

Andreas Glaser / Arthur Brunner

Der Einsatz strafrechtlich verbotener Mittel bei Abstimmungen aus verfassungsrechtlicher Perspektive

Die Autoren sind — anders als Denise Buser in Jusletter vom 18. Mai 2015 — der Meinung, dass die nachträgliche strafrechtliche Sanktionierung privater Interventionen in Abstimmungskämpfen für sich alleine kein hinreichender Grund ist, eine Abstimmung aufzuheben. Entscheidend sind vielmehr die tatsächlichen Auswirkungen solcher Interventionen auf die freie Meinungsbildung der Stimmberechtigten. Sofern diese Wirkungen schon vor einer Abstimmung erkennbar sind, ist innerhalb der Fristen von Art. 77 Abs. 2 BPR Beschwerde zu erheben. Eine andere Praxis wäre mit zentralen verfassungsrechtlichen Grundsätzen unvereinbar.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Politische Rechte; Meinungs- und Meinungsäusserungsfreiheit; Strafrecht

Zitiervorschlag: Andreas Glaser / Arthur Brunner, Der Einsatz strafrechtlich verbotener Mittel bei Abstimmungen aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Jusletter 8. Juni 2015

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Verfassungsrechtliche Sicherstellung einer freien und unverfälschten Willensbildung
- III. Strafrechtliche Verurteilung als Indiz für die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit privater Interventionen in Abstimmungskämpfen?
- IV. Strafrechtliche Verurteilung als unechtes Novum?
- V. Weitergehende Überlegungen
- VI. Schluss

I. Einleitung

[Rz 1] DENISE BUSER hat in Jusletter vom 18. Mai 2015 mit Blick auf die Grenzen der Einflussnahme Privater in Abstimmungskampagnen die These aufgestellt, dass die «strafrechtliche Qualifikation von Propagandamitteln» klarer Gradmesser für die Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Einwirkung im Abstimmungskampf sei.¹ Die strafrechtliche Qualifikation in Abstimmungskämpfen eingesetzter Propagandamittel sei deshalb bei der Prüfung der Frage, ob ein Abstimmungsergebnis aufgehoben werden muss, miteinzubeziehen.² Weil aber die strafrechtliche Qualifikation von in Kampagnen getätigten Aussagen oftmals erst nach einer Abstimmung feststehe, können nach BUSERS Auffassung die 3-tägigen Beschwerdefristen gemäss Art. 77 Abs. 2 BPR³ nicht zur Anwendung gelangen. Mit der gerichtlichen Feststellung der strafrechtlichen Relevanz in Kampagnen getätigter Aussagen bestehe in solchen Fällen gestützt auf Art. 29 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 29a BV⁴ ein Recht auf nachträglichen Rechtsschutz.

[Rz 2] Die Äusserungen BUSERS stehen offensichtlich in engem Zusammenhang mit einer derzeit hängigen Abstimmungsbeschwerde gegen das Ergebnis der am 9. Februar 2014 angenommenen eidgenössischen Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung». Die Beschwerdeführer haben beim Zürcher Regierungsrat und beim Bundesgericht Abstimmungsbeschwerde eingelegt, nachdem bekannt geworden war, dass das Regionalgericht Bern-Mittelland auf eine Anklage wegen eines vor dieser Abstimmung publizierten Inserats mit der Aufschrift «Kosovaren schlitzen Schweizer auf!» eingetreten war.⁵ Ausserdem haben die Beschwerdeführer ein Wiedererwägungsgesuch beim Bundesrat eingereicht. Das Regionalgericht Bern-Mittelland hat den Generalsekretär der Schweizerischen Volkspartei (SVP) und dessen Stellvertreterin wegen Verletzung des Rassendiskriminierungsverbots (Art. 261^{bis} StGB⁶) mittlerweile zu bedingten Geldstrafen verurteilt.⁷

[Rz 3] Vor diesem Hintergrund ist der verfassungsrechtliche Schutz eines freien und umfassenden Meinungsbildungsprozesses aufzugreifen — einerseits aus der (grundrechtlich geschützten) Perspektive des Individuums, andererseits aus der Perspektive funktionierender Institutionen (II.). Dieser verfassungsrechtliche Schutz des demokratischen Prozesses ist von der straf- und zivilrechtlichen Ahndung privater Handlungen in Abstimmungskämpfen zu trennen. Wie zu zeigen

¹ DENISE BUSER, Gibt es Grenzen der Einflussnahme Privater in Abstimmungskampagnen?, in: Jusletter 18. Mai 2015.

² BUSER (Fn. 1), Rz. 50.

³ Bundesgesetz über die politischen Rechte; SR 161.1.

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; SR 101.

⁵ Vgl. Interview mit den Beschwerdeführern TOMAS POLEDNA und DAVID GIBOR in der NZZ Nr. 31 vom 7. Februar 2015, S. 17: «Wieviel Stimmungsmache ist erlaubt?».

⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch, SR 311.0.

⁷ Vgl. NZZ Nr. 109 vom 2. Mai 2015, S. 12: «SVP bezeichnet Berner Urteil als politisch».

ist, dient die straf- und zivilrechtliche Sanktionierung bestimmter Handlungen in Abstimmungskampagnen nur akzessorisch dem Schutz eines funktionierenden demokratischen Prozesses (III.). Insofern ist die Frage, ob die nachträglich bekannt gewordene Strafbarkeit von Handlungen in Abstimmungskampagnen in verfassungsrechtlicher Hinsicht die Unzulässigkeit solcher Interventionen indiziert, differenziert zu beurteilen (IV.). Abgerundet wird der Beitrag durch weitergehende Überlegungen zur Trennung dieser beiden Fragen (V.) und einer Schlussbetrachtung (VI.).

II. Verfassungsrechtliche Sicherstellung einer freien und unverfälschten Willensbildung

[Rz 4] Die Legitimität direktdemokratischer Abstimmungen resultiert nach einem deliberativen Demokratieverständnis zur Hauptsache aus der Fairness ihres Zustandekommens. Diese Fairness ergibt sich insbesondere aus der Möglichkeit der verschiedenen politischen Akteure (Einzelpersonen, Interessengruppierungen, Verbände und Gewerkschaften, politische Parteien),⁸ ihre Argumente im politischen Diskurs gleichberechtigt einzubringen.⁹ Entscheidend für den demokratischen Prozess und die Legitimität direktdemokratischer Entscheidungen ist die «Offenheit der Auseinandersetzung»¹⁰. Kein Kriterium für die Legitimität direktdemokratischer Entscheide ist hingegen ihre sachliche Richtigkeit, weil sowohl der obsiegende Mehrheitswille als auch die Haltung der unterliegenden Minderheit auf ihre Weise rational nachvollziehbar sind.¹¹ Dies bedeutet allerdings nicht, dass durch ein richtiges Verfahren jeder Inhalt legitimiert werden kann.¹²

[Rz 5] In Anknüpfung an dieses Demokratieverständnis zielt die schweizerische Verfassungsordnung darauf ab, die Legitimität direktdemokratischer Entscheidungen durch die Gewährleistung eines freien Willensbildungsprozesses und einer unverfälschten Stimmabgabe (Art. 34 Abs. 2 BV) sicherzustellen. Die Abstimmungsfreiheit garantiert den Stimmberechtigten den Anspruch, «dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Es soll garantiert werden, dass jeder Stimmberechtigte seinen Entscheid gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen und entsprechend mit seiner Stimme zum Ausdruck bringen kann»¹³. Art. 34 Abs. 2 BV sichert den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern damit nicht nur ein individuelles Teilnahmerecht an der politischen Willensbildung, sondern gewährleistet auch das Funktionieren der demokratischen Institutionen, in welchen die Stimmbürgerschaft tragendes Staatsorgan ist.¹⁴

⁸ Vgl. die Übersicht bei BUSER (Fn. 1), Rz. 17.

⁹ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. I, L'Etat, 3. Aufl., Bern 2013, Rz. 939.

¹⁰ BGE 135 I 292 E. 2 S. 294.

¹¹ ANDREAS AUER, *Das Bild des Stimmbürgers in der Rechtsprechung des Bundesgerichts*, in: Ziegler/Wälti (Hrsg.), *Wahl-Probleme der Demokratie*, Zürich 2012, 19–37, 24.

¹² Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar*, Zürich 2007, Art. 34 Rz. 4. In diesem Sinne bildet das zwingende Völkerrecht (Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV) eine inhaltliche Schranke für Verfassungsrevisionen auf Bundesebene.

¹³ BGE 136 I 352 E. 2 S. 355.

¹⁴ EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN, *Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte*, Zürich/Basel/Genf 2012, Kap. 10 Rz. 4; GEROLD STEINMANN, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 34 Rz. 5 f.

[Rz 6] Ein freier und umfassender Prozess der Meinungsbildung im Sinne von Art. 34 Abs. 2 BV ist nur möglich, wenn Argumente frei geäussert und zur Kenntnis genommen werden können. Direkte Demokratie bedingt mithin die Existenz einer intakten Kommunikationskultur, die ihrerseits vor allem durch die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV), die Medienfreiheit (Art. 17 BV) sowie die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV) abgesichert wird.¹⁵ Diese Kommunikationsgrundrechte sind «für die Ausübung der demokratischen Rechte unverzichtbar»¹⁶. Dabei ist essentiell, dass sich neben Einzelpersonen auch organisierte Gruppierungen am Meinungsbildungsprozess beteiligen. Entsprechend geniessen Parteien, Abstimmungskomitees und andere private Personengruppen den Schutz der Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 2 BV).¹⁷

[Rz 7] Dabei darf in Abstimmungskämpfen von privater Seite grundsätzlich fast alles gesagt und über jegliche denkbaren Kanäle verbreitet werden.¹⁸ Polemisierende Botschaften und überzeichnende Abstimmungskampagnen sind nicht nur erlaubt, im Gegenteil: «Übertreibungen, einseitige Darstellungen oder Halbwahrheiten» sind Teil der politischen Auseinandersetzung¹⁹ und dienen auch dem Zweck, «die Stimmberechtigten in einem Land mit weltweit einmalig häufigen Stimmgängen immer wieder zur Stimmabgabe zu motivieren»²⁰. Das Bundesgericht sieht einseitigen und polemischen Äusserungen von politischen Parteien, anderen privaten Vereinigungen oder Privatpersonen auch deshalb gelassen entgegen, weil «der mündige Stimmbürger um die Parteilichkeit der Parteien weiss»²¹. Ausgehend vom Idealbild vernünftiger Stimmbürgerinnen und Stimmbürger hält das Bundesgericht an anderer Stelle fest, dass diese in der Lage sind, «zwischen den verschiedenen gegensätzlichen Auffassungen zu unterscheiden, unter den Meinungen auszuwählen, Übertreibungen als solche zu erkennen und vernunftgemäss zu entscheiden»²².

[Rz 8] Wenn Private im Vorfeld von Abstimmungen mit unzulässigen Mitteln intervenieren (bspw. durch unwahre und irreführende Aussagen), kann die freie Meinungsbildung in Extremfällen freilich beeinträchtigt sein.²³ Art. 34 Abs. 2 BV setzt damit zwar eine grundsätzlich freie Kommunikationskultur voraus, bildet aber auch eine Grenze für private Einflussnahme. So «stehen private Äusserungen unter dem Schutz der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit und führen [nur] ausnahmsweise, bei einer schwerwiegenden Irreführung der Stimmbürger über zentrale Abstimmungsinhalte, zu einer Interventionspflicht der Behörden [] oder einer Aufhebung der Abstimmung»²⁴.

[Rz 9] Liegt eine unzulässige Einflussnahme von privater Seite vor, sind die Behörden verpflichtet, Massnahmen zur Wiederherstellung der Waffengleichheit im Meinungsbildungsprozess zu tref-

¹⁵ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II, *Les droits fondamentaux*, 3. Aufl., Bern 2013, Rz. 530; JÖRG PAUL MÜLLER, *Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten*, in: Thürrer/Aubert/Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, §39 Rz. 15 f.

¹⁶ MARTINA CARONI, *Geld und Politik: die Finanzierung politischer Kampagnen im Spannungsfeld von Verfassung, Demokratie und politischem Willen*, Bern 2009, 154; vgl. auch ANDREAS GLASER, *Direktdemokratisch legitimierte Grundrechtseinschränkungen*, AJP 1/2014, 60—76, 60 f.

¹⁷ BGE 119 Ia 271 E. 3c S. 274.

¹⁸ REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, *Grundrechte*, 2. Aufl., Bern 2013, 298.

¹⁹ ANDREAS KLEY/RETO FELLER, *Schranken der politischen Werbung seitens Privater*, *Medialex* 2002, 125—132, 125.

²⁰ BUSER (Fn. 1), Rz. 49.

²¹ BGE 137 II 177 E. 2.2, insoweit nicht publiziert.

²² BGE 98 Ia 73 E. 3b S. 80.

²³ BGE 135 I 292 E. 4.1 S. 295. Ausserdem STEINMANN (Fn. 14), Art. 34 Rz. 24.

²⁴ BGE 140 I 338 E. 5.3 S. 343. Siehe auch BÉNÉDICTE TORNAY, *La démocratie directe saisie par le juge*, Zürich/Genf 2008, 276 f.

fen, sofern dies noch möglich ist.²⁵ Als letztes Mittel hebt das Bundesgericht einen Urnengang oder eine Abstimmung auf.²⁶ Eine Aufhebung setzt indes voraus, dass «die gerügten Unregelmässigkeiten erheblich sind und das Ergebnis beeinflusst haben könnten»²⁷. Einen solchen Fall nimmt das Bundesgericht etwa an, wenn «mittels privater Publikation in einem so späten Zeitpunkt mit offensichtlich unwahren und irreführenden Angaben in den Abstimmungskampf eingegriffen wird, dass es dem Bürger nach den Umständen unmöglich ist, sich aus andern Quellen ein zuverlässiges Bild von den tatsächlichen Verhältnissen zu machen»²⁸. Unzulässige Einwirkungen sind freilich nicht nur mit falscher Propaganda, sondern auch durch Bestechung, Fälschung, Stimmenfang und ähnliche Handlungen möglich.²⁹

III. Strafrechtliche Verurteilung als Indiz für die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit privater Interventionen in Abstimmungskämpfen?

[Rz 10] Im Sinne indirekter Drittwirkung der Abstimmungsfreiheit ist der Staat verpflichtet, unzulässige private Einwirkungen auf Abstimmungen zu unterbinden.³⁰ Der Gesetzgeber ist seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 34 Abs. 2 BV nachgekommen, indem er Straftatbestände geschaffen hat, die unmittelbar dem Schutz einer freien politischen Meinungsbildung und unverfälschten Stimmabgabe im Sinne von Art. 34 Abs. 2 BV dienen. Von diesen Straftatbeständen zu unterscheiden sind jene zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen, die dem Schutz anderer Rechtsgüter dienen, mittelbar aber die Einhaltung eines gewissen Niveaus in Abstimmungskämpfen sicherstellen. Eine indirekte Drittwirkung aus Art. 34 Abs. 2 BV besteht nur bezüglich der ersten Kategorie von Straftatbeständen.

[Rz 11] Der ersten Kategorie von Straftatbeständen zuzurechnen sind insbesondere die Vorschriften des StGB unter dem 14. Titel («Vergehen gegen den Volkswillen»), welche die Beteiligung der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger an der demokratischen Willensbildung vor gewaltsamer Einwirkung, Drohung, Bestechung, Fälschung und Indiskretion schützen.³¹

- Art. 279 StGB: Störung und Hinderung von Wahlen und Abstimmungen
- Art. 280 StGB: Eingriffe in das Stimm- und Wahlrecht
- Art. 281 StGB: Wahlbestechung
- Art. 282 StGB: Wahlfälschung
- Art. 282^{bis} StGB: Stimmenfang
- Art. 283 StGB: Verletzung des Abstimmungs- und Wahlheimnisses

[Rz 12] Geschütztes Rechtsgut bei all diesen Straftatbeständen ist die eigenverantwortliche Aus-

²⁵ ANDREAS KLEY-STRULLER, Beeinträchtigungen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit durch Dritte (einschliesslich öffentliche Unternehmungen), AJP 1/1996, 286—292, 287.

²⁶ REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012, Rz. 1732.

²⁷ BGE 135 I 292 E. 4.4 S. 301.

²⁸ BGE 119 Ia 271 E. 3c S. 274.

²⁹ Dem ehemaligen Nationalrat RICARDO LUMENGO war z.B. zu Unrecht vorgeworfen worden, er habe vor den Grossratswahlen im Kanton Bern 2006 Wahlfälschung und Stimmenfang betrieben. Das Bundesgericht sprach LUMENGO in BGE 138 IV 70 frei und hielt fest, dass sich nicht der Wahlfälschung schuldig macht, wer nur Wahl- oder Stimmzettel für Dritte ausfüllt, aber nichts unternimmt, um sie an die Behörde weiterzuleiten.

³⁰ ANDREAS KLEY-STRULLER (Fn. 25), 286 f.

³¹ STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich 2008, Vorbemerkungen zum Vierzehnten Titel Rz. 1.

übung der von Art. 34 Abs. 2 BV umfassten Willensbildung und Stimmabgabe.³² Selbst die gerichtliche Feststellung der Erfüllung eines dieser Straftatbestände bedeutet jedoch nicht, dass eine Abstimmung automatisch aufzuheben und zu wiederholen wäre. Vielmehr muss die strafrechtlich sanktionierte Intervention sich auf das Resultat der Abstimmung ausgewirkt haben oder eine Beeinträchtigung muss zumindest als sehr wahrscheinlich angenommen werden.³³ Es geht mit anderen Worten um die *tatsächlich verzerrende Wirkung* der Intervention auf das Abstimmungsresultat und nicht um ihre strafrechtliche Beurteilung.

[Rz 13] Das Strafgesetzbuch enthält weitere Deliktstatbestände, die nicht den Schutz der Abstimmungsfreiheit bezwecken, mittelbar aber eine angemessene Diskussionskultur in Abstimmungskämpfen sicherstellen. Hierzu gehören u.a.:

- Art. 173 StGB: Üble Nachrede³⁴
- Art. 174 StGB: Verleumdung³⁵
- Art. 177 StGB: Beschimpfung
- Art. 261^{bis} StGB: Rassendiskriminierung³⁶.

[Rz 14] Die durch den Tatbestand der Rassendiskriminierung geschützten Rechtsgüter sind die Menschenwürde als individuelles Rechtsgut des Einzelnen und mittelbar der öffentliche Friede.³⁷ Die Wahrung der Abstimmungsfreiheit gehört somit nicht zum Kreis der Schutzgüter. Der Sicherstellung eines angemessenen Verhaltens auch in Abstimmungskämpfen dient schliesslich mittelbar der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz (insbesondere Art. 28 ZGB).³⁸

[Rz 15] Ob eine zivil- oder strafrechtlich unerlaubte Handlung im Vorfeld einer Abstimmung eine unzulässige Einwirkung auf die Willensbildung und Stimmabgabe der Stimmberechtigten darstellt, ergibt sich nicht aus ihrer Rechtswidrigkeit nach einem dieser Artikel.³⁹ Entscheidend ist vielmehr, ob die Intervention es den Stimmberechtigten verunmöglicht hat, sich eine «zuverlässige und sachgerechte Meinung zu bilden»⁴⁰. Dass die Strafbarkeit einer bestimmten Handlung aus Sicht von Art. 34 Abs. 2 BV kein Massstab für die Unzulässigkeit der Einflussnahme auf einen Abstimmungskampf sein kann, ergibt sich auch daraus, dass umgekehrt eine massenwirk-

³² TRECHSEL (Fn. 31), Vorbemerkungen zum Vierzehnten Titel Rz. 1.

³³ BGE 135 I 292 E. 4.1 S. 297.

³⁴ Vgl. für einen solchen Fall BGE 137 IV 313, in welchem das Bundesgericht die Verurteilung des ehemaligen Chefredaktors der Wochenzeitung «Le Confédéré» wegen übler Nachrede bestätigte. Im Vorfeld der Nationalratswahl 2007 war im «Confédéré» eine Fotomontage erschienen, die einen Kandidaten nicht nur optisch in die Nähe Adolf Hitlers rückte.

³⁵ Vgl. für einen solchen Fall das Urteil des Bundesgerichts 6B_126/2013 vom 28. Mai 2013, in welchem das Bundesgericht die Beschwerde eines Nationalratskandidaten gegen eine Einstellungsverfügung der Anklagekammer St. Gallen abwies. Der Beschuldigte war in den Medien zitiert worden, der betreffende Nationalratskandidat habe ihm gedroht, ihn umzubringen.

³⁶ Hier einzuordnen ist die bereits in der Einleitung (I.) angesprochene Verurteilung des SVP-Generalsekretärs und seiner Stellvertreterin wegen des Inserats «Kosovaren schlitzten Schweizer auf», das im Vorfeld der Abstimmung zur Masseneinwanderungsinitiative auftauchte.

³⁷ GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 3. Aufl., Bern 2013, Art. 261^{bis} Rz. 1.

³⁸ Vgl. für einen solchen Fall z.B. das Urteil des Bundesgerichts 5A_553/2012 vom 14. April 2014, in dem das Bundesgericht feststellte, dass die nackte Darstellung von DANIEL VASELLA auf einem Propagandaplakat für die 1:12-Initiative dessen Persönlichkeitsrecht nicht verletzte.

³⁹ Vgl. LUKAS SCHAUB, Die Finanzierung von Wahl- und Abstimmungskämpfen, Zürich/St. Gallen 2012, 157, Fn. 835, der zu Recht ausführt, dass die sich aus dem Persönlichkeitsschutz ergebende Wahrheitsbindung Privater lediglich als Reflexwirkung des auch in der politischen Auseinandersetzung geltenden Persönlichkeitsschutzes und nicht als Folge einer mittelbaren Drittwirkung von Art. 34 Abs. 2 BV zu betrachten ist.

⁴⁰ BGE 138 I 61 E. 8.6 S. 94.

sam bewusst geäußerte falsche Tatsachenbehauptung betreffend einer Sachfrage nicht strafbar ist, selbst wenn sie sich auf ein Abstimmungsergebnis entscheidend auswirkt.

[Rz 16] Das Bundesgericht stellt dementsprechend nicht auf die Rechtmässigkeit oder gar die Strafbarkeit der seinerzeitigen Handlungen ab, sondern auf die Wirkung der jeweiligen (fehlenden) Informationen auf die Stimmberechtigten im Zeitpunkt vor der Abstimmung und die *unmittelbar daraus resultierende* Unzulässigkeit.⁴¹ Das von der Abstimmungsfreiheit geschützte Rechtsgut ist in der Regel nicht identisch mit dem Rechtsgut, das durch die sich als strafbar herausstellende Handlung beeinträchtigt wird.⁴²

[Rz 17] Aus diesem Grund wird für die Annahme einer Verletzung der Abstimmungsfreiheit durch private Propaganda unter anderem vorausgesetzt, dass die fragliche Propaganda eine objektiv feststellbare Tatsache falsch darstellt.⁴³ Die Beeinflussung der Stimmberechtigten muss durch «unwahre und irreführende Angaben» stattgefunden haben.⁴⁴ Die Äusserung von Werturteilen oder wahren Tatsachen kann keine Verletzung der Abstimmungsfreiheit begründen, unabhängig davon, ob sie beispielsweise als Beschimpfung (Art. 177 StGB) oder als Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB) strafbar ist.

IV. Strafrechtliche Verurteilung als unechtes Novum?

[Rz 18] Die strafrechtliche Verurteilung wegen einer Handlung im Vorfeld einer Volksabstimmung wird aus zeitlichen Gründen in aller Regel erst nach dem Abstimmungstermin erfolgen. Die am dritten Tag nach Veröffentlichung der Abstimmungsergebnisse im kantonalen Amtsblatt endgültig abgelaufene Frist zur Erhebung einer Beschwerde (Art. 77 Abs. 2 BPR) dürfte daher in dieser Konstellation stets verstrichen und die Einlegung von Rechtsmitteln im Zusammenhang mit der Abstimmung damit grundsätzlich ausgeschlossen sein. Das Bundesgericht lässt eine Wiedererwägung oder Revision gestützt auf die Verfahrensgrundrechte aus Art. 29 Abs. 1 und Art. 29a BV ausnahmsweise zu, wenn eine potenzielle Verletzung der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) mit Tatsachen und Beweismitteln in Bezug auf Fakten geltend gemacht wird, «die zur Zeit der Abstimmung bereits vorhanden, aber noch unbekannt waren bzw. unbeachtet bleiben konnten (sog. unechte Noven)»⁴⁵. Irrelevant sind demgegenüber Tatsachen, die sich erst nach Erwirkung des Abstimmungsergebnisses ergeben haben (sog. echte Noven).

[Rz 19] BUSER meint, eine lange nach dem Abstimmungstermin erfolgende strafrechtliche Verurteilung für eine im Abstimmungskampf vorgenommene Handlung stelle einen Wiedererwägungsgrund dar.⁴⁶ Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Verletzung der Abstimmungsfreiheit in sachlicher Hinsicht ist jedoch, wie aufgezeigt, das Verhalten im Abstimmungskampf als solches, also beispielsweise die Verwendung eines Plakats, die Verbreitung eines Inserats oder die Manipulation von Stimmzetteln. Irrelevant ist demgegenüber die deswegen allenfalls verhängte

⁴¹ Vgl. BGE 138 I 61 E. 8.6 S. 92 ff.; BGE 114 Ia 427 E. 6b S. 444 f.; BGE 113 Ia 146 E. 3d S. 154.

⁴² ETIENNE GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, 3. Aufl., Bern 2004, Rz. 141.

⁴³ YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich 2000, Rz. 2671.

⁴⁴ BGE 135 I 292 E. 4.1 S. 297.

⁴⁵ BGE 138 I 61 E. 4.5 S. 76.

⁴⁶ BUSER (Fn. 1), Rz. 29.

strafrechtliche Sanktion. Massgeblich ist — mit Bezug auf Propaganda im Vorfeld von Abstimmungen — der Inhalt einer Aussage, eines Plakats oder eines Inserats. Die Sichtweise BUSERs erkennt, dass es sich hierbei gerade nicht um ein Faktum handelt, das zur Zeit der Abstimmung noch unbekannt gewesen wäre respektive unbeachtet hätte bleiben können.

[Rz 20] Bei der strafrechtlichen Verurteilung handelt es sich demgegenüber um eine Tatsache, die sich in der Regel erst nach Erwirkung des Abstimmungsergebnisses ergibt und somit stets unberücksichtigt bleiben muss. Entgegen BUSER⁴⁷ ist die nachträgliche strafrechtliche Verurteilung nicht mit einer unzulässigen Beeinflussung der Abstimmungskampagne gleichzusetzen. Umgekehrt ist es für die Annahme einer unzulässigen Beeinflussung von privater Seite nicht erforderlich, dass das Verhalten strafbar oder anderweitig rechtswidrig ist.⁴⁸

V. Weitergehende Überlegungen

[Rz 21] Verdeutlichen lässt sich die Richtigkeit des hier vertretenden Ansatzes mit der Überlegung, dass das im Abstimmungskampf getätigte fragliche Verhalten von einem Mitglied der Bundesversammlung ausgeht, das Immunität genießt (Art. 162 Abs. 2 BV). Wäre die strafrechtliche Verurteilung das relevante Faktum, das der bereits vorhandenen Tatsache anhaftet, hinge die Beantwortung der Frage der Verletzung der Abstimmungsfreiheit nicht von der Art der Beeinflussung der Stimmberechtigten ab, sondern von der Zustimmung der zuständigen parlamentarischen Kommissionen zur Aufhebung der Immunität des betreffenden Ratsmitgliedes (Art. 17 Abs. 1 Satz 1 ParlG⁴⁹).

[Rz 22] Darüber hinaus hinge das verfassungsrechtlich überaus bedeutsame Interesse an der Beständigkeit direktdemokratisch getroffener Entscheidungen⁵⁰ letztlich davon ab, ob — unter Umständen erst viele Jahre nach der Abstimmung — eine rechtskräftige Verurteilung erfolgt oder nicht.⁵¹ Das Strafverfahren würde wie ein Damoklesschwert über der Volksabstimmung schweben. Die drastischen Folgen einer solchen Annahme lassen sich dadurch veranschaulichen, dass eine rechtskräftige Verurteilung regelmässig erst in dritter Instanz durch das Urteil des Bundesgerichts eintritt und sich daran eine Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) anschliessen kann, die im Erfolgsfall einen Revisionsgrund für den Entscheid des Bundesgerichts darstellt (Art. 122 BGG⁵²). Zur endgültigen Entscheidung über die Abstimmungsbeschwerde müsste demnach im Extremfall abgewartet werden, bis das Bundesgericht über die auf den Entscheid des EGMR folgende Revision entschieden hat.

[Rz 23] Ob im derzeit diskutierten Fall des Inserats «Kosovaren schlitzen Schweizer auf» eine Verletzung der Abstimmungsfreiheit vorlag, wäre demnach allein anhand dieses Inserats zu beurteilen gewesen. Die dreitägige Frist für die Geltendmachung von Unregelmässigkeiten war jedoch schon während des Abstimmungskampfes ungenutzt verstrichen. Sie endete jedenfalls drei Tage nach der Publikation der Ergebnisse. Wäre fristgerecht schon während des Abstimmungskamp-

⁴⁷ BUSER (Fn. 1), Rz. 32—35.

⁴⁸ GRISEL (Fn. 42), Rz. 140.

⁴⁹ Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz; SR 171.10).

⁵⁰ BGE 138 I 61 E. 4.5 S. 76.

⁵¹ Dafür aber BUSER (Fn. 1), Rz. 36.

⁵² Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110).

fes Beschwerde erhoben worden, wäre die adäquate Reaktion im Fall der Bejahung unzulässiger Propaganda eine Gegendarstellung durch den Bundesrat gewesen. Dieser wäre von den ansonsten geltenden Restriktionen entbunden gewesen.⁵³ Anders als BUSER annimmt,⁵⁴ muss sich die Richtigstellung der Behörde auf den Inhalt einer privaten Äusserung beziehen und nicht auf deren strafrechtliche Qualifikation. Alles andere würde auch die Zuordnung der Aufgaben im Rahmen der Gewaltenteilung verkennen. Weder steht es einem Gericht zu, anstelle der Exekutive in den Abstimmungskampf einzugreifen, noch darf die Exekutive die strafrechtliche Verurteilung durch ein Gericht kommentieren.

[Rz 24] Im Übrigen erscheint es als sehr zweifelhaft, mit Blick auf den konkreten Fall in der Verbreitung des fraglichen Inserats eine schwerwiegende Irreführung zu erblicken. Die hierfür gelieferte Begründung der «Bewirtschaftung von Ängsten» beziehungsweise das Legen eines «emotionalen Teppichs»⁵⁵ wird der Fiktion der mündigen Stimmberechtigten nicht gerecht, zumal die Gegenseite, die durch den Bundesrat sowie zahlreiche Parteien und Verbände vertreten wurde, im Laufe des Abstimmungskampfes ausreichend Gelegenheit hatte, die Argumentation zu entkräften.

[Rz 25] Schliesslich ist es, selbst wenn man die Prämisse einer Verletzung der Abstimmungsfreiheit im Ausgangspunkt teilen würde, nur schwer vorstellbar, dass die Verwendung eines einzelnen Inserats geeignet sein soll, den Ausgang der Abstimmung mit hinreichend hoher Wahrscheinlichkeit zu beeinflussen.⁵⁶ Hierzu bedürfte es einer genauen Auseinandersetzung mit dem Aussagegehalt des Inserats und der hierdurch im konkreten Fall erzeugten Informationslage bei den Stimmberechtigten, insbesondere im Hinblick auf deren verlässliche Meinungsbildung.⁵⁷ Zumindest müssten eindeutige empirische Belege angeführt werden, die es nahelegen würden, dass eine relevante Zahl von Stimmberechtigten der Initiative nur aufgrund des Inserats zugestimmt hätte.

VI. Schluss

[Rz 26] Die Beurteilung privater Äusserungen in einem Abstimmungskampf unter dem Blickwinkel der Abstimmungsfreiheit ist strikt von deren strafrechtlicher Einordnung zu trennen. Der Rechtsschutz in Stimmrechtsangelegenheiten ist, wie sich für die Bundesebene aus den im BPR vorgesehenen überaus kurzen Fristen ergibt, auf die Behebung von Unregelmässigkeiten vor der Abstimmung angelegt.⁵⁸ Das Abstimmungsergebnis soll möglichst unangetastet bleiben und es soll schnell Klarheit über die Endgültigkeit des Resultats bestehen. Im Ausnahmefall bewusster Unterdrückung relevanter Informationen durch die Behörden hat das Bundesgericht eine Wiedererwägung oder Revision mehrere Jahre nach der Volksabstimmung zugelassen.

[Rz 27] Hierbei muss es sich mit Blick auf die überragende Bedeutung der Verlässlichkeit direktdemokratischer Entscheidungen um eine seltene Konstellation handeln. Anknüpfungspunkt

⁵³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_472/2010 vom 20. Januar 2011 E. 4.3. Zu den Restriktionen, die in Abstimmungskämpfen für die Behörden gelten vgl. ANDREA TÖNDURY, Intervention oder Teilnahme? Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Kommunikation im Vorfeld von Volksabstimmungen, ZBl 112/2011, 341 ff.

⁵⁴ BUSER (Fn. 1), Rz. 42.

⁵⁵ BUSER (Fn. 1), Rz. 39.

⁵⁶ So aber BUSER (Fn. 1), Rz. 44.

⁵⁷ Exemplarisch für eine solche konkrete Beurteilung anhand aller Umstände BGE 138 I 61 E. 8.6 S. 92 ff.

⁵⁸ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 26), Rz. 1722.

für die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit privater Propagandaaktionen können einzig falsche Tatsachenbehauptungen sein. Richtige Tatsachenbehauptungen oder Werturteile, die sich später als strafbar erweisen, können niemals eine Wiedererwägung begründen. Die für die unverfälschte Willensbildung der Stimmberechtigten so wichtige Diskussion vor der Abstimmung würde schweren Belastungen und grosser Rechtsunsicherheit ausgesetzt, wenn die Akteure befürchten müssten, aufgrund einer Äusserung die Aufhebung einer Volksabstimmung zu riskieren. Nicht zu vernachlässigen wäre auch das Missbrauchspotenzial, wenn Einzelpersonen durch ihr Verhalten Anlass für die Aufhebung einer Volksabstimmung geben könnten.

[Rz 28] In einer Rechtsordnung, in der seit langer Zeit auf allen staatlichen Ebenen direkt-demokratische Entscheidungsverfahren vorgesehen sind, wäre es unverhältnismässig, wenn das Ergebnis einer Volksabstimmung unter Verweis auf das strafbare Verhalten einzelner Akteure angezweifelt werden könnte. Erweist sich eine private Intervention während des Abstimmungskampfes als unhaltbar, haben andere Privatpersonen die Möglichkeit, unverzüglich Beschwerde zu erheben, und vor allem die Behörden haben weitreichende Befugnisse, hierauf zu reagieren. Den aus der Abstimmungsfreiheit fliessenden Schutzpflichten wird dadurch Genüge getan, dass bestimmte Vergehen gegen den Volkswillen in Art. 279—283 StGB unter Strafe stehen.⁵⁹ Sollte die Verwendung aggressiv gestalteter Plakate oder Inserate als unerwünscht angesehen werden, müsste überlegt werden, ob diese im StGB unter Strafe gestellt oder durch die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage im BPR verboten werden sollten. Es ist jedoch sehr fraglich, ob solche Regelungen im Einklang mit der Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 1, Abs. 2 BV) stünden. Ausserdem würde ein nicht zu unterschätzender «chilling effect» zulasten eines offenen und transparenten Austausches aller Argumente erzeugt. Einzelne Entgleisungen und Geschmacklosigkeiten, selbst wenn sie sich im Nachhinein als strafbar herausstellen, sollten nicht als Anlass dienen, die demokratische Diskussionskultur insgesamt einzuengen.

PROF. DR. IUR. ANDREAS GLASER ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht unter besonderer Berücksichtigung von Demokratiefragen an der Universität Zürich und Direktionsmitglied am Zentrum für Demokratie Aarau.

ARTHUR BRUNNER, MLaw, ist Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Andreas Glaser und promoviert im Forschungsbereich des Lehrstuhls.

⁵⁹ Vgl. HANGARTNER/KLEY (Fn. 43), Rz. 2665.