

Volksdiskussion zur Verfassungsreform - Stellungnahmen

Nachführung - Pflichten und Spielräume

Der Nachführungsauftrag nach dem Bundesbeschluss über die Totalrevision der Bundesverfassung vom 3. Juni 1987 stellt keine einfache Aufgabe. Das "Verfassungsrecht nachführen, es verständlich darstellen, systematisch ordnen sowie Dichte und Sprache vereinheitlichen", kann sowohl als Auftrag verstanden werden, den Geist unserer Grundordnung zeitgemäss in neuer Form festzuhalten, wie es auch als Aufgabe verstanden werden kann, eine 150-jährige Geschichte und die von ihr geprägte juristische Lehre und Praxis in der Verfassungsurkunde zu kodifizieren.

Der Entwurf 1995 widerspiegelt sehr stark das streng juristische Verständnis des Auftrages. Obgleich sich die Verfasser und der Bundesrat bewusst sind, dass jede Änderung am Wortlaut einer Rechtsnorm für die künftig möglichen Anwendungsfälle zu einem andern Auslegungsergebnis führen kann, versuchen sie, die bisherige Verfassungsauslegung möglichst umfassend auch in die reformierte Verfassung überzuführen. Die Feststellung, es würden "wichtige begriffliche und inhaltliche Traditionsanschlüsse" hergestellt (Erläuterungen zum Verfassungsentwurf S. 12), bestärkt diesen Willen: Die Nachführung will es der Rechtswissenschaft recht machen und nimmt lieber in Kauf, es mit dem Volk zu verderben, dem diese Spitzfindigkeiten nicht zugänglich sind.

Die Verfassungsgeber von 1874 haben versucht, schon nach der relativen kurzen Dauer von 26 Jahren zeitgemässe Formulierungen für Bestimmungen zu bringen, die sie nur "nachführen" und ohne materielle Änderung oder Kompetenzverschiebung in die Totalrevision übernehmen wollten. So lautete beispielsweise Artikel 38 Absätze 2 und 3 BV 1848:

²Die Münzprägung durch die Kantone hört auf und geht einzig vom Bunde aus.

³*Es ist Sache der Bundesgesetzgebung, den Münzfuss festzusetzen, die vorhandenen Münzsorten zu tarifieren und die näheren Bestimmungen zu treffen, nach welchen die Kantone verpflichtet sind, von den von ihnen geprägten Münzen einschmelzen oder umprägen zu lassen."*

Die BV 1874 formuliert dasselbe wie folgt:

²*Die Münzprägung geht einzig vom Bunde aus.*

³*Es bestimmt den Münzfuss und erlässt allfällige Vorschriften über die Tarifierung fremder Münzsorten.*

Artikel 79 Absatz 1 des Vorentwurfs, der in dieser Sache ebenfalls auf der "Traditionsanschluss" verzichtet, lautet:

¹*Das Geld- und Währungswesen ist Sache des Bundes. Das Recht zur Ausgabe von Münzen und Banknoten steht ausschliesslich dem Bund zu.*

Wie schade, dass dieser Mut die Artikel 3, 62, 99 nicht miterfasst hat !

Beispielsweise würde der Nachführungsauftrag nicht verletzt, wenn Artikel 99 VE nur lauten würde:

Die Gesetzgebung über die Fortpflanzungsmedizin und die Gentechnologie ist Bundessache.

Der hässliche Absatz 2, den unsere Nachfahren als Museum der Naturwissenschaft des 2. Jahrtausends belächeln werden, könnte wenn nötig als Übergangsbestimmung und Auftrag an den Gesetzgeber des Jahres 2000 ein möglichst kurzes Leben fristen, denn darin sind sich auch Anhänger eine Nachführung des Geistes einer echten Grundordnung einig: Die Verfassungsreform darf nicht zu einer Wiederholung kürzlich geführter weltanschaulicher oder ordnungspolititscher Grundsatzdiskussionen verkommen.

Die Angst vor den Professoren, die millimeterweise die Bestimmungen nach Unebenheiten verglichen mit der bundesgerichtlichen Praxis abklopfen, ist nämlich unbegründet:

Das Bundesgericht hat trotz gleichbleibendem Verfassungstext die verschiedensten Bestimmungen, insbesondere die Grundrechte, inhaltlich der sich ändernden Zeit nachgeführt, und nie haben die massgebenden Behörden von ihm verlangt, dass es bei einer bestimmten Auslegung verharre. Warum sollen dann Bundesrat und Parlament, die ja die wichtigsten Anwender der Verfassung sind, sich heute nicht den Mut nehmen, die Nachführung als Werk für das nächste Jahrtausend und nicht als Geschichtsbuch des letzten Jahrhunderts zu verstehen ?

Die kürzlichen Totalrevisionen der Berner und der Ausserrhoder Kantonsverfassung haben zudem gezeigt, dass die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger durchaus bereit sind, eine klare und einfache Verfassung anzunehmen, selbst wenn sie mit einer ganzen Anzahl von Bestimmungen nicht glücklich sind. Der grosse Wurf gewinnt offensichtlich wieder an Akzeptanz, denn in beiden Kantonen half nicht zuletzt die Einsicht zum Durchbruch, dass das gute Gesamtwerk allen etwas bringt und bei den Einzelheiten alle irgendwo Abstriche machen müssen.

Ich wünsche dem Bundesrat und den eidgenössischen Räten den Mut, das Nachführen der Bundesverfassung als Heranführen an die Zukunft zu verstehen.

MARTIN KELLER, BERN

* * * * *

Soll es nach der neuen Bundesverfassung keine schweizerische Nation mehr geben?

Meines Wissens hat in der nun fast 250jährigen Geschichte der geschriebenen Verfassungen noch nie ein Staat Zeitaufwand, Energie, Arbeitslast und hohe Kosten für die sprachliche Nachführung einer Verfassung investiert. Im Gegenteil, die meisten Staaten, die eine alte zum Teil sicher ebenso altertümliche Verfassung haben, sind stolz darauf. In den Vereinigten Staaten käme es wohl keinem Politiker oder Verfassungsrechtler

in den Sinn, die ehrwürdige Verfassung aus dem 18. Jahrhundert sprachlich zu überarbeiten. Auch die Franzosen sind stolz darauf, dass ihre Verfassung von 1958 auf den Text der - notabene noch von Louis XI unterschriebenen - Menschenrechtserklärung von 1789 verweist, und verwegen wäre derjenige, der dieses Werk der französischen Revolution sprachlich überarbeiten wollte. Die Schweiz markiert offensichtlich auch in diesem Bereich einen Sonderfall.

Nun ist die sprachliche Nachführung eines alten Textes immer mit grossen Problemen verbunden. Wer gesetzgeberische Erfahrung hat, weiss, wie sorgfältig jedes Wort und jede sprachliche Formulierung auf die Waagschale gelegt werden müssen. Finden sie endlich Zustimmung, so wohl deshalb, weil die Sprachhülsen den inhaltlichen Erwartungen derjenigen entsprechen, die zum Erlass der Verfassung und der Gesetze zuständig sind. Ist der Erlass einmal in Kraft, werden die Sprachhülsen mit dem neuen Inhalt des wirklichen Lebens ausgefüllt. Die Praxis der Verwaltungen, die Rechtsprechung der Gerichte, die Meinungen der Juristen, Wissenschaftler und Politiker geben so der Sprache den notwendigen Inhalt.

Nun soll aber mit einer Nachführung der Verfassung lediglich die Sprachhülse, nicht aber der Inhalt geändert werden. Es wäre naiv zu glauben, dass mit den neuen Worthülsen nicht auch ein neuer Inhalt geschaffen wird. Sprache - Recht - und Wirklichkeit sind so eng ineinander verwoben, dass man das Eine unmöglich vom Anderen trennen kann. In eindrucklicher Weise lässt sich dies wohl auf Grund der neuen Formulierung der Präambel und des Artikels 1 des vorgeschlagenen Verfassungsentwurfes darlegen:

Die „Nachführung“ der Formulierung aus dem letzten Jahrhundert habe nämlich für das Selbstverständnis unserer Nation ganz erhebliche Auswirkungen. Mit dieser „redaktionellen Änderung“ werden die Grundlagen unseres Staates, seine Legitimationsbasis mit einem Federstrich hinweggewischt, ohne das Problem der „Willensnation Schweiz“ auch nur zur Diskussion zu stellen.

Die im neuen Verfassungsentwurf vorgeschlagene Präambel liest sich nach der Anrufung Gottes wie folgt:

Volk und Stände der Schweizerischen Eidgenossenschaft geben sich die folgende Bundesverfassung

Demgegenüber lautet die jetzt noch geltende und aus der Verfassung von 1848 unverändert gebliebene Präambel noch:

Die Schweizerische Eidgenossenschaft, in der Absicht, den Bund der Eidgenossen zu festigen, die Einheit, Kraft und Ehre der schweizerischen Nation zu erhalten und zu fördern, hat nachstehende Bundesverfassung angenommen:

Soll die neue Verfassung nicht mehr dazu dienen, die Einheit der so komplexen, heterogenen, multiethnischen und multireligiösen Nation Schweiz zu erhalten und zu fördern? Ist die Einheit der Nation zu einer so unumstösslichen Selbstverständlichkeit geworden, dass sie nicht mehr erwähnt werden muss? Die philosophische Grundlage des modernen Staates findet sich in der Idee des Gesellschaftsvertrages. Für die Schweiz ist es der „Sozialcontract“ der Nation, der dem neuen Staat Leben und verfassungsgebende Gewalt gegeben hat. Soll die neue Verfassung nicht mehr auf diese ideelle Grundlage des schweizerischen Staates hinweisen?

Die Präambel des Verfassungsentwurfes erwähnt Volk und Stände als diejenigen verfassungsrechtlichen Organe, die sich die neue Verfassung geben. Nun sind aber Volk und Stände verfasste, d.h. durch die jetzige Verfassung als verfassungsgebende Organe eingesetzte Verfassungsgewalten. Die Legitimation des Staates Schweiz beruht auf der Idee einer vor der Verfassung bestehenden, multikulturellen schweizerischen Nation, deren Einheit auf der Einsicht beruht, dass Politik im weitesten Sinne des Wortes für, durch und mit der schweizerischen Nation auf der Grundlage der Demokratie und des Föderalismus zu gestalten ist. Über den Weg einer „redaktionellen Überarbeitung“ wird nun darauf verzichtet, die Legitimationsgrundlage der Eidgenossenschaft, die Nation zu erwähnen. Warum? Glaubt man nicht mehr an die Idee der Willensnation Schweiz? Wenn ja, was ist denn die Alternative? Bekanntlich verwendet die neue Spanische Verfassung den Begriff der spanischen Nation, die sich in verschiedene Nationalitäten aufteilt. Musste man tatsächlich darauf verzichten, in der Präambel darauf hinzuweisen, dass unser Bund ein Bund ist, an dessen Einheit und Zusammenhalt wir alle immer arbeiten

müssen? Wir sind nicht die eine und unteilbare Nation im Sinne der französischen Verfassung. Das Volk ist auch keine vorstaatliche Einheit im Sinne des „deutschen Volkes“, das gemäss der Präambel des Bonner Grundgesetzes verfassungsgebende Gewalt hat. Und schliesslich sind wir auch nicht der Mischtopf (melting pot) eines Einwanderungslandes wie die Vereinigten Staaten, welche in der Präambel ihrer Verfassung das Volk als die durch das Territorium bestimmte Einheit verstehen: „We the people of the United States“

Der neue nachgeführte Text des Artikels 1 sagt schlicht und nüchtern:

Die Schweizerische Eidgenossenschaft besteht aus den Kantonen Zürich, Bern usw.

Der heute geltende Text lautete dagegen:

Die durch gegenwärtigen Bund vereinigten Völkerschaften der drei- und zwanzig souveränen Kantone, als: Zürich, Bern, ... Genf und Jura, bilden in ihrer Gesamtheit die Schweizerische Eidgenossenschaft.

Auch die Verfassungsentwürfe von 1832 und 1833 verwendeten lediglich den Begriffe „Kantone“. Erst der Verfassungsentwurf von 1848 ging von der Legitimationsgrundlage der Kantone, nämlich den „Völkerschaften“ der Kantone aus. Er brachte damit wohl als einziger Bundesstaat der Welt zum Ausdruck, dass unser Bundesstaat auf zwei Gesellschaftsverträgen aufbaut: auf dem der schweizerischen Nation und auf denjenigen der Völkerschaften der Kantone. Das Einzigartige unseres Bundesstaates besteht ja gerade darin, dass er dazu dient, die bestehenden kleinen und lokalen Demokratien durch die übergeordnete föderale Bundesdemokratie zu stärken. Will die neue Verfassung nur noch die Hülse, d.h. die Kantone, aber nicht mehr ihre Legitimationsgrundlage, nämlich die Völkerschaften erwähnen, die ihren Inhalt und Leben geben? Mit der Anerkennung der Einheit kollektiver Völkerschaften bekennt sich die jetzige Verfassung zur - allerdings noch sehr umstrittenen - heute aber sehr zukunftsträchtigen Idee der kollektiven Rechte lokaler Körperschaften. Soll dies mit der neuen Verfassung nun aufgehoben werden?

Mit Artikel 1 der Bundesverfassung wird zum Ausdruck gebracht, dass der schweizerische Bundesstaat historisch aus den souveränen Kantonen herausgewachsen ist. Diesen historischen Bezug, der für das Verständnis

unserer Bundesverfassung unerlässlich ist, will man nun streichen. Weshalb? Die Redaktoren des Verfassungsentwurfes halten sich mit ihren Formulierungen an die gleichen Grundsätze wie die Redaktoren der neuen belgischen Verfassung: „Belgien umfasst drei Regionen. „(Art. 3) Nur: der neue belgische Bundesstaat ist aus dem ursprünglichen Einheitsstaat Belgien dezentralisiert worden. Soll der schweizerische Bundesstaat, der eine ganz andere Geschichte hat, darauf verzichten, zu erwähnen, dass der Bund aus den souveränen Kantonen heraus entstanden ist?

Man darf und soll sicher über diese Fragen diskutieren können. Allein, in diesem Falle müssen nicht nur die Worthülsen sondern auch ihr Inhalt zur Diskussion gestellt werden. Die Idee des Bundesstaates „Schweiz“ darf nicht über die schlichte Nachführung einfach sang- und klanglos aus unserer Geschichte gestrichen werden. Eine fundamentale Veränderung des Selbstverständnisses unseres Bundesstaates bedarf einer eingehenden Grundsatzdiskussion.

THOMAS FLEINER, FREIBURG

* * * * *

Das Öffentlichkeitsprinzip in der neuen Bundesverfassung. Ein Beitrag zur Volksdiskussion

1. Einleitung

Der Aufruf im Heft 1995/2 und eine Anfrage der Redaktion haben den Verfasser ermuntert, sich mit dem Entwurf einer neuen Bundesverfassung (nachfolgend Verfassungsentwurf, VE) näher zu befassen. Neben der Nachführung des Verfassungsrechts und den Revisionspaketen betreffend die Volksrechte und die Justiz, enthält der Verfassungsentwurf vier punktuelle Neuerungen in Form von Varianten zur Nachführung.

vier punktuelle Neuerungen in Form von Varianten zur Nachführung. Eine dieser Neuerungen, die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips für die Bundesverwaltung, soll nachfolgend genauer untersucht werden. Der Beitrag stellt die persönliche Sicht des Verfassers dar, eine Sicht, die stark von der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips im Kanton Bern geprägt ist.¹

2. Grundsätzliche Gedanken zum Öffentlichkeitsprinzip

2.1 Entwicklungen im Recht auf Zugang zu Informationen aus der Verwaltung²

Nach der Rechtsprechung³, der vorherrschenden Rechtsauffassung und einem Teil der Lehre ist in der Schweiz die Verwaltungstätigkeit grundsätzlich nicht öffentlich. Es gilt das Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt. Verwaltungsinformationen bleiben für das Publikum unzugänglich, es sei denn, ein Rechtssatz oder das öffentliche Interesse gebiete die Information der Öffentlichkeit und es stehen der Offenlegung keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegen. Dies ist an sich erstaunlich, da sich die Bundesverfassung zur Frage der allgemeinen Verwaltungsöffentlichkeit ausschweigt, und man bei eingehender Untersuchung der Rechtsgrundlagen und der historischen Hintergründe auch zu einer gegenteiligen Auffassung gelangen kann.⁴

Die liberalen und demokratischen Strömungen der Aufklärung postulierten prinzipielle Öffentlichkeit der Verwaltung. In der Schweiz wurde in der Zeit der Regeneration (d.h. nach 1830) die Öffentlichkeit der Gerichte und Parlamente verwirklicht. In verschiedenen Kantonen wurde die allgemeine öffentliche Einsicht in den Staatshaushalt oder in Verwal-

¹ Der Verfasser hat sich in den vergangenen zwei Jahren beruflich mit der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips im Kanton Bern befasst.

² Vgl. dazu u.a. RAINER J. SCHWEIZER, Entwicklungen im Recht auf Zugang zu Verwaltungsinformationen, *media lex* 2/95, S. 77 ff.

³ Statt vieler BGE 113 Ia 9, E. 4cc.

⁴ HANSJÖRG SEILER, Die (Nicht-)Öffentlichkeit der Verwaltung, ZSR 111/1992 I, S. 415 ff.

tungsakten sowie die Öffentlichkeit der Regierungssitzungen eingeführt.⁵ Die Verwaltungsöffentlichkeit erlangte allerdings kaum praktische Bedeutung und wurde im Zuge der konservativen Gegenbewegung Ende des 19. Jahrhunderts und durch die Übernahme der deutschen Verwaltungsdogmatik zu Beginn des 20. Jahrhunderts weitgehend verdrängt.⁶

Eine teilweise Verwaltungsöffentlichkeit ergibt sich aus dem von der Bundesgerichtspraxis als Teilaspekt des Anspruchs auf rechtliches Gehör aus Artikel 4 BV abgeleiteten und seit 1884 stetig weiterentwickelten Anspruch auf Akteneinsicht.⁷ Neben dem verfahrensrechtlichen Akteneinsichtsrecht besteht mithin heute auch ausserhalb eines Verfahrens ein Akteneinsichtsrecht für interessierte betroffene Personen sowie das Recht auf Zugang zu eigenen Daten.⁸

Aufgrund der ständig wachsenden Informationsbedürfnisse der Massenmedien gegenüber den Behörden in Bund, Kantonen und Gemeinden hat das Verständnis der Information als Behördenpflicht verschiedentlich Eingang in die Verfassungs- und Gesetzgebung gefunden.⁹ Zudem haben verschiedene Kantone die Informationsfreiheit in den Grundrechtskatalog ihrer Verfassungen aufgenommen.¹⁰ Letztlich haben die Kantone Basel-Landschaft, Bern und Appenzell-Ausserrhoden allgemeine Akteneinsichtsrechte unterschiedlicher Prägung in ihren neuen Kantonsverfassungen verankert.¹¹ Bereichsspezifisch, namentlich im Umweltrecht,

⁵ Vgl. die Darstellungen bei SEILER (Fn. 4), S. 421 f. und bei ISABELLE HÄNER, Öffentlichkeit und Verwaltung, Diss. Zürich 1990, S. 209 ff.

⁶ SEILER (Fn. 4), S. 422.

⁷ ALEXANDER DUBACH, Das Recht auf Akteneinsicht, Diss. Bern 1990, S. 49 ff., 67 f.; SEILER (Fn. 4) S. 428.

⁸ BGE 113 Ia 1 ff.; 113 Ia 257 ff.

⁹ Vgl. SCHWEIZER (Fn. 2), S. 79.

¹⁰ Beispiele siehe SCHWEIZER (Fn. 2), S. 84.

¹¹ §55 KV BL; Art. 17 Abs. 3 KV BE; Art. 12 Abs. 3 KV AR; ausführlich zur Konzeption des Öffentlichkeitsprinzips im Kanton Bern KURT NUSPLIGER, Das Informationsgesetz des Kantons Bern, Referat gehalten an der Jahrestagung vom 2.6.1995 der Schweizerischen Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften (wird demnächst publiziert).

wurde auch im Bundesrecht ein allgemeiner Zugang zu Verwaltungsinformationen geschaffen.¹²

Verschiedene ausländische Staaten haben das Öffentlichkeitsprinzip eingeführt, so namentlich Schweden, Norwegen, Finnland, Dänemark, die Niederlande, die Vereinigten Staaten von Amerika (USA) und Frankreich. In Europa hat eine Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates bereits 1981 die Einführung eines allgemeinen Zugangs zu Behördenakten postuliert. Allgemeiner Zugang zu Verwaltungsinformationen besteht heute im Umweltrecht der EU.¹³

2.2 Notwendigkeit der Öffnung der Verwaltung¹⁴

Die Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zur Verwaltungsöffentlichkeit (bzw. zum Geheimhaltungsprinzip) wird in der Lehre zu Recht seit längerer Zeit zum Teil heftig kritisiert.¹⁵ Die Rechtsprechung, die noch immer von einer Trennung und Trennbarkeit zwischen Gesetzgebung und Verwaltungstätigkeit, zwischen öffentlicher Parlamentsarbeit und nicht-öffentlicher Verwaltungstätigkeit ausgeht, verkennt die Wirklichkeit. Ein wesentlicher Teil der Vorarbeiten zur Gesetzgebung erfolgt durch die Verwaltung. Dies ist insbesondere im Bereich des heute an Bedeutung und Umfang zunehmenden Ordnungsrechts ausgeprägt der Fall. Die Verwaltung wirkt damit am politischen Prozess in erheblichem Masse mit.¹⁶ Unterschätzt wird auch der machtbildende Charakter des Informationsvorsprunges der Verwaltung gegenüber der Öffentlichkeit, d.h. gegenüber den Stimmberechtigten und gegenüber betroffenen Personen.¹⁷

¹² Beispiele siehe SCHWEIZER (Fn. 2), S. 80.

¹³ Richtlinie 90/313 vom 7.6.1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt.

¹⁴ Ähnlich auch NUSPLIGER (Fn. 11), Ziff. 1.1.

¹⁵ Vgl. Übersicht bei REGINA KIENER, Die Informationsrechte der parlamentarischen Kommissionen, Diss. Bern 1994, 49, Fn. 267; weiter bei PIERRE TSCHANNEN, Stimmrecht und politische Verständigung, Habil.-Schr. Bern 1994, S. 428 f.

¹⁶ SEILER (Fn. 4), S. 418 ff.; TSCHANNEN (Fn. 15), S. 429.

¹⁷ TSCHANNEN (Fn. 15), S. 429 f.

In einer direkten Demokratie können die Stimmberechtigten ihre politischen Rechte sowie die ihnen zustehende „Aufsichtsfunktion“ (die sich ggf. nur auf dem Wahlzettel äussert) zudem nur kompetent wahrnehmen, wenn sie genügend informiert sind. Die zunehmende Komplexität der durch das Gemeinwesen zu lösenden Probleme erfordert deshalb, dass sich die Stimmberechtigten frühzeitig möglichst umfassend informieren können. Auch die Rolle der Massenmedien in der Gesellschaft hat sich gewandelt. Die Medien nehmen heute als „vierte Gewalt“ gegenüber Parlament, Regierung und Verwaltung (im übrigen auch gegenüber der Privatwirtschaft) die Rolle eines kritischen Beobachters und damit eine Art Aufsichtsfunktion wahr. Diese Aufgabe können sie nur wahrnehmen, wenn sie über den Zugang zu Verwaltungsinformationen verfügen. Letztlich kann das schwindende Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die Verwaltung nur durch eine grössere Transparenz des Verwaltungshandelns wiederhergestellt werden.¹⁸ Der Übergang vom Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt zum Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt in der Bundesverwaltung ist mithin ein Gebot der Zeit.

2.3 Elemente des Öffentlichkeitsprinzips

Das Öffentlichkeitsprinzip besteht grundsätzlich aus zwei Elementen, der aktiven Information (Information von Amtes wegen) und der passiven Information (Information auf Anfrage).¹⁹ Im ersten Fall geht die Initiative zur Information von der Verwaltung aus, indem diese beispielsweise die Medien informiert. Im zweiten Fall werden die Verwaltungsbehörden auf Anfrage einer aussenstehenden Person hin aktiv, indem sie den Zugang zur gewünschten Information bzw. die Akteneinsicht ermöglichen. Zwischen der aktiven, aufgrund des eigenen Ermessens abgegebenen Information und der Information auf Anfrage stehen die gesetzlich vorgeschriebenen Veröffentlichungspflichten (z.B. die Gesetzespublikation). Diese können ebenfalls als eigenständiges Element des Öffentlich-

¹⁸ Zahlreiche Skandale in der öffentlichen Verwaltung, welche in den letzten Jahren aufgedeckt wurden, waren nur dank dem Prinzip der Nichtöffentlichkeit möglich, so namentlich auf Bundesebene die Fichenaffäre.

¹⁹ HÄNER (Fn. 5), S. 9 f.

keitsprinzips verstanden werden.²⁰ Obwohl von der Lehre oft nicht als solches erwähnt, besteht im Zugang zu Sitzungen und Sitzungsunterlagen von Behörden noch ein weiteres, selbständiges Element des Öffentlichkeitsprinzips.²¹

Die Information auf Anfrage ist in der Regel als verfassungsmässiges oder gesetzliches Akteneinsichtsrecht ausgestaltet, welches beim Vorliegen überwiegender öffentlicher oder privater Interessen eingeschränkt werden kann.²² In der Regel ist seitens der gesuchstellenden Person kein besonderes eigenes Interesse erforderlich.²³

2.4 Erfahrungen mit dem Öffentlichkeitsprinzip²⁴

In Schweden wird vom Akteneinsichtsrecht häufig Gebrauch gemacht, vorwiegend durch Medienschaffende. In 200jähriger Tradition hat sich das Recht gut eingespielt und Missbräuche sind sowohl seitens der Privaten wie seitens der Behörden offenbar selten zu verzeichnen. Kritikpunkte sind einerseits die Beschränkung auf die Zentralverwaltung und andererseits die Möglichkeit, ein Geschäft bis zum Entscheid durch die zuständige Behörde geheimzuhalten. Die verfahrensbegleitende öffentliche Meinungsbildung bei der Ausarbeitung von Vorlagen (insbesondere im Rechtsetzungsverfahren) ist aber offenbar trotzdem gewährleistet.

²⁰ HÄNER (Fn. 5) 10, S. 318 f.

²¹ Vgl. Art. 3 bis 13 des bernischen Gesetzes vom 2. November 1993 über die Information der Bevölkerung (*Informationsgesetz, IG*), BAG 94-36.

²² Art. 17 Abs. 3 KV BE lautet wie folgt: „Jede Person hat ein Recht auf Einsicht in amtliche Akten, soweit keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen.“; vgl. für Schweden HÄNER (Fn. 5), S. 267 ff.; für die USA HÄNER, S. 275 ff. sowie BERTIL COTTIER, La publicité des documents administratifs, Droz Genf 1982, S. 171 f.; für Frankreich HÄNER, S. 280 f.; in den Niederlanden besteht ein Anspruch auf Mitteilung der Information, nicht auf Akteneinsicht, HÄNER, S. 281 f.

²³ Anders Art. 12 Abs. 3 KV AR, der das Einsichtsrecht vom Nachweis eines „berechtigten Interesses“ abhängig macht.

²⁴ Zu den Erfahrungen in Schweden und in den USA ausführlich HÄNER (Fn. 5), S. 273 f., 279 f.; COTTIER (Fn. 22), S. 137 ff., 173 f.

Anders als in Schweden haben in den USA anfänglich vor allem Einzelne und Interessenverbände vom Akteneinsichtsrecht Gebrauch gemacht. Dafür sind vermutlich auch die (zu) langen Fristen für die Behandlung der Einsichtsgesuche verantwortlich. Anfänglich war zudem offenbar ein gewisser Widerstand von Seiten der Verwaltungsbehörden gegen das Öffentlichkeitsprinzip spürbar.

Die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips im Kanton Bern wurde von umfangreichen Informationsveranstaltungen für die Verwaltungen von Kanton und Gemeinden begleitet. Zusätzlich wurden für die Verwaltung Arbeitshilfen geschaffen.²⁵ Die knapp einjährigen Erfahrungen mit dem Öffentlichkeitsprinzip im Kanton Bern genügen nicht, um abschliessend Bilanz ziehen zu können. Die bisherigen Erfahrungen sind indessen weitgehend positiv. Die im Vorfeld geäusserten Befürchtungen, die Verwaltung werde mit Akteneinsichtsbegehren überschwemmt, sind nicht eingetreten. Der Wechsel zum Öffentlichkeitsprinzip hat in den Verwaltungen von Kanton und Gemeinden zu einer allgemeinen Sensibilisierung bezüglich der Transparenz der Verwaltung, aber auch bezüglich des Personendatenschutzes geführt.

3. Kritik und Würdigung des Variantenvorschlages im Verfassungsentwurf

3.1 Rechtliche und gesetzgebungstechnische Ausgestaltung

Der Verfassungsentwurf regelt das Öffentlichkeitsprinzip unter der Sachüberschrift „Regierungspolitik“ in Artikel 154 wie folgt:

¹Der Bundesrat bestimmt die Ziele und Mittel seiner Regierungspolitik. Er plant und koordiniert die staatliche Tätigkeiten.

²Die Bundesbehörden informieren die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit und gewähren allen Personen Einsicht in amtliche Akten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.

²⁵ z.B. Checkliste Akteneinsicht in Gemeinden, Staatskanzlei des Kantons Bern 1994.

Artikel 154 Absatz 2 VE verankert damit auf Verfassungsstufe für die Bundesbehörden einerseits die Pflicht zur aktiven Information und verpflichtet diese andererseits, auf Anfrage hin Einsicht in amtliche Akten zu gewähren, beides jedoch nur, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.²⁶ Obwohl als Behördenpflicht formuliert, gewährt Artikel 154 Absatz 2 VE allen Personen (d.h. unabhängig von Nationalität und Aufenthaltsstatus) ohne den Nachweis besonderer eigener Interessen einen durchsetzbaren, individuellen Rechtsanspruch auf Einsicht in amtliche Akten.²⁷ Das Akteneinsichtsrecht hat mithin den Charakter eines Grundrechts. Es fragt sich deshalb, weshalb ein Grundsatz, der eindeutig grundrechtlichen Charakter hat, systematisch nicht bei den Grundrechten eingegliedert wird. Die Norm verliert ihren grundrechtlichen Charakter nicht dadurch, dass sie formal als Organisationsprinzip aufgeführt wird.²⁸ Erklärbar wäre die Eingliederung einzig mit dem Bestreben, das Öffentlichkeitsprinzip in einer einzigen Bestimmung vollumfänglich (das heisst sowohl bezüglich der aktiven wie der passiven Information) zu regeln. Nach Ansicht des Verfassers gehören sämtliche Grundrechte aus Transparenzgründen grundsätzlich in den Grundrechtskatalog. Nur so können sich die Rechtsunterworfenen auf einfache Art und Weise über die ihnen zustehenden verfassungsmässigen Individualrechte orientieren. Aufgrund des inneren sachlichen Zusammenhangs bietet sich Artikel 13 VE, welcher die Meinungs-, Informations- und Medienfreiheit regelt, dafür an, zusätzlich das Grundrecht auf Einsicht in amtliche Akten aufzunehmen.

Die Eingliederung des Öffentlichkeitsprinzips im Verfassungsentwurf ist noch aus einem anderen Grund fragwürdig: Artikel 154 befindet sich im 5. Titel „Die Bundesbehörden“ im 3. Kapitel „Bundesrat und Bundesverwaltung“ im 2. Abschnitt „Zuständigkeit“ und trägt - wie bereits er-

²⁶ Erläuterungen zum Verfassungsentwurf, S. 202.

²⁷ Die Formulierung ist weitgehend identisch mit Art. 17 Abs. 3 KV BE.

²⁸ Die Frage wurde auch beim Erlass der neuen bernischen Kantonsverfassung diskutiert. Während die Verfassungskommission das Akteneinsichtsrecht im Grundrechtskatalog verankern wollte, beantragte der Regierungsrat die Einordnung im Kapitel über die organisatorischen Grundsätze. ULRICH ZIMMERLI kam in einem Gutachten zuhanden der Verfassungskommission zum Schluss, dass das allgemeine Akteneinsichtsrecht unabhängig von der formalen Einordnung grundrechtlichen Charakter hat (Gutachten vom 24.10.1994).

wähnt - die Sachüberschrift „Regierungspolitik“. Die Informationspolitik der Bundesbehörden ist im heutigen medialen Zeitalter von einer dermassen grossen Bedeutung, dass es gerechtfertigt wäre, dieser einen eigenen Verfassungsartikel zu widmen.²⁹ Auch so würde aber noch Unsicherheit bezüglich des Stellenwertes der Norm bestehen. Systematisch befindet sich Artikel 154 VE im Bereich der Organisationsbestimmungen für den Bundesrat und die Verwaltung. Während im Absatz 1 noch die Zuständigkeit des Bundesrates angesprochen wird, spricht Absatz 2 nun plötzlich von den Bundesbehörden. Einerseits muss Artikel 154 Absatz 2 aufgrund des Wortlautes so ausgelegt werden, dass das Öffentlichkeitsprinzip auf alle Bundesbehörden (Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesverwaltung, Bundesgericht) Anwendung findet, andererseits könnte rein von der systematischen Einordnung her geschlossen werden, das Öffentlichkeitsprinzip solle nur für den Bundesrat und die Bundesverwaltung gelten. Eine derartige Einschränkung wäre zumindest besonders zu begründen. Systematisch gehört mithin die Regelung über das Öffentlichkeitsprinzip (d.h. über die Pflicht zur aktiven Information) ins 1. Kapitel des 5. Titels.³⁰

3.2 Öffentlichkeitsprinzip und Datenschutz

Artikel 154 Absatz 2 VE gewährt den Anspruch auf Akteneinsicht nur unter dem Vorbehalt, dass keine überwiegenden privaten Interessen entgegenstehen. Wenn vom Öffentlichkeitsprinzip gesprochen wird, stellt sich zwangsläufig auch die Frage des Schutzes von Personendaten. Datenschutz darf dabei nicht im Sinne von Abschottung von Informationen verstanden werden, sondern als Chance der Verwirklichung der Persönlichkeit in der Informationsgesellschaft durch die Einräumung von Partizipations-, Abwehr und Kontrollrechten der Individuen an den sie betreffenden Informations- und Kommunikationsvorgängen.³¹ Es geht mithin nicht um die Geheimhaltung als solche, sondern um einen Ausgleich des

²⁹ Vgl. Art. 70 KV BE.

³⁰ Vgl. Art. 70 KV BE.

³¹ REINHARD ELLGER, Die Entwicklung des Datenschutzrechts in der Europäischen Union, in: ROLF H. Weber (Hg.), Datenschutz im europäischen Umfeld, Schulthess Zürich 1995, S. 7.

Informationsinteresses der Gesellschaft, d.h. der Öffentlichkeit bzw. des Staates einerseits und den Geheimhaltungsinteressen von Betroffenen hinsichtlich ihrer Privatsphäre andererseits.³² In einer Verwaltung, in welcher das Öffentlichkeitsprinzip gilt, bedeutet dies, dass nicht mehr schlechthin alle Personendaten geheimzuhalten sind und dass eine von den Betroffenen gewünschte Datensperre keinen absoluten Charakter mehr hat. Zudem ist die Mitwirkung von betroffenen Personen am Akteneinsichtsverfahren (vorgängige Anhörung) nicht mehr in jedem Fall notwendig.³³ Diese Ausgangslage lässt es aber als unabdinglich erscheinen, dass die grundlegenden datenschutzrechtlichen Ansprüche auf Verfassungsebene klar geregelt sind.

Der Verfassungsentwurf hält in Artikel 10 Absatz 3 lediglich fest, dass jede Person einen Anspruch auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten habe. Diese Formulierung entspricht kaum den Anforderungen einer Nachführung der Verfassung. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht heute ein grundrechtlicher Anspruch auf Einsicht in eigene Daten.³⁴ Die Lehre geht überdies davon aus, dass ein grundrechtlicher Anspruch auf Berichtigung falscher und auf Löschung unzulässiger Daten besteht.³⁵ Diese drei konkreten grundrechtlichen Ansprüche verdienen es, in der Bundesverfassung explizit erwähnt zu werden. Sie schaffen nämlich erst in ihrer konkreten Ausgestaltung den gewünschten Ausgleich zum allgemeinen Zugang zu Verwaltungsinformationen.

³² PETER NITSCH, Datenschutz und Informationsgesellschaft, *ZRP* 1995, Heft 10, S. 361; DUBACH (Fn. 7), S. 209.

³³ Vgl. dazu Vortrag der Staatskanzlei des Kantons Bern an den Regierungsrat betreffend die Verordnung über die Information der Bevölkerung, Bern 1994, S. 8 f., Bemerkungen zu Artikel 14; vgl. auch NUSPLIGER (Fn. 11) Ziff. 3.4.

³⁴ BGE 113 Ia 264 ff. E. 4c-e.

³⁵ JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, Stämpfli Bern 1991, S. 13.

3.4 Zur Problematik von punktuellen Neuerungen im Rahmen der Nachführung

Die vorstehende Kritik zeigt auch auf, wie grundsätzlich problematisch die vorgesehene Verfassungsrevision im „Baukastensystem“ mit Nachführung, punktuellen Neuerungen und Reformpaketen ist. Die Verfassung als grundlegender „Gesellschaftsvertrag“ einer Nation bildet im Idealzustand ein ausgewogenes Ganzes. Zwischen den Grundrechten, den politischen Rechten, den Organisationsbestimmungen, dem Aufgabenkatalog, der Finanzordnung und dem Wirtschaftsverfassungsrecht bestehen zahlreiche Interdependenzen. Eine auch nur geringfügige Änderung in einem Teilbereich bedarf der sorgfältigen Einbettung im Gesamtgefüge. Dies ist meist nicht nur ein gesetzgebungstechnisches Problem. Im übrigen bestätigen die vorstehenden Betrachtungen die Erkenntnis, dass es bei der Nachführung der Verfassung um „mehr als um eine juristisch-technische Aufgabe“ geht.³⁶

4. Folgerungen

Zusammengefasst kann folgendes festgehalten werden:

- Der Übergang vom Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt zum Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt drängt sich für die Bundesbehörden in der heutigen Informationsgesellschaft auf.
- Das allgemeine Einsichtsrecht in amtliche Akten sollte im Grundrechtskatalog eingeordnet werden.
- Die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips bedingt die grundrechtliche Verankerung der grundlegendsten Individualansprüche des Personendatenschutzes.

DANIEL KETTIGER, BERN

³⁶ Erläuterungen zum Verfassungsentwurf, 12.

Stichworte zur „Nachprüfung“

Die Nachführung ist wahrlich ein Hochseilakt. Mehr als formale Revision, aber weniger als „umfassende Neuordnung“ (Unterpunkt zu 1.2 der „12 wichtigsten Fragen“ sein wollend, balanciert sie und versucht, den drohenden Absturz ins formal Unverbindliche einerseits oder in den schleichenden Umbau des eidgenössischen Grundgesetzes andererseits zu umgehen.

Ich möchte nicht den Stab über diesem Unterfangen brechen, doch es zeigt sich m.E., dass Nachführung eine nicht verlässlich messbare Kategorie ist: Man kann sehr wozu geteilter Meinung sein, ob und inwieweit das Vorhaben gelungen ist. Wenn es darum geht, „die Grundstrukturen der heutigen Verfassungsordnung [zu wahren] und de[n] Entwurf möglichst nahe am geltenden Rechtszustand“ (Erläuterungen, S. 25) zu halten, dann bin ich persönlich der Meinung, dass dies im Grundrechtsteil (2. Titel) besser gelungen ist als im föderalistischen, Bund und Kantone betreffenden (3. Titel). Unglücklich ist dabei die Umkehrung der Kompetenzvermutung in Art. 32 Abs. 1 VE, vor allem aber die verschiedentliche Umschreibung der Stellung der Kantone erst auf Gesetzesstufe. Das kann ja nur bewusste, inhaltliche Neuregelung zulasten der Kantone sein. Vielfach wird in diesem Bereich ja auch geltendes Recht ohne Begründung verändert, so etwa der Anspruch der Kantone auf 20 Prozent des Rohertrags des Militärpflichtersatzes (Art. 18 Abs. 3 BV) in Artikel 47 VE, oder die Beteiligung an der Verwendung der Mineralölsteuer auf Treibstoffzoll (Art. 36^{ter} lit. E & f BV) in Art. 62 VE, oder beim Kulturartikel 73 VE. Mit Art. 155 VE fällt punktuell, aber bis anhin eben auch zwingendes Anhörungsrecht der Kantone aus der Verfassung raus. Mit Blick auf Frage 3 ist für mich die Bilanz hier eindeutig negativ, und zwar praktisch wie wohl auch theoretisch.

Grundrechtsteil und die Kompetenzaufteilung sind im übrigen die beiden einzigen Teile, die wirklich einer systematischen Neuordnung bedürfen. Die geltende BV hat durchaus auch ihre Ordnung, die besser ist, als sie im Vergleich mit dem zugegebenermassen, aber auch hoffentlich gut überblickbaren Inhaltsverzeichnis eines Neuentwurfs gemacht wird. Es ist geradezu tendenziös, wenn in einem Folienset zur Verfassungsreform zu diesem Vergleich als „Inhaltsverzeichnis BV 1874“ schlicht die

Übersicht einer Broschüre genommen wird und damit die Systematik der geltenden BV mit dem Verweis, „Text der Bundesverfassung“ unterschlagen wird. (Das ist, als würde man S. 1 des Verfassungsentwurfs als Inhaltsverzeichnis des Entwurfs deklamieren!)

Schliesslich: Die Verfassungsreform privilegiert die sprachlichen und gesetzestechnischen Ideale des jetzigen Verfassungsgebers. Das ist unvermeidlich, und vielleicht auch dessen gutes (auch historisches) Recht. Wir können und dürfen diese Ideale aber nicht als Reinlichkeitsgebote für zukünftige verfassungsgebende Generationen verabsolutieren. Schon bald werden Partialrevisionen andere Steine in das Gebäude einbringen, und die heutigen Puristen werden dann unter Verlustängsten ebenso klagen wie die dannzumaligen Bilderstürmer, nur eben je aus ihrer eigenen, konträren Position.

DANIEL BRÜHLMEIER, ST. GALLEN

* * * * *

Zur Nachführung der Bundesverfassung: Ausgewählte Grundsatzfragen und Beurteilung der Finanzverfassung

Über die Nachführung der Bundesverfassung (BV) ist bereits Beachtliches geschrieben worden¹. Die nachfolgenden Ausführungen bezwecken daher keine umfassende und systematische Behandlung der Thematik, sondern beschränken sich auf die Beleuchtung einiger grundsätzlicher Fragen, deren Auswahl persönlicher Neigung entspricht (Ziff. 1). Im weiteren soll die Nachführung am Beispiel der Finanzverfassung beleuchtet werden (Ziff. 2).

¹ Genannt seien hier nur die folgenden Arbeiten: Reform der Bundesverfassung, Beiträge zum Verfassungsentwurf vom 19. Juni 1995, hrsg. von IVO HANGARTNER und BERNHARD EHRENZELLER, St. Gallen 1995, sowie die teilweise inhaltsgleichen Beiträge von BERNHARD EHRENZELLER, HEINRICH KOLLER, JEAN-FRANÇOIS AUBERT, WALTER KÄLIN, IVO HANGARTNER und LUZIUS MADER in *AJP/PJA* 8/95, S. 971.

1. Zum Grundsätzlichen

1.1 Nachführung - eine notwendige Ent-Täuschung für Bürgerinnen und Bürger?

Nachführen heisst laut Auftrag der Bundesversammlung an den Bundesrat, "... das geltende geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht nachführen, es verständlich darstellen, systematisch ordnen sowie Dichte und Sprache vereinheitlichen"².

Der parlamentarische Auftrag ist für Leute, die etwas bewegt sehen möchten, alles andere als berauschend. Die Aufgabe des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements bestand nämlich vorerst einmal in der Erstellung eines Inventars von vorhandenen Normen- und Rechtsprechungsbeständen. Anschliessend war der neue Text in unmittelbarer Anlehnung daran zu verfassen. Ausflüge in Neuland waren weder gefragt noch erlaubt. Sie mussten als Varianten ausgestaltet werden. Man hört denn auch von verschiedenen Seiten, der Verfassungsentwurf (VE) sei zwar gut, aber zu wenig innovativ. Andererseits gibt es Mitbürgerinnen und Mitbürger, welche vom geltenden Verfassungsrecht stellenweise überrascht werden und es als zu weit gehend empfinden. Die einen wie die anderen müssen davon überzeugt werden, dass der Auftrag zur Verfassungsrevision auf den schmalen Pfad der Nachführung weist. Insofern sind Ent-Täuschungen mitunter wohl unvermeidlich.

1.2 Nachführung muss nachvollziehbar sein

Angesichts der widersprüchlichen Erwartungen, Befürchtungen und zu leistenden Ent-Täuschungen ist aus der Sicht der Rechtsetzungslehre und der Rechtspsychologie eine Forderung mit Nachdruck zu erheben: In der zu erarbeitenden Botschaft an die Bundesversammlung muss die Herkunft der neuen Bestimmungen klar dokumentiert werden, damit sich alle Bürgerinnen und Bürger davon überzeugen können, dass das geltende Recht wirklich nur nachgeführt und weder ausgeweitet noch eingengt worden ist. Es wird auch bei sorgfältigem Nachweis noch Diskussionen

² Art. 3 des BB vom 3. Juni 1987, BBl 1987 II 963.

darüber geben, ob bestimmte Formulierungen eine zutreffende Nachführung bedeuten. Diskussionen sind nicht zuletzt dort zu erwarten, wo die teilweise innovative Verfassungsrechtsprechung des Bundesgerichts ausformuliert worden ist. Zu denken ist etwa an ungeschriebene Grundrechte (z.B. VE Art. 9 Abs. 3 und 13 Abs. 3) und Ableitungen aus dem Gleichheitsartikel (z.B. VE Art. 4 Abs. 3 und 23 Abs. 3).

1.3 Das nachgeführte Recht ist wiederum auslegungsbedürftig und unterliegt der Fortbildung

Aus rechtsmethodischer Sicht erscheint es als selbstverständlich, dass die neuen Formulierungen wie die bisherigen Bestimmungen auslegungsbedürftig und insofern auch offen für die Rechtsfortbildung durch die Praxis der Bundesbehörden und die Rechtsprechung des Bundesgerichts sein werden. So lesen wir beispielsweise bei der Wirtschaftsfreiheit (Art. 21 Abs. 1 VE), dass dieses Grundrecht auch die freie Wahl des Berufes umfasse. Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichts bedeutet das noch keinen grundrechtlichen Anspruch beispielsweise auf freien Zugang zu Universitäts- oder Fachhochschulstudien³. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass sich die Rechtsprechung in diese Richtung entwickeln und damit neueren Stimmen in der Rechtswissenschaft folgen wird. Tatsächlich hört man seit Jahren in zunehmender Zahl Plädoyers, wonach die Wirtschaftsfreiheit auch den genannten Anspruch einschliesse⁴.

1.4 Rechtliche Konsequenzen einer allfälligen Ablehnung der Nachführung durch Volk und Stände

Zwar ist zu hoffen, dass eine Vorlage, welche sich auf die Nachführung des geltenden Verfassungsrechts beschränkt, nach der parlamentarischen Verabschiedung auch bei Volk und Ständen Zustimmung finden wird. Dennoch muss man sich Gedanken darüber machen, welches die rechtli-

³ Vgl. BGE 103 Ia 377 E. 4; 103 Ia 397 E. 2.

⁴ Vgl. dazu u.a. PAUL RICHLI, Chancengleichheit im Schul- und Ausbildungssystem als Problem des Staats- und Verwaltungsrechts, *ZBl* 1995, S. 200 ff. mit Nachweis der einschlägigen Autoren, vor allem CHRISTOPH ZENGER und PETER SALADIN.

chen Konsequenzen einer allfälligen Ablehnung wären. Aus der Sicht der Rechtspsychologie ist die Regierung gehalten, sich diesbezüglich frühzeitig klar zu äussern, am besten bereits in der Botschaft. Andernfalls setzt sie sich (einmal mehr) dem Vorwurf aus, nach Tisch lese man Texte anders als vorher. Dass derweise Glaubwürdigkeitsprobleme entstehen bzw. verstärkt werden, ist notorisch und bedarf keines zusätzlichen wissenschaftlichen Nachweises. Darüber hinaus würde durch das genannte, zu verpörende Verhalten auch eine Kollision mit dem Verbot des widersprüchlichen Verhaltens heraufbeschworen⁵.

Es bedarf ebenfalls keiner tiefschürfenden Begründung dafür, dass der Rechtszustand im Falle einer Ablehnung nicht derselbe wie im Falle einer Annahme sein könnte. Im Falle der Ablehnung wäre meines Erachtens mindestens für eine gewisse Zeit von einer Blockierung, ja Versteinerung der Rechtslage auszugehen. Eine Rechtsfortbildung wäre alsdann nicht mehr möglich. Andererseits müsste man aber auch nicht hinter den heutigen Verfassungszustand zurückgehen. Dies könnte höchstens dann in Frage kommen, wenn der Grund für die Ablehnung klar auszumachen und zu isolieren wäre, wie das z.B. im Falle der Ablehnung des ersten Konjunkturartikels von 1975⁶ und der ersten OG-Revisionsvorlage von 1985⁷ der Fall war. Wäre in einem solchen, doch eher unwahrscheinlichen Szenario, ein Rückschritt mit Bezug auf die umstrittenen Bestimmungen denkbar, so wäre für die übrigen, nicht bestrittenen Teile, andererseits keine Versteinerung anzunehmen, sondern wäre eine Rechtsfortbildung weiterhin möglich.

⁵ Vgl. dazu namentlich BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel und Frankfurt am Main 1983, S. 16 f. und 39 ff.

⁶ Vgl. Botschaft, BBl 1976 III 696 f.

⁷ Vgl. Botschaft, BBl 1991 II 475 f.

2. Zur Nachführung der Finanzverfassung

2.1 Vorbemerkungen

Die Finanzverfassung umfasst die Bestimmungen, welche den Finanzhaushalt des Staates betreffen. Es geht vor allem um die Vorschriften über die Steuererhebung, den Finanzhaushalt und den Finanzausgleich.

Nach der geltenden Bundesverfassung sind die wichtigsten Steuern des Bundes die Direkte Bundessteuer, die Mehrwertsteuer, die Stempelsteuer und die Verrechnungssteuer (Art. 41^{bis} und 41^{ter} BV). Diese Abgaben figurieren auch im VE (Art. 107, 109 und 110). Daneben sind die Zölle von erheblicher Bedeutung (Art. 28 BV; Art. 112 VE). Als wesentliche Bestandteile der Finanzverfassung sind weiter zu nennen die Bestimmungen über die Steuerharmonisierung (Art. 42^{quinquies} BV; Art. 108 VE) und den Finanzausgleich unter den Kantonen (Art. 42^{ter} BV; Art. 114 VE) sowie das Gebot der Abtragung des Bilanzfehlbetrages (Art. 42^{bis} BV; Art. 105 VE).

Was die Steuern und Zölle sowie den Finanzausgleich betrifft, so sind mit Bezug auf die Nachführung kaum kritische Fragen zu stellen. Anders verhält es sich bei der Bestimmung über die Abtragung des Bilanzfehlbetrages. Weiter ist auf die im Vergleich zur BV neuen Steuererhebungsgrundsätze einzugehen. Schliesslich soll gefragt werden, ob das Stillschweigen zu den Kausal- und Lenkungsabgaben im VE gerechtfertigt sei.

2.2 Gebot zum Abtragen des Fehlbetrages der Bilanz

Nach geltendem Verfassungsrecht ist der Fehlbetrag der Bilanz abzutragen (Art. 42^{bis} BV). Dieser Fehlbetrag ist im Gefolge der Milliardendefizite in den letzten Jahren massiv angestiegen. Und ein Trendbruch zu Haushaltüberschüssen ist nicht in Sicht. Es lässt sich schwerlich übersehen, dass der Bund seinen Finanzhaushalt seit Jahren in einer Weise führt, die Artikel 42^{bis} BV widerspricht. Dieser Zustand ist allerdings nicht neu, sondern hat Tradition. Seit Einführung des Gebots zum Abbau des Fehlbetrages der Bilanz in den fünfziger Jahren ist er wiederholt

aufgetreten⁸. Nach dem VE sollen Ausgaben und Einnahmen des Bundes (nur noch) auf Dauer im Gleichgewicht gehalten werden. Das Gebot zum Abtragen des Fehlbetrages der Bilanz erscheint zwar auch noch, aber nur als untergeordnete Position. Der Sache nach wird das geltende Verfassungsrecht demnach abgeschwächt. Diese Abschwächung hat bereits auf Gesetzesstufe stattgefunden. Das Finanzhaushaltgesetz⁹ bestimmt nämlich (Art. 2 Abs. 2 und 3), dass Bundesversammlung, Bundesrat und Verwaltung danach trachten, den Fehlbetrag der Bilanz abzutragen und die Einnahmen und Ausgaben auf Dauer im Gleichgewicht zu halten. Dabei sei den Erfordernissen einer konjunkturgerechten Finanzpolitik Rechnung zu tragen. Die Verfassung soll nun also nach diesem gesetzlichen Vorbild nachgeführt werden!

Wir haben hier ein Lehrbuchbeispiel für die sogenannte normative Kraft des Faktischen vor uns. Eine Rechtsnorm, die sich nicht einhalten lässt, soll dem Machbaren angepasst werden. Muss man hiergegen nicht die Stimme erheben? Wird der Nachführungsauftrag nicht strapaziert?

Festzuhalten ist, dass die Neuformulierung kein generelles Nachlassen in den Spar- und Sanierungsbemühungen erlaubt. Hingegen wird der Ausgleichsauftrag so formuliert, wie er nach heutiger Auffassung in der Finanzwissenschaft wohl am ehesten lauten kann. Artikel 42^{bis} BV ist nämlich als wenig glücklicher Auftrag zu deuten¹⁰. Per Saldo der Überlegungen wird man trotz einiger Bedenken sagen können, dass die Bestimmung des VE über den Haushaltsausgleich das Ergebnis einer vertretbaren Deutung des Nachführungsauftrages ist. Es macht wenig Sinn, eine Bestimmung (Art. 42^{bis} BV) weiterzuschleppen, welche aus finanzwissenschaftlicher Sicht verfehlt ist und zudem das politische System in deprimierender Weise überanstrengt.

⁸ Vgl. Zur ganzen Thematik PAUL RICHLI, Rechtliche Schranken der Staatsverschuldung? *ZBl* 1991, S. 540 ff mit Hinweisen.

⁹ SR 611.0.

¹⁰ Vgl. RICHLI, (Fn. 8), S. 548 ff. mit Hinweisen. An dieser Beurteilung ändert auch die jüngste Forderung von WALTER WITTMANN kaum etwas, man müsse den jährlichen Budgetausgleich verlangen. Diese Haltung entspricht, so weit ersichtlich, keiner verbreiteten Strömung in der Finanzwissenschaft (Finanzpolitik in alten Bahnen, Die Finanzordnung im Entwurf zur Verfassungsreform, *Neue Zürcher Zeitung* vom 3. Januar 1995, S. 15).

2.3 Grundsätze über die Steuererhebung

Nach Artikel 106 Absatz 1 VE ist die Ausgestaltung der Steuern, namentlich der Kreis der Steuerpflichtigen, der Gegenstand der Steuer und deren Bemessung, in den Grundzügen im Gesetz selber zu regeln. Diese Bestimmung findet sich in der BV noch nicht. Sie entspricht aber gefestigter bundesgerichtlicher Praxis zum Legalitätsprinzip im Abgaberecht¹¹.

Das Bundesgericht hat weitere Besteuerungsgrundsätze herausgearbeitet, welche nicht weniger bedeutungsvoll sind, nämlich die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit¹². Das letztgenannte Prinzip bedeutet, dass zumal Einkommenssteuern nach einem progressiven Satz zu erheben sind¹³. Dabei ist allerdings offen, wie die Progression auszugestalten sei¹⁴. Der Gesetzgeber hat insofern einen grossen Gestaltungsspielraum.

Insbesondere der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist in den sozialverpflichteten rechtsstaatlichen Demokratien durchwegs fest verankert. Er findet auch in der Finanzwissenschaft (in Variationen) allgemeine Anerkennung. Nicht zuletzt hat er Eingang in neuere Kantonsverfassungen gefunden¹⁵.

Eine Nachführung der Bundesverfassung, welche die genannten Besteuerungsgrundsätze nicht aufnimmt, verpasst eine wesentliche und allgemein anerkannte Orientierung, die im Grunde sozialphilosophisch moti-

¹¹ Vgl. etwa BGE 118 Ia 323 mit Hinweisen.

¹² Vgl. etwa BGE 118 Ia 3 E. 3a mit Hinweisen.

¹³ Vgl. etwa BGE 104 Ia 289.

¹⁴ Vgl. zu dieser Problematik allgemein: PAUL RICHLI, Über die rechtliche Fragwürdigkeit von indirekten Finanzhilfen durch Abzüge vom steuerbaren Einkommen - Das Beispiel der Wohneigentumsförderung, in: Festschrift für Ernst Höhn, Bern und Stuttgart 1995, S. 298 ff. mit Hinweisen.

¹⁵ Vgl. etwa Art. 104 Abs. 1 der Verfassung vom 6. Juni 1993 des Kantons Bern (BSG 101.1); § 133 Abs. 1 Bst. a der Verfassung vom 17. Mai 1984 des Kantons Basellandschaft (SGS 100).

viert ist¹⁶. Wenn schon Steuererhebungsgrundsätze formuliert werden, wie dies in Artikel 106 VE geschieht, so gehören die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit fraglos dazu. Sie sind die eigentlichen materiellen Grundsätze, während es bei den in Artikel 106 Absatz 1 VE genannten Anforderungen an das Legalitätsprinzip im Steuerrecht um Grundsätze formeller bzw. verfahrensrechtlicher Art geht.

Man mag einwenden, das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sei auf Einkommenssteuern zugeschnitten und eigne sich daher nicht für eine Generalisierung. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Einkommenssteuern lediglich das Hauptanwendungsgebiet darstellen. Das Prinzip strahlt aber namentlich auch auf die Mehrwertsteuer aus. Es macht sich dort in ermässigten Steuersätzen und Freilistenpositionen bemerkbar¹⁷. Hat man gegen eine allgemeine Formulierung Hemmungen, so wäre eine relativierende Formulierung denkbar, die etwa wie folgt lauten könnte:

Bei der Ausgestaltung und Erhebung von Steuern, insbesondere von direkten Einkommenssteuern, sind die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu beachten.

Man würde mit dieser Formulierung Raum für die Fortentwicklung und Übertragung des Leistungsfähigkeitsprinzips auch auf andere als Einkommenssteuern lassen.

2.4 Gerechtfertigtes Stillschweigen zu den Kausal- und Lenkungsabgaben?

Während feststeht, dass Bundessteuern einer Verankerung in der BV und damit auch im VE bedürfen, gilt diese Gewissheit für Kausal- und Lenkungsabgaben nicht gleicherweise. Als Grundlage kommen dafür auch

¹⁶ Vgl. RICHLI (Fn. 14), S. 297 f.

¹⁷ Vgl. hierzu allgemein etwa PAUL RICHLI, Verfassungsgrundsätze für die Umsatzsteuer und die Stempelabgaben, ASA 1990, S. 401 ff. mit Hinweisen; VPB 1987 Nr. 61.

Verfassungsbestimmungen in Betracht, welche dem Bund Sachkompetenzen zuweisen, wie namentlich der Umweltschutzartikel (Art. 24^{sepües}) und der Landwirtschaftsartikel (Art. 31^{bis} Abs. 3 Bst. b) der Bundesverfassung. Diese Meinung wird in der Rechtslehre zwar nicht durchwegs ohne Einschränkung vertreten. Der Meinungsstand ist also nicht einheitlich. Die Bundesbehörden haben sich durch ihre Rechtsetzungspraxis aber grundsätzlich auf den Boden der Zulässigkeit von Kausal- und Lenkungsabgaben gestellt. Hier sei vorweg auf die bundesrätliche Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz¹⁸ hinzuweisen, in welcher Kausal- und Lenkungsabgaben einen bedeutenden Platz einnehmen. Angesprochen sind damit die Bestimmungen über die Finanzierung der Entsorgung (Art. 32 ff.)¹⁹ und über die Lenkungsabgaben (Art. 35a ff.)²⁰. Der Bundesrat beruft sich für deren verfassungsrechtliche Abstützung unter Hinweis auf die Literaturlage auf den Umweltschutzartikel der BV²¹. In der parlamentarischen Beratung scheinen diese Bestimmungen unter Aspekten der ausreichenden Kompetenzgrundlage nicht ernsthaft in Zweifel gezogen worden zu sein²². Jedenfalls finden sie sich in der Schlussfassung der Gesetzesänderung (Art. 35a bis 35c)²³.

Mit der Einführung von Kausal- und Lenkungsabgaben im Umweltrecht betritt der Bund im übrigen keineswegs Neuland. Vielmehr finden sich

¹⁸ Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz; BBl 1993 II 1445 ff.

¹⁹ Botschaft (Fn. 18), S. 1563 f.

²⁰ Botschaft (Fn. 18), S. 1566 ff.; vgl. im weiteren etwa ERNST BLUMENSTEIN / PETER LOCHER, System des Steuerrechts, 4. neub. Aufl., Zürich 1992 mit zahlreichen Hinweisen sowie vor allem XAVIER OBERSON, Les taxes d'orientation - nature juridique et constitutionnelle, Genf 1991, S. 147 ff.; auch KLAUS A. VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 2. Aufl., Bern 1991, S. 140 f.; ders., Gedanken zur Ökologisierung des Steuerrechts, ASA 1994, S. 641 ff., bes. 665 ff.

²¹ Botschaft (Fn. 18), S. 1504 f. und 1538 f.

²² Im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Textes war das Amtliche Bulletin der Bundesversammlung noch nicht verfügbar, so dass die Diskussion nicht überprüft werden konnte.

²³ Vgl. Referendumsvorlage, BBl 1996 I 244.

im geltenden Recht bereits namhafte Beispiele von Lenkungsabgaben²⁴. Zu nennen sind vor allem die Abgaben für die Überbestände in der Tierhaltung. Sie beruhen auf dem Landwirtschaftsgesetz (Art. 19a ff.)²⁵ und sind in der Höchstbestandesverordnung (Art. 13 ff.)²⁶ geregelt. Verfassungsgrundlage ist der Landwirtschaftsartikel der BV (Art. 31bis Abs. 3 Bst. b). Weiter sticht der sog. Negativzins auf Guthaben in Schweizerfranken von Personen im Ausland hervor, welcher in den frühen siebziger Jahren im Interesse der Währungs- und Konjunkturstabilisierung erhoben worden ist²⁷. Er hat ausgesprochenen Lenkungscharakter; Personen im Ausland sollen dadurch angereizt werden, die Guthaben in Schweizerfranken wieder aufzulösen²⁸. Der Bund wäre im Bedarfsfall auch heute befugt, eine solche Lenkungsabgabe zu erheben, nämlich gestützt auf das Nationalbankgesetz (Art. 16i Abs. 1 Ziff. 1)²⁹. Als Grundlage für diese Bestimmung des Nationalbankgesetzes dient vorab der Konjunkturartikel (Art. 31^{quinquies} Abs. 1 und 2)³⁰.

Lenkungsabgaben erfreuen sich heute besonderer Wertschätzung, weil es sich dabei um staatliche Handlungsinstrumente handelt, welche die Marktkräfte nicht ausser Funktion setzen, wie das bei Geboten und Verboten der Fall ist. Vielmehr behalten die Rechtssubjekte die Handlungsfreiheit. Ändern sie ihr Verhalten nicht, so haben sie aber finanzielle Belastungen in Kauf zu nehmen³¹.

Veranschlagt man die Praxis der Bundesbehörden zu den Kausal- und Lenkungsabgaben sowie die verfassungsrechtlich prinzipiell günstige

²⁴ Für eine Übersicht über die bestehenden Lenkungsabgaben siehe OBERSON (Fn. 20), S. 87 ff.

²⁵ SR 910.1.

²⁶ SR 916.344.

²⁷ Vgl. LEO SCHÜRMAN, Nationalbankgesetz und Ausführungserlasse, Bern 1980, Art. 16i, Rz. 15.

²⁸ Vgl. SCHÜRMAN (Fn. 27), Art. 16i, Rz. 23.

²⁹ Vgl. SCHÜRMAN (Fn. 27), Art. 16i, Rz. 15 ff.

³⁰ Vgl. SCHÜRMAN (Fn. 27), Titel und Ingress, Rz. 2.

³¹ Vgl. dazu etwa Botschaft (Fn. 18), S. 1515 f.; auch VALLENDER (Fn. 20; Wirtschaftsfreiheit), S. 138 f.

Beurteilung der Lenkungsabgaben, so drängt sich die Verankerung der Möglichkeit des Einsatzes solcher Abgaben im VE meines Erachtens geradezu auf. Sie mit Stillschweigen zu übergehen wäre nicht tunlich. Man würde damit eine Nachführungslücke schaffen.

Spricht man sich für die Aufnahme der Möglichkeit von Kausal- und Lenkungsabgaben in den VE auf, so steht noch nicht fest, wo dies geschehen solle. Meines Erachtens ist beispielsweise die Plazierung in den Bestimmungen über die Finanzordnung denkbar, obwohl Lenkungsabgaben nicht in erster Linie Einnahmen erbringen, sondern vorab ein bestimmtes Verhalten beeinflussen sollen^{32, 33}. Alternativ käme auch eine Plazierung am Ende der Bestimmungen über die Zuständigkeiten in Frage. Die Bestimmung könnte wie folgt lauten:

Der Bund kann im Rahmen seiner Regelungszuständigkeiten auch Kausal- und Lenkungsabgaben erheben, soweit dadurch die kantonale Steuer- und Finanzautonomie nicht beeinträchtigt wird.

PAUL RICHLI, BASEL

³² Vgl. etwa BLUMENSTEIN / LOCHER (Fn. 20), S. 5 f.; OBERSON (Fn. 20), S. 55 f.

³³ Der entsprechende Glaubwürdigkeitsnachweis lässt sich am besten und einfachsten dadurch erbringen, dass die Einnahmen in geeigneter Form an die Bevölkerung zurückerstattet werden. Für diese Lösung setzt sich erneut VALLENDER ein (Fn. 20; Ökologisierung), S. 665 ff. - Weniger weit geht OBERSON (Fn. 20), S. 155 ff., bes. 160, der dafür eintritt, der Bund könne sich zur Erhebung einer Lenkungsabgabe dann auf eine Sachkompetenz berufen, wenn die Einnahmen nicht in die allgemeine Bundeskasse geleitet, sondern zweckgebunden zur Förderung des mit der Abgabe verfolgten Zwecks eingesetzt würden.