

# «Regierung regiert zu pragmatisch»

Rechtswidriges Bausparmodell muss abgeschafft werden, sagt Staatsrechtler Schefer

BaZ 3.6.2009

INTERVIEW: DENISE BATTAGLIA

**Für Markus Schefer (44), Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Basel, hat die Baselbieter Regierung in den von SP und Grünen angeprangerten Fällen das Recht missachtet. Das Steuerprivileg für Bausparer, sagt er, dürfe nicht länger gewährt werden.**

Die Baselbieter Regierung, kritisieren SP und Grüne, gehe allzu salopp mit dem Recht um. In drei Vorstössen machten sie auf zwei Gesetzesverstösse und auf eine Missachtung eines Gerichtsurteils aufmerksam. Dabei geht es um die Verletzung der Ausstandspflicht, das Bausparmodell, das dem eidgenössischen Steuerharmonisierungsgesetz widerspricht, und um illegale Bewilligungen von Verkaufseinheiten in der Gewerbezone (BaZ von gestern). Die Regierung reagiert in den Antworten grösstenteils uneinsichtig. Doch auch für Staatsrechtler Markus Schefer hat die Regierung in allen drei Fällen das Recht verletzt.

**BaZ:** Herr Schefer, die Regierung hat im Zusammenhang mit der Ausstandspflicht keine Fehler zugegeben. Sie ist nach wie vor der Meinung, die Ausstandspflicht nicht verletzt zu haben.

**MARKUS SCHEFER:** Die Regierung scheint heute immerhin der Meinung zu sein, dass sie einen Fehler gemacht hat. Sie hat schriftlich versprochen, einen solchen Fall künftig anders handhaben zu wollen. Sie gibt den Fehler zwar nicht ausdrücklich zu. Aber in ihrer Interpellationsantwort vermittelt die Regierung schon den Eindruck, dass sie aus dem Fall gelernt hat. Ich vermute, sie hat sich bezüglich Ausstandspflicht zu Beginn schlicht zu wenig Gedanken gemacht. Dann hat ihr die Auslegung der Verfassungsnorm offensichtlich auch etwas Mühe bereitet.

**Die Kantonsverfassung äussert sich zur Ausstandspflicht doch deutlich?**

Ja, sie besagt ausdrücklich, dass die Ausstandspflicht für Vorbereitung, Beratung und Beschlussfassung gilt. Das bedeutet: An Vorbereitung, Beratungen und Abstimmung dürfen nur jene teilnehmen, die zum Entscheidungskörper gehören.

**Also jene, die nicht befangen sind.**

Es dürfen sogar auch jene nicht teilnehmen, die nur schon befangen sein könnten.

**Regelt die Baselbieter Verfassung die Ausstandspflicht aussergewöhnlich deutlich?**

Indem die Verfassung alle Verfahrensstadien, von der Vorbereitung bis zur Beschlussfassung, ausdrücklich nennt, bringt sie zum Ausdruck, dass sie der Unbefangenheit des Regierungsrats hohes Gewicht beimisst. Deshalb ist auch ein strenger Massstab anzusetzen, wenn es darum geht, dass ein Regierungsmitglied den Raum verlassen muss.

**«Man muss sich auch an das Recht halten, wenn keine Sanktionen drohen.»**

Die Regierung argumentiert, es sei effizienter, wenn man nicht bei jedem Geschäft, zu dem es keine Diskussion gebe, aus dem Raum gehen müsse.

Wenn offen abgestimmt wird, dann darf derjenige, der befangen ist oder sein könnte, auf keinen Fall im Raum sein, weil er sehen kann, wer wie abstimmt. Das kann den einen oder anderen dazu bewegen, im Sinne des



**Rechtsprofessor.** Der Regierungsrat sollte die Ausstandspflicht strenger handhaben, findet Markus Schefer. Foto Desborough

befangenen Kollegen abzustimmen, um diesen nicht zu erzürnen. Die Anwesenheit der betroffenen Person könnte das Abstimmungsverhalten der anderen auf diese Weise beeinflussen. Die Anwesenheit ist somit bei offenen Abstimmungen ein Problem.

**Bei geheimen Abstimmungen nicht?**

Es wäre weniger heikel. Aber eine geheime Abstimmung ist sicher wesentlich ineffizienter als eine offene, bei der die betroffene Person den Raum verlässt. Das Argument der Regierung, man verzichte aus Effizienzgründen darauf, befangene Mitglieder aus dem Raum zu schicken, vermag somit nicht zu überzeugen. Zudem könnte man die Sitzung so organisieren, dass sie zügig vonstattengeht und gleichwohl der Verfassung Rechnung trägt.

**Ist die Ausstandspflicht so wichtig?**

Ja, die Ausstandspflicht ist auch in der Bundesverfassung verankert. Sie garantiert, dass die Verwaltungsbehörden unbefangen und nicht in eigener Sache entscheiden. Gerade der Fall Krähenbühl illustriert schön, wie nötig diese Regel ist. Es wäre zu begrüssen, wenn der Regierungsrat die Ausstandsregelung künftig strenger handhaben würde.

**Mit der Beibehaltung des Bausparmodells verletzt die Regierung Bundesrecht...**

Man hängt an diesem Modell und will es nicht aufgeben.

**Und dann ist es legitim, ein Gesetz nicht einzuhalten?**

Nein, natürlich nicht. Es bestreitet auch niemand, dass diese Bausparregelung mit dem Bundesrecht nicht vereinbar ist. Finanzdirektor Adrian Ballmer argumentiert anders. Er sagt etwa, man könne gegen die Beibehaltung des Bausparmodells keine Beschwerde führen, also müsse der Kanton auch nicht mit Sanktionen rechnen. Gerade eine Regierung darf aber der Bevölkerung nicht quasi vorexerzieren, dass man sich nur dann an das Recht halten muss, wenn eine Sanktion droht. Man muss sich auch an das Recht halten, wenn man keine Sanktionen zu befürchten hat.

Das gilt schliesslich auch für jeden Bürger: Der Strassenverkehr funktioniert nur so lange, als der einzelne Verkehrsteilnehmer sich auch dann an die Regeln hält, wenn kein Polizist zuschaut.

**«Hier kommt ein übermässiger Eigensinn der Verwaltung zum Ausdruck.»**

**Darf der Kanton das Steuerprivileg nun weiterhin gewähren?**

Nein, das Bausparmodell ist nicht rechtmässig. Der Bundesrat hätte es in der Hand, dem Bausparen ein Ende zu setzen. Er hat die Aufsicht darüber, dass die Kantone die Bundesgesetze einhalten. Aber offenbar ist ihm diese Gesetzesverletzung nicht wichtig genug, um zu intervenieren.

**Ballmer sagt, weil eine Initiative hängig ist, sei die Regierung «legitimiert», das Bausparmodell weiterhin zu gewähren.**

Volksinitiativen haben keine Vorwirkung. Zudem wäre es relativ problemlos möglich, bis zur Abstimmung über die Initiative auf das Bausparen zu verzichten. Das zieht keinen grossen Verwaltungsaufwand nach sich.

**Im Weiteren hat die Regierung bei der Bewilligungen für Verkaufsläden in Gewerbebezonen einem Gerichtsentcheid nicht Rechnung getragen, der die Bewilligungen als gesetzeswidrig beurteilte.**

Ja, die Verwaltung hat sich nicht an die Rechtsprechung gehalten. Hier kommt ein übermässiger Eigensinn der Verwaltung zum Ausdruck. Es macht etwas den Eindruck, als ob die Verwaltungsbehörden Entscheiden der Gerichte nicht das nötige Gewicht beimessen würden.

**Die Regierung sagt, die Verwaltung habe das Gesetz anders beurteilt als das Gericht. Darf sie das?**

Ein Gerichtsentcheid hat keine direkte rechtliche Bindungswirkung auf künftige Entscheide der Verwaltung. Die Verwaltung muss das Recht anwenden und kann dies nur

tun, indem sie es auslegt. Bei ihrer Auslegung muss sie die Rechtsprechung berücksichtigen und sich an diese halten. Zumindest so lange, bis sich die Umstände geändert haben.

**Das hat die Regierung nicht getan. Offenbar sagte sie sich: Es gibt zwar ein Gerichtsurteil, aber wir wissen es besser.**

Die Regierung nimmt die Autorität des Gerichts offenbar zu wenig ernst. Was mich wundert, ist die Tatsache, dass es nie Einsprachen gegen diese Bewilligungen gegeben hat.

**Das wiederum wertet der Regierungsrat als Argument zu seinen Gunsten. Weil es keine Einsprachen gegeben hat, sagt er, seien die Bewilligungen der Verkaufsläden in Ordnung.**

Dieses Argument verfängt nicht. Die Rechtmässigkeit einer Handlung der Verwaltung hängt nicht davon ab, ob dagegen Einsprachen erhoben werden oder nicht. Man muss das Recht richtig anwenden, unabhängig davon, ob es Einsprachen gegen einen Entscheid gibt oder nicht.

**«Beim Bausparen hat man eine rechtswidrige Praxis: Diese muss man ändern.»**

**Foutiert sich die Baselbieter Regierung ganz einfach um das Recht?**

Aus den hier diskutierten drei Fällen allein lässt sich nicht ableiten, die Regierung sei generell zu wenig rechtstreu. Bei der Ausstandspflicht ist man wohl in etwas hineingeschlittert und hat danach zu wenig radikal reagiert. Beim Bausparen betreibt man tatsächlich eine rechtswidrige Praxis: Diese muss geändert werden. Und bei der Bewilligung von Verkaufsläden in der Gewerbezone hat sich gezeigt, dass die Baselbieter Verwaltung das Gericht zu wenig ernst nimmt. Daraus kann man allenfalls ableiten, dass diese Regierung – jedenfalls in den vorliegenden drei Fällen – etwas zu pragmatisch regiert.