



Die Kassation von mangelhaften Volksabstimmungen auf Bundesebene – «vorläufige Massnahmen» als Alternative zu BGE 138 I 61

GORAN SEFEROVIC

Das Bundesgericht hat in BGE 138 I 61 festgehalten, dass durch die fehlerhaften Informationen des Bundesrates im Vorfeld der Abstimmung vom 24. Februar 2008 über das Unternehmenssteuerreformgesetz II die Abstimmungsfreiheit nach Art. 34 Abs. 2 BV verletzt worden ist. Gleichwohl hob das Bundesgericht die Abstimmung und damit das Gesetz nicht auf, da dieses schon seit längerer Zeit in Kraft getreten war und gestützt darauf erhebliche Dispositionen getätigt worden seien. Dabei stützte sich das Gericht auf die Rechtssicherheit, das Vertrauen in geltendes Recht, die Rechtsgleichheit und den Grundsatz von Treu und Glauben. Der folgende Beitrag würdigt diese Rechtsprechung kritisch und zeigt eine mögliche Alternative auf, wie das Bundesgericht der grossen Bedeutung der direktdemokratischen Rechte besser hätte Rechnung tragen können. Als Vorbild dient dabei BGE 113 Ia 46, in welchem das Bundesgericht das unter Verletzung der Abstimmungsfreiheit zustande gekommene Zürcher Steuergesetz zwar aufhob, aber gleichzeitig einstweilen in Kraft belies, bis eine erneute Volksabstimmung durchgeführt werden konnte.

Dans l'ATF 138 I 61, le Tribunal fédéral a estimé que la liberté de vote selon l'art. 34 al. 2 Cst. avait été violée en raison des informations lacunaires données par le Conseil fédéral avant la votation du 24 février 2008 sur la réforme de l'imposition des entreprises II. Néanmoins, le Tribunal fédéral a renoncé à annuler la votation et donc la loi, étant donné que celle-ci était en vigueur depuis un certain temps déjà et que des dispositions considérables avaient été prises sur cette base. Pour motiver sa décision, le Tribunal fédéral s'est appuyé sur la sécurité juridique, la confiance dans le droit en vigueur, l'égalité des droits et le principe de la bonne foi. Le présent article examine cette jurisprudence de manière critique et propose une alternative qui aurait permis au Tribunal fédéral de mieux tenir compte de la grande importance des droits démocratiques directs. L'ATF 113 Ia 46 sert à ce titre d'exemple : dans ce jugement, le Tribunal fédéral a certes annulé la loi fiscale Zurichaise qui avait été adoptée en violation de la liberté de vote tout en la laissant provisoirement en vigueur jusqu'à ce qu'une nouvelle votation populaire ait pu être organisée.

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Bisherige Praxis zur Kassation von Volksabstimmungen
- III. Argumentation des Bundesgerichts
 - A. Verletzung der Abstimmungsfreiheit
 - B. Argumentation gegen die Aufhebung der Abstimmung
 1. Rechtssicherheit, Vertrauen in geltendes Recht
 2. Rechtsgleichheit und Treu und Glauben
- IV. Ein Vorschlag
- V. Fazit und Würdigung

I. Ausgangslage

Am 23. März 2007 verabschiedete die Bundesversammlung das Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II)¹. Gegen dieses Gesetz wurde das Referendum ergriffen, worauf das Gesetz in der Volksabstimmung vom 24. Februar 2008 knapp mit 938'744 Ja gegen 918'990 Nein angenommen wurde². In den Ab-

stimmungsunterlagen zur Volksabstimmung über das Unternehmenssteuerreformgesetz II bezifferte der Bundesrat die zu erwartenden Steuerausfälle für den Bund auf gesamthaft rund 83 Millionen Franken und für die Kantone auf maximal 850 Millionen Franken, über den Zeitraum innert welchem diese Ausfälle anfallen würden, schweigt sich das Bundesbüchlein aus³. Anlässlich einer Fragestunde im Nationalrat sowie einer nachfolgenden Pressekonferenz im März 2011 schätzte der Bundesrat die Ausfälle dann aber auf gesamthaft vier bis sechs Milliarden Franken über eine Periode von zehn Jahren⁴.

Aufgrund dieser neuen Sachlage gelangten mehrere Personen mit einer Stimmrechtsbeschwerde ans Bundesgericht⁵. Auf Fragen der Zuständigkeit des Bundesgerichts und auf die Frage, ob Abstimmungsunterlagen überhaupt taugliche Anfechtungsobjekte sind, soll in diesem Beitrag nicht eingegangen werden, da diese Fragen

GORAN SEFEROVIC, Dr. iur., Rechtsanwalt, Oberassistent für Öffentliches Recht, Universität Zürich.

¹ BBl 2007 2321.

² BBl 2008 2781.

³ Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 24. Februar 2008, abrufbar unter http://www.bk.admin.ch/themen/pore/va/20080224/index.html?lang=de&download=M3wBPgDB_8u1l6Du36WenojQ1NTTjaXZnqWfVpzLhmfnapmmc7Zi6rZnqCkKIV1f3uDbKbXrZ6lhuDZz8mMps2gpKfo (zuletzt besucht am 8. März 2013).

⁴ AB 2011 N 610 ff.; vgl. auch BGE 138 I 61 E. 5.1.

⁵ Urteile des Bundesgerichts BGer 1C_182/2011, BGer 1C_176/2011 sowie BGer 1C_174/2011.

bereits ausführlich behandelt worden sind⁶. Nachdem das Gericht sich zuständig erklärt hatte, die Beschwerden zu beurteilen⁷, stellte es in seinen Erwägungen fest, dass die Abstimmungsfreiheit nach Art. 34 Abs. 2 BV durch die Abstimmungsinformationen des Bundesrates verletzt worden war. Dies insbesondere deshalb, weil der Bundesrat nicht erwähnt hatte, dass die zu erwartenden Steuerausfälle gar nicht geschätzt werden konnten⁸. Trotz dieser Feststellung – welche keine Feststellung im prozessualen Sinne war⁹ – hob das Bundesgericht die Abstimmung über das Unternehmenssteuerreformgesetz II nicht auf, weil diesem Vorgehen nach Ansicht des Bundesgerichts die Grundsätze der Rechtssicherheit, der Rechtsgleichheit und des Vertrauensschutzes entgegenstanden. So hätten zahlreiche Unternehmen bereits von den Möglichkeiten des betreffenden Gesetzes Gebrauch gemacht, die Rechtssicherheit gebiete «Beständigkeit von in Kraft stehendem Gesetzesrecht». Laut Bundesgericht widerspräche es Treu und Glauben «krass», falls die Dispositionen wegen einer nachträglich kassierten Gesetzesgrundlage dahinfallen würden. Mit der Rechtsgleichheit liesse es sich nicht vereinbaren, dass den bisher getroffenen Dispositionen unter dem Titel des Vertrauensschutzes Bestand zugesichert würde, neu angemeldete aber nicht mehr berücksichtigt würden¹⁰.

II. Bisherige Praxis zur Kassation von Volksabstimmungen

Die Praxis des Bundesgerichts zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit bezog sich bisher nur auf kantonale und kommunale Abstimmungen, da Abstimmungsbeschwerden in Bundessachen bis zur Justizreform durch den

Bundesrat beurteilt wurden¹¹. Eine Kompetenz, die der Bundesrat im Übrigen nur ungern abzugeben scheint¹². Das Bundesgericht hob kantonale oder kommunale Volksabstimmungen nach ständiger Praxis nur zurückhaltend auf¹³, wobei es seine Zurückhaltung bisher nicht ausdrücklich mit den Grundsätzen von Treu und Glauben, der Rechtssicherheit oder des Vertrauensschutzes gerechtfertigt hatte. Das Bundesgericht hebt kantonale und kommunale Volksabstimmungen nur bei schwerwiegenden Verletzungen der Abstimmungsfreiheit auf, wobei es zwischen Mängeln unterscheidet, die bezifferbare Folgen haben und solchen, deren Folgen nicht oder nicht genau bezifferbar sind¹⁴. In Fällen, bei denen die Auswirkungen ziffermässig feststellbar sind, beispielsweise wenn eine gewisse Zahl von Stimmzetteln nicht berücksichtigt wurden, hebt das Bundesgericht die Abstimmung auf, *wenn nicht ausgeschlossen werden kann*, dass der Mangel das Ergebnis der Abstimmung verändert hat¹⁵. Meist sind die Folgen des Mangels jedoch nicht bezifferbar, insbesondere der Einfluss von falschen Informationen der Behörden ist sehr schwierig oder überhaupt nicht festzustellen. In diesen Fällen hebt das Bundesgericht eine Wahl oder Abstimmung bereits auf, *wenn es möglich ist*, dass der Mangel das Abstimmungsergebnis beeinflusst haben kann, wobei der Mangel zusätzlich erheblich sein muss¹⁶. Gleichwohl verlangt das Bundesgericht nicht, dass der Beschwerdeführer nachweist, dass der Mangel das Ergebnis beeinflusst hat, es prüft diese

⁶ Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Eine verzwickte Angelegenheit: Die nachträgliche Überprüfung der Regularität einer eidgenössischen Volksabstimmung, in: ZBl 2012, 429 ff.; vgl. kritisch zur bisherigen Rechtslage auch: GEROLD STEINMANN, St. Galler Kommentar, N 19 zu Art. 34 BV, St. Gallen 2008; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. A., Bern 2008, 634.

⁷ Und damit eine Unsicherheit über den nachträglichen Rechtsschutz in eidgenössischen Stimmrechtsangelegenheiten beseitigen konnte, vgl. BGE 138 I 61 E. 3–4; ausführlich zur Abgrenzung der Kompetenzen von Bundesgericht und Bundesrat in dieser Sache: BIAGGINI (FN 6), 429 ff.

⁸ BGE 138 I 61 E. 8.6.

⁹ Vgl. BGE 138 I 61 E. 8.7.

¹⁰ Vgl. BGE 138 I 61 E. 8.7.

¹¹ Vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4216 sowie die in diesem Zusammenhang aufgehobenen Art. 81 f. BPR.; vgl. auch MÜLLER/SCHEFER (FN 6), 633.

¹² Vgl. BIAGGINI (FN 6), 430.

¹³ Vgl. MÜLLER/SCHEFER (FN 6), 636 mit Beispielen in Fn. 152.

¹⁴ Vgl. ausführlich zu dieser Unterscheidung MICHEL BESSON, Behördliche Information vor Volksabstimmungen, Diss. Bern 2003, 392 ff.; vgl. auch MÜLLER/SCHEFER (FN 6), 634 f.; HANS-RUDOLF ARTA, Die Rechtsfolgen unzulässiger behördlicher Einflussnahmen auf kantonale und kommunale Wahlen und Abstimmungen, in: AJP/PJA 1996, 281; CHRISTOPH HILLER, Die Stimmrechtsbeschwerde, Diss. Zürich 1990, 413 f.

¹⁵ BESSON (FN 14), 393.

¹⁶ Vgl. BESSON (FN 14), 394 f.; PIERRE TSCHANNEN, Stimmrecht und politische Verständigung: Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie, Basel/Frankfurt am Main 1995, Nr. 228; HILLER (FN 14), 415; STEPHAN WIDMER, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Diss. Zürich 1989, 49 f.; dazu auch ROBERT LEVI, Das Stimmverhältnis als Kriterium für den Entscheid über Stimmrechtsbeschwerden, in: Verfassungsrechtsprechung und Verwaltungsrechtsprechung, 1992, Sammlung von Beiträgen veröffentlicht von der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts, Zürich 1992, 85 f., der die Praxis des Bundesgerichts in dieser Frage seit 1911 umfassend darlegt.

Voraussetzung frei¹⁷. Abgesehen davon, dass ein strikter Beweis nicht zu führen ist¹⁸, würde auch bereits ein reduziertes Beweismass den Beschwerdeführern erhebliche Schwierigkeiten auferlegen und der Natur von Abstimmungsverfahren nicht entsprechen¹⁹. Lediglich besonders krasse Mängel führen nach der Praxis des Bundesgerichts unabhängig vom Ergebnis der Abstimmung dazu, dass das Bundesgericht die Abstimmung kassiert²⁰. Mit dieser Praxis will das Bundesgericht vor allem «das Vertrauen in den demokratischen Prozess» wieder herstellen²¹. In einem etwas neueren Fall blieb das Gericht dieser Praxis aber nicht ganz treu, indem es die verdeckte Finanzierung eines Abstimmungskomitees durch den Staatsrat des Kantons Neuenburg mit 10'000 Franken zwar als «crasse» bezeichnet, die Abstimmung aber trotz weiterer Unregelmässigkeiten nicht aufhob, weil der Stimmenunterschied sehr hoch war²². Findet das Bundesgericht bei kantonalen oder kommunalen Volksabstimmungen Mängel, die nicht besonders schwerwiegend sind, so stellt es zusätzlich «in einer gesamthaften Betrachtung namentlich auf die Schwere des festgestellten Mangels und dessen Bedeutung im Rahmen der ganzen Abstimmung sowie auf die Grösse des Stimmenunterschiedes» ab²³. Der Stimmenunterschied hat sich dabei als weitaus wichtigstes Kriterium etabliert²⁴. Bei untergeordneten Mängeln oder solchen, welche das Ergebnis der Abstimmung mutmasslich nicht verändert haben, weist das Bundesgericht die Stimmrechtsbeschwerden praxisgemäss ab²⁵.

¹⁷ Vgl. etwa BGE 119 Ia 271 E. 3b; BESSON (FN 14), 395; ARTA (FN 14), 280; TSCHANNEN (FN 16), Nr. 228; HILLER (FN 14), 416 f.; ALFRED KÖLZ, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1987, in: ZBJV 1989, 418 f. Das Bundesgericht hatte in BGE 105 Ia 155 die Anforderungen verschärft, unter welchen es eine Abstimmung aufhebt, vgl. die Kritik an diesem Umstand bei LEVI (FN 16), 93 f. m.w.H.

¹⁸ BGE 46 I 126 (135 f.); so auch TSCHANNEN (FN 16), Nr. 228. Der bei TSCHANNEN zusätzlich angeführte BGE 117 Ia 456 E. 3b stellt lediglich fest, dass der Beweis nicht geführt werden muss und nicht, ob er überhaupt geführt werden kann.

¹⁹ Vgl. ARTA (FN 14), 282 f.; VITO PICENONI, Die Kassation von Volksabstimmungen in Bund, Kantonen und Gemeinden, Diss. Zürich 1945, 77.

²⁰ Vgl. YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, Nr. 2694; MÜLLER/SCHEFER (FN 6), 635; BESSON (FN 14), 396 f.; ARTA (FN 14), 283.

²¹ TSCHANNEN (FN 16), Nr. 229 m.w.H.; vgl. auch BESSON (FN 14), 396.

²² BGE 132 I 104 E. 6; kritisch dazu MÜLLER/SCHEFER (FN 6), 635 f. BGE 138 I 61 E. 4.7.2 m.w.H.; vgl. auch BESSON (FN 14), 399 f.; ARTA (FN 14), 283; HILLER (FN 14), 417.

²⁴ ARTA (FN 14), 283; HILLER (FN 14), 417; WIDMER (FN 16), 51.

²⁵ Vgl. HANGARTNER/KLEY (FN 20), Nr. 2693 f.; STEINMANN (FN 6), N 21 zu Art. 34 BV; MÜLLER/SCHEFER (FN 6), 634 ff.

III. Argumentation des Bundesgerichts

A. Verletzung der Abstimmungsfreiheit

Der Fall ist in seiner Eindeutigkeit wohl singulär: Die Abstimmungsinformationen zu einer wichtigen Steuerreformvorlage enthielten gravierende Fehlinformationen. Die erwarteten Steuerausfälle wurden – bei aller prognostischen Unsicherheit – um den Faktor vier bis sechs übertroffen. Statt maximal 933 Millionen für Bund und Kantone, resultiert nun ein geschätzter Steuerausfall von vier bis sechs Milliarden Franken allein über die nächsten zehn Jahre²⁶. Dieser Umstand hätte aber laut Bundesgericht alleine nicht zwingend die Abstimmungsfreiheit verletzt, da Prognosen, auch wenn sie daneben liegen, zulässig sind, sofern sie «sorgfältig und mit dem Bemühen um Objektivität erstellt worden» sind²⁷. Für das Bundesgericht war zentral, dass in den amtlichen Verlautbarungen nicht erklärt wurde, dass insbesondere die Ausfälle aufgrund des Kapitaleinlageprinzips gar nicht zuverlässig geschätzt werden konnten. Das Bundesgericht kam deswegen zum Schluss, dass den Stimmbürgerinnen und Stimmbürger essentielle Elemente für ihre Willensbildung fehlten²⁸. Zu dieser gravierenden Fehlinformation kam der Umstand, dass die Abstimmung äusserst knapp ausging. Der Stimmenunterschied betrug weniger als 20'000 Stimmen, was lediglich rund 1,06% der Stimmen ausmachte. Das Bundesgericht kam daher gestützt auf seine Praxis zu kantonalen und kommunalen Volksabstimmungen nicht umhin anzunehmen, dass sich der schwere Mangel auch tatsächlich auf das Ergebnis der Abstimmung ausgewirkt haben konnte²⁹.

B. Argumentation gegen die Aufhebung der Abstimmung

Das Bundesgericht hob bisher äusserst selten kantonale oder kommunale Volksabstimmungen auf³⁰, obwohl das Gericht relativ häufig Unregelmässigkeiten feststellte³¹.

²⁶ In der Botschaft des Bundesrates werden teilweise leicht unterschiedliche Zahlen angegeben, im Hinblick auf die Willensbildung der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger ist jedoch in erster Linie auf die Erläuterungen des Bundesrates im Bundesbüchlein abzustellen, vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II) vom 22. Juni 2005, BBl 2005 4852 ff.

²⁷ BGE 138 I 61 E. 8.4.

²⁸ BGE 138 I 61 E. 8.6.

²⁹ BGE 138 I 61 E. 8.6.

³⁰ Vgl. die Übersicht bei BESSON (FN 14), 400 Fn. 74.

³¹ Vgl. die Übersicht bei BESSON (FN 14), 401 Fn. 75.

Im vorliegenden Fall hätte das Bundesgericht aber wohl keine andere Wahl gehabt, als die Abstimmung aufzuheben, falls es sich um eine kantonale Abstimmung gehandelt hätte. Das Bundesgericht wich nun aber von dieser Praxis ab, wobei die Argumente dazu genauer zu untersuchen sind.

1. Rechtssicherheit, Vertrauen in geltendes Recht

Das Argument, wonach eine unter Verletzung der Abstimmungsfreiheit zustande gekommene Volksabstimmung aus Gründen der Rechtssicherheit nicht aufgehoben werden soll, ist nicht ganz neu, stammt aber aus zweifelhafter Quelle. Der Berner Regierungsrat argumentierte auf diese Weise, um die von ihm verdeckt manipulierte Volksabstimmung über die Zugehörigkeit des Laufentals vor der Ungültigerklärung zu retten. Gegen die Aufhebung spreche, «dass der politische Alltag im Laufental als Amtsbezirk des Kantons Bern inzwischen wieder eingetreten sei, die Mitwirkungsrechte durch den Bezirksrat genutzt würden und ein erneutes Abstimmungsverfahren die Bevölkerung der Talschaft tief spalten würde³²». Das Bundesgericht hatte damals kein Gehör für diese abwegige Argumentation, welche das Verhalten der Berner Regierung im Nachhinein faktisch geschützt hätte. Laut Bundesgericht ging es dabei darum, einen «unrechtmässigen Zustand zu beheben», weshalb dem Argument des Berner Regierungsrates nicht gefolgt werden könne³³.

Überhaupt erscheint die paternalistische Fürsorge gegenüber den Stimmberechtigten seltsam. So sollen Abstimmungsergebnisse «nicht ohne Not» aufgehoben werden, da sonst das Vertrauen der Stimmberechtigten in das demokratische Verfahren strapaziert werde³⁴. Für HILLER stellt es gar eine «Strapazierung des Stimmbürgers» dar, wenn eine Wahl oder Abstimmung wiederholt werden muss, und dies könne das Vertrauen des Bürgers in die Demokratie schwächen³⁵. Es scheint, als dürfe den Stimmbürgerinnen und Stimmbürger nicht zugemutet werden zu erkennen, dass die Abstimmungsentscheidung hätte anders ausgehen können. Auch das Bundesgericht stimmt im vorliegenden Fall gewissermassen in diesen Chor ein, indem es festhält: «Der Grundsatz der Rechtssicherheit gebietet im Sinne von Art. 5 BV Beständigkeit von in Kraft stehendem Gesetzesrecht»³⁶. Es ist auffällig, dass

das Bundesgericht nicht weiter zwischen den Absätzen von Art. 5 BV differenziert. Die vom Bundesgericht angeführten Urteile³⁷, die seine Argumentation stützen sollen, erwähnen nämlich lediglich das Handeln nach Treu und Glauben im Sinne von Art. 5 Abs. 3 BV und nicht die Rechtssicherheit. Beide angeführten Entscheide befassen sich mit der Frage, ob sich die Rechtsunterworfenen darauf verlassen dürfen, dass geltendes Recht auch weiter gilt³⁸. Beide Entscheide kommen dabei zum Schluss: «Der Vertrauensgrundsatz kann einer Rechtsänderung insbesondere entgegenstehen, wenn diese gegen das Rückwirkungsverbot verstösst, in wohlerworbene Rechte eingreift oder schützenswerte Erwartungen der Bürger missachtet. Es kann daher nach den konkreten Umständen verfassungsrechtlich geboten sein, entsprechende Übergangsregelungen zu schaffen³⁹.» Einen grundsätzlichen Anspruch auf Beständigkeit von geltendem Recht hat das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Lehre bisher nie anerkannt⁴⁰. Es stimmt nachdenklich, dass das Bundesgericht Vertrauen in Fortgeltung des bisherigen Rechts gerade in einem Fall anerkennen will, bei welchem das Gesetz unter Verletzung der Abstimmungsfreiheit und damit in einem mangelhaften Verfahren zustande gekommen ist. Dem Bundesgericht ist aber zumindest zugute zu halten, dass der Fall hier speziell liegt, weil es nicht der Gesetzgeber selber wäre, welcher geltendes, wenn auch mangelhaft zustande gekommenes Recht aufheben würde. Dem Vertrauensschutz – sofern es Vertrauensschutz in der Rechtssetzung denn überhaupt geben soll⁴¹ – stünde somit nicht direkt das Demokratieprinzip entgegen, nach welchem der Gesetzgeber befugt ist, das geltende Recht unter Beachtung des Verfahrens jederzeit abzuändern⁴². Dem Vertrauensschutz steht vorliegend das (formelle) Legalitätsprinzip entgegen, da es sich beim Unternehmens-

³² BGE 114 Ia 427 E. 8b.

³³ BGE 114 Ia 427 E. 8b.

³⁴ BESSON (FN 14), 401 m.w.H.; differenzierter MÜLLER/SCHEFER (FN 6), 636.

³⁵ HILLER (FN 14), 413.

³⁶ BGE 138 I 61 E. 8.6.

³⁷ Es sind dies BGE 130 I 26 und Urteil des BGer vom 21. April 2008, 1C_168/2008.

³⁸ Vgl. zu dieser Frage ANDREAS KLEY/GORAN SEFEROVIC, Die Bedeutung von negativen Volksentscheiden, in Andrea Good/Bettina Platipodis, Direkte Demokratie: Herausforderungen zwischen Politik und Recht, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, 191 f. m.w.H.

³⁹ BGE 130 I 26 E. 8.1; BGer vom 24. April 2008, 1C_168/2008 E. 4.

⁴⁰ Urteil des Bundesgerichts vom 3. April 1996, 2P. 276/1995 E. 3a, ZBI 1997 S. 67. Vgl. auch KLEY/SEFEROVIC (FN 38), 191 f. m.w.H.; THOMAS GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht: Unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2005, 155 f.

⁴¹ Objekt des Vertrauensschutzes sind immer die auf den Rechtssatz erfolgten Rechtsanwendungsakte und nicht der Rechtssatz selber, vgl. ausführlich zur Bindung des Gesetzgebers an Treu und Glauben: GÄCHTER (FN 40), 154 ff.

⁴² Vgl. KLEY/SEFEROVIC (FN 38), 191 f. m.w.H.

steuerreformgesetz II um ein Bundesgesetz im formellen Sinn handelt, bei welchem das fakultative Referendum notwendigen Bestandteil des Erlassverfahrens bildet. Das Demokratieprinzip bildet im Falle von Gesetzen im formellen Sinn aber die notwendige Grundlage des Legalitätsprinzips⁴³. Beide Verfassungsprinzipien – das Legalitätsprinzip und mittelbar das Demokratieprinzip – stehen somit dem geltend gemachten Vertrauensschutz in die Rechtsetzung entgegen. Es erstaunt, dass das Urteil, nicht einmal den Versuch wagt, die widerstreitenden Verfassungsprinzipien in Einklang zu bringen, geschweige denn, diese überhaupt zu erwähnen.

2. Rechtsgleichheit und Treu und Glauben

Das Bundesgericht führte gegen die Aufhebung der Abstimmung aber auch noch das Argument der Rechtsgleichheit und den Grundsatz von Treu und Glauben ins Feld. Es scheint fast, als wollte das Bundesgericht aufzeigen, dass es die Volksabstimmung nicht aufheben könne, ohne rechtlich oder tatsächlich inakzeptable Folgen auszulösen. Selbstverständlich würde es «den Grundsätzen von Treu und Glauben nach Art. 9 BV krass widersprechen», wenn alle gestützt auf das Unternehmenssteuerreformgesetz getätigten Dispositionen nachträglich dahinfallen würden⁴⁴. Es wäre praktisch nur unter erheblichen Schwierigkeiten denkbar, das Unternehmenssteuerreformgesetz II *ex tunc* aufzuheben⁴⁵. Das Bundesgericht schliesst jedoch auch aus, das Gesetz *ex nunc* aufzuheben, was gegenüber kantonalen und kommunalen Abstimmungen die Regel darstellt. Das Bundesgericht stellte die Überlegungen an, dass dies «[u]nter Aspekten Rechtsgleichheit [...] kaum denkbar» wäre, weil den bisherigen Dispositionen Bestand zugesichert würde und den nachträglichen nicht mehr⁴⁶. Dieses Argument überzeugt nicht, da dies bei allen nachträglich aufgehobenen Bestimmungen der Fall ist und sonst bedeutsame Rechtsnormen nachträglich nie aufgehoben werden könnten, wenn sie sich als rechtswidrig herausstellen sollten. Das Argument liesse sich gegen jede inzidente Normenkontrolle anführen.

⁴³ Für die Bedeutung der Wahl- und Abstimmungsfreiheit für das Legalitätsprinzip: HANGARTNER/KLEY (FN 20), Nr. 323; für die historische Begründung dieses Konzepts in Verbindung mit Rousseaus *volonté générale* etwa CHRISTIAN STARCK, Grundrechte, Rechtsstaat und Demokratieprinzip als Grundlagen des Verwaltungsverfahrens, in: Ulrich Beyerlin [Hrsg.], Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für Rudolf Berhardt, Berlin u.a. 1995, 601 f.

⁴⁴ BGE 138 I 61 E. 8.7; dies fordert soweit ersichtlich auch einzig PICENONI (FN 19), 213 ff.

⁴⁵ So im Allgemeinen auch HILLER (FN 14), 410 m.w.H.

⁴⁶ BGE 138 I 61 E. 8.7.

IV. Ein Vorschlag

Das Urteil vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen⁴⁷. Gleichwohl muss berücksichtigt werden, dass das Bundesgericht, wenn es die Volksabstimmung und damit das Unternehmenssteuerreformgesetz II aufgehoben hätte, erhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen hätte. Selbst wenn das Gesetz lediglich *ex nunc* aufgehoben worden wäre, hätte dies zu Ungleichbehandlungen geführt. In dieser Situation hätte dem Bundesgericht womöglich ein Blick auf BGE 113 Ia 46 einen weiteren möglichen Weg aufgezeigt.

Im Jahre 1986 stellte der Kanton Zürich zwei Volksinitiativen sowie einen Gegenvorschlag zur Revision des zürcherischen Steuergesetzes gleichzeitig zur Volksabstimmung. Die Abstimmungsfrage lautete: «Wollen Sie folgende Vorlagen annehmen?»

A. Volksinitiative für eine gerechte Besteuerung von Familien und Alleinstehenden.

B. Volksinitiative für die Ausschaltung von Steuverschärfungen infolge Teuerung (Ausgleich der kalten Progression).

C. Gegenvorschlag des Kantonsrates: Gesetz über die direkten Steuern (Steuergesetz) (Änderung)⁴⁸.

Der Landesring der Unabhängigen und weitere Stimmberechtigte reichten gegen diesen Beschluss des Zürcher Regierungsrates staatsrechtliche Beschwerde ein, weil der Beschluss in ihren Augen die Einheit der Materie und das Initiativrecht verletzt. Mit prozessleitendem Gesuch beehrten die Beschwerdeführer aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde und wollten damit die Verschiebung der Abstimmung erreichen. Das Bundesgericht lehnte dieses Gesuch ab, worauf die Abstimmung noch vor dem Entscheid in der Hauptsache durchgeführt wurde. In der Volksabstimmung wurden alle drei Vorlagen angenommen, wobei das Stimmvolk den Gegenvorschlag des Kantonsrates am deutlichsten annahm⁴⁹. Nach damals geltendem Abstimmungsverfahren im Kanton Zürich wurde über alle Vorlagen gleichzeitig abgestimmt und diejenige Vorlage galt als angenommen, welche die höchste Zustimmung erhielt⁵⁰. Eine Stichfrage existierte noch nicht, weshalb ALFRED KÖLZ das Zürcher System von damals

⁴⁷ A.M. PIERRE TSCHANNEN, in: Walter Kälin et al., Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2011 und 2012, ZBJV 2012, 735: «Gleichwohl [obwohl das Gesetz nicht aufgehoben worden ist]: ein mutiges, rundum erfreuliches Urteil!».

⁴⁸ BGE 113 Ia 46 Sachverhalt lit. A.

⁴⁹ Vgl. BGE 113 Ia 46 Sachverhalt lit. C.

⁵⁰ Vgl. zur damaligen gesetzlichen Grundlage BGE 113 Ia 46 E. 2a.

als ein «etwas archaisches Abstimmungsverfahren» bezeichnete⁵¹. Das Abstimmungsverfahren an sich war jedoch nicht der Grund, weshalb das Bundesgericht im Hauptsacheverfahren zum Schluss kam, dass die Abstimmungsfreiheit verletzt worden war. Für das Bundesgericht hatten die beiden gegenübergestellten Initiativen keinen sachlichen Zusammenhang, da sie sich nicht gegenseitig ausschlossen, nicht «im Verhältnis der Alternativität» standen und auch nicht «ein «Mehr» oder «Weniger» zu derselben Frage» darstellen⁵². Das Abstimmungsergebnis konnte nach Ansicht des Bundesgerichts den freien Willen der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger somit nicht unverfälscht zum Ausdruck bringen. Damit wurde nicht nur die Abstimmungsfreiheit verletzt, sondern ausserdem das von Bundesrechts wegen garantierte Initiativrecht⁵³. Das Bundesgericht beurteilte diese Mängel als schwer und erachtete es als durchaus möglich, dass die Abstimmung ohne den Mangel anders ausgegangen wäre⁵⁴.

Vor grössere Schwierigkeiten stellte das Bundesgericht jedoch die Frage, welche Rechtsfolgen diese Verletzungen haben sollten. Im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde war das Bundesgericht grundsätzlich nur befugt, die kantonale Abstimmung zu kassieren⁵⁵, was das Bundesgericht vorliegend auch tat⁵⁶. Dabei erblickte das Bundesgericht aber verschiedene Probleme. So sei der Gegenvorschlag zum Zeitpunkt des Urteils bereits in Kraft getreten, weshalb für die laufende Steuerperiode neue Formulare hätten verschickt werden müssen und die Veranlagungen mit Verspätung nach altem Recht hätten vorgenommen werden müssen. Ausserdem hatte das Bundesgericht das bisher geltende Zürcher Steuerrecht in einem früheren Entscheid bereits für verfassungswidrig erklärt und die Stimmberechtigten hätten sich klar dafür ausgesprochen, die Steuergesetzgebung zu revidieren. Das Bundesgericht übte ausserdem Selbstkritik, indem es eingestand, dass die Volksabstimmung nur deshalb stattfinden konnte, weil das Bundesgericht sich geweigert habe, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen⁵⁷. Das Bundesgericht kassierte zwar die Zürcher

Volksabstimmung, versah diesen Entscheid aber gleichzeitig mit «vorläufigen Massnahmen». So entschied das Bundesgericht, dass die materiellen Auswirkungen des Urteils erst auf einen späteren Zeitpunkt in Kraft treten sollten. Der Gegenvorschlag des Kantonsrates konnte damit einstweilen in Kraft bleiben, wobei das Gericht die zürcherischen Behörden anwies, «[a]ngesichts des aussergewöhnlichen Vorgehens» unverzüglich eine neue Volksabstimmung anzusetzen. Je nachdem wie diese Abstimmung ausgehen sollte, erklärte sich das Bundesgericht gar bereit, den Gegenvorschlag noch bis Ende 1990 in Kraft zu lassen, da es sich bei einer der fraglichen Initiativen um eine nicht ausformulierte Initiative handelte, welche durch den kantonalen Gesetzgeber zu konkretisieren gewesen wäre⁵⁸.

Diese Rechtsprechung des Bundesgericht inspirierte wohl auch das basellandschaftliche Verfassungsgericht, als es im Jahre 1994 zwar eine Gemeinderatswahl kassierte, die mangelhaft Gewählten aber vorläufig im Amt belies, um zu verhindern, dass die Gemeinde handlungsunfähig geworden wäre⁵⁹. Interessant scheint in dieser Hinsicht auch das Urteil des Bundesgerichts zum degressiven Steuertarif in Obwalden aus dem Jahre 2007⁶⁰. In diesem Urteil hat es das Bundesgericht ausdrücklich abgelehnt, das bereits in Kraft getretene, bundesverfassungswidrige Recht einstweilen in Kraft zu lassen. Es kam bei der Begründung auf den Zürcher Entscheid zum Steuergesetz zurück und rechtfertigte diesen mit dem Umstand, dass im Kanton Zürich sonst das frühere, bundesverfassungswidrige Steuergesetz wieder in Kraft getreten wäre. An die Adresse der Obwaldner Behörden richtete sich das Bundesgericht mit dem lapidaren Hinweis, sie hätten «mit der Möglichkeit einer Gutheissung der staatsrechtlichen Beschwerde rechnen und [...] sich frühzeitig auf diesen Eventualfall einstellen» können⁶¹. Gegenüber kantonalen Gesetzgebern scheint das Bundesgericht nicht die gleiche Zurückhaltung zu üben wie gegenüber Bundesrat und Bundesversammlung.

ALFRED KÖLZ unterstützte das Urteil des Bundesgerichts anlässlich der Zürcher Abstimmung, bezeichnete das Vorgehen aber als «reichlich kühn». Diese Beurteilung bezog sich jedoch auf den Umstand, dass das Gericht die «vorläufige Massnahme» ohne gesetzliche Grundlage

⁵¹ KÖLZ (FN 17), 419.

⁵² BGE 113 Ia 46 E. 6b.

⁵³ BGE 113 Ia 46 E. 6c.

⁵⁴ BGE 113 Ia 46 E. 7a.

⁵⁵ Vgl. im Allgemeinen etwa schon ZACCARIA GIACOMETTI, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts (Die staatsrechtliche Beschwerde), Zürich 1933, 245 ff.; sowie insbesondere im Zusammenhang mit der Aufhebung von Volksabstimmungen: PICONI (FN 19), 226; HILLER (FN 14), 403; kritisch zur damaligen Rechtslage: KÖLZ (FN 17), 419.

⁵⁶ Vgl. BGE 113 Ia 46 E. 7a.

⁵⁷ Vgl. BGE 113 Ia 46 E. 7b.

⁵⁸ Vgl. BGE 113 Ia 46 E. 7b.

⁵⁹ Urteil des basellandschaftlichen Verfassungsgerichts vom 8. Juni 1994, BLVGE 1994, 28; vgl. auch HANGARTNER/KLEY (FN 20), Nr. 2695.

⁶⁰ BGE 133 I 206.

⁶¹ BGE 133 I 206 E. 13.2.

erlassen hatte, da die staatsrechtliche Beschwerde rein kassatorischer Natur war⁶². Die Rechtslage ist heute eine andere. Die Einheitsbeschwerde ist grundsätzlich ein reformatorisches Rechtsmittel, wobei das Bundesgericht nach Art. 107 Abs. 2 BGG auch kassatorisch entscheiden kann⁶³. Begleitende Anweisungen sollten als milderes Mittel gegenüber einem reformatorischen Entscheid umso mehr zulässig sein, als das Gericht im Hinblick auf die Gewaltenteilung nicht selbst eine Abstimmung ansetzen sollte⁶⁴. Der Fall der Revision des Zürcher Steuergesetzes unterscheidet sich von demjenigen des Unternehmenssteuerreformgesetzes II, da es sich bei letzterem um ein Bundesgesetz handelt, die finanzielle Bedeutung mutmasslich weit grösser ist und vor allem, weil das Gesetz schon länger in Kraft stand, bis das Bundesgericht die Abstimmung zu beurteilen hatte. Gleichwohl wäre das vom Bundesgericht damals gewählte Vorgehen auch in diesem Fall möglich gewesen. So hätte das Bundesgericht das Unternehmenssteuerreformgesetz II einstweilen in Kraft lassen können, bis in einer neu angesetzten Volksabstimmung erneut darüber beschlossen worden wäre. Hätte das Stimmvolk die Vorlage im zweiten Durchgang abgelehnt, so hätte das Gesetz zu diesem Zeitpunkt ausser Kraft gesetzt werden müssen und dessen Wirkungen ex nunc verloren. Sowohl der Rechtssicherheit als auch der Rechtsgleichheit wäre mit diesem Vorgehen genüge getan worden, da die Rechtsänderung faktisch mit einer angemessenen Übergangsfrist versehen worden wäre, da bis zur erneuten Abstimmung mit Sicherheit mehrere Monate vergangen wären.

V. Fazit und Würdigung

Volksentscheide werden in der Schweiz mitunter in die Nähe von Gottesurteilen gestellt⁶⁵. Im Volksentscheid über das Unternehmenssteuerreformgesetz II ist das tatsächlich der Fall, doch wohl nicht so, wie der Verfasser dieser Einschätzung sich das gedacht hatte. Hinter den Gottesurteilen stand nämlich die Vorstellung, dass das

Gerechte regelmässig die Oberhand gewinnt, selbst wenn die Fakten dagegen sprechen⁶⁶. In diesem Sinne wird dem Volksentscheid ähnlich einem Gottesurteil wundersame Kraft zugesprochen⁶⁷, die ihn dem rechtlichen und politischen Rahmen enthebt⁶⁸. Das Urteil des Bundesgerichts über die Volksabstimmung zum Unternehmenssteuerreformgesetz II zeigt nun aber, dass Wunder unberechenbar sind. Die wundersame Wirkung des Volksentscheids entfaltet sich nach dem Urteil des Bundesgerichts dahingehend, dass die Abstimmung nicht aufgehoben werden kann, obwohl die Stimmberechtigten ihren Willen nicht frei bilden konnten. Das Bundesgericht zitierte dazu seine Rechtsprechung in Stimmrechtsbeschwerden gegen kantonale Abstimmungen: «Wegen der Bedeutung der Beständigkeit direktdemokratisch getroffener Entscheidungen [...] soll nicht leichthin auf ein abgeschlossenes Abstimmungsverfahren [...] zurückgekommen werden können⁶⁹.» Für Volksabstimmungen in Bundessachen müsste diese Rechtsprechung dahingehend konkretisiert werden, dass auf das Abstimmungsverfahren selbst bei gravierenden Mängeln und ausserordentlich bedeutsamen Vorlagen gar nicht zurückgekommen werden kann, falls das zur Abstimmung gestandene Gesetz bereits in Kraft getreten ist.

Die Abstimmungsfreiheit soll zwar die effektive direktdemokratische Mitwirkung des Stimmbürgers in Sachfragen sicherstellen⁷⁰. Das Bundesgericht hat dabei aber eine Balance zu finden zwischen der Abstimmungsfreiheit einerseits und der Gefahr, zum Mittel der Politik zu werden, indem unterliegende Fraktionen ihre Ziele gerichtlich durchzusetzen versuchen⁷¹. In seinem Urteil zur Volksabstimmung über die Unternehmenssteuerreformgesetz II scheint sich das Bundesgericht insbesondere gegen Letzteres gewehrt zu haben. Die Lehre hat das Urteil soweit ersichtlich grundsätzlich positiv aufgenommen,

⁶² Siehe bereits FN 55.

⁶³ Vgl. ULRICH MEYER/JOHANNA DORMANN, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, N 14 zu Art. 107 BGG, 2. A., Basel 2011.

⁶⁴ Vgl. ARTA (FN 14), 280; mit etwas abweichender Begründung HILLER (FN 14), 404, 425; zur allgemeinen Zulässigkeit von Anweisungen nach neuem Recht auch NICOLAS VON WERDT, Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), N 13 zu Art. 107 BGG, Bern 2007.

⁶⁵ Vgl. SILVANO MÖCKLI, Direkte Demokratie, Bern/Stuttgart/Wien 1994, 354.

⁶⁶ Vgl. PETER DINZELBACHER, Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess, Essen 2006, 91.

⁶⁷ Zum Zusammenhang zwischen Gottesurteil und Wunder: DINZELBACHER (FN 66), 93 ff.

⁶⁸ Vgl. auch WOLF LINDER, Schweizerische Demokratie, Bern/Stuttgart/Wien 1999, 277; zu «wundersamen» Wirkungen anderer Rechtsinstitute auch ANDREAS KLEY/GORAN SEFEROVIC, Die Polizeigeneralklausel als notrechtliches Instrument gegen die Finanzkrise, in: Daniel Kübler/Philip Koch (Hrsg.), Finanzkrise und Demokratie: Herausforderungen für Politik, Recht und Bildung, Zürich/Basel/Genf 2011, 46.

⁶⁹ BGE 138 I 61 E. 4.5, kritisch zu dieser Praxis im Allgemeinen MÜLLER/SCHEFER (FN 6), 636.

⁷⁰ Vgl. etwa MÜLLER/SCHEFER (FN 6), 611.

⁷¹ Vgl. etwa das dahingehend interpretierbare Votum von Nationalrätin Margrit Kiener Nellen, AB 2011 N 607 f.; vgl. auch HANGARTNER/KLEY (FN 20), Nr. 2707.

weil das Bundesgericht sich für zuständig erklärt hat, einerseits Abstimmungsinformationen des Bundesrates auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen und andererseits Volksabstimmungen auch nachträglich überprüfen zu können⁷². Das Bundesgericht hat damit eine Lücke im Rechtsschutz auf Bundesebene geschlossen, was zu begrüssen ist. Bei aller Zustimmung zu diesem Entscheid wird aber nicht berücksichtigt, dass das Bundesgericht die Abstimmungsfreiheit gleichzeitig in anderer Hinsicht empfindlich beschränkt hat. Selbst wenn die Abstimmungsfreiheit durch gravierende Mängel verletzt wird und eine Volksabstimmung äusserst knapp ausgegangen ist, hebt das Bundesgericht eine Abstimmung auf Bundesebene nachträglich nicht auf, wenn die Rechtssicherheit, die Rechtsgleichheit und der Grundsatz von Treu und Glauben verlangen, dass an der mangelhaften Norm festgehalten werden muss. Auch unter dieser Praxis stellt zwar die direkte Demokratie in der Schweiz immer noch den «Identifikationsfaktor par excellence⁷³» dar, doch tut sie dies eher als wundersames Gottesurteil denn als modernes und zukunftsträchtiges Routineverfahren der Gesetzgebung.

⁷² Vgl. schon TSCHANNEN in FN 47; BIAGGINI (FN 6), 431 ff.

⁷³ So etwa BERNHARD EHRENZELLER, in: NZZ vom 20./21. März 1999.