

---

## Fahrlässige Verfassungsgebung?

### Verfassungsrechtliche Fragen zur Volksinitiative «Ja zum Schutz der Privatsphäre»

RENÉ RHINOW\*

*«Point d'argent point d'Suisses»*  
(Sprichwort aus der Zeit Napoleons)

#### I. Vorbemerkungen

1. Zur Verunstaltung der Verfassung mit Symbolnormen und punktuellen Gesetzesnormen

Mit einer Verfassungsinitiative wird nicht nur ein politisches Anliegen verfolgt, sondern es geht auch darum, neue Normen in die Verfassung einzufügen, die den Anforderungen an eine saubere, verständliche, in das Verfassungsganze integrierte und umsetzbare Rechtsetzung genügen. Ein Blick auf die in letzter Zeit eingereichten und gutgeheissenen Volksinitiativen stimmt diesbezüglich nicht gerade optimistisch. Initiativen gleichen immer mehr Postulaten oder allgemeinen Anregungen, obwohl sie in die verfassungsmässige Form der «formulierten Initiative» gekleidet sind. Im politischen Prozess wird regelmässig nicht in erster Linie die Tragweite der einzelnen neuen Normen diskutiert, sondern die allgemeine poli-

---

\* Bei der Vorbereitung dieses Aufsatzes durfte ich Anregungen und Hinweise von einigen Fachkollegen und Freunden entgegennehmen, denen ich herzlich danke – insb. den Proff. JÖRG PAUL MÜLLER, GEORG MÜLLER, GIOVANNI BIAGGINI, URS BEHNISCH und JOHANNES REICH. Meine ersten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Initiative habe ich in der NZZ vom 10.4.13 («Ein Fremdkörper in der Verfassung») geäussert.

tische Richtung des Vorstosses. Das «böse» Erwachen folgt später, wenn es um die Umsetzung und Ausführung auf Gesetzes- und Verordnungsebene geht. Die Ausschaffungs- und die Zweitwohnungsinitiativen seien als besonders eindrückliche Beispiele für diese rechtsstaatlich bedenkliche Entwicklung aufgeführt.

Volksinitiativen stehen zunehmend in einem dreifachen Sog: Einerseits können sie symbolischer Ausdruck eines Unmutes oder einer Empörung sein, wie das etwa bei der Abzocker- oder der Zweitwohnungsinitiative der Fall war. Es geht in diesem Fall um Protest und «Zeichensetzung», was eigentlich – wenn schon – eher den Initiativen in der Form der allgemeinen Anregung vorbehalten wäre. Sie werden aber auch immer mehr als Marketinginstrumente verwendet, die den Initianten, vor allem den Parteien, Gehör und Stimmen verschaffen sollen. Und drittens enthalten sie in steigendem Ausmass punktuelle Einzelbestimmungen, die Gesetzescharakter aufweisen, wie etwa Strafnormen (bei der Ausschaffungsinitiative) oder, bei der hier zu durchleuchtenden Initiative zum Schutz der Privatsphäre, eine Kombination von Bestimmungen des Privat-, Straf- und Steuerrechts. Diese Erscheinungen können sich überlagern. Es scheint, als ob die Initianten gar nicht immer damit rechnen, dass ihr Initiativtext dereinst zum geltenden Verfassungsrecht wird. Dass es vielmehr um politischen Druck, Profilierung und Wahlkampf geht. Der (mentale) Vorbehalt eines Rückzuges steht von Anfang an im Raum. Die «Marketisierung» des Initiativrechts führt auch zu mangelnder Sorgfalt bei der Redaktion des Initiativtextes.<sup>1</sup> Wer ein spezifisches politisches Anliegen verfolgt, denkt kaum über die Einbettung der neuen Verfassungsbestimmungen in das Ganze des Verfassungsrechts nach. Wer Initiativen im Hinblick auf die nächsten Wahlen einreicht, legt das Schwergewicht eher auf die beabsichtigten Öffentlichkeitswirkungen als auf die Sorgfalt bei der Textformulierung. Und wer davon ausgeht, dass der Initiativtext nie geltendes Verfas-

sungsrecht wird (weil er schon mit dem Rückzug liebäugelt), kümmert sich auch nicht um die Umsetzungsprobleme, die mit dem neuen Verfassungsrecht möglicherweise verbunden sind.

Eine besondere Problematik ergibt sich bei der «Heraufstufung» einzelner gesetzlicher Detailbestimmungen auf die Ebene der Verfassung. Auch diese Tendenz nimmt zu. PETER FORSTMOSER hat sie anhand der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» deutlich kritisiert.<sup>2</sup> Was bedeutet es für Rechtsanwendung und künftige Rechtsänderungen, wenn im Aktienrecht, Strafrecht oder Steuerrecht einzelne Bestimmungen Verfassungsrang einnehmen? Es geht hier nicht um Grundsatzbestimmungen, die der Verfassung wohl anstehen, sondern um tagespolitisch besonders umstrittene oder aus Gründen der Parteitaktik herausgehobene Einzelnormen.

Ein primäres Anliegen der Rechtsstaatlichkeit besteht in der *Pflege des Rechts*, auch und gerade des Verfassungsrechts. Diese Forderung muss sowohl bei der von den Behörden vorgenommenen Rechtsetzung wie auch bei Volksinitiativen Gültigkeit beanspruchen. Denn einmal in die Rechtsordnung inkorporiert, unterscheiden sich Rechtsnormen nicht mehr nach ihrer Entstehungsgeschichte. Es ist erstaunlich, ja befremdlich, dass die diesbezügliche Verantwortung der Initianten kaum als rechtsstaatliches Problem thematisiert wird. Denn im Unterschied zu den Vorlagen des Bundesrates kann der Initiativtext bei formulierten Initiativen nicht mehr näher geprüft, verbessert oder verändert werden. Das Gebot einer sorgfältigen Rechtsetzung stellt nicht nur ein ästhetisches Anliegen von Juristen dar. Von der Qualität der Gesetze hängt vieles ab, namentlich deren Glaubwürdigkeit, Verständlichkeit, Anwendbarkeit bis hin zur Stellung des Richters, der bei Unklarheit eine gesteigerte Bedeutung erhält. «Missratene» Verfassungsbestimmungen ziehen nicht nur langwierige Verwaltungs- und Gerichtsverfahren, sondern bereits politisch umstrittene Gesetzgebungsverfahren nach sich.

## 2. Zur Zielsetzung der Initiative

Die lancierte Volksinitiative «Ja zum Schutz der Privatsphäre» will sicherstellen, dass «Herr und Frau Schweizer auch weiterhin eine Privatsphäre besitzen, die diesen Namen verdient». Es gehe unter anderem um das Hochhalten der Selbstverantwortung als «urliberalen Wert», um die Verhinderung eines «gläsernen Bürgers» und darum, «das persönliche Gut eines jeden Einzelnen so gut wie möglich zu schützen».<sup>3</sup> In den Worten von HANS-UELI VOGT will die Initiative «einem sich ankündigenden totalen Steuerstaat ein Staatsverständnis entgegensetzen, in dessen Zentrum der eigenverantwortliche, redliche, um seine Privatsphäre besorgte Bürger steht».<sup>4</sup> In den Verlautbarungen der Initianten wird, etwas widersprüchlich, vor allem betont, es gehe um die Absicherung der geltenden Rechtslage gegen missliebige Veränderungen (wie den automatischen Datenaustausch). Dass zur Aufrechterhaltung des status quo eine Volksinitiative eingereicht werden soll, dürfte ein politisch-staatsrechtliches Novum darstellen. Zuweilen wird aber auch festgestellt, der Schutz der Privatsphäre im geltenden Recht genüge nicht. Wie sich zeigen wird, führt der Initiativtext so oder so zu Gesetzesänderungen, indem die Kategorien der Steuerwiderhandlungen und des Abgabebetruges neu definiert werden müssten. Die Volksinitiative oszilliert somit zwischen einer neuartigen Bewahrungs- und einer (eher marginalen?) Veränderungsinitiative.

Die nachfolgenden Überlegungen knüpfen an diese Feststellungen an. Vermag die Initiative die weitreichenden Versprechungen zum umfassenden Schutz der Privatsphäre zu erfüllen? Und: Entspricht der vorgeschlagene Verfassungstext den Anforderungen an eine sorgfältige Rechtsetzung? In der gebotenen Kürze sollen vor allem zehn Fragenkomplexe aufgeworfen werden, die sich um den Verfassungstext ranken.

### 3. Zum Inhalt der Initiative

In einem ersten, grundsätzlichen Teil wird ein neuer Absatz 1 in Art. 13 BV eingefügt, der jeder Person einen «Anspruch auf Schutz der *Privatsphäre*» garantiert. Im Abs. 2 desselben Artikels wird die Aufzählung des individuellen Anspruchs auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung sowie des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs ergänzt mit einem Anspruch auf «Schutz (der) finanziellen Privatsphäre». In einem zweiten, zentralen Teil wird einerseits ein näher umrissenes *Auskunftsverbot* «Dritter» im Zusammenhang mit direkten Steuern eingefügt (Abs. 4) sowie andererseits ein *Gericht* als zustimmende Instanz bei Vorliegen eines begründeten Verdachts auf schwere Steuerhinterziehung eingesetzt (Abs. 5).

Der textlich kurze dritte Teil statuiert lapidar, dass die Voraussetzungen nach den Abs. 4 und 5 «sinngemäss» auch für die *indirekten Steuern* gelten. Die Übergangsbestimmungen regeln schliesslich das Inkrafttreten, ein «*Massgeblichkeit-Gebot*» für gewisse der neu vorgeschlagenen Normen sowie die Umsetzung durch den Gesetzgeber und den Bundesrat.

## II. Zehn offene Fragenkomplexe

### 1. Zum «alten» und «neuen» Schutz der Privatsphäre in der Bundesverfassung (Abs. 1 Initiative)

Absicht der Initianten ist es offenbar, die Privatsphäre umfassend zu schützen. Das suggeriert der Titel der Volksinitiative. Das sicher legitime, ja angesichts der zunehmenden Bedrohungen der Privatsphäre im Zeitalter der «Post-Privacy» (CHRISTIAN HELLER) drängende Desideratum sei keineswegs bestritten.<sup>5</sup> Wie weit es auf Verfassungsstufe «gelöst» werden kann, ist allerdings mehr als zweifelhaft. Den Verfassungsjuristen erstaunt diese Zielsetzung vor allem deshalb, weil nach

herrschender Lehre die Privatsphäre als Grundrecht bereits heute in der Bundesverfassung (BV) umfassend geschützt ist (nicht nur in der Überschrift, wie die Initianten offenbar meinen), insbesondere als Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Zusammenhang mit dem Schutz der persönlichen Freiheit und in Übereinstimmung mit Art. 8 EMRK. Eine Ergänzung auf dieser Stufe bringt allenfalls eine Klarstellung, aber keinen rechtlichen Mehrwert und keinen zusätzlichen Schutz.<sup>6</sup> Unbestritten erscheint, dass dieses Grundrecht je nach Lebensbereich gesetzlicher Konkretisierung bedarf, wie das heute der Fall ist.

Offen erscheint auch, in welchem Verhältnis die angekündigte «Ausweitung» des Schutzes der Privatsphäre zum geltenden *Grundrecht auf Datenschutz* im Sinne der informationellen Selbstbestimmung als Teilaspekt des Rechts auf eine persönliche Geheimsphäre steht. Denn in dessen Geltungsbereich fällt jegliche staatliche «Verarbeitung» persönlichkeitsnaher Daten. Im Lichte dieses Schutzbereiches sind persönliche Daten auch grundrechtlich geschützt, wenn sie von einem Grundrechtsträger einer anderen Person mit der Auflage der Verschwiegenheit anvertraut werden.

## 2. Was bedeutet der Teilgehalt der «finanziellen Privatsphäre» (Abs. 2 Initiative)?

Die Volksinitiative erhebt auch den Anspruch, die «finanzielle Privatsphäre» zu schützen. Handelt es sich hier um eine Präzisierung des ohnehin geltenden Schutzgehaltes oder soll ein ausgeweiteter Schutz in finanziellen Bereichen geschaffen werden? In Steuerbelangen besteht heute eine unzweifelhafte Auskunftspflicht der Steuerpflichtigen; diese haben die Steuererklärung wahrheitsgemäss und vollständig auszufüllen. Soll dies geändert werden? Soll neu ein «Lohngeheimnis» verankert werden?

### 3. Zum Schutz des Bankgeheimnisses

Der Kern des Anliegens der Initiative besteht zweifellos im Schutz des Bankgeheimnisses. Zum besseren Verständnis sei hier wiederholt, dass das Bankgeheimnis in erster Linie eine privatrechtliche Verpflichtung der Bank und ihrer Organe darstellt, Vertraulichkeit bei anvertrauten Kundendaten zu wahren. Diese Verpflichtung gilt nicht nur in Steuerbelangen (und gegenüber Behörden), sondern umfassend. Eine Geheimnisverletzung durch die Banken wird seit 1935 unter Strafe gestellt, um die Kunden besser zu schützen. Änderungen im Steuerstrafrecht ziehen keine (totale) Aufhebung des Bankgeheimnisses nach sich, wie oft behauptet wird, sondern tangieren je nach Neuregelung nur dessen steuerliche Dimension.

Nach geltendem Recht führt die Unterscheidung in den strafrechtlich verfolgten Steuerbetrug einerseits und die in der Regel bloss mit Übertretungsbusse zu ahndende Steuerhinterziehung andererseits dazu, dass nur bei ersterer der Richter (im Strafverfahren) bei den Banken Auskunft verlangen kann, während bei der Steuerhinterziehung keine Auskunftspflicht besteht. Diese Unterscheidung ist eine tradierte helvetische Sonderheit, die hier nicht thematisiert werden soll. Zugrunde liegt die Vorstellung, dass der im Verhältnis zur gewöhnlichen Hinterziehung ungleich grössere Unrechtsgehalt des Steuerbetruges gemeinstraftrechtliche Konsequenzen rechtfertigt, während dies bei der Hinterziehung im Allgemeinen (und vorbehaltlich der «schweren Steuerwiderhandlung» gemäss Art. 190 des Bundesgesetzes über die direkten Bundessteuern, DBG) nicht der Fall ist. Der Umfang des Bankgeheimnisses gegenüber Steuerbehörden richtet sich folglich nach der strafrechtlichen Qualifikation von Steuerdelikten und den Untersuchungskompetenzen der Steuerbehörden in einem Strafverfahren.<sup>7</sup> Deshalb sollten in der ehrlichen politischen Diskussion auch diese Fragen voranstellen: welche Verletzung steuerlicher Pflichten ist so gravierend, dass sie in ei-

nem Strafverfahren zu ahnden ist? Wo dies nicht der Fall ist, wie bei der (gewöhnlichen) Steuerhinterziehung, besteht ein Auskunftsverbot der Bank und ist das steuerliche Bankgeheimnis geschützt.

4. Die verbotene Auskunftserteilung (Abs. 4 und 5 Initiative): Konstruktionsfragen

Im zentralen Teil der Initiative wird in gewundenen und komplexen Formulierungen ein generelles Verbot für «Dritte» statuiert, Auskunft über Personen «mit Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz» zu erteilen, und zwar «im Zusammenhang mit direkten Steuern, die von den Kantonen veranlagt und eingezogen werden». Diese Regel wird durch zwei Ausnahmen ergänzt: Auskunft ist zulässig, wenn die Person der Auskunftserteilung zustimmt oder «im Rahmen eines Strafverfahrens und ausschliesslich dann, wenn der begründete Verdacht» auf Steuerbetrug sowie eine vorsätzliche und fortgesetzte Steuerhinterziehung eines grossen Steuerbetrages besteht (Abs. 4). Über das Vorliegen eines begründeten Verdachts entscheidet der Richter (Abs. 5).

Mit diesen Formulierungen wird klar, dass eine steuergesetzliche Regelung auf Verfassungsstufe gehoben werden soll, mit dem Ziel, den Gesetzgeber künftig (an-) zu binden. Es ist die Bundesverfassung, die definieren soll, was unter einem Steuerbetrug sowie unter leichter und schwerer Steuerhinterziehung zu verstehen ist und wann eine diesbezügliche Verpflichtung zur Geheimhaltung «Dritter» von persönlichen Daten in steuerlichen Belangen besteht. Diese Heraufstufung wirft einige schwerwiegende Fragen auf, die hier nur angedeutet werden können.

Einmal werden im Grundrechtsteil der Verfassung Private in Pflicht genommen (die «Dritten»), nicht der (normalerweise) grundrechtsverpflichtete Staat. Es wird also kein Verbot der Behörden statuiert, Auskünfte zu verlangen, sondern das pri-

vate Verbot muss offenbar auf Gesetzesebene so «umformuliert» werden, dass sich Verhaltenspflichten (vor allem Handlungsverbote) der Steuerbehörden ergeben. Der Initiativtext atmet auf Verfassungsstufe gehobenes Privat-, Straf- und Steuerrecht. Dies ergibt sich auch aus der ungewöhnlichen Verwendung der unbestimmten Kategorie des Dritten, die sonst im Verfassungsrecht dann verwendet wird, wenn es sich um Private handelt, auf die der gegen den Staat gerichtete Grundrechtsschutz ausgedehnt werden soll (vgl. Art. 35 BV).

Was geschieht, wenn sich die Dritten nicht an das Verbot halten? Hier eröffnen sich interessante Rechtsschutzfragen, die von den Initianten überhaupt nicht aufgeworfen werden. Kläger wären wohl die geheimnisberechtigten Kunden, die auf dem Weg des Zivilprozesses den Dritten einzuklagen haben, unter Berufung auf die Verletzung einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung. Sollte sich aber die Verwaltung nicht an dieses private Verbot halten, wäre der öffentliche Rechtsweg einzuschlagen. Zusätzlich oder alternativ?

#### 5. Fragen zum Normgehalt von Abs. 4 und 5 (Initiative)

5.1. Wer sind die mit einem verfassungsrechtlichen Auskunftsverbot belegten *Dritten*? Anlass der Initiative bildet der Schutz des Bank- oder anderer Berufsgeheimnisse, in den Worten der Initianten «alle, die es übernommen haben, die finanziellen Interessen eines anderen entsprechend ihrem Beruf zu wahren». (Das wären aber eigentlich die «Zweiten», die vertraglich verpflichtet sind. Offenbar «denken» die Initianten steuerrechtlich, nicht verfassungs- oder zivilrechtlich.) Wegleitend waren wohl die Art. 126–129 DBG, welche auflisten, wer gegenüber dem Steuerpflichtigen zur Ausstellung schriftlicher Bescheinigungen resp. gegenüber Steuerbehörden zur Auskunft verpflichtet ist. Der Kreis der Dritten würde sich damit über die Banken hinaus auf weitere Private erstrecken, die in einem besonders gelagerten Rechtsverhältnis mit

dem Steuerpflichtigen stehen, vor allem auch auf andere Berufe, wie etwa Arbeitgeber, Gläubiger, Vermögensverwalter und Treuhänder. Gilt dies auch für Gesellschafter, Miteigentümer, Gesamteigentümer, Stiftungen, Einrichtungen der beruflichen Vorsorge etc., die heute zur Auskunft verpflichtet sind? Sind («gewöhnliche») Private, welchen Vermögen anvertraut wurde, durch die Initiative auch erfasst? So oder so wird der Begriff des Dritten zum verfassungsrechtlichen Begriff, der nach den Regeln der Verfassungsinterpretation zu ermitteln ist. Der offene Kreis der Dritten bedeutet, dass Berufsgeheimnisse neu verfassungsrechtlich geschützt werden – doch selektiv nur «in steuerlichen Belangen». Das allgemeine Anwalts- oder Arztgeheimnis beispielsweise ist weiterhin «nur» gesetzlich geschützt. Ist es gerechtfertigt, das Berufsgeheimnis in steuerlichen Belangen herauszuheben und stärker zu schützen als beispielsweise das Arztgeheimnis allgemein?

5.2. Was bedeutet «*im Zusammenhang*» mit *direkten Steuern*? Nach den Erklärungen der Initianten sollen damit auch Auskünfte gemeint sein, die sich nicht direkt auf die Veranlagung von Steuern beziehen und die nicht gegenüber Steuerbehörden gemacht werden, also beispielsweise gegenüber der Geldwäscherei-Meldestelle. Ergibt sich diese Konsequenz zwingend aus der gewählten Formulierung im Text? Ist das für den Stimmbürger ersichtlich?

5.3. Was ist unter «*Personen mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz*» zu verstehen? Eine Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz ist hier steuerpflichtig, unabhängig davon, wo der oder die Eigentümer ihren Wohnsitz haben und welche Nationalität sie aufweisen. Was dies im volatilen internationalen Steuerumfeld (insb. gegenüber den USA) bedeuten kann, ist zumindest offen. Ein Klärungsbedarf ist offensichtlich.

5.4. Die Definition von *Steuerbetrug* und *Steuerhinterziehung* lehnt sich an die Formulierungen der Steuergesetzgebung an. Doch trifft es nicht zu, wenn behauptet wird, es werde der geltende Rechtszustand übernommen und «festge-

geschrieben». Der Tatbestand der schweren Steuerwiderhandlung wird enger gefasst als in Art. 190 Abs. 2 DBG: Auf die *Generalklausel*, wonach die fortgesetzte Steuerhinterziehung nur ein Anwendungsfall der schweren Steuerwiderhandlung darstellt, wird verzichtet. Und eine Untersuchung kann neu nur bei *vorsätzlicher* (nicht mehr bei fahrlässiger) Tat durchgeführt werden, womit das Feld der dem Bankgeheimnis unterliegenden Steuerhinterziehung tendenziell grösser wird. Wie wirkt sich diese Einengung in der Praxis aus?

5.5. Der Anwendungspraxis verbleibt ein grosser Ermessensspielraum, was unter einem *grossen Steuerbetrag* zu verstehen ist. Soll dies neu der Gesetzgeber festlegen, was im Interesse der Rechtssicherheit zu begrüssen wäre, oder soll es weiterhin bei einem Ermessensbegriff bleiben, der durch die (kantonalen!) Anwendungsorgane zu konkretisieren ist? Die proklamierte Absicherung des Bankgeheimnisses auf Verfassungsebene erweist sich somit insofern als hinkend, als diese entweder vom selben Gesetzgeber abhängig ist, dem man ja nicht vertraut und der in Schranken gewiesen werden soll, oder sogar von den Anwendungsorganen.

5.6. Schliesslich soll neu in jedem Fall der *Richter* beurteilen, ob ein begründeter Verdacht auf eine schwere Hinterziehung besteht. Damit muss der Richter (und das heisst: müssen alle *kantonalen* Richter) beurteilen, ob das Requisite des *grossen Steuerbetrages*, nicht des unversteuerten Vermögensbetrages, erfüllt ist. Der Laie fragt sich, wie der Richter festzustellen vermag, ob ein *grosser Steuerbetrag* vorliegt, wenn vorher nicht ermittelt werden darf, wie gross die hinterzogene Vermögenssumme ist? Zudem stellt sich die prozessuale Frage, ob gegen den (ersten) richterlichen Entscheid ein Rechtsmittel offen steht, etwa bis auf Bundesebene?

6. Die «sinngemässe» Regelung bei den indirekten Steuern (Abs. 6 Initiative)

Die Auskunftregeln der Initiative sollen «sinngemäss» auch bei den indirekten Steuern gelten. Dieser pauschale Verfassungsauftrag betrifft Steuervergehen, die heute weitgehend dem Verwaltungsstrafrecht unterstehen. Der Sinngehalt dieses Auftrages bleibt – jedenfalls für den «Durchschnittsjuristen» und erst recht für den Staatsbürger – im Dunkeln. Soll hier das Rad für Jahrzehnte zurückgedreht werden? Kann der Stimmbürger die Tragweite dieses Auftrages ermessen, wenn er nicht einmal von den Initianten erläutert wird?

7. Zum Normgehalt des Gesetzesvorbehaltes in «nicht steuerlichen Belangen» (Abs. 7 Initiative)

Auch hier stellen sich offene Fragen nach dem Normgehalt. Was heisst «in allen anderen» Belangen? Sind nur die «Dritten» angesprochen oder alle privaten Rechtssubjekte, und gelten die gleichen Sitz- oder Wohnsitzvoraussetzungen? Sind auch hier nur Auskünfte gegenüber Behörden gemeint? Heute schon sind nach Art. 47 Abs. 5 des Bankengesetzes die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht (etwa in Zivilprozessen) und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vorbehalten. So bestehen zahlreiche Auskunftspflichten im Zivilrecht wie im Zivil-, Straf-, Konkurs- und Pfändungsverfahren. Und in welchem Verhältnis steht dieser Absatz zu Art. 5 und 164 BV (Legalitätsprinzip) sowie Art. 36 BV (Grundrechtsbeschränkungen)?

8. Anpassung durch den Gesetzgeber (Art. 197 Ziff. 11 Abs. 3 Initiative)

8.1. In den Übergangsbestimmungen zu Art. 13 BV (nach dem Titel zum *ganzen* Art. 13 BV!) findet sich ein Eldorado

von Kuriositäten. Dass Art. 13 in seiner «geänderten Fassung» mit Annahme durch Volk und Stände in Kraft tritt, entspricht an sich Art. 195 BV. Trotzdem bedarf die Neuregelung nach dem Initiativtext einer konkretisierenden Anpassung auf Gesetzesebene. Nach Abs. 3 hat «der Gesetzgeber» (wohl des Bundes und der Kantone) innerhalb von drei Jahren die Gesetze anzupassen. Und was bedeutet der Terminus «geänderte Fassung»? Dem Wortlaut nach ist es der ganze Art. 13, so wie er Volk und Ständen zur Abstimmung vorgelegt wird; im Ingress der Initiative heisst es auch, die Bundesverfassung werde «wie folgt geändert». Diese Sicht zieht interessante Folgen nach sich: Da jüngeres, unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht älteren Bundesgesetzen vorgeht, wären die Rechtsanwendungsorgane nicht an (ältere) Bundesgesetze gebunden, die Art. 13 BV in seiner Neufassung widersprechen; diese wären nicht mehr «massgebend» im Sinne von Art. 190 BV. So würde für diesen Bereich eine partielle Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt ...

8.2. Dieser Verfassungsauftrag zur Anpassung wirft weitere Fragen auf: Relativ unproblematisch erscheint er in Bezug auf den Kern des Initiativtextes, die *Auskunftspflicht von Dritten* bei der direkten Steuer (Abs. 4 und 5). Zu konkretisieren ist eventuell der «grosse Steuerbetrag» bei der Steuerhinterziehung – eine wichtige Aufgabe, denn sie legt letztlich die Grenzen des steuerlichen Bankgeheimnisses (und anderer Geheimnispflichten) fest. Doch auch die richterliche Zuständigkeit ist (vorab durch die Kantone!) näher zu bestimmen. Immerhin ist zu bedenken, dass nach der demokratischen Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens ein Verfassungsauftrag auf Bundesebene einige Klippen zu überwinden hat: vorerst das *Zweikammersystem*, an welchem ein Gesetzesprojekt scheitern kann, und dann das *fakultative Referendum*. Lehnt das Volk die vorgeschlagene Anpassungslösung ab, ist der Auftrag (zumindest vorerst) nicht erfüllt. Das historische Beispiel der Mutterschaftsversicherung lässt grüssen. Die Um-

setzung der neuen Normgehalte ist somit nicht «gesichert», wie die Initianten verkünden. Auch ist es der Bundesversammlung nicht verwehrt, weitere Anliegen in eine Gesetzesrevision einzufügen, sodass das Risiko einer negativen Volksabstimmung tendenziell steigt. Schwieriger erscheint, was der Gesetzgeber bei den *indirekten Steuern* anzupassen hat. Art. 13 Abs. 6 (Initiativtext) verlangt ja die «sinngemässe» Geltung der statuierten Auskunftsregeln.

8.3. Recht erstaunlich ist zudem, dass sich der Anpassungsauftrag auch auf den Schutz der *finanziellen Privatsphäre* bezieht. Da beginnt die gesetzgeberische Geisterfahrt. Was gibt es hier anzupassen? Wenn nicht einmal in Umrissen erkenntlich ist, welches der Schutzgehalt des «neuen» Teilgehaltes des Privatsphärenschutzes ist – wie soll der Gesetzgeber zur Anpassung schreiten? Es ist auch daran zu erinnern, dass Grundrechte qua Verfassung individuelle und durchsetzbare Ansprüche darstellen, die grundsätzlich keiner «Anpassung» bedürfen, was auch für die finanzielle Privatsphäre gelten müsste.

8.4. Vollends zum Ritt über den Bodensee wird der Anpassungsauftrag, soweit er Abs. 7 betrifft. Die Regelung der Auskunftserteilung in nicht-steuerlichen Belangen wird nach dieser Bestimmung ausdrücklich dem Gesetzgeber aufgetragen. Was es hier innert drei Jahren anzupassen gibt, bleibt im Dunkeln.

#### 9. Der Bundesrat als Ersatzgesetzgeber (Art. 197 Ziff. 11 Abs. 3 Initiative)

Damit der Übergang zum angepassten Gesetzesrecht nicht zu lange dauert, wird (nach dem verhängnisvollen Vorbild anderer Initiativen aus jüngster Zeit) der Bundesrat ermächtigt, bis zum Inkrafttreten der Gesetzesänderungen innert eines Jahres die erforderlichen Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Das ist, erst recht für das Steuerrecht, eine schwerwiegende

Rechtsetzungsdelegation an die Exekutive. Diese normiert also in erster Linie, wie die neuen Verfassungsbestimmungen (Abs. 4 und 5) zu konkretisieren sind, unter Umständen die Abgrenzung von leichter und schwerer Steuerhinterziehung über die Bestimmung des «grossen Steuerbetrages». Nach dem Wortlaut der Initiative muss der Bundesrat auch Ausführungsbestimmungen zur neuen Zuständigkeit des (kantonalen?) Richters erlassen. Wohlan, eine weit gefassten Delegationsnorm, die den rechtsstaatlichen, demokratischen und bundesstaatlichen Regeln der Übertragung rechtsetzender Gewalt, wie sie in Art. 164 BV enthalten sind, diametral widerspricht.

Man könnte nun einwenden, diese Exekutivnormen würden nur für eine kurze Übergangszeit gelten, bis sie vom Gesetzgeber abgelöst werden. Doch hinkt diese Überlegung in doppelter Hinsicht: Einmal ist ungewiss, ob diese Übergangszeit schlussendlich nur von kurzer Dauer sein wird. Das Gesetzgebungsverfahren kann sich – nicht zuletzt aus den erwähnten Gründen – in die Länge ziehen. Wichtiger noch erscheint der Umstand, dass die vom Bundesrat getroffenen Lösungen faktisch vom Gesetzgeber weitgehend übernommen werden müssen, denn aus Gründen der Rechtssicherheit liesse sich ein «Rechtsumkehr» im Steuerwesen kaum verantworten. In praktischer Konsequenz heisst dies, dass es der Bundesrat ist, der die neuen Abs. 4 und 5 inhaltlich konkretisiert, unter Missachtung des Gesetzmässigkeitsprinzips. Der Bundesrat wäre dann nicht nur zeitlich limitierter Ersatzgesetzgeber, sondern (vor)prägendes Rechtsetzungsorgan.

Schliesslich wird (oder würde, siehe die Bemerkungen unter Ziff. 10) mit der Verordnungskompetenz ein Stück Verfassungsgerichtsbarkeit verwirklicht. Verordnungen des Bundesrates werden vom Massgeblichkeit-Gebot von Art. 190 BV nicht erfasst. Im Anwendungsfall können somit die diesbezüglichen Verordnungsbestimmungen auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden. Prüfungsmasstab wäre dann

aber nicht nur Art. 13 BV, sondern das vollständige Verfassungsrecht des Bundes. Ob sich die Initianten dieser Konsequenz bewusst sind? Dies dürfte durchaus der Fall sein, denn ...

10. Massgebliches und unmassgebliches Verfassungsrecht  
(Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2)?

Denn als staatsrechtliches Novum halten die Übergangsbestimmungen fest: «Art. 13 Abs. 2, soweit er den Schutz der finanziellen Privatsphäre regelt, und Abs. 4» (mit der Normierung der Auskunftspflicht bei direkten Steuern) «ist für alle rechtsanwendenden Behörden massgebend». Abgesehen von der grammatikalischen Blüte (Plural!) ist diese Formulierung offensichtlich Art. 190 BV entlehnt worden, wonach Bundesgesetze und Völkerrecht massgebend sind. Ziel dieser Massgeblichkeit-Erklärung dürfte sein, die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen für Rechtsanwendungsorgane gemäss Art. 190 BV auszuschalten. Das ist Stoff für Seminare an den schweizerischen Hochschulen und kann hier nur ansatzweise beleuchtet werden.

Nach den Erläuterungen der Initianten soll damit zweierlei klargestellt werden: Die erwähnten Bestimmungen sind einerseits *unmittelbar anwendbar*, bedürfen keiner Ausführungsregelung und müssen von den Behörden angewendet werden. Das bedeutet wohl auch: am Tag nach der Abstimmung, wenn der neue Artikel 13 in Kraft getreten ist. Muss somit – beispielsweise – der «erste» Rechtsanwender (und eventuell anschliessend das erste Gericht) die Höhe des «grossen Steuerbetrages» festlegen, unter Umständen bevor der Bundesrat, geschweige denn der Gesetzgeber in Aktion getreten ist? Unmittelbare Anwendbarkeit auf Diktat der Verfassung, trotz der Verpflichtung von Bundesrat und Gesetzgeber zur Anpassung und trotz allenfalls entgegenstehendem Gesetzesrecht in Bund und Kantonen? Warum wird die Garantie

der finanziellen Privatsphäre (und nur diese) in diese «Anwendbarkeitsregelung» eingeschlossen – Grundrechte sind doch ohnehin unmittelbar anwendbar?

Andererseits soll verhindert werden, dass in einem Rechtsschutzverfahren der Richter zum Schluss kommen könnte, er sei gestützt auf Art. 190 BV an das von Art. 13 Abs. 4 BV (eventuell *noch*) abweichende Gesetz gebunden. Dabei wird davon ausgegangen, diese Übergangsbestimmung gehe als jüngerer Recht «automatisch» Art. 190 BV vor. Eine gewagte Annahme, da im Verfassungsrecht jüngeren Normen nicht *eo ipso* Vorrang vor älteren zukommt. Vor allem aber würden mit dieser selektiven Massgeblichkeit-Erklärung zwei Normen der Bundesverfassung herausgehoben und als wichtiger als alle anderen erklärt. Sind die übrigen Verfassungsnormen nun «nicht massgeblich»? Ist das der Beginn einer Unterscheidung von vorrangigem und zweitrangigem Verfassungsrecht, und dies ohne einen Bezug zur materiellen Tragweite der Norminhalte herzustellen? Worin liegt der tiefere Sinn, dass von allen Teilgehalten des Schutzes der Privatsphäre nur die finanzielle als massgeblich erklärt wird (und bei allen anderen Grundrechten die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen – vorbehaltlich der EMRK-Garantien – weiterhin gilt)?

Diese Bestimmung ist im Übrigen zeitlich nicht terminiert, obwohl sie zu Unrecht in den Übergangsbestimmungen steht; sie würde also dauerhaft Geltung beanspruchen. Man stelle sich die Konsequenzen für die Bundesverfassung vor, wenn künftig alle Bestimmungen in Volksinitiativen als massgeblich erklärt würden – mit der Folge, dass sie besser geschützt sind als alle übrigen Verfassungsnormen? Und, zu unguter Letzt, soll mit dieser Neuregelung auch ein absoluter Vorrang vor dem Völkerrecht begründet werden?

### III. Schlussfolgerungen

Ohne auf die politische Brisanz der Volksinitiative einzugehen, sei der Schluss gewagt, dass es sich hier – sehr zurückhaltend formuliert – nicht um ein Paradebeispiel einer geglückten Verfassungsgebung handelt. Zu kompliziert und unverständlich erscheinen die gewählte Konstruktion und zu problematisch die punktuelle Heraufstufung von gesetzlichen Detailbestimmungen. Zu viele Fragen bleiben offen, zu viele Normtexte erweisen sich als nicht verfassungswürdig und stellen die Umsetzung vor erhebliche (rechtliche und politische) Probleme. Wenn gar von den Initianten das schweizerische Staatsverständnis bemüht wird, das es mit dieser Initiative zu wahren gelte, so ist nochmals zu wiederholen: Zur Rechtsstaatlichkeit gehört zentral die *Pflege des Rechts*.<sup>8</sup> Sie schafft die Voraussetzungen für transparente demokratische Prozesse, Anwendbarkeit des Rechts, Rechtssicherheit und Stabilität. Und bei Volksinitiativen erhebt sich die Forderung, dem Bürger klaren Wein einzuschenken, damit er sich über die Tragweite einer neuen Regelung ein zuverlässiges Bild verschaffen kann.

Eine letzte Frage stellt sich dem nachdenklichen Staatsbürger: Wenn es wirklich nur darum gehen soll, den heutigen Rechtszustand zu erhalten und Verschlechterungen im Zusammenhang mit dem Bankgeheimnis zu verhindern – warum vertrauen die Initianten nicht dem fakultativen Gesetzesreferendum, mit welchem missliebige Änderungen der Steuergesetzgebung verhindert werden können? Es wäre einfacher (und billiger), ein einfaches, ablehnendes Volksmehr zu erreichen als ein bejahendes Mehr von Volk und Ständen, das erst noch unter dem «Vorbehalt» eines späteren Gesetzesreferendums steht. Oder dient die Initiative vielleicht doch anderen Zwecken?

- <sup>1</sup> ALAIN GRIFFEL diagnostiziert generell einen «Sinkflug» der Qualität der Rechtsetzung, eine Erosion der Gesetzgebungskultur in qualitativer Hinsicht; vgl. NZZ vom 8.2.13, Nr. 32, S. 15. Als Gründe macht er die zunehmenden parlamentarischen Initiativen, das fehlende Expertenwissen und eine Gesetzesmaschinerie nach dem trial-and-error-Prinzip aus. Ähnlich GERHARD SCHMID, Volksinitiativen – Gar nicht so ernst gemeint? VCU Schweiz, Aktuell 5/12, Editorial.
- <sup>2</sup> Vgl. PETER FORSTMOSER, Vorbild Schweiz? Zur gesetzlichen Begrenzung der Managergehälter, in: myops. Berichte aus der Welt des Rechts, 18.2013, 5–19.
- <sup>3</sup> Belege übernommen aus «Der Freisinn» Nr. 4/2013, S. 14, sowie aus Mails von Mitgliedern der FDP-Parteileitung.
- <sup>4</sup> Interessant mag erscheinen, dass die Annahmen über das reale Ausmass der Steuerhinterziehung in der Schweiz beträchtlich auseinandergehen. Während die Befürworter der Initiative auf das Vertrauensverhältnis zwischen Steuerpflichtigen und dem Staat hinweisen und behaupten, die Schweiz stehe an der Spitze der Steuerehrlichkeit, hielt JEAN-DANIEL GERBER, der frühere Chef des Staatssekretariats für Wirtschaft (seco), in einer Kolumne der «Berner Zeitung» im April 2013 fest: «Genauere Angaben über das Ausmass der Steuerhinterziehung in der Schweiz fehlen. Immerhin beläuft sich die Summe von nicht deklarierten Vermögen nach vorsichtiger Schätzung auf 150 Milliarden Franken, das heisst, dass etwa zehn Prozent des Vermögens in der Schweiz so dem Fiskus entgehen.»
- <sup>5</sup> Stichworte sind in erster Linie: das Internet und die wachsende «Verdatung» der Welt in einem «digitalen Panoptikum» (BYUNG-CHUI HAN), Social medias, NSA-Abhörskandal und allgemein die totale Überwachung unserer elektronischen Kommunikation, Video-Überwachungsgeräte im öffentlichen Raum, Abhörpraktiken etc.
- <sup>6</sup> Jedenfalls darf davon ausgegangen werden, dass diese «Klarstellung» nicht das eigentliche Motiv der Initianten gebildet hat – trotz des gewählten Initiativtitels.
- <sup>7</sup> So verlangte die von den eidgenössischen Räten überwiesene Motion von alt Ständerat Schwegler ausdrücklich, die Abgrenzung zwischen den Kategorien des Steuerbetrugs und der Steuerhinterziehung solle «nach der materiellen Schwere des Steuerdeliktes erfolgen».
- <sup>8</sup> «Recht pflegen statt Gesetze machen» – so der Titel eines Artikels von KAREN HORN über Friedrich Hayeks kritischen Blick auf den Umgang mit Recht und Gesetz durch die Politik, NZZ 7.9.2013.

© Stämpfli Verlag AG Bern