



An den Grossen Rat

23.5216.02

JSD/P235216

Basel, 23. August 2023

Regierungsratsbeschluss vom 22. August 2023

Motion David Jenny und Konsorten betreffend Frühlingsputz in der Systematischen Gesetzessammlung: Aufhebung oder Totalrevision des Gesetzes betreffend den Austritt in Behörden, die Beschränkung der Stimmgebung bei Wahlen und die Ausschliessung der Wählbarkeit von Verwandten zu Mitgliedern von Behörden (SG 138.100) - Stellungnahme

Der Grosser Rat hat an seiner Sitzung vom 7. Juni 2023 die nachstehende Motion David Jenny und Konsorten betreffend Frühlingsputz in der Systematischen Gesetzessammlung: Aufhebung oder Totalrevision des Gesetzes betreffend den Austritt in Behörden, die Beschränkung der Stimmgebung bei Wahlen und die Ausschliessung der Wählbarkeit von Verwandten zu Mitgliedern von Behörden (SG 138.100) dem Regierungsrat zur Stellungnahme überwiesen:

«Die aktuellen Bestimmungen des obgenannten, altehrwürdigen Gesetzes (ursprünglich vom 4. März 1872, das somit seinen 150. Geburtstag erleben durfte) lauten wie folgt:

I. Austritt in Behörden

A. Regelmässiger Austritt

§ 1

1 Ein Mitglied einer Behörde oder ein Beamter des Staats oder einer Gemeinde ist bei Behandlung und Entscheidung einer Sache im Austritt:

1. *Bei eigener Beteiligung, d.h. in eigener Sache, oder in einer Sache, von deren Entscheid er einen Vorteil oder Nachteil zu erwarten hat.*
2. *Bei Beteiligung seiner Verwandten in der geraden Linie und in der Seitenlinie bis zum dritten Grad (Geschwister, Onkel, Tante, Neffe und Nichte), ebenso bei Beteiligung von Personen, welche im Verhältnisse von Gegenschwähern stehen.*
3. *Bei Beteiligung von Personen, mit welchen seine Ehefrau, seine Verlobte, sein eingetragener Partner oder die mit ihm in faktischer Lebensgemeinschaft Lebende oder mit deren Ehegatten, Verlobten, eingetragenen Partnern oder mit ihnen in faktischer Lebensgemeinschaft Lebenden er nach Ziff. 2 verwandt ist, auch wenn die betreffende Ehe durch Tod oder Scheidung oder die eingetragene Partnerschaft aufgelöst ist.*
4. *Bei Beteiligung seiner (auch der geschiedenen) Ehefrau, seiner Verlobten, seines eingetragenen Partners (auch nach Auflösung der Partnerschaft) oder der mit ihm eine faktische Lebensgemeinschaft führenden Person.*
5. *Bei Beteiligung einer Person, deren umfassender Beistand oder Vormund er ist.*

6. Bei Beteiligung einer Person, mit welcher er gemeinschaftlich ein Geschäft betreibt oder in deren Lohn oder Dienst er steht.
7. Bei Beteiligung einer Korporation, Stiftung oder Anstalt, sofern er Mitglied ihrer Vorsteuerschaft ist; ausserdem in den Gerichten bei Beteiligung des Staats oder einer Staatsverwaltung, einer Gemeinde oder Gemeindeverwaltung, sofern er Mitglied der betreffenden Gemeindebehörde oder Verwaltungsbehörde ist.

B. Austritt im Grossen Rate

§ 2

¹ Ein Mitglied des Grossen Rates ist in dieser Behörde im Austritt nur im Fall von persönlichen Begehrten, und zwar von seinen eigenen und denjenigen seines Ehegatten, seiner Verlobten, seines eingetragenen Partners, der mit ihm eine faktische Lebensgemeinschaft führenden Person, seiner Verwandten sowie seiner Verschwägeren in der geraden Linie und in der Seitenlinie bis zum zweiten Grade (Geschwister, Schwager und Schwägerin). Im Falle von anderweitiger Beteiligung bleibt der Austritt seinem Gewissen überlassen.

C. Austritt bei Beteiligung einer Konkursmasse

§ 3

¹ Bei Beteiligung einer Konkursmasse wird der Austritt der Gläubiger derselben in den Fällen des § 1 Ziff. 2 und 3 beschränkt auf Verwandte in der geraden Linie und auf Geschwister; im Fall von § 1 Ziff. 7 findet kein Austritt statt.

D. Austritt bei Beteiligung einer Aktiengesellschaft

§ 4

a) Aktionäre und deren Ehegatten, Verlobte, durch eingetragene Partnerschaft oder faktische Lebensgemeinschaft verbundenen Personen und Verwandte

Bei Beteiligung einer Aktiengesellschaft bzw. Kommanditgesellschaft auf Aktien sind nur die Aktionäre selbst, nicht deren Ehegatten, Verlobte, eingetragene Partner oder die Personen, die mit ihnen eine faktische Lebensgemeinschaft führen, und Verwandte, im Austritt. Wenn jedoch das Aktienkapital wenigstens zehn Millionen Franken und die Zahl der Aktien wenigstens zehntausend beträgt, so fällt jeder Austritt der Aktionäre weg. Ebenso wenn eine Aktiengesellschaft, deren Kapital wenigstens eine Million Franken und deren Aktienzahl wenigstens tausend beträgt, als Gläubiger einer Konkursmasse beteiligt ist.

b) Angestellte

Dagegen haben die Direktoren, Verwaltungsräte, Geranten und Angestellten einer Aktiengesellschaft im Grossen Rat und in Verwaltungsbehörden nur beratende Stimme; in richterlichen Behörden sind sie im Austritt.

E. Kein Austritt bei Staats- und Gemeindeangelegenheiten

§ 5

¹ Ein Austritt findet überall nicht statt bei Behandlung und Entscheidung von Geschäften, welche den Staat oder eine Gemeinde, deren Verwaltung oder Einrichtungen im Allgemeinen betreffen.

II. Beschränkung der Stimmgebung bei Wahlen

§ 6

¹ Bei Wahlen von Mitgliedern des Grossen Rats, des Grossen Stadtrats, der Gemeinderäte, von Meistern und Vorgesetzten der Zünfte und der E. Gesellschaften besteht keine Beschränkung der Stimmgebung.

² Bei Wahlen, welche im Grossen Rate und im Grossen Stadtrat vorgenommen werden, sowie bei Pfarrwahlen darf ein Wähler weder sich selbst noch seiner Ehefrau, seiner Verlobten, seinem eingetragenen Partner, der mit ihm eine faktische Lebensgemeinschaft führenden Person, seinen Verwandten und Verschwägeren in der geraden Linie noch seinem Bruder oder Schwager seine Stimme geben.

³ In allen übrigen Behörden darf ein Mitglied weder sich selbst noch solchen Personen seine Stimme geben, wegen deren es nach § 1 im Austritt ist.

III. Ausschliessung der Wählbarkeit zu Mitgliedern von Behörden

§ 7

¹ Verwandte, Verschwägerte in der geraden Linie, durch Ehe, Verlöbnis, eingetragene Partnerschaft oder faktische Lebensgemeinschaft verbundene Personen sowie Brüder können nicht Mitglieder derselben Behörde des Staats oder der Gemeinde (ausser des Grossen Rats und des Grossen Stadtrats und bei Beisitz von Amts wegen) sein. Ebenso dürfen die Mitglieder des Kleinen Rats mit dem Staats-schreiber und dem Ratsschreiber und diese beiden Beamten unter sich sowie die Mitglieder des Kleinen Stadtrats mit dem Stadtschreiber nicht in einem dieser Verwandtschaftsverhältnisse stehen.

² Die Wahl einer solchen Person ist nur dann gültig, wenn das betreffende Mitglied der Behörde bzw. der betreffende Beamte erklärt, dass er in diesem Fall von seiner Stelle zurücktrete.

§ 7a

¹ Die Vorschriften, die in den §§ 2, 6 und 7 für den Grossen Rat aufgestellt werden, gelten entsprechend für den Weiteren Bürgerrat der Stadt und den Weiteren Gemeinderat einer Landgemeinde.

Nach einer ersten kurorischen Lektüre dieser Bestimmungen ist, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, was folgt zu bemerken:

1. Allgemeines

Die Sprache der älteren Bestimmungen dieses Gesetz atmet den Geist des 19. Jahrhunderts. So wird beispielsweise der Begriff Austritt nicht mehr verwendet, heute wird von Ausstand gesprochen. Das ländliche Konzept aus dem Jahr 1872, die im Titel des Gesetzes genannten Themen gewaltenübergreifend zu regeln, wurde im Laufe der Zeit aufgegeben (siehe z.B. die nachstehende Bemerkung 3.).

2. Ad § 1

Diese Bestimmung regelt Ausstandspflichten (respektive Austrittspflichten) sowohl für kantonale Behörden (für die heute § 74 der Kantonsverfassung massgebend ist) wie auch kommunale sehr detailliert. Heute bestehen aber Regelungen von Ausstandspflichten und Interessenskonflikten in Gemeindeordnungen.¹

3. Ad § 2

Die Ausstandspflicht von Mitgliedern des Grossen Rates ist heute in § 8 der Geschäftsordnung des Grossen Rates (GO) (SG 125.100) geregelt.

4. Ad § 3

Gemäss einer Fussnote in der Gesamtausgabe der Basler Gesetzesammlung bis 1959 (Band 1, S. 55, FN 2) ist § 3 durch die Bestimmungen des SchKG obsolet geworden.

5. Ad §§ 4 f.

Neuere Regelungen von Ausstandspflichten, zum Beispiel § 8 GO, verzichten auf solche Detaillierungen. Falls diese weiterhin als notwendig erachtet werden, sollten sie beispielsweise für den Grossen Rat in § 8 GO integriert werden. Für Regierungsrat und Verwaltung müsste die Regelung wohl im Gesetz betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt (Organisationsgesetz, OG) (SG 153.100) erfolgen, dort wird heute in § 24 auf die allgemeinen Vorschriften verwiesen, zu denen auf die Bestimmungen des hier fraglichen Gesetzes gehören. In § 24 Abs. 1 OG wird im Übrigen noch immer von "Beamten" gesprochen.

6. Ad § 6

Die Bestimmungen von § 6 greifen zum Teil in Materien ein, die heute in die Zuständigkeit der Bürger- oder Landgemeinden fallen. Die Ausdehnung dieser Bestimmung auf Pfarrwahlen ist kaum mit § 127 Abs. 1 der Kantonsverfassung vereinbar. Dass generell verboten wird, sich selber oder Nahestehende zu wählen, entspricht nicht mehr heutiger Rechtsauffassung (auch wenn manchmal eine entsprechende moralische Verpflichtung postuliert wird; § 24 Abs. 2 OG gestattet im Übrigen den Mitgliedern des Regierungsrates ausdrücklich, sich selbst zu wählen).

7. Ad § 7

Das Alter dieser Bestimmung zeigt sich darin, dass von "Brüdern" und nicht "Geschwistern" in Abs. 1 gesprochen wird². Ebenso sind die Bezeichnungen der erwähnten Behörden und Funktionen teilweise veraltet. Im Übrigen ist diese Bestimmung nicht auf die §§ 70-72 der Kantonsverfassung abgestimmt.

8. Ad § 7a

Die hier vorgenommenen Ausweitungen des Geltungsbereiches dieses Gesetzes sind fragwürdig.

Die Weiterexistenz des fraglichen Gesetzes schafft Rechtsunsicherheit. Einzelne Bestimmungen sind durch späteres kantonales oder Bundesrecht derogiert worden. Es könnte aber auch argumentiert werden, dass beispielsweise die Ausstandspflicht von Mitgliedern des Grossen Rates nicht ausschliesslich in § 8 GO geregelt ist, da Bestimmungen des fraglichen Gesetzes unter Umständen weitergehen. Vereinzelte Bestimmungen, die noch Aktualität haben, können auch in andere Gesetze, z.B. in das Kindes- und Erwachsenenschutzgesetz (SG 212.400), überführt werden.

Die Motionärinnen und Motionäre fordern deshalb, dass der Regierungsrat eine den obigen Erwägungen, von denen er aber aus guten Gründen abweichen kann, entsprechende Aufhebung oder Totalrevision des Gesetzes betreffend Austritt in Behörden, die Beschränkung der Stimmgebung bei Wahlen und die Ausschliessung der Wählbarkeit von Verwandten zu Mitgliedern von Behörden innert zweier Jahre vorlegt. Dem Regierungsrat steht es frei, gleichzeitig die Aufhebung des Gesetzes betreffend das Verfahren bei Unvereinbarkeit von öffentlichen Stellungen vom 10. Juli 1902 (SG 138.200) mittels Überführung der Bestimmungen dieses Gesetzes, beispielsweise in verschiedene Bestimmungen des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt (SG 153.100), vorzuschlagen.

¹ Vgl. § 27 Gemeindeordnung der Einwohnergemeinde Bettingen (BeE 111.100); § 4 Gemeindeordnung der Einwohnergemeinde Riehen (RiE 111.100); § 4 Gemeindeordnung der Bürgergemeinde der Stadt Basel (SG BaB 111.000).

² Vgl. Denise Buser, Grosser Rat, Regierungsrat, Verwaltung- und Ombudsstelle, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechtes des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 357 FN, 40.

David Jenny, Bruno Lütscher, Jeremy Stephenson, Erich Bucher, Claudia Baumgartner, Andreas Zapalà, Edibe Gölgeli, Mahir Kabakci, Thomas Gander, Nicola Goepfert, Fleur Weibel, Barbara Heer, Luca Urgese, Alex Ebi, Thomas Widmer-Huber, Andrea Strahm, Beat Braun, Daniel Seiler, Lorenz Amiet, Jo Vergeat, Catherine Alioth, Felix Wehrli, Sandra Bothe, Daniel Albietz»

Wir nehmen zu dieser Motion wie folgt Stellung:

1. Zur rechtlichen Zulässigkeit der Motion

§ 42 des Gesetzes über die Geschäftsordnung des Grossen Rates (GO, SG 152.100) vom 29. Juni 2006 bestimmt über die Motion:

§ 42. Inhalt und Eintretensbeschluss

¹ In der Form einer Motion kann jedes Mitglied des Grossen Rates oder eine ständige Kommission den Antrag stellen, es sei der Regierungsrat zu verpflichten, dem Grossen Rat eine Vorlage zur Änderung der Verfassung oder zur Änderung eines bestehenden oder zum Erlass eines neuen Gesetzes oder eines Grossratsbeschlusses zu unterbreiten.

^{1bis} In der Form einer Motion kann zudem jedes Mitglied des Grossen Rates oder eine ständige Kommission den Antrag stellen, es sei der Regierungsrat zu verpflichten, eine Massnahme zu ergreifen. Ist der Regierungsrat für die Massnahme zuständig, so trifft er diese oder unterbreitet dem Grossen Rat den Entwurf eines Erlasses gemäss Abs. 1, mit dem die Motion umgesetzt werden kann.

² Unzulässig ist eine Motion, die auf den verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsbereich des Regierungsrates, auf einen Einzelfallentscheid, auf einen in gesetzlich geordnetem Verfahren zu treffenden Entscheid oder einen Beschwerdeentscheid einwirken will.

³ Tritt der Rat auf die Motion ein, so gibt er dem Regierungsrat Gelegenheit, innert drei Monaten dazu Stellung zu nehmen, insbesondere zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit des Begehrens.

Die Motion ist sowohl im Kompetenzbereich des Grossen Rates wie auch in demjenigen des Regierungsrates zulässig. Ausserhalb der verfassungsrechtlichen Kompetenzaufteilung (vgl. § 42 Abs. 2 GO) ist der betroffene Zuständigkeitsbereich somit keine Voraussetzung der rechtlichen Zulässigkeit. Die Frage nach der Zuständigkeit ist im Rahmen der inhaltlichen Umsetzung eines Motionsanliegens aber von entscheidender Bedeutung, da sie die Art der Umsetzung vorgibt. Es gilt, das Gewaltenteilungsprinzip zwischen Grossem Rat und Regierungsrat zu beachten, denn beide sind gestützt auf das Legalitätsprinzip an Erlassen gebunden, welche die Entscheidungsbefugnisse auf die Staatsorgane aufteilen. Je nach betroffenem Kompetenzbereich richtet sich die Umsetzung entweder nach § 42 Abs. 1 GO oder nach § 42 Abs. 1^{bis} GO. Liegt die Motion im Zuständigkeitsbereich des Grossen Rates, wird sie mit einer Verfassungs-, Gesetzes- oder Beschlussvorlage erfüllt (§ 42 Abs. 1 GO). Eine Motion, die auf eine Materie im Kompetenzbereich des Regierungsrates zielt, wird mit einer Verordnungsänderung respektive mit einem anderen Mittel der Exekutive erfüllt (§ 42 Abs. 1^{bis} GO), oder aber dem Grossen Rat wird ein Gesetzesentwurf vorgelegt, der die Kompetenzverteilung zugunsten des Grossen Rates verändert (§ 42 Abs. 1^{bis} Satz 2 GO).

Mit der vorliegenden Motion soll der Regierungsrat beauftragt werden, das Gesetz betreffend den Austritt in Behörden, die Beschränkung der Stimmgebung bei Wahlen und die Ausschliessung der Wählbarkeit von Verwandten zu Mitgliedern von Behörden (SG 138.100; nachfolgend «Austrittsgesetz») innert zweier Jahre total zu revidieren oder aufzuheben. Die Motion stellt es dem Regierungsrat frei, gleichzeitig die Aufhebung des Gesetzes betreffend das Verfahren bei Unvereinbarkeit von öffentlichen Stellungen vom 10. Juli 1902 (SG 138.200) mittels Überführung der Bestimmungen dieses Gesetzes, beispielsweise in verschiedene Bestimmungen des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt (SG 153.100), vorzuschlagen.

Die Motion verpflichtet den Regierungsrat, dem Grossen Rat eine Vorlage zur Änderung oder Aufhebung eines Gesetzes zu unterbreiten. Dies ist nach § 42 Abs. 1 GO ein zulässiger Motionsinhalt. Es spricht kein höherrangiges Recht wie Bundesrecht oder kantonales Verfassungsrecht gegen die Motionsforderung.

Der Grosse Rat kann gemäss § 43 GO eine Frist zur Motionserfüllung festlegen. Die Motion verlangt eine Erfüllung innert zweier Jahre.

Die Motion ist aufgrund dieser Erwägungen als rechtlich zulässig anzusehen.

2. Zum Inhalt der Motion

2.1 Ausgangslage

Die personelle Gewaltenteilung und der Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung vor Gerichten und Verwaltungsinstanzen gehören zu den tragenden Pfeilern der schweizerischen und basel-städtischen Verfassungsordnung. Wichtige gesetzgeberische Instrumente zur Verwirklichung einer gewaltenteiligen Staatsorganisation und unvoreingenommenen Staatshandelns sind Ausstands- und Unvereinbarkeitsnormen:

- Ausstandsnormen sind das *verfahrensrechtliche* Mittel, um Interessenkollisionen oder Fälle unzulässiger Vorbefassung *im konkreten Einzelfall* zu regeln.¹
- Unvereinbarkeitsnormen sind das *organisationsrechtliche* Mittel zur *generellen und präventiven* Verhinderung von Interessenkollisionen. Sie verbieten insbesondere die Kumulation von Ämtern, Nebenbeschäftigung sowie die Beschäftigung von Personen in der gleichen Behörde, die zueinander in einem besonderen Näheverhältnis stehen. Von den Betroffenen wird verlangt, dass sie im Fall der Anstellung oder Wahl die unzulässige Kumulation auflösen. (Strenger noch sind Wählbarkeitsnormen. Sie sprechen Kandidierenden das passive Wahlrecht ab, solange eine problematische Konstellation besteht.)²

Der basel-städtische Gesetzgeber entschied sich im vorletzten Jahrhundert, Ausstand und Unvereinbarkeit in einem separaten Gesetz zu regeln, und erliess am 4. März 1872 das Gesetz betreffend den Austritt in Behörden, die Beschränkung der Stimmgebung bei Wahlen und die Ausschließung der Wählbarkeit von Verwandten zu Mitgliedern von Behörden («Austrittsgesetz»; SG 138.100). Dieses Gesetz wurde mehrfach revidiert. Die letzte Änderung trat am 1. Januar 2013 in Kraft. Es besteht kein Zweifel, dass dieses Gesetz auch heute noch gilt. Nach und nach sind neben dieses Gesetz allerdings weitere Erlasse auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene getreten, die ebenfalls Bestimmungen zum Ausstand und zu Unvereinbarkeiten enthalten. Überdies ist am 13. Juli 2006 die totalrevidierte Kantonsverfassung in Kraft getreten, die beispielsweise den Gemeinden und öffentlich-rechtlich anerkannten Kirchen und Religionsgemeinschaften weitgehende Autonomie verleiht, so dass zu klären ist, inwieweit das Austrittsgesetz namentlich für diese Körperschaften noch gilt.

Dieses Nebeneinander verschiedener Ausstands- und Unvereinbarkeitsnormen führt in der Praxis zu Schwierigkeiten. Die juristische Methodik hält zwar Auslegungsgrundsätze bereit, mit denen die Anwendbarkeit des Austrittsgesetzes ermittelt werden kann; gleichwohl bleibt manchmal eine Restunsicherheit. Eine Revision bietet die Möglichkeit, die Ausstands- und Unvereinbarkeitsthematik rechtssicher und auch für juristische Laien verständlich zu regeln.

2.2 Haltung des Regierungsrats

Der Regierungsrat anerkennt den Revisionsbedarf des «Austrittsgesetzes» aus dem Jahr 1872 und möchte eine Vorlage vorbereiten. Gleichzeitig möchte er auch eine Revision des Gesetzes betreffend das Verfahren bei Unvereinbarkeit von öffentlichen Stellungen vom 10. Juli 1902 (SG 138.200) prüfen. Das Gesetzgebungsprojekt betrifft alle Staatsgewalten sowie zwei föderalistische Ebenen und erfasst mehrere Gesetze. Es ist deshalb in seiner Komplexität nicht zu unterschätzen. Es werden namentlich die vom geltenden Gesetz betroffenen Staatsgewalten und Körperschaften angemessen bei der Erarbeitung einzubeziehen sein.

¹ Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, S. 57.

² A.a.O., S. 58.

3. Antrag

Aufgrund dieser Stellungnahme beantragen wir, die Motion David Jenny und Konsorten betreffend Frühlingsputz in der Systematischen Gesetzessammlung: Aufhebung oder Totalrevision des Gesetzes betreffend den Austritt in Behörden, die Beschränkung der Stimmgebung bei Wahlen und die Ausschliessung der Wählbarkeit von Verwandten zu Mitgliedern von Behörden (SG 138.100) zu überweisen.

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Beat Jans
Regierungspräsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin