Urteilskopf

108 Ia 234

44. Auszug aus dem Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 10. November 1982 i.S. Jenni und Vögeli gegen Grosser Rat des Kantons Bern (staatsrechtliche Beschwerde)
Regeste (de):
Art. 6b bern. KV; Art. 85 lit. a OG; Finanzreferendum, elektronische Datenverarbeitung.

1. Ausgabenbeschluss (E. 2b).

2. Begriff der gebundenen Ausgabe (E. 3b), im Kanton Bern (E. 3c).

3. Elektronische Datenverarbeitung:

a) Gehört sie zum normalen Gang der Verwaltung (E. 5a)?

b) Steht der entscheidenden Behörde für die Durchführung eine verhältnismässig grosse Handlungsfreiheit zu (E. 5)?

Regeste (fr):
Art. 6b Cst. bern.; art. 85 let. a OJ; référendum financier, traitement électronique des données.

1. Vote d'une dépense (consid. 2b).

2. Notion de dépense liée (consid. 3b), dans le canton de Berne (consid. 3c).

3. Traitement électronique des données:

a) Est-ce une tâche qui entre dans le champ d'activité normal de l'administration (consid. 5a)?

b) L'autorité habilitée à engager la dépense dispose-t-elle d'une liberté d'action relativement importante (consid. 5)?

Regesto (it):
Art. 6b cost. BE; art. 85 lett. a OG; referendum finanziario, elaborazione elettronica dei dati.

1. Decisione con cui è autorizzata una spesa (consid. 2b).

2. Nozione di spesa vincolata (consid. 3b), nel cantone di Berna (consid. 3c).

3. Elaborazione elettronica dei dati:

a) Trattasi di un compito facente parte del campo d'attività normale dell'amministrazione (consid. 5a)?

b) Spetta all'autorità competente a decidere sulla spesa una libertà d'azione relativamente importante (consid. 5)?

Sachverhalt ab Seite 235

BGE 108 Ia 234 S. 235

Im Jahre 1970 wurde die Firma Bernische Datenverarbeitung AG (BEDAG) mit einem Grundkapital von Fr. 90'000.– gegründet. Der Kanton Bern ist stark überwiegender Mehrheitsaktionär. Der Gründung lag ein Kreditbewilligungsbeschluss des Grossen Rates vom 7. September 1970 zugrunde, der wie folgt lautete: "Der Regierungsrat wird ermächtigt, mit einer zu gründenden Aktiengesellschaft einen Vertrag über die Benützung eines Datenverarbeitungssystems IBM 360-65 abzuschliessen. Hierzu wird eine jährliche Ausgabe von Fr. 1'000'000.– bewilligt, erstmals für das Jahr 1972." Indessen stiegen die Aufwendungen des Staates für die Bezahlung von Computerleistungen an die BEDAG bis 1981 auf jährlich rund sieben Millionen Franken an. Raummangel, Sicherheitsgründe und die fortschreitende Entwicklung der Technik veranlassten den Kanton Bern und die BEDAG, nach neuen Lösungen zu suchen. Sie regelten deshalb in einem neuen Vertrag vom 17. September 1981 ihre Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elektronischen Datenverarbeitung, so dass die BEDAG ein Rechenzentrum betreibt und als einzige neben automatischen Kleinanlagen für den Kanton die Informationsverarbeitung durchführt. Die EDV-Anwendungen werden vom Kanton entwickelt und von der BEDAG verarbeitet. Der Kanton stellt der BEDAG das Personal für den Betrieb des Rechenzentrums zur Verfügung. Dieses Personal untersteht dem Beamtenstatut der bernischen Staatsverwaltung. Die BEDAG vergütet dem Kanton den Personaleinsatz und bezahlt die Inanspruchnahme von Infrastruktur. Der Kanton bezahlt der BEDAG die Computerleistung. Die politische Kontrolle erfolgt dadurch, dass die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates der BEDAG vom Kanton Bern bestimmt wird; ferner steht dem

BGE 108 Ia 234 S. 236

Regierungsrat das Recht zu, diese Staatsvertreter zu instruieren, und es ist ihm der Geschäftsbericht zur Kenntnis zu bringen. Mit einem weiteren Vertrag vom gleichen Tage räumte der Kanton Bern der BEDAG für die Errichtung eines Rechenzentrums ein Baurecht an einer kantonalen Liegenschaft auf die Dauer von 100 Jahren ein, unter Festsetzung einer jährlichen Grundrente von Fr. 281'680.–. Beide Verträge wurden vom Regierungsrat und dem Grossen Rat genehmigt und dem fakultativen Referendum nicht unterstellt. Gestützt auf Art. 85 lit. a OG führen Daniele Jenni und Lukas Vögeli staatsrechtliche Beschwerde unter anderem gegen den Beschluss des Grossen Rates des Kantons Bern vom 19. November 1981 betreffend der Zusammenarbeit des Kantons mit der BEDAG, soweit damit das fakultative Referendum ausgeschlossen worden ist. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss Art. 6 Ziff. 4 der bernischen Kantonsverfassung (KV) unterliegen der Volksabstimmung die Beschlüsse des Grossen Rates, welche für den gleichen Gegenstand eine neue, nicht gebundene Gesamtausgabe von mehr als zehn Millionen Franken zur Folge haben; jährlich wiederkehrende Ausgaben, die einer fortgesetzten Aufgabe oder einer ständigen Einrichtung dienen, werden nicht zusammengerechnet (obligatorisches Referendum). Nach Art. 6b KV unterliegen ferner der Volksabstimmung auf Begehren von 5000 Stimmberechtigten diejenigen Beschlüsse des Grossen Rates, welche für den gleichen Gegenstand eine Gesamtausgabe von

mehr als einer Million Franken zur Folge haben (fakultatives Referendum). Über Erwerb und Veräusserung von Grundstücken im Betrage von mehr als Fr. 200'000.– entscheidet nach Art. 26 Ziff. 12 KV der Grosse Rat endgültig; das Referendum ist dort ausgeschlossen. b) Der Beschluss des Grossen Rates vom 19. November 1981 betreffend die Genehmigung des Vertrages über die Zusammenarbeit zwischen dem Kanton Bern und der BEDAG vom 17. September 1981 ist kein formeller Ausgabenbeschluss. Das bedeutet indessen nicht, dass er nicht Gegenstand eines Referendums bilden könnte. Wird er rechtskräftig, so werden dem Kanton Bern aus dessen Vollzug unbestrittenermassen jährliche Ausgaben von

BGE 108 Ia 234 S. 237

mindestens sieben Millionen Franken erwachsen. Der Genehmigungsbeschluss des Grossen Rates, der die Schuldpflicht des Kantons auslöst, ist daher einem Ausgabenbeschluss gleichzusetzen (Urteil des Bundesgerichts vom 4. Oktober 1978, veröffentlicht in ZBl 80/1979, S. 75 E. 3). Damit fällt er, rein betragsmässig gesehen, klarerweise unter das fakultative Referendum. Der Grosse Rat und der Regierungsrat des Kantons Bern halten indessen die Referendumspflicht für nicht gegeben, weil es sich um gebundene Ausgaben handle. Dieser Standpunkt wird einmal damit begründet, dass die elektronische Datenverarbeitung heute ein unersetzliches Arbeitshilfsmittel jeder Staatsverwaltung darstelle; zum andern wird ausgeführt, der neue Vertrag betreffend Zusammenarbeit mit der BEDAG beruhe auf dem Grossratsbeschluss vom 7. September 1970 und führe daher nur die bereits seit zehn Jahren bestehende Lösung weiter. Was den Baurechtsvertrag betrifft, so anerkennen die Beschwerdeführer, dass Verträge dieser Art nach Art. 26 Ziff. 12 KV an sich dem Referendum nicht unterstehen. Sie halten jedoch dafür, dieser Vertrag bilde mit dem Zusammenarbeitsvertrag eine einheitliche Konstruktion, weshalb auch er in Umgehung des Referendums zustandegekommen sei.

3. a) Unabhängig davon, ob eine Ausgabe neu sei oder nicht, bedarf es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes dann keiner Volksabstimmung, wenn die Kompetenz zur Bewilligung von Ausgaben vom Volk an das Parlament oder an die Regierung delegiert worden ist (BGE 105 Ia 82 ff., E. 4 und 5). Im vorliegenden Fall wird nicht geltend gemacht, es sei eine Delegation erfolgt. Es ist daher zu prüfen, ob eine neue oder eine gebundene Ausgabe vorliege. Dabei ist im besonderen zu beachten, dass es hier darum geht, eine öffentliche Aufgabe durch eine juristische Person des Privatrechtes erfüllen zu lassen. Es wird zu untersuchen sein, ob und allenfalls in welchem Umfange diese Tatsache den Entscheid darüber beeinflusst, ob die Ausgabe als neu zu betrachten sei oder nicht. b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes gelten Ausgaben dann als gebunden und damit nicht als referendumspflichtig, wenn sie durch einen Rechtssatz prinzipiell und dem Umfange nach vorgesehen oder zur Erfüllung der gesetzlich geordneten Verwaltungsaufgaben unbedingt erforderlich sind. Gebunden ist eine Ausgabe ferner, wenn anzunehmen ist, die Stimmbürger hätten mit einem vorausgehenden Grunderlass auch die daraus folgenden Aufwendungen gebilligt, falls ein entsprechendes Bedürfnis voraussehbar war oder falls gleichgültig ist, welche Sachmittel zur

BGE 108 Ia 234 S. 238

Erfüllung der vom Gemeinwesen mit dem Grunderlass übernommenen Aufgaben gewählt werden. Es kann also auch dann, wenn die Frage, "ob" eine mit Ausgaben verbundene Aufgabe zu erfüllen sei, weitgehend durch den Grunderlass präjudiziert ist, das "wie" wichtig genug sein, um die Mitsprache des Volkes zu rechtfertigen. Immer dann, wenn der entscheidenden Behörde in bezug auf den Umfang der Ausgabe, den Zeitpunkt ihrer Vornahme oder andere Modalitäten eine verhältnismässig grosse Handlungsfreiheit zusteht, ist eine neue

Ausgabe anzunehmen (BGE 105 Ia 84 /85, E. 6a; BGE 103 Ia 447; BGE 102 Ia 459 E. 3a; BGE 101 Ia 133 E. 4; BGE 100 Ia 370 E. 3a). In seiner Arbeit "Kantonale Subventionen als Gegenstand des Finanzreferendums" (in: Festschrift 500 Jahre Solothurn im Bund, Solothurn 1981, S. 156), erklärt PETER SALADIN diese Rechtsprechung als grundsätzlich überzeugend. Er bemerkt zwar, die Unterscheidung zwischen Ausgaben, die durch einen Grunderlass präjudiziert und solchen, die durch einen Rechtssatz prinzipiell und dem Umfang nach vorgeschrieben seien, sei nicht unbedingt klar (a.a.O., S. 153 Fussnote 13). Dieser Kritik kann eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden. Indessen kann hier die Frage offen bleiben, ob die von der Praxis geschaffene Definition der gebundenen Ausgaben einer Präzisierung bedürfe, da sich - wie darzulegen sein wird - für den vorliegenden Fall dadurch nichts ändern würde.
c) Allerdings besteht kein verbindlicher bundesrechtlicher Begriff der neuen und gebundenen Ausgaben. Von der dargelegten Begriffsbestimmung des Bundesgerichtes darf deshalb dort abgewichen werden, wo sich bei der Auslegung des kantonalen Rechtes oder aufgrund einer feststehenden und unangefochtenen Rechtsauffassung und Praxis des kantonalen Gesetzgebers eine andere Betrachtungsweise aufdrängt (BGE 105 Ia 85 E. 6b, BGE 102 Ia 459 /460 E. 3a). Indessen wurde im neueren dieser Fälle ausgeführt, es bestünden keine Hinweise dafür, dass der bernische Verfassungsgeber bei der Teilrevision der Kantonsverfassung in den Jahren 1969/1970, als in Art. 6 Ziff. 4 erstmals die Begriffe der "neuen" und der "gebundenen" Ausgaben in den Verfassungstext aufgenommen wurden, von der bundesgerichtlichen Begriffsbestimmung habe abweichen wollen; im Gegenteil habe der Präsident der vorberatenden Kommission im Grossen Rat auf diese Rechtsprechung ausdrücklich Bezug genommen. Diese Feststellungen wurden im vorliegenden Verfahren nicht in Frage gestellt, so dass es dabei sein Bewenden haben muss.

BGE 108 Ia 234 S. 239

4. Der Regierungsrat vertritt in seiner Vernehmlassung die Auffassung, der mit dem Einsatz moderner Methoden der Informatik verbundene Sachaufwand des Staates müsse nach heutiger Auffassung als sachlich gebunden betrachtet werden; er beruft sich dabei auf das den Kanton Aargau betreffende Urteil BGE 97 I 820 ff. Tatsächlich ist das Bundesgericht in jenem Falle mindestens teilweise von einem früheren Entscheid (BGE 93 I 620 ff.) abgewichen, in dem erklärt worden war, die Anschaffung einer elektronischen Datenverarbeitungsanlage sei für die Stadt Zürich nicht unerlässlich und daher referendumspflichtig. In BGE 97 I 826 E. 5 wurde demgegenüber ausgeführt, seit dem Erlass jenes Urteils hätten sich die Verhältnisse erheblich geändert. Die elektronische Datenverarbeitung (EDV) sei in grösseren Unternehmen der Privatwirtschaft zum unentbehrlichen Hilfsmittel geworden, und auch die öffentlichen Verwaltungen sähen sich in zunehmendem Masse veranlasst, zur EDV überzugehen, um die ihnen übertragenen Aufgaben zuverlässig und wirtschaftlich erfüllen zu können. Dies gelte insbesondere für den Bund, aber auch für die Verwaltungen grösserer Kantone und grosser Städte. Ob gleichwohl an der im Urteil BGE 93 I 620 ff. vertretenen Auffassung festgehalten werden könne, wurde jedoch schliesslich offengelassen.

5. a) Selbst wenn man anerkennen wollte, dass die Anschaffung oder Erneuerung einer EDV-Anlage heute zum normalen Gang der Verwaltung gehört und somit wegen der Frage des "ob" nicht dem Referendum zu unterstellen wäre, so rechtfertigt in Fällen der hier vorliegenden Art doch das "wie" eine Volksabstimmung. Es lässt sich nicht bestreiten, dass die elektronische Datenverarbeitung vom Staat auch in eigener Regie durchgeführt werden kann und nicht nur durch eine gemischtwirtschaftliche Organisation, so dass eine echte Wahlmöglichkeit selbst dann besteht, wenn man die dritte denkbare Variante, die Vergebung der EDV an private Firmen, als zu aufwendig ausser Betracht lässt. Der entscheidenden Behörde steht somit hinsichtlich der Organisation der Datenverarbeitung eine verhältnismässig grosse Handlungsfreiheit zu, was nach der vorstehend dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Finanzreferendum die Referendumspflicht der Ausgabe begründet (BGE 105 Ia 84 /85 mit Hinweisen; vgl. im übrigen E. 3b). Beide Experten haben den Regierungsrat vor der Behandlung der Vorlage im Grossen Rat mindestens im Sinne einer Möglichkeit darauf hingewiesen.
b) Alles, was der Regierungsrat vor dem Grossen Rat und im

vorliegenden Beschwerdeverfahren zugunsten der gewählten gemischtwirtschaftlichen Lösung vorgebracht hat, lässt sich vertreten. Es sind aber keine Argumente ersichtlich, welche einen Staatsbetrieb von vornherein ausschlössen. Der Finanzdirektor des Kantons Bern hat in seinem Votum im Grossen Rat die verschiedenen Möglichkeiten selbst erwähnt. Dass die Durchführung der EDV durch eine Gesellschaft des Privatrechtes nicht die einzige für ein Staatswesen mittlerer Grösse in Betracht kommende Möglichkeit ist, folgt schliesslich auch daraus zwingend, dass - soweit dem Bundesgericht bekannt ist - sowohl die Eidgenossenschaft als auch die meisten anderen Kantone und die grösseren Städte diese Aufgaben selbst lösen. Die zweckmässige Beteiligung der Universität und des Inselspitals (Kantonsspital) an der BEDAG ist kein Hindernis für die staatliche Organisation. Sowohl die Universität als auch das Inselspital werden finanziell vom Kanton Bern getragen, so dass nicht einzusehen ist, weshalb diese Institutionen - falls die Lösung "BEDAG" vom Volke verworfen werden sollte - nicht veranlasst werden könnten, sich einem staatseigenen Betrieb gleicher Art anzuschliessen. Dass die fünfprozentige Beteiligung einer Firma der Privatindustrie für das bernische Datenverarbeitungssystem unabdingbar wäre, machen der Regierungsrat und der Grosse Rat selbst nicht geltend. c) Es lässt sich auch nicht sagen, es könne dem Stimmbürger gleichgültig sein, ob die Datenverarbeitung für den Kanton Bern durch den Staat oder durch eine gemischtwirtschaftliche Organisation erfolge. Die grundsätzliche Seite dieser Frage stellt einen politischen Entscheid dar, der - sofern die Referendumsgrenze bei den Ausgaben überschritten ist - dem Volk zusteht. Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang, dass das Kontrollrecht der vom Volke gewählten Behörden bei der gemischtwirtschaftlichen Lösung keineswegs identisch ist mit demjenigen, wie es gegenüber einem Staatsbetrieb ausgeübt werden könnte. Zwar wird die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates der BEDAG vom Kanton Bern bestimmt; dem Regierungsrat steht das Recht zu, diese zu instruieren und es ist ihm der Geschäftsbericht zur Kenntnis zu bringen. Indessen ist nicht zu verkennen, dass Verantwortlichkeit und politische Kontrolle bei der gewählten Lösung um eine Stufe nach unten verschoben werden. Für einen Staatsbetrieb wäre der Regierungsrat unmittelbar verantwortlich und es stünde dem Grossen Rat die Oberaufsicht zu (Art. 26 Ziff. 7 KV); bei der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung dagegen liegt die unmittelbare

Verantwortung beim Verwaltungsrat, und die politische Aufsicht kann höchstens dem Regierungsrat zukommen. d) Es ist selbstverständlich, dass das Bundesgericht nicht in die Entscheidungsfreiheit des Kantons Bern eingreifen und vor allem nicht zum Ausdruck bringen will, die rein staatliche Lösung der gestellten Aufgabe sei derjenigen über einen gemischtwirtschaftlichen Betrieb vorzuziehen. Mit den vorstehenden Ausführungen soll einzig dargetan werden, dass mindestens zwei Varianten ernstlich in Betracht zu ziehen sind. Der Grosse Rat hat demnach über eine Frage entschieden, die jedenfalls dann in die Zuständigkeit der Stimmberechtigten fällt, wenn die entsprechenden Ausgaben nicht aufgrund früherer Entscheide als gebunden zu gelten haben.

6. a) Der Regierungsrat erblickt die Bindung der Ausgabe in der ersten Vereinbarung mit der BEDAG vom Jahre 1970, der eine Kreditbewilligung des Grossen Rates vom 7. September 1970 im Betrage von jährlich Fr. 1'000'000.– zugrundelag. Er stützt sich dabei auf das Urteil BGE 97 I 820 ff. Es ging dort ebenfalls um eine EDV-Anlage, und zwar um deren Beschaffung durch den Kanton Aargau. Das Bundesgericht betrachtete damals die Ausgaben für eine neue Anlage dieser Art deshalb als gebunden, weil der Grosse Rat acht Jahre früher einen Kredit für die Anschaffung einer ersten, im Zeitpunkt der Behandlung der neuen Vorlage veralte-

ten EDV-Anlage bewilligt hatte. Es führte aus, jener frühere Kreditbewilligungsbeschluss hätte vermutlich dem fakultativen Referendum unterstellt werden müssen. Da dies jedoch nicht geschehen sei und kein Stimmbürger dagegen staatsrechtliche Beschwerde erhoben habe, müsse jener Beschluss, auf den faktisch nicht mehr zurückgekommen werden könne, als von den Stimmbürgern stillschweigend gebilligter Grundsatzentscheid betrachtet werden. Demnach seien die technisch bedingten Aufwendungen für den Unterhalt und den Ersatz der Anlage als gebunden und dem Finanzreferendum nicht unterstehend zu betrachten. b) Es ist fraglich, ob bei neuer Prüfung an dieser Rechtsprechung uneingeschränkt festgehalten werden könnte. Sie erweckt deshalb gewisse Bedenken, weil den Stimmbürgern zugemutet wird, gegen einen Parlamentsbeschluss etwas zu unternehmen, der gerade nicht in der Form, welche für die dem fakultativen Referendum unterliegenden Kreditbeschlüsse vorgesehen ist, veröffentlicht wurde. Es geht wohl etwas weit, einen solchen Beschluss in der gleichen Weise als vom Stimmbürger stillschweigend gebilligt zu betrachten wie einen anderen, der dem fakultativen Referendum

unterstellt worden, aber nicht mit einem solchen angefochten worden ist. Indessen braucht hierüber nicht entschieden zu werden, da sich der vorliegende Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt von demjenigen unterscheidet, der dem Urteil BGE 97 I 820 ff. zugrundelag. Hier ging es im Jahre 1970 um die Bewilligung einer Ausgabe, die unzweifelhaft im Rahmen der endgültigen Zuständigkeit des Grossen Rates lag (Kreditbetrag: jährlich Fr. 1'000'000.–; vgl. Art. 6b in Verbindung mit Art. 6 Ziff. 4 KV). Das fakultative Referendum kam daher im vornhinein gar nicht in Betracht, so dass nicht eingewendet werden kann, die Stimmbürger hätten den Beschluss stillschweigend genehmigt, da eine staatsrechtliche Beschwerde nicht erhoben wurde. Auch die seit 1973 bewilligten jährlichen Kredite von mehr als 1 Million Franken für die Bezahlung der Computerleistungen an die BEDAG stellen keine Grundsatzentscheide dar, die für spätere Ausgaben das Referendum ausschliessen. Wie dem Rechtsgutachten von Saladin entnommen werden kann, war weder aus dem kantonalen Budget noch aus der Staatsrechnung klar ersichtlich, dass für die BEDAG jährlich mehr als 1 Million Franken ausgegeben wurden. Zudem konnte über den Voranschlag keine Volksabstimmung verlangt werden (Art. 26 Ziff. 8 KV). Von einer stillschweigenden Genehmigung der Kreditbeschlüsse kann somit keine Rede sein. Dass aber als Grunderlass im Sinne der bundesrechtlichen Rechtsprechung zum Finanzreferendum nur ein solcher in Betracht kommt, der vom Stimmbürger ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt worden ist, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Andernfalls könnten der Volksabstimmung unterliegende Kredite unter Umgehung der Referendumsgrenze aufgespalten werden, was die Institution des Referendums weitgehend aushöhlen würde (BGE 104 Ia 427). c) Ob in rein tatsächlicher Hinsicht ein gewisser Sachzwang bestehe oder nicht, braucht unter diesen Umständen nicht mehr entschieden zu werden; denn der Grosse Rat war aufgrund der vorstehenden Darlegungen mindestens einmal verpflichtet, die wesentliche Frage, ob die staatlichen Aufwendungen für die EDV über eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung zu leiten seien oder nicht, dem Volke zur Abstimmung zu unterbreiten.