassungen über die

49 Vgl. zur Grundregel des Bundesgerichts auch vorne Kapitel II.A.

50 Vgl. die Übersicht zur Rechtslage in den Kantonen vorne Kapitel II.B.1. und II.B.2.; zur Problematik von Schwellenwerten siehe aber hinten Kapitel V.

51 Vgl. vorne Kapitel II.B.4.

52 BGE 130 I 290 E. 3.4, 296; 129 I 185 E. 8.1, 204; Urteil BGer vom 25.8.2004, ZBl 2005, 246 E. 2.2, 247. Vgl. statt vieler BESSON (FN 4), 94 ff.

53 Vgl. statt vieler BGE 126 V 130 E. 2b, 132 m.w.H. JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zürich 2003, N. 7 zu Art. 29 BV; MICHEL HOTTELIER, in: DANIEL THÜRER ET AL. (FN 31), § 51 N. 14; J. P. MÜLLER (FN 14), 516 ff.; MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, Ergänzungsband zur dritten Auflage des gleichnamigen Werks von JÖRG PAUL MÜLLER, Bern 2005, 288 f.

54 HANSJÖRG SEILER, *Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs*, SJZ 2004, 377 ff.; vgl. auch BERNHARD RÜTSCHÉ, *Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen*, Diss. Bern 2002, 154 ff.; kritisch dazu BENJAMIN SCHINDLER, *Die "formelle Natur" von Verfahrensgrundrechten. Verfahrensfehlerfolgen im Verwaltungsrecht – ein Abschied von der überflüssigen Figur der "Heilung"*, ZBl 2005, 169 ff. (177 ff.).

55 RÜTSCHÉ (FN 54), 154 f.

56 Entscheid RR-BE (FN 1), E. 4, 13 f.

Vertrauenswürdigkeit bestimmter Verhaltensweisen oder politischer Prozesse bestehen, was es erschwert, die vertrauensbildenden Wirkungen gewisser Massnahmen zu prognostizieren. Ein aktuelles Anschauungsbeispiel liefert die Gemeinderatswahl vom 12. Februar 2006 in der kleinen Zürcher Gemeinde Aesch: Zwei Kandidaten erhielten je 227 Stimmen. Eine Nachzählung bestätigte das Ergebnis. Die Rechtsfolge ist in § 79 Abs. 1 ZH-GPR klar verankert. Danach zieht der Präsident der wahlleitenden Behörde das Los. Diese vom kantonalen Gesetzgeber vorgezeichnete Lösung stiess indes zum Teil auf Unmut in der Bevölkerung. Nach Verlautbarungen einzelner Stimmbürger wäre einzig ein zweiter Wahlgang korrekt gewesen<sup>57</sup>.

### 3. Verhältnismässigkeit der Anordnung einer Nachzählung

Für das Bundesgericht ist massgebliches Argument zur Kassation des vorinstanzlichen Entscheides das erschütterte Vertrauen des Stimmbürgers. Nach einem prüfenden Blick auf den Gehalt des angerufenen Vertrauens relativiert sich die Schlagkraft dieses Arguments erheblich. Das geschieht in noch stärkerem Mass, wenn der Umfang der verfassungsrechtlich gebotenen Prüfung der Verhältnismässigkeit gemäss Art. 5 Abs. 2 BV ausgedehnt wird und die Interessenabwägung weitere – in BGE 131 I 442 ff. unerwähnt gebliebene – Gesichtspunkte einbezieht. In Erwägung 3.2 hält das Gericht fest, die Nachzählung lasse sich umso mehr rechtfertigen, wenn deren Aufwand verhältnismässig sei. Doch soll nicht bloss der *Aufwand* einer Nachzählung verhältnismässig sein, sondern muss bereits deren *Anordnung* dem Verhältnismässigkeitsprinzip genügen. Das heisst, die Nachzählung muss sich insgesamt als geeignete, notwendige und schliesslich auch zumutbare Massnahme erweisen. Diesbezüglich erscheinen die folgenden Einwände angebracht.

Die potentiellen Fehlerquellen in den verschiedenen Phasen eines Wahl- und Abstimmungsverfahrens sind zahlreich und müssen bis zu einem gewissen Grad allein schon aus praktischen Gründen hingenommen werden<sup>58</sup>. So können sich Ungenauigkeiten bei der Identifikation der Stimmberechtigten oder Beeinflussungen bei der Stimmabgabe im Schlussresultat niederschlagen. Solche Fehlerquellen kommen ebenso als *Teilursachen* eines knappen Wahl- oder Abstimmungsresultates in Frage wie allfällige Mängel im Auszählverfahren. Eine Nachzählung heilt diese Mängel aber nicht; sie bleibt zwingend fokussiert auf allfällige Auszählungsfehler. Das Ergebnis der Nachzählung spiegelt damit eine Genauigkeit vor, die infolge Ausblendung der übrigen Teilursachen gar nicht zutreffen kann. Angesichts dieser Sachlage sollte das vertrauensbildende Potential einer Nachzählung nicht überschätzt werden. Beachtet man, dass durchaus moderatere, bezüglich ihrer vertrauensbildenden Wirkung kaum schwächere Rechtsfolgen zur Verfügung stehen, sind gar Zweifel an der Notwendigkeit einer Nachzählung angebracht. Auch Zweifel an der Eignung der Nachzählung bestehen und werden insbesondere genährt

durch die Erkenntnis der Fehleranfälligkeit der Nachzählung selber<sup>59</sup>. Diese Gründe sprechen gegen die Anordnung einer Nachzählung bei knappem Ergebnis, wenn keine Anzeichen für Unregelmässigkeiten im Auszählverfahren bestehen oder sich solche – wie im Berner Fall – nicht auf das Ergebnis haben auswirken können.

Im besprochenen Urteil folgert das Bundesgericht: "Der Anspruch auf Nachzählung geht hier dem Interesse am Festhalten eines einmal ausgezählten und veröffentlichten Wahlergebnisses vor"<sup>60</sup>. Unstreitig erhöht die hier angewandte Technik der Interessenabwägung die Begründungsdichte des Urteils. Dies aber nur, wenn in einem ersten Schritt nach sämtlichen im konkreten Fall bedeutsamen Interessen Ausschau gehalten wird. In der bundesgerichtlichen Waagschale liegt indes nur das Vertrauen des Stimmbürgers in die Richtigkeit der Ergebnisermittlung. Die Liste involvierter Interessen ist allerdings bedeutend länger. Erwähnt sei hier lediglich das *Kontinuitätsinteresse*. Hätte die Nachzählung vom 7. Oktober 2005<sup>61</sup> nicht ein zweites Mal ein Stimmenplus für Frau Rytz, sondern für Alec von Graffenried ergeben, hätte bei Annahme der Wahl und nach knapp einem Jahr ein Amtswechsel stattgefunden. Eine einschneidende Konsequenz für die Amtsinhaberin, aber auch für den auf eine gewisse Beständigkeit bauenden Stimmbürger. Zweifel an der Zumutbarkeit sind daher angebracht.

Die Zumutbarkeit einer Nachzählung wird umso fraglicher, je länger der Amtsantritt zurückliegt. Zwar ist die Geltung der Handlungen des insofern "falsch" zusammengesetzten Gemeinderats nicht ernsthaft in Frage zu stellen<sup>62</sup>. Dennoch wären seine Beschlüsse bei einem Nachzählungsergebnis zugunsten von Alec von Graffenried mit einem schalen Nachgeschmack behaftet. Und angenommen, die Nachzählung hätte einen Rückstand von Frau Rytz von nur etwa einem halben oder einem ganzen Dutzend Stimmen ergeben – wäre nun beim Stimmbürger ein Zuwachs an *Vertrauen* oder an *Misstrauen* messbar? Es geht somit nicht an, der Nachzählung ausschliesslich eine vertrauensbildende Funktion zuzuschreiben. Dies insbesondere auch, wenn man berücksichtigt, dass es kaum je gelingen wird, mittels Nachzählung(en) das "absolut richtige" Resultat zu

57 Aesch – für kurze Zeit der Nabel der Demokratie, NZZ vom 16.2.2006, Nr. 39, 39. Vgl. auch NZZ vom 16.5.2006, Nr. 112, 55: Regierungsrätliche Anordnung einer Nachzählung der Stimmen im Nachgang zu den Richterwahlen in Dielsdorf (ZH).

58 Vgl. hinten Kapitel IV.

59 Vgl. hinten Kapitel IV.B. und VI.

60 BGE 131 I 442 E. 3.8, 453.

61 Ergebnis der Nachzählung: 20758 Stimmen für Regula Rytz gegenüber 20752 Stimmen für Alec von Graffenried, vgl. <[http://www.bern.ch/leben\\_in\\_bern/stadt/wahlen/nachzaehlung](http://www.bern.ch/leben_in_bern/stadt/wahlen/nachzaehlung)>.

62 So auch die Einschätzung von THOMAS FLEINER (vgl. Berner Zeitung vom 22.9.2005, 21 ["Ist die Stadt noch regierbar?"]).

ermitteln.<sup>63</sup> Dies scheinen auch die Verfasser eines Postulats zuhanden des Zürcher Regierungsrates verkannt zu haben. Sie verlangten, es sei mit einer Gesetzesergänzung sicher zu stellen, dass bei knappen Wahl- und Abstimmungsergebnissen die Zählung so lange wiederholt wird, bis zwei Mal das gleiche Ergebnis erzielt wird. Wie ernüchternd dies in der Praxis sein könnte, hat der Kantonsrat offensichtlich geahnt und auf eine Überweisung des Postulats verzichtet<sup>64</sup>.

Solchen und ähnlichen Einwänden scheint BGE 131 I 442 ff. kaum Rechnung zu tragen. Der höchstrichterliche Entscheid sendet damit Signale aus, die in der Praxis leicht zu Fehlschlüssen verleiten und die Gerichte künftig in vermehrter Masse mit Nachzählungsansprüchen belasten könnten. Die nachfolgenden Überlegungen aus politologischem Blickwinkel sollen den Gerichten für die Ausbildung einer differenzierten Praxis als Hilfestellung dienen.

#### IV. Fehlerquellen bei der Ermittlung von Wahl- und Abstimmungsergebnissen

##### A. Vielzahl potentieller Verfälschungsmöglichkeiten

Ziel der nächsten Kapitel ist es, die juristischen Befunde mit Erkenntnissen über praktische Anforderungen und Schwierigkeiten bei der Ermittlung von Wahl- und Abstimmungsergebnissen zu vertiefen.

Die Garantie der freien Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe umfasst in Demokratien im weiteren Sinne das unbeschränkte Stimm- und Wahlrecht Erwachsener, den freien Zugang zu Informationen, um eine unverfälschte Meinungsbildung zu garantieren, sowie die Möglichkeit jedes einzelnen, seiner Meinung Gehör zu verschaffen<sup>65</sup>. Im engeren Sinne, und das ist Gegenstand der folgenden Ausführungen, umfasst es faire und genaue Ermittlungsverfahren, welche bestmöglich vor Manipulation schützen und Fehler minimieren<sup>66</sup>.

Verfälschungen des Wählerwillens können in verschiedenen Phasen des Abstimmungsverfahrens vorkommen. So kann durch einseitige Information oder Desinformation durch Medien, Behörden, aber auch durch politische Akteure in den Kampagnen selber ein unzulässiger Einfluss auf die freie Meinungsbildung der Wählerinnen und Wähler stattfinden<sup>67</sup>. Diese sind allerdings nur schwer zu messen und deshalb seltener Gegenstand juristischer Auseinandersetzungen. Konflikte konzentrieren sich stärker auf die Ermittlung der Wahl- und Abstimmungsergebnisse, die in drei Etappen erfolgt: (1) die Identifikation der Stimmberechtigten, (2) die Stimmabgabe und (3) die Stimmenauszählung. Auch wenn die Gerichtspraxis häufiger mit Fehlern bei der Stimmenauszählung befasst ist, bedeutet dies nicht, dass Fehler in den Phasen (1) und (2) seltener oder weniger gravierend wären. Verfälschungen sind hier aber schwerer zu eruieren und häufig nur durch die Wiederholung des Urnenganges korrigierbar.

#### 1. Die Identifikation der Stimmberechtigten

Die Identifikation der Stimmberechtigten umfasst die klare Ein- und Abgrenzung derjenigen Menschen, die das Stimmrecht ausüben dürfen. Alle Träger des Stimmrechts dürfen eine – und nur eine – Stimme abgeben; umgekehrt darf niemand ohne Stimmrecht eine Stimme abgeben. Dazu müssen vollständige und aktuelle Wählerregister erstellt und unterhalten sowie die Stimm- und Wahlberechtigung im Moment der Stimmabgabe kontrolliert werden. Ungenauigkeiten bei der Identifikation der Stimmberechtigten ergeben sich bei der Führung der Stimmregister und dem vorgängigen Versand der Wahl- und Abstimmungsunterlagen. In der Schweiz werden die Stimmregister automatisch in den Gemeinden geführt und laufend aufdatiert. Art. 4 BPR<sup>68</sup> hält fest, dass Stimmberechtigte von Amtes wegen am Wohnort in das Stimmregister einzutragen sind. Verknüpft sind die Stimmregister in der Regel mit den Einwohnerregistern. Jedoch sind nicht alle Personen, die stimmberechtigt wären, auch irgendwo angemeldet; sie können somit auch ihr Stimmrecht nicht ausüben<sup>69</sup>.

Die Mobilität der Bürger führt zu weiteren Abgrenzungsproblemen. Da beim Umzug eine Meldepflicht besteht, erfolgt zwar die An- und Abmeldung in die Stimmregister automatisch beim Umzug. Dennoch ist es möglich, dass stimmberechtigte Personen kein Wahl- und Abstimmungsmaterial erhalten, wenn sie sich vor dessen Versand am bisherigen Wohnort abmelden und sich am neuen Wohnort erst anmelden, nachdem dort die Abstimmungsunterlagen bereits zugestellt wurden. Umgekehrt ist es möglich, dass eine Person zweimal die Wahlunterlagen erhält und damit auch zweimal abstimmen könnte, da in vielen Fällen keine Kontrolle der Stimmberechtigung über die Gemeindegrenzen hinweg existiert<sup>70</sup>. Dieser Fall kann eintreffen, wenn sich

63 Vgl. hinten, Kapitel VI.

64 Postulat von UELI ANNEN und HANSRUEDI SCHMID betreffend "Sicherung der Regularität von ausserordentlich knappen Wahl- und Abstimmungsergebnissen" vom 19.11.2001 (KR-Nr. 352/2001).

65 ROBERT ALAN DAHL, *On Democracy*, New Haven 1998, 35 ff.

66 Vgl. für eine Darstellung der internationalen Standards OSCE, *Existing Commitments for Democratic Elections in OSCE Participating States* OSCE/ODIHR (Office for Democratic Institutions and Human Rights).

67 PIERRE TSCHANNEN, *Stimmrecht und politische Verständigung: Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie*, Basel 1995, 99 ff.

68 Bundesgesetz vom 17.12.1976 über die politischen Rechte (SR 161.1).

69 Es fehlen Schätzungen darüber, wie viele Personen mit Stimmrecht in der Schweiz nicht in einem Einwohnerregister erfasst sind, da auch die grossen offiziellen Datenerhebungen wie die Volkszählung auf den Einwohnerregistern basieren.

70 In einigen Kantonen und Gemeinden existiert die Bestimmung, dass Wahl- und Abstimmungsmaterial innerhalb einer Frist vor den Wahlen nur abgegeben wird, wenn das Wahlmaterial der anderen Gemeinde gleichzeitig zurückgegeben wird.

jemand nach dem Versand der Wahlunterlagen in einer Gemeinde abmeldet<sup>71</sup> und vor der offiziellen Frist, bei der im neuen Ort die Stimmregister geschlossen werden, in einer anderen Gemeinde anmeldet<sup>72</sup>, wo sie die Stimmunterlagen entweder automatisch erhält oder noch einfordern kann. Ferner können Verstorbene noch Wahl- und Abstimmungsunterlagen erhalten, etwa wenn die Todesmeldung erst nach dem Versand der Wahlunterlagen verschickt wird.

Ein Rückruf der Stimmunterlagen oder eine nachträgliche Kontrolle der Stimmberechtigten findet in der Schweiz nicht statt. Eine lückenlose und fehlerfreie Kontrolle der Stimmberechtigten wäre aus praktischen Gründen denn auch insgesamt sehr schwierig und mit grossem Aufwand verbunden. Man müsste die Stimmregister entweder wohl zentralisieren, um mit grosser Sicherheit zu verhindern, dass jemand zweimal abstimmen kann, oder die zuständigen Behörden müssten sicherstellen, dass eine neu zugezogene Person nicht bereits in einer anderen Gemeinde Stimmunterlagen erhalten hat. Möglich wäre allenfalls auch eine Abgleichung der Stimmausweise bei der Stimmabgabe mit dem Stimmregister um zu überprüfen, dass niemand zweimal abgestimmt hat<sup>73</sup>.

## 2. Die Stimmabgabe (Stimmgeheimnis)

Stimm- und Wahlberechtigte müssen ihren Willen klar und unverfälscht ausdrücken können. Das Verfahren der Stimmabgabe muss möglichst einfach und verständlich sein. Im Zuge der abnehmenden Wahlbeteiligung in den vergangenen dreissig Jahren hat sich in der Schweiz die erleichterte Stimmabgabe vermehrt durchgesetzt. Inzwischen kennen alle Kantone die erleichterte *briefliche* Stimmabgabe, um den Stimmbürgern den Gang an die Urne zu ersparen<sup>74</sup>. Auf den Wahlzetteln muss klar ersichtlich sein, welche Alternativen (Parteien und Kandidaten) zur Auswahl stehen und wie man die eigenen Präferenzen zum Ausdruck bringen kann. Die Stimmenden sollten nach der Präferenzäusserung die Möglichkeit haben, ihre Stimmabgabe nochmals zu kontrollieren und allenfalls Fehler zu korrigieren<sup>75</sup>. Im Laufe des 19. Jahrhunderts hat sich ausserdem der Grundsatz der *geheimen* Stimmabgabe durchgesetzt, um Manipulation, Betrug und Druck auf die freie Willensbildung zu unterbinden. Die geheime Stimmabgabe ist heute ein zentraler Grundsatz demokratischer Wahlen und Abstimmungen<sup>76</sup>. Jeder Stimmberechtigte soll seine Stimme so abgeben können, dass seine persönliche Entscheidung nicht nachträglich ermittelt werden kann<sup>77</sup>.

Zwischen dem Streben nach einem möglichst einfachen Verfahren der Stimmabgabe und der gleichzeitigen Wahrung des Stimmgeheimnisses besteht ein gewisses Spannungsverhältnis. Zwar darf von der erleichterten Stimmabgabe ein positiver Effekt auf die Stimmbeteiligung erwartet werden. Andererseits kann in Einzelfällen gleichzeitig die freie Willensäusserung beeinträchtigt werden. Ob jemand beim Ausfüllen der Wahlzettel einen anderen Wähler zu beeinflussen versucht, kann bei der vorzeitigen (brieflichen) Stimmabgabe nicht kontrolliert werden. In der

Schweiz messen die politischen Behörden<sup>78</sup> und das Bundesgericht<sup>79</sup> der erleichterten Stimmabgabe hohes Gewicht zu. Dementsprechend ist bei der Handhabung des Stimmgeheimnisses ein gewisser Pragmatismus angezeigt<sup>80</sup>. Diesem Pragmatismus bei möglichen Beeinträchtigungen der freien Willensbildung stehen allerdings verhältnismässig restriktive Anforderungen bei der Auszählung gegenüber, obwohl auch das Bundesgericht anerkennt, dass Fehler bei der Auszählung gemacht werden<sup>81</sup>.

71 Die Abstimmungsunterlagen müssen bei eidg. Abstimmungen spätestens drei Wochen vor dem Abstimmungstermin bei den Stimmberechtigten eintreffen (Art. 11 BPR), bei Nationalratswahlen mindestens 10 Tage vor der Wahl (Art. 33 BPR).

72 Nach Art. 4 Abs. 3 BPR sind Eintragungen bis zum fünften Vortag des Wahl- oder Abstimmungstages vorzunehmen.

73 Abgrenzungsschwierigkeiten und Fehler geschehen etwa auch, wenn je nach Staatsebene unterschiedliche Bestimmungen über das Stimmrechtsalter, das Stimmrecht für Auslandsschweizer oder das Stimmrecht für die ausländische Wohnbevölkerung bestehen.

74 Vgl. die Umfrage der Bundeskanzlei über die briefliche Stimmabgabe, <[http://www.admin.ch/ch/d/pore/va/doku/pdf/enquete\\_bsa.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/pore/va/doku/pdf/enquete_bsa.pdf)>.

75 Wahlzettel werden auch als gültig anerkannt, wenn Korrekturen der ursprünglichen Willensäusserungen gemacht worden sind. In der Schweiz ist es üblich, pro Wahl einen einzigen Wahlzettel in die Urne zu legen. Gebräuchlich sind auch Verfahren, in denen verschiedene Wahlzettel je nach Präferenz in die gleiche Urne abgegeben werden oder gleiche Wahlzettel in verschiedene Urnen. Vgl. dazu ANDREW REYNOLDS/MARCO STEENBERGEN, *How the world votes, The political consequences of ballot design, innovation and manipulation*, Electoral Studies (2006, am Erscheinen).

76 Ausführlich zur Entwicklung und zum Inhalt des Stimmgeheimnisses BRAUN (FN 6).

77 Vgl. schon BGE 98 Ia 602 E. 8, 610. Die Wahrung des Stimmgeheimnisses gilt als verfassungsmässiges Recht und ist ferner im Bund auf Gesetzesstufe, in Art. 5 Abs. 7 BPR, ausdrücklich verankert. Das Stimmgeheimnis darf auch nicht für statistische Zwecke (Art. 87 Abs. 3 BPR) oder zur Wahrung der inneren Sicherheit aufgehoben werden (Art. 3 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit [BWIS, SR 120]).

78 Vgl. etwa die Antwort des Bundesrates vom 19.2.2003 auf die Interpellation Seiler ("Glaubwürdigkeit von Abstimmungsergebnissen", Geschäfts-Nr. 02.3711).

79 So nimmt etwa das Bundesgericht die mit dem "Abschätzen" bei Landsgemeinden verbundenen Ungenauigkeiten in Kauf, vgl. BGE 104 Ia 428 E. 3, 431 ff.; vgl. auch HANGARTNER/KLEY (FN 4), N. 2558 (insb. Fn. 89).

80 Vgl. BGE 131 I 442 E. 3.6, 451 f.: "Solche Ungenauigkeiten werden in gewissem Ausmass in Kauf genommen, sind bei Landsgemeinden und Gemeindeversammlungen nicht zu vermeiden [...] und sollen durch strikte (und einfache) Regeln [...] sowie durch die Beteiligung von politischen Kräften bei der Auszählung [...] beschränkt werden."

81 Vgl. die Nachweise bei WIDMER (FN 4), 173.

Das Stimmgeheimnis verhindert weiter, dass eine Nachkorrektur von Fehlern bei der Stimmabgabe oder bei der Identifikation der Stimmberechtigten möglich ist, da einzelne Stimm- und Wahlzettel nicht mehr einzelnen Stimmmenden zugeordnet werden können. In diesem Fall wird dem Stimmgeheimnis gegenüber der Möglichkeit einer nachträglichen Korrektur ein hoher Stellenwert beigemessen.

### 3. Im Auszählverfahren

Die Auszählverfahren müssen verschiedenen Anforderungen genügen. Einerseits sollte ein zuverlässiges Ergebnis schnellstmöglich vorliegen, andererseits gebieten Kostenüberlegungen den Aufwand einer Auszählung in einem vertretbaren Masse zu halten. Diesen Anforderungen gleichzeitig in möglichst hohem Masse zu genügen, ist nicht einfach.

Die Kandidierenden, die Parteien und schliesslich auch die Wähler haben ein Anrecht, das Wahlergebnis *möglichst rasch* zu erfahren. "Möglichst rasch" ist freilich ein unbestimmter Begriff. Beispielsweise erfordert das "Single Transferable Vote System", das in Malta und Irland zur Anwendung kommt, mehrmalige Zählvorgänge der gleichen Wahlzettel. Konsequenz daraus ist, dass die Ergebnisse der Wahlen erst ein paar Tage nach der Wahl bekannt werden. Bei der Verfassungsabstimmung im Jahr 2005 im Irak dauerte es wegen der Sicherheitsituation im Lande mehrere Tage, bis alle Stimmen ausgezählt waren. In der Schweiz stehen demgegenüber bei Wahlen und Abstimmungen die Ergebnisse meist bereits am gleichen oder spätestens am folgenden Tag des Urnenganges fest.

Verfahren können theoretisch unendlich aufwändig gestaltet werden, um eine *hohe Zählgenauigkeit* zu erreichen. So könnten etwa die Stimmen mehrfach ausgezählt und/oder mehrmals kontrolliert werden. Dafür wären jedoch erhebliche Ressourcen notwendig, und eine beträchtliche Verzögerung der Bekanntgabe der Resultate liesse sich nicht vermeiden. In der Praxis müssen deshalb Verfahren so gewählt werden, dass bei vertretbarem Aufwand die Genauigkeit möglichst hoch ist und innert sinnvoller Zeit ein Ergebnis veröffentlicht werden kann.

Im Auszählverfahren können Ungenauigkeiten auf zwei Ursachen zurückgeführt werden: (1) Der Wählerwille ist nicht klar erkennbar, beispielsweise, wenn die Handschrift schlecht lesbar oder eine eindeutige Präferenz nicht eruierbar ist. (2) Fehler geschehen im Auszählvorgang selber, zum Beispiel durch Sortier-, Rechen- und Wägfehler oder durch Fehler in der Übertragung bereits gezählter Ergebnisse. Solche Fehler sind namentlich bei grossen Stimmzahlen wahrscheinlich<sup>82</sup>.

Wesentlich bei der Beurteilung der Gültigkeit einer Stimme ist die Erkennbarkeit des Wählerwillens. Dieser ist nicht immer eindeutig. Den Mitgliedern des Wahl- und Abstimmungsbüros steht daher für die Ermittlung des Wählerwillens ein gewisser Ermessensspielraum zu. Manche mögen noch die Bilder im Zusammenhang mit den amerikanischen

Präsidentenwahlen aus dem Jahr 2000 in Erinnerung haben. Verbreitet mussten die Wähler in den USA ihre Stimmkarten bei der Stimmabgabe stanzen. Im Rahmen der Nachzählung hatte eine von Anwälten der verschiedenen Parteien beobachtete Expertengruppe zu ermitteln, wann ein Loch nun tatsächlich als "gültig gestanztes" Loch gilt. Ähnliche Schwierigkeiten treten bisweilen auch in der Schweiz auf. Da die Stimmzettel handschriftlich auszufüllen sind<sup>83</sup>, kann manchmal nicht mit letzter Sicherheit gesagt werden, ob nun ein Ja oder Nein geschrieben steht oder welcher Kandidat genau gemeint ist. Solche Grenzfälle gibt es immer wieder zu beurteilen. Eindeutige und einfach zu handhabende Kriterien zur Klärung solcher Grenzfälle fehlen und sind denn auch schwer zu formulieren.

### B. Grösse der Fehler

Über die Grösse der Fehler kann aus verschiedenen Gründen keine systematische Angabe gemacht werden. Erstens kommt es kaum zu Nachzählungen, da die Ergebnisse nur selten angefochten werden und in Bund und Kantonen in der Regel nur im Falle von Unregelmässigkeiten nachgezählt wird. Zweitens sind auch nachgezählte Ergebnisse keineswegs als "richtig" zu betrachten, da mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht sämtliche Fehler behoben werden konnten und allenfalls sogar wieder neue Fehler gemacht wurden. Generelle Aussagen über durchschnittliche Fehler sind auch deshalb schwierig, weil anzunehmen ist, dass die Fehlergrösse von sehr vielen verschiedenen kontextspezifischen Faktoren wie etwa der Art des Urnenganges, der Zählmethode, der Grösse der Stimmzahl etc. abhängig ist.

Einzelne Beispiele mögen die Fehlergrössen illustrieren. Bei der eidgenössischen Abstimmung vom 24. November 2002 wurden einige Gemeinden verpflichtet nachzuzählen, da sie vom Bund nicht bewilligte Hilfsmittel wie Waagen oder Zählmaschinen eingesetzt hatten. In der Stadt Bern mussten bezüglich der Asylinitiative bei total 40382 abgegebenen Stimmen 283 Stimmen oder 0,07% korrigiert werden; bei der Revision der Arbeitslosenversicherung (Stimmtotal 39523) waren Verschiebungen von 234 Stimmen (0,06%) zu verzeichnen.<sup>84</sup> Bei der gleichen Abstimmung

82 Bei kantonalen oder eidgenössischen Wahlen gibt es sehr schnell eine sehr grosse Zahl von Stimmen, die auszuzählen sind: Bei den Nationalratswahlen 2003 waren beispielsweise alleine im Kanton Zürich 12,3 Mio. Kandidatenstimmen auszuzählen.

83 Es dürfen bei vielen Wahlen auch vorgedruckte Wahlzettel verwendet werden. Wahlzettel dürfen in diesem Fall nicht anders als handschriftlich verändert werden.

84 SDA-Meldung vom 30.11.2002. Vgl. in diesem Zusammenhang auch das Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantonsregierungen zur Resultatermittlung mit technischen Geräten bei eidgenössischen Volksabstimmungen vom 15.1.2003 (BBl 2003 419).

mung ergab die Nachzählung betreffend die Asylinitiative in der Stadt Luzern eine abweichende Stimmenzuteilung von 359 oder 1,6% (bei total 21 895 abgegebenen Stimmen) und von 366 von 21 416 Ja- und Neinstimmen (1,7%) beim Referendum Arbeitslosenversicherung.<sup>85</sup> Auf das spektakuläre Hin und Her bei der Abstimmung über die Einführung des Proporzwahlrechts im Kanton Graubünden im Jahr 2003 wurde bereits hingewiesen<sup>86</sup>.

Anhand von Einzelfällen lassen sich keine zuverlässigen Aussagen über durchschnittliche Fehler machen. In den USA hat man im Zuge des knappen Resultats der Präsidentschaftswahlen im Jahr 2000 die Genauigkeit von Zählverfahren untersucht<sup>87</sup>. Die Verfahren mit Handzählung schnitten dabei am besten ab, allerdings gehen die Autoren der Studie bei Präsidentschaftswahlen auch hier von einem Fehler von 1,8% aller Stimmen und bei Gouverneurs- und Senatswahlen sogar von einem Fehler von 3,3% aller Stimmen aus. Bei anderen Technologien wie Lochkarten, optischem Einlesen, mechanischen oder elektronischen Verfahren ist der Fehler sogar noch höher. Vergleichbare Untersuchungen für die Schweiz fehlen. Es ist jedoch gut möglich, dass die Fehlergrösse in der Schweiz in einem ähnlichen Bereich liegt. Fehler dieser Grössenordnung bedeuten aber nicht, dass sich die Endergebnisse auch um 1–2% verschieben würden, da sich ein Grossteil der Fehler gegenseitig wieder aufheben. Die Verschiebungen sind deshalb kleiner als die gefundenen Fehler.

## V. Probleme im Umgang mit knappen Ergebnissen

### A. Wann ist ein Ergebnis "knapp"?

Möchte man nun Knappheit als einzigen Grund für eine Nachzählung anerkennen, muss dieser Begriff exakt definiert sein. Das heisst, es muss ein Schwellenwert festgelegt werden, bei dessen Unterschreitung ein Resultat als knapp gilt. Da bisher nur selten nachgezählt wurde, fehlen solche Erfahrungswerte. Zudem sind auch Erfahrungswerte nicht ohne weiteres auf andere Einzelfälle übertragbar, da die Fehlermarge in Abhängigkeit der Zählverfahren und der Komplexität der Auszählung stark variieren kann.

Ist ein Schwellenwert einmal definiert, besteht allerdings noch keine hinreichende Sicherheit, dass Ergebnisse oberhalb dieser Grenze "richtig" sind. Nach einer Kontrollzählung könnten trotzdem Fehler aufscheinen und das Resultat noch kippen. Aus diesem Grund lassen sich Schwellenwerte wissenschaftlich gar nicht sinnvoll definieren. Will der Gesetzgeber dennoch solche künstliche Grenzen in den Wahl- und Abstimmungserlassen verankern, muss er den Schwellenwert in Prozenten oder Promillen (wie in Schaffhausen, Zürich oder Graubünden) oder durch eine absolute Zahl ausdrücken. Besteht der Schwellenwert in einem Prozentsatz, muss zudem die Stimmenbasis festgelegt werden, auf die sich die Prozentuierung beziehen soll. Bilden alle ein-

gelegten oder etwa nur die gültigen Stimmzettel die massgebliche Stimmenbasis?<sup>88</sup> Will man eine einheitliche Definition für alle möglichen Fälle eines Urnenganges, scheint es am sinnvollsten, die Zahl der eingelegten Stimmen oder der eingelegten Wahlzettel als Basis zu verwenden.

Weiter ist zu beachten, dass Prozent- und Promillegrenzen zu sehr unterschiedlichen absoluten Differenzen führen und daher eine solche Grenze in Abhängigkeit zur Gesamtstimmzahl stehen sollte. Bei einer grossen absoluten Differenz ist eine Veränderung des Resultates unwahrscheinlicher, selbst wenn die Fehlerhäufigkeit unabhängig zur Zahl der zu zählenden Stimmen steht, da sich Fehler gegenseitig aufheben. Bei total 100 Stimmen wäre eine Hürde von 1‰ gar nicht erreichbar, da bereits eine Stimme die Differenz von 1% bedeutete. Bei 1 Mio. Stimmen würden demgegenüber 1‰ bereits 1000 Stimmen betragen, was – absolut betrachtet – durchaus als grosse Differenz gelten kann. In der Praxis könnte auch eine Kombination der beiden Kriterien zur Anwendung kommen. Für diese Variante hat sich namentlich der Kanton Schaffhausen entschieden<sup>89</sup>. BERNHARD MAAG schlägt – für Majorzwahlen – vor, bei einer sehr knappen massgeblichen Stimmzahl von weniger als 0,5% eine Kontrollzählung durchzuführen und bei einer Differenz von weniger als 0,1% sollte in jedem Fall eine Nachzählung stattfinden<sup>90</sup>.

## B. Unterscheidungen nach der Art der Urnengänge

Für die Umschreibung der Knappheit bzw. die Definition eines Schwellenwertes ist nach der Art der Urnengänge zu differenzieren: Abstimmungen, Majorz- und Proporzwahlen.

### 1. Abstimmungen

Im Zusammenhang mit Abstimmungen bildet eine bestimmte Differenz zwischen den Ja- und Neinstimmen den Schwellenwert; bei eidgenössischen Abstimmungen mit Ständemehr ist zusätzlich die Stimmendifferenz in den einzelnen Kantonen zu berücksichtigen. Kommt eine Vorlage zusammen mit einem Gegenvorschlag zur Abstimmung (d.h. Ermittlung der Präferenzen mit Stichfragen) ist festzulegen, bei welcher Stimmendifferenz die Stichfrage nachzuzählen ist, falls beide Vorlagen angenommen werden.

85 Pressemitteilung der Staatskanzlei Luzern vom 13.12.2002, vgl. <[http://www.lu.ch/download/aktuell/medienmitteilung/2002/a\\_3752002.htm](http://www.lu.ch/download/aktuell/medienmitteilung/2002/a_3752002.htm)>.

86 Vgl. vorne, Kapitel II.B.1.

87 Caltech/MIT, Voting, What could be done, 2001, vgl. <<http://www.vote.caltech.edu/reports/2001report.htm>>.

88 Vgl. hinten Kapitel V.B.

89 Vgl. vorne Kapitel II.B.1.

90 MAAG (FN 10), 66, 68; allerdings ist weder ersichtlich, wie der Autor zu diesen Schwellenwerten gelangt, noch auf welche Basis sich die Prozentuierung bezieht.

Sinnvoll wäre hier am ehesten eine Bandbreite festzulegen, in der eine Nachzählung stattfinden muss.

Im Kanton Zürich wird eine Nachzählung angeordnet, wenn der Ja-Stimmen-Anteil "zwischen 49,8% und 50,2% Prozent der Summe der Ja-Stimmen und der Nein-Stimmen liegt" (§ 49 Abs. 1 ZH-VPR)<sup>91</sup>. Das heisst, es werden für Abstimmungen 0,4% Differenz zwischen den Ja- und Neinstimmen verlangt. Die gleiche Bandbreite könnte man für die Stichfrage verwenden sowie auch innerhalb jedes Kantons, wenn ein anderes Kantonsergebnis einen Einfluss auf das Über- oder Unterschreiten des Ständemehrs haben könnte.

## 2. Majorzwahlen

Im Zusammenhang mit Majorzwahlen sind einmal jene Fälle zu betrachten, in denen kleine Stimmendifferenzen zwischen den Kandidierenden bestehen und zwar in erster Linie zwischen dem Letztgewählten und den ersten Nicht-Gewählten (für jene Kandidierenden, die – falls erforderlich – das absolute Mehr erreicht haben). Zudem ist bei den meisten Majorzwahlen in der Schweiz das absolute Mehr im ersten Wahlgang erforderlich. Das bringt es mit sich, dass auch jene Konstellationen zu definieren sind, in denen ein Stimmenabstand eines Kandidaten zum absoluten Mehr als knapp gilt<sup>92</sup>.

Etwas komplizierter als bei Abstimmungen ist es, die Basis für die Berechnung der relevanten Differenz festzulegen. So könnte man beispielsweise das Total aller Kandidatenstimmen als Basis wählen, aber auch das Total aller Wahlzettel. Da bei Majorzwahlen häufig mehr als ein Sitz zu vergeben ist, kann dies erhebliche praktische Konsequenzen haben<sup>93</sup>. Weiter kann es Spezialfälle geben, wie etwa die Sitzgarantie für die bernjurassischen Amtsbezirke im Kanton Bern<sup>94</sup>.

Auch bei der Berechnung der Differenzen zum absoluten Mehr kann als Basis entweder das Total der Stimmen, das Total der Wahlzettel oder das absolute Mehr dienen und es muss ein Prozent- bzw. Promillesatz festgelegt werden. Hier hat etwa der Kanton Zürich die Differenz in Bezug auf das absolute Mehr als Basis festgelegt. Danach ist eine Nachzählung anzuordnen, wenn eine Person wegen Nichterreichens des absoluten Mehrs nicht gewählt ist und die Differenz zwischen ihrer Stimmenzahl und dem absoluten Mehr weniger als 0,8 Prozent des absoluten Mehrs beträgt (§ 49 Abs. 2 lit. b ZH-VPR)<sup>95</sup>.

## 3. Proporzwahlen

Auch bei Proporzwahlen sind verschiedenste Konstellationen denkbar. Was als "knappe Stimmendifferenz" zu gelten hat, ist etwa bezüglich der Sitzverteilung zwischen Listen, bzw. Listenverbindungen und der Weiterverteilung allenfalls innerhalb von Listenverbindungen zu definieren; dies sowohl bei der Vollmandats- als auch bei der Restmandatsverteilung. Da für die Sitzverteilung Divisoren gebildet werden, ist es hier am schwierigsten, eine sinnvolle Defini-

tion der Knappheit zu finden. In einigen Kantonen mit Quorum müsste man festhalten, wie knapp der Abstand zum Quorum sein müsste, um eine Nachzählung zu rechtfertigen<sup>96</sup>. Und schliesslich ist zu definieren, wann ein Ergebnis zwischen Kandidierenden innerhalb einer Liste als knapp gilt, insbesondere zwischen dem Letztgewählten und dem ersten Nicht-Gewählten<sup>97</sup>. Durch den Einbezug aller Nicht-Gewählten kann Streitigkeiten bei allfälligem Nachrücken während der Legislatur vorgebeugt werden. Zu klären ist auch, was als Basis für die Differenz bei einer prozentualen Definition gilt (eingegangene Wahlzettel oder das Total der Stimmen). Dabei kann der letztgenannte Basiswert sehr hoch ausfallen, wenn bei einer Proporzwahl in einem Wahlkreis sehr viele Sitze zu verteilen sind<sup>98</sup>. Weitere Probleme stellen sich im Zusammenhang mit Rangordnung und Verschiebungen innerhalb von Listen und Listenverbänden.

## C. Umfang der Nachzählung

### 1. Die einzelnen Zähler Schritte

Kommt es zu einer Nachzählung, sind wiederum je nach Art und Ausgestaltung des Urnenganges verschiedene Zähler Schritte auseinander zu halten:

Bei der Bearbeitung der *brieflich abgegebenen Stimmen* muss zuerst der unterschriebene Stimmausweis überprüft werden. Anschliessend ist der Stimmausweis vom Stimm-

91 Vgl. dazu auch vorne Kapitel II.B.1.

92 Die Berechnung des absoluten Mehrs variiert von Kanton zu Kanton. In einigen Kantonen werden die Wahlzettel als Basis genommen, in anderen das Total aller gültigen Stimmen, vgl. GEORG LUTZ/DIRK STROHMANN, Wahl- und Abstimmungsrecht in den Kantonen, Bern 1998, 36 ff.

93 Wenn z.B. bei Exekutivwahlen das Total aller Kandidatenstimmen als Basis genommen wird, dann kann die relevante Differenz höher ausfallen, als wenn die Zahl der Stimmzettel als Basis gilt, da bei mehreren Exekutivsitzen jeder Wähler mehrere Stimmen abgeben kann. So beträgt die Stimmenzahl bei 7 Sitzen maximal das Siebenfache aller abgegebenen Stimmzettel.

94 Im Kanton Bern ist jener Kandidat aus dem Berner Jura gewählt, der das höchste geometrische Mittel der Stimmen aus dem bernjurassischen Kantonsteil und dem ganzen Kanton erhalten hat, vgl. Art. 84 Abs. 2 i.V.m. Art. 85 Abs. 4 KV-BE (Verfassung des Kantons Bern vom 6.6.1993, SR 131.212).

95 Vgl. dazu auch vorne Kapitel II.B.1.

96 Im Kanton Genf hat die Alliance de Gauche eine Nachzählung gefordert, weil sie nur knapp unter dem Quorum von 7% der Stimmen lag, um bei der Sitzverteilung berücksichtigt zu werden (SDA-Meldung vom 28.10.2005).

97 Um die Reihenfolge zwischen der Erstgewählten und dem ersten Nicht-Gewählten auf derselben Liste ging es bei der Auseinandersetzung um die Nachzählung der Stadtberner Gemeinderatswahlen.

98 Wie bereits erwähnt, waren bei den Nationalratswahlen 2003 im Kanton Zürich 12,3 Mio. Stimmen auszuzählen, da jeder der rund 365 000 Stimmenden 34 Stimmen vergeben konnte. 1% davon wären immer noch 12 300 Stimmen.

couvert, das den Stimmzettel enthält, zwecks Wahrung des Stimmgeheimnisses zu trennen. Erst jetzt werden die Stimmcouverts geöffnet. Handelt es sich um *Abstimmungen mit mehreren Vorlagen* werden zuerst die Stimmzettel in gültige, ungültige und leere sortiert. Danach folgt innerhalb der gültigen Stimmzettel eine Aufteilung in solche mit gleichem Muster, also z.B. bei drei Vorlagen drei mal Nein oder drei mal Ja. Diese Stimmzettel werden dann gezählt oder gewogen<sup>99</sup>. Stimmzettel mit ungleichem Muster werden in Bündel von 20–100 Stimmen aufgeteilt und dann mittels einer Strichliste für jede Vorlage separat ausgezählt und auch ein zweites Mal kontrolliert.

Auch bei *Wahlen* findet zuerst eine Trennung von gültigen, leeren und ungültigen Wahlzetteln statt. Bei Wahlen stehen in der Regel vorgedruckte Wahlzettel zur Verfügung. Es werden daher in einem zweiten Schritt die gültigen in veränderte und unveränderte Wahlzettel aufgeteilt. Die unveränderten Wahlzettel werden sodann – wie bei Abstimmungen – entweder von Hand oder maschinell ausgezählt oder gewogen. Die veränderten Wahlzettel werden weiterverarbeitet, allenfalls weiter sortiert, z.B. nach Listenbezeichnung und dann in der Regel durchnummeriert. Dann werden die veränderten Wahlzettel meist bündelweise auf Formulare abgetragen, die dann weiteraddiert werden. Bei Proporzahlen kann der Wähler seine Stimmen panaschieren und kumulieren; es bestehen somit sehr viele Möglichkeiten, einen Wahlzettel auszufüllen. Entsprechend komplex gestaltet sich die Auszählung. Deshalb gelangen bei Proporzahlen inzwischen häufig Computerprogramme zur Anwendung. Die veränderten Wahlzettel können einzeln auf den Bildschirm übertragen und dann elektronisch aggregiert werden. Durch Anwendung des Vieraugenprinzips, d.h. indem zwei Personen zusammenarbeiten und sich gegenseitig kontrollieren, oder mittels nachträglicher Überprüfung bereits ausgezählter Ergebnisse sollen Fehler möglichst vermieden werden.

## 2. Selektive Nachkontrolle als Ziel

Grundsätzlich hat sich eine Nachzählung nur auf diejenigen Stimmen zu richten, die überhaupt ein knappes Resultat beeinflussen können<sup>100</sup>. Gibt es Anhaltspunkte für konkrete Fehler bei einzelnen Zählschritten, kann eine Nachzählung genau dort einsetzen. Nur wenn die Eingrenzung der Fehlermöglichkeiten auf einzelne Zählschritte nicht möglich ist, drängt sich eine umfassende Nachzählung auf.

In räumlicher Hinsicht lässt sich die Nachzählung auf einzelne Wahlkreise, nicht aber auf einzelne Zählkreise beschränken. So macht es beispielsweise wenig Sinn, im Kanton Zug ebenfalls nachzuzählen, wenn im Kanton Bern bei Nationalratswahlen ein knappes Ergebnis vorliegt. Hingegen muss in allen Zählkreisen des Kantons nachgezählt werden, wenn ein knappes Ergebnis in einem Kanton vorliegt.

Ziel einer Nachzählung ist die Fehlerreduktion. Das heisst, begangene Zählfehler sollen ausgemerzt und neue Zählfehler vermieden werden. Dieses Ziel ist kaum zu er-

reichen, wenn alle Stimmen nochmals zusammengemischt und die verschiedenen Sortierungs- und Zählschritte unabhängig wiederholt werden, da bei dieser Vorgehensweise die gleichen Fehlermöglichkeiten bestehen wie bei der ordentlichen Zählung. Sinnvoll ist eine Nachkontrolle, bei der sämtliche Schritte nochmals überprüft und nachgezählt werden. So ist z.B. bezüglich der aussortierten unveränderten Wahlzettel oder im Falle von Abstimmungen der gleichen Stimmzettel nochmals zu überprüfen, ob sich wirklich die richtigen Wahlzettel auf dem entsprechenden Stapel befinden. Diese Stimmen sind danach nochmals nachzuzählen. Bei veränderten Wahlzetteln ist ebenfalls nochmals zu kontrollieren, ob die Stimmen richtig zugeordnet wurden. Schliesslich ist bei manueller Aggregation der Stimmen zu überprüfen, ob die Übertragung der Stimmen auf die höhere Ebene fehlerfrei stattgefunden hat. Finden die Auszählungen nicht zentral statt, so ist die Nachzählung auf alle Zählheiten auszudehnen, in denen die ausgezählten Stimmen eine entscheidende Wirkung auf das knappe Resultat haben könnten.

## D. Wie häufig sind knappe Urnengänge?

Die Knappheit von Urnengängen soll hier an einigen Beispielen erörtert und damit gleichzeitig ein Eindruck über deren Häufigkeit vermittelt werden:

Bei *eidgenössischen Abstimmungen* sind knappe Ergebnisse im gesamtschweizerischen Resultat selten. In einem sehr engen Grenzbereich zwischen 49.9% und 50.1% lagen in der Zeitspanne zwischen 1848–2005 nur eine von 538 Abstimmungen<sup>101</sup>. 9 weitere liegen zwischen 49.5% und 50.5% und 12 zusätzliche zwischen 49% und 51%. Auch bei einem

99 In der Schweiz ist in einzelnen Gemeinden das Wägen von Wahlzetteln mit Präzisionswaagen üblich. Dazu wird ein Referenzbündel von meist 100 Wahlzetteln mit mehreren Kontrollzählungen ausgesondert, das dann gewogen wird. Dieses Verfahren ist erlaubt, wenn es eine gesetzliche Grundlage dazu gibt und von der Bundeskanzlei im Rahmen der Überprüfung der kantonalen Bestimmungen betreffend des Vollzugs der Wahl- und Abstimmungsgesetzgebung bei eidg. Wahlen und Abstimmungen genehmigt worden ist. In einigen Fällen kommen auch Stimmzählmaschinen zum Einsatz, die – den Geldnotenzählmaschinen ähnlich – Stimmzettel zählen können (vgl. Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantonsregierungen zur Resultatermittlung mit technischen Geräten bei eidgenössischen Volksabstimmungen vom 15.1.2003, BBl 2003, 419).

100 Diese Anforderungen stellt auch der Bund in Art. 79 Abs. 2<sup>bis</sup> BPR: "Die Kantonsregierung weist Abstimmungs- oder Wahlbeschwerden ohne nähere Prüfung ab, wenn die gerügten Unregelmässigkeiten weder nach ihrer Art noch nach ihrem Umfang dazu geeignet waren, das Hauptresultat der Abstimmung oder Wahl wesentlich zu beeinflussen."

101 Es handelt sich hier um die bereits erwähnte Abstimmung über die Asylinitiative aus dem Jahr 2002, die mit "nur" 4000 Stimmen Differenz abgelehnt worden ist, vgl. den Bundesratsbeschluss vom 29.1.2003 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 24.11.2002 (BBl 2003 726).

weit gefassten Knappheitsbegriff ist somit nur eine kleine Anzahl von Abstimmungen als knapp einzustufen<sup>102</sup>.

Etwas häufiger treten knappe Ergebnisse bei *Majorzwahlen* auf<sup>103</sup>. Dies zeigt der Blick auf die Wahlergebnisse der letzten Gesamterneuerungswahlen der Regierungen sowie der Ständeratswahlen, die fast alle nach Majorz abgehalten wurden. Bei den letzten 25 Ständeratswahlen, die nach Majorz abgehalten wurden, lagen in Bern *Hans Lauri* und in Neuenburg *Jean Studer* nur 0,2% der Stimmen über dem absoluten Mehr (der gültigen Wahlzettel). Der Aargauer *Thomas Pfisterer* lag 0,97% über dem absoluten Mehr<sup>104</sup>. Bei Regierungswahlen gab es bei 10 von 20 Wahlgängen knappe Ergebnisse unterhalb der 1%-Schwelle der gültigen Stimmzettel. Die meisten dieser Fälle betrafen allerdings Differenzen zum absoluten Mehr. In sechs Fällen lagen Kandidierende im 1. Wahlgang nur knapp unter dem absoluten Mehr. Am knappsten war die Situation im Kanton Uri, wo im Jahr 2005 ein Kandidat das absolute Mehr um nur gerade 8 Stimmen (0,06%) verfehlte. In all diesen knappen Fällen wurden die unterlegenen Kandidaten jedoch im zweiten Wahlgang gewählt.

Noch häufiger treten knappe Ergebnisse bei *Proporzahlen* auf, insbesondere wenn es um die Reihenfolge innerhalb von Listen geht. Wegen definitorischer Schwierigkeiten und der hohen Komplexität wurde hier allerdings darauf verzichtet, knappe Abstände bei der Sitzverteilung zu eruieren. Bei den Berner Gemeinderatswahlen im Jahr 2004 gab es knappe Abstände nicht nur bei der erwähnten Proporzwahl in die Exekutive, sondern auch innerhalb verschiedener Listen bei den Legislativwahlen. Unter einer Schwelle von 0,1% der eingelegten Wahlzettel lagen die Abstände zwischen dem ersten Nicht-Gewählten und dem letzten Gewählten bei der SVP (13 Stimmen), bei der CVP (18 Stimmen), bei der PdA (10 Stimmen) und auf der FDP-Liste (5 Stimmen). Bei fünf weiteren Listen waren die Abstände kleiner als 1% der gültigen Wahlzettel. Bei den Nationalratswahlen im Jahr 2003 hätten in vier Kantonen (SZ, SG, TG, GE) Nachzählungen stattfinden müssen, weil die Abstände zwischen dem ersten Nicht-Gewählten und dem letzten Gewählten kleiner als 0,1% waren. Bei einem Schwellenwert von 0,5%, wären drei weitere Kantone (ZH, BE, BL) hinzugekommen. Zwei zusätzliche Kantone wären es bei einem Schwellenwert von 1% gewesen<sup>105</sup>. Nach dem Gesagten käme es somit bei Proporzahlen sehr häufig zu einer Nachzählung, sofern man die Knappheit alleine als Grund gelten lassen würde.

## VI. Erkenntnisgewinn bei Nachzählungen

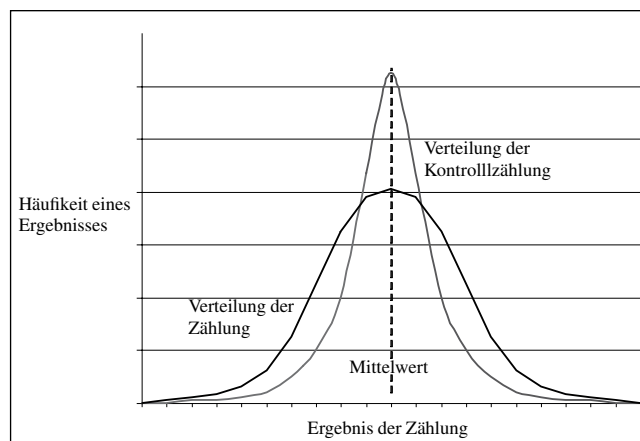
### A. Die Fehlerstreuung bei mehrfacher Zählung und Nachzählung

Fehler beim Zählen passieren bei jeder Auszählung, aber mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit auch bei der Nachzählung. Eine Schwierigkeit im Umgang mit knappen Resultaten liegt nun darin, dass man nicht weiss, mit welcher

Wahrscheinlichkeit man auf der richtigen Seite liegt, denn dafür müsste man gesicherte Angaben über die Fehlermarge bei einer Zählung haben. Allerdings wird dieses Problem mit einer Nachzählung nicht gelöst. Die Frage, welche Erkenntnisse aus einer Nachzählung gewonnen werden können, soll hier etwas formalisiert erläutert werden. Um dies zu beurteilen, ist ein kleiner Exkurs über Statistik und Wahrscheinlichkeit notwendig. Dabei ist einmal von der Hypothese auszugehen, dass es ein "richtiges" Resultat gibt, das auch ermittelt werden kann. Ein Resultat also, ohne jeden Unschärfbereich und ohne Unklarheiten betreffend die Gültigkeit von Stimm- und Wahlzetteln.

Eine einzige Auszählung liefert keine Angaben über den möglichen Fehlerbereich. Würde man hingegen sehr oft, beispielsweise 1000 Mal, unabhängig voneinander auszählen, würde die Häufigkeitsverteilung der Ergebnisse dieser Zählungen bei gleicher Zählmethode eine Normalverteilung ergeben (vgl. flache Kurve in der Grafik). Der "richtige" Wert wäre in diesem Fall der Mittelwert aller Auszählungen, das heisst jener Wert, an dem die Kurve der Normalverteilung das Maximum erreicht. Ergebnisse um den Mittelwert herum träten sehr häufig auf und je grösser die Abweichungen, desto weniger häufig kommt auch das Zählergebnis vor.

*Grafik: Theoretische Häufigkeitsverteilung bei vielfacher Zählung und Nachzählung von Stimmen*



- 102 Zusätzlich gibt es Fälle in denen es in einzelnen Kantonen äusserst knappe Ergebnisse gab, was für das Ständemehr durchaus relevant sein kann. 1913 gab es im Kanton Schwyz Stimmengleichheit (BBI 1913 III 453), 1975 betrug die Differenz zwischen Ja- und Nein-Stimmen im Kanton Appenzell I. Rh. gerade einmal 175 Stimmen (BBI 1975 I 1585); vgl. auch HANS-URS WILL, Kollektive Mitwirkungsrechte von Gliedstaaten in der Schweiz und im Ausland: geschichtlicher Werdegang, Rechtsvergleichung, Zukunftsperspektive, Diss. Bern 1988, 200–230.
- 103 Die Prozentzahlen der Knappheit beziehen sich hier auf die Differenz zwischen dem letzten Gewählten und dem ersten Nicht-Gewählten. Basis ist die Anzahl gültiger Wahlzettel.
- 104 Institut für Politikwissenschaft der Universität Bern, *Année politique Suisse*, Bern 2003, Anhang.
- 105 Bericht des Bundesrates an den Nationalrat über die Nationalratswahlen für die 47. Legislaturperiode (BBI 2003 7429).

Jede Nachzählung – davon darf man ausgehen – führt nun zu einer Fehlerreduktion des ursprünglich gezählten Resultates. Allerdings liefert auch eine Nachzählung noch nicht das "richtige" Resultat, da keine vollständige Fehlereliminierung angenommen werden kann. Wie erwähnt können auch bei der Nachzählung neue Fehler gemacht bzw. in der ordentlichen Auszählung gemachte Fehler übersehen werden. Die Unsicherheit bleibt somit, ob die restlichen Fehler ein Ergebnis noch verändern können oder nicht. Wenn man die Nachzählung unabhängig voneinander wiederholt, dann ergibt sich wieder eine Normalverteilung der Ergebnisse mit dem gleichen "richtigen" Mittelwert, aber die Streuung der vielen unabhängigen Nachzählungsergebnisse befindet sich näher um den Mittelwert (vgl. steilere Kurve in Grafik).

Könnte man nun also so häufig zählen und nachzählen, dann wäre auch möglich zu sagen, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein bestimmtes Ergebnis nun auf der richtigen Seite liegt oder nicht<sup>106</sup>.

## B. Die ungewisse Wahrscheinlichkeit

In der Realität werden nun aber die Ergebnisse von Wahlen nicht 1000 Mal, sondern nur einmal gezählt. Und in den seltenen Fällen einer Nachzählung findet ebenfalls in der Regel nur ein einziger Durchlauf statt. Verfügbar sind demnach zwei Werte, und es stellt sich die Frage des Erkenntnisgewinns.

Eine grosse Schwierigkeit besteht im fehlenden Wissen über die Fehlergrösse bei Auszählungen. Dieser Fehlerbereich kann kontextspezifisch sehr stark variieren. Bei Abstimmungen ist von einer anderen, eher kleineren Fehlermarge auszugehen als bei Wahlen. Bei Majorzwahlen werden in der Auszählung tendenziell weniger Fehler gemacht als bei Proporzahlen, da die Komplexität der Stimmenermittlung bei Proporzahlen erheblich grösser ist. Auch spielt unter anderem die Kapazität der Stimmbüros und die Erfahrung der auszählenden Personen eine Rolle. Lassen sich trotzdem aus den Werten bestimmte Aussagen über die Qualität der Ergebnisse im Zusammenhang mit knappen Ergebnissen generieren?

Vereinfacht lässt sich festhalten, dass mit zunehmender Stimmdifferenz die Wahrscheinlichkeit eines "falschen" Abstimmungs- oder Wahlergebnisses sinkt. Allerdings lässt sich hier nichts über die absolute Wahrscheinlichkeit aussagen, weil die Fehlermarge unbekannt ist und wir deshalb nicht wissen, ob ab einer bestimmten Knappheitsschwelle mit grosser Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis nicht mehr ändern könnte. Aus diesem Grund lassen sich etwa Aussagen wie die folgende nicht machen: "Wenn eine Differenz grösser als 0,1% der Stimmen ist, dann ist mit 95% Wahrscheinlichkeit die Fehlermarge kleiner als die Differenz". Das gleiche gilt grundsätzlich auch bei einer Nachzählung. Auch hier wissen wir nicht, mit welcher Wahrscheinlichkeit die Nachzählung ein Ergebnis noch verändern würde oder nicht.

Einen gewissen Erkenntnisgewinn bringt das Resultat der Nachzählung. Wir gehen davon aus, dass die Wahr-

scheinlichkeit eines "richtigen" Ergebnisses grösser ist, je grösser die Differenz zwischen zwei Werten ist. Daraus lässt sich ableiten, dass die Wahrscheinlichkeit eines "richtigen" Resultates steigt, wenn bei einer Nachzählung die Differenz grösser wird. Wird hingegen die Differenz kleiner oder ändert sich das Ergebnis, dann hat man gar keine Information über die Wahrscheinlichkeitsveränderung, dass man ein "richtiges" Ergebnis hat. Allerdings lassen sich so oder so keine Aussagen machen, wie gross die Wahrscheinlichkeit ist, dass man insgesamt richtig liegt, da man eben keine Angaben über den Mittelwert oder die möglichen Abweichungen vom Mittelwert der Verteilung hat.

*Zusammenfassend* lässt sich festhalten, dass die Unsicherheit knapper Ergebnisse durch Nachzählen nicht ausgeräumt werden kann. Sicherheit über das "richtige" Ergebnis lässt sich durch einmaliges Nachzählen nicht gewinnen. Wenn man aber weiss, dass es erstens einen Unschärfebereich bei der Gültigkeit von Stimmen gibt, zweitens mit hoher Wahrscheinlichkeit auch eine Nachzählung nicht alle Fehler beheben kann (bzw. sogar neue Fehler produziert), dann ist der Informationsgewinn einer Nachzählung gering.

## C. Die praktischen Grenzen

In Fall von knappen Ergebnissen wird die Feststellung des unverfälschten Wählerwillens zu einem Ding der Unmöglichkeit. Es gibt Ungenauigkeiten, die sich nachträglich nicht mehr korrigieren lassen, und eine Nachzählung führt statistisch gesehen nicht zu einem sichereren Resultat.

Überdies ist wenig logisch, warum man nach einer einzigen Nachzählung aufhören soll. Wahrscheinlichkeitstheoretisch ist jedes Resultat mit Zweifeln behaftet. Mit dem gleichen Argument der Unsicherheit bei einem knappen Resultat kann man auch eine Nachzählung der Nachzählung fordern<sup>107</sup>. Nur wenn man mehrmals hintereinander das gleiche Resultat erhält, darf man allenfalls von einem fehlerfreien Ergebnis ausgehen.

Der Definition von Schwellenwerten haftet weiter etwas Willkürliches an. Das wird dann zusätzlich problematisch, wenn nun etwa ein Ergebnis knapp ausserhalb des Schwellenwertes liegt, z.B. wenn man wegen einer Stimme ausserhalb der Knappheitsdefinition liegt. Definiert man einen Schwellenwert, nimmt man eine Grenze an, innerhalb derer eine erhebliche Wahrscheinlichkeit bestehen soll, dass ein Resultat kippt. Eine Stimme ausserhalb dieses Schwellen-

106 Sicher ist man allerdings dann immer noch nicht, ein anderes Ergebnis wäre nur äusserst unwahrscheinlich. Die Bedeutung und Diskussion der Normalverteilung findet sich in statistischen Standardwerken, z.B. LOTHAR SACHS, *Angewandte Statistik*, Berlin/Heidelberg 1988, 97ff.

107 Mit genau diesem Argument hat der Regierungsrat des Kantons Zürich in der Stadt Winterthur eine Nachzählung der Nachzählung zugelassen, vgl. RRB Nr. 1402/2001.

wertes bringt nur eine wenig grössere Wahrscheinlichkeit, dass man auf der "richtigen" Seite liegt. Zudem könnten dieselben vermuteten Zählfehler auch dazu führen, dass man ungerechtfertigt keine Nachzählung anordnet. Mit denselben Argumenten, mit denen man bei Knappheit eine Nachzählung anordnen kann, müsste man eigentlich dem Anspruch auf eine Nachzählung stattgeben, auch wenn die Differenz knapp ausserhalb des Schwellenwertes liegt.

## VII. Praktische Alternativen

### A. Akzeptanz von Zufallsresultaten

Wie lässt sich nun aber das Problem "unsicherer Abstimmungs- und Wahlresultate" in einer Demokratie lösen? Eine einfache Möglichkeit wäre, in einem engen Bereich *Zufallsresultate* zu anerkennen. Das ist etwa auch bei Stimmengleichheit der Fall. In diesem Fall ist eine Losziehung in der Wahlgesetzgebung verbreitet.<sup>108</sup> Theoretisch könnte man aber auch bei knappen Ergebnissen eine Losziehung durchführen. Diese wäre insofern ehrlich, als man sich damit nicht der Illusion hingeben würde, es bestünden in einem Grenzbereich "richtige" Resultate. Abgesehen von der Tatsache, dass man auch hier wieder das Schwellenwertproblem hat (wann ist ein Ergebnis knapp?<sup>109</sup>), könnte man in einem solchen Fall aber auch gleich das erste Resultat akzeptieren. Dies schon deshalb, weil mit dem Prozedere der Losziehung die Akzeptanz des Verfahrens kaum erhöht würde.

### B. Verfahrensregeln als Kompensation

Lösbar erscheint das Problem knapper Ergebnisse am ehesten mit *klaren Verfahrensregeln*. Wenn keine Hinweise auf Unregelmässigkeiten im Verfahrensablauf bestehen, ist anzunehmen, dass das genauestmögliche Resultat ermittelt worden ist. Knappheit alleine reicht nicht aus, um eine Nachzählung zu begründen. Notwendig sind Hinweise auf Unregelmässigkeiten im Verfahren. Dabei dürfen die Anforderungen an diese Hinweise nicht allzu hoch angesetzt werden, zumal von den Stimmbürgern nicht verlangt werden kann, dass sie detaillierte Beweise vorbringen<sup>110</sup>.

Liegen Hinweise auf mögliche Unregelmässigkeiten vor, sollten diese nicht zu einer direkten Nachzählung, sondern vorab zu einer Überprüfung der Verfahren und der Zähl Schritte führen. Werden bei der Überprüfung Unregelmässigkeiten erkannt, ist eine Nachzählung nur dann anzuordnen, wenn diese Unregelmässigkeiten das Ergebnis insgesamt beeinflussen können. Stellt man z.B. fest, dass 20 Stimmzettel zu Unrecht als gültig erklärt worden sind, die Stimmendifferenz aber bei 40 Stimmen liegt, dann käme es auch zu keinem anderen Ergebnis, wenn diese 20 Stimmen dem gleichen Kandidaten zugefallen sind<sup>111</sup>.

Problematisch ist ferner die Vermutung, ein knapper Urnengang sei fehlerbehaftet, da damit den Wahl- und Ab-

stimmungsbüros unsauberes Arbeiten unterstellt wird. Sollte dies der Fall sein, so stellt sich die Frage, ob nicht bereits die ordentlichen Zählverfahren garantieren sollten, dass der Wählerwille nach bestem Wissen und Gewissen ermittelt worden ist. Wenn es einen Anspruch auf ein richtiges Zählergebnis geben sollte, dann ist dies nicht nur bei knappen Ergebnissen der Fall, sondern er besteht bereits bei den normalen Auszählverfahren.

Wenn bei einer Überprüfung der Verfahren Fehler entdeckt werden, dann sind diese soweit möglich zu beheben. Im Falle der Gemeinderatswahlen in der Stadt Bern wurde versäumt, einige Wahlzettel zu stempeln oder zu stanzen. Dies führt zu einem unlösbaren Problem. Erklärt man diese Stimmzettel für ungültig, missachtet man die Willensbekundung jener Stimmenden, die ihre Stimme eigentlich korrekt abgegeben haben. Erklärt man die Stimmen trotzdem als gültig, liegt darin ein Verstoss gegen das einschlägige Wahl- und Abstimmungsprozedere. In solchen Fällen muss man sich überlegen, ob eine erneute Abstimmung oder Wahl anzuordnen sei. Eine Wiederholung des Urnenganges ist jedoch ebenso problematisch, da die gleichen Rahmenbedingungen nicht simuliert werden können. Denn die Stimmberechtigten beteiligen sich mit Kenntnis des früheren Ergebnisses am neuen Urnengang. Die politischen Akteure können ihre Kampagne anpassen. Dadurch entstehen Verzerrungen in der Willensbildung, welche die Verzerrungen durch die Fehler im Auszählprozess bei weitem übersteigen<sup>112</sup>.

### C. Was ist politisch klug?

Bleibt die Frage, ob die Legitimität des Ergebnisses und einzelner Gewählter durch Nachzählen erhöht würde, das heisst, ob die Meinung des Bundesgerichts zutrifft, es sei ein "Gebot politischer Klugheit"<sup>113</sup>, bei knappen Ergebnissen

108 So sieht etwa Art. 41 Abs. 1 lit. f BPR die Losziehung als letztes Mittel zur Verteilung der Sitze zwischen zwei Listen vor oder Art. 43 Abs. 3 BPR bei Stimmengleichheit innerhalb einer Liste bei Nationalratswahlen, wenn es um die Ermittlung der Gewählten geht. Ähnliche Bestimmungen sind in vielen Wahlgesetzen auf kantonaler und kommunaler Ebene verankert. Vgl. auch vorne Kapitel III.C.2.

109 Vgl. vorne Kapitel V.A.

110 Eine weitere Garantie ist ein sehr weiter Kreis der Beschwerdeberechtigung sowie der öffentliche Zugang zur Auszählung. In der Schweiz sind alle Stimmberechtigten in der Regel auch beschwerdebefugt, und jede Person darf der Auszählung beiwohnen, solange der Zählprozess dadurch nicht gestört wird.

111 Die Feststellung von Fehlern oder Unregelmässigkeiten und ein Ursachenzusammenhang zwischen Fehlern und einem möglichen anderen Ergebnis sind laut Art. 79 Abs. 2<sup>bis</sup> BPR notwendige Bedingungen, damit eine Kantonsregierung bei eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen eine Nachzählung anordnen kann, vgl. auch FN 100.

112 Vgl. zudem die Diskussion zur Verhältnismässigkeit in Kapitel III.C.3.

113 Vgl. vorne Kapitel II.B.2.

nachzählen. Dies ist letztlich eine überwiegend psychologische Frage. Denn die Legitimität des demokratischen Prozesses ergibt sich viel mehr aus dem Glauben in ein korrektes Verfahren als aus dem "harten" Wissen darüber. Eine Behörde hat somit den Zählvorgang so auszugestalten, dass die im ordentlichen Zählverfahren zustande gekommenen und anschliessend veröffentlichten Resultate eine bestmögliche Genauigkeit erreichen. Lässt sie nachzählen, manifestiert sie dadurch Misstrauen gegenüber dem eigenen Zählverfahren. Weil eine Nachzählung mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit andere Resultate liefert als die Auszählung, kann in der Öffentlichkeit gar der – falsche – Eindruck entstehen, der Zählvorgang sei manipuliert worden oder wiederum fehlerhaft. Letztlich dürfte dieser Eindruck das Vertrauen in die korrekte Stimmenermittlung eher schwächen als stärken und damit dem Gebot politischer Klugheit kaum entsprechen.

En automne 2004, la candidate de l'alliance verte a été élue au Conseil communal (exécutif) de la ville de Berne avec seulement 19 voix d'avance par rapport au premier non-élu. Le Tribunal fédéral a constaté des irrégularités lors du dépouillement des bulletins et a ordonné leur recomptage, bien que le vice de procédure n'ait pas eu d'influence sur l'issue du scrutin. D'après le Tribunal fédéral – dont la décision figure à l'ATF 131 I 442 – c'est le seul moyen de rétablir la confiance que les citoyens accordent à l'exactitude des résultats. Cette opinion donne lieu à des considérations critiques, notamment sous l'angle juridique du principe de la proportionnalité. A celles-ci s'ajoutent des réflexions politologiques, lesquelles mettent en doute l'affirmation selon laquelle le recomptage des bulletins mènerait à un résultat sans faute et renforcerait la confiance de l'électeur. En se focalisant sur le dépouillement, l'on oublie que des sources d'erreurs – qui ne peuvent être maîtrisées qu'en partie – peuvent également surgir à d'autres phases du scrutin, par exemple lors de l'identification des électeurs ou lors de la remise de leur vote. En l'occurrence, le recomptage des voix a confirmé le résultat de l'élection; toutefois, l'avance a fondu à 6 voix.

(trad. LT LAWTANK, Fribourg)