
Rechtsgrundlagen für die elektronische Auszählung von Stimmen (E-Counting)

Rechtsgutachten

im Auftrag der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle (PVK)

Prof. Dr. Andreas Glaser
unter Mitarbeit von MLaw Corina Fuhrer

Aarau, 15. Juli 2016

Inhaltsverzeichnis

Einleitende Zusammenfassung	3
Ausgangslage	4
Erster Teil: Kohärenz der Rechtsgrundlagen für das E-Counting	5
I. Rechtliche Regelungen des E-Counting.....	5
1. Materiell-rechtliche Vorgaben.....	5
2. Genehmigungs-/Bewilligungsverfahren.....	12
II. Vergleich mit dem Vote électronique	15
1. Anknüpfungspunkte für die Vergleichbarkeit.....	15
2. Materiell-rechtliche Regelungen	16
3. Bewilligungsverfahren.....	17
4. Zwischenfazit: Dreifache Absicherung der korrekten Ergebnisermittlung	18
III. Schlussfolgerungen für das E-Counting	19
1. Anforderungen an die Rechtsgrundlage	19
2. Anforderungen an das Bewilligungsverfahren	23
Zweiter Teil: Verbands- und Organkompetenzen	25
I. Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen.....	25
1. Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes	25
2. Kompetenz zur Einführung eines Bewilligungsverfahrens	26
II. Bewilligungszuständigkeiten von Bundesrat und Bundeskanzlei	27
1. Zuständigkeit des Bundesrates	27
2. Grundsätze der Aufgabendelegation	27
3. Aufgabendelegation an die Bundeskanzlei.....	28
4. Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Aufgabendelegation.....	29
Abschliessende Zusammenfassung	31
Literaturverzeichnis	33
Materialienverzeichnis	35

Einleitende Zusammenfassung

Im Auftrag der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle (PVK) haben die beiden Autoren das vorliegende juristische Gutachten zum elektronischen Auszählungsverfahren von Stimmzetteln (E-Counting) erstellt. Das E-Counting wird heute von den Kantonen Genf und Basel-Stadt sowie zahlreichen politischen Gemeinden zur Auszählung eidgenössischer Vorlagen eingesetzt.

Gegenstand des Gutachtens ist in einem ersten Teil die Beurteilung der rechtlichen Grundlagen des Genehmigungsverfahrens durch den Bund, das dem praktischen Einsatz elektronischer Hilfsmittel seitens der Kantone vorgelagert ist (Art. 84 Abs. 2 BPR). Bis zum Erlass des neuen Kreisschreibens des Bundesrates an die Kantone vom 18. Mai 2016 fehlten Konkretisierungen der im Gesetz nicht weiter spezifizierten Bewilligungsanforderungen. Dies wirft die Frage auf, ob die Genehmigungserteilung durch den Bund hinreichend bestimmt im Gesetz geregelt ist. Daraus folgt die Frage, ob und inwieweit die verfassungsrechtlichen Anforderungen aus der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) eingehalten werden. Aufschluss bei der Beantwortung dieser Fragen verspricht eine Gegenüberstellung der rechtlichen Grundlagen und des Bewilligungsverfahrens beim E-Counting mit den vergleichbaren Regelungen und Verfahren in Bezug auf den Vote électronique.

In einem zweiten Teil wird die Rolle des Bundes und seiner Behörden im Zusammenhang mit dem E-Counting untersucht. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Verteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen (Verbandskompetenz) einerseits sowie auf der verwaltungsinternen Delegation von Teilaufgaben des Bundesrates an die Bundeskanzlei (Organkompetenz) andererseits. Abgeklärt werden soll insbesondere, ob die Zuständigkeitsverteilung, wie sie im Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantone vom 18. Mai 2016 definiert wird, rechtlich zulässig ist.

Im Ergebnis zeigt sich, dass der Einsatz technischer Hilfsmittel bei der Auszählung eidgenössischer Abstimmungen bis zum Erlass des Kreisschreibens vom 18. Mai 2016 völlig unzureichend geregelt war und insbesondere die rudimentäre gesetzliche Regelung in Art. 84 Abs. 2 BPR in der praktischen Handhabung keine hinreichende Gewähr für die Gewährleistung der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) bot. Diese Mängel finden unter der Geltung des neuen Rechtsrahmens insoweit ihre Fortsetzung, als die bereits zuvor eingesetzten technischen Hilfsmittel infolge der diesbezüglichen Bewilligungsfiktion keiner präventiven Kontrolle unterzogen werden. Als besonders kritisch erweist sich, dass es an der Verankerung einer Pflicht zur Erhebung zuverlässiger Stichproben seitens der Kantone zwecks Plausibilisierung der Ergebnisse fehlt. Die Verfestigung vorhandener Unzulänglichkeiten zulasten der korrekten Ermittlung des Abstimmungsergebnisses ist daher nicht auszuschliessen.

Mit Blick auf die Verbandskompetenzen von Bund und Kantonen ist festzustellen, dass der Bund die ihm zukommenden Zuständigkeiten nicht ausschöpft, sondern nur zurückhaltend davon Gebrauch macht. Die Verteilung der Organkompetenzen zwischen Bundesrat und Bundeskanzlei entspricht den verfassungsrechtlichen Vorgaben und erfolgt nach sachgerechten Gesichtspunkten.

Ausgangslage

Die Auszählung der Stimmen bei Volksabstimmungen erfolgt traditionell von Hand.¹ So werden in den meisten Gemeinden Stimmberechtigte entweder ohne finanzielle Gegenleistung zur Stimmenauszählung aufgeboten (nichtständiger Stimmausschuss²) oder die Auszählung von Hand wird durch Parteimitglieder beziehungsweise eigens hierfür entschädigte Bürgerinnen und Bürger übernommen.³ Die Leitung und Überwachung des Geschehens obliegt dem Wahl- oder Stimmbüro (vgl. Art. 14 Abs. 1 BPR)^{4,5}

Um das Verfahren zu beschleunigen, aber auch um die Fehleranfälligkeit zu verringern, gelangen inzwischen verschiedenartige technische Hilfsmittel zum Einsatz. Darunter fallen beispielsweise Präzisionswaagen, Zählmaschinen und Scanner zur elektronischen Auszählung der Stimmen. Bei Letzteren ermöglicht der Einsatz einer spezifischen Software die automatische Erkennung und Erfassung der jeweiligen Markierung auf dem Stimmzettel, wodurch ohne Zeitverzögerung der aktuelle Stand respektive das Resultat der Abstimmung ersichtlich werden.

Die elektronische Auszählung von Stimmen, das sogenannte E-Counting, wird heute in den Kantonen Genf und Basel-Stadt flächendeckend sowie in verschiedenen Gemeinden weiterer Kantone praktiziert. Als Grund für die Einführung wird regelmässig gesteigerte Effizienz angeführt. In der Stadt St. Gallen beispielsweise wird seit der Einführung des Scanningprozesses gemäss eigenen Angaben nur noch rund ein Viertel des bisherigen Personals benötigt, zumal im Vergleich mit maschinellen Zählweisen auch die Aussortierung der Stimmzettel per Hand in verschiedene Stapel entfällt. Zudem führen viele oder komplizierte Vorlagen mit Stichfragen beim Scanner nicht zu zusätzlichen Schwierigkeiten, da ein einziger Erfassungsprozess für alle Fragen genügt.⁶

Die Schwachstelle der technischen Neuerung liegt in der potenziellen Manipulierbarkeit bezüglich der Korrektheit einer digitalen Erfassung, wobei gleichzeitig eine Überprüfung des Systems durch den einzelnen Stimmbürger nur erschwert möglich ist. Zudem wird auch die Überwachung der eingesetzten Technik kritisiert. In Bezug auf die Auswertung der gescann-

¹ Siehe NUSPLIGER/MÄDER, S. 187.

² Vgl. z.B. für die Gemeinde Köniz (BE) Art. 22 Abs. 1 Verordnung über Abstimmungen und Wahlen der Gemeinde Köniz (SG 141.11) i.V.m. Art. 37 PRG BE (BSG 141.1).

³ Vgl. z.B. für die Stadt Zürich § 14 Abs. 1 und 2 GPR ZH (LS 161) i.V.m. Art. 20 Abs. 1 Gemeindeordnung Stadt Zürich (AS 101.100).

⁴ Bundesgesetz über die politischen Rechte (BPR; SR 161.1).

⁵ HANGARTNER/KLEY, Rz. 2373. Zu den Rechtsgrundlagen im Überblick GRISEL, Rz. 248.

⁶ VENANZONI, S. 31.

ten Stimmzettel fand bisher insbesondere keine systematische Plausibilisierung der Resultate anhand repräsentativer Stichproben statt.⁷

Die Akzeptanz der direkten Demokratie basiert jedoch massgeblich auf dem Vertrauen in die Richtigkeit und Zuverlässigkeit der Verfahrensabläufe.⁸ Vor dem Hintergrund einer Stichprobenkontrolle in der Stadt Bern, bei welcher Unregelmässigkeiten festgestellt wurden, haben die Geschäftsprüfungskommissionen der eidgenössischen Räte (GPK) am 29. Januar 2015 die Parlamentarische Verwaltungskontrolle (PVK) mit einer Evaluation des E-Counting beauftragt.

Im Rahmen der Evaluation hat die PVK ihrerseits das Zentrum für Demokratie Aarau (ZDA) beauftragt, ein juristisches Gutachten zum elektronischen Auszählungsverfahren zu erstellen. Ziel des Mandats ist die Evaluation der normativen Qualität und Kohärenz der Beurteilungskriterien zur Bewilligung des E-Counting (Erster Teil) sowie die verfassungsrechtliche Bestimmung der Kompetenzen des Bundes bei der Erteilung von Bewilligungen (Zweiter Teil).

Erster Teil: Kohärenz der Rechtsgrundlagen für das E-Counting

I. Rechtliche Regelungen des E-Counting

1. Materiell-rechtliche Vorgaben

a. Vielfalt der Rechtsgrundlagen

Der Bundesrat kann die Kantonsregierungen gemäss Art. 84 Abs. 1 BPR ermächtigen, für die Ermittlung der Wahl- und Abstimmungsergebnisse mit technischen Mitteln von den übrigen Vorschriften des BPR abweichende Bestimmungen zu erlassen. Nach Art. 84 Abs. 2 BPR bedarf der Einsatz technischer Hilfsmittel bei Wahl- und Abstimmungsverfahren der Genehmigung des Bundesrates. Die Vorschrift bezweckt nicht in erster Linie eine Regelung der Auszählungsmodalitäten, sondern erlaubt vor allem im Interesse der Rationalisierung, Überprüfbarkeit und Beschleunigung die Verwendung elektronisch lesbarer anstelle der klassischen Stimmzettel.⁹

Art. 84 BPR enthält keine expliziten Tatbestandsvoraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung. In der Verordnung über die politischen Rechte (VPR¹⁰) finden sich ebenfalls keine Konkretisierungen der Anforderungen an den Einsatz technischer Mittel für die Ermittlung der Wahl- und Abstimmungsergebnisse. Das auf Art. 84 und Art. 91 BPR gestützte Kreis-

⁷ Vgl. die eingesehenen Gesuche.

⁸ NUSPLIGER/MÄDER, S. 188.

⁹ BGE 138 II 13 E. 4.2 S. 18.

¹⁰ Verordnung über die politischen Rechte (VPR; SR 161.11).

schreiben des Bundesrates vom 15. Januar 2003 (im Folgenden: Kreisschreiben 2003) enthielt lediglich Vorgaben zur Verwendung von Messmitteln für die maschinelle Stimmzählung, also insbesondere Präzisionswaagen, nicht aber bezüglich der elektronischen Auszählung (E-Counting).¹¹

Die wesentlichen materiell-rechtlichen Vorgaben für die korrekte Ermittlung von Abstimmungsergebnissen folgen aus der bundesverfassungsrechtlich in Art. 34 Abs. 2 BV¹² garantierten Abstimmungsfreiheit und nunmehr aus dem am 18. Mai 2016 beschlossenen Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantonsregierungen über die Ermittlung der Ergebnisse eidgenössischer Volksabstimmungen mit technischen Mitteln (im Folgenden: Kreisschreiben 2016)¹³ (dazu b.). Einige mittelbar für die elektronische Auszählung massgebliche Bestimmungen betreffend die Benützung spezifisch ausgestalteter Stimm- und Wahlzettel finden sich im BPR (dazu c.). Soweit es im Bundesrecht an einer Regelung fehlt, verweist Art. 83 Satz 1 BPR subsidiär auf das kantonale Recht (dazu d.).

b. Korrekte Ermittlung des Abstimmungsergebnisses

aa. Gleichlauf bei manueller und elektronischer Auszählung

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts gibt die in Art. 34 Abs. 2 BV verankerte Wahl- und Abstimmungsfreiheit den Stimmberechtigten Anspruch darauf, dass „kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt“¹⁴. Der sachliche Schutzbereich umfasst insbesondere die korrekte Stimmenverwertung, Auszählung und Ermittlung des Wahl- und Abstimmungsergebnisses.¹⁵ Wahl- und Abstimmungsergebnisse müssen somit sorgfältig und ordnungsgemäss ermittelt werden.¹⁶ Ordnungsgemäss zustande gekommene Wahl- oder Abstimmungsergebnisse müssen tatsächlich anerkannt werden.¹⁷ Vor allem müssen die zur Ermittlung der Abstimmungsergebnisse erforderlichen (mathematischen) Operationen richtig vollzogen werden.¹⁸ Der einzelne Stimmberechtigte besitzt dementsprechend ein justiziables Recht auf ordnungsgemässe und sorgfältige Auszählung der Stimmen.¹⁹

¹¹ Vgl. BBI 2003 419, Ziff. 31 und 32.

¹² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101).

¹³ BBI 2016 4099.

¹⁴ Statt vieler BGE 139 I 195 E. 2 S. 201; BGE 141 II 297 E. 5.2 S. 299.

¹⁵ BGE 98 Ia 73, E. 4 S. 85; HANGARTNER/KLEY, Rz. 2551; STEINMANN, Art. 34 N 20; TORNAY, S. 277 f.; TSCHANNEN, in: BSK BV, Art. 34 N 32 und 49 f.

¹⁶ Siehe auch BGE 131 I 442, E. 3.1 S. 447; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 52 Rz. 69.

¹⁷ BGE 141 II 297 E. 5.2 S. 299.

¹⁸ HANGARTNER/KLEY, Rz. 2551.

¹⁹ BGE 98 Ia 73, E. 4 S. 85.

Ein sicheres, transparentes und vertrauenswürdiges Verfahren muss in Übereinstimmung mit Art. 34 BV jederzeit sichergestellt sein.²⁰ Die – staatspolitisch anzustrebende – Akzeptanz knapper Abstimmungsergebnisse hängt massgeblich davon ab, dass das Auszählungsverfahren Gewähr für eine sorgfältige Ermittlung der Abstimmungsergebnisse bietet.²¹ Entscheidend hierfür ist, dass die Stimmzettel korrekt und regelkonform ausgezählt werden.²² Der Einsatz technischer Hilfsmittel wie er in Art. 84 Abs. 2 BPR vorgesehen ist, steht bei Einhaltung dieser Vorgaben im Einklang mit der Abstimmungsfreiheit.²³

Die grundsätzliche Zulässigkeit der elektronischen Stimmenauszählung wurde durch das Bundesgericht im Rahmen eines Entscheides über die elektronische Losziehung bei Stimmengleichheit von zwei Kandidaten anlässlich der Nationalratswahlen 2011 im Kanton Tessin festgestellt. Die elektronische Auszählung von Wahlen ist insoweit mit der Auszählung von Abstimmungsergebnissen vergleichbar, als sie sich ebenfalls in eine erste manuelle und eine zweite elektronische Phase der Auszählung gliedert.²⁴ Die Anforderungen an die zuverlässige und unverfälschte Ergebnisermittlung gelten dementsprechend auch für die durch elektronische Hilfsmittel unterstützte Auszählung.²⁵ Unter diesen Voraussetzungen ist die in Art. 84 BPR vorgesehene Verwendung technischer Hilfsmittel immer dann gerechtfertigt, wenn sie offensichtlich vorteilhafter und nützlicher ist als herkömmliche Vorgehensweisen.²⁶ Der Einsatz technischer Hilfsmittel dient somit dem Ziel, bei vertretbarem Aufwand eine möglichst hohe Ergebnisgenauigkeit innert sinnvoller Zeit zu erzielen.²⁷

Die Korrektheit der Auszählung der Stimmen wird durch institutionelle Vorkehren wie die Einsetzung eines Stimmbüros flankiert. Indem es sich hierbei um ein kollektives Organ handelt, dem Vertreter verschiedener Parteien und Gruppierungen angehören, wird eine gegenseitige Kontrolle der Mitglieder ermöglicht.²⁸

Abstriche an der absoluten Einhaltung der Pflicht zur korrekten Ergebnisermittlung hat das Bundesgericht einzig in Bezug auf die Versammlungsdemokratie zugelassen.²⁹ So akzeptiert das Bundesgericht im Hinblick auf die Abstimmungsfreiheit die Schätzung des Handmehrs

²⁰ BGE 138 II 13 E. 6.3 S. 21.

²¹ BGE 141 II 297 E. 5.5.2 S. 304.

²² BGE 131 I 442 E. 3.3 S. 448.

²³ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 52 Rz. 69.

²⁴ Vgl. dazu BGE 138 II 13 E. 3.2.1 S. 16.

²⁵ BGE 138 II 13 E. 6.3 S. 20.

²⁶ BGE 138 II 13 E. 6.3 S. 21.

²⁷ Vgl. LUTZ/FELLER/MÜLLER, S. 1527.

²⁸ HANGARTNER/KLEY, Rz. 2553.

²⁹ Näher dazu mit kritischer Einordnung TORNAY, S. 278 f.

bei einer Landsgemeinde.³⁰ Die systembedingten Schwierigkeiten bei der Feststellung des Ergebnisses führen bei abstrakter Betrachtung nicht zu einer strukturellen Verletzung der Abstimmungsfreiheit, sondern rechtfertigen sich durch die mit der Versammlungsdemokratie verbundenen Vorteile.³¹

Bei Urnenabstimmungen gilt die Pflicht zur korrekten Ermittlung des Abstimmungsergebnisses demgegenüber uneingeschränkt, da kein Rechtfertigungsgrund für Abweichungen ersichtlich ist. Zweck des Einsatzes elektronischer Hilfsmittel ist einerseits die Effizienzsteigerung und andererseits die Erhöhung der Genauigkeit der Auszählung. Einbussen an der Exaktheit der Ergebnisermittlung sind demnach gerade nicht mit dem Einsatz elektronischer Hilfsmittel verbunden, zumal dieser – im Unterschied zur Versammlungsdemokratie – keinen Eigenwert darstellt.

Im Einklang mit den Vorgaben der Abstimmungsfreiheit betont der Bundesrat in der Einleitung des Kreisschreibens 2016: „Wie bei der rein manuellen Ergebnisermittlung stellen die Kantone auch beim Einsatz technischer Mittel die reibungslose und präzise Erhebung der Abstimmungsergebnisse sicher.“ Der Bundesrat definiert gemäss Ziff. 1 Bst. b in Ziff. 3 des Kreisschreibens 2016 die Voraussetzungen für das E-Counting, also für den Einsatz von Verfahren mit elektronischer Erfassung und Auszählung von Stimmzetteln. Im Hinblick auf die korrekte Ergebnisermittlung finden sich einige Vorgaben in Ziff. 3.4. Die Kantone müssen zur Gewährleistung der Vertrauenswürdigkeit mehrere Massnahmen umsetzen. Sie müssen in bestimmten Abständen potenzielle Schwachstellen und potenzielle Bedrohungen erheben sowie sicherstellen, dass erhöhte Risiken rechtzeitig reduziert werden. Sie müssen sicherstellen, dass die eingesetzten technischen Mittel wie Scanner und Lesegeräte korrekt kalibriert sind. Zudem ist die korrekte Funktionsweise der technischen Mittel mithilfe von Stichproben anhand der erhobenen Daten zu plausibilisieren. Hinsichtlich der Erhebung von Stichproben fehlen indessen quantitative Vorgaben, in welchem Umfang bezogen auf das gesamte Elektorat oder die abgegebenen Stimmen, wie dies bezüglich der Verifizierbarkeit beim Vote électronique vorgesehen ist (vgl. Art. 4 und Art. 5 VEleS). Die Reichweite der Stichproben liegt somit im Ermessen der Kantone. Schliesslich müssen immerhin sämtliche Personen, die auf die für die Vertrauenswürdigkeit entscheidenden Komponenten und Daten zugreifen können, identifizierbar sein.

bb. Wechselwirkungen mit dem Anspruch auf Nachzählung

Die Pflicht zur korrekten Ermittlung des Abstimmungsergebnisses steht in engem Zusammenhang mit einem allfälligen Anspruch auf Nachzählung.³² Die zuverlässige Ergebnisfest-

³⁰ BGE 100 Ia 362 E. 5c S. 364.

³¹ BGE 121 I 138 E. 5d S. 149.

³² Ebenso LUTZ/FELLER/MÜLLER, S. 1518; TORNAY, S. 278.

stellung wird durch die Möglichkeit der Nachzählung abgesichert.³³ Das Bundesgericht hatte sich in einem Entscheid aus dem Jahr 2009 dafür ausgesprochen, sehr knappe Resultate bei eidgenössischen Volksabstimmungen³⁴ per se Unregelmässigkeiten in einer Abstimmung gleichzustellen und somit einen Anspruch auf Nachzählung zu bejahen.³⁵ Demnach konnte bei einem „sehr knappen“ Ergebnis – wobei die Konkretisierung dieses Kriteriums dem Gesetzgeber überlassen wurde – auch ohne Geltendmachung konkreter Hinweise auf Unregelmässigkeiten bei der fraglichen Abstimmung eine Nachzählung verlangt werden.

Der Bundesgesetzgeber ist dieser Sichtweise indes nicht gefolgt und hat sich stattdessen mittels Einführung von Art. 13 Abs. 3 BPR zur vormaligen Praxis³⁶ bekannt.³⁷ Ein sehr knappes Abstimmungsergebnis erfordert nur dann eine Nachzählung, wenn Unregelmässigkeiten glaubhaft gemacht worden sind, die nach Art und Umfang geeignet waren, das Bundesergebnis wesentlich zu beeinflussen.³⁸

Unterdessen betont auch das Bundesgericht, dass aus Art. 34 Abs. 2 BV kein allgemeiner und unbedingter Anspruch auf Nachzählung sehr knapper oder äusserst knapper Abstimmungsergebnisse fliesst.³⁹ Der blosse Umstand eines knappen Resultats begründet für sich genommen keine bundesverfassungsrechtliche Pflicht zur Nachzählung, solange eine zweckmässige Ordnung gegeben ist, die Gewähr für eine sorgfältige Ermittlung der Abstimmungsergebnisse bietet.⁴⁰ Solange die Auszählung im Grundsatz einwandfrei vonstattengeht, bedarf es somit der Geltendmachung konkreter Unregelmässigkeiten, um eine Nachzählung zu erwirken.

Das alleinige Vorliegen eines sehr knappen Abstimmungsergebnisses genügt für eine Anfechtung des Resultats durch die Stimmberechtigten nicht. Das zusätzliche Kriterium der Geltendmachung von Unregelmässigkeiten eines gewissen Schweregrades bedeutet im Hinblick auf die elektronische Auszählung der Stimmen eine erhebliche Erschwerung für die erfolgreiche Durchsetzung eines Begehrens auf Nachzählung. Da der elektronische Vorgang der Auszählung und insbesondere die Addierung der Stimmen durch die Stimmberechtigten praktisch nicht überprüfbar sind, schliesst dies zugleich den Nachweis von Unregelmässigkeiten aus, was eine Anfechtung des elektronisch ausgezählten Resultats praktisch verunmöglicht.

³³ HANGARTNER/KLEY, Rz. 2557.

³⁴ Die Rechtsprechung gilt explizit nicht für Nationalratswahlen, vgl. dazu BGE 138 II 5, E. 3.2-3.4 S. 9 ff.

³⁵ BGE 136 II 132 E. 2.4.2 S. 139. Kritisch dazu NUSPLIGER/MÄDER, S. 187 ff.; STEINMANN, Art. 34 N 28.

³⁶ Vgl. zusammenfassend BGE 131 I 442, E. 3.2-3.6 S. 447 ff. Dazu auch LUTZ/FELLER/MÜLLER, S. 1518 f.; TORNAY, S. 278.

³⁷ Vgl. BBl 2013 9217 9256 und 9265 f.

³⁸ Siehe auch BGE 141 II 297 E. 5.5.3 S. 305.

³⁹ BGE 141 II 297 E. 5.4 S. 301.

⁴⁰ BGE 141 II 297 E. 5.4 S. 301 f.

Das Bundesgericht trägt dem Umstand erschwerter Erkennbarkeit konkreter Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung lediglich dadurch Rechnung, dass umso geringere Anforderungen an den Nachweis von Unregelmässigkeiten zu stellen sind, je knapper das Abstimmungsresultat ausfällt.⁴¹ Nicht ausreichend ist jedoch auch bei einem sehr knappen Ergebnis der Hinweis auf inzwischen korrigierte Fehler, solange sich diese im üblichen Rahmen bewegen und keine konkreten Anzeichen für besondere Vorkommnisse ersichtlich sind, die das Resultat über die bei jeder Zählung auftretenden Zähl- und Übermittlungsfehler hinaus verfälscht haben könnten.⁴²

Es besteht somit eine Wechselwirkung zwischen der Exaktheit der Auszählung und den prozessualen Anforderungen für das Verlangen einer Nachzählung. Die inzwischen eingetretene verfahrensrechtliche Erschwerung der Anfechtung der Ergebnisermittlung muss demnach spiegelbildlich bei den Anforderungen an E-Counting-Systeme und deren Kontrolle berücksichtigt werden. Die höheren Hürden für die Anordnung einer Nachzählung müssen sich in erhöhten Anforderungen an die Zuverlässigkeit technischer Hilfsmittel bei der ersten Auszählung widerspiegeln.

c. Benützung bestimmter Stimm- und Wahlzettel

Für die Stimmabgabe müssen amtliche Stimm- und Wahlzettel benützt werden (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BPR). Stimmzettel für eidgenössische Vorlagen, die nach der Abstimmung in den Gemeinden manuell erfasst werden, stellt der Bund den Kantonen zur Verfügung (Art. 11 Abs. 1 BPR). Dabei beantworten die Stimmbürger die Abstimmungsfragen jeweils durch die Niederschrift von Ja oder Nein auf dem Stimmzettel. Um dem technischen Fortschritt Rechnung zu tragen und zudem die bereits in den Kantonen erprobte elektronische Erfassung von Stimmzetteln auch für eidgenössische Urnengänge möglich zu machen, wurden mit einer Teiländerung des BPR im Jahr 1994 kantonale Erfassungsbelege für die elektronische Verarbeitung den amtlichen Stimm- und Wahlzetteln gleichgestellt (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BPR).⁴³

Da individuell-handschriftliche Äusserungen des politischen Willens (vgl. Art. 5 Abs. 2 Satz 1 BPR) durch die angewandte Scanner-Software nicht zuverlässig ausgewertet werden können, werden Erfassungsbelege mit Ja- respektive Nein-Kästchen eingesetzt. Der Vorteil liegt darin, dass die Beantwortung aller fraglichen Vorlagen auf einem einzigen Zettel komprimiert werden kann. Der Scanner ist in der Lage, Stimmabgaben einer Person zu eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Vorlagen auf einmal zu erfassen, wodurch eine vorgängige Sortierung wegfällt, und die komprimierte Darstellung aus Sicht der Stimmberechtigten zugleich den Abstimmungsprozess erleichtert.⁴⁴

⁴¹ BGE 141 II 297 E. 5.4 S. 302.

⁴² BGE 141 II 297 E. 5.5.4 S. 306.

⁴³ Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates, BBl 1993 III 445 472 f.

⁴⁴ VENANZONI, S. 29 f.

Da die Kantone und Gemeinden die Art der Auszählung und damit auch die allenfalls hierzu spezifisch eingesetzte Technik selbst wählen, kann für die elektronische Auszählung kein kantonsübergreifend einheitlicher Stimmzettel durch die Bundeskanzlei herausgegeben werden (vgl. Art. 3 Abs. 1 VPR). Vielmehr sind auf den jeweiligen Scanner angepasste Stimmzettel erforderlich. Die Kantone erstellen ihre digital zu erfassenden Stimmzettel daher selbst. Sie werden allerdings durch die Bundeskanzlei vor der Abstimmung geprüft. Dieses Vorgehen beruht auf einer Vereinbarung zwischen der Bundeskanzlei und den Kantonen auf der operativen Ebene zur Gewährleistung von Art. 5 Abs. 1 BPR.⁴⁵

Gemäss der Vereinbarung muss die zuständige Stelle des interessierten Kantons in einem ersten Schritt an die Sektion Politische Rechte (SPR) der Bundeskanzlei gelangen, woraufhin diese dem Kanton einen Abzug des offiziellen Stimmzettels des Bundes zukommen lässt. Anhand dieses Musters erstellen die kantonalen Behörden ihren Stimmzettel, auf dem zugleich die Vorlagen der Bundes- und eventuell der Kantons- sowie der Gemeindeebene aufgeführt sind und der später elektronisch ausgewertet werden soll. Der Entwurf des Stimmzettels geht anschliessend zurück an die SPR, die den Wortlaut und das Layout der Fragen noch einmal auf Übereinstimmung mit dem offiziellen Stimmzettel des Bundes prüft.⁴⁶

Das Kreisschreiben 2016 legt nunmehr in Ziff. 3.3 Anforderungen an maschinenlesbare Stimmzettel fest, wonach diese inhaltlich und formal gemäss den vom Bund zur Verfügung gestellten Stimmzetteln ausgestaltet sein müssen. Insbesondere müssen die Abstimmungsfragen einschliesslich Hervorhebungen integral übernommen werden (Ziff. 3.3 Bst. a). Die Bundesvorlagen sind an erster Stelle und in der vorgegebenen Reihenfolge aufzuführen, wobei die Bundesvorlagen durch einen entsprechenden Titel und durch die Platzierung des Bundeswappens von kantonalen und kommunalen Abstimmungsvorlagen abzugrenzen sind (Ziff. 3.3 Bst. b). Zur Wahrung des Stimmgeheimnisses dürfen Abstimmungsfragen nicht auf beide Seiten der Stimmzettel gedruckt werden (Ziff. 3.3 Bst. c). Im Kreisschreiben ist neu auch die Pflicht zur Einreichung eines Belegexemplars der zu verwendenden Stimmzettel bei der Bundeskanzlei verankert, wodurch die Vereinbarung auf der operativen Ebene zwischen der Bundeskanzlei und den Kantonen obsolet geworden sein dürfte.

d. Subsidiäres kantonales Recht

Sofern weder im BPR noch in den Ausführungserlassen des Bundes einschlägige Bestimmungen enthalten sind, verweist Art. 83 Satz 1 BPR auf kantonales Recht. Führen Kantone und Gemeinden das elektronische Auszählungsverfahren ein, ist hierfür eine entsprechende gesetzliche Grundlage erforderlich. Der Kanton Basel-Stadt gestattet in grundsätzlicher Weise den Einsatz technischer Hilfsmittel zur Ermittlung von Wahl- und Abstimmungsergebnissen

⁴⁵ Enthalten in Erweitertes Beschlussprotokoll vom 24. Januar 2013.

⁴⁶ Vgl. Erweitertes Beschlussprotokoll vom 24. Januar 2013, Ziff. 3.5.

(§ 12a Wahlgesetz⁴⁷) und hat insbesondere Anpassungen im Hinblick auf die Verwendung spezieller Stimmzettel zum Ankreuzen vorgenommen (vgl. etwa § 28a, § 66 Abs. 1 Bst. c, § 68 Wahlgesetz, § 15 Abs. 7^{bis} Wahlverordnung⁴⁸).⁴⁹

Auch im kommunalen Recht wird die Durchführung der elektronischen Auszählung punktuell geregelt. Die Kanzlei der Stadt Bern bestimmt aus der Mitte des ständigen Stimmausschusses einen Unterausschuss von vier bis sechs Personen für die Vorbereitung und Durchführung der elektronischen Auszählung mit maschinenlesbaren Stimmzetteln (Art. 22a VPR⁵⁰). Die Stadt St. Gallen erlaubt es, mit der Erfassung der Stimmzettel bereits am Samstag vor dem Abstimmungssonntag zu beginnen (Art. 8 Abs. 1 Reglement über die Organisation und Geschäftsführung des Stimmbüros⁵¹). Dabei darf es allerdings noch zu keiner Auswertung der Stimmen kommen, oder das Ergebnis in irgendeiner Weise beeinflusst werden (Art. 8 Abs. 2 Reglement über die Organisation und Geschäftsführung des Stimmbüros).

2. Genehmigungs-/Bewilligungsverfahren

a. Genehmigungs-/Bewilligungsfiktion für bereits eingesetzte Verfahren

Da die manuelle Auszählung der Stimmzettel durch Bundesrecht nicht normiert wird, liegt sie gemäss Art. 10 Abs. 2, Art. 83 BPR in der Verantwortung der Kantone, wobei die kantonalen Bestimmungen zur Ausführung von Bundesrecht durch den Bund zu genehmigen sind (Art. 91 BPR). Für die Zulassung der elektronischen Auszählung der Stimmzettel statuiert der Bund allerdings ein gesondertes Genehmigungsverfahren. Auszählungsverfahren, bei denen auf technische Hilfsmittel zurückgegriffen werden soll, bedürfen der Genehmigung des Bundesrates (Art. 84 Abs. 2 BPR).

Durch das Kreisschreiben 2003 hatte der Bundesrat den Kantonen unter Vorbehalt dort aufgelisteter Bedingungen eine *generelle Ermächtigung* zum Einsatz technischer Geräte bei der Ermittlung eidgenössischer Abstimmungsergebnisse erteilt.⁵² Danach wurde der Einsatz von Messmitteln wie Präzisionswaagen zur maschinellen Stimmzählung unter den dort genannten Auflagen genehmigt. Stimmzettelsurrogate wie Erfassungsbelege für elektronische Lesegeräte bedürften indes weiterhin im Einzelfall der Genehmigung des Bundesrates.

⁴⁷ Gesetz über Wahlen und Abstimmungen (Wahlgesetz; SG 132.100).

⁴⁸ Verordnung zum Gesetz über Wahlen und Abstimmungen (Wahlverordnung; SG 132.110).

⁴⁹ Vgl. etwa auch für die Stadt Bern z.B. Art. 2 Abs. 1a, Art. 18 Abs. 2 Bst. d Verordnung über die politischen Rechte (VPR; SSSB 141.11).

⁵⁰ Verordnung über die politischen Rechte (VPR; SSSB 141. 11).

⁵¹ Reglement über die Organisation und Geschäftsführung des Stimmbüros (sRS; 131.2).

⁵² BBI 2003 419 420.

Gemäss Ziff. 1 Bst. a und Ziff. 2 des Kreisschreibens 2016 sind die Kantone weiterhin ermächtigt, Verfahren einzusetzen, bei denen Stimmzettel zur Ergebnisermittlung vorsortiert und mittels Zählmaschinen analog zu Banknotenzählern oder Präzisionswaagen mechanisch beziehungsweise physikalisch gezählt werden.

Im Unterschied zum Kreisschreiben 2003 regelt das Kreisschreiben 2016 erstmals die Bewilligung von E-Counting-Verfahren. In terminologischer Hinsicht ist dabei zu beachten, dass im Kreisschreiben 2016 im Unterschied zu Art. 84 Abs. 2 BPR und zum Kreisschreiben 2003 nicht mehr von einer „Genehmigung“, sondern von einer „Bewilligung“ gesprochen wird. Die Begriffe der Bewilligung und der Genehmigung sind im Verständnis des Allgemeinen Verwaltungsrechts gleichbedeutend.⁵³ Aus der unterschiedlichen Terminologie ergeben sich daher keine rechtlichen Auswirkungen. Dementsprechend finden sich in den französischen Fassungen von Gesetz und Kreisschreiben übereinstimmende Bezeichnungen („autorisation“). Im vorliegenden Gutachten wird in Bezug auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des Kreisschreibens 2016 im Einklang mit der Praxis von einer Genehmigung und bezüglich der geltenden Rechtslage von einer Bewilligung gesprochen, wie dies im Übrigen bereits bislang in Bezug auf den Vote électronique der Fall war, ohne dass hiermit rechtliche Folgerungen verbunden wären.

Gemäss Ziff. 3.1 des Kreisschreibens 2016 gelten zwei Verfahren mit elektronischer Erfassung und Auszählung von Stimmzetteln als bewilligt, sodass für den Einsatz derselben Verfahren in weiteren Kantonen und Gemeinden nicht erneut ein Gesuch beim Bundesrat gestellt werden muss. Die Kantone müssen den Einsatz von bewilligten Verfahren oder deren Ausdehnung auf weitere Gemeinden des Kantonsgebiets vor dem erstmaligen Einsatz der Bundeskanzlei lediglich melden (Ziff. 3.2).

Die Bewilligungsfiktion betrifft zum einen maschinenlesbare Stimmzettel, die durch ein optisches Lesegerät erfasst und ausgewertet werden, sowie zum anderen maschinenlesbare Stimmzettel, die durch einen Scanner erfasst und durch eine nachgelagerte Software interpretiert und ausgewertet werden. Der Bundesrat hatte gestützt auf Art. 84 Abs. 2 BPR bisher die beiden erwähnten E-Counting-Verfahren genehmigt, nämlich die Verwendung eines optischen Lesegerätes wie es der Kanton Genf beantragte, und die Erfassung der Stimmzettel durch Scanner auf Antrag des Kantons St. Gallen.

Als Grundlage für die Genehmigung des Gesuchs von Seiten des Kantons St. Gallen dienten dem Bund – anders als noch bei der dem Kanton Genf erteilten Genehmigung – verschiedene durch den Kanton eingereichte Dokumentationen. Es wurde eine sog. Ablaufdokumentation⁵⁴

⁵³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2651.

⁵⁴ Ablaufdokumentation der Stadt St. Gallen vom 2. April 2007.

verwendet, um die neu geschaffenen Rechtsgrundlagen sowie den konkreten Vorgang der Auszählung maschinenlesbarer Stimmzettel aufzuzeigen. Zusätzlich wurde mittels einer technischen Dokumentation⁵⁵ die zu verwendende Soft- und Hardware, sowie die Handhabung des geplanten Scanners dargelegt. Ebenfalls eingereicht wurden Musterbeispiele künftiger Stimmzettel.

Der positive Genehmigungsentscheid wurde mit dem Hinweis auf organisatorisch, prozedural und technisch sauber geregelte Abläufe sowie mit der Gewährleistung des Stimmgeheimnisses und der Manipulationssicherheit begründet. Als Kriterien für die Sicherheit gegenüber Manipulationen genannt wurden die Redundanz der eingesetzten Geräte, die Eindeutigkeit des Kontrollablaufs, die Anwendung des Vieraugenprinzips, die optische Erkennungsfähigkeit der Geräte, die maschinelle Durchnummerierung aller erfassten Stimmzettel sowie der modulare Aufbau und die Wiederholbarkeit der Kontrollvorgänge.⁵⁶ Bezüglich des Gesuchs des Kantons St. Gallen wurde eine grössere Zahl von Bewertungskriterien zugrunde gelegt als bei der Behandlung des Gesuchs des Kantons Genf. Insoweit stellte das Genehmigungsverfahren bezüglich des Kantons St. Gallen einen Paradigmenwechsel im Vergleich zu dem Verfahren in Bezug auf den Kanton Genf dar.

b. Bewilligungserfordernis für den Einsatz neuer technischer Hilfsmittel

Einer gesonderten Bewilligung des Bundesrates bedarf es für den Einsatz technischer Mittel zur Ermittlung der Ergebnisse oder Teilergebnisse eidgenössischer Volksabstimmungen, wenn zur Ergebnisermittlung neue technische Hilfsmittel beziehungsweise Verfahren eingesetzt werden, die nicht den bereits als bewilligt geltenden Mitteln und Verfahren entsprechen (Ziff. 4.1 Bst. a). Gleiches gilt allgemein für den Einsatz von E-Counting-Verfahren bei den Nationalratswahlen (Ziff. 4.1 Bst. b).

Die Vorgaben für den Inhalt der von den Kantonen im Hinblick auf die Erteilung der Bewilligung einzureichenden Gesuche (Ziff. 4.2) lassen Rückschlüsse auf die Bewilligungsvoraussetzungen zu. So müssen unter anderem die Datensicherheit sowie die Vertrauenswürdigkeit des Verfahrens und insbesondere der erhobenen Ergebnisse gewährleistet sein.

Als Hilfestellung für die Einreichung von Gesuchen um eine Genehmigung für den Einsatz von E-Counting-Verfahren wurde den Kantonen bislang durch die Bundeskanzlei per E-Mail eine Anleitung zur Verfügung gestellt. Darin werden primär die einzureichenden Dokumente und Nachweise benannt und erläutert. Ziff. 4.2 des Kreisschreibens 2016 greift nunmehr verschiedene der dort genannten Gesichtspunkte auf, wobei die Ausführungen in der Hilfestellung die verlangten Dokumente genauer umschreiben. So wird dort insbesondere detailliert

⁵⁵ Technische Dokumentation der Stadt St. Gallen vom 27. März 2007.

⁵⁶ Antrag der Bundeskanzlei an den Bundesrat vom 30. Mai 2007 bzgl. des Gesuchs des Kantons St. Gallen.

erläutert, welche Punkte die Dokumentationen der manuellen und technologischen Prozesse umfassen müssen. Als eigentliche Rechtsgrundlage kann diese individuell an die Kantone zugestellte Anleitung indes nicht gelten. Rechtlich ist die fragliche E-Mail als letztlich unverbindlicher Realakt einzuordnen, da es sich um die blossе Übermittlung von Informationen zuhanden von kantonalen Behörden handelt.⁵⁷ Im Verhältnis zu dem Kreisschreiben fehlt es der E-Mail demnach an eigenständiger Bedeutung.

II. Vergleich mit dem Vote électronique

1. Anknüpfungspunkte für die Vergleichbarkeit

Mit dem Begriff des „Vote électronique“ oder des „E-Voting“ wird die elektronische Stimmabgabe über das Internet, also unabhängig vom individuellen Aufenthaltsort im Vorfeld einer Abstimmung, bezeichnet.⁵⁸ Das gesamte Verfahren von der Stimmabgabe über die Entgegennahme der Stimmen bis zu deren Auszählung erfolgt somit auf elektronischem Weg. Im Unterschied dazu gelangen technische Hilfsmittel im Sinne von Art. 84 BPR erst auf der letzten Stufe der „Ermittlung der Wahl- und Abstimmungsergebnisse“ zum Einsatz, während die Abgabe und Entgegennahme der Stimmen auf konventionellem Weg stattfindet. Ein Vergleich des Einsatzes technischer Hilfsmittel bei der Auszählung der Stimmen mit dem Vote électronique drängt sich aber nicht zuletzt deshalb auf, weil auch bei Letzterem die korrekte Ermittlung des Abstimmungsergebnisses mit Blick auf die Abstimmungsfreiheit die grösste rechtliche Herausforderung darstellt.⁵⁹

Das Bundesgericht hatte sich im Zusammenhang mit zwei Beschwerden betreffend das elektronische Verfahren im Kanton Genf mit dessen rechtlicher Zulässigkeit zu befassen.⁶⁰ Der Grundtenor der Urteile deckt sich mit der Rechtsprechung zur Nachzählung manuell ermittelter Abstimmungsergebnisse. Solange keine konkreten technischen Unregelmässigkeiten benannt werden, steht die Korrektheit der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses nicht infrage. In Bezug auf den Vote électronique begründete das Bundesgericht diesen Ansatz allerdings massgeblich mit Verweis auf die detaillierten rechtlichen Rahmenbedingungen in der VPR, welche das E-Voting-Verfahren hinreichend absicherten.⁶¹

In Anbetracht der rudimentären Regelung in Art. 84 BPR stellt sich daher die Frage, welche Schlüsse aus dem Umstand gezogen werden können, dass der Vote électronique eine überaus ausführliche rechtliche Regelung erfahren hat. Von besonderem Interesse sind angesichts der parallelen Gefährdungslage die Vorschriften für die Ermittlung des Abstimmungsergebnisses

⁵⁷ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1409.

⁵⁸ Vgl. AUER/VON ARX, S. 491; HOTTELIER, S. 57.

⁵⁹ GLASER, S. 281.

⁶⁰ BGer 1C_257/2009, Urteil vom 1. Oktober 2009; BGer 1C_136/2014, Urteil vom 22. Juli 2014.

⁶¹ BGer 1C_257/2009, Urteil vom 1. Oktober 2009, E. 3; BGer 1C_136/2014, Urteil vom 22. Juli 2014, E. 5.2.

(dazu 2.). Dies betrifft vor allem auch die diesbezüglichen Vorgaben für die Erteilung von Bewilligungen zum Einsatz des Vote électronique durch die Kantone (dazu 3.).

2. Materiell-rechtliche Regelungen

Das BPR statuiert die grundsätzliche Zulässigkeit von Versuchen mit der elektronischen Stimmabgabe (Art. 5 Abs. 3 Satz 2 BPR i.V.m. Art. 8a BPR).⁶² Zudem wird für den Einsatz von E-Voting ausdrücklich die Einhaltung der Kontrolle der Stimmberechtigung, des Stimmgeheimnisses und der korrekten Erfassung aller Stimmen bekräftigt (Art. 8a Abs. 2 BPR).

Für die manuelle Auszählung von herkömmlichen Stimm- und Wahlzetteln umschreibt das Bundesrecht deren Ungültigkeitsgründe (Art. 12, Art. 38 und Art. 49 BPR).⁶³ Für Versuche mit elektronischer Stimmabgabe wird diesbezüglich auf das Recht des durchführenden Kantons verwiesen, welches die Voraussetzungen gültiger Stimmabgabe und Ungültigkeitsgründe zu umschreiben hat (Art. 12 Abs. 3, Art. 38 Abs. 5 und Art. 49 Abs. 3 BPR). In den Rechtsgrundlagen mehrerer Kantone finden sich materiell-rechtliche Vorgaben wie die Verpflichtung zur Wahrung des Stimmgeheimnisses, zum Ausschluss von Missbräuchen und ausdrücklich auch zur korrekten Feststellung des Willens der Stimmberechtigten.⁶⁴

Der Bundesrat konkretisiert die Modalitäten des E-Voting ausführlich auf Verordnungsstufe (Art. 8a Abs. 4 BPR i.V.m. Art. 27a ff. VPR).⁶⁵ Die Kantone müssen demnach im Hinblick auf die Zuverlässigkeit der elektronischen Stimmabgabe alle wirksamen und angemessenen Massnahmen ergreifen, um zu gewährleisten, dass der Urnengang korrekt durchgeführt und abgeschlossen werden kann (Art. 27j Abs. 1 VPR). Insbesondere müssen sie sicherstellen, dass bis zum Zeitpunkt der Erwerbung des Resultats keine Stimmen unwiederbringlich verloren gehen (Art. 27j Abs. 2 VPR).

Weiter werden insbesondere Anforderungen an die Plausibilisierung und Verifizierbarkeit des Ergebnisses gestellt (Art. 27i VPR). So müssen bei Versuchen unter Einbezug der ganzen für die fragliche Vorlage stimmberechtigten Bevölkerung der korrekte Ablauf der elektronischen Stimmabgabe und die *Korrektheit des Ergebnisses* verifiziert werden können (Art. 27i Abs. 2 VPR). Wird nur ein Teil des Elektorats in einen Versuch eingebunden, müssen die Ergebnisse zumindest plausibilisiert werden können (Art. 27i Abs. 1 VPR). Die Einzelheiten dazu regelt die Bundeskanzlei in einer Verordnung (VEleS⁶⁶), wobei die Kontrollsysteme in jedem Fall so auszugestalten sind, dass bei Feststellung von Unregelmässigkeiten die Anzahl fehlerhafter

⁶² Siehe auch GLASER, S. 271.

⁶³ Vgl. GRISEL, Rz. 243 ff.

⁶⁴ Näher dazu GLASER, S. 275 f. m. w. N. in Fn. 65.

⁶⁵ Vgl. GLASER, S. 272.

⁶⁶ Verordnung der Bundeskanzlei über die elektronische Stimmabgabe (SR; 161.116).

Stimmen erhoben oder zumindest das Ausmass der Auswirkungen auf das Auszählungsergebnis abgeschätzt werden kann (Art. 27i Abs. 3 und 4 VPR).

Die Verifizierbarkeit bei einem E-Voting-Vorgang bezieht sich auf drei technische Schritte: Die Abgabe der Stimme gemäss Absicht („cast-as-intended“), die Ablage der Stimme im Sinn ihrer Abgabe („recorded-as-cast“) und die Zählung der Stimme im Sinn der Ablage („counted-as-recorded“).⁶⁷ Die Verifizierbarkeit betrifft demnach auch die letzte Phase der Zählung der Stimmen, in der bei der konventionellen Stimmabgabe elektronische Hilfsmittel zum Einsatz kommen. Die Verifizierbarkeit erweist sich als Schlüsselinstrument zur Gewährleistung der Verfassungskonformität des Vote électronique, lassen sich doch auf diese Weise durch Softwarefehler, menschliche Fehlleistungen oder vorsätzliche Manipulationen verursachte systematische Fehlfunktionen im Abstimmungsablauf vor der Publikation des Abstimmungsergebnisses mutmasslich entdecken.⁶⁸

3. Bewilligungsverfahren

Der Entscheid über die Einführung des Vote électronique bei der Auszählung von Stimmen ist den Kantonen frei überlassen.⁶⁹ Sie bedarf jedoch der Bewilligung durch den Bundesrat. Der Bundesrat ist ermächtigt örtlich, zeitlich und sachlich begrenzte Versuche für interessierte Kantone und Gemeinden zuzulassen (Art. 8a Abs. 1 BPR). Verlaufen diese erstmalig bewilligten Versuche über längere Zeit erfolgreich und pannenfrei kann eine generelle Ermächtigung für eine bestimmte Dauer erteilt werden (Art. 8a Abs. 1^{bis} BRR). Die Bewilligungserteilung für den Vote électronique wird im Verordnungsrecht ausführlich konkretisiert.

Das Bewilligungsverfahren ist zweistufig ausgestaltet.⁷⁰ Versuche zur elektronischen Stimmabgabe bei eidgenössischen Volksabstimmungen bedürfen einer Grundbewilligung durch den Bundesrat (Art. 27a Abs. 1 VPR). Bei erstmaliger Gesuchstellung (vgl. Art. 27c VPR) durch einen Kanton, erteilt der Bundesrat die Grundbewilligung für maximal fünf Urnengänge (Art. 27a Abs. 2 VPR). Darauf folgend kann eine generelle Bewilligung, die nicht an bestimmte Urnengänge gebunden ist, aber eine bestimmte Höchstdauer aufweist, erlassen werden (Art. 27a Abs. 3 VPR). Versuche zur elektronischen Stimmabgabe bei Nationalratswahlen bedürfen in jedem Fall einer besonderen Grundbewilligung des Bundesrates (Art. 27a Abs. 4 VPR).

Die Bewilligungsvoraussetzungen sind in Art. 27b VPR ausführlich geregelt. Der Tatbestand spiegelt die materiellen Vorgaben für die elektronische Stimmabgabe wider. Die Erteilung der

⁶⁷ Bericht des Bundesrates zu Vote électronique, BBl 2013 5069 5184; GLASER, S. 270.

⁶⁸ Siehe dazu auch GLASER, S. 286.

⁶⁹ Vgl. für den Vote électronique Bericht des Bundesrates zu Vote électronique, BBl 2013 5069 5172.

⁷⁰ GLASER, S. 271 ff.

Grundbewilligung setzt unter anderem voraus, dass der Kanton sicherstellt, dass er die Versuche nach den bundesrechtlichen Vorschriften durchführt und im Interesse der zuverlässigen Wiedergabe unverfälschter Willenskundgabe insbesondere alle wirksamen und angemessenen Massnahmen trifft, damit Dritte elektronisch abgegebene Stimmen nicht systematisch und wirkungsvoll abfangen, verändern oder umleiten können (Art. 27b Bst. a Nr. 3 VPR).

Hat ein Kanton die bundesrätliche Grundbewilligung erhalten, überprüft die Bundeskanzlei zusätzlich pro Urnengang, ob die Voraussetzungen für die Durchführung weiterhin gegeben sind. Der Kanton muss daher jeweils bei der Bundeskanzlei um eine Zulassung ersuchen (Art. 27e Abs. 1 Satz 1 VPR).⁷¹ Die Bundeskanzlei legt die Voraussetzungen für die Erteilung der Zulassung fest (Art. 27e Abs. 1 Satz 2 VPR). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, wird die Zulassung erteilt (Art. 27e Abs. 2 VPR). Die Voraussetzungen sind im Einzelnen in Art. 2 VEleS aufgeführt. Es geht dabei um die Gewährleistung der sicheren und vertrauenswürdigen Stimmabgabe, die einfache Handhabung und die Nachvollziehbarkeit der sicherheitsrelevanten Abläufe des Systems für die elektronische Stimmabgabe. Die von den Kantonen im Hinblick auf potenzielle Sicherheitsrisiken ausreichend zu dokumentierende Risikobeurteilung muss sich unter anderem auf die Korrektheit des Ergebnisses beziehen (Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Bst. a VEleS).

Die Bundeskanzlei stützt ihren Entscheid pro Urnengang auf eine formale Überprüfung. Erhoben wird, ob alle verlangten Dokumente und Zertifikate den aktuellen Anforderungen entsprechen.⁷² Sieht die Bundeskanzlei die Voraussetzungen nicht als erfüllt an, wird dies dem Kanton unter Begründung des Entscheids mitgeteilt, wobei der Kanton den Bundesrat als abschliessend entscheidende Instanz anrufen kann (Art. 27e Abs. 3 und 4 VPR).

4. Zwischenfazit: Dreifache Absicherung der korrekten Ergebnisermittlung

Beim Vote électronique findet eine dreifache Absicherung der korrekten Ermittlung des Abstimmungsergebnisses statt. Materiell-rechtlich ist die richtige Auszählung zwingend, verfahrensrechtlich wird sie einerseits durch eine präventive doppelte Bewilligungspflicht und andererseits durch die repressiv wirkende Verifizierbarkeit seitens der Stimmberechtigten eingerahmt. Bewilligungsvoraussetzungen und Verifizierbarkeit sind auf das materielle Gebot der Ergebnisrichtigkeit abgestimmt.

⁷¹ Bericht des Bundesrates zu Vote électronique, BBl 2013 5069 5195.

⁷² Bericht des Bundesrates zu Vote électronique, BBl 2013 5069 5195.

III. Schlussfolgerungen für das E-Counting

1. Anforderungen an die Rechtsgrundlage

a. Relevanz des E-Counting für die Ausübung der politischen Rechte

Die grundlegenden Bestimmungen über die Ausübung der politischen Rechte stellen wichtige rechtsetzende Bestimmungen dar, die zwingend in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind (Art. 164 Abs. 1 Satz 2 Bst. a i.V.m. Abs. 1 Satz 1 BV).⁷³ Die Rechtsetzungsbefugnisse können, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird, auf den Verordnungsgeber übertragen werden (Art. 164 Abs. 2 BV). Liegt zugleich eine Einschränkung der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) vor, folgt das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage, allenfalls bei einer schwerwiegenden Einschränkung in einem formellen Gesetz, überdies aus Art. 36 Abs. 1 BV.

Vor dem Hintergrund des detaillierten Regelungsrahmens für den Vote électronique in BPR, VPR und VEleS stellt sich die Frage, ob die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage angesichts der rudimentären Regelung in Art. 84 BPR in Bezug auf das E-Counting erfüllt sind. So begründete der Bundesrat die Notwendigkeit einer spezifischen gesetzlichen Grundlage für die Zulassung von Pilotprojekten zur elektronischen Stimmabgabe unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung mit der verfassungsrechtlichen Bindung der Ermittlung des Volkswillens an präzise Kriterien (Art. 34 Abs. 2 BV).⁷⁴

In Bezug auf die korrekte Ermittlung des Abstimmungsergebnisses stellen sich beim E-Counting vergleichbare Fragen wie beim Vote électronique. Zwar unterscheiden sich die ersten beiden Schritte, da diese beim E-Counting manuell und beim Vote électronique elektronisch durchgeführt werden. Der letzte Schritt jedoch, die Summierung aller durch den Scanner elektronisch erfassten Stimmen zum finalen Resultat („counted-as-recorded“), ist bei beiden Varianten gleichermassen der Manipulation ausgesetzt. Dass die Möglichkeit *eine* Stimme zu manipulieren impliziert, *alle* Stimmen könnten im elektronischen Vorgang manipuliert werden⁷⁵, trifft daher im letzten Schritt der Ergebnisermittlung auch auf das Verfahren des E-Counting zu.

In Art. 84 Abs. 2 BPR sind keine materiellen Vorgaben an die Zuverlässigkeit der bei der Ermittlung der Abstimmungsergebnisse einzusetzenden technischen Mittel verankert. Es handelt sich vielmehr um eine Blanko-Ermächtigung an den Bundesrat. Die gesetzliche Vorschrift erfüllt somit die Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit bei isolierter Betrachtung nicht.

⁷³ Vgl. GLASER, S. 277; HOTTELIER, S. 75; WYTTENBACH/WYSS, Art. 164 N 9.

⁷⁴ BBI 2001 6401 6408.

⁷⁵ Vgl. Bericht des Bundesrates zu Vote électronique, BBI 2013 5069 5182; GLASER, S. 281; HOTTELIER, S. 70.

b. Konkretisierung der gesetzlichen Grundlage durch Kreisschreiben

Das auf Art. 84 und Art. 91 Abs. 1 BPR gestützte Kreisschreiben 2016 enthält zwar nunmehr in Ziff. 3 hinreichend bestimmte materiell-rechtliche Vorgaben für die Zuverlässigkeit der Ergebnisermittlung. Aufgrund seiner Rechtsnatur als Verwaltungsverordnung verbleibt es jedoch im verwaltungsinternen Bereich und ist somit ungeeignet, die Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage zu erfüllen.

Kreisschreiben sind als Verwaltungsverordnungen einzustufen.⁷⁶ Im Gegensatz zu Rechtsverordnungen entfalten diese keine rechtsverbindliche Aussenwirkung in Bezug auf Private, sondern vermögen lediglich interne Verwaltungsangelegenheiten zu regeln.⁷⁷ Inhaltlich umfassen sie vollzugslenkende Anleitungen zur Sicherstellung einer einheitlichen Anwendungspraxis, insbesondere durch Auslegungshilfen bezüglich des betreffenden Gesetzes oder organisatorische Anordnungen.

Wahl- und Abstimmungsvorschriften werden oftmals durch solche verwaltungsinterne Schreiben konkretisiert.⁷⁸ Verwaltungsverordnungen als generell-abstrakte Dienstanweisungen ergehen von einer Behörde an unterstellte Behörden, wobei diese sowohl innerhalb eines Gemeinwesens angesiedelt sein als auch untergeordneten Gemeinwesen angehören können.⁷⁹ Der Bund kann daher generelle Weisungen erlassen, wie eine bestimmte bundesrechtliche Norm von den kantonalen Behörden anzuwenden ist. Allerdings sind solche verwaltungsinternen Weisungen über den föderalen Stufenbau hinweg nur zulässig, wenn die angewiesene Behörde lediglich mit dem Vollzug von Bundesrecht betraut ist. Soweit sie nicht in ihrer Rolle als reine Vollzugsorgane adressiert werden, sind aufgrund des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV) rechtsverbindliche Bestimmungen zu erlassen.⁸⁰ Allgemeinverbindliche Rechtsätze sollten zudem immer dann erlassen werden, wenn es sich inhaltlich nicht nur um Konkretisierungen, sondern um darüberhinausgehende Vorgaben handelt, und diese „die Ausübung des Wahl- oder Abstimmungsrechts oder die Ergebnisermittlung betreffen“⁸¹.

Für den Fall, dass sich Behörden über Vorgaben in Kreisschreiben hinwegsetzen, können Private mangels Rechtsquellencharakter von Verwaltungsverordnungen grundsätzlich kein Rechtsmittel erheben. Das Kreisschreiben selbst kann zudem in der Regel nicht direkt ange-

⁷⁶ Siehe zur Einstufung des hier thematisierten Kreisschreibens aus dem Jahr 2003 als Verwaltungsverordnung ausdrücklich HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 86.

⁷⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 84.

⁷⁸ HANGARTNER/KLEY, Rz. 434.

⁷⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 81.

⁸⁰ HANGARTNER/KLEY, Rz. 434.

⁸¹ HANGARTNER/KLEY, Rz. 434.

fichten werden, sondern nur falls sein Inhalt eine gewisse mittelbare Aussenwirkung entfaltet und zudem keine hierauf gestützte Verfügung als Anfechtungsobjekt in Betracht kommt.⁸²

c. Zusammenschau aller Regelungen

Bei der qualitativen Einstufung der Rechtsgrundlagen für das E-Counting bleibt zunächst zu beachten, dass sich in Art. 10 – 15 BPR und Art. 3 – 6 VPR zur manuellen Auszählung konventionell abgegebener Stimmen ebenfalls keine materiell-rechtlichen Vorgaben finden, sondern lediglich formelle Fragen, etwa in Bezug auf die Ungültigkeit von Stimmzetteln, die Berücksichtigung leerer und ungültiger Stimmzettel sowie die Erstellung eines Abstimmungsprotokolls, geregelt werden. Verfahren des E-Counting gelangen erst auf der letzten Stufe der konventionellen Stimmabgabe zur Anwendung, sodass diese in engem Zusammenhang mit der konventionellen Stimmabgabe stehen, während es sich beim *Vote électronique* um ein völlig eigenständiges Verfahren handelt.

Zudem enthält das im Rahmen von eidgenössischen Abstimmungen gemäss Art. 83 BPR subsidiär zur Anwendung gelangende kantonale Recht Grundlagen für den Einsatz technischer Mittel bei der Auszählung der Stimmen.⁸³ Ausserdem ist die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den aus der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) abgeleiteten Vorgaben an die korrekte Ermittlung der Abstimmungsergebnis in die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen.

Es kommt hinzu, dass sich der letzte Verfahrensschritt des E-Counting zwar rein elektronisch abspielt, dieser also für die meisten Bürgerinnen und Bürger nicht überprüfbar ist, beim E-Counting aufgrund der Existenz physisch vorhandener Stimmzettel jedoch im Unterschied zum *Vote électronique* im Fall von Unregelmässigkeiten eine Nachzählung möglich ist.⁸⁴

Zu beobachten bleibt, ob und inwieweit das Bundesgericht die in Art. 13 Abs. 3 BPR genannte Voraussetzung der Glaubhaftmachung von Unregelmässigkeiten allenfalls auf das E-Counting anwenden würde. Sollten die Anforderungen hier gleich hoch angesetzt werden, wie bei einer durchgehend manuellen Auszählung, würde das Fehlen materiell-rechtlicher Kriterien in der gesetzlichen Grundlage die Vorhersehbarkeit für die Bürgerinnen und Bürger derart beeinträchtigen, dass diese nicht mehr als ausreichend angesehen werden könnte. Die Anforderungen an die Geltendmachung von Unregelmässigkeiten sind daher in Anbetracht der erschwerten Erkennbarkeit im Vergleich zur vollständig manuellen Auszählung erheblich abzusenken. Die beim *Vote électronique* herangezogenen hohen Anforderungen lassen sich umgekehrt nur durch die diesbezüglichen detaillierten Rechtsgrundlagen rechtfertigen.

⁸² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 87.

⁸³ Vgl. Erster Teil I. 1. d.

⁸⁴ Siehe aber zu Problematik und Rechtsfolgen bei Vernichtung der Stimmzettel NUSPLIGER/MÄDER, S. 203 f.

Die grösste Aufmerksamkeit ist daher beim Einsatz technischer Hilfsmittel analog zur dritten Stufe des *Vote électronique* („counted-as-recorded“) auf die rechtliche Verankerung von Transparenz und Verifizierbarkeit zu legen. Zu denken ist an die generelle Gewährleistung eines korrekten Urnengangs im Sinne von Art. 27j VPR, die in Art. 27i VPR geregelte Plausibilisierung und Verifizierbarkeit der elektronischen Stimmabgabe, den allfälligen Einsatz unabhängiger Evaluations- und Kontrollstellen in den Kantonen (vgl. Art. 27l VPR) und die Information der Öffentlichkeit über die verwendeten Verfahren (vgl. Art. 27m VPR).

In Ziff. 3.4 des Kreisschreibens 2016 finden sich nunmehr ansatzweise vergleichbare, auf das E-Counting angepasste Vorgaben. Jedoch wird insbesondere die für die Überprüfung der Korrektheit der Ergebnisse und daran anknüpfende Vertrauensgrundlage seitens der Stimmberechtigten wesentliche Plausibilisierung der Ergebnisse nur rudimentär geregelt. Vorgaben hinsichtlich des konkreten Prozesses beschränken sich auf das Verlangen von Stichproben, die einen Vergleich der manuell und der elektronisch ausgezählten Stimmzettel ermöglichen. Allerdings werden weder an die Auswahl der zur Stichprobenprüfung herangezogenen Proben (Zufallsauswahl), noch bezüglich deren Umfang quantifizierte Anforderungen gestellt. Die Kantone bestimmen vielmehr die Grösse der Stichprobe gemäss Ziff. 3.4 Bst. c Kreisschreiben 2016 selbst. Da solche Überprüfungsmassnahmen gewissen methodischen Bedingungen zu genügen haben um verlässliche Aussagen hervorbringen zu können, ist eine Präzisierung seitens der Bundeskanzlei beziehungsweise des Bundesrates dringend angezeigt. Mit den Vorgaben des Kreisschreibens 2016 hat der Bundesrat den regulatorischen Spielraum bei weitem nicht ausgeschöpft. Betreffend die Stichproben stellt das Kreisschreiben 2016 lediglich eine politisch austarierte Minimallösung dar.

Die bisher eingereichten vertraulichen Betriebskonzepte der vom Bund genehmigten Verfahren, in die den Gutachtern Einsicht gewährt wurde, äusserten sich daher auch nur sehr knapp oder überhaupt nicht zur Art und Weise wie die Plausibilisierung der Ergebnisse im Kanton gehandhabt werden soll.

Dessen ungeachtet ergibt sich derzeit letztlich aus der Zusammenschau von Art. 84 BPR, den kantonalen Bestimmungen, der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Kreisschreibens 2016 eine ausreichende gesetzliche Grundlage für den Einsatz technischer Mittel bei der Ermittlung von Abstimmungsergebnissen. Um die Anforderungen an eine hinreichende gesetzliche Grundlage indessen mittelfristig zweifelsfrei zu erfüllen, müsste der Bundesrat die materiell-rechtlichen Massgaben für das E-Counting, die er in Ziff. 3 des Kreisschreibens 2016 erwähnt, – im Rahmen der Bundeskompetenzen⁸⁵ – auf der Stufe einer Verordnung regeln, was auf der Grundlage von Art. 91 Abs. 1 BPR zulässig wäre.

⁸⁵

Siehe dazu Zweiter Teil.

2. Anforderungen an das Bewilligungsverfahren

a. Geringere Normierungsdichte beim E-Counting

Die Unterschiede in der Normierungsdichte zwischen E-Voting und E-Counting bezüglich der materiell-rechtlichen Vorgaben finden im Bewilligungsverfahren ihre Fortsetzung. Während für den Vote électronique ein zweistufiges, an differenzierte Tatbestandsvoraussetzungen anknüpfendes Bewilligungsverfahren unter Einbezug von Bundesrat und Bundeskanzlei vorgesehen ist, beschränkt sich Art. 84 Abs. 2 BPR hinsichtlich des E-Counting auf die Anordnung der Genehmigungsbedürftigkeit.

b. Gesuche für neue technische Hilfsmittel

In Ziff. 4 des Kreisschreibens 2016 erfährt das Bewilligungsverfahren gemäss Art. 84 Abs. 2 BPR erstmals eine genauere Ausgestaltung. So wird in Ziff. 4.1 Bst. a und b geregelt, unter welchen Voraussetzungen es für den Einsatz technischer Mittel einer Bewilligung bedarf. Auch wird die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundesrat und Bundeskanzlei geregelt. Die Legalisierungswirkung der Bewilligung wird dahingehend konkretisiert, dass für den Einsatz desselben Verfahrens keine erneute Bewilligung erforderlich ist, auch wenn es in weiteren Kantonen und Gemeinden zum Einsatz gelangt. Anders als die Grundbewilligung beim Vote électronique beschränkt sich die Bewilligung nicht auf fünf Urnengänge und gilt nicht befristet auf eine bestimmte Höchstdauer, sondern grundsätzlich unbefristet. Auch bedarf es nicht jeweils einer gesonderten Zulassung durch die Bundeskanzlei pro Urnengang. Schliesslich muss nicht jeder Kanton, der technische Hilfsmittel verwenden will, ein Gesuch stellen, sondern bei identischen Hilfsmitteln genügt die Bewilligung hinsichtlich des Gesuchs eines Kantons, auf die sich die übrigen Kantone berufen können.

Die Vorgaben für den Inhalt der Gesuche werden in Ziff. 4.2 des Kreisschreibens 2016 auf die materiell-rechtlichen Anforderungen abgestimmt. So müssen die manuellen Prozesse, die eingesetzte Technologie, die technischen Abläufe und die Massnahmen zur Gewährleistung der Datensicherheit dokumentiert werden. Ausserdem hat der gesuchstellende Kanton zu erklären, wodurch die Vertrauenswürdigkeit des Verfahrens und insbesondere der erhobenen Ergebnisse gewährleistet ist. Überdies muss den Vorgaben für die Verwendung bestimmter Stimmzettel entsprochen werden.

In Bezug auf neue technische Hilfsmittel, für die gemäss Ziff. 4.2 Kreisschreiben 2016 ein Gesuch zu stellen ist, ist die Normierungsdichte unter Berücksichtigung der geringeren Komplexität des E-Counting auf einem annähernd vergleichbaren Niveau angesiedelt wie die Bewilligung von Verfahren des Vote électronique. Bundesrat und Bundeskanzlei verfügen über ein geeignetes Instrument, um die Einhaltung materieller Standards, insbesondere die korrekte Ermittlung des Ergebnisses und die Verwendung bestimmter Stimmzettel, sicherzustellen.

c. Als bewilligt geltende technische Hilfsmittel

Hinter den Anforderungen an den Einsatz neuer technischer Hilfsmittel bleibt das Verfahren für die gemäss Ziff. 3.1 Kreisschreiben 2016 als bewilligt geltenden Instrumente deutlich zurück. Es geht hierbei um die Erfassung und Auswertung durch ein optisches Lesegerät sowie um die Erfassung durch einen Scanner und die Auswertung durch eine nachgelagerte Software. Für den Einsatz dieser Instrumente in weiteren Kantonen und Gemeinden bedarf es keiner erneuten Bewilligung. Die Kantone müssen den erstmaligen Einsatz lediglich der Bundeskanzlei unter Zusicherung der Erfüllung der materiellen Kriterien melden (Ziff. 3.2 Kreisschreiben 2016). Im Vergleich der beiden genehmigten Verfahren gilt der Befund defizitärer Genehmigungsvoraussetzungen nochmals verstärkt für das Verfahren des Kantons Genf, da der Genehmigung zugunsten des Kantons St. Gallen eine vergleichsweise ausführlichere Dokumentation zugrunde lag.

Die Handlungsmöglichkeiten der Bundeskanzlei sind zunächst auf das Einfordern entsprechender Belege beschränkt. Selbst blosser Unterstützungsmassnahmen zugunsten der Kantone bei der Umsetzung der Massnahmen zur Gewährleistung der Vertrauenswürdigkeit darf die Bundeskanzlei nur auf Wunsch der Kantone hin vornehmen (Ziff. 3.4 Kreisschreiben 2016). Es fehlt also vor allem an einer fortlaufenden Kontrollmöglichkeit. Da der Einsatz von optischen Lesegeräten und Scannern zu den am meisten verwendeten Hilfsmitteln gehört, dürfte das Bewilligungsverfahren in der Praxis jedenfalls bis auf Weiteres kaum von grösserer Bedeutung sein. Es ist fraglich, ob die Einhaltung der materiellen Vorgaben auf diese Weise effektiv kontrolliert werden kann. Die Kantone könnten dem Anreiz erliegen, bereits genehmigte, aber zunehmend veraltende Systeme einzusetzen.

Im Hinblick auf die bei beiden Verfahren vergleichbare Zählung der Stimme durch das elektronische System („counted-as-recorded“) besteht demnach eine erhebliche, durch die tatsächlichen Unterschiede zwischen E-Counting und E-Voting nicht zu begründende Diskrepanz in Bezug auf die als bewilligt geltenden Verfahren. Es wäre zu überlegen, ob die Bewilligungsfiktion nicht für einen bestimmten Zeitraum zu befristen wäre. Angesichts der Bedeutsamkeit der Regelung für die Ausübung der politischen Rechte wäre auch insoweit eine Verankerung in einer Verordnung vorzugswürdig.

Als ultima ratio steht dem Bundesrat bei erheblichen und/oder wiederholten Verstössen gegen die in Ziff. 3.4 des Kreisschreibens 2016 verankerten materiell-rechtlichen Anforderungen für das E-Counting die Möglichkeit des Widerrufs der Bewilligung für den Einsatz technischer Hilfsmittel zur Verfügung. Zwar fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des Widerrufs, bei Vorliegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses ist jedoch die Widerrufbarkeit selbst bei einer Privatperson begünstigenden Erlaubnis ohne explizite gesetzli-

che Grundlage gegeben.⁸⁶ Der Schutz der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) im Interesse einer korrekten Ermittlung des Abstimmungsergebnisses überwiegt dabei stets das potenzielle Interesse des betreffenden Kantons am Fortbestand der Bewilligung. Die Widerrufsmöglichkeit bezieht sich auch auf die fiktiven Bewilligungen für die gemäss Ziff. 3.1 als genehmigt geltenden Verfahren.

Probleme könnten sich einzig im Hinblick auf das Störerprinzip ergeben, wenn die Verstösse nicht unmittelbar demjenigen Kanton anzulasten sind, der die Bewilligung erhalten hat, sondern einem Kanton, der lediglich ein zugunsten eines anderen Kantons bewilligtes Verfahren zum Einsatz bringt. Als im Vergleich zum Widerruf weniger weitgehende Massnahme könnte der Bundesrat einem solchen Kanton den Einsatz technischer Hilfsmittel untersagen.

Zweiter Teil: Verbands- und Organkompetenzen

I. Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen

1. Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Der Bund regelt die Ausübung der politischen Rechte in eidgenössischen, die Kantone regeln sie in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten (Art. 39 Abs. 1 BV). Dies folgt im Übrigen auch aus der jeweiligen Organisationsautonomie.⁸⁷ Abstimmungen über nationale Vorlagen werden daher im Grundsatz durch Bundesrecht normiert, wobei gemäss Art. 10 Abs. 2 BPR die Kantone die eidgenössischen Abstimmungen auf ihrem Gebiet selbst durchführen sowie die dazu erforderlichen Anordnungen erlassen.⁸⁸ Die Lehre spricht bezüglich der Rechtsetzungskompetenz des Bundes in eidgenössischen Angelegenheiten von einer Kompetenz konkurrierender Natur.⁸⁹ Demnach sind die Kantone zur Rechtsetzung befugt, solange der Bund von seiner Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat.⁹⁰

Der Bund trägt dadurch den in den Kantonen gewachsenen und daher differenziert vorhandenen Traditionen bei der Ausübung politischer Rechte Rechnung. Die Kodifikation dieser Delegation auf die Kantone in Art. 10 Abs. 2 BPR stellte bei Erlass des BPR lediglich eine Nachführung geltenden Rechts dar und der Bundesrat verzichtete in der Botschaft auf eine Kommentierung des materiellen Gehalts der Bestimmung.⁹¹

⁸⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1232, 2682.

⁸⁷ KLEY, Art. 39 N 2.

⁸⁸ Vgl. HANGARTNER/KLEY, Rz. 1265.

⁸⁹ TSCHANNEN, BSK BV, Art. 39 N 7; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 39 N 2.

⁹⁰ JAAG, § 12 Rz. 28 f.

⁹¹ BBl 1975 I 1317 1333.

Die Übertragung der Vollzugskompetenz ergibt sich zudem als praktische Konsequenz auch aus Art. 39 Abs. 2 BV (i.V.m. Art. 3 Abs. 1 BPR), wonach jeder Stimmbürger seine Stimme an seinem Wohnort abgibt.⁹² Die Kantone ihrerseits übertragen die Aufgabe ihren Einwohnergemeinden. Die Auszählung der Stimmen findet traditionell in einem Wahl- oder Stimmbüro in der Gemeinde statt⁹³, vereinzelt wird sie auch auf kantonaler Ebene zentralisiert vorgenommen.⁹⁴

2. Kompetenz zur Einführung eines Bewilligungsverfahrens

Gemäss Art. 91 Abs. 2 Satz 1 BPR⁹⁵ bedürfen die kantonalen Ausführungsbestimmungen zur Ausübung des eidgenössischen Stimmrechts einer Genehmigung seitens des Bundes. Demnach müssen sowohl Bestimmungen zur manuellen Auszählung, als auch Normen, welche die elektronische Auszählung und den Vote électronique regeln, durch den Bund genehmigt werden. Die Erteilung der Genehmigung wirkt konstitutiv hinsichtlich der Gültigkeit der fraglichen Regelungen (Art. 61b Abs. 1 Satz 2 RVOG⁹⁶).⁹⁷ Durch das Genehmigungsverfahren wird ein gewisses Mindestmass an Homogenität zwischen den kantonalen Bestimmungen und damit indirekt auch bezüglich der verwendeten elektronischen Hilfsmittel gewährleistet.

Ein ausdrücklicher Genehmigungsvorbehalt für den Einsatz technischer Hilfsmittel bei Wahl- und Abstimmungsverfahren durch die Kantone wird zudem in Art. 84 Abs. 2 BPR statuiert. Der Bund ist ungeachtet föderalistisch begründeter Zurückhaltung grundsätzlich frei, auf der Grundlage von Art. 39 Abs. 1 BV Genehmigungs-/Bewilligungspflichten zu etablieren. In aller Regel erlassen die Kantone für die eidgenössischen Urnengänge jedoch keine separaten Bestimmungen, sondern wenden das für kantonale Wahlen und Abstimmungen erlassene Recht auch für Abstimmungen des Bundes an, wodurch es bei Genehmigungserfordernissen seitens des Bundesrechts zugleich zu einer Kontrolle von eigenständigem föderalem Recht durch den Bund kommt.⁹⁸

Bereits bei Erlass des BPR Mitte der 1970er Jahre thematisierte der Bundesrat in der Botschaft die elektronische Stimmauszählung als künftiges Szenario, bezeichnete es aber als verfrüht in diesem Bereich Bestimmungen zu erlassen und verwies auf die Möglichkeit einer späteren Revision des Gesetzes.⁹⁹ Die generelle Zulassung technischer Hilfsmittel (Art. 84

⁹² Vgl. HANGARTNER/KLEY, Rz. 157.

⁹³ Vgl. HANGARTNER/KLEY, Rz. 163.

⁹⁴ So im Kanton Genf, vgl. Art. 68 Abs. 2 Loi sur l'exercice des droits politiques (LEDP; SG A 505).

⁹⁵ Auch Art. 61b Abs. 1 RVOG, ferner Art. 186 Abs. 2 BV.

⁹⁶ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG; SR 172.010).

⁹⁷ Siehe KLEY, Art. 39 N 4.

⁹⁸ KLEY, Art. 39 N 4.

⁹⁹ Vgl. BBI 1975 I 1317 1326.

Abs. 1 BPR) und Genehmigungspflicht durch den Bundesrat bei deren Verwendung (Art. 84 Abs. 2 BPR) wurden später ohne weitergehende Begründung eingeführt.¹⁰⁰

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Bund seine Regelungskompetenz bezüglich eidgenössischer Abstimmungen generell zurückhaltend ausübt und mittels Art. 10 Abs. 2 BPR die Regelung praktisch bedeutsamer Fragen an die Kantone delegiert. Genehmigungsvorbehalte wie sie Art. 91 Abs. 2 BPR und Art. 84 Abs. 2 BPR statuieren, sind unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten mit Blick auf Art. 39 Abs. 1 BV unbedenklich. Auch bei systematischer Betrachtung des BPR sind sie im Hinblick auf Art. 10 Abs. 2 BPR schlüssig.

II. Bewilligungszuständigkeiten von Bundesrat und Bundeskanzlei

1. Zuständigkeit des Bundesrates

Wahl- und Abstimmungsverfahren mit technischen Mitteln seitens der Kantone werden gemäss Art. 84 Abs. 2 BPR durch den Bundesrat genehmigt. Bei Art. 84 Abs. 2 BPR handelt es sich nicht um eine Rechtsetzungsdelegation an den Bundesrat zum Erlass generell-abstrakter Vorschriften (vgl. Art. 164 Abs. 2 BV), sondern um die Zuweisung einer Vollzugskompetenz zur Erteilung individuell-konkreter Genehmigungen.

2. Grundsätze der Aufgabendelegation

Gemäss Art. 177 Abs. 3 BV werden den Departementen oder den ihnen unterstellten Verwaltungseinheiten Geschäfte zur selbstständigen Erledigung übertragen. In Bezug auf individuell-konkrete Verwaltungsakte¹⁰¹ wird in Art. 47 Abs. 1 RVOG bestimmt, dass je nach Bedeutung eines Geschäfts entweder der Bundesrat, ein Departement, eine Gruppe oder ein Amt entscheidet. Massgebend für die Zuordnung der Zuständigkeit zum Entscheid ist die Bedeutung eines Geschäfts (Art. 13 Abs. 1 RVOV¹⁰²).¹⁰³ Weniger wichtige Geschäfte überträgt der Bundesrat den Departementen oder den ihnen unterstellten Verwaltungseinheiten.¹⁰⁴ Aufgrund der in Art. 2 Abs. 1 Satz 2 RVOG angelegten Gleichordnung im Rahmen der Bundesverwaltung kann die Bundeskanzlei den Departementen gleichgestellt werden.¹⁰⁵

Welche Verwaltungseinheit für die Entscheidung in einzelnen Geschäften oder in ganzen Geschäftsbereichen zuständig ist, legt der Bundesrat durch Verordnung fest (Art. 47 Abs. 2

¹⁰⁰ Vgl. die Botschaft zur Teilrevision des BPR, BBl 1993 III 445 472 f. und 500.

¹⁰¹ Siehe dazu SÄGESSER, Art. 47 Rz. 7.

¹⁰² Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1).

¹⁰³ Siehe auch BIAGGINI, FHB Verwaltungsrecht, Rz. 19.93.

¹⁰⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1628.

¹⁰⁵ Ebenso SÄGESSER, Art. 2 Rz. 21.

RVOG). Der Bundesrat soll sich grundsätzlich durch Delegation entlasten.¹⁰⁶ Daher besteht „praktisch ungeschmälert Raum für eine Übertragung entsprechender Entscheidungskompetenzen an die Departemente“ im Wege einer Verordnung.¹⁰⁷ Das Gesetz überlässt es somit weitgehend dem Bundesrat, die Zuständigkeit der einzelnen Verwaltungseinheiten zu bestimmen.¹⁰⁸ Die Zuordnung erfolgt in der Regel an die Einheit, bei der die erforderliche politische und fachliche Kompetenz konzentriert ist (Art. 13 Abs. 2 Satz 1 RVOV).

3. Aufgabendelegation an die Bundeskanzlei

Die Bundeskanzlei unterstützt den Bundesrat und sorgt für optimale Verfahren zur Vorbereitung von Entscheiden (Art. 1 Abs. 3 Bst. a OV-BK¹⁰⁹). Sie erfüllt ausserdem Vollzugsaufgaben, die ihr durch Gesetz übertragen werden – so insbesondere im Bereich der politischen Rechte (Art. 4 Abs. 2 Bst. d OV-BK) – und sorgt dafür, dass alle eidgenössischen Abstimmungen und Wahlen korrekt durchgeführt werden (Art. 1 Abs. 4 Bst. a OV-BK).

In der Praxis hatte sich bei der Genehmigung elektronischer Hilfsmittel eine Aufgabenteilung zwischen Bundesrat und Bundeskanzlei etabliert, insbesondere findet eine Delegation unstrittiger, weil in den Grundzügen bereits geprüfter Fälle an die Bundeskanzlei statt. So genehmigte der Bundesrat beispielsweise das in der Stadt St. Gallen zum Einsatz gebrachte Scanningverfahren; das Gesuch der Stadt Bern, das sich auf das St. Galler System bezog, wurde demgegenüber durch die Bundeskanzlei genehmigt.¹¹⁰ Wörtlich heisst es dort: „Einer erneuten Bewilligung [...] durch den Bundesrat bedarf es nicht. Das Gesuch [...] des Kantons Bern [...] kann daher durch die Bundeskanzlei genehmigt werden“.

Es bestehen indessen Zweifel, ob es sich hierbei um eine Genehmigung im Sinne von Art. 84 Abs. 2 BPR handelt. Der Gehalt der Massnahme der Bundeskanzlei könnte sich vielmehr in der Feststellung erschöpfen, dass der konkrete Einsatz eines technischen Hilfsmittels in Anbetracht der bereits durch den Bundesrat erteilten Genehmigung nicht genehmigungsbedürftig war. Problematisch war dabei, dass die Bundeskanzlei diese Feststellung ohne gesetzliche Grundlage vornahm. Im Fall einer Stimmrechtsbeschwerde könnte dieser fortbestehende, auch durch das Kreisschreiben 2016 nicht geheilte Verstoss gegen das Legalitätsprinzip unter Umständen zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der Auszählung und damit einer Verletzung der Abstimmungsfreiheit verbunden mit der Anordnung einer manuellen Nachzählung führen.

¹⁰⁶ BIAGGINI, in: SG-Komm., Art. 178 Rz. 12.

¹⁰⁷ BGE 129 II 193 E. 4.2.2 S. 205.

¹⁰⁸ BIAGGINI, in: SG-Komm., Art. 178 Rz. 25.

¹⁰⁹ Organisationsverordnung für die Bundeskanzlei (OV-BK, SR 172.210.10).

¹¹⁰ Vgl. Bundesratsbeschluss vom 17. Juni 2007; Genehmigung des Einsatzes von technischen Hilfsmitteln vom 9. Dezember 2013.

Durch das Kreisschreiben 2016 überträgt der Bundesrat explizit einen Teil seiner Aufgaben an die Bundeskanzlei. So sind die Meldungen der Kantone zum Einsatz bewilligter E-Counting-Verfahren vor dem erstmaligen Einsatz der Bundeskanzlei zu melden (Ziff. 3.2). Die Bundeskanzlei kann Belege für die Erfüllung der technischen Kriterien und der Vertrauenswürdigkeit verlangen. Auch die Belegexemplare für maschinenlesbare Stimmzettel sind der Bundeskanzlei einzureichen (Ziff. 3.3). Die Bundeskanzlei kann die Kantone auf deren Wunsch hin bei der Umsetzung der Massnahmen zur Gewährleistung der Vertrauenswürdigkeit unterstützen (Ziff. 3.4).

Unmittelbar im Zusammenhang mit der Bewilligungserteilung erfüllt die Bundeskanzlei ebenfalls verschiedene Aufgaben. So sind die von der Kantonsregierung dem Bundesrat zu stellenden Gesuche bei der Bundeskanzlei einzureichen (Ziff. 4.1). Die Bundeskanzlei behandelt das Gesuch, bevor der Bundesrat über die Bewilligung entscheidet. Sie steht den Kantonen bei der Aufbereitung der Dokumentation beratend zur Seite (Ziff. 4.2). Eine Bewilligungserteilung durch die Bundeskanzlei ist nicht vorgesehen. Der zuvor genannte Zweifelsfall aus dem Jahr 2013 kann demnach in der Verwaltungspraxis inskünftig nicht mehr vorkommen. Die Bewilligungsfiktion gemäss Ziff. 3.1 des Kreisschreibens 2016 führt insoweit zu einer Klärung der Rechtslage.

4. Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Aufgabendelegation

Die im Kreisschreiben 2016 vorgesehene Aufgabenteilung folgt dem in Art. 47 Abs. 1 RVOG und Art. 13 Abs. 1 RVOV enthaltenen Grundsatz, dass besonders bedeutsame Geschäfte durch den Bundesrat und weniger bedeutsame Geschäfte durch Departemente beziehungsweise die insoweit gleichrangige Bundeskanzlei entschieden werden. So nimmt die Bundeskanzlei unterstützende und vorbereitende Aufgaben wahr, während der Bundesrat die abschliessende Bewilligungsentscheidung trifft.

Die Zuordnung der genannten Aufgaben steht überdies im Einklang mit Art. 13 Abs. 2 Satz 1 RVOV, wonach diejenige Einheit zuständig sein soll, bei der die erforderliche politische und fachliche Kompetenz konzentriert ist. So ist die Bundeskanzlei für die Sicherung der technischen Voraussetzungen und der Vertrauenswürdigkeit zuständig, wo sie nicht zuletzt durch die Zuständigkeit für die Verfahren des Vote électronique über spezifische Fachkompetenzen verfügt.

Problematisch erscheint allerdings, dass es sich beim Kreisschreiben 2016 nicht um eine Verordnung im Sinne von Art. 47 Abs. 2 RVOG handelt, sondern eine rein interne Verwaltungsverordnung ohne Aussenwirkung.¹¹¹ So wird eine Kompetenzübertragung vom Bundesrat auf

¹¹¹ Vgl. Erster Teil III. 1. b.

eine andere Behörde allein mittels Verwaltungsverordnung als unzulässig angesehen.¹¹² Die Zuständigkeit der Bundeskanzlei ergibt sich jedoch letztlich mit hinreichender Bestimmtheit aus Art. 1 Abs. 4 Bst. a OV-BK, wonach die Bundeskanzlei dafür sorgt, dass alle eidgenössischen Abstimmungen und Wahlen korrekt durchgeführt werden. Das Kreisschreiben 2016 wird ausserdem gleich einer Verordnung im Bundesblatt publiziert.

Zweifelhaft bleibt jedoch im Hinblick auf den Wortlaut von Art. 84 Abs. 2 BPR („Genehmigung“ des Bundesrates) und in Anbetracht der detaillierten Regelung der Zuständigkeitsverteilung beim Vote électronique im Verordnungsrecht, ob der Bundeskanzlei im Wege einer Subdelegation auf der Grundlage des Kreisschreibens 2016 Aufgaben übertragen werden dürfen. Eine Delegation ist jedoch im Interesse der verfassungsrechtlich erwünschten Entlastung des Bundesrates von nicht die Regierungsfunktion betreffenden Tätigkeiten bei zugleich sachgerechter Übertragung der Entscheidungsbefugnisse auch dann als zulässig anzusehen, wenn ein Spezialgesetz ausdrücklich den Bundesrat für zuständig erklärt, sofern die Delegation nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird.¹¹³ Art. 84 Abs. 2 BPR ist nicht ausdrücklich zu entnehmen, dass die Delegation bestimmter Aufgaben bei der Vorbereitung und Unterstützung an eine fachlich besonders kompetente Stelle in der Bundesverwaltung ausgeschlossen sein soll.

Aufgrund der in Art. 177 Abs. 3 BV und Art. 47 Abs. 1, 2 RVOG enthaltenen weitreichenden Delegationsbefugnisse des Bundesrates in Verbindung mit der Art. 1 Abs. 4 Bst. a OV-BK festgelegten Aufgaben bei der Durchführung eidgenössischer Abstimmungen besteht für die Übertragung vorbereitender und unterstützender Handlungen auf die Bundeskanzlei im Vorfeld der Bewilligung elektronischer Hilfsmittel durch den Bundesrat im Wege des Kreisschreibens 2016 eine ausreichende rechtliche Grundlage. Auch insoweit spräche indessen nichts dagegen, den Inhalt des Kreisschreibens in Form einer Verordnung zu erlassen, die unmittelbar auf Art. 47 Abs. 2 RVOG gestützt werden könnte.

¹¹² SÄGESSER, Art. 47 Rz. 26.

¹¹³ EHRENZELLER, Art. 177 Rz. 30. Siehe ausserdem Botschaft zum RVOG, BBl 1993 III 997 1097.

Abschliessende Zusammenfassung

1. Der bislang in Art. 84 Abs. 2 BPR nur rudimentär geregelte Einsatz technischer Hilfsmittel bei der Auszählung von Stimmen erfährt durch das Kreisschreiben 2016 erstmals eine im Grundsatz den aus der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) fliessenden Vorgaben an die korrekte Ermittlung von Abstimmungsergebnissen genügende und im Vergleich zu den Regelungen betreffend den Vote électronique ansatzweise adäquate Regelung. Hinsichtlich der Ausführlichkeit der Regelungen zum Vote électronique und zur Normstufe (Verwaltungsverordnung anstelle einer Verordnung) bestehen nach wie vor erhebliche Unterschiede in Normierungsdichte und Normierungsqualität.

2. a) Mit Blick auf Art. 164 BV und Art. 36 Abs. 1 BV erweist es sich als problematisch, dass die Regelung in einer nur behördenintern verbindlichen Verwaltungsverordnung erfolgt. Lediglich im Wege einer Zusammenschau aus den gesetzlichen Grundlagen und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur korrekten Ermittlung von Abstimmungsergebnissen lässt sich derzeit die Verfassungskonformität bejahen.

b) Ungeklärt bleibt, warum der Bundesrat nicht anstelle eines als Verwaltungsverordnung einzustufenden internen Kreisschreibens die für alle Bürgerinnen und Bürger verbindliche und damit Aussenwirkung entfaltende Rechtsform der Verordnung gewählt hat. Der Erlass einer Verordnung wäre zulässig (vgl. Art. 91 Abs. 1 BPR).

3. a) In Bezug auf den Einsatz neuer technischer Hilfsmittel spiegelt das durch das Kreisschreiben 2016 regulierte Bewilligungsverfahren die materiell-rechtlichen Vorgaben wider und erweist sich auch im Vergleich mit dem Bewilligungsverfahren betreffend den Vote électronique im Ausgangspunkt als angemessen.

b) Der Vote électronique unterliegt jedoch einem differenzierteren zweistufigen Verfahren bestehend aus einer vom Bundesrat zu erteilenden Grundbewilligung und einer Zulassung der Bundeskanzlei pro Urnengang. Da das E-Counting im Unterschied zum Vote électronique nur die letzte Stufe der Auszählung der Stimmen, nicht aber deren Abgabe und deren Übermittlung betrifft, rechtfertigen sich gewisse Vereinfachungen bei der Bewilligungserteilung, insbesondere weil beim E-Counting die Nachzählung von Stimmzetteln möglich ist. Auf der letzten Stufe der Auszählung der Stimmen in Form der Auswertung der Stimmzettel mithilfe technischer Geräte sollten demgegenüber ähnliche Standards gelten wie beim Vote électronique. Für neu zu bewilligende technische Hilfsmittel gelten nunmehr aufgrund des Kreisschreibens 2016 ansatzweise vergleichbare, wenn auch im Einzelnen nicht ebenso strenge, materielle Anforderungen.

4. a) Eine erhebliche Schwachstelle ergibt sich hinsichtlich der beiden als bewilligt geltenden technischen Hilfsmittel, bei deren Einsatz in weiteren Kantonen keine erneute Bewilligung erforderlich ist, sondern lediglich eine Meldung an die Bundeskanzlei erfolgen muss.

b) Angesichts schwacher Interventionsmöglichkeiten der Bundeskanzlei erweist sich insbesondere die fehlende Befristung als problematisch. Da die eingesetzten Systeme jedenfalls mittelfristig veraltet sein dürften, ist eine Qualitätskontrolle unabdingbar. Hierfür eignen sich

im Grundsatz die in Ziff. 3.4 Bst. c des Kreisschreibens 2016 genannten Stichproben. Um der Regelung zu praktischer Wirksamkeit zu verhelfen, sind jedoch quantifizierbare Vorgaben im Hinblick auf Umfang und Grösse der zu erhebenden Stichproben unabdingbar. Der Bundesrat hat den ihm zustehenden regulatorischen Spielraum diesbezüglich bei weitem nicht ausgeschöpft. Das Kreisschreiben 2016 stellt insoweit eine politisch austarierte Minimallösung dar.

c) Bei erheblichen und/oder wiederholten Verstössen gegen die in Ziff. 3.4 Kreisschreiben 2016 enthaltenen materiell-rechtlichen Vorgaben für die korrekte Ergebnisermittlung steht dem Bundesrat immerhin als ultima ratio der Widerruf der Bewilligung zur Verfügung. Dies gilt auch für fiktive Bewilligungen in Bezug auf die als bewilligt geltenden Verfahren. Gegenüber rechtswidrig handelnden Kantonen, die selbst nicht über eine Bewilligung verfügen, sondern technische Hilfsmittel verwenden, die in einem anderen Kanton bewilligt wurden, könnte der Bundesrat im Wege einer weniger einschneidenden Massnahme den Einsatz im betreffenden Kanton untersagen.

5. Der Bund verfügt gemäss Art. 39 Abs. 1 BV über die Kompetenz zur Regelung materieller Standards und zur Errichtung eines Bewilligungsverfahrens beim Einsatz elektronischer Hilfsmittel anlässlich eidgenössischer Abstimmungen. Soweit er davon bisher nur punktuell Gebrauch gemacht hat, sind die Kantone zu autonomer Rechtssetzung befugt. Obwohl der Vollzug eidgenössischer Abstimmungen den Kantonen obliegt und diese zudem in der Regel die auf kantonaler Ebene bestehenden Bestimmungen auf alle Vorlagen anwenden, spricht hinsichtlich einer effektiven Gewährleistung der aus Art. 34 Abs. 2 BV fliessenden Rechte vieles für dichtere normative Vorgaben von Seiten des Bundes. Ein Beispiel hierfür wären quantifizierte Anforderungen an die Erhebung von Stichproben zur Plausibilisierung der eingesetzten E-Counting-Verfahren.

6. a) Die Bundeskanzlei unterstützt den Bundesrat insbesondere bei der Durchführung eidgenössischer Abstimmungen und Wahlen und ist angesichts ihrer Stellung innerhalb der Bundesverwaltung mit den Departementen vergleichbar. Der Bundesrat ist daher im Hinblick auf Art. 177 Abs. 3 BV, Art. 47 Abs. 1, 2 RVOG und Art. 1 Abs. 4 Bst. a OV-BK befugt, entsprechend der herkömmlichen Aufgabendelegation an die Departemente, die im Kreisschreiben 2016 bezeichneten vorbereitenden und unterstützenden Aufgaben bei der Bewilligung technischer Hilfsmittel auf die Bundeskanzlei zu übertragen.

b) Die mittlerweile im Kreisschreiben 2016 verankerte Delegation (Ziff. 3.2) steht allerdings in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Wortlaut von Art. 84 Abs. 2 BPR, wonach der *Bundesrat* Wahl- und Abstimmungsverfahren mit technischen Mitteln genehmigt. Ein ausdrücklicher Ausschluss der Aufgabendelegation an die Bundeskanzlei ist der Vorschrift aber nicht zu entnehmen. Dem Bundesrat steht es vielmehr im Interesse einer effizienten Erledigung der Verwaltungsaufgaben und im Rahmen seiner Organisationsautonomie (vgl. Art. 178 Abs. 1 Satz 2 BV) frei, eine sachlich kompetente Stelle der Bundesverwaltung wie die Bundeskanzlei bei Abstimmungen mit der Aufgabenerfüllung zu betrauen. Dem Bundesrat verbleibt die Letztverantwortung für Erteilung und Widerruf von Bewilligungen für den Einsatz technischer Hilfsmittel.

Literaturverzeichnis

- AUER ANDREAS/VON ARX NICOLAS, *La légitimité des procédures de vote: les défis du e-voting*, AJP/PJA 2002, S. 491 – 499.
- BIAGGINI GIOVANNI, *BV – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich 2007 (zitiert: Komm. BV).
- BIAGGINI GIOVANNI, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zitiert: SG-Komm.).
- BIAGGINI GIOVANNI, *Aufsichtsrecht*, in: ders./Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich 2015, Kapitel 19 (zitiert: FHB Verwaltungsrecht).
- EHRENZELLER BERNHARD, in: ders./Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014.
- GLASER ANDREAS, *Der elektronisch handelnde Staat*, E-Legislation, E-Government, E-Justice, ZSR 134 (2015) II, S. 259 – 333.
- GRISEL ETIENNE, *Initiative et référendum populaires*, 3. Aufl., Bern 2004.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016.
- HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich 2000.
- HOTTELIER MICHEL, *E-Voting et légalité*, in: Muralt Müller Hanna/Auer Andreas/Koller Thomas (Hrsg.), *E-Voting*, Bern 2003.
- JAAG TOBIAS, *Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen*, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), *Staatsrecht*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, § 12.
- KLEY ANDREAS, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014.

- LUTZ GEORG/FELLER RETO/MÜLLER MARKUS, Nachzählung bei knappen Wahl- und Abstimmungsergebnissen – überhöhte Erwartungen?, AJP/PJA 2006, S. 1517 – 1534.
- NUSPLIGER KURT/MÄDER JANA, Präzision in der Demokratie, ZBl 114/2013, S. 183 – 205.
- SÄGESSER THOMAS, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, Bern 2006.
- STEINMANN GEROLD, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014.
- TORNAY BÉNÉDICTE, La démocratie directe saisie par le juge, Zürich 2008.
- TSCHANNEN PIERRE, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zitiert: BSK BV).
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011 (zitiert: Staatsrecht).
- VENANZONI RETO, Benutzerfreundlich abstimmen mit scannbaren Stimmzetteln, Schweizer Gemeinde, Zeitschrift für Gemeinden und Gemeindepersonal, 2/11, S. 29 – 31.
- WYTTENBACH JUDITH/WYSS KARL-MARC, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015.

Materialienverzeichnis

Ablaufdokumentation der Stadt St. Gallen vom 2. April 2007, eingereicht zuhanden der Bundeskanzlei als Beilage des Gesuchs um Genehmigung neuer technischer Hilfsmittel zur Ermittlung von Abstimmungsergebnissen (*vertraulich*).

Antrag der Bundeskanzlei an den Bundesrat vom 30. Mai 2007: Kanton St. Gallen. Einsatz neuer technischer Hilfsmittel zur Ermittlung von Abstimmungsergebnissen. Genehmigung des Bundes (*vertraulich*).

Bericht des Bundesrates zu Vote électronique, Auswertung der Einführung von Vote électronique (2006-2012) und Grundlagen zur Weiterentwicklung vom 14. Juni 2013, BBl 2013 5069.

Betriebskonzept zur Ermittlung der Ergebnisse von Abstimmungen und Majorzwahlen mittels maschinenlesbaren Stimmbogen des Kantons Basel-Stadt, Version vom 1. April 2016, öffentlich abrufbar unter: <<http://www.staatskanzlei.bs.ch/politische-rechte/wahlen-abstimmungen/informationen/maschinenlesbare-stimmzetteln.html>>.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 9. April 1975, BBl 1975 I 1317.

Botschaft über eine Teiländerung der Bundesgesetzgebung über die politischen Rechte vom 1. September 1993, BBl 1993 III 445.

Botschaft über eine Änderung des Bundesgesetzes über die politischen Rechte vom 30. November 2001, BBl 2001 6401.

Botschaft zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 20. Oktober 1993, BBl 1993 III 997.

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die politischen Rechte vom 29. November 2013, BBl 2013 9217.

Bundesratsbeschluss vom 17. Juni 2007, Genehmigung des Einsatzes neuer technischer Hilfsmittel zur Ermittlung von Abstimmungsergebnissen im Kanton St. Gallen.

Erweitertes Beschlussprotokoll des Treffens der Wahl- und Abstimmungsleiter der Kantone und des Bundes vom 24. Januar 2013.

Genehmigung des Einsatzes von technischen Hilfsmitteln zur Ermittlung von Abstimmungsergebnissen in der Stadt Bern, ergangen durch die Bundeskanzlei am 9. Dezember 2013.

Genehmigung des Einsatzes von technischen Hilfsmitteln zur Ermittlung von Abstimmungsergebnissen im Kanton Basel-Stadt, ergangen durch die Bundeskanzlei am 22. September 2014.

Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantonsregierungen vom 15. Januar 2003 zur Resultatermittlung mit technischen Geräten bei eidgenössischen Volksabstimmungen, BBl 2003 419.

Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantonsregierungen vom 18. Mai 2016 über die Ermittlung der Ergebnisse eidgenössischer Volksabstimmungen mit technischen Mitteln, BBl 2016 4099.

Technische Dokumentation der Stadt St. Gallen vom 27. März 2007, eingereicht zuhanden der Bundeskanzlei als Beilage des Gesuchs um Genehmigung neuer technischer Hilfsmittel zur Ermittlung von Abstimmungsergebnissen (*vertraulich*).