

Patricia M. Schiess Rütimann

Parteiwechsel am Wahlabend

Kritik an BGE 1C.291/2008 vom 17. Dezember 2008

Eine bisherige St. Galler Kantonsrätin wechselt nach der Erneuerungswahl des Kantonsrates, aber vor der ersten Sitzung des neu gewählten Kantonsrates, von der CVP zur SVP. Dem Bundesgericht stellt sich die Frage, ob ihre Wahl ungültig zu erklären ist. Gestützt auf Überlegungen zum freien Mandat und zur Pflicht der Kantone, den Stimmberechtigten die direkte Wahl der Volksvertreter zu ermöglichen, weist es die Beschwerde von Stimmberechtigten ab, ohne näher zu prüfen, ob sie ihren Willen unter den gegebenen Umständen frei bilden konnten.

Rechtsgebiet(e): Politische Rechte

Zitiervorschlag: Patricia M. Schiess Rütimann, Parteiwechsel am Wahlabend, in: Jusletter 16. März 2009

Inhaltsübersicht

- I. Der Sachverhalt
- II. Das Urteil des Bundesgerichts
- III. Kritik am Urteil
 1. Wenig stringente Argumentation
 2. Missverständliche Ausführungen zum freien Mandat
 3. Fehlende Ausführungen zum freien Willen der Stimmberechtigten
- IV. Irreführung der Wählerinnen und Wähler
 1. Den Stimmberechtigten stand eine für die Willensbildung wesentliche Information nicht zur Verfügung
 2. Bestand eine Informationspflicht?
 - 2.1 Informationspflicht der Kandidatin?
 - 2.2 Mögliche Konsequenzen der unterlassenen Information
 - 2.3 Informationspflicht der alten Partei?
 3. Exkurs: Parteiwechsel wegen unvorhergesehener Ereignisse

I. Der Sachverhalt

[Rz 1] Am 16. März 2008 fand im Kanton St. Gallen die Erneuerungswahl des Kantonsrates statt. Der Wahlkreis See-Gaster zählte 15 Sitze. Die miteinander verbundenen Listen der CVP («Liste Nr. 6: CVP Linth, Liste West» und «Liste Nr. 7: CVP Linth, Liste Ost») errangen 3 und 2 Sitze. Die Liste der SVP («Liste Nr. 1: SVP») errang 6 Sitze.¹ Spitzenkandidatin der Liste Nr. 6 war die bisherige CVP-Kantonsrätin Barbara Keller-Inhelder aus Rapperswil-Jona. Sie erreichte mit Abstand das beste Ergebnis der Liste.²

[Rz 2] Anfang Mai 2008 spekulierten Zeitungen, Barbara Keller-Inhelder werde von der CVP zur SVP übertreten und für die SVP für den Stadtrat (die lokale Exekutive) von Rapperswil-Jona kandidieren.³ Am 6. Mai 2008 trat Barbara Keller-Inhelder aus der CVP aus und in die SVP ein.

[Rz 3] Die Regierung des Kantons St. Gallen informierte das Präsidium des Kantonsrates über den Parteiwechsel und ersuchte es abzuklären, ob Barbara Keller-Inhelder ihr Amt ausüben könne. Der Präsident der Rechtspflegekommission des Kantonsrates liess von der Staatskanzlei eine Stellungnahme erarbeiten. Die Rechtspflegekommission beantragte dem Kantonsrat mit 9:5 Stimmen bei 1 Enthaltung, die Wahl von Barbara Keller-Inhelder ungültig zu erklären. Der Kantonsrat lehnte diesen Antrag an seiner ersten Sitzung vom 2. Juni 2008⁴ mit 58:54 Stimmen bei 6 Enthaltungen und 2 Abwesenheiten ab⁵ und erklärte ihre Wahl gültig.

[Rz 4] Gegen diesen Entscheid erhoben fünf im Wahlkreis

See-Gaster stimmberechtigte CVP-Mitglieder mit Eingabe vom 30. Juni 2008 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Sie beantragten die Aufhebung des Entscheids des Kantonsrates und die Feststellung der Ungültigkeit der umstrittenen Wahl. Sie machten insbesondere geltend, durch den Entscheid werde das Ergebnis der Willensäusserung der Wähler verfälscht. Ein Parteiwechsel vor der Konstituierung des neu gewählten Parlaments sei besonders stossend. Werde der Amtsantritt in einem solchen Fall geschützt, entspreche die Zusammensetzung des Parlaments nicht dem Wählerwillen.⁶

II. Das Urteil des Bundesgerichts

[Rz 5] Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die kantonalen Garantien nicht über jene von Art. 34 Abs. 2 BV hinaus reichen (E. 2.1). Art. 34 Abs. 2 BV schützt die freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe. Es darf kein Wahlergebnis anerkannt werden, das nicht den freien Willen der Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt (E. 2.1). Als Streitgegenstand bezeichnet das Gericht die Frage, «ob es das Stimm- und Wahlrecht verletzt, Barbara Keller-Inhelder trotz des nach den Wahlen vollzogenen Parteiwechsels zur Amtsausübung zuzulassen» (E. 2.3).

[Rz 6] Es ist gemäss Bundesgericht an sich richtig, «dass aus Sicht der Stimmberechtigten die Zusammensetzung des Parlaments nicht nur am Wahltag selbst, sondern auch danach dem Wahlergebnis entsprechen soll» (E. 3.1).

[Rz 7] Für die im Amt stehenden Parlamentsmitglieder gilt das Prinzip der auftragsfreien Repräsentation (das so genannte freie Mandat) (E. 3.2). Für die Mitglieder der Bundesversammlung wird dieser Grundsatz aus Art. 161 Abs. 1 BV abgeleitet (E. 3.2), für die Mitglieder kantonalen Parlamente gilt er auch ohne besondere Regelung im kantonalen Recht (E. 3.3). Das Bundesgericht meint, dass der Kantonsrat mit seinem Entscheid dem Grundsatz des freien Mandats «eine für die Zeit zwischen Wahl und Amtsantritt voraus wirkende Tragweite verliehen» hat (E. 3.3).

[Rz 8] Danach geht das Bundesgericht darauf ein, dass die Volkswahl von Verfassungen wegen eine direkte sein muss (E. 5). Es erwähnt, dass der St. Galler Kantonsrat im Proportional gewählt wird (E. 5.1). Die «Verhältnisswahl bezweckt, alle massgeblichen politischen Kräfte nach Massgabe ihrer Parteistärke im Parlament Einsitz nehmen zu lassen», wobei die Persönlichkeitswahl in den Hintergrund tritt (E. 5.2). Zum so genannten Vorverfahren erklärt das Gericht insbesondere, dass anlässlich der behördlichen Prüfung der Wahllisten nicht abgeklärt wird, «ob die Kandidaten eine Bindung zu der Partei aufweisen, die sie auf der Liste aufstellt» (E. 5.3). Die Kandidaten erklären, dass sie die Wahl annehmen.

¹ Amtsblatt des Kantons St. Gallen Nr. 14/31.3.2008, S. 1078.

² Amtsblatt des Kantons St. Gallen Nr. 14/31.3.2008, S. 1081.

³ Siehe zum Beispiel: Michael Kaspar, «Barbara Keller-Inhelder zur SVP?», Linth-Zeitung vom 3. Mai 2008. Bei den Stadtratswahlen vom 28. September 2008 landete Barbara Keller-Inhelder deutlich abgeschlagen auf dem sechsten Platz hinter den fünf Bisherigen.

⁴ Der Kantonsrat tagt in Sessionen. Die letzte Session vor der Wahl fand vom 18. bis 20. Februar 2008 statt. Nach der Wahl fand vom 14. bis 16. April 2008 die letzte Session der alten Amtsdauer und am 2. und 3. Juni 2008 die erste Session der neuen Amtsdauer statt.

⁵ Barbara Keller-Inhelder war in den Ausstand getreten.

⁶ Wiedergabe der Argumente der Beschwerdeführer in E. 2.3.

«Sie geben mit dieser Erklärung kein Versprechen zu ihrem Verhalten nach dem Wahlgang ab» (E. 5.3).

[Rz 9] Das Bundesgericht ruft in Erinnerung, dass bei der Proporzwahl die Stimmabgabe für einen Kandidaten gleichzeitig eine solche für seine Liste ist, insbesondere wenn wie im Kanton St. Gallen Einzelstimmenkonkurrenz gilt.

[Rz 10] Es führt aus, dass Parlamentarier «keine rechtliche Treuepflicht gegenüber ihrer Wählerschaft» verletzen, wenn sie die Partei nach Amtsantritt wechseln (E. 5.5). Ausführungen von Aubert und Poledna⁷ sowie VEB 22 (1952) Nr. 10 lassen gemäss Bundesgericht erkennen, dass der Parteiwechsel sogar vor dem Amtsantritt erfolgen darf (E. 5.5). In E. 5.6 kommt es deshalb zum Schluss: «Hier ist der Parteiwechsel nur kurz nach dem Wahltag bzw. noch vor der Konstituierung des neugewählten Parlaments vollzogen worden. Dieser Schritt mag fragwürdig und der damit bewirkte Verlust an politischer Glaubwürdigkeit gross sein. Dennoch ist auch ein derartiger Parteiübertritt mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des direkten Wahlrechts vereinbar. Unmittelbar aus den verfassungsmässigen politischen Rechten lassen sich keine höheren Anforderungen an die Zulassung zum Amtsantritt ableiten, als später während der Amtsausübung gelten.»

III. Kritik am Urteil

1. Wenig stringente Argumentation

[Rz 11] Immer wenn eine vertiefte Auseinandersetzung mit einem Argument angebracht wäre, bringt das Bundesgericht ein neues vor.⁸ So geht es in E. 2.1 nicht näher auf das «den freien Willen der Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringende» Wahlergebnis ein. Welche Vorstellungen sich die Wählerinnen und Wähler machten und wie sie von den bis zur Wahl vom 16. März 2008 verfügbaren Informationen beeinflusst wurden, erörtert es nicht.⁹ Vielmehr

bringt es in E. 3 das freie Mandat zur Sprache, das für Parlamentsmitglieder gilt, nicht aber für Kandidatinnen und Kandidaten vor der Wahl. In E. 5.5 schiebt das Bundesgericht dann – nach Ausführungen zur Verhältniswahl und der Einzelstimmenkonkurrenz – nach, dass auch Gewählte zur Amtsausübung zuzulassen sind, die ihre Partei nach der Wahl aber vor dem Amtsantritt verlassen haben. Die in diesem Zusammenhang erwähnten Ausführungen der Bundeskanzlei von 1952¹⁰ bezogen sich auf einen Nicht-Gewählten, der später wegen einer Vakanz in den Nationalrat nachrücken konnte. Dass er in der Zwischenzeit die Partei verlassen hatte, erklärte die Bundeskanzlei für unbeachtlich.¹¹ Aubert hält dies für korrekt, ergänzt aber, dass man sich fragen könne, ob für einen Nationalrat, der seine Partei verlässt, «nicht ein Rücktritt angebracht wäre – es sei denn, der betreffende Abgeordnete sei selber so viel populärer als seine frühere Partei, dass er mit Recht behaupten kann, er verdanke nicht ihr sein Mandat.»¹² Wann genau und warum die in VEB 22 (1952) Nr. 10 und von Aubert erwähnten nicht gewählten Nationalratskandidaten aus ihrer Partei austraten, ist nicht bekannt.

2. Missverständliche Ausführungen zum freien Mandat

[Rz 12] Das Bundesgericht beruft sich in E. 5.5 wie folgt auf Poledna¹³: «Dieser Autor spricht sich an derselben Stelle dafür aus, den Schutz vor Mandatsverlust auch auf Konstellationen zu erstrecken, bei denen das Ausscheiden aus der Partei zwischen Wahltermin und Amtsantritt geschieht». Poledna unterscheidet allerdings an der angegebenen Stelle zwischen dem «bereits gewählten Parlamentarier», der durch das direkte Wahlrecht, das freie Mandat, die Vereinigungsfreiheit und die Meinungsäusserungsfreiheit vor einem Mandatsverlust geschützt wird, und dem «Nachrücker», den das direkte Wahlrecht schützt.

[Rz 13] Dass noch nicht gewählte Kandidatinnen und Kandidaten sowie Gewählte unmittelbar nach der Wahl und Ersatzleute unter dem Schutz des Grundsatzes des freien Mandats stehen, behauptet Poledna nicht. Insofern ist es problematisch, wenn das Bundesgericht in E. 3.3 ausführt, der Kantonsrat habe «dem Grundsatz des freien Mandats eine für die Zeit zwischen Wahl und Amtsantritt vorauswir-

⁷ Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Basel und Frankfurt a.M. 1995, N 1191; Tomas Poledna, Wahlrechtsgrundsätze und kantonale Parlamentswahlen, Diss., Zürich 1988, S. 283.

⁸ An der öffentlichen Urteilsberatung wurden scheinbar heftige Emotionen geäussert. Siehe: «Aus dem Bundesgericht: Freiheit des Mandats geht Parteitreue vor. Umstrittene St. Galler Kantonsratswahl», NZZ vom 18. Dezember 2008, S. 18.

⁹ Nachdem das Gericht in E. 2.1 die freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe erwähnt hat, erörtert es in E. 2.2 prozessuale Fragen. In E. 2.3 formuliert es die für den Entscheid wesentliche Frage (ob das Stimm- und Wahlrecht verletzt ist), ohne sie zu beantworten. In E. 3 erörtert es das freie Mandat, ohne auf die Willensbildung der Stimmberechtigten zurück zu kommen. E. 4 beschäftigt sich wiederum mit prozessualen Fragen, während sich E. 5 ohne Überleitung der direkten Volkswahl zuwendet. Die Willensbildung der Stimmberechtigten wird vom Bundesgericht nicht mehr erwähnt. E. 5.6 und E. 6, die den Entscheid zusammenfassen, nehmen keinen Bezug auf die in E. 2.3 formulierte Frage und sagen nicht explizit, dass das Stimm- und Wahlrecht nicht verletzt ist.

¹⁰ VEB 22 (1952) Nr. 10.

¹¹ Die Bundeskanzlei begründete dies damit, dass die Wähler ihre Meinung im Zeitpunkt der Wahl bilden und die Nicht-Gewählten bezüglich Austritt aus der Partei dieselben Freiheiten haben sollen wie die Gewählten, die ihr Mandat bei einem Parteiaustritt nicht verlieren. Gleich gelagert war der von Aubert (siehe Fn 7), N 1191 erwähnte Fall. Ein Nicht-Gewählter war kurz nach den Nationalratswahlen vom Oktober 1963 aus der Demokratischen Partei ausgetreten. Im März 1965 wurde er nach einem Todesfall als Mitglied des Nationalrates vereidigt.

¹² Aubert (siehe Fn 7), N 1191.

¹³ Poledna (siehe Fn 7), S. 283.

kende Tragweite verliehen».¹⁴ Nach Polednas Ansicht, die das Gericht grundsätzlich teilt, schützt das direkte Wahlrecht die betroffene Kantonsrätin, nicht der Grundsatz des freien Mandats. Insofern weckte die öffentliche Urteilsberatung falsche Vorstellungen, schreibt doch der Korrespondent der NZZ:¹⁵ «Der Grundsatz der freien Mandatsausübung erlaubt es einem Parlamentarier, die Partei zu verlassen, auf deren Liste er gewählt wurde, und sich einer anderen politischen Gruppierung anzuschliessen. Das darf nach Auffassung des Bundesgerichts sogar vor dem Amtsantritt geschehen, sofern das kantonale Recht nichts anderes bestimmt».

[Rz 14] Das Bundesgericht führt in E. 5.6 aus: «Immerhin stünde es dem kantonalen Gesetzgeber frei, eine Regelung über Konsequenzen zu erlassen für den Fall, dass ein gewählter Kandidat noch vor der Validierung der Wahl aus eigenen Stücken zu der Partei einer konkurrierenden Liste überwechselt.» Hielte es Parteiwechsel vor Amtsantritt durch das Prinzip der auftragsfreien Repräsentation geschützt, widerspräche es damit seinen Ausführungen in E. 3.3, wo es die in der Literatur vertretene Ansicht teilt, «dass der Grundsatz des freien Mandats für ein Kantonsparlament auch ohne besondere Regelung im kantonalen Recht gilt.»

[Rz 15] *Es ist deshalb fest zu halten:* Das Bundesgericht behauptet nicht, dass der Parteiwechsel von Gewählten, die ihr Amt noch nicht angetreten haben, durch den Grundsatz des freien Mandats geschützt wird.

[Rz 16] Ergänzend sei angemerkt, dass das Bundesgericht nicht auf die eingeschränkte Tragweite des freien Mandats eingeht. Gerade der vorliegende Fall illustriert die Grenzen der auftragsfreien Repräsentation:¹⁶ Die alte Partei forderte die Gewählte auf, ihr Amt nicht anzutreten,¹⁷ wandte sich aber nicht an den Kantonsrat.¹⁸ Keine Seite machte geltend, dass die Kantonsrätin rechtlich in irgendeiner Form gegenüber ihrer alten Partei verpflichtet gewesen wäre, den Sitz zur Verfügung zu stellen.¹⁹ Die alte Partei nahm den Austritt

unverzüglich entgegen,²⁰ weshalb die Kantonsrätin in dem Moment, in dem die Aufforderung an sie erging, nicht mehr Parteimitglied war. Sie hätte deshalb von der alten Partei auch nicht mehr gestützt auf vereinsrechtliche Bestimmungen zur Rechenschaft gezogen werden können.

3. Fehlende Ausführungen zum freien Willen der Stimmberechtigten

[Rz 17] Das Bundesgericht führt in E. 5.6 aus, dass ein Parteiübertritt vor der Konstituierung des neu gewählten Parlaments «fragwürdig» und der «damit bewirkte Verlust an politischer Glaubwürdigkeit gross» sein mag. Wer ein Verhalten als fragwürdig bezeichnet, müsste eigentlich den nächsten Schritt machen und sich fragen, ob das Verhalten rechtsmissbräuchlich sein könnte.²¹ Im Zusammenhang mit Wahlen drängt sich diese Frage umso mehr auf, als die Stimmberechtigten einen Anspruch darauf haben, ihren Willen frei zu bilden. Führt die Prüfung einer behaupteten Verletzung von Art. 34 Abs. 2 BV zum Ergebnis, dass die Wählerinnen und Wähler ihren Willen nicht frei bilden konnten, erübrigen sich erst noch weitere Ausführungen.

[Rz 18] Weil sich das Bundesgericht nicht mit den Umständen der Wahl vom 16. März 2008 auseinander setzt,²² wird nun hier geprüft, ob der Kantonsrat mit der Gültigerklärung der Wahl von Barbara Keller-Inhelder ein Wahlergebnis anerkannt hat, das den freien Willen der Stimmberechtigten²³

¹⁴ Die Gewählte gehörte im Zeitpunkt der Wahl dem Kantonsrat schon respektive noch an. Sie hätte sich bei einem Parteiwechsel unmittelbar nach der Wahl also grundsätzlich auf den Schutz durch den Grundsatz des freien Mandats berufen können. Als sie den Parteiwechsel am 6. Mai 2008 vornahm, war die letzte Session der Amtsdauer 2004/2008 hingegen bereits geschlossen (siehe Fn 4). Auf diesen Aspekt geht das Bundesgericht nicht ein.

¹⁵ Siehe Fn 8.

¹⁶ Jean-François Aubert, in: Aubert/Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zürich 2003, Art. 161 N 4 f., weist deutlich auf die beschränkte Bedeutung von Art. 161 Abs. 1 BV hin, ebenso Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Bern 2007, § 34 N 1.

¹⁷ In der Medienmitteilung der CVP Kanton St. Gallen vom 6. Mai 2008 wurde Barbara Keller-Inhelder dazu aufgefordert, ihr Kantonsrats-Mandat abzugeben.

¹⁸ Die Rechtspflegekommission des Kantonsrates wurde auf Ersuchen der Regierung aktiv.

¹⁹ Moritz von Wyss, *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, 2.

Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich 2008, Art. 161 N 3, hebt deutlich hervor, dass sich Art. 161 Abs. 1 BV nur auf Verpflichtungen erstreckt, die einen rechtlichen Charakter aufweisen: «Das Instruktionsverbot befreit die Ratsmitglieder von rechtlich verbindlichen Verpflichtungen gegenüber dem Stimmvolk, den Regierungen und Parlamenten der Kantone sowie gegenüber den politischen Parteien, den Verbänden und anderen Organisationen oder Personen.» Etwas weiter gefasst (als «Befehl zur Ausführung einer Angelegenheit» und als «zwingende Erklärung») versteht Aubert die Instruktionen: Jean-François Aubert, in: *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft* vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987-1996, Art. 91 N 1. Die von einer Partei ausgesprochene Aufforderung, ein Amt niederzulegen respektive nicht anzutreten, entfaltet keine rechtliche Wirkung. Sie kann deshalb auch nicht nichtig sein. Siehe zu den von Art. 161 Abs. 1 BV für nichtig erklärten Weisungen: Jean-François Aubert (siehe Fn 16), Art. 161 N 4.

²⁰ Dass der Austritt per sofort und per e-mail ausgesprochen wurde (so: «Kantonsrätin aus Jona wechselt von CVP zu SVP», NZZ vom 7. Mai 2008, S. 16), scheint die Partei nicht gestört zu haben.

²¹ Diese Frage hätte sich auch deshalb aufgedrängt, weil die Beschwerdeführer vorbrachten, die Kantonsrätin habe sich «gegenüber der Wählerschaft treuwidrig verhalten» (E. 2.3).

²² Siehe auch die Bemerkungen in Fn 9.

²³ BGE 129 I 185, 199: «Es soll garantiert werden, dass jeder Stimmbürger seinen Entscheid gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen und zum Ausdruck bringen kann.» Die Willensbildung soll gemäss BGE 131 I 126, 132 «notamment sans pression ni influence extérieure» vor sich gehen.

nicht zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck gebracht hat.²⁴

IV. Irreführung der Wählerinnen und Wähler

[Rz 19] Die vorliegende Konstellation stellt einen untypischen Fall der Einflussnahme Privater dar, nur schon deshalb, weil die Wählerinnen und Wähler nicht durch eine Äusserung beeinflusst worden sind, sondern durch das Verschweigen von Informationen.²⁵ Hinzu kommt, dass die meisten Leiten- tscheide zur freien und unverfälschten Bildung und Äusse- rung des politischen Willens Abstimmungen und nicht Wahlen betreffen²⁶ und beanstandete Äusserungen vor Wahlen häufig Richterwahlen betreffen,²⁷ bei denen Informationen zur bisherigen Amtsführung der Kandidatinnen und Kandida- ten unbestrittenermassen von Bedeutung sind.

²⁴ Nicht beantwortet wird die Frage nach den Rechtsfolgen für den Fall, dass der Kantonsrat die Wahl von Barbara Keller-Inhelder nicht hätte gültig erklären dürfen. Die Rechtspflegekommission des Kantonsrates beantragte mit 9:5 Stimmen bei 1 Enthaltung, die Wahl von Barbara Keller-Inhelder ungültig zu erklären und lehnte mit demselben Stimmenverhältnis einen Antrag ab, die Wahl aller Kantonsrätinnen und -räte des Wahlkreises See-Gaster ungültig zu erklären. Das Bundesgericht auferlegt sich bei der Einflussnahme Privater in Wahl- und Abstimmungskämpfe grösste Zurückhaltung. Siehe hierzu zum Beispiel: Pierre Tschannen (siehe Fn 16), § 52 N 27 f. und Andreas Kley-Struller, Beeinträchtigungen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit durch Dritte, AJP 1996, S. 286 ff. Deutlich zum Beispiel auch: BGE 119 Ia 271, 274 f., BGE 118 Ia 259, 264, BGE 102 Ia 264, 269. Urteil 1C_123/2008 vom 29. Mai 2008 schützte die vom Verwaltungsgericht des Kantons Genf ausgesprochene Annullation der Ersatzwahl in die Exekutive von Vernier. Im Vorfeld der Wahl vom 3. Juni 2007, bei der Thierry Cerutti gewählt wurde, sollen verschiedene Unregelmässigkeiten von Anhängern seiner Partei, des Mouvement Citoyens Genevois, begangen worden sein, weshalb eine Strafuntersuchung gegen Unbekannt eingeleitet worden war wegen Wahlfälschung und Stimmenfang. In der neu angesetzten Wahl vom 28. September 2008 schaffte Thierry Cerutti den Einzug in die Exekutive. SJ 1992, S. 313 ff. schützte die vom Verwaltungsgericht des Kantons Genf ausgesprochene Annullation der Wahl der Legislative von Genthod.

²⁵ Soweit ersichtlich, hat sich die Lehre bis jetzt nicht näher mit dem Vor- enthalten von Informationen durch Private auseinander gesetzt. Wird zu einem Punkt geschwiegen und damit ein Themenbereich überhaupt nicht angesprochen, kommt es eben gerade nicht zu «harten Meinungsausein- andersetzungen» und «Polemik», die gemäss Bundesgericht hinzunehmen sind (siehe zum Beispiel BGE 117 Ia 41, 47). Ausführlich zur freien Kom- munikation im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen: Jörg Paul Mül- ler/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 611 ff.

²⁶ Siehe zum Beispiel: BGE 130 I 290, BGE 119 Ia 271, BGE 98 Ia 73. Wahlen betreffen: BGE 118 Ia 259, BGE 102 Ia 264.

²⁷ Siehe insbesondere: BGE 117 Ia 452 und BGE 102 Ia 264.

1. Den Stimmberechtigten stand eine für die Willensbildung wesentliche Information nicht zur Verfügung

[Rz 20] Zwischen Barbara Keller-Inhelder und Vertretern der CVP entbrannte Streit darüber, wann und wie sie ihre alte Par- tei über das Angebot der neuen Partei und ihre Unentschlos- senheit, es anzunehmen, informiert hatte respektive ab wann wer was wusste oder hätte wissen müssen. Keine Seite be- hauptete, dass die Wählerinnen und Wähler des Wahlkreises See-Gaster über das Angebot der SVP an Barbara Keller- Inhelder und ihre Überlegungen informiert waren.

[Rz 21] Die Stimmberechtigten hatten die auf die Wahlliste gedruckten Informationen zur Verfügung, die von öffentlichen Stellen veröffentlichten Daten über die Tätigkeit der Kandi- datin als Kantonsrätin und die öffentlich zugänglichen Infor- mationen von Dritten wie zum Beispiel Medienberichte und Wahlwerbung der Parteien. Den Stimmberechtigten war es ohne grossen Aufwand möglich fest zu stellen, dass Barbara Keller-Inhelder verschiedentlich Positionen vertreten hatte, welche die Zustimmung von Vertretern der SVP fanden. Sie wussten aber nicht, dass die Kantonsrätin vor der Nominati- on durch die CVP von Mitgliedern der SVP auf einen Partei- wechsel angesprochen worden war und ihn nicht sofort klar und deutlich ablehnte, sondern weiter über ihn nachdachte. Dass Barbara Keller-Inhelder trotz der Nähe ihrer Positionen zu denen der SVP erneut auf einer Liste der CVP kandidierte, konnten die Stimmberechtigten nicht anders verstehen, als dass sie wie all die Jahre zuvor auch in Zukunft in der und für die CVP politisieren wollte.²⁸

[Rz 22] Auch bei Listenwahlen gibt es Wählerinnen und Wäh- ler, die ihre Stimme bewusst nur einzelnen Personen geben, und zwar unabhängig von der Partei, der sie angehören, zum Beispiel, weil sie die Person persönlich kennen oder sie aufgrund von Medienberichten wählen möchten. Ande- re Wählerinnen und Wähler²⁹ entscheiden sich für eine Liste und legen diese unverändert ein oder schreiben zumindest keine Namen von Kandidatinnen und Kandidaten anderer Listen auf. Eine dritte Gruppe von Wählerinnen und Wählern entscheidet sich für eine Liste und ergänzt diese um die Na- men von Kandidatinnen und Kandidaten anderer Listen, die ihr Vertrauen geniessen.

[Rz 23] Für die Wählerinnen und Wähler der ersten Gruppe stellt die Parteizugehörigkeit der Kandidatinnen und Kandi- daten nicht das entscheidende Merkmal dar. Wohl aber für die Angehörigen der zweiten und dritten Gruppe. Es ist zu vermuten, dass Wählerinnen und Wähler der zweiten Gruppe den Namen einer Kandidatin streichen, die sich nicht sicher ist, ob sie der Partei noch länger angehört. Ebenso ist zu

²⁸ Wie die Einträge auf ihrer Homepage zeigen, hatte Barbara Keller-Inhelder im Laufe der Jahre verschiedene Ämter im Schosse der CVP inne gehabt.

²⁹ Zu denken ist dabei insbesondere an Parteimitglieder, die ihrer Partei zum grösstmöglichen Erfolg verhelfen möchten.

erwarten, dass Wählerinnen und Wähler der dritten Gruppe die Liste anders bearbeiten, wenn sie von den Überlegungen einer Kandidatin erfahren, allenfalls in Kürze die Partei zu wechseln. Überdies ist nicht ausgeschlossen, dass Wählerinnen und Wähler der Kantonsrätin ihre Stimme gaben (sei es durch Kumulieren auf der Liste der CVP oder durch das Aufschreiben ihres Namens auf einer anderen Liste), weil sie die CVP auf einen mehr rechts gerichteten Kurs verpflichten wollten respektive ihre Unterstützung für das diesen Kurs verfolgende CVP-Mitglied ausdrücken wollten. Zu behaupten, der Parteiwechsel sei nicht von Bedeutung, weil die Kantonsrätin in der neuen Partei dieselben Ansichten vertritt wie in der alten, wäre deshalb nicht überzeugend. Vielmehr ist fest zu halten: Die Kenntnis der Wählerinnen und Wähler von der Anfrage der SVP an Barbara Keller-Inhelder und von ihrer Unentschlossenheit hätte sich auf das Wahlergebnis ausgewirkt.³⁰

2. Bestand eine Informationspflicht?

[Rz 24] Wegen des Informationsdefizits der Stimmberechtigten über einen für den Wahlentscheid wesentlichen Punkt stellt sich die Frage, ob und wenn ja von wem sie hätten informiert werden müssen.

2.1 Informationspflicht der Kandidatin?

[Rz 25] Gemäss eigenen Angaben³¹ informierte Barbara Keller-Inhelder die Parteileitung der CVP Rapperswil-Jona am 9. November 2007 darüber, dass sie zehn Tage zuvor ein «Übernahmeangebot» von der SVP erhalten habe, dass sie in der CVP unglücklich sei und sich überlege, zur SVP überzutreten. Gemäss Aussagen der CVP Kanton St. Gallen³² erfolgte die Nomination von Barbara Keller-Inhelder am 20. Dezember 2007, ohne dass sie an der Nominationsversammlung auf die Anfrage der SVP und ihre Unentschlossenheit hinwies.³³ Dass der Entscheid, den Parteiwechsel zu vollziehen, durch Ereignisse nach der Wahl ausgelöst oder begünstigt wurde, behauptete keine Seite.³⁴ Das heisst, dass die Gründe für den Parteiwechsel schon im Zeitpunkt der Nomination gegeben waren.

[Rz 26] Von einer bisherigen Kantonsrätin zu verlangen, auf

eine erneute Kandidatur zu verzichten, weil sie nicht sicher ist, welcher Partei sie in der nächsten Legislatur angehören will, ginge zu weit. Weniger weit geht die Verpflichtung der Kandidatinnen und Kandidaten, anlässlich der Nominationsversammlung ihrer Partei den zur Versammlung erschienenen Parteimitgliedern und Medienschaffenden zu erklären, sie trügen sich mit dem Gedanken, allenfalls in den nächsten Wochen aus der Partei auszutreten und einer anderen Partei beizutreten. In diesem Fall können die Parteimitglieder entscheiden, ob sie die betreffende Person nominieren wollen. Dass sie oder die häufig an den Nominationsversammlungen anwesenden Journalistinnen und Journalisten nach der Versammlung die Öffentlichkeit informieren, ist anzunehmen. Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für eine entsprechende Informationspflicht ist nicht ersichtlich.³⁵ Hingegen liegt eine Konstellation vor, in der es den Stimmberechtigten nicht möglich ist, «sich aus andern Quellen ein zuverlässiges Bild von den tatsächlichen Verhältnissen zu machen»,³⁶ weshalb das Bundesgericht eine unzulässige Einwirkung eigentlich hätte bejahen müssen. Dass es das nicht getan hat, heisst nicht, dass die Missachtung der Informationspflicht auch in Zukunft keine Rechtsfolgen zeitigt.

2.2 Mögliche Konsequenzen der unterlassenen Information

[Rz 27] Behalten Kandidatinnen und Kandidaten, die einen Parteiwechsel in Erwägung ziehen, ihr Wissen für sich, könnten sie mit Forderungen ihrer alten Partei oder von anderen Wahlteilnehmern konfrontiert werden.³⁷

[Rz 28] Darf eine Person, die unmittelbar vor oder nach der Wahl von einer Partei zu einer anderen übergetreten ist, das Amt gestützt auf den Beschluss einer politischen Behörde oder gestützt auf einen Gerichtsentscheid nicht antreten, könnte ihre alte Partei geltend machen, sie hätte mit ihr einen Vertrag geschlossen, deren Verpflichtungen (die Unterstützung im Wahlkampf) sie im Vertrauen auf die spätere Gegenleistung der Kandidatin oder des Kandidaten vollumfänglich erfüllt hat, während die andere Vertragspartei ihre Leistung (das Vertreten der Interessen der Partei im betreffenden

³⁰ Eine Irreführung muss sich auf wesentliche Tatsachen beziehen. Siehe dazu insbesondere: Kley-Struller (siehe Fn 24), S. 288.

³¹ «Fall Keller: ungekürzte Version», Linth-Zeitung vom 9. Mai 2008.

³² Pressecommuniqué der CVP Kanton St. Gallen vom 6. Mai 2008.

³³ Votum von Kantonsrat Urs Roth in der Sitzung vom 2. Juni 2008. Dass sie vor oder an der Nominationsversammlung der CVP-Linth die Parteibasis informiert hatte, behauptete Barbara Keller-Inhelder soweit ersichtlich nicht.

³⁴ Im Pressecommuniqué vom 6. Mai 2008 führte die CVP Kanton St. Gallen aus, Barbara Keller-Inhelder habe ihren Parteiwechsel damit begründet, «dass sie vor einem halben Jahr ein Übernahmeangebot von der SVP erhalten habe und dieses bei ihr einen Prozess in Gang gesetzt habe, der bis jetzt andauere».

³⁵ Das Bundesgericht bejaht bei Wahlen «eine Pflicht der Behörden, zur Sicherstellung des bundesgerichtlichen Anspruchs auf eine freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe zu intervenieren» ohne gesetzliche Grundlage im kantonalen Recht nur sehr zurückhaltend. Siehe insbesondere: Urteil 1P.116/2000 vom 5. Mai 2000, E. 2b (abgedruckt in ZBI 102 (2001) S. 150 f.). Zurückhaltend auch: Urteil 1P.298/2000, 1P.374/2000, 1P.390/2000 vom 31. August 2000 E. 3 und 4 (abgedruckt in ZBI 102 (2001), 188 ff.). Giovanni Biaggini, BV, Zürich 2007, Art. 34 N 26 betont, dass Private durch Art. 34 BV nicht unmittelbar verpflichtet werden.

³⁶ BGE 119 Ia 271, 274.

³⁷ Das Thema Schadenersatz von (ehemaligen) Parteimitgliedern an ihre (ehemalige) Partei wurde soweit ersichtlich noch nie erörtert. Die folgenden Ausführungen gehen deshalb nicht ins Detail, sondern zeigen die sich stellenden Fragen auf.

Amt) aus eigenem Verschulden nicht mehr werde erbringen können.

[Rz 29] Darf die betroffene Politikerin oder der betroffene Politiker das Amt als Parteilose respektive Parteiloser oder als Mitglied der neuen Partei antreten, könnte die alte Partei ebenfalls geltend machen, das ehemalige Mitglied begehe eine Vertragsverletzung. Möchte sie aus diesem Grund ihre eigene Leistung (die im Wahlkampf für das ehemalige Mitglied getätigten Ausgaben) zurück erstattet haben, stellt sich allerdings die Frage, ob diese aus einem Vertrag fließende Pflicht als Verpflichtung zu qualifizieren ist, vor deren Durchsetzung der Grundsatz des freien Mandats die Parlamentsmitglieder schützt.³⁸

[Rz 30] Wird eine Wahl ungültig erklärt und ein weiterer Wahlgang angesetzt, hat – anders als bei einem zweiten Wahlgang wegen Nichterreichens des erforderlichen Mehrs – niemand von den Kandidatinnen und Kandidaten und den an der Wahl teilnehmenden Gruppierungen damit rechnen können. Folglich sind für ihn auch keine Gelder bereit gestellt worden. Die in den Wahlkampf für den neuen Wahlgang investierten Summen von der fehlbaren Politikerin oder dem fehlbaren Politiker ersetzt zu bekommen, wäre mangels Schaden aussichtslos. Tätigt eine Partei respektive eine Kandidatin oder ein Kandidat Ausgaben, um die Chancen für die Wahl in ein öffentliches Amt zu vergrössern, liegt keine unfreiwillige Vermögensvermindung vor. Hingegen könnten sich die Gruppierungen, deren Kandidatinnen und Kandidaten im annullierten Wahlgang gewählt worden sind, das Amt aber nicht antreten können, auf den Standpunkt stellen, sie hätten einen Schaden erlitten. Die von ihnen für den ersten Wahlgang aufgewendeten Summen entfalten nämlich wegen der Annullierung keine Wirkung.³⁹ Am schwierigsten zu begründen wäre für die Parteien die Widerrechtlichkeit. Zwar liegt eine Normverletzung vor, wenn das Gericht eine Verletzung der Wahl- und Abstimmungsfreiheit konstatiert, doch fragt sich, ob Art. 34 Abs. 2 BV und Bestimmungen über die politischen Rechte als Normen qualifiziert werden dürfen, die das Vermögen von Gruppierungen und Personen schützen, die an einer Wahl teilnehmen. Anders aussehen könnte es hingegen, wenn eine Verurteilung wegen Wahlbestechung, Wahlfälschung oder Stimmenfang vorliegt.⁴⁰

³⁸ Siehe Fn 19. Die SVP Kanton Basel-Stadt hatte im Frühling 2004 von den Kandidatinnen und Kandidaten des Grossen Rates verlangt, eine «Loyalitätserklärung» zu unterschreiben. Sie sah unter anderem eine Zahlung von Fr. 10'000 vor für den Fall eines Partei- oder Fraktionswechsels während der Legislatur: «Zuspitzung der Querelen in der Basler SVP. Parteivorstand contra Fraktionschef», NZZ vom 13./14. März 2004, S. 16.

³⁹ Dem wird entgegen zu halten sein, dass Wahlkampfausgaben nie gänzlich wirkungslos sind, haben doch die mit den Geldern getroffenen Massnahmen die Kandidatinnen und Kandidaten bei den Stimmberechtigten bekannt gemacht, weshalb bei späteren Wahlen nicht mehr derselbe Aufwand betrieben werden muss.

⁴⁰ Die den erneuten Wahlgang organisierenden Gemeinwesen könnten geltend machen, die Vergehen gegen den Volkswillen schützten die

[Rz 31] Zu prüfen wäre auch, ob die alte Partei ein Austrittsgesuch mit sofortiger Wirkung entgegen nehmen muss, wenn sich ein Mitglied mehrere Monate lang Zeit gelassen hat für seinen Entscheid. In diesem Fall kann es nämlich kaum wichtige Gründe für einen sofortigen Austritt geltend machen. Das Beharren auf der Einhaltung der ordentlichen Austrittsfrist würde es der Partei ermöglichen, das Mitglied gestützt auf die in den Statuten vorgesehenen Sanktionsbestimmungen zu massregeln. Überdies hätte das Fortbestehen der Mitgliedschaft in der alten Partei für die betroffene Politikerin oder den betroffenen Politiker den Nachteil, dass sie oder er vorerst keiner neuen Partei beitreten könnte, weil die Statuten vieler Parteien verlangen, dass ihre Mitglieder keiner weiteren Partei angehören. Sehen die Statuten oder die Vereinsübung der Partei, deren Mitgliedschaft angestrebt wird, vor, dass nur Parteimitglieder für ein öffentliches Amt nominiert werden, sind am sofortigen Austritt aus ihrer alten Partei gehinderte Mitglieder auch um die Möglichkeit einer Kandidatur gebracht.

[Rz 32] *Fazit:* Es ist Politikerinnen und Politikern, die den Wechsel zu einer anderen Partei in Betracht ziehen, nicht nur aus Gründen des Anstands zu empfehlen, den Parteiwechsel nicht unmittelbar vor oder nach Wahlen vorzunehmen.

2.3 Informationspflicht der alten Partei?

[Rz 33] Verschiedentlich wurde ausgeführt, dass im Herbst 2007 Gespräche zwischen der Kantonsrätin und ihrer alten Partei stattgefunden hatten, auf Grund von denen die Partei darauf hätte schliessen müssen, dass ein Parteiwechsel nicht völlig ausgeschlossen werden konnte.⁴¹ Indirekt wird damit der alten Partei unterstellt, sie dürfe sich nach dem Parteiwechsel nicht über das Verhalten ihres ehemaligen Mitglieds beklagen und sein Mandat für sich reklamieren.⁴² Der Vorwurf, Vertreter der CVP hätten die Stimmberechtigten über den Inhalt der Gespräche informieren müssen,

Interessen aller, die mit ihren Steuergeldern die Durchführung von Wahlen ermöglichen.

⁴¹ Votum von Kantonsrat Karl Güntzel (Mitglied der Rechtspflegekommission) in der Sitzung vom 2. Juni 2008. Gemäss Barbara Keller-Inhelder («Fall Keller: ungekürzte Version», Linth-Zeitung vom 9. Mai 2008) informierte sie verschiedene Vertreter der CVP am 9. November 2008, zehn Tage nach dem «Übernahmeangebot» der SVP.

⁴² Kantonsrat Karl Güntzel (siehe Fn 41) unterstellte «CVP-Vertretern aus der Orts- und Kreispartei», sie könnten mit der Nomination von Barbara Keller-Inhelder gegen den Wählerwillen gehandelt haben. Barbara Keller-Inhelder behauptete («Fall Keller: ungekürzte Version», Linth-Zeitung vom 9. Mai 2008) «in der Parteileitung» sei sie gebeten worden, den Parteiwechsel «doch ja nicht vor den Wahlen zu machen». Eine ähnliche Aussage wiederholte sie gegenüber dem Tagesanzeiger: Antonio Cortesi, «SVP-Überläuferin muss um Parlamentsmandat zittern», Tages-Anzeiger vom 30. Mai 2008, S. 5. Obwohl sie sich sonst sehr detailliert äusserte, machte sie – soweit ersichtlich – keine Angaben dazu, wer diese Bitte aussprach. Kantonsrat Urs Roth (Mitglied des Wahlstabes der CVP-Linth, der an der Nominationsversammlung teilnahm) widersprach dem Vorwurf in der Sitzung vom 2. Juni 2008.

wäre merkwürdig. Da sich die Kantonsrätin ihrerseits, soweit ersichtlich, weder vor noch anlässlich der Nomination zum Thema Parteiwechsel äusserte, durften alle Beteiligten davon ausgehen, dass sich für sie die Frage erübrigt hatte. Immerhin lagen zwischen den Gesprächen (vom 9. November 2007) und der Nomination (vom 20. Dezember 2007) mehrere Wochen, in denen sie weder ihren Austritt aus der Partei erklärt noch erneut das Gespräch mit Verantwortlichen der Partei gesucht hatte. Auch die im Herbst über die Anfrage der SVP Informierten durften die neuerliche diskussionslose Kandidatur für die CVP als Tatbeweis sehen, dass die Kantonsrätin zum Schluss gekommen war, in der CVP zu bleiben.

3. Exkurs: Parteiwechsel wegen unvorhergesehener Ereignisse

[Rz 34] Anders präsentiert sich die Rechtslage, wenn eine Kandidatin oder ein Kandidat respektive eine Gewählte oder ein Gewählter die Partei verlässt, weil sich ihre oder seine Ansichten nicht mehr mit denen der Partei decken und dies für sie oder ihn nicht vorhersehbar war, zum Beispiel weil die Partei bezüglich einer für sie oder ihn wichtigen Frage einen Kurswechsel vornimmt oder weil sie ihre Meinung radikal ändert oder er ganz andere Prioritäten setzt (zum Beispiel als Folge eines persönlichen Schicksalsschlages oder wegen einer religiösen Neuorientierung) oder weil sie oder er sich mit prominenten Mitgliedern der Partei überwirft und deshalb keine Zukunft mehr für sich in der Partei sieht.

[Rz 35] Macht eine Politikerin oder ein Politiker glaubhaft, dass der Parteiwechsel solcherart motiviert ist, kann ihr oder ihm auch dann kein Vorwurf gemacht werden, wenn der Parteiwechsel kurz vor oder nach einer Wahl erfolgt. Gerade während des für die Kandidatinnen und Kandidaten ebenso wie für die Parteiverantwortlichen anstrengenden Wahlkampfes und insbesondere nach einem ungünstigen Wahlausgang liegen die Nerven vieler Beteiligter blank.

[Rz 36] Die Wählerinnen und Wähler haben deshalb keine Gewähr, dass es kurz vor und nach Wahlen nicht zu Parteiwechseln kommt. Sind die Gründe und der Zeitpunkt des Parteiwechsels für die Stimmberechtigten jedoch nachvollziehbar, bringen sie eher Verständnis auf für die Betroffenen als in dem vom Bundesgericht beurteilten Fall.

Dr.iur., Rechtsanwältin. Lehrbeauftragte an der Universität Zürich.

* * *