



ZfR

Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)
Felix Uhlmann (Hrsg.)

Band 3

Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre und des Verwaltungsrechts

13. Jahrestagung des Zentrums
für Rechtsetzungslehre

Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)

Felix Uhlmann (Hrsg.)

Band 3

Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre und des Verwaltungsrechts

13. Jahrestagung des Zentrums
für Rechtsetzungslehre



Bibliografische Information der «Deutschen Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2014

ISBN 978-3-03751-617-1

www.dike.ch

Vorwort

Am 12. September 2013 fand in Zürich die 13. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre unter dem Titel «Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre und des Verwaltungsrechts» statt. Im Rahmen der Tagung wurden Fragestellungen zur Thematik aus beiden Fachbereichen anhand praktischer Beispiele behandelt. Neben Referaten erfolgte eine Vertiefung in Form von Workshops. Der vorliegende Tagungsband präsentiert die Ergebnisse dieser Tagung.

Durch die Änderung der Rechtsordnung stellen sich jeweils Fragen übergangsrechtlicher, d.h. intertemporaler Art. Der Erlass von Übergangsrecht ist sowohl unter rechtsetzungstechnischen als auch unter verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkten eine anspruchsvolle Aufgabe. Oft wird sie, auch aus Zeitgründen, meist kurz vor Abschluss des Projekts, nicht mit der notwendigen Sorgfalt ausgeführt. Die Lehre beschäftigt sich kaum mit diesen Fragestellungen. Wir hoffen, mit den vorliegenden Beiträgen die Lücke vielleicht nicht zu schliessen, aber doch etwas kleiner zu machen. Das Büchlein zeigt die Komplexität der Fragestellungen. In diesem Sinne ist es ein Mahnfinger für Gesetz- und Verordnungsgeber, Rechtsänderungen nicht in immer kürzeren zeitlichen Abständen vorzunehmen.

FELIX UHLMANN

Inhaltsübersicht

Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel des Verwaltungsrechts	7
<i>Alain Griffel</i> Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Zürich	
Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre	33
<i>Felix Uhlmann</i> Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre, Universität Zürich	
Intertemporale Fragen im Prozessrecht	53
<i>Eva Vontobel</i> Dr. iur., Leiterin Gesetzgebungsdienst des Kantons Zürich	
Intertemporale Fragen im Bewilligungsrecht	65
<i>August Mächler</i> Prof. Dr. iur., Vorsteher Rechts- und Beschwerdedienst, Sicherheitsdepartement des Kantons Schwyz	
Intertemporale Fragen in der Leistungsverwaltung	81
<i>Marcel Bolz</i> Dr. iur., Chef Rechtsdienst des Regierungsrates des Kantons Aargau	
Gesetzestechnische Instrumente	89
<i>Stephan C. Brunner</i> Dr. rer. publ., Leiter Sektion Recht der Bundeskanzlei, Bern	

Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel des Verwaltungsrechts

Alain Griffel*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	8
II.	Auswirkungen von Rechtsänderungen auf hängige Verfahren	9
	1. Rechtsänderungen im Verwaltungsverfahren	9
	2. Rechtsänderungen im Rechtsmittelverfahren	10
	a) Praxis des Bundesgerichts	10
	b) Abweichende Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts	13
III.	Rückwirkung	14
	1. Allgemeines	14
	2. Einbettung des Rückwirkungsverbots in die allgemeine Dogmatik des Verwaltungsrechts	15
IV.	Vorwirkung	17
	1. Allgemeines	17
	2. Besondere Konstellationen	18
	a) Positive Vorwirkung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag?	19
	b) Positive Vorwirkung im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung?	20
	c) Negative Vorwirkung ohne gesetzliche Grundlage?	21
V.	Insbesondere: Anwendung neuen Rechts auf bestehende Bauten	23
	1. Problemstellung	23
	2. Besitzstandsgarantie als Ausgangspunkt und Faustregel	24
VI.	«Unfälle und Verbrechen»	25
	1. Art. 24c RPG in der Fassung vom 23. Dezember 2011 (Besitzstandsgarantie)	25
	2. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV (Zweitwohnungen)	27
	3. Volksinitiative «Millionen-Erbschaften besteuern für unsere AHV (Erbschaftssteuerreform)»	30
	Literaturverzeichnis	31

* Ich danke meiner früheren Assistentin Andrea Liniger, MLaw, für die Mitarbeit bei der Zusammenstellung des Materials. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

I. Einleitung

Das intertemporale Verwaltungsrecht fristet in der schweizerischen Rechtswissenschaft ein Mauerblümchendasein. ALFRED KÖLZ hielt in seinem – heute noch grundlegenden – Referat zum Schweizerischen Juristentag von 1983 einleitend Folgendes fest: «Wenn nun die Rechtswissenschaft wenig Einfluss auf diesen Aspekt der Gesetzgebung nehmen kann [gemeint war, damals schon, die Beschleunigung der Gesetzgebungstätigkeit], so muss sie andererseits dazu beitragen, die negativen Folgen des raschen Rechtswandels für die Betroffenen zu mildern oder – im besten Fall – zu eliminieren. Um das tun zu können, muss sie sich mit den Problemen des intertemporalen Verwaltungsrechts befassen. Ein vorläufiger kurzer Blick auf Lehre, Gesetzgebung und Rechtsprechung des intertemporalen Rechts im Bereich des Verwaltungsrechts zeigt aber, dass bis heute in dieser Richtung recht wenig getan worden ist.»¹ An diesem Befund hat sich auch in den nachfolgenden 30 Jahren nicht viel geändert.

Intertemporales Recht (wörtlich: zwischen den Zeiten liegendes Recht) ist *Kollisionsrecht*. Es umfasst die – geschriebenen oder ungeschriebenen – Kollisionsregeln, die bestimmen, welches Recht in der zeitlichen Abfolge auf einen bestimmten Sachverhalt Anwendung findet.² Dabei ist mit KÖLZ zu unterscheiden zwischen intertemporalem Kollisionsrecht als Verweisungsrecht (Kollisionsrecht im eigentlichen Sinn) und intertemporalem Kollisionsrecht als Schrankenrecht:³

- Intertemporales Kollisionsrecht als *Verweisungsrecht* besagt, welches zu einem bestimmten Zeitpunkt geltende Recht auf einen Sachverhalt oder ein Sachverhaltselement anwendbar ist. Es geht mithin um die Frage der richtigen (positiven) Anknüpfung des anzuwendenden Rechts. Voraussetzung dafür ist, dass der Sachverhalt Berührungspunkte zu mehreren Rechtsordnungen unterschiedlicher zeitlicher Geltung aufweist.⁴ Soweit es der Gesetzgeber – bewusst oder unbewusst – versäumt hat, einschlägige Einführungs- oder Übergangsregelungen zu erlassen, kommen ungeschriebene, von Lehre und Rechtsprechung entwickelte Regeln zur Anwendung.
- Intertemporales Kollisionsrecht als *Schrankenrecht* enthält lediglich die negative Aussage, dass ein Rechtssatz auf einen bestimmten Sachverhalt (oder

¹ KÖLZ, S. 112 f.

² MEYER/ARNOLD, S. 116.

³ KÖLZ, S. 159 f.

⁴ MEYER/ARNOLD, S. 117.

einen Teil davon) nicht angewendet werden soll. Zu diesem Aspekt des Kollisionsrechts gehört das Verbot der Rückwirkung und der Vorwirkung von Rechtsnormen.

Der *Hauptsatz* des intertemporalen Rechts lautet: Rechtssätze wirken für die zur Zeit ihrer Geltung sich ereignenden Sachverhalte.⁵ Abgesehen davon, dass es sich dabei nur um einen Grundsatz handelt, von dem es Ausnahmen oder zumindest Relativierungen⁶ gibt, lässt dieser Hauptsatz zwei Fragen unbeantwortet. Zum einen: Was ist ein «Sachverhalt»? Hier ist zu unterscheiden zwischen abgeschlossenen Sachverhalten, zeitlich offenen Dauersachverhalten und mehrgliedrigen, zeitlich begrenzten Sachverhalten.⁷ Welcher Typus vorliegt, ist jedoch nicht in allen Fällen eindeutig; in Zweifelsfällen bedarf die Zuordnung – wie so häufig im Recht – einer wertenden Gewichtung entlang der Leitlinie des Vertrauensschutzes. Weiter bleibt unbeantwortet, wie sich Rechtsänderungen auf hängige Verfahren (Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren) auswirken, welches während der Dauer des Verfahrens also der massgebende Zeitpunkt für die Anknüpfung des anzuwendenden Rechts ist.

Daraus ergibt sich, was im Folgenden behandelt werden soll: die Auswirkungen von Rechtsänderungen auf hängige Verfahren (II.), die Rückwirkung (III.), die Vorwirkung (IV.), die Anwendung neuen Rechts auf bestehende Bauten als wichtige Unter-Fallgruppe (V.) sowie – unter der Rubrik «Unfälle und Verbrechen» – einige Kuriosa aus jüngerer und jüngster Zeit. Ausgeklammert bleibt hier der Erlass von Einführungs- und Übergangsrecht durch den Gesetzgeber; hierzu sei auf den Beitrag von FELIX UHLMANN verwiesen.

II. Auswirkungen von Rechtsänderungen auf hängige Verfahren

1. Rechtsänderungen im Verwaltungsverfahren

Jedes Verfahren hat eine bestimmte Dauer. Dabei handelt es sich um die Zeitspanne zwischen Verfahrenseinleitung und Verfahrensabschluss. Während

⁵ KÖLZ, S. 160; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 184.

⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 9.

⁷ KÖLZ, S. 160.

dieser Zeitspanne können naturgemäss Rechtsänderungen in Kraft treten. Es fragt sich deshalb, an welchen Zeitpunkt hinsichtlich des anwendbaren Rechts anzuknüpfen ist.

Primär massgebend ist stets eine allfällige übergangsrechtliche Regelung im betreffenden Erlass selbst. Mangels einer solchen wäre bei Verwaltungsverfahren, die durch Einreichung eines Gesuchs (z.B. eines Baugesuchs) eingeleitet werden, allein unter Vertrauensgesichtspunkten der Zeitpunkt der Gesuchseinreichung als massgebend zu betrachten⁸, es sei denn, der Gesuchsteller musste bereits mit der bevorstehenden Rechtsänderung rechnen. Weil an der sofortigen Anwendung geltenden (neuen) Rechts indes regelmässig ein – mehr oder weniger grosses – öffentliches Interesse besteht, knüpfen Lehre und Rechtsprechung am Zeitpunkt des *erstinstanzlichen Entscheids*, also am Abschluss des Verwaltungsverfahrens an.⁹ Die Verwaltungsbehörde hat mithin das neue Recht anzuwenden und nicht dasjenige, welches im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung galt. Besteht aus Gründen des Vertrauensschutzes das Bedürfnis nach einer früheren oder differenzierteren Anknüpfung, um dem Geltungsvertrauen¹⁰ des Gesuchstellers besser Rechnung zu tragen, so ist eine entsprechende Übergangsregelung zu schaffen.

2. Rechtsänderungen im Rechtsmittelverfahren

a) Praxis des Bundesgerichts

Im Rechtsmittelverfahren ist grundsätzlich auf die materielle Rechtslage im Zeitpunkt des *erstinstanzlichen Entscheids* abzustellen, also auf den gleichen Zeitpunkt wie im Verwaltungsverfahren.¹¹ Dies ist folgerichtig, wenn man sich die Funktion der Verwaltungsrechtspflege – Überprüfung des Verwaltungshandelns durch eine übergeordnete Instanz – vergegenwärtigt. Rechtsmittelinstanzen, insbesondere Verwaltungsgerichte, sind denn auch funktional keine «Ober-Verwaltungsbehörden».

⁸ KÖLZ, S. 207.

⁹ BGE 127 II 209 E. 2b S. 211; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 187 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 20.

¹⁰ Vgl. dazu KÖLZ, S. 139.

¹¹ Vgl. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 194 f.; TANQUEREL, Rz. 412 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 20, je auch zum Folgenden.

Von diesem Grundsatz macht die bundesgerichtliche Rechtsprechung zwei *Ausnahmen*. Im Beschwerdeverfahren ist neues Recht anzuwenden,

- wenn dieses um der öffentlichen Ordnung willen oder zur Durchsetzung *erheblicher öffentlicher Interessen* erlassen wurde oder
- wenn es *milder* ist (*lex mitior*); denn es macht keinen Sinn, eine Bewilligung, die dem bisherigen Recht widerspricht, aufzuheben, wenn sie nach neuem Recht auf erneutes Gesuch hin zu erteilen wäre. Vorbehalten bleiben in diesem Fall jedoch schutzwürdige Interessen Dritter, die zu einer abweichenden Beurteilung – also zu einer Gegenausnahme – führen können.

Von Bedeutung ist vor allem die erstgenannte Ausnahme. Zwingende Gründe für eine sofortige Anwendung des neuen Rechts erachtet das Bundesgericht regelmässig im Bereich des *Umwelt-, des Gewässer- sowie des Natur- und Heimatschutzrechts* als gegeben.¹² Das Regel-Ausnahme-Verhältnis gilt hier im Ergebnis umgekehrt. In seinem Urteil vom 28. März 2013, in dem es in der Hauptsache die Unwirksamkeit der altrechtlichen Landanlagekonzessionen im Kanton Zürich aus dem 19. Jahrhundert feststellte, äusserte sich das Bundesgericht auch zur sofortigen Anwendbarkeit der neuen – und im Nachhinein heftig umstrittenen – Bestimmungen des Gewässerschutzgesetzes über den Gewässerraum¹³, die im Rahmen eines indirekten Gegenvorschlags zur Volksinitiative «Lebendiges Wasser (Renaturierungs-Initiative)»¹⁴ erlassen worden waren. Es bestätigte seine Rechtsprechung, wonach zwingende Gründe für die sofortige Anwendung neuen Rechts im Rechtsmittelverfahren sprechen müssen, was vor allem dann zutrefte, «wenn Vorschriften um der öffentlichen Ordnung willen oder zur Durchsetzung erheblicher öffentlicher Interessen erlassen worden sind».¹⁵ Die neuen Bestimmungen zum Gewässerraum würden der Durchsetzung wichtiger öffentlicher Interessen dienen, «nämlich insbesondere der Gewährleistung der natürlichen Funktionen der Gewässer, dem Schutz vor Hochwasser und der Gewässernutzung».¹⁶

¹² BGE 139 II 470 E. 4.2 S. 480 f.; 135 II 384 E. 2.3 S. 390 f.

¹³ Art. 36a des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (Gewässerschutzgesetz, GSchG), SR 814.20, eingefügt am 11. Dezember 2009, in Kraft seit 1. Januar 2011; Art. 41a–41c der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV), SR 814.201, eingefügt am 4. Mai 2011, in Kraft seit 1. Juni 2011.

¹⁴ Wortlaut in BBl 2005 1 ff.

¹⁵ BGE 139 II 470 E. 4.2 S. 480 f.

¹⁶ BGE a.a.O.

Das Bundesgericht liess es jedoch nicht – wie sonst meistens – mit dieser Feststellung bewenden, sondern ergänzte diese durch eine sorgfältige, problembezogene Argumentation. Dabei zog es auch die Übergangsbestimmung der GSchV-Revision vom 4. Mai 2011 heran, welche unmittelbar aber nicht diese, sondern eine andere Frage betrifft: Sie setzt den Kantonen eine Frist bis Ende 2018, um den Gewässerraum nach den Vorgaben des Bundesrechts festzulegen (Abs. 1), und statuiert für die Zeit bis zum Inkrafttreten der kantonalen Regelungen eine bundesrechtliche Ersatzregelung (Abs. 2). Damit soll nach Ansicht des Bundesgerichts sichergestellt werden, dass in diesem sensiblen Bereich eines Gewässers keine neuen Bauten und Anlagen mehr errichtet werden. «Diese Zielsetzung», folgerte das Bundesgericht, «verlangt, dass die neuen Bestimmungen auch noch im Beschwerdeverfahren Anwendung finden. Dies erscheint zumutbar, besteht doch zumindest in dicht überbauten Gebieten die Möglichkeit, für zonenkonforme Anlagen Ausnahmen zu bewilligen, sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV)».¹⁷ Damit stellte das Bundesgericht nicht allein auf das Vorliegen *erheblicher* öffentlicher Interessen ab, sondern – im Rahmen einer eigentlichen Güterabwägung, in die es auch die Interessen der Betroffenen einbezog – auf das Vorliegen *überwiegender* öffentlicher Interessen.

Keine zwingenden Gründe bzw. überwiegenden öffentlichen Interessen erblickte das Bundesgericht demgegenüber in der sofortigen und erstmaligen Anwendung von Art. 75b BV¹⁸ – des am 11. März 2012 in Kraft getretenen *Zweitwohnungsverbots* – im bundesgerichtlichen Verfahren.¹⁹ Nicht leicht einzuordnen ist allerdings ein kurzes obiter dictum in einem seiner Zweitwohnungs-Grundsatzurteile vom 22. Mai 2013. Es entschied – im Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung –, dass auf die Rechtslage im Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung und nicht der Einreichung des Baugesuchs abzustellen sei. Dann fügte es jedoch den etwas orakelhaften und im zu beurteilenden Fall überdies nicht relevanten Satz hinzu, dass das neue Recht auch dann massgebend sei, wenn eine vor dem 11. März 2012 erteilte Baubewilligung nach dem 11. März 2012 «im Rechtsmittelverfahren» – gemeint war wohl das kantonale – «*erheb-*

¹⁷ BGE a.a.O.; so bereits BGer Urteil 1C_505/2011 vom 1. Februar 2012, E. 3.1.3 (URP 2012, S. 160 ff.).

¹⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

¹⁹ BGer Urteil 1C_215/2012 vom 14. Dezember 2012, E. 2.4; BGer Urteil 1C_159/2012 vom 14. Dezember 2012, E. 6.2.

lich modifiziert» wurde.²⁰ Falls damit eine Veränderung des Streitgegenstands im Rechtsmittelverfahren gemeint ist, so dass im Ergebnis ein anderes Projekt beurteilt bzw. bewilligt wurde, sollte dieser Fall aufgrund der beschränkten funktionalen Zuständigkeit einer Rechtsmittelinstanz eigentlich gar nicht eintreten können.²¹

Neue *Verfahrensvorschriften* sind grundsätzlich sofort, d.h. ab dem Tag ihres Inkrafttretens, anwendbar, also auch auf hängige Verfahren. Dies gilt – ohne anderslautende übergangsrechtliche Regelung – nicht nur für Verwaltungs-, sondern auch für Rechtsmittelverfahren und wird mit der «relativen Wertneutralität des Prozessrechts» begründet.²² Dieser intertemporalrechtliche Grundsatz kommt indes dann nicht zur Anwendung, wenn mit dem neuen Recht eine grundlegend neue Verfahrensordnung geschaffen wurde, so dass hinsichtlich des verfahrensrechtlichen Systems keine Kontinuität zwischen dem alten und dem neuen Recht besteht.²³

b) Abweichende Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts

Die Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts weicht von den dargestellten Grundsätzen teilweise ab. Hat sich der massgebende Sachverhalt vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts *abschliessend verwirklicht*, so stellt auch das Verwaltungsgericht grundsätzlich auf den Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verfügung ab.²⁴ Bei *Dauersachverhalten* ist hingegen nach ständiger Rechtsprechung sowohl im Rekurs- als auch im Beschwerdeverfahren das neue Recht anzuwen-

²⁰ BGE 139 II 263 E. 7 S. 268 f.

²¹ Missverständlich ist auch, dass das Bundesgericht in Bezug auf die Zeitspanne zwischen dem 11. März und dem 31. Dezember 2012 – in Abgrenzung zur ab dem 1. Januar 2013 eingetretenen Nichtigkeitfolge gemäss Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV – nur von *Anfechtbarkeit* der Baubewilligung sprach (a.a.O.). Es meinte aber wohl weniger die Rechtsfolge als vielmehr die intertemporalrechtliche Anknüpfung des neuen Rechts als solche und die damit verbundene *materielle Rechtswidrigkeit* einer Baubewilligung.

²² BGE 136 II 187 E. 3.1 S. 189 f. m.w.H.; UHLMANN/TRÜMLER, S. 151, betrachten dies als einen Fall unechter Rückwirkung.

²³ BGE 136 II 187 E. 3.1 S. 189 f.; ausführlicher MEYER/ARNOLD, S. 135 ff.; TANQUEREL, Rz. 406 f.; UHLMANN/TRÜMLER, S. 142 ff.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 327a; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 186 f.

²⁴ Vgl. VGer ZH Urteil VB.2009.00306 vom 5. November 2009, E. 3.1; Urteil VB.2003.00263 vom 18. Dezember 2003, E. 2.

den.²⁵ Im Zusammenhang mit *Bewilligungsverfahren* erachtet das Verwaltungsgericht in der Regel dasjenige Recht als massgebend, das im Zeitpunkt der Beurteilung durch die zur vollen Sachverhalts- und Rechtskontrolle befugten Behörde galt; dabei kann es sich auch um eine Rekursinstanz gehandelt haben.²⁶

Dieses «Sonderzüglein» des Zürcher Verwaltungsgerichts vermag nicht zu befriedigen, weder mit Blick auf die Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit – Kontrolle der Rechtmässigkeit des Verwaltungshandelns – noch in Bezug auf den Grundsatz der Einheit des Verfahrens. So geht es nicht an, dass das Verwaltungsgericht seiner Beurteilung «anderes» (d.h. neueres) Bundesrecht zugrunde legt als hernach das Bundesgericht, wenn eine Bundesrechtsverletzung in Frage steht (vgl. Art. 111 Abs. 3 BGG²⁷). Dieser Fall könnte eintreten, wenn das Verwaltungsgericht eine während des Rechtsmittelverfahrens in Kraft getretene Änderung von Bundesrecht berücksichtigt hat, das Bundesgericht jedoch auf die Rechtslage im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids abstellt. Die Frage des intertemporalen Rechts ist in einem solchen Fall eine bundesrechtliche, und das Verwaltungsgericht ist – mit Rücksicht auf die Verfahrenseinheit – an die bundesgerichtliche Praxis gebunden.

III. Rückwirkung

1. Allgemeines

Als Rückwirkung bezeichnet man die Anwendung neuen (in Kraft stehenden) Rechts auf einen Sachverhalt, der sich noch unter altem Recht ereignet hat.²⁸ Dabei wird herkömmlicherweise zwischen echter und unechter Rückwirkung unterschieden, wobei die Figur der unechten Rückwirkung nicht unumstritten ist.²⁹

²⁵ Vgl. VGer ZH Urteil VB.2008.00169 vom 10. Juli 2008, E. 5.1; Urteil VB.2006.00504 vom 14. Februar 2007, E. 3; Urteil VB.2006.00430 vom 7. Februar 2007, E. 2.3; Urteil VB.2002.00249 vom 9. September 2004, E. 3.4.

²⁶ Vgl. VGer ZH Urteil VB.2010.00023 vom 20. Mai 2010, E. 3.4; Urteil VB.2009.00564 vom 14. Januar 2010, E. 3.2; ebenso TANQUEREL, Rz. 415.

²⁷ Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz BGG), SR 173.110.

²⁸ TANQUEREL, Rz. 417; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 21.

²⁹ Ablehnend KÖLZ, S. 163; kritisch ferner WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 286 f.

Echte Rückwirkung bedeutet die Anwendung neuen Rechts auf einen Sachverhalt, der sich *abschliessend* unter altem Recht verwirklicht hat.³⁰ Die Normadressaten hatten keine Möglichkeit, sich auf die künftige Rechtslage einzustellen, und können auf den Gang der Ereignisse keinen Einfluss mehr nehmen. Die Rückwirkung einer Norm verstösst gegen die Rechtssicherheit und gegen das Legalitätsprinzip; sie ist grundsätzlich unzulässig.³¹

Unechte Rückwirkung bedeutet demgegenüber die Anwendung neuen Rechts auf einen zeitlich offenen Dauersachverhalt, d.h. auf einen Sachverhalt, der unter altem Recht entstanden ist und bei Inkrafttreten des neuen Rechts noch andauert.³² Dies ist grundsätzlich zulässig, wenn kein Verstoss gegen den Vertrauensschutz vorliegt (wofür auch heute noch häufig die Figur der wohlerworbenen Rechte bemüht wird³³). Unechte Rückwirkung bedeutet letztlich nichts anderes als die Anpassung einer Dauerverfügung an geändertes Recht.³⁴

Keine Rückwirkung ist die *Rückanknüpfung* an frühere Sachumstände, beispielsweise die Steuerbemessung nach dem Einkommen und dem Vermögen des Vorjahres (sog. Pränumerandobesteuerung).³⁵ Dagegen liegt eine Rückwirkung vor, wenn ein Steuergesetz eine neue Steuerpflicht an einen Sachverhalt (z.B. eine Schenkung) anknüpft, der sich vor dem Inkrafttreten des Gesetzes ereignet hat.³⁶

2. Einbettung des Rückwirkungsverbots in die allgemeine Dogmatik des Verwaltungsrechts

Interessanterweise war FRITZ FLEINER, der Übervater des schweizerischen Verwaltungsrechts, noch wesentlich grosszügiger, was die Zulässigkeit der Rückwirkung anbelangt. So schrieb er 1928 in der letzten Auflage seiner «Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts» Folgendes: «Sofern [...] kein allgemeines,

³⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 329; KÖLZ, S. 163 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 23.

³¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 198 f.; TANQUEREL, Rz. 420; vgl. zu den Grundlagen des Rückwirkungsverbots auch UHLMANN/TRÜMLER, S. 155 m.w.H.

³² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 337; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 28.

³³ Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 342; TANQUEREL, Rz. 419.

³⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 28.

³⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 24; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 341, behandeln dies allerdings als Unterfall der unechten Rückwirkung.

³⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 329.

von der Verfassung oder von einem Gesetze für eine bestimmte Materie aufgestelltes Verbot besteht, kann sich jeder neue Rechtssatz rückwirkende Kraft beilegen und bereits vorhandene, abgeschlossene Tatbestände ergreifen. Diese Wirkung tritt nicht nur ein, wenn sie ausdrücklich angeordnet ist. Es genügt, dass sie sich als gewollt aus dem ganzen Zusammenhang des neuen Rechtes ergibt. Je bedeutungsvoller ein Rechtssatz für das Gemeinwohl ist, umso eher ist die Annahme gerechtfertigt, sein Urheber habe ihn auch auf bereits bestehende Verhältnisse zur Anwendung bringen wollen. [...] Daraus erhellt, dass im Verwaltungsrecht der Rückwirkung ein viel breiterer Raum gegönnt ist, als im Privatrecht.»³⁷ Auch das Bundesgericht folgte ursprünglich dieser Sichtweise.³⁸ Erst unter dem Einfluss von MAX IMBODEN und ZACCARIA GIACOMETTI fand es schliesslich zu einer restriktiveren Haltung und zu seiner heute noch verwendeten Formel³⁹; diese hat sich seit fast einem halben Jahrhundert nicht mehr verändert⁴⁰ und lautet wie folgt: Eine Rückwirkung ist ausnahmsweise zulässig, wenn sie

«ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt ist, sie zudem zeitlich mässig und durch triftige Gründe gerechtfertigt ist, keine stossenden Rechtsungleichheiten zur Folge hat und keinen Eingriff in wohl-erworbene Rechte darstellt».⁴¹

Bei Lichte besehen besteht diese Formel – jedenfalls aus heutiger Sicht – aus lauter verwaltungsrechtlichen Gemeinplätzen.⁴² Pointiert sagen FELIX UHLMANN und RALPH TRÜMPLER: «Auch dieses Beispiel ist Beleg dafür, dass Althergebrachtes, wenn es zwischen Lehre und Praxis nur oft genug hin- und herzitiert wird, leicht zum Sklerotischen wird.»⁴³ So bedeutet das Erfordernis, dass die Rückwirkung in einem Gesetz vorgesehen sein muss («ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt»), nichts anderes als eine Bezugnahme auf das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV). Das Kriterium «zeitlich mässig» ergibt sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV), und das Erfordernis der Rechtfertigung durch «triftige Gründe» entspricht dem stets gebotenen

³⁷ FLEINER, S. 88 ff.

³⁸ Vgl. KÖLZ, S. 164 ff.

³⁹ Vgl. die Hinweise bei KÖLZ, S. 167.

⁴⁰ Vgl. BGE 92 I 226 E. 5 S. 233 ff.; 94 I 1 E. 3 S. 5 ff.

⁴¹ BGE 125 I 182 E. 2b cc S. 186 f. m.w.H.

⁴² Vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 26; ferner MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 199 ff.; WEBER-DÜRLE, Vertrauensschutz, S. 285.

⁴³ UHLMANN/TRÜMPLER, S. 153.

(gewichtigen) öffentlichen Interesse (Art. 5 Abs. 2 BV). Dass durch Gesetz keine «stossenden Rechtsungleichheiten» geschaffen werden dürfen, ist eine Selbstverständlichkeit, die geradezu den Kern des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 Abs. 1 BV) ausmacht. Von einer gewissen Selbständigkeit ist lediglich die Voraussetzung, dass kein Eingriff in wohlerworbene Rechte erfolgen darf. Diese Voraussetzung ist jedoch – so absolut formuliert – zugleich die einzig problematische.⁴⁴ Denn die Rechtsfigur der wohlerworbenen Rechte aus der verwaltungsrechtlichen Mottenkiste geht bei richtiger Betrachtung vollständig im Vertrauensschutz (Art. 5 Abs. 3, Art. 9 BV) und – zumindest in gewissen Fällen – in der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) auf.⁴⁵ Die Vorstellung einer absoluten Gesetzesbeständigkeit wohlerworbenen Rechte ist längst überholt, da diese nicht beständiger sein können als die Quellen, aus denen sie sich speisen. Weder der Vertrauensgrundsatz noch die Eigentumsgarantie bieten einen absoluten Schutz vor Einschränkungen durch den Gesetzgeber auf dem Weg der Gesetzesänderung.⁴⁶ Der Schutz wohlerworbenen Rechte kann demnach – wie ENRICO RIVA subtil herausgearbeitet hat – «nicht weiter gehen als das, was die beiden Grundrechte an Schutzwirkung zu entfalten vermögen».⁴⁷ Richtig ist aber, dass sich die Zulässigkeit einer echten Rückwirkung in erster Linie am Massstab des Vertrauensschutzes messen lassen muss.⁴⁸

IV. Vorwirkung

1. Allgemeines

Mit Vorwirkung meint man die Berücksichtigung künftigen (d.h. noch nicht in Kraft stehenden) Rechts bei der Beurteilung eines gegenwärtigen Sachverhalts.⁴⁹ Zu unterscheiden ist zwischen positiver und negativer Vorwirkung einer Norm oder eines Richt- bzw. Nutzungsplans:

⁴⁴ Offenbar anders UHLMANN/TRÜMPLER, S. 153.

⁴⁵ Vgl. etwa GRIFFEL, *Dynamik*, S. 3, 12 f.

⁴⁶ Vgl. mit Bezug auf den Vertrauensschutz WEBER-DÜRLER, *Neuere Entwicklungen*, S. 307 f.

⁴⁷ RIVA, S. 127.

⁴⁸ WEBER-DÜRLER, *Neuere Entwicklungen*, S. 308 f.

⁴⁹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 29.

Positive Vorwirkung bedeutet die (Vor-)Anwendung künftigen, noch nicht in Kraft stehenden Rechts auf einen gegenwärtigen Sachverhalt.⁵⁰ Dies verstösst gegen das Legalitätsprinzip und ist unzulässig.⁵¹

Negative Vorwirkung bedeutet die Nichtanwendung geltenden Rechts auf einen gegenwärtigen Sachverhalt bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts.⁵² Geltendes Recht wird ausgesetzt, um die Wirkung künftigen Rechts nicht zu präjudizieren oder zu vereiteln. Dies ist zulässig, wenn hierfür im geltenden Recht eine ausreichende gesetzliche Grundlage besteht; Schranke ist dann lediglich das Verbot der Rechtsverzögerung.⁵³ Klassische Beispiele für eine negative Vorwirkung sind die raumplanungsrechtlichen Instrumente zur Sicherung einer noch ausstehenden Planung, namentlich die Planungszone⁵⁴, die Bausperre oder – als Surrogat hierfür im Kanton Zürich – das Institut der planungsrechtlichen Baureife.⁵⁵ Mit diesen besonderen Instrumenten kann im Raumplanungsrecht – anders als in anderen Bereichen des Rechts – dem «Windhundverhalten»⁵⁶ wirksam vorgebeugt werden, d.h. dem Bedürfnis, sich bei einer am Horizont erkennbar werdenden Rechtsänderung noch rasch nach dem bisherigen, vorteilhafteren Recht einzudecken.

2. Besondere Konstellationen

Soweit die Theorie. Ein Blick auf die Rechtsrealität zeigt indessen, dass sich in der Praxis Konstellationen ergeben haben, welche die erwähnten Aussagen der

⁵⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 347; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 33.

⁵¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 348; grosszügiger TANQUEREL, Rz. 424, und TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 35, in Bezug auf eine begünstigende positive Vorwirkung.

⁵² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 350; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 31.

⁵³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 32, verlangen zusätzlich zum Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage, dass die negative Vorwirkung sich durch überwiegende öffentliche Interessen rechtfertigen lässt und zeitlich mässig bleibt. Die Interessenabwägung wird im Regelfall jedoch durch die generell-abstrakte Norm, welche die Suspendierung des geltenden Rechts vorsieht, vorweggenommen; und das Kriterium der zeitlichen Mässigkeit dürfte unterhalb der Schwelle der Rechtsverzögerung kaum selbständige Wirkungen entfalten. Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 351 f.

⁵⁴ Vgl. Art. 27 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG), SR 700.

⁵⁵ Vgl. §§ 233–235 des zürcherischen Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG), LS 700.1.

⁵⁶ Vgl. UHLMANN in diesem Band, S. 48 f.

Dogmatik ein Stück weit relativieren und differenzieren. Drei seien nachfolgend erwähnt:

a) Positive Vorwirkung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag?

In BGE 136 I 142 ging es – noch vor Annahme der Zweitwohnungsinitiative – um eine Lenkungsabgabe zur Beschränkung des Zweitwohnungsbaus. Die Gemeinde Samnaun hatte eine Planungszone (mit negativer Vorwirkung) erlassen mit dem Ziel, den Erstwohnungsbau zu fördern und den Zweitwohnungsbau einzuschränken. In der Folge publizierte sie einen Gesetzesentwurf, der eine zweckgebundene Lenkungsabgabe auf nicht touristisch bewirtschafteten Zweitwohnungen vorsah. Nach der Publikation des Gesetzesentwurfs ersuchte die Gemeinde diejenigen Bauherrschaften, welche bereits ein Baugesuch eingereicht hatten, zu erklären, ob sie sich der vorgesehenen neuen Regelung betreffend die Förderung des Erst- und Einschränkung des Zweitwohnungsbaus vorläufig unterstellen wollten. Werde dies abgelehnt, so könnten die Baugesuche erst weiterbehandelt werden, wenn über das Schicksal der Gesetzesvorlage definitiv Klarheit herrsche. Das Bundesgericht qualifizierte die Abgabe einer entsprechenden Erklärung – einigermassen kreativ und ohne dies ausdrücklich zu sagen – als Zustimmung zu einer «Offerte» der Gemeinde und damit als Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages, von dem es in der Folge ausging.

Diese etwas gewagte Konstruktion über einen verwaltungsrechtlichen Vertrag diene bei Lichte besehen einzig dazu, im Ergebnis eine – an sich verpönte – positive Vorwirkung des noch nicht in Kraft stehenden kommunalen Gesetzes zur Förderung des Erst- und Einschränkung des Zweitwohnungsbaus zu erzeugen. Das Bundesgericht selbst hat eine positive Vorwirkung zwar verneint, allerdings mit knapper, nicht wirklich überzeugender Begründung.⁵⁷ Es verwies lediglich auf zwei kantonale Bestimmungen⁵⁸, welche aber nur die Befugnis der Gemeinden enthalten, Planungszone zu erlassen bzw. Erstwohnungsanteile festzulegen oder *gleichwertige Regelungen* zu treffen. Dies kommt einer verschlei-

⁵⁷ Diese lautete: «Damit hat es [das Verwaltungsgericht] die Tragweite der Art. 21 und 27 Abs. 4 KRG verkannt und dieses kantonale Recht willkürlich angewendet, was zu einer Verletzung der Autonomie der Gemeinde Samnaun führte» (BGE 136 I 142 E. 4.4 S. 149).

⁵⁸ Art. 21 und 27 Abs. 4 des Raumplanungsgesetzes für den Kanton Graubünden vom 6. Dezember 2004 (KRG), BR 801.100.

erten Nicht-Begründung gleich; denn die erwähnten Befugnisse der Gemeinde standen ausser Frage.⁵⁹ Der springende Punkt war ja gerade, dass eine entsprechende «gleichwertige Regelung» noch *nicht* (rechtskräftig) erlassen worden war. Damit wurde der verwaltungsrechtliche Vertrag letztlich zu einem Umgehungsinstrument; dies umso mehr, als ein bauwilliger Grundeigentümer nicht wirklich frei war, einer vorläufigen Unterstellung unter das künftige Gesetz – und damit dessen positiver Voranwendung – zuzustimmen oder nicht, wenn er keine Verzögerung in Kauf nehmen wollte.⁶⁰

b) Positive Vorwirkung im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung?

Bemerkenswert ist ein Urteil des Bundesgerichts vom 15. März 2012, in welchem – im Ergebnis – eine positive Vorwirkung noch nicht in Kraft stehenden Rechts erzeugt wurde, und zwar im Gewand einer Verhältnismässigkeitsprüfung. Im Streit lag die Verweigerung einer nachträglichen Baubewilligung für umfangreiche unbewilligte Umbauten an einem in der Landwirtschaftszone gelegenen Wohnhaus sowie eine Abbruchverfügung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Am 23. Dezember 2011, während des bundesgerichtlichen Verfahrens, änderte der Bundesgesetzgeber Art. 24c des Raumplanungsgesetzes (eine Revision, von der hinten unter «Unfälle und Verbrechen» noch die Rede sein wird).

Im Urteilszeitpunkt stand die Änderung zwar noch nicht in Kraft; gleichwohl befand das Bundesgericht, dass der neuen Bestimmung Rechnung zu tragen sei, da der angeordnete Abbruch eine Eigentumsbeschränkung darstelle, die nur zulässig sei, wenn die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt seien (was niemand in Abrede stellen wird). «Das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands oder eines Abbruchs» – so das Bundesgericht weiter – «erschieden als fragwürdig, wenn ein

⁵⁹ Das Bundesgericht erblickte in den fraglichen Bestimmungen überdies eine genügende gesetzliche Grundlage für den Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages (E. 4.3 S. 148 f.). Dies war zwischen den Beteiligten ebenfalls nicht strittig, zumal erst das Bundesgericht auf die Idee gekommen war, das Ganze als verwaltungsrechtlichen Vertrag zu qualifizieren.

⁶⁰ In der Sache ist es freilich zu begrüßen, dass das Bundesgericht den lokalen Behörden nicht in den Arm fallen wollte, wenn sich diese – nach gravierenden raumplanerischen Fehlentwicklungen – bemühten, in den alpinen Tourismusregionen den Zweitwohnungsbau einzudämmen.

neuer Erlass gewissermassen als *lex mitior* das umstrittene Bauvorhaben abdecken würde, mit der Folge, dass das (nachträgliche) Baugesuch bewilligt und von einer Wiederherstellung bzw. dem Abbruch abgesehen werden könnte.»⁶¹ Es könne im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen werden, dass gestützt auf die Neufassung von Art. 24c RPG ein Wiederaufbau in Betracht falle, nachdem der Beschwerdeführer das Wohnhaus eigenmächtig zu einem beträchtlichen Teil abgebrochen hatte. Es zeichne sich ab, dass gegen die Neuregelung kein Referendum ergriffen werde. Daher sei es «unverhältnismässig, das Wohnhaus des Beschwerdeführers entsprechend dem angefochtenen Entscheid des Verwaltungsgerichts abzubrechen, ohne die Möglichkeit der Anwendung von Art. 24c nRPG eingehender zu prüfen».⁶² Im Folgenden führte das Bundesgericht näher aus, was genau zu prüfen bzw. wie die neue, noch nicht in Kraft stehende RPG-Bestimmung auszulegen sei.⁶³ Es hiess die Beschwerde gut, hob den vorinstanzlichen Entscheid auf und wies die Sache an das Verwaltungsgericht zu neuer Prüfung unter dem Gesichtswinkel der künftigen Fassung von Art. 24c RPG zurück, mit der Möglichkeit einer weiteren Rückweisung an die zuständigen Verwaltungsbehörden.⁶⁴ Man mag einen solchen Einbezug künftigen Rechts in die Güterabwägung befürworten oder ablehnen⁶⁵; das Dogma der Unzulässigkeit der positiven Vorwirkung erhielt dadurch jedenfalls eine unübersehbare Bresche.

c) Negative Vorwirkung ohne gesetzliche Grundlage?

Am 17. Juni 2012 nahmen die Stimmberechtigten des Kantons Zürich die *Kulturlandinitiative* an («Volksinitiative zum Erhalt der landwirtschaftlich und ökologisch wertvollen Flächen»). Gemäss dieser – in der Form der allgemeinen Anregung eingereichten – Initiative hat der Kanton dafür zu sorgen, «dass die wertvollen Landwirtschaftsflächen und Flächen von besonderer ökologischer Bedeutung wirksam geschützt werden und in ihrem Bestand und ihrer Qualität erhalten bleiben». Als wertvolle Landwirtschaftsflächen gelten nach dem Wortlaut der Initiative «die Flächen der Bodeneignungsklassen 1 bis 6, mit Ausnahme der zum Zeitpunkt der Annahme der Initiative rechtskräftig der Bauzone zuge-

⁶¹ BGer Urteil 1C_187/2011 vom 15. März 2012, E. 2.3 (ZBI 113/2012, S. 610 ff.).

⁶² BGer a.a.O., E. 3.4.

⁶³ BGer a.a.O., E. 3.5.

⁶⁴ BGer a.a.O., E. 4.

⁶⁵ Zustimmend etwa ARNOLD MARTI, Bemerkungen der Redaktion, ZBI 113/2012, S. 615 f.

wiesenen Flächen».⁶⁶ Der Regierungsrat unterbreitete dem Kantonsrat am 19. Juni 2013 als Umsetzungsvorlage eine Teilrevision des kantonalen Planungs- und Baugesetzes und beantragte gleichzeitig deren Ablehnung⁶⁷; dass er damit die politischen Rechte der Stimmberechtigten verletzt hat, sei hier nur am Rand vermerkt.⁶⁸

Von Interesse ist in unserem Zusammenhang die von der Baudirektion bereits am 12. Juli 2012, also kurz nach Annahme der Initiative erlassene *aufsichtsrechtliche Weisung an die Gemeinden*, alle Verfahren, mit welchen neue Bauzonen geschaffen werden sollen, zu sistieren, ebenso projektbezogene Sondernutzungsplanungen ausserhalb der Bauzonen.⁶⁹ Damit war unbestreitbar eine negative Vorwirkung verbunden: Geltendes Recht wurde suspendiert, um die Umsetzung der Initiative nicht durch rasche weitere Einzonungen zu vereiteln.

Normalerweise bedarf dies, wie dargelegt, einer gesetzlichen Grundlage im geltenden Recht, um dem Legalitätsprinzip zu genügen. Die aufsichtsrechtliche Weisung – eine Verwaltungsverordnung – stellt offensichtlich keine solche dar. Auch die Kulturlandinitiative selbst genügt als allgemeine Anregung den Anforderungen des Legalitätsprinzips per definitionem nicht. Gleichwohl scheint mir das Vorgehen der Behörden in dieser – wohl sehr singulären – Situation gerechtfertigt, jedenfalls im Ergebnis: Erstens ist die Annahme einer allgemein anregenden Volksinitiative nicht einfach nichts; sie ist sozusagen noch nicht in Form gegossener Wille des Gesetzgebers. Diese verbindliche Willenskundgabe des Volkes war es gerade, die das Bedürfnis nach Schutz vor negativer Präjudizierung entstehen liess. Zweitens ist die aufsichtsrechtliche Anordnung – die den Charakter einer prozessualen vorsorglichen Massnahme hat – klarerweise befristet, und zwar relativ eng. So sieht das kantonale Recht eine Frist von einem

⁶⁶ ABI ZH 2010 2952 f.; ABI ZH 2011 2413 ff.

⁶⁷ ABI ZH 5. Juli 2013 (37127).

⁶⁸ Vgl. dazu BGE 139 I 2 E. 5.6 S. 9: «Aus Art. 34 Abs. 1 BV geht hervor, dass die Behörden, welche den in einer nicht formulierten und damit nicht inhaltlich fest vorgegebenen Initiative angenommenen Regelungsgehalt umsetzen, eine Regelung auszuarbeiten und zu verabschieden haben, die den in der Initiative zum Ausdruck gebrachten Vorstellungen entspricht [...].»

⁶⁹ Die – immer noch gültige – Weisung sieht auch gewisse Ausnahmen vor; so, wenn die Planfestsetzung bereits vor dem 12. Juni 2012 erfolgte, ferner für Anpassungen innerhalb von Bauzonen, die Schaffung neuer Freihalte-, Erholungs- und Reservezonen, überkommunale Gestaltungspläne, neue Bauzonen auf angrenzenden, versiegelten Flächen, Vorhaben gemäss kantonaler Spezialgesetzgebung sowie Vorhaben nach Bundesrecht.

Jahr für die Ausarbeitung der Umsetzungsvorlage durch den Regierungsrat vor; die Schlussabstimmung im Kantonsrat muss innert zwei Jahren nach der Volksabstimmung erfolgen.⁷⁰ Drittens besteht – anders als im klassischen Fall der Bausperre bzw. der Planungszone, wo ein an sich bestehender Anspruch auf Bewilligungserteilung «abgeklemmt» wird – kein Individualanspruch auf Einzonung, jedenfalls kein vorbehaltloser. Vielmehr ist eine Einzonung stets von einer umfassenden planerischen Interessenabwägung abhängig, die insbesondere den Planungszielen und -grundsätzen gemäss Art. 1 und 3 RPG Rechnung zu tragen hat. Es besteht mithin ein grosses planerisches Ermessen. Die Weisung der Baudirektion setzte hier an und steuert aufsichtsrechtlich (vorübergehend) diese Ermessenshandhabung. Die Besonderheiten dieses Falles – allgemein anregende Volksinitiative mit Gefahr der Präjudizierung durch nutzungsplanerische Akte – dürften dogmatische Verallgemeinerungen freilich kaum zulassen.

V. Insbesondere: Anwendung neuen Rechts auf bestehende Bauten

1. Problemstellung

Die Lebensdauer von Bauwerken übersteigt die Geltungsdauer baurechtlicher Erlasse und nutzungsplanerischer Festlegungen in der Regel um ein Mehrfaches. Deshalb gibt es – mit steigender Tendenz – zahllose Bauten, die in der einen oder anderen Hinsicht gegen geltende Bau- oder Nutzungsvorschriften verstossen, im Lauf der Zeit also rechtswidrig geworden sind. Es stellt sich daher die Frage, ob solche ganz oder teilweise rechtswidrig gewordenen Bauten an das geltende Recht angepasst werden müssen. Dies kann als *Unterfall der unechten Rückwirkung* aufgefasst werden: Es liegt ein Dauersachverhalt vor⁷¹, aber keine Dauerverfügung; denn die Baubewilligung ist – im Gegensatz etwa zu einer Betriebs- oder einer Berufsausübungsbewilligung – keine solche. Eine Anpassung hätte deshalb nicht durch Widerruf der Baubewilligung, sondern durch Erlass einer neuen Verfügung zu erfolgen. Die zugrunde liegenden Wertungen sind jedoch die gleichen.

⁷⁰ § 138 des zürcherischen Gesetzes über die politischen Rechte vom 1. September 2003 (GPR), LS 161.

⁷¹ Vgl. KÖLZ, S. 204 f.

2. Besitzstandsgarantie als Ausgangspunkt und Faustregel

Anders als im «Normalfall» der unechten Rückwirkung ist eine *Anpassung an veränderte Verhältnisse* hier jedoch nicht die Regel, sondern die *Ausnahme*. Ausgangspunkt ist die sog. Besitzstandsgarantie (garantie des situations acquises); diese schützt den «Besitzstand» und gewährleistet, dass nach früherem Recht erstellte Bauten oder gemäss früherem Recht zulässige Nutzungen unter neuem Recht grundsätzlich fortbestehen dürfen. Die dogmatische Herleitung der Besitzstandsgarantie ist nicht gefestigt.⁷² Lehre und Rechtsprechung führen sie in der Regel auf die Eigentumsgarantie und den Vertrauensschutz zurück. Häufig wird die Besitzstandsgarantie zusätzlich aus dem Rückwirkungsverbot abgeleitet; vereinzelt erfolgt die Herleitung ausschliesslich aus dem Vertrauensgrundsatz.⁷³ Die Besitzstandsgarantie wurde überdies positivrechtlich geregelt – für zonenwidrige Bauten ausserhalb der Bauzonen in Art. 24c RPG, für Bauten innerhalb der Bauzonen in den einschlägigen kantonalen Erlassen⁷⁴ –, wobei die gesetzlichen Regelungen oftmals über den reinen Bestandesschutz hinausgehen und auch Umbauten, Erweiterungen oder sogar den Wiederaufbau zulassen (sog. erweiterte Besitzstandsgarantie).

Die Schwierigkeiten, die Besitzstandsgarantie dogmatisch einzuordnen, erstaunen nicht. Denn bei richtiger Betrachtung weist die Besitzstandsgarantie – wie ich bereits bei früherer Gelegenheit dargelegt habe⁷⁵ – *keinen selbständigen normativen Gehalt* auf. Ob und wie weit bei bestehenden Bauten nachträglich die geltenden Bau- und Nutzungsvorschriften zur Anwendung gelangen, lässt sich nicht aus der Besitzstandsgarantie ableiten. Vielmehr ergibt sich deren Tragweite umgekehrt aus einer im Einzelfall vorzunehmenden, umfassenden Abwägung aller relevanten öffentlichen und privaten Interessen, wobei sich die Rechtsfolgen primär nach den einschlägigen gesetzlichen Regelungen der Besitzstandsgarantie richten, welche ihrerseits eine Konkretisierung jener Güter-

⁷² Vgl. GRIFFEL, Spannungsfeld, S. 181 m.w.H.

⁷³ So namentlich KÖLZ, S. 191 ff.

⁷⁴ Beispiele: § 68 des Gesetzes über Raumentwicklung und Bauwesen (Baugesetz) des Kantons Aargau vom 19. Januar 1993, SAR 713.100; Art. 3 des Baugesetzes des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, BSG 721.0; § 178 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Luzern vom 7. März 1989, SRL 735; § 34^{ter} des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Solothurn vom 3. Dezember 1978, BGS 711.1; Art. 77^{bis} ff. des Gesetzes über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Baugesetz) des Kantons St. Gallen vom 6. Juni 1972, sGS 731.1; § 357 PBG ZH (Fn. 55).

⁷⁵ GRIFFEL, Spannungsfeld, S. 187; zustimmend BIAGGINI, Art. 26 N 19; WILLI, S. 8 f.

abwägung darstellen. Ins Gewicht fallen namentlich der Schutz des Eigentums und des Geltungsvertrauens auf der einen Seite sowie die Bauvorschriften – verstanden als Konkretisierung öffentlicher Interessen – auf der anderen Seite, gegebenenfalls ergänzt durch weitere öffentliche Interessen, etwa solche des Umweltschutzes, des Denkmalschutzes oder des Landschaftsschutzes. Dogmatisch wäre die Besitzstandsgarantie daher streng genommen entbehrlich; sie ist aber anschaulich und leistet als «Faustregel», als Orientierungshilfe für die Gewichtung der auf dem Spiel stehenden Interessen, wertvolle Dienste.⁷⁶

VI. «Unfälle und Verbrechen»

1. Art. 24c RPG in der Fassung vom 23. Dezember 2011 (Besitzstandsgarantie)

Bleiben wir bei der Besitzstandsgarantie. Art. 24c Abs. 1 RPG formuliert diese für den Bereich ausserhalb der Bauzonen: «Bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, werden in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt.» Art. 41 der Raumplanungsverordnung⁷⁷ in seiner ursprünglichen Fassung präziserte den Anwendungsbereich wie folgt: «Artikel 24c RPG ist anwendbar auf Bauten und Anlagen, die seinerzeit in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellt oder geändert wurden, durch die nachträgliche Änderung von Erlassen oder Plänen jedoch zonenwidrig geworden sind.» Art. 24c RPG betrifft bzw. betraf mithin Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die *ursprünglich rechtmässig erstellt* worden waren und *durch spätere Rechtsänderung zonenwidrig* wurden. Massgebender Stichtag war in der Regel der 1. Juli 1972; damals trat das Gewässerschutzgesetz von 1971⁷⁸ in Kraft, welches das Bauen ausserhalb der Bauzonen erstmals einer einschränkenden bundesrechtlichen Regelung unterwarf.

Dieses Verständnis von Art. 24c wurde durch eine Gesetzesänderung vom 23. Dezember 2011 – die auf eine Standesinitiative des Kantons St. Gallen zurückging und mit der eine erhebliche Ausweitung der Besitzstandsgarantie

⁷⁶ GRIFFEL, Spannungsfeld, a.a.O.

⁷⁷ Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV), SR 700.1.

⁷⁸ Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung vom 8. Oktober 1971 (Gewässerschutzgesetz), AS 1972 950.

verbunden war – stark verunklärt. Man versteht die Bestimmung seit der Revision allerdings nur noch, wenn man weiss, was der Gesetzgeber eigentlich wollte: Der Stichtag 1. Juli 1972 (bzw. das Datum einer allfälligen späteren Auszonung) ist lediglich noch insofern relevant, als das Gebäude in diesem Zeitpunkt bereits existiert haben muss; keine Rolle spielt mehr, ob es damals noch zu landwirtschaftlichen (Wohn-)Zwecken genutzt wurde oder nicht. Bei landwirtschaftlichen Wohnbauten und angebauten Ökonomiebauten bedarf es demnach nicht mehr einer späteren Rechtsänderung, um in den Anwendungsbereich von Art. 24c zu fallen; neu ist dies auch bei einer *Nutzungsänderung* – d.h. bei einer Aufgabe der landwirtschaftlichen Nutzung – der Fall, also bei einer eigenmächtigen tatsächlichen Handlung. Damit hat der Gesetzgeber in Bezug auf das bisherige Begriffsverständnis von «Besitzstandsgarantie» einen Paradigmawechsel vollzogen, wohl ohne dies zu realisieren; denn es handelt sich nun nicht mehr um einen intertemporalen Tatbestand.

Die neue Regelung ruft in mehrfacher Hinsicht der Kritik: Erstens ist sie wie gesagt nicht verständlich; man muss wissen, was der Gesetzgeber meinte, und dies in den Gesetzestext hineininterpretieren. Zweitens ist sie völlig überschüssend. Sie wollte zwar das Stichtags-Problem lösen – d.h. die zunehmenden Schwierigkeiten, festzustellen, wie eine Baute im Jahr 1972 genutzt wurde –, schafft jedoch darüber hinausgehend, jedenfalls an attraktiven Lagen, einen Anreiz, die landwirtschaftliche Nutzung aufzugeben und das Wohngebäude zu Preisen für exklusives Bauland zu verkaufen; dies deshalb, weil der Erwerber das alte Gebäude (kraft der erweiterten Besitzstandsgarantie⁷⁹) sogar abbrechen und ein neues erstellen darf. Drittens liegt, jedenfalls nach bisherigem Verständnis, gar kein Besitzstands-Tatbestand vor, da die betreffenden Bauten nicht infolge einer Rechtsänderung, sondern aufgrund der Aufgabe der bisherigen Nutzung rechtswidrig geworden sind. Und viertens war der gleiche Tatbestand bereits 1998 geregelt und 2007 revidiert worden, nämlich in Art. 24d Abs. 1 RPG; es bestand also nicht etwa eine Regelungslücke, sondern einfach ein plötzliches, anderes Regelungsbedürfnis. Auch die Konzeptlosigkeit, mit der das Parlament seit 1998 an den Bestimmungen über das Bauen ausserhalb der Bauzonen herumbastelt, sollte irgendwo ihre Grenzen haben.

⁷⁹ Art. 24c Abs. 2 RPG.

2. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV (Zweitwohnungen)

Wohl noch selten hat eine Übergangsbestimmung für so viel Unruhe und Rechtsunsicherheit gesorgt wie jene der Zweitwohnungsinitiative, die am 11. März 2012 von Volk und Ständen angenommen wurde. Art. 197 Ziff. 9 BV, die Übergangbestimmung zum neuen Art. 75b BV, enthält folgenden, mittlerweile landesweit bekannten Abs. 2:

«Baubewilligungen für Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar des auf die Annahme von Artikel 75b folgenden Jahres und dem Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen erteilt werden, sind nichtig.»

Was sich die Urheber dieser Formulierung gedacht haben und was sie damit wirklich wollten, wird wohl auf ewig ihr Geheimnis bleiben. Jedenfalls ist offensichtlich, dass es der Formulierung in elementarer Weise an handwerklicher Professionalität mangelt. Nach Annahme der Initiative entbrannte denn auch – spät! – eine heftige Kontroverse um ihre Tragweite, die erst am 22. Mai 2013 mit einem Grundsatzentscheid des Bundesgerichts (BGE 139 II 243) ihr Ende fand.

Eher unbedarft war das zuweilen vorgebrachte Argument, eine Revision der Bundesverfassung trete mit Annahme durch Volk und Stände in Kraft⁸⁰; denn damit trat ja auch die Übergangsbestimmung in Kraft. Die entscheidende Frage ist, ob es sich bei Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV um eine *intertemporalrechtliche Norm* handelt oder nicht. Um Sinn und Tragweite dieser Bestimmung zu ermitteln, ist sie – wie jede Rechtsnorm – auszulegen. Weil die grammatikalische Auslegung zu nichts führt und die historische Auslegung mangels relevanter Anhaltspunkte spezifisch zu dieser Übergangsbestimmung ebenfalls nicht weiterhilft, bleiben einzig die systematische Auslegung im Verbund mit Art. 75b BV sowie die Frage nach dem Sinn und Zweck der Regelung, also die teleologische Auslegung. Zwei unterschiedliche Betrachtungsweisen sind möglich:

Die *erste Betrachtungsweise* sieht in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV eine intertemporalrechtliche Norm und zieht aus der Formulierung den Umkehrschluss, dass Baugesuche bis zum 31. Dezember 2012 noch nach bisherigem Recht zu beurteilen waren. Anknüpfungspunkt ist der Grundsatz des Vertrauensschutzes, der generell und auch hier gilt. Bei der Änderung planungs- oder baurechtlicher Vorschriften besteht regelmässig das Bedürfnis nach einer intertemporalen

⁸⁰ Art. 195 BV.

Regelung, insbesondere um Härten im Zusammenhang mit hängigen Baugesuchen zu vermeiden; denn ohne Übergangsregelung gilt neues Recht, wie dargelegt⁸¹, bereits in hängigen Bewilligungsverfahren. In diesem Sinne entspricht es dem zu erwartenden Normalfall, dass eine neue, sehr restriktive Bauvorschrift wie das Zweitwohnungsverbot mit einer intertemporalen Regelung abgedeckt wird. Weiter kommt hinzu, dass man der vorliegend in Frage stehenden Bestimmung die Funktion beimessen kann, zeitlichen Druck auf den Gesetzgeber auszuüben, damit dieser die Übergangsphase der ersten paar Monate nutzt, um mit der Erarbeitung der Ausführungsgesetzgebung vorwärtzumachen. Diese «Damokles-Funktion» würde weitgehend entkräftet, wenn Baubewilligungen für Zweitwohnungen schon von Anfang an ungültig (wenn auch zunächst «nur» anfechtbar) wären.⁸² Schliesslich entbehrt es jeder Plausibilität, weshalb Baubewilligungen für Zweitwohnungen, wenn sie von Anfang an rechtswidrig sein sollen, zunächst bloss anfechtbar, nach einigen Monaten dann aber nichtig sein sollen.

Entgegenhalten lässt sich dieser Sichtweise, dass es nicht der Wille des Verfassungsgebers – selbst eines auf Vertrauensschutz bedachten – gewesen sein kann, nebst der Beendigung hängiger Bewilligungsverfahren auch noch neue zu ermöglichen, wie es in der zweiten Hälfte des Jahres 2012 bekanntlich zuhauf geschah. Dies trifft zu; doch kann darin schlicht ein handwerklicher Mangel der Regelung selbst erblickt werden. Diese hat die Zeitspanne zwischen dem Abstimmungstermin und dem Wirksamwerden der «Nichtigkeitsguillotine» nämlich dem Zufall (bzw. der Festsetzung des Abstimmungstermins durch den Bundesrat) überlassen, so dass sie ein aleatorisches Element enthält. Im Falle einer Abstimmung erst im November des Jahres 2012 hätte sich dieses in umgekehrter Richtung stossend ausgewirkt, weil dann nicht einmal mehr alle bereits hängigen Gesuche nach bisherigem Recht hätten abgewickelt werden können. Man kann deshalb den Standpunkt einnehmen, dass die (zufällige) Zeitdauer der Übergangsfrist – die sich so oder anders auswirken konnte – für das Auslegungsergebnis nicht ausschlaggebend sei; die Initianten hätten da halt ganz einfach gepfuscht. (Weniger amateurhaft wäre es gewesen, eine feste Frist festzulegen; sachgerecht wären drei bis vier Monate nach dem Inkrafttreten von Art. 75b BV gewesen, was es erlaubt hätte, die hängigen Bewilligungsverfahren noch abzuschliessen.)

⁸¹ Vorn S. 9 f.

⁸² Das Bundesgericht griff dieses Argument ebenfalls auf, aber nicht wirklich überzeugend (BGE 139 II 243 E. 11.6 S. 262 f.).

Die zweite Betrachtungsweise erblickt in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV keine intertemporalrechtliche Norm, sondern lediglich eine Verschärfung der Rechtsfolge (Nichtigkeit statt Anfechtbarkeit) ab dem 1. Januar 2013 bis zum Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen. Sie geht davon aus, dass die sofortige Anwendbarkeit Sinn und Zweck von Art. 75b BV entspricht, und erachtet es als stossend und vom Verfassungsgeber nicht gewollt, dass nach Annahme der Initiative sogar noch neue Baugesuche eingereicht und bewilligt werden können. Diese Sichtweise hat sich das Bundesgericht zu eigen gemacht.⁸³ Das ist nachvollziehbar, insbesondere vor dem Hintergrund der Bewilligungsexzesse, zu denen es in der zweiten Hälfte des Jahres 2012 gekommen war. So gesehen kann man sagen: Das Bundesgericht hat ein kleineres Übel in Kauf genommen, um ein wesentlich grösseres zu verhindern. Das kleinere Übel war eine Auslegung von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV, die in sich nicht wirklich einen Sinn ergibt; das grössere Übel war die Gefahr, dass die Wirkung des neuen Verfassungsartikels faktisch in sein Gegenteil verkehrt wird. Das Fazit ist wohl: Man kann nicht jedem Nonsens, der geltendes Recht wird (hier sogar Verfassungsrecht!), krampfhaft einen vernünftigen Sinn beimessen: Nonsens bleibt manchmal eben Nonsens. An einen solchen Umgang mit Rechtsnormen muss man sich allerdings erst ein bisschen gewöhnen; aber das ist nicht die Schuld des Bundesgerichts.

Eine grundsätzliche, hier aber nur zu streifende Frage ist indessen die: Das Bundesgericht stellte in seinen Erwägungen – wohl ein wenig der Not gehorchend – stark darauf ab, was im Vorfeld der Abstimmung thematisiert worden war (u.a. in den Abstimmungserläuterungen), und arbeitete heraus, dass eigentlich alle Seiten die Übergangsbestimmung als solche ignoriert hatten.⁸⁴ Nun ist ja hinlänglich bekannt, dass in einem Abstimmungskampf jeweils eine Zuspitzung auf einzelne wenige Aspekte einer Vorlage erfolgt, meistens plakativ und gehörig überzeichnet, nicht zuletzt von den Bundesbehörden selbst, welche damit zuweilen taktische Ziele verfolgen («Seht nur, was geschieht, wenn diese Initiative angenommen wird»). Darf nun das, was *nicht* thematisiert wurde – vorliegend die Bedeutung von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV –, im Rahmen der Auslegung einfach ausser Acht gelassen werden? Eine solche Tendenz wäre problematisch, weil der eigentliche Normtext – welcher Ausgangspunkt jeder Auslegung sein

⁸³ BGE 139 II 243 E. 11 S. 259 ff.

⁸⁴ BGE 139 II 243 E. 11.4 S. 261 f.

muss – erheblich an Relevanz verlieren würde. Diese Frage zu vertiefen, ist hier jedoch nicht der Ort.

3. Volksinitiative «Millionen-Erbschaften besteuern für unsere AHV (Erbschaftssteuerreform)»

Zum Schluss noch ein letztes intertemporalrechtliches Kuriosum, abermals im Gewand einer Volksinitiative. Die am 12. März 2013 zustande gekommene Volksinitiative «Millionen-Erbschaften besteuern für unsere AHV (Erbschaftssteuerreform)»⁸⁵ möchte eine Bundes-Erbschafts- und -Schenkungssteuer einführen und die kantonalen Erbschafts- und Schenkungssteuern abschaffen; zudem will sie zwei Drittel der Erträge für die Finanzierung der AHV zweckbinden (was zwar sympathisch ist, unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Materie aber nicht unproblematisch erscheint). Für politischen Zündstoff sorgt in erster Linie, dass die Initiative den Nachkommen – je nach Standpunkt: nur – einen «Freibetrag von 2 Millionen Franken auf der Summe des Nachlasses und aller steuerpflichtigen Schenkungen» zugestehen will, verbunden mit einer rigorosen *Rückwirkungsklausel* in der Übergangsbestimmung, Art. 197 Ziff. 9 BV.⁸⁶ Diese hält in Abs. 1 Satz 3 fest: «Schenkungen werden rückwirkend ab 1. Januar 2012 dem Nachlass zugerechnet.» Damit wollten die Initianten offensichtlich dem «Windhundverhalten»⁸⁷ vorbeugen, was ihnen aber nur teilweise gelungen ist. Wohl noch kaum je hat eine Rückwirkungsklausel eine derart grosse (faktische) Vorwirkung entfaltet, mussten doch die Grundbuchämter – insbesondere entlang des rechten Zürichseeufers – Ende 2011 Akkordarbeit leisten, mit der Drohung von Haftungsklagen im Nacken, ausgesprochen von Anwälten, die ihren Klienten – alles äusserst schenkungsfreudige, gutsituierte Eltern – zuvor gesagt hatten, man müsse schon mit der Annahme der Erbschaftssteuerinitiative rechnen ...

⁸⁵ Wortlaut in BBl 2011 6459 ff.; vgl. ferner BBl 2013 2267 f. (Feststellung des Zustandekommens).

⁸⁶ Ziff. 9 ist inzwischen durch die Übergangsbestimmung zu Art. 75b BV besetzt worden. Die Bundeskanzlei würde im Falle der Annahme der Initiative die Ziffer entsprechend anpassen.

⁸⁷ Vgl. vorn S. 18.

Angesichts der im Parlamentsgesetz⁸⁸ vorgesehenen Fristen – die Bundesversammlung muss innert 30 Monaten nach Einreichung der Initiative beschliessen, ob sie diese Volk und Ständen zur Annahme oder Ablehnung empfiehlt⁸⁹, wobei sie die Frist bei Ausarbeitung eines direkten Gegenentwurfs um ein und im Falle eines indirekten Gegenentwurfs um zwei Jahre verlängern kann⁹⁰ – ist ohne weiteres damit zu rechnen, dass die Initiative erst 2016, 2017 oder 2018 zur Volksabstimmung kommen wird. Damit käme es zu einer *Rückwirkung von vier bis sechs Jahren*; Schenkungen aus dieser Zeitspanne, welche den Freibetrag übersteigen, müssten dann rückwirkend versteuert werden. Eine Rückwirkung von solcher Dauer wäre präzedenzlos und in zeitlicher Hinsicht ganz offensichtlich nicht mässig im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Aber sie würde m.E. – weil ausdrücklich gewollt – gelten, da sie «nur» mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz im Konflikt steht und nicht, wie im Falle anderer problematischer Volksinitiativen, auch noch mit Grundrechten oder Völkerrecht. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit allein – ohne grund- oder völkerrechtliche Unterstützung, allenfalls leicht unterlegt durch die Eigentumsgarantie – vermöchte sich gegenüber einer solchen Regelung wohl nicht zu behaupten. Das Vertrauen in die Rechtsordnung würde dadurch aber ein weiteres Mal untergraben. Wenn wir dem Initiativrecht nicht etwas mehr Sorge tragen und es in Zukunft nicht wieder verantwortungsvoller handhaben als in den letzten Jahren, laufen wir Gefahr, dieses wichtige Volksrecht ernsthaft zu beschädigen. Aber das ist wiederum ein anderes Thema.

Literaturverzeichnis

BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007

FLEINER FRITZ, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928

GRIFFEL ALAIN, Bauen im *Spannungsfeld* zwischen Eigentumsgarantie und Bauvorschriften, ZBl 103/2002, S. 169 ff.

GRIFFEL ALAIN, *Dynamik* und Stillstand im Verwaltungsrecht, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 3 ff.

⁸⁸ Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, ParlG), SR 171.10.

⁸⁹ Art. 100 ParlG.

⁹⁰ Art. 105 Abs. 1 und 1^{bis} ParlG.

- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl. Zürich/St. Gallen 2010
- KÖLZ ALFRED, *Intertemporales Verwaltungsrecht*, ZSR 102/1983 II, S. 101 ff.
- MEYER ULRICH/ARNOLD PETER, *Intertemporales Recht. Eine Bestandsaufnahme anhand der Rechtsprechung der beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts*, ZSR 124/2005 I, S. 115 ff.
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, *Droit administratif*, Bd. I: Les fondements, 3. Aufl. Bern 2012
- RIVA ENRICO, *Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen. Dogmatische Grundlagen und Anwendung auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes*, Bern 2007
- TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, Genf/Zürich/Basel 2011
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. Bern 2009
- UHLMANN FELIX/TRÜMPLER RALPH, «Das Rückwirkungsverbot ist im Bereich der Amtshilfe nicht von Bedeutung» – Überlegungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Juli 2010 betreffend den UBS-Staatsvertrag, ZSR 130/2011 I, S. 139 ff.
- WEBER-DÜRLER BEATRICE, *Neuere Entwicklungen des Vertrauensschutzes*, ZBI 103/2002, S. 281 ff.
- WEBER-DÜRLER BEATRICE, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Basel/Frankfurt a.M. 1983
- WILLI KONRAD, *Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen. Eine Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2003

Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre

Felix Uhlmann*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	33
II. Begriff des intertemporalen Rechts	34
1. Erste Begriffsbestimmung	34
2. Übergangsrecht als Teil der Schlussbestimmungen	34
a) Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts gleicher Stufe	35
b) Inkrafttreten	36
aa) Erfordernis einer Regelung	36
bb) Delegation an die Exekutive	37
cc) Verfassungsrecht und Konkordate	37
c) Übergangsbestimmungen im engeren Sinne	38
III. An welche Fälle muss der Gesetzgeber denken?	40
1. Delegation von Übergangsrecht?	40
2. Anwendung neuen Rechts auf laufende Verfahren	41
3. Anwendung neuen Rechts auf bestehende Rechtspositionen	42
a) Verfügungen	42
b) Verwaltungsrechtliche Verträge und wohlerworbene Rechte	43
c) Zivilrechtliche Rechtsverhältnisse	44
4. Fristen	45
5. Organisationsrecht	47
6. Verhalten der Rechtsunterworfenen	48
IV. Exkurs: Verwaltungsverordnungen	49
V. Zusammenfassung	50
Literaturverzeichnis	51

I. Einleitung

Dem intertemporalen Recht wird ein stark technischer Charakter zugeschrieben. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Übergangsrecht auch wichtige rechtspolitische Probleme aufwirft.

* Für die Erstellung des Fussnotenapparates sowie der Überarbeitung des Textes danke ich Frau MLaw Natassia Gili bestens.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen das intertemporale Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre beleuchten, wobei zwei Hauptthemen aufgegriffen werden: Zum einen wird der Frage nach der Definition des Übergangsrechts und dessen systematischer Einordnung in einem Sacherlass nachgegangen und zum anderen sollen typische intertemporale Fallkonstellationen aufgezeigt werden.

II. Begriff des intertemporalen Rechts

1. Erste Begriffsbestimmung

Der Gesetzgebungsleitfaden des Bundesamtes für Justiz liefert eine simple und gute Definition zum intertemporalen Recht. «Die intertemporalen Bestimmungen eines Erlasses grenzen die Geltungsbereiche des alten und des neuen Rechts voneinander ab.»¹ Im Rahmen des Geltungsbereiches stellt sich somit die Frage, auf welche Sachverhalte neue Bestimmungen und auf welche Sachverhalte altrechtliche Normen zur Anwendung kommen.

2. Übergangsrecht als Teil der Schlussbestimmungen

Weiter hält der Gesetzgebungsleitfaden fest, dass das Übergangsrecht Teil der Schlussbestimmungen eines Erlasses ist.² Zu den Schlussbestimmungen gehören die Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts gleicher Erlassstufe, die Übergangsbestimmungen sowie das Inkrafttreten. Diese drei Bereiche kann man als Übergangsrecht oder intertemporales Recht im weiteren Sinne bezeichnen, während die Übergangsbestimmungen (oder Übergangsbestimmungen im engeren Sinne) die Rückwirkungsproblematik sowie die Frage des Anspruchs auf eine angemessene Übergangsregelung betreffen. Nicht behandelt werden im Rahmen dieses Beitrages Vollzug und Referendum, die sich gemäss Gesetzgebungsleitfaden ebenfalls in den Schlussbestimmungen finden.

¹ Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 655; vgl. auch KÖLZ, S. 158 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 184 f.; TANQUEREL, Rz. 403 f.

² Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 874.

a) **Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts gleicher Stufe**

In der Schweizer Praxis herrscht Konsens dahingehend, dass alle zu ändernden und aufzuhebenden Bestimmungen am Ende des Sacherlasses einzeln aufzuführen sind.³ Unbestritten ist auch, dass jeweils nur die gleiche Normstufe betroffen ist. Der Gesetzgeber muss sich somit nicht mit dem Verordnungsrecht befassen, sondern es bleibt Sache des Verordnungsgebers, die notwendigen Anpassungen vorzunehmen.

Im Ausland gehört diese Praxis nicht überall zum Standard.⁴ Die Folge davon sind oftmals unübersichtliche Regelungen. Unklarheiten entstehen insbesondere bei der Frage, ob trotz neuen Rechts nicht doch ältere, speziellere Bestimmungen in Kraft bleiben. Demzufolge ist es von grosser Bedeutung, dass die Frage der Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts übersichtlich geklärt wird.

Die rechtsetzungstechnische Arbeit der Auflistung von aufzuhebenden und zu ändernden Bestimmungen am Ende des Haupterlasses ist durchaus mühsam und lästig, so dass auch in der Schweiz entsprechende Vereinfachungsversuche unternommen wurden. Als Beispiel kann § 11 Abs. 1 des Subventionsgesetzes des Kantons Basel-Stadt⁵ genannt werden. Das Subventionsgesetz als allgemeiner Erlass betrifft sämtliche Rechtsbereiche von Kultur bis Landwirtschaft, in denen Subventionen ausgesprochen werden können; es bildet eine Art «allgemeiner Teil» zu den spezielleren Subventionserlassen⁶ und dient der rechtlichen Kohärenz der Subventionsvergabe. Der Erlass eines allgemeinen Subventionsgesetzes hat somit Änderungen in zahlreichen Spezialerlassen zur Folge. Der Kanton Basel-Stadt hat sich für folgende Übergangslösung entschieden:

¹ Der Regierungsrat trifft die nötigen Vorkehren, damit bestehende Subventionserlasse und Subventionsverhältnisse innert drei Jahren an die Bestimmungen dieses Gesetzes angepasst werden.⁷

³ Gesetzestechnische Richtlinien (GTR), Rz. 44 ff.

⁴ Vgl. MÜLLER/UHLMANN, Rz. 345 m.w.H.

⁵ Subventionsgesetz vom 18. Oktober 1984, nicht mehr in Kraft; das totalrevidierte Subventionsgesetz, neu Staatsbeitragsgesetz, wurde am 11. Dezember 2013 vom Grossen Rat verabschiedet und ist am 26. Januar 2014 in Kraft getreten.

⁶ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 196.

⁷ Vgl. auch den Ratschlag und Entwurf zu einem Subventionsgesetz und Bericht des Regierungsrates zum Anzug H. Kreis und Konsorten betreffend periodische Überprü-

Diese Schlussbestimmung liest sich zwar leicht und unschuldig, ist aber nicht ganz so trivial, wie die Formulierung vermuten lässt. Die Anpassung der Subventionsverhältnisse ist durch den Regierungsrat innert drei Jahren vorzunehmen. Was jedoch geschieht, wenn ein Subventionsverhältnis bspw. fünf Jahre dauert, ist nicht eindeutig. Darf der Gesetzgeber eingreifen oder soll er eine Anpassung aushandeln? Immerhin hat der Gesetzgeber an bestehende Rechtsverhältnisse gedacht.⁸

Heikler erscheinen die Anpassungen des geltenden Rechts, d.h. der «Subventionserlasse». Wenn es sich um Subventionserlasse auf Verordnungsebene handelt, ist diese Übergangsbestimmung überflüssig, da der Regierungsrat ohnehin die Verordnungen an das revidierte Gesetz anpassen kann und muss. Wenn es jedoch Normen auf Gesetzesstufe betrifft, ist nicht klar, ob der Regierungsrat neue Gesetze vorschlagen und dann das Parlament nochmals darüber entscheiden soll oder ob der Regierungsrat direkt den bestehenden Erlass ändern kann (mittels Fussnoten?). Zwar erscheint die Lösung im baslerischen Subventionsgesetz zunächst simpel und plausibel; es ist aber deutlich von solchen Vereinfachungen abzuraten.

b) Inkrafttreten

Hinsichtlich des Inkrafttretens sind drei Schwerpunkte anzusprechen: Erstens ist fraglich, ob das Inkrafttreten überhaupt geregelt werden soll. Ein zweites Augenmerk liegt auf der gängigen Praxis der Delegation der Inkraftsetzungsbefugnis an die Exekutive. Drittens ist auf die Besonderheiten bei Verfassungen und Konkordaten hinzuweisen.

aa) Erfordernis einer Regelung

Zu prüfen ist, ob eine Regelung des Inkrafttretens im Sacherlass überhaupt notwendig erscheint. Auf Verfassungsstufe kann Art. 195 BV⁹, welcher festhält, dass die ganz oder teilweise revidierte Bundesverfassung in Kraft tritt, wenn sie

fung der Gesetze vom 3. Dezember 1983, 7726, S. 12 f. sowie den entsprechenden Bericht der Grossratskommission vom 25. Mai 1984, 7812, S. 16.

⁸ S. hinten S. 42 ff.

⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

von Volk und Ständen angenommen wurde, eine speziellere Bestimmung zum Inkrafttreten überflüssig machen.

Teilweise äussern sich auch Publikationsgesetze zum Inkrafttreten. Art. 7 Abs. 1 PublG¹⁰ besagt, dass zwischen der Publikation in der Amtlichen Sammlung und dem Inkrafttreten mindestens fünf Tage liegen müssen. Inwiefern der Gesetzgeber von einer solchen Vorgabe – die sich hierarchisch auf der gleichen Normstufe befindet – abweichen dürfte, kann offengelassen werden. In jedem Fall sollte der Gesetzgeber an solche Fristen denken.

bb) Delegation an die Exekutive

Typisch ist, dass die Frage des Inkrafttretens (eines Gesetzes) an die Exekutive delegiert wird. Die Formulierung «Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten»¹¹ ist in den meisten Bundesgesetzen zu finden. Dies erscheint sinnvoll, da bei vielen Gesetzen noch Verordnungsrecht durch die Exekutive erlassen werden muss und gewisse organisatorische Vorkehrungen zu treffen sind. Überlegenswert ist die Vorgabe eines spätesten Zeitpunktes des Inkrafttretens, um ungebührliche Verzögerungen zu verhindern. Diskutiert wurde diese Problematik im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV).¹² Die entsprechende Volksabstimmung fand am 12. März 2000 statt. Das Parlament hatte aber die Bestimmung erst am 8. März 2005¹³ per 1. Januar 2007 (zusammen mit dem Bundesgerichtsgesetz) in Kraft gesetzt, was schliesslich zu einer erheblichen Verzögerung des Inkrafttretens der Rechtsweggarantie – immerhin ein eigentlich direkt anwendbarer Grundrechtsanspruch – führte.

cc) Verfassungsrecht und Konkordate

Insbesondere bei Verfassungs- und Konkordatsrecht stellt sich die Frage, ob das Inkrafttreten gleichbedeutend mit der Anwendbarkeit ist.¹⁴ Das Inkrafttreten

¹⁰ Publikationsgesetz vom 18. Juni 2004 (PublG), SR 170.512.

¹¹ Vgl. bspw. Art. 39 des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG), SR 235.1.

¹² BIAGGINI, Art. 29a N 1.

¹³ Bundesbeschluss über das vollständige Inkrafttreten der Justizreform vom 12. März 2000, 8. März 2005, AS 2006 1059.

¹⁴ Vgl. zu den Konkordaten JAAG, Staatsrecht, § 14 N 5; vgl. zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Verfassungsbestimmungen BGE 139 I 16; HANGARTNER, S. 137 ff.; vgl. zur Zweitwohnungsinitiative BGE 139 II 243.

und die (direkte) Anwendbarkeit eines Erlasses müssen allenfalls getrennt voneinander geregelt werden. Diese Frage stellt sich bei Gesetzesrecht und Verordnungen weniger.

c) Übergangsbestimmungen im engeren Sinne

Nach der Abgrenzung zu resp. der Unterteilung des Übergangsrechts in Fragen des Inkrafttretens sowie der Aufhebung anderer Erlasse ist nunmehr nochmals ein Blick auf die Übergangsbestimmungen (im engeren Sinne) zu werfen. Dies soll anhand von Beispielen geschehen.

Als erstes Beispiel dient eine frühere Bestimmung des Postgesetzes.¹⁵ Inhaltlich geht es in Art. 15 Abs. 6 PG in der Fassung vom 1. Januar 1998 um Ermässigungen von 10 Millionen Franken für abonnierte Zeitungen und Zeitschriften von nicht gewinnorientierten Organisationen (sog. indirekte Presseförderung¹⁶). In einer Fussnote wird eine zeitliche Befristung statuiert, wonach diese Norm bis zum Inkrafttreten neuer Bestimmungen über die Presseförderung, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2011 gilt. Sobald neues Recht in Kraft tritt, – interessant ist übrigens, dass hier sozusagen in froher Hoffnung neues Recht «angekündigt» wird – spätestens aber ab dem 31. Dezember 2011, wird diese Bestimmung redundant und überflüssig. Das Beispiel wirft die Fragen auf, ob Übergangsbestimmungen – als Ausdruck eben des Übergangs – notwendigerweise zeitlich befristet sind, ob umgekehrt jede befristete Bestimmung als Übergangsbestimmung zu verstehen ist und welche Folgen begriffliche Zuweisung und Platzierung haben.

Diesen Fragen kommt durchaus praktische Relevanz zu, wie das folgende Beispiel veranschaulicht: Art. 98 Abs. 2 UVV¹⁷ hält fest, dass neu geschaffene öffentliche Verwaltungs- und Betriebseinheiten die Wahl ihres Unfallversicherers

¹⁵ Postgesetz vom 30. April 1997 (PG), nicht mehr in Kraft, AS 1997 2452. Die total-revidierte Postgesetzgebung ist am 1. Oktober 2012 in Kraft getreten. Art. 16 des geltenden Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 (PG), SR 783.0, regelt die seit 2007 geltende indirekte Presseförderung, wonach «Preise für abonnierte Zeitungen und Zeitschriften zu distanzunabhängigen Preisen befördert werden müssen. Für die Tageszustellung von abonnierten Tages- und Wochenzeitungen der Regional- und Lokalpresse sowie für die Mitgliedschaftspresse werden Ermässigungen gewährt.» Der Bund leistet zur Gewährung dieser Ermässigungen Beiträge in der Höhe von 30 Millionen Franken; BBl 2009 5181, 5222 f.

¹⁶ Vgl. KELLERMÜLLER, S. 114 ff.

¹⁷ Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (UVV), SR 832.202.

spätestens einen Monat vor der Aufnahme der Tätigkeit treffen müssen. Falls innert dieser Frist keine Wahl getroffen wird, sind die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neu geschaffenen Verwaltungsträgers automatisch bei der SUVA (Schweizerische Unfallversicherungsanstalt) versichert. Nur am Rande sei anzumerken, dass die neu geschaffene Verwaltungseinheit eine Wahl zu treffen hat, bevor sie überhaupt existiert – auch ein Problem des Übergangs.¹⁸ Ebenfalls diskutabel ist, wie sich eine neu geschaffene Verwaltungseinheit definiert und wann sie organisatorisch selbständig ist. Um diese Fragen geht es vorliegend aber nicht. Von Interesse ist nicht Art. 98 Abs. 2 UVV selbst, sondern die Gesetzesbestimmung, auf den er sich stützt. In Art. 75 Abs. 1 UVG¹⁹ wird festgehalten, dass Kantone und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften für die Versicherung ihres Personals, das nicht bereits bei der SUVA versichert ist, innert einer vom Bundesrat festzusetzenden Frist zwischen der SUVA und einem Versicherer nach Art. 68 (UVG) wählen können. Diese Bestimmung wurde eingeführt, als noch nicht alle öffentlichen Verwaltungsträger bei der SUVA versichert waren. Der Bundesrat hat folglich zur Klärung eine Frist angesetzt, bis wann sich neue Betriebe für oder gegen eine Versicherung bei der SUVA entschieden haben müssen bzw. bei deren widerspruchsfreien Ablauf der Betrieb automatisch bei der SUVA versichert sein wird. Diese Bestimmung macht durchaus Sinn, insbesondere im Hinblick darauf, dass sie primär für den Zeitpunkt gedacht war, als das UVG neu eingeführt wurde. Ob nun aber Art. 75 UVG Grundlage dafür sein kann, dass auf Verordnungsebene eine Regel getroffen wird für neu geschaffene Betriebe, ist streitig. Die SUVA vertritt die Ansicht, dass dies eine rein intertemporale Bestimmung ist. Dagegen spricht der wichtige systematische Gesichtspunkt, dass die Norm nicht unter den Schlussbestimmungen zu finden ist, sondern bei den Gemeinsamen Vorschriften, wodurch eine gewisse Erwartung entsteht, dass die Norm auch *nach Ablauf einer bestimmten Zeitdauer* von Relevanz ist bzw. sein muss. Diese Frage ist aktuell beim Bundesverwaltungsgericht hängig.

Überspitzt kann man formulieren: Übergangsrecht (im engeren Sinne) sind Normen mit einem Ablaufdatum – oder wohl genauer: Normen mit abnehmender Bedeutung.

¹⁸ Vgl. dazu hinten S. 47 f.

¹⁹ Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG), SR 932.20.

Als letztes Beispiel kann hierzu die sog. Pflanzensuperficies nach Art. 678 Abs. 2 ZGB²⁰ genannt werden. Dabei handelt es sich um eine dem Baurecht entsprechende Dienstbarkeit für Pflanzen, die 2003 wieder eingeführt wurde.²¹ Sofern eine Pflanzensuperficies begründet wurde, die Pflanze folglich im Grundbuch eingetragen ist, genießt sie rechtlichen Schutz. Diese Bestimmung hat natürlich je länger, je weniger Bedeutung, da die Zahl der Pflanzen, die unter einer altrechtlichen Superficies stehen, stetig abnimmt. Die Bedeutung bleibt dennoch während längerer Zeit bestehen, zumal gewisse Bäume sehr lange leben. Übergangsrechtliche Normen zeichnen sich somit mindestens durch eine zunehmende Bedeutungslosigkeit aus, wenn sie nicht ohnehin mit einem eindeutigen Ablaufdatum versehen sind. Sie regeln diejenigen Sachverhalte, auf welche neues Recht nicht oder verändert angewendet wird.

III. An welche Fälle muss der Gesetzgeber denken?

1. Delegation von Übergangsrecht?

Nach der Klärung von Begriff und Einordnung des Übergangsrechts soll aus dem Blickwinkel der Rechtssetzungslehre der Frage nachgegangen werden, mit welchen typischen Problemlagen der Gesetzgeber konfrontiert ist. Anders formuliert: Woran muss der Gesetzgeber denken? Und als ketzerische Vorfrage: Muss der Gesetzgeber überhaupt denken?

Als Beispiel dient hier § 79 Abs. 1 des Volksschulgesetzes des Kantons Zürich²²:

¹ Der Regierungsrat erlässt für die Einführung des Gesetzes eine Übergangsordnung.

In Abs. 2 wird eine spezielle Übergangsregelung für die unterrichtsfreie Zeit getroffen. Sämtliche anderen Fragen sind auf Verordnungsebene zu regeln. Tatsächlich sind in diesen Übergangsbestimmungen²³ keine «verdächtigen» Bestimmungen zu finden, sondern nur übergangsrechtliche Normen, die durchaus auf die Verordnungsebene gehören. Es ist dennoch erstaunlich, dass sich

²⁰ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB), SR 210.

²¹ Bundesgesetz vom 20. Juni 2003, AS 2003 4121; s. zum Ganzen Göksu, Handkommentar Art. 641–977 ZGB, Art. 678, N 4 ff.

²² Volksschulgesetz vom 7. Februar 2005 (VSG), LS 412.100.

²³ Übergangsordnung zum Volksschulgesetz vom 28. Juni 2006, LS 412.100.2.

hier kein einziges intertemporales Problem gestellt hat, welches es würdig gewesen wäre, vom Gesetzgeber geregelt zu werden.²⁴

Die Regel muss sein, dass es beim Übergangsrecht keinen «Bonus» für den Verordnungsgeber gibt, sondern dass alle Normen genau geprüft werden und bei jeder einzelnen Bestimmung entschieden wird, ob sie, aufgrund der üblichen Kriterien der Wichtigkeit einer Norm²⁵, im Gesetz zu regeln ist.²⁶ Der Gesetzgeber darf immerhin berücksichtigen, dass bei gewissen Fragen eine konstante Praxis besteht, z.B. betreffend der Einführung neuer prozessualer Regeln²⁷, so dass er darüber keine explizite Entscheidung zu treffen hat resp. sich auf diese Praxis verlassen darf. Reflektieren sollte der Gesetzgeber diesen Punkt, idealerweise zuhanden der Materialien.

2. Anwendung neuen Rechts auf laufende Verfahren

An dieser Stelle soll nicht näher auf die Problematik der Anwendung neuen Rechts auf laufende Verfahren eingegangen werden.²⁸ Lediglich zwei Bemerkungen seien erlaubt: Erstens muss festgehalten werden, dass der (kantonale) Gesetzgeber in diesem Bereich Regeln erlassen *kann*, wenn er dies für nötig erachtet, er also von der Praxis der Gerichte bei Fehlen einer Regelung abweichen kann. Er kann natürlich auch die bestehende Gerichtspraxis zu dieser Frage übernehmen, wenn ihm diese zusagt, sei es explizit oder implizit.

Zweitens ist auf die Unschärfe des Verfahrensbegriffes im öffentlichen Recht hinzuweisen. Ein Beispiel aus diesem Bereich ist die – typische – Übergangsbestimmung des zürcherischen Gesetzes über die Anpassung des kantonalen Rechts an das ATSG²⁹, wonach sich die Zuständigkeit für die Beurteilung der im Zeitpunkt des Inkrafttretens hängigen Rechtsmittelverfahren nach bisherigem Recht bestimmt, im Übrigen aber das neue Recht auf hängige Verfahren Anwendung findet. Hier zeigt sich einerseits, dass die Klärung wichtig und richtig

²⁴ Vgl. skeptisch auch SCHUHMACHER, S. 75.

²⁵ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 226 ff. m.w.H.; BGE 134 I 322 E. 2.6.3 S. 330; 133 II 331 E. 7.2.1 S. 347.

²⁶ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 347.

²⁷ Vgl. dazu VONTOBEL in diesem Band, S. 53 ff.

²⁸ Vgl. dazu GRIFFEL in diesem Band, S. 7 ff.

²⁹ Gesetz über die Anpassung des kantonalen Rechts an das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 8. Januar 2007, LS 837.1.

ist, ob vom Rechtsmittelverfahren, also dem streitigen Verfahren, oder vom «allgemeinen», nichtstreitigen Verfahren die Rede ist.³⁰ Problematisch kann andererseits sein, dass im Verwaltungsrecht der Begriff der Hängigkeit eines Verwaltungsverfahrens nicht vorgegeben ist.³¹ In den meisten Fällen ist die Hängigkeit zwar unbestritten und wird mit der Gesuchseinreichung begründet. Unter Umständen kann aber eine präzise Regelung durch den Gesetzgeber als sinnvoll erscheinen. Sowohl im Zivilrecht³² als auch im Strafrecht³³ ist die Frage der Hängigkeit klar(er) geregelt.

3. Anwendung neuen Rechts auf bestehende Rechtspositionen

Nebst den Problemen des Verfahrensrechts sind vor allem die Auswirkungen der Anwendung neuen Rechts auf bestehende Rechtspositionen im Blick zu behalten. Aus der Perspektive des öffentlichen Rechts sind dies Verfügungen, verwaltungsrechtliche Verträge, wohlverworbene Rechte und zivilrechtliche Rechtsverhältnisse.

a) Verfügungen

Als Beispiel kann der Fall des Kernkraftwerkes (KKW) Mühleberg betrachtet werden. Bereits 2005 reichte die Eigentümerin des Kraftwerks ein Gesuch beim Bundesrat bzw. beim UVEK um Aufhebung der bislang üblichen Befristung der Betriebsbewilligung ein, mit der Begründung, dass sie mit Inkrafttreten des Kernenergiegesetzes³⁴ über eine solche unbefristete Bewilligung verfüge. Nachdem das UVEK das Begehren abwies, kamen das Bundesverwaltungsgericht³⁵ sowie das Bundesgericht³⁶ zum Ergebnis, dass die Eigentümerin des KKW An-

³⁰ Vgl. zur streitigen und nichtstreitigen Rechtspflege RHINOW ET AL., § 1 N 48 ff.; kritisch KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, § 1 N 8.

³¹ UHLMANN, S. 2 f.

³² Art. 62 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO), SR 272: «Die Einreichung eines Schlichtungsgesuches, einer Klage, eines Gesuches oder eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens begründet Rechtshängigkeit.»

³³ Art. 328 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO), SR 312.0: «Mit dem Eingang der Anklageschrift wird das Verfahren beim Gericht rechtshängig.»

³⁴ Kernenergiegesetz vom 21. März 2006 (KEG), SR 732.1.

³⁵ BVer Urteil A-2089/2006 vom 8. März 2007.

³⁶ BGer Urteil 2C_170/2007 vom 21. Januar 2008.

spruch auf Prüfung ihres Gesuchs nach den Regeln der Wiedererwägung oder des Widerrufs von Verfügungen habe. Der Gesetzgeber hob schliesslich die Befristung dieser Bewilligung am 17. Dezember 2009 auf. Das Bundesgericht hat sich anschliessend, nachdem das Bundesverwaltungsgericht aus polizeilichen Gründen eine erneute Befristung verlangte³⁷, in seinem neusten Entscheid für eine unbefristete Betriebsbewilligung ausgesprochen.³⁸

Was ist allgemein die Rechtswirkung einer neuen Rechtslage auf bestehende Bewilligungen? Und in welchem Verfahren findet die allfällige Erteilung einer Anpassungsbewilligung statt? Die Fragen sind vom Gesetzgeber zu klären. Er muss sich bewusst sein, dass jede Gesetzesänderung Anlass dazu geben kann, dass bezüglich bestehender Verfügungen ein Wiedererwägungsgesuch gestellt wird. Eine wesentliche Rechtsänderung schafft einen Anspruch auf Wiedererwägung einer Dauerverfügung.³⁹ Je nachdem, wie viele bestehende Verfügungen existieren, ist es sinnvoll, dass sich die Verwaltung vorgängig die Frage stellt, was genau die Wirkungsweise ist und welche Rechtsänderungen den Widerruf oder die Wiedererwägung einer bestehenden Verfügung rechtfertigen.

b) Verwaltungsrechtliche Verträge und wohlerworbene Rechte

Der Begriff des wohlerworbenen Rechts ist umstritten.⁴⁰ Unbestritten ist, dass nicht jedes vertragliche Verhältnis ein wohlerworbenes Recht schafft. Ein wohlerworbenes Recht kann nur aus einer besonders zugesicherten, qualifizierten Rechtsposition entstehen.

In vertragliche Verhältnisse kann der Gesetzgeber durchaus eingreifen. Bestehende Verträge, insbesondere – und am praktisch relevantesten – öffentlich-rechtliche Arbeitsverträge, kann der Gesetzgeber innerhalb gewisser Schranken abändern, wie das folgende Beispiel zeigt: Der Kanton Basel-Land hat 2007 seine Spitalgesetzgebung dahingehend geändert, dass die bisherige vertragliche Regelung der privatärztlichen Leistungserbringung durch eine gesetzliche Regelung ersetzt wird. Die Übergangsbestimmung in § 19a hält fest, dass sämtliche bisherigen vertraglichen Regelungen mit Chefärztinnen und Chefärzten sowie leitenden Ärztinnen und Ärzten mit der Annahme des revidierten Spital-

³⁷ BVGer Urteil A-667/2010 vom 1. März 2012.

³⁸ BGE 139 II 185 E. 10 S. 199 ff.

³⁹ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Rz. 1839; RHINOW ET AL., Rz. 646 ff.

⁴⁰ RIVA, S. 34 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2046c.

gesetzes ausser Kraft gesetzt werden. Das Bundesgericht hat sich im Urteil 1C_168/2008 vom 21. April 2009 mit der entsprechenden Beschwerde befasst. Es hielt fest, dass der Gesetzgeber in bestehende Verhältnisse eingreifen könne und ihm in dieser Hinsicht grundsätzlich Handlungsfreiheit zukomme, diese jedoch verfassungsrechtlichen Schranken wie dem Vertrauensschutz unterliege:

- «Im Einzelfall ist vor dem Hintergrund der konkreten Verhältnisse zu prüfen, ob und inwieweit schützenswerte Positionen geschaffen worden sind bzw. ob und in welchem Ausmass solche Positionen Beständigkeit beanspruchen können und einer nachträglichen Rechtsänderung entgegenstehen.»⁴¹
- «Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass dem Landrat als ordentlichem Gesetzgeber nicht verwehrt ist, die anwendbaren Rechtsgrundlagen an neue Gegebenheiten und Anschauungen anzupassen und insoweit auch in die bestehenden Anstellungsverträge einzugreifen.»⁴²

Weiter führte das Bundesgericht aus, dass mit den Anstellungsverträgen eine gegenseitige Vertrauensbasis geschaffen wurde, was zumindest bedeute, dass im Falle einer Auflösung des Anstellungsverhältnisses die Kündigungsfristen von beiden Seiten beachtet werden müssen. Die sofortige Aufhebung der bisherigen vertraglichen Regelungen trage dem nicht Rechnung, zumal die vertraglichen Regeln über die Auflösung nicht beachtet wurden, womit die Übergangsregelung in § 19a verfassungswidrig und aufzuheben sei.

c) **Zivilrechtliche Rechtsverhältnisse**

Auch im Bereich des öffentlichen Rechts ist daran zu denken, dass durch Änderungen in öffentlichen Verhältnissen Einfluss auf zivilrechtliche Rechtspositionen genommen wird und diese dadurch allenfalls geändert werden. Jede öffentlich-rechtliche Regelung kann das Gleichgewicht eines privatrechtlichen Vertrages beeinträchtigen, wenn dadurch einer Privatperson Rechte eingeräumt oder Pflichten auferlegt werden, die sich bei der Erfüllung privatrechtlicher Pflichten aktualisieren. Die Vereinbarung (Joint-Statement) zur Beilegung des Steuerstreits der Banken mit den USA vom 29. August 2013⁴³ – angenommen, diese

⁴¹ BGer 1C_168/2008 vom 21. April 2009, E. 4.3.

⁴² BGer a.a.O., E. 5.2.

⁴³ Joint-Statement zwischen dem US-Justizdepartement und dem Eidgenössischen Finanzdepartement, unterzeichnet am 29. August 2013 <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31813.pdf>> (besucht am 22.01.2014).

Vereinbarung sei so etwas wie Rechtsetzung – zeigt auf, welche Probleme sich diesbezüglich ergeben können. Gemäss dieser Vereinbarung soll der Bundesrat den Schweizer Banken die Beteiligung an einem (einseitigen) Programm des Department of Justice (DOJ) ermöglichen. Die Banken sollen Daten von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sowie von Drittbanken liefern, was der Bundesrat ihnen im Rahmen von Art. 271 StGB⁴⁴ (Verbotene Handlungen für einen fremden Staat) erlauben soll. Für die entsprechende Erlaubnis ist eine Musterverfügung vorbereitet worden.⁴⁵ Diese hält in Ziff. 9 Folgendes fest:

«Im Rahmen der Interessenabwägung ist den Persönlichkeitsrechten potentiell betroffener gegenwärtiger und ehemaliger Mitarbeitenden der Gestuchstellerin sowie betroffener Dritten durch Informationspflichten und Auskunftsrechte Rechnung zu tragen. Für die gegenwärtigen und ehemaligen Mitarbeitenden sind zudem weitergehende Fürsorgepflichten und ein angemessener Diskriminierungsschutz vorzusehen. [...]»

Die Vereinbarung und die daraus folgenden Verfügungen betreffen streng genommen nur die Frage von Art. 271 StGB. Sie haben aber augenscheinlich erhebliche Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse innerhalb der Banken; es stellen sich Fragen der Treuepflicht (Art. 321a OR⁴⁶) sowie der Weitergabe von Personendaten ins Ausland⁴⁷. Zu Recht wurde deshalb an die Auswirkungen der Vereinbarung auf diese Rechtsverhältnisse gedacht. Ob die Musterverfügung die Problematik indessen hinreichend klärt resp. überhaupt klären kann, erscheint indessen weniger sicher.

4. Fristen

Fristen betreffen Rechtspositionen über die Zeit. Da sie – wie Dauerverfügungen – oft Jahre, teilweise Jahrzehnte andauern, erstaunt nicht, dass sie intertemporal von Bedeutung sind. Dies sei an einem prominenten Beispiel illustriert:

⁴⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 19. Dezember 1937 (StGB), SR 311.0.

⁴⁵ Vgl. dazu die Wegleitung zur schweizerischen Musterverfügung vom 3. Juli 2013 <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31820.pdf>> (besucht am 22.01.2014).

⁴⁶ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR), SR 220; EMMEL, Handkommentar Art. 319–529 OR, Art. 321a N 1 ff.

⁴⁷ ROHNER/FURRER, S. 515 ff.

Im Urheberrecht gilt nach Art. 29 Abs. 2 lit. b URG⁴⁸ eine Schutzpflicht von 70 Jahren nach dem Tod der Urheberin bzw. des Urhebers. Vor Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes galt eine kürzere Frist von 50 Jahren; die Schutzfrist wurde somit um 20 Jahre verlängert. Der Gesetzgeber hat diese Fragestellung im Übergangsrecht aufgenommen. Gemäss Art. 80 Abs. 1 gelten das URG und somit auch die verlängerte Schutzpflicht ebenso für Werke, Darbietungen, Ton- und Tonbildträger sowie Sendungen, die vor seinem Inkrafttreten geschaffen waren. Der Gesetzgeber hat aber – im Rückblick eigentlich erstaunlich – den Fall der bereits gemeinfrei gewordenen Werke nicht bedacht, also Werke, die vor Inkrafttreten des URG schon nicht mehr geschützt waren, aber bei einer Verlängerung der Schutzfrist auf 70 Jahre wieder geschützt wären. Es stellte sich nun die auch in der Lehre umstrittene Frage, wie ein Fall zu behandeln sei bei einem Werk, welches nach altem Recht nicht mehr geschützt war, für welches aber im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen URG die längere siebenzigjährige Frist noch nicht abgelaufen war. Führt die Verlängerung der Schutzfrist zu einem Wiederaufleben der alten Frist? Das Bundesgericht hat sich in BGE 124 III 266 mit dieser Frage auseinandergesetzt und sie im Ergebnis verneint.⁴⁹ Gemäss Bundesgericht führten namentlich der Wille des historischen Gesetzgebers zur Angleichung der nationalen Gesetzgebung an die europäische sowie das Verbot echter Rückwirkung dazu, «dass sich die Rückwirkung des neuen Rechts nicht auf Werke bezieht, die nach früherem Recht urheberrechtlich geschützt waren, deren Schutzdauer aber vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts abgelaufen war»⁵⁰. Eine solche Rechtsunsicherheit hätte sich bspw. durch einen dem deutschen Recht entsprechenden Zusatz «es sei denn, dass sie zu diesem Zeitpunkt urheberrechtlich nicht geschützt sind»⁵¹ vermeiden lassen. Es ist wichtig, im Hinblick auf die zahlreichen politischen Vorstösse, die v.a. im Strafrecht die Verlängerung von Fristen wie bspw. Verjährungsfristen beabsichtigen⁵², sowohl an die laufenden als auch an die bereits abgelaufenen Fristen zu denken.

⁴⁸ Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG), SR 231.1.

⁴⁹ Vgl. dazu auch die Meinungsäusserungen in der Lehre bei MÜLLER/OERTLI, Art. 80 URG N 2 ff.; BARRELET/EGLOFF, Art. 80 URG N 3; REHBINDER/VIGANÒ, Art. 80 URG N 2; HILTY, S. 594 ff.

⁵⁰ BGE 124 III 266 E. 4.i S. 276.

⁵¹ § 129 (1) des Urheberrechtsgesetzes vom 9. September 1965 (UrhG), BGBl. I S. 1273.

⁵² Vgl. bspw. Art. 123b BV und Art. 101 Abs. 1 lit. e StGB zur «Unverjährbarkeit der Strafverfolgung und der Strafe bei sexuellen und bei pornografischen Straftaten an Kindern vor der Pubertät»; nach Art. 101 Abs. 1 StGB verjähren zudem folgende Straftaten nicht: Völkermord (Art. 264 StGB), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 264a

5. Organisationsrecht

Der Gesetzgeber muss beim Erlass von Übergangsrecht auch daran denken, dass es für die neue Rechtslage Organisationsstrukturen braucht, die möglicherweise vor Inkrafttreten der materiellen Bestimmungen eine Abstützung auf Rechtsnormen benötigen. Dies sei an § 6 des Vertrages zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über die BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel illustriert.⁵³ Gemäss Abs. 1 lit. j dieser Bestimmung erlässt der Verwaltungsrat der neu geschaffenen Anstalt eine Gebührenordnung. Übergangsrechtlich problematisch ist, dass der neue Verwaltungsrat eigentlich erst ab Inkrafttreten bzw. Schaffung der Stiftungsaufsicht, also ab dem 1. Januar 2012, existiert, jedoch zu diesem Zeitpunkt bereits über eine Gebührenordnung verfügen sollte, zumal die alten Gebührenordnungen der beiden Basel keine Anwendung mehr finden. Er müsste die Rechtsgrundlagen der Anstalt sozusagen in einer «logischen Sekunde» in der Sylvesternacht 2011/2012 erlassen, um einen nahtlosen Rechtsübergang zu verwirklichen. Pragmatisch hat der Verwaltungsrat die neue Gebührenordnung am 23. Januar 2012 erlassen, was zu einer kleinen Rückwirkung führte. In diesem Falle handelte es sich nur um eine verhältnismässig kurze Zeitdauer. Im Kanton Zürich trat aufgrund des längeren Verfahrens das Gebührenreglement der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (BVS)⁵⁴ ein Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes über die BVG- und Stiftungsaufsicht⁵⁵ in Kraft. Die Übergangsbestimmung in § 24 hielt jedoch fest, dass bis zum Erlass der Gebührenordnung durch den Verwaltungsrat die entsprechenden altrechtlichen Normen anwendbar bleiben.

Abs. 1 und 2 StGB), Kriegsverbrechen (Art. 264c Abs. 1–3, 264d Abs. 1 und 2, 264e Abs. 1 und 2, 264f, 264g Abs. 1 und 2 und 264h) und terroristische Handlungen; Vgl. auch die Verlängerung der Verfolgungsverjährung, Änderung von Art. 97 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.0, und Art. 55 Abs. 1 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG), SR 321.0, BBl 2012 9279 ff.; vgl. für das Zivilrecht 07.3763 Mo. RK-N «Verjährungsfristen im Haftpflichtrecht» und 06.473 Pa.Iv. Leutenegger «Asbestopfer. Schliessen der Lücken in der heutigen Gesetzgebung».

⁵³ Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über die BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel (BVG- und Stiftungsaufsichtsvertrag) vom 14. Juni 2011, SGS 833.100.

⁵⁴ Gebührenreglement BVS vom 10. Oktober 2012 (GebR-BVS), LS 833.15.

⁵⁵ Gesetz über die BVG- und Stiftungsaufsicht vom 11. Juli 2011 (BVSG), LS 833.1.

Es ist demnach sinnvoll, sich zu überlegen, ob neue Organisationsstrukturen bereits vor Inkrafttreten des neuen (materiellen) Rechts Rechtsnormen benötigen. In solchen Fällen ist an eine *gestaffelte Inkraftsetzung* zu denken.⁵⁶

6. Verhalten der Rechtsunterworfenen

Das Verhalten der Privaten ist in zweierlei Hinsicht von Bedeutung; überspitzt könnte man von den «Guten» und den «Bösen» sprechen. Zunächst zu den «Guten»: Private können (gutgläubig) ein gewisses Vertrauen in die bestehende Rechtslage und die Weitergeltung des bisherigen Rechts haben. Das Prinzip des Vertrauensschutzes nach Art. 9 BV steht jedoch einer Änderung des geltenden Rechts in der Regel nicht entgegen.⁵⁷ Mit Rechtsänderungen muss immer gerechnet werden – wie mit dem schlechten Wetter. Der Gesetzgeber tut an sich gut daran, eine entsprechende Übergangsregelung zu erlassen.⁵⁸ Rechtlich durchsetzbare Ansprüche aus dem Vertrauensschutz sind jedoch gering und die Fälle, in denen das Bundesgericht einen Anspruch auf eine angemessene Übergangsbestimmung bejaht hat, sind selten.⁵⁹ Das Vertrauen auf das Gesetz selbst ist somit eher schwach. Fraglich und schliesslich ausschlaggebend ist, welche Dispositionen die Rechtsunterworfenen im Vertrauen auf das alte Recht bereits getroffen haben. Daran sollte der Gesetzgeber beim Erlass von intertemporalem Recht denken und entsprechend Rücksicht nehmen.

Es gibt aber auch die «Bösen», deren Reaktion auf eine Rechtsänderung man als «Windhundverhalten» bezeichnen kann. Sie können den Gesetzgeber überraschen und seine Absicht konterkarieren. Dies war beispielsweise beim sog. *Ärzte-Stopp*⁶⁰ der Fall, als vor Inkrafttreten der Zulassungsbeschränkung viele

⁵⁶ GTR, Rz. 176 ff.; Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 205 f.; vgl. auch BRUNNER in diesem Band, S. 93 ff.

⁵⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 641.

⁵⁸ KELLER, Staatsrecht, § 39 N 23.

⁵⁹ BGE 134 I 23 E. 7.6.1 S. 40 f.; 130 I 26 E. 8.1 S. 60.

⁶⁰ Art. 36 und 55a sowie die entsprechende Übergangsbestimmung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG), SR 832.10; Verordnung über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 3. Juli 2013 (VEZL), SR 832.103, und vom 3. Juli 2002, AS 2002 2549 (nicht mehr in Kraft). Durch die erneute Einführung des revidierten Art. 55a KVG am 1. Juli 2013 haben die Kantone wieder die Möglichkeit, die Anzahl Ärztinnen und Ärzte auf ihrem Gebiet zu steuern. Die Zulassungssteuerung ist auf drei Jahre befristet.

Ärztinnen und Ärzte noch versuchten, eine Praxis zu eröffnen. Denkbar sind auch «Hamsterkäufe» von ineffizienten (aber sofort hellen) Glühlampen, von hellen, aber für die Augen schädlichen Laserpointern etc. In allen Fällen bewirkt die Rechtsänderung für die Dauer des Übergangs gerade das Gegenteil.

Es ist überaus schwierig, auf dieses Problem eine juristische Lösung zu finden. Selbst die Erbschaftsinitiative der SP⁶¹ mit einer erheblichen, echten Rückwirkung hat einen solchen Anreiz geschaffen. Die dortige Übergangsbestimmung hält fest, dass Schenkungen rückwirkend ab dem 1. Januar 2012 dem Nachlass zugerechnet werden. Eine solche echt rückwirkende Bestimmung aus fiskalischen Gründen ist rechtlich augenscheinlich problematisch⁶², aber vermutlich gültig, da sie nicht zwingendes Völkerrecht verletzt. Trotz der langen Rückwirkung waren dadurch die Privaten nicht davon abgehalten, entsprechende Dispositionen, insbesondere Schenkungen von Liegenschaften und anderen Vermögenswerten an Nachkommen, vor dem 1. Januar 2012 zu tätigen.

Das Windhundverhalten ist weit verbreitet. Solange es günstigeres altes Recht gibt, werden die Rechtsunterworfenen noch unter diesem Recht Massnahmen treffen und somit die Zielsetzungen der neuen Gesetzgebung kompromittieren.

IV. Exkurs: Verwaltungsverordnungen

Zum Schluss sei noch ein kurzer Hinweis auf Verwaltungsverordnungen erlaubt⁶³: Gibt es für Verwaltungsverordnungen auch ein Übergangsrecht? Welchen allgemeinen Regeln und welchem Übergangsregime sind sie unterworfen?

⁶¹ Eidgenössische Volksinitiative «Millionen-Erbschaften besteuern für unsere AHV (Erbschaftssteuerreform)», BBl 2013 2267; Medienmitteilung vom 13. Dezember 2013 «Bundesrat empfiehlt die Volksinitiative zur «Erbschaftssteuerreform» zur Ablehnung» <<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=51383&SP=4|sisx3y>> (besucht am 22.01.2014); Botschaft zur Volksinitiative «Millionen-Erbschaften besteuern für unsere AHV (Erbschaftssteuerreform)», BBl 2014 125 ff.

⁶² Eine Rückwirkung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur zulässig, wenn sie ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinne eines Erlasses klar gewollt, zeitlich mässig und durch triftige Gründe gerechtfertigt ist, keine stossenden Rechtsungleichheiten bewirkt sowie keinen Eingriff in wohlerworbene Rechte bedeutet, s. MÜLLER/UHLMANN, Rz. 175 m.w.H.; GRIFFEL in diesem Band, S. 14 f.

⁶³ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 483 f.; UHLMANN/BINDER, S. 151 ff.

Als Beispiel sei die Vertikalbekanntmachung der Wettbewerbskommission (WEKO)⁶⁴ angeführt. Ziff. 19 («Übergangsregelung») der Bekanntmachung könnte so auch in einem Gesetz stehen und lautet wie folgt:

«Diese Bekanntmachung soll während der Periode zwischen dem 1. August 2010 und dem 31. Juli 2011 auf all diejenigen Vereinbarungen nicht zur Anwendung kommen, welche vor dem 1. August 2010 in Kraft traten und den Kriterien der aufgehobenen Bekanntmachung entsprachen, nicht hingegen den Kriterien vorliegender Bekanntmachung genügen.»

Braucht es das? Kommen die Regelungen über die Gesetzesänderungen zur Anwendung? Oder kommen gar keine Regelungen zur Anwendung? Werden die Vorgaben der Praxisänderung⁶⁵ oder des Übergangsrechts angewandt? Die Fragestellung wurde soweit ersichtlich kaum behandelt.

V. Zusammenfassung

Übergangsrecht (oder intertemporales Recht) grenzt die Geltungsbereiche des alten und des neuen Rechts voneinander ab. Die entsprechenden Normen verlieren mit der Zeit ihre Bedeutung oder werden ganz obsolet. Übergangsrecht gehört in den Schlussteil des Gesetzes; seine Abgrenzung von den übrigen Normen des Gesetzes muss klar sein.

Gesetzgeber und Ordnungsgeber müssen bei Erlass des Übergangsrechts insbesondere bestehende Rechtspositionen im Auge behalten. Ihnen müssen die Auswirkungen auf (Dauer-)Verfügungen, verwaltungsrechtliche und privatrechtliche Vertragsverhältnisse bewusst sein. Besondere Fragestellungen ergeben sich im Bereich neuer prozessualer Bestimmungen oder bei der Änderung von Fristen. Schliesslich ist dem Verhalten der Rechtsunterworfenen Rechnung zu tragen, und zwar sowohl hinsichtlich berechtigter Vertrauenspositionen wie auch zu erwartenden Umgehungsstrategien («Windhundverhalten»).

Kaum existent sind Überlegungen zum Übergangsrecht der Verwaltungsverordnungen. Zunehmende Formalisierung und Verbreitung des Instruments legen eine vertiefte Beschäftigung mit der Fragestellung nahe.

⁶⁴ Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Bekanntmachung von Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) vom 28. Juni 2012, BBl 2010 5078.

⁶⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 509 ff. m.w.H.

Literaturverzeichnis

- BARRELET DENIS/EGLOFF WILLI, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. Bern 2008
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007
- Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. BEARBEITER, Staatsrecht)
- Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. BEARBEITER, Handkommentar Art. 641–977 ZGB)
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. Zürich/St. Gallen 2010
- HANGARTNER YVO, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 126/2007 I, S. 137 ff.
- HILTY RETO M., Die Behandlung gemeinfrei gewordener Werke angesichts der Schutzfristverlängerung im neuen Urheberrecht, AJP 1993, S. 594 ff.
- Huguenin Claire/Müller-Chen Markus/Girsberger Daniel (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. BEARBEITER, Handkommentar Art. 319–529 OR)
- KELLERMÜLLER HANSPETER, Staatliche Massnahmen gegen Medienkonzentration, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2007
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012
- KÖLZ ALFRED, Intertemporales Verfahrensrecht, ZSR 102/983 II, S. 101 ff.
- MÜLLER BARBARA K./OERTLI REINHARD, Urheberrechtsgesetz (URG), Kommentar, 2. Aufl. Bern 2012
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2013
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, Bd. 1: Les fondements, 3. Aufl. Bern 2012
- REHBINDER MARCEL/VIGANÒ ADRIAN, URG Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2008
- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl. Basel 2010
- RIVA ENRICO, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen, Bern 2007
- ROHNER TOBIAS F./FURRER URS, Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken an die USA, Der Schweizer Treuhänder 8/13, S. 515 ff.
- SCHUHMACHER CHRISTIAN, Gesetzgebung und Zeit: Aspekte aus der Sicht des Kantons Zürich, LeGes 5/2003, S. 65 ff.
- TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, Zürich/Basel/Genf 2011
- UHLMANN FELIX, Die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, S. 1 ff.
- UHLMANN FELIX/BINDER IRIS, Verwaltungsverordnungen in der Rechtsetzung – Gedanken über Pechmarie, LeGes 2/2009, S. 151 ff.

Intertemporale Fragen im Prozessrecht

Eva Vontobel

Inhaltsübersicht

I. Allgemeines	53
II. Betrachtung an Beispielen	54
1. Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) und der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)	54
a) ZPO	55
b) StPO	58
2. Änderung des ZGB vom 19. Dezember 2008: Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht	60
3. Änderung des ZGB vom 21. Juni 2013: Elterliche Sorge	61
Literaturverzeichnis	63

I. Allgemeines

Ohne anderslautende Übergangsbestimmungen wird geändertes Prozessrecht nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln in der Regel sofort angewendet.¹ Dies gilt dann nicht, wenn die sofortige Anwendung des neuen Rechts die Kontinuität des materiellen Rechts gefährden würde.² Für eine von der Grundregel abweichende übergangsrechtliche Regelung können verschiedene Gründe sprechen. Im Vordergrund steht insbesondere das Interesse nach einem geordneten Übergang vom alten auf das neue Recht. Sind die Verfahrensordnungen grundsätzlich unterschiedlich, so muss von einer sofortigen Anwendung des neuen Verfahrensrechts abgesehen werden, um Doppelspurigkeiten (etwa die Wiederholung von Verfahrenshandlungen) zu vermeiden. Neben diesen sachlichen Gründen können aber auch organisatorische Gründe für eine abweichende Regelung sprechen. Dabei stehen für den Übergang zum neuen Recht verschiedene Lösungen zur Verfügung: Neben der Weitergeltung des abgelösten Rechts bis zum endgültigen Abschluss des Verfahrens vor der

¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 327a.

² BGE 126 III 431 E.2.b S. 435.

letzten Instanz kann ein Wechsel der Verfahrensordnung auch beim Übergang eines Verfahrens an die nächst höhere Instanz vorgesehen werden.

Führt das neue Recht nicht nur neue Verfahrensregeln, sondern auch neue Behörden ein, sind allenfalls für die sachliche Zuständigkeit der Behörden übergangsrechtliche Regeln zu treffen, da sachliche Gründe gegen einen unmittelbaren Übergang sämtlicher Verfahren auf die neuen Behörden sprechen können. In diesem Zusammenhang sind auch Fragen der Inkraftsetzung von grosser Bedeutung. Werden neue Behörden eingesetzt, ist sicherzustellen, dass diese vor Inkrafttreten der neuen Verfahrensordnung ordnungsgemäss bestellt werden können, was in der Regel eine gestaffelte Inkraftsetzung der organisatorischen Bestimmungen voraussetzt. Andererseits ist die Weitergeltung gewisser Normen vorzusehen für den Fall, dass eine Behörde des alten Rechts nicht sofort abgelöst wird.³

II. Betrachtung an Beispielen

1. Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO⁴) und der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO⁵)

Mit der Änderung der Bundesverfassung vom 12. März 2000 wurde die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivil- und des Strafprozessrechts zur Bundessache.⁶ Angesichts des Umstandes, dass die Bundesversammlung die beiden Prozessordnungen innerhalb von weniger als zwei Jahren beschlossen hat⁷, mag erstaunen, dass die beiden Prozessordnungen das Übergangsrecht sehr unterschiedlich lösen: Während die ZPO nur wenige Bestimmungen enthält, ist die StPO sehr detailliert und enthält zum Teil auch Wiederholungen. Grund dafür ist insbesondere die unterschiedliche Entstehungsgeschichte der beiden Prozess-

³ Vgl. dazu die Regelung zum Geschworenengericht im Kanton Zürich im Zusammenhang mit der Einführung der Strafprozessordnung: § 210 des Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG), LS 211.1.

⁴ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO), SR 272.

⁵ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO), SR 312.0.

⁶ Art. 122 und 123 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

⁷ StPO am 5. Oktober 2007 und ZPO am 19. Dezember 2008.

ordnungen: Bei der StPO leistete ein einzelner Experte die Redaktionsarbeit, bei der ZPO eine Expertenkommission.⁸

a) ZPO

Die ZPO geht von einer Weitergeltung des alten Verfahrensrechts für rechts-hängige Verfahren aus bis zum Abschluss des Verfahrens vor der betreffenden Instanz.⁹ Für Rechtsmittel gilt das «Recht, das bei der *Eröffnung des Entscheides* in Kraft ist»¹⁰. Bei einer ersten Betrachtung erscheint das angestrebte Ziel klar: Rechtshängige Prozesse sollen bis zu ihrem Abschluss vor der betreffenden Instanz nach altem Recht behandelt werden. Prozesse, die nach der Inkraftsetzung der ZPO rechtshängig werden oder an eine obere Instanz weitergezogen werden, sollen nach neuem Recht beurteilt werden. Zusätzlich hält die ZPO fest, dass für eine Revision, die sich gegen einen nach altem Recht eröffneten Entscheid richtet, neues Recht gilt.¹¹

Die gewählten Formulierungen führten jedoch in verschiedenen Bereichen zu Unklarheiten:

- Art. 404 Abs. 1 ZPO stellt auf den Begriff der Rechtshängigkeit ab, wobei Art. 62 Abs. 1 ZPO nicht mit den entsprechenden Bestimmungen in den kantonalen Prozessordnungen übereinstimmt.¹² Der überwiegende Teil der Lehre geht davon aus, dass die Frage, ob eine Klage bereits vor Inkrafttreten der ZPO rechtshängig wurde, nach kantonalem Recht zu beantworten ist. Nach diesem beurteilt sich auch die Frage, ob die Rechtshängigkeit bereits im Schlichtungsverfahren eintritt.¹³ Im Zusammenhang mit dem Schlichtungsverfahren war auch die Frage zu klären, ob die Schlichtungsbehörde eine eigenständige Instanz darstellt, und demnach neues Recht für das Erkenntnisverfahren vor erster Instanz zur Anwendung gelangt. Auch dies wird überwiegend befürwortet.¹⁴

⁸ Vgl. HUG, S. 9 ff., insb. S. 12 f.

⁹ Art. 404 Abs. 1 ZPO.

¹⁰ Art. 405 Abs. 1 ZPO.

¹¹ Art. 405 Abs. 2 ZPO.

¹² Vgl. etwa § 102 Abs. 1 der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO), LS 271, nicht mehr in Kraft.

¹³ Vgl. SUTTER-SOMM/SEILER, ZPO Kommentar, Art. 404 N 8.

¹⁴ SUTTER-SOMM/SEILER, ZPO Kommentar, Art. 404 N 9.

- Anfechtbare Entscheide sind – neben End- und Zwischenentscheiden¹⁵ – u.a. auch prozessleitende Verfügungen und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen, die im summarischen Verfahren ergehen. Diese Entscheide beenden ein Verfahren vor der ersten Instanz nicht, ihre Beurteilung durch die obere Instanz erfolgt gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO aber dennoch nach neuem Recht.¹⁶ So fliesst aber neues Prozessrecht auch in das erstinstanzliche Verfahren ein. Von den Verfassern der ZPO war dies wohl kaum gewollt. Gemäss der Botschaft war vorgesehen, dass rechtshängige Verfahren die «Instanz nach bisherigem (kantonalem) Prozessrecht ab(schliessen)» und für «ein *anschliessendes* innerkantonales Rechtsmittel dann aber die ZPO» gelte.¹⁷ Dass Rechtsmittel auch *während* des noch laufenden Verfahrens vor erster Instanz erhoben werden können, wurde wohl nicht bedacht.
- Keine Regelung enthält die ZPO bezüglich des anwendbaren Verfahrensrechts bei Rückweisungsentscheiden. Weist die obere Instanz ein Verfahren an die Vorinstanz zurück, findet vor dieser Vorinstanz das bisherige Verfahrensrecht Anwendung.¹⁸
- Die ZPO knüpft in Art. 405 Abs. 1 für die Geltung des neuen Rechts an das Recht an, das bei der «Eröffnung des Entscheides in Kraft ist». Dieser Begriff erweist sich bei genauerer Betrachtung als unklar. Für den Fall einer mündlichen Eröffnung eines Entscheides ist der Begriff der Eröffnung zeitlich klar definiert und bietet auch in der Übergangsphase zwischen altem und neuem Recht keine Schwierigkeiten. Unklar ist die Formulierung jedoch bei schriftlich zugestellten Entscheiden, da es denkbar ist, dass der Entscheid der einen Partei noch unter der Geltung der alten, der anderen Partei aber erst unter der Geltung der neuen Prozessordnung zugestellt werden kann. Für das Gericht besteht so die Schwierigkeit, dass es nicht weiss, ob es seinen Entscheid mit der Rechtsmittelbelehrung nach altem oder neuem Recht versehen muss. Mit «Eröffnung» wurde deshalb vom Gesetzgeber ein ungeeigneter Begriff für den Entscheid über die anwendbare Rechtsordnung gewählt. Das Bundesgericht¹⁹ stellte – wie auch das Obergericht des Kantons

¹⁵ Art. 236 f. ZPO.

¹⁶ BGE 137 III 424 ff.

¹⁷ BBI 2006 7221, 7407.

¹⁸ FREI/WILLISEGGER, BSK ZPO, Art. 405 N 16; FREIBURGH/AFHELDT, ZPO Kommentar, Art. 405 N 6b; BGer Urteil 4A_471/2011 vom 17. Januar 2012, E. 3.3.

¹⁹ BGE 137 III 130 ff.

Zürich²⁰ – auf den Tag der Postaufgabe ab mit der Begründung, der Entscheid hätte von den Parteien ab diesem Tag beim Gericht abgeholt oder eingesehen werden können.

Es ist anzunehmen, dass die Verfasser der ZPO von der mündlichen Eröffnung als Regelfall ausgingen.²¹ Nach dem Entwurf zur ZPO wäre die Urteilsberatung – von Ausnahmen abgesehen – öffentlich gewesen.²² Diese Regelung hätte wohl im Regelfall zu einer mündlichen Eröffnung geführt. Allerdings vernachlässigt diese Sichtweise den Umstand, dass die kantonalen Prozessordnungen, unter deren Herrschaft die fraglichen anzufechtenden Entscheide gefällt wurden, völlig unterschiedliche Formen der Eröffnung kannten, weshalb auch bei einer Lösung gemäss Vorentwurf nicht vom Regelfall einer mündlichen Eröffnung hätte ausgegangen werden dürfen. Eine klarere Lösung wurde in diesem Punkt bei der StPO gewählt, welche in Art. 453 darauf abstellt, wann ein Entscheid gefällt wurde.

Aus den Beispielen ist ersichtlich, dass bei Übergangsbestimmungen bei der Wahl der Begriffe besondere Sorgfalt notwendig ist. Allenfalls kann es auch empfehlenswert sein anzuordnen, nach welchem Recht sich die Begriffsbestimmung richten soll.

Mit Bezug auf die Gerichtsorganisation enthält die ZPO keine Bestimmungen. Sie legt lediglich fest, dass sich die örtliche Zuständigkeit zwar nach neuem Recht richtet, eine bereits bestehende örtliche Zuständigkeit aber erhalten bleibt.²³ Die übergangsrechtliche Regelung der sachlichen Zuständigkeit bleibt mit Blick auf Art. 122 Abs. 2 BV den Kantonen überlassen. Eine einheitliche Regelung durch den Bundesgesetzgeber wäre, angesichts der unterschiedlichen kantonalen Bedürfnisse, wohl auch gar nicht möglich gewesen. Während gewisse Kantone ihre Gerichtsorganisation nämlich kaum anpassen mussten, nutzten andere die Einführung der ZPO für eine umfassende Behördenreorganisation, die ihrerseits Auswirkungen auf das Übergangsrecht der Kantone

²⁰ Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts an die Kammern und angegliederten Gerichte des Obergerichts und an die Bezirksgerichte zur Handhabung der übergangsrechtlichen Bestimmungen des Art. 450 StPO und des Art. 405 Abs. 1 ZPO vom 7. Juli 2010.

²¹ Art. 239 Abs. 1 lit. a ZPO.

²² Art. 52 Abs. 1 E-ZPO, BBl 2006 7413 ff.

²³ Art. 404 Abs. 2 ZPO.

hatte.²⁴ Wurde die Organisation angepasst, mussten die entsprechenden Bestimmungen vorzeitig in Kraft gesetzt werden, damit die neuen Behörden auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts ihre Tätigkeit aufnehmen konnten. Da die Organisation der Gerichte grundsätzlich in die Hoheit der Kantone fällt, war dies jedoch nicht zwingend und in den Kantonen, in denen eine rechtzeitige Umsetzung aus zeitlichen Gründen nicht möglich war, konnte übergangsrechtlich das Notwendige vorgekehrt werden. So wurde im Kanton Zürich festgelegt, dass die Wahl der Beisitzenden der zur Beurteilung von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten neu paritätisch zusammensetzenden Gerichte «so bald als möglich» erfolgen solle.²⁵ Ebenfalls im Rahmen der Übergangsbestimmungen zu regeln war von den Kantonen unter Umständen das für die geordnete Aufhebung gewisser Gerichte Notwendige.²⁶ Bei der Aufhebung von Behörden stellt sich eine Fülle praktischer Probleme, die zu lösen sind. So ist etwa die Zeit abzuschätzen, welche von den aufzuhebenden Behörden benötigt wird, um die noch pendenten Geschäfte zu erledigen. Zudem ist zu regeln, wer die allenfalls noch nicht erledigten Geschäfte übernimmt, und nicht zuletzt sind die personalrechtlichen Ansprüche der abgelösten Behördenmitglieder zu klären.²⁷

b) StPO

Die StPO geht im Grundsatz zwar davon aus, dass hängige Verfahren nach den Regeln des neuen Verfahrensrechts weitergeführt werden²⁸, und normiert somit den allgemeinen Grundsatz, dass Verfahrensrecht sofort anwendbar ist. Hängige *gerichtliche* Verfahren sollen jedoch im Wesentlichen wie bei der ZPO nach bisherigem Recht weitergeführt werden. Dabei ist nach Art. 450 StPO für das erstinstanzliche Verfahren entscheidend, ob die Hauptverhandlung bereits

²⁴ Vgl. etwa die Regelung im Kanton Bern: Art. 94 f. des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung vom 11. Juni 2009 (EG ZSJ), BSG 271.1.

²⁵ § 207 Abs. 2 GOG.

²⁶ Vgl. § 211 f. GOG.

²⁷ Vgl. dazu auch den Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 13.05.2009, PB.2008.00042, allerdings in Bezug auf ein Mitglied der (aufgehobenen) Bezirksschulpflege.

²⁸ Art. 448 Abs. 1 StPO.

eröffnet ist oder nicht.²⁹ Für Rechtsmittelverfahren wird – ebenfalls wie in der ZPO – darauf abgestellt, ob der angefochtene Entscheid vor oder nach dem Inkrafttreten der StPO gefällt wurde.³⁰ Zudem kennt die StPO noch eine Sonderregelung für den Fall, dass sich ein nach Inkrafttreten der StPO erhobenes Rechtsmittel gegen *erstinstanzliche Entscheide höherer Gerichtsinstanzen*³¹ richtet, da gegen diese Entscheide nach Art. 80 Abs. 2 BGG³² die Beschwerde in Strafsachen ausgeschlossen ist.³³ Im Gegensatz zur ZPO kennt die StPO jedoch keine Sonderregelung für die Revision. Hob ein Kanton also eine bisherige Gerichtsinstanz auf, musste er regeln, welche Instanz nach Inkrafttreten der StPO Revisionsbegehren gegen Entscheide der aufgehobenen Instanz behandelt.³⁴ Anders als in der ZPO ist demgegenüber die Rückweisung ausdrücklich geregelt: Wird ein Verfahren von der Rechtsmittelinstanz oder vom Bundesgericht zur neuen Beurteilung zurückgewiesen, so ist neues Recht anwendbar.³⁵

Auch in organisatorischer Sicht enthält die StPO eine umfassende Regelung. Sie regelt die Zuständigkeit der Behörden umfassend und wiederum je nach Verfahrensstand (Untersuchung, erstinstanzliches Gerichtsverfahren und Rechtsmittelverfahren) unterschiedlich.³⁶ Zudem enthält Art. 449 Abs. 2 StPO noch eine Lösung allfälliger Zuständigkeitskonflikte zwischen Behörden.

Das Streben nach Vollständigkeit führte bei der StPO allerdings dazu, dass in Teilbereichen Selbstverständliches geregelt wird³⁷ und andererseits Wiederho-

²⁹ Gemäss Art. 339 Abs. 1 StPO eröffnet die Verfahrensleitung die Hauptverhandlung. Der Begriff der Eröffnung beurteilt sich – nach Auffassung der Lehre – nach altem Recht.

³⁰ Art. 453 Abs. 1 StPO.

³¹ Art. 454 Abs. 2 StPO.

³² Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110.

³³ Es handelt sich hier etwa um Entscheide der kantonalen Geschworenen- oder Kriminalgerichte.

³⁴ So etwa im Kanton Zürich § 212 Abs. 2 lit. b GOG.

³⁵ Art. 453 Abs. 2 StPO.

³⁶ Art. 449–451, 453 StPO.

³⁷ In Art. 448 Abs. 2 StPO wird festgehalten, dass «Verfahrenshandlungen, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes angeordnet oder durchgeführt worden sind [...] ihre Gültigkeit (behalten)». Etwas anderes wäre aber kaum denkbar. Keine Regelung enthält die StPO demgegenüber für Verfahrenshandlungen, die unter neuem Recht zulässig sind, unter altem Recht aber ungültig waren. Diese müssen wohl gültig sein, und der altrechtliche Mangel wird durch die neue Regelung geheilt; vgl. LIEBER, S. 36 f.

lungen vorkommen.³⁸ Beides ist nicht empfehlenswert und sollte nach Möglichkeit vermieden werden.

2. Änderung des ZGB³⁹ vom 19. Dezember 2008: Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht

Auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts am 1. Januar 2013 war von den Kantonen eine vollständig neue Behördenorganisation zu schaffen. An die Stelle der bis dahin in den meisten Kantonen zuständigen politischen Behörden mussten Fachbehörden treten.⁴⁰ Dabei enthält das im ZGB geregelte Kindes- und Erwachsenenschutzrecht auch Verfahrensbestimmungen. Obwohl die Neukodifikation der ZPO parallel erfolgte, sah man davon ab, die Verfahrensbestimmungen dort einzufügen, und erklärte die Bestimmungen der Zivilprozessordnung als sinngemäss anwendbar.⁴¹

Das Bundesrecht sieht keinerlei Übergangsfristen für die Einführung der neuen Behördenorganisation vor⁴², sondern die neuen Behörden mussten ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens operativ tätig sein, damit die Rechtsunterworfenen möglichst schnell von der Rechtsänderung profitieren konnten. Diese Lösung hatte zur Folge, dass die entsprechenden Organisationsbestimmungen der Kantone vorzeitig in Kraft gesetzt werden mussten.⁴³ Zudem mussten die Kantone erhebliche praktische Probleme lösen, wie etwa den Übergang der pendenten Geschäfte auf die neuen Behörden.⁴⁴ Die Zuständigkeit durch neue Verwaltungsträger führte zudem dazu, dass die nach altem Recht zuständigen Behörden bei ihnen pendente Geschäfte zum Teil nicht mehr erledigten, weil ihnen die Mitarbeitenden fehlten (diese hatten sich z.T. bereits neue Wirkungsfelder gesucht), aber auch weil ihr Interesse an der Geschäftserledigung im Hinblick auf die Geschäftsübergabe abnahm. Dies führte wiederum zu einer starken Belastung der neuen Behörden in der Anfangsphase.

³⁸ Art. 453 Abs. 1 und 454 Abs. 1 StPO regeln dasselbe, aus verschiedenen Blickwinkeln.

³⁹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB), SR 210.

⁴⁰ Art. 440 ZGB.

⁴¹ Art. 450f ZGB.

⁴² Art. 14a SchlT ZGB.

⁴³ ZH RRB Nr. 1012/2012, der die Inkraftsetzung der entsprechenden Bestimmungen auf das Datum des Beschlusses vorsah.

⁴⁴ Im Kanton Bern bspw. waren dies 17'500 Geschäfte.

Da Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahmen auf Dauer ausgerichtet sind, sieht das Übergangsrecht in Art. 14 SchlT ZGB eine besondere Regelung für deren Weitergeltung vor:

- für einen Teil der Massnahmen wird die Weitergeltung vorgesehen⁴⁵;
- ein anderer Teil der Massnahmen wird automatisch in eine solche des neuen Rechts umgedeutet⁴⁶;
- die übrigen Massnahmen sind innert drei Jahren nach Inkrafttreten der Rechtsänderung in eine Massnahme des neuen Rechts umzuwandeln; wird diese Frist verpasst, fallen sie dahin⁴⁷.

Übergangsrechtlich wird also geregelt, wie materiell-rechtlich mit Dauersachverhalten umzugehen ist, und zwar detailliert und je nach Art des Sachverhaltes unterschiedlich.

Wie das materielle Recht muss auch das neue Verfahrensrecht ohne Übergangsfrist auf laufende Verfahren angewendet werden.⁴⁸ Art. 14a Abs. 3 SchlT ZGB legt zudem fest, dass die Behörde bestimmt, ob und wieweit das bisherige Verfahren ergänzt werden muss. Diese Lösung ist folgerichtig, da im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht die uneingeschränkte Untersuchungs- und die Officialmaxime gilt, die Behörde den Sachverhalt also von Amtes wegen erforschen muss und nicht an die Anträge der am Verfahren beteiligten Personen gebunden ist.⁴⁹ Erachtet die neue Behörde die Abklärungen der früher zuständigen Behörde also als ungenügend, muss sie die notwendigen Verfahrensergänzungen veranlassen. Auch ohne ausdrückliche Regelung wäre wohl gleich zu verfahren gewesen.

3. Änderung des ZGB vom 21. Juni 2013: Elterliche Sorge⁵⁰

Die Regelung der gemeinsamen elterlichen Sorge befasst sich – wie das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – mit Dauersachverhalten. Zwar stehen dabei

⁴⁵ Ärztlich angeordnete fürsorgerische Freiheitsentziehungen, Art. 14 Abs. 4 SchlT ZGB.

⁴⁶ Vormundschaften werden als umfassende Beistandschaften weitergeführt, Art. 14 Abs. 2 SchlT ZGB.

⁴⁷ Art. 14 Abs. 3 SchlT ZGB.

⁴⁸ Art. 14a Abs. 2 SchlT ZGB.

⁴⁹ Art. 446 Abs. 1 und 3 ZGB.

⁵⁰ Die Gesetzesänderung tritt am 1. Juli 2014 in Kraft.

materiell-rechtliche Fragen im Vordergrund. Die eher aussergewöhnliche Übergangsregelung der Novelle hat aber Auswirkungen auf abgeschlossene Gerichtsverfahren, weshalb sie auch eine verfahrensrechtliche Komponente hat. Dabei ist von Bedeutung, dass bei der Neuregelung der elterlichen Sorge der gesellschaftspolitische Wandel im Vordergrund stand: Nachdem sich ein «modernerer» Ansatz durchgesetzt hatte, wollte der Gesetzgeber möglichst viele Betroffene von der neuen Regelung profitieren lassen. Um dies zu erreichen, wurde in den Übergangsbestimmungen eine unechte Rückwirkung vorgesehen. Mit dieser Regelung bestätigt sich der Grundsatz, dass jeder Gesetzgeber für sich in Anspruch nimmt, dass «seine Erzeugnisse besser sind, als das, was früher galt»⁵¹.

Art. 12 Abs. 5 SchlT ZGB sieht deshalb vor, dass der Elternteil, dem bei einer Scheidung die elterliche Sorge entzogen wurde, sich an das zuständige Gericht wenden kann, wenn die Scheidung im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung vom 21. Juni 2013 weniger als fünf Jahre zurückliegt. Bei diesem Wortlaut ist nicht geklärt, welcher Zeitpunkt massgebend sein soll: Urteilsfällung, Urteilsöffnung oder Rechtskraft des Urteils. Der Vorzug zu geben ist dabei wohl der Rechtskraft. Diese unechte Rückwirkung ist zwar zulässig, in verschiedener Hinsicht aber problematisch: Im konkreten Rechtsanwendungsbereich ist damit zu rechnen, dass vorab strittige Verfahren, in denen eine Regelung – sei es durch Vergleich oder Urteil – nur mühsam gefunden werden konnte, neu aufgerollt werden müssen. Dem Rechtsfrieden ist die Lösung damit kaum dienlich. Ob sie immer im Sinne des Kindeswohles ist, bleibe dahingestellt. Zudem führen die neuen Verfahren zu einer erheblichen Belastung bei den Gerichten. Diesen Nachteilen steht allerdings der Vorteil gegenüber, dass der gesellschaftspolitischen Änderung schneller zum Durchbruch verholfen wird. Diese gesellschaftliche Änderung wird wohl auch durch eine faktische Vorwirkung beschleunigt: Es ist damit zu rechnen, dass bei bereits hängigen Verfahren im Hinblick auf die anstehende Änderung wohl vermehrt einvernehmliche Regelungen mit gemeinsamer elterlicher Sorge erreicht werden können.

⁵¹ SCHNEIDER, Rz. 543.

Literaturverzeichnis

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. Zürich/St. Gallen 2010

HUG BARBARA, Vereinheitlichung des Prozessrechts – Bericht aus der Redaktionsstube, LeGes 2008, S. 9 ff.

LIEBER VIKTOR, Knifflige Fragen zum Übergangsrecht, Plädoyer 6/10, S. 36 f.

SCHNEIDER HANS, Gesetzgebung, 3. Aufl. Heidelberg 2002

Spühler Karl/Tenchio Luca/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. Aufl. Basel 2013 (zit. VERFASSE/IN, BSK ZPO)

Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), ZPO Kommentar, 2. Aufl. Zürich 2013 (zit. VERFASSE/IN, ZPO Kommentar)

Intertemporale Fragen im Bewilligungsrecht

August Mächler*

Inhaltsübersicht

I. Bewilligungen: Begriff, Arten und Fragen zum intertemporalen Recht	65
II. Einzelne Fallkonstellationen	68
1. Weitergeltung von Berufsausübungsbewilligungen	68
2. Baubewilligungen	70
3. Wirtschaftspolitische Bewilligungen	73
III. Intertemporales Recht im Rechtsetzungsprozess	74
1. Frühzeitige Befassung und abschliessende Prüfung	75
2. Schaffung von besonderem Übergangsrecht	75
3. Regelungsstufe	76
4. Qualitätssicherung	77
IV. Zusammenfassung	78
Literaturverzeichnis	78

I. Bewilligungen: Begriff, Arten und Fragen zum intertemporalen Recht

Eine Bewilligung stellt eine staatliche Erlaubnis dar, eine bestimmte Tätigkeit oder ein bestimmtes Vorhaben in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Ordnung ausüben bzw. verwirklichen zu dürfen.¹ Die Einführung einer Bewilligungspflicht dient vorab der präventiven Prüfung einer privaten Tätigkeit auf ihre Übereinstimmung mit dem anwendbaren Recht. Im Vordergrund steht dieses Motiv für eine Bewilligungspflicht vor allem bei den Polizeibewilligungen

* Zahlreiche Anregungen zum Beitrag verdankt der Autor den Teilnehmenden am Workshop im Rahmen der Tagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre vom 12. September 2013. Die teilweise sehr lebhaft geführten Diskussionen unter Fachkolleginnen und Fachkollegen aus den Verwaltungen von Bund und Kantonen wirkten sehr bereichernd.

¹ Siehe dazu und zum Folgenden HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2431 ff. und 2523 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 44 N 1 ff.

(Baubewilligung, Berufsausübungsbewilligung für Medizinalpersonen, Patent für Bergführer und Skilehrer, Bewilligung für das Halten eines potenziell gefährlichen Hundes, Führerausweis für Motorfahrzeuge). Für die Lenkung von Kapazitäten bei der Produktion und der Verteilung von Gütern sowie von Dienstleistungen werden wirtschaftspolitische Bewilligungen eingesetzt (Einfuhrkontingente, Bewilligung für die Zulassung zur Tätigkeit zulasten der Krankenversicherung [Ärztestopp]). Neben dem Schutz von Polizeigütern (Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, Ehre, öffentliche Ordnung, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr) dient die Bewilligung zum gesteigerten Gemeingebrauch einer öffentlichen Sache hauptsächlich der Koordination der verschiedenen Nutzer bei der Inanspruchnahme der öffentlichen Sache.

Das intertemporale Recht umfasst Vorschriften über die zeitliche Geltung von Rechtsnormen. Es dient der Abgrenzung der Geltung von altem und neuem Recht.² Aus dem Wesen der Bewilligungen und auch aus der verschiedenartigen Ausgestaltung der Bewilligungen können sich für deren intertemporale Regelung namentlich folgende *Fragestellungen* ergeben:

- Bei Bewilligungen sollte bei einer Änderung des anwendbaren Rechts das intertemporale Recht Antworten etwa auf die Frage geben, ob nach altem oder neuem Recht ein eingeleitetes, im Zeitpunkt der Rechtsänderung noch nicht abgeschlossenes *Bewilligungsverfahren* fortzuführen, zu beurteilen und zu Ende zu bringen ist. Wie verhält es sich, wenn die Rechtsänderung erst im Laufe eines *Rechtsmittelverfahrens* über die Erteilung einer Bewilligung eintritt?
- Werden Bewilligungen für *einmalige Anlässe* ausgestellt, so sind damit in der Regel nicht sonderlich heikle übergangsrechtliche Fragestellungen verbunden (z.B. Demonstrationsbewilligung, Anlassbewilligung für das Gastgewerbe). Regelmässig vor grössere Herausforderungen stellen den Gesetzgeber *Dauer- oder mehrteilige Sachverhalte*: Er hat darüber zu befinden, was mit altrechtlichen Bewilligungen geschehen muss, von denen Gebrauch gemacht worden ist. Ebenso beantworten muss das intertemporale Recht die Frage, ob eine früher bereits ausgeübte (bewilligte oder bewilligungsfreie) Tätigkeit weiterhin ausgeführt werden darf.

² Gesetzgebungsleitfaden des Bundesamtes für Justiz, Rz. 655, <<http://www.bj.admin.ch> → Themen → Staat und Bürger → Legistik → Gesetzgebungsleitfaden> (besucht am 6.3.2014).

- Für die Ergreifung von wirtschaftspolitischen Massnahmen bedürfen Bund und Kantone einer Ermächtigung in der Bundesverfassung.³ Die Einführung einer Bewilligungspflicht setzt im Übrigen eine gesetzliche *Grundlage* voraus.⁴ Zu klären ist, ob sich daraus für die Rechtsetzungsstufe des Übergangsrechts zu Regelungen betreffend wirtschaftspolitische oder andere Bewilligungen bestimmte Anforderungen ergeben.
- Den in einer Bewilligung *ingeräumten Rechten* kommt in der Regel kein qualifizierter Bestandesschutz zu.⁵ Bei veränderten rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen dürfen deshalb Bewilligungen widerrufen werden. Zu diesem Grundsatz wurden allerdings bedeutsame Ausnahmen und Relativierungen herausgebildet: Wirtschaftspolitisch motivierte Bewilligungen können vermögenswerte Rechte begründen, die nicht ohne Ausrichtung einer Entschädigung aufgehoben werden dürfen.⁶ Hat zudem ein Bauherr im Vertrauen auf den Bestand einer Bewilligung eine Baute errichtet, so kann er sich für seine vollendete Baute mit Erfolg auf die Garantie seines Besitzstandes oder den Bestandesschutz berufen. Lediglich eine schwerwiegende und nicht anders abwendbare Gefährdung oder Störung der öffentlichen Sicherheit kann noch einen Widerruf einer Baubewilligung rechtfertigen.⁷ Schliesslich kann der Grundsatz der Verhältnismässigkeit dagegen sprechen, Inhaberinnen und Inhabern etwa einer Berufsausübungsbewilligung vorbehaltlos dem neuen Recht zu unterstellen⁸ und aus diesem Grunde die erteilte Bewilligung zu widerrufen bzw. anzupassen.
- Werden Personen übergangsrechtlich weiterhin zur Berufsausübung zugelassen, obschon sie die erhöhten Anforderungen an einen Fähigkeitsausweis nach neuem Recht nicht erfüllen, stellen sich Fragen der *Wettbewerbsneutralität* einer solchen Regelung.⁹

³ Art. 94 Abs. 4 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 44 N 10.

⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 44 N 32 für die Polizeibewilligung.

⁶ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 N 23; BGE 106 Ib 34 E. 2 S. 38 ff. zur besonderen Natur der Bewilligung zum Betrieb einer regionalen Sammelstelle für Inlandgetreide.

⁷ HALLER/KARLEN, Rz. 821 ff.; ferner BGE 139 II 243 E. 11.2 S. 260.

⁸ BGE 128 I 92 E. 4 S. 98 ff.

⁹ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 N 23.

II. Einzelne Fallkonstellationen

1. Weitergeltung von Berufsausübungsbewilligungen

Wird eine neue Bewilligungspflicht eingeführt oder werden die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bewilligung verschärft, stellt sich zwangsläufig die Frage, ob bisher (in Übereinstimmung mit dem alten Recht) Tätige um eine Bewilligung nach Massgabe des neuen Rechts nachsuchen müssen, wenn sie weiterhin eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben wollen. Die nachstehend angeführte Bestimmung aus dem mittlerweile aufgehobenen Gesetz über das Gesundheitswesen des Kantons Zürich vom 4. November 1962¹⁰, das in den §§ 7 ff. die Berufe der Gesundheitspflege (u.a. Ärzte, Zahnärzte, Chiropraktoren, Zahnprothetiker, Psychotherapeuten, Apotheker, Drogisten) regelte, kann als Grundmuster einer Übergangsbestimmung für Berufsausübungsbewilligungen angesehen werden:

§ 86 Übergangsbestimmungen

¹ Bewilligungen, die auf Grund der früheren Medizinalgesetzgebung erteilt wurden, bleiben in Kraft. Ihr Inhalt richtet sich jedoch nach der neuen Gesetzgebung.

² Die auf Grund der früheren Gesetzgebung zur Zahnbehandlung patentierten Zahn-techniker bleiben zur Behandlung von Zähnen befugt, ausgenommen die Behandlung von Mund- und Kieferkrankheiten, die Anwendung der Narkose, das Ausstellen von Rezepten und Einspritzungen ausserhalb der Mundhöhle. Im Übrigen unterstehen sie den Bestimmungen des Titels III dieses Gesetzes.

Der Übergangsbestimmung zur Zulassung zu den Medizinalberufen lassen sich drei Festlegungen entnehmen, die wesentlichen *Grundlinien* des allgemeinen intertemporalen Rechts folgen:

1. Bislang in einem Medizinalberuf tätige Personen sind weiterhin zur Berufsausübung zugelassen. Rechnung getragen wird damit zunächst der Berufserfahrung dieser Medizinalpersonen, was dem Schutz der Polizeigüter durchaus zugutekommen kann. Mit der Zulassung einer weiteren Berufsausübung durch bisherige Bewilligungsinhaberinnen und -inhaber können auch Medizinalpraxen erhalten werden, was dem Schutz von bereits getätigten Investitionen dient.

¹⁰ OS 41, 291. Siehe nunmehr das Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006 (Medizinalberufegesetz, MedBG), SR 811.11, sowie das Gesundheitsgesetz des Kantons Zürich vom 2. April 2007, LS 810.1.

2. Der Inhalt der Berufsausübungsbewilligung und damit insbesondere die Berufspflichten richten sich nach neuem Recht.¹¹ Dem vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber gesetzten Recht wird damit – was wesentliche Teile des materiellen Rechts anbelangt – sofort zum Durchbruch verholfen. Erlassen wird eine annähernd einheitliche Ordnung für einen Berufsstand. Geschaffen wird auf diesem Wege eine möglichst wettbewerbsneutrale Marktordnung.
3. Wo schliesslich besonders gewichtige öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen, setzt der Gesetzgeber ohne Missachtung von Verhältnismässigkeits- und Vertrauensgrundsatz schärfere Anforderungen an die Bewilligungserteilung sofort durch.¹² Davon liess sich vorliegend der Zürcher Gesetzgeber bei der damals neuen Gesundheitsgesetzgebung für die Zahntechniker leiten, soweit ihnen besonders anspruchsvolle Tätigkeiten fortan untersagt wurden.

Das skizzierte Grundmuster lässt sich fast stufenlos *verfeinern*: So kommt etwa in Betracht, bisherigen Bewilligungsinhaberinnen und -inhabern lediglich eine Meldepflicht aufzuerlegen. Inhaberinnen und Inhabern altrechtlicher Bewilligungen kann auch etwa zugestanden werden, für eine gewisse Zeit noch tätig zu bleiben und erst nach Ablauf einer Übergangsfrist ein neues Gesuch einzureichen.¹³ Der Gesetzgeber kann sodann auch die Exekutive ermächtigen, Fristen für eine spätere Gesuchseinreichung zu bestimmen oder festzulegen, inwieweit Erleichterungen für altrechtliche Bewilligungsinhaberinnen und Bewilli-

¹¹ Die Regelung entspricht im Ansatz Art. 3 des Schlusstitels des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (SchlTZGB), SR 210, mit dem Titel «Inhalt der Rechtsverhältnisse kraft Gesetzes».

¹² Auch Art. 2 SchlTZGB behält die Anwendung von Vorschriften, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind, grundsätzlich vor. Auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind neue Vorschriften sofort anzuwenden, wenn zwingende Gründe dafür sprechen. Das Bundesgericht erachtet diese Voraussetzung insbesondere im Bereich des Gewässer-, Natur-, Heimat- und Umweltschutzrechts als gegeben (BGE 139 II 243 E. 11.1 S. 359, ferner BGE 125 II 591 E. 5e/aa S. 598 mit Hinweisen). Vgl. auch BVGE 2013, Nr. 20, E. 3.2.5.

¹³ Art. 19 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über das Bergführerwesen und Anbieten weiterer Risikoaktivitäten vom 17. Dezember 2010, SR 935.91: für Bergführer und Bergführerinnen, sofern sie bislang eine kantonale Bewilligung besaßen. Waren sie bewilligungsfrei tätig, so haben Bergführer oder Bergführerinnen und Schneesportlehrer oder Schneesportlehrerinnen innert sechs Monaten ein Gesuch um Erteilung der Bewilligung einzureichen.

gungsinhaber gewährt werden dürfen.¹⁴ Mitunter wird die zuständige Behörde auch ermächtigt, Personen, die vor Inkrafttreten eines Erlasses einen neu der Bewilligungspflicht unterstellten Beruf während einer bestimmten Zeit selbstständig ausgeübt haben, bei ausreichender Qualifikation die Bewilligung zur Berufsausübung zu erteilen, auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht vollumfänglich erfüllt sind.¹⁵ Übergangsbestimmungen mit uneingeschränkter Besitzstandsgarantie sind bei Bewilligungen für eine Berufsausübungsbewilligung in neuerem Recht kaum mehr anzutreffen. In einer Zeit des lebenslangen Lernens können sich Berufsleute zunehmend weniger auf den Bestand eines einmal erworbenen Fähigkeitsausweises verlassen.

2. Baubewilligungen

Von erheblicher *wirtschaftlicher Bedeutung* kann die Bestimmung des in zeitlicher Hinsicht massgebenden Rechts auch im Baurecht sein. Bewusst geworden ist dies einer breiteren Öffentlichkeit im Nachgang zur Annahme der Zweitwohnungsinitiative durch Volk und Stände am 11. März 2012.¹⁶ In zahlreichen Gemeinden in der Schweiz wurden nach dem Abstimmungssonntag rasch Baugesuche eingereicht in der Erwartung, Bauvorhaben dürften bis Ende 2012 noch bewilligt werden, auch wenn der Zweitwohnungsanteil in den betreffenden Gemeinden klar über der verfassungsrechtlich zulässigen Höchstgrenze von 20 % lag. Das Bundesgericht erkannte in einem Grundsatzurteil vom 22. Mai 2013, dass das Zweitwohnungsverbot nach Massgabe von Art. 75b BV ab dem 11. März 2012 Geltung beansprucht.¹⁷

Die kantonalen Planungs- und Baugesetze legen in der Regel fest, ob in einem Baubewilligungsverfahren noch altes oder neues Recht anwendbar ist.¹⁸ Fehlt es

¹⁴ Art. 19 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Bergführerwesen und Anbieten weiterer Risikoaktivitäten; ferner Art. 36 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (Anwaltsgesetz, BGFA), SR 935.61.

¹⁵ § 57 Abs. 4 Gesundheitsgesetz des Kantons Schwyz (GesG) vom 16. Oktober 2002, SRSZ 571.110.

¹⁶ AS 2012 3627 f.

¹⁷ BGE 139 II 243 E. 11 S. 259 ff.

¹⁸ Auf den Zeitpunkt der Behandlung des Gesuches stellt Zürich (§ 353 PBG/ZH) ab. Schwyz (§ 94 Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987 [PBG], SRSZ 400.100) und Aargau (§ 169 Abs. 1 Gesetz über Raumentwicklung und Bauwesen vom 19. Januar 1993 [Baugesetz, BauG], ASR 713.100) knüpfen an den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung an.

an einer Regelung, so ist für die Bestimmung des massgebenden Rechts auf den Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung über das Baugesuch abzustellen.¹⁹ Wird über dieses noch unter altem Recht befunden, so ist das alte Recht auch noch anwendbar, wenn nach einer Anfechtung des erstinstanzlichen Beschlusses das Recht geändert wurde. Auf die Durchsetzung *künftigen Rechts* ausgerichtet sind sodann im Planungs- und Baurecht Instrumente wie Planungszonen, Bausperren und dergleichen. Das erst noch zu schaffende oder in Kraft zu setzende Recht wirkt dabei negativ, indem geltendes Recht nicht mehr angewendet wird, soweit es diesem künftigen Recht widerspricht.²⁰

Wie mit *bestehenden* und nach früherem Recht bewilligten *Bauten und Anlagen* zu verfahren ist, bestimmen das Bundesgesetz über die Raumplanung²¹ und die kantonalen Planungs- und Baugesetze. Zu den Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzone hält das Zürcher Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Planungs- und Baugesetz) vom 7. September 1975²² im Abschnitt Übergangsbestimmungen fest:

§ 357 D. Änderungen an vorschriftswidrigen Bauten und Anlagen
I. Auf Veranlassung des Eigentümers

¹ Bestehende Bauten und Anlagen, die Bauvorschriften widersprechen, dürfen umgebaut, erweitert und anderen Nutzungen zugeführt werden, sofern sie sich für eine zonengemässe Nutzung nicht eignen, wenn keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interessen entgegenstehen. Für neue oder weiter gehende Abweichungen von Vorschriften bleiben die erforderlichen Ausnahmebewilligungen vorbehalten.

² [...]

³ [...]

⁴ Die baurechtliche Bewilligung kann verlangen, dass Verbesserungen gegenüber dem bestehenden Zustand vorgenommen werden, die im öffentlichen Interesse liegen und nach den Umständen zumutbar sind.

⁵ Bauvorschriften, die eine zweckmässige Anpassung bestehender Bauten und Anlagen an Vorschriften im überwiegenden öffentlichen Interesse nicht zulassen, können durch Verordnung entsprechend gemildert werden. Nachbarn dürfen nicht unzumutbar benachteiligt werden. Solange keine Verordnung darüber besteht, sind Anpassungen im Einzelfall zulässig.

¹⁹ BGE 139 II 263 E. 6 S. 267 mit Hinweisen. Ebenso HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 326 f., mit Hinweisen auf die nicht immer stringente Rechtsprechung des Bundesgerichts, sowie TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 20, je mit Hinweisen auf Ausnahmen.

²⁰ Siehe RUCH, Kommentar, Art. 27 RPG N 3 ff., 45 ff.

²¹ Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG), SR 700.

²² LS 700.1.

§ 358 II. Von Amtes wegen

Verbesserungen können unabhängig von Änderungsbegehren des Grundeigentümers angeordnet werden, wenn dadurch erhebliche polizeiliche Missstände beseitigt werden.

Vorschriften über den Bestand und die Zulässigkeit von baulichen Veränderungen bei bestehenden Bauten und Anlagen knüpfen an den Umstand an, dass es Werke – und zwar in grosser Zahl – gibt, die ursprünglich rechtmässig erstellt und nunmehr nach einer oder nach mehreren Rechtsänderungen mit der vorgeschriebenen Regelbauweise für neue Bauten und Anlagen nicht mehr vereinbar sind. Die angesprochenen Normen sind damit durchaus dazu bestimmt, eine Kollision zwischen alter und neuer Rechtsordnung für einen Dauersachverhalt aufzulösen. Die Vorschriften für Altbauten beschränken sich dabei allerdings nicht auf eine (integrale) Verweisung auf das neue oder ein altes Recht, sondern schaffen gewissermassen eine *Sonderordnung für bestehende Bauten und Anlagen*. Anders als im vorstehend abgedruckten Beispiel aus dem Kanton Zürich werden aus diesem Grunde im Bundesgesetz über die Raumplanung und in Planungs- und Baugesetzen zahlreicher Kantone die Vorschriften über bestehende Bauten und Anlagen nicht in die Schlussbestimmungen, sondern in den Hauptteil der Gesetze aufgenommen.²³ Damit bringen die Erlasse zum Ausdruck, dass die Regeln zu den bestehenden Bauten und Anlagen mehr materiellrechtlichen als kollisionsrechtlichen Inhalt aufweisen.²⁴ Welche Lösung bei der Platzierung von Regeln über bestehende Bauten und Anlagen gewählt wird, dürfte nicht zuletzt mit der Tradition in einem Gemeinwesen begründet werden können.

Die wiedergegebenen Bestimmungen aus dem Zürcher Planungs- und Baugesetz verraten *Grundmuster* für die Regelung von Konflikten bei bestehenden Bauten mit neuen Bauvorschriften:

²³ Art. 23 ff. RPG; Art. 12 ff. Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Zweitwohnungsbau, <www.admin.ch → Bundesrecht → Vernehmlassungen → abgeschlossene Vernehmlassungen> (besucht am 26. Oktober 2013); Art. 81 Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985 (BauG), BSG 721.0; §§ 109 ff. Raumplanungs- und Baugesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 8. Januar 1998, SGS 400; § 72 PBG/SZ.

²⁴ Die Regelungen zu den bestehenden Bauten und Anlagen beziehen sich in aller Regel nicht auf eine bestimmte Gesetzesrevision, sondern sind unabhängig von einzelnen Revisionen des kantonalen oder kommunalen Planungs- und Baurechts anwendbar; s. auch GRIFFEL in diesem Band, S. 23 ff.

- Bestehende Bauten und Anlagen werden in ihrem Bestand vornehmlich durch die Eigentumsгарantie und das Verbot der Rückwirkung geschützt.²⁵
- Der Besitzstand kann nach Massgabe des kantonalen Rechts erweitert werden, indem Umbauten, Erweiterungen, Nutzungsänderungen und dergleichen zugelassen werden.²⁶
- Geschaffen wurde eine gesetzliche Grundlage für ein Einschreiten gegen schwerwiegende polizeiwidrige Zustände bei bestehenden Bauten und Anlagen.²⁷
- Für eigentliche Optimierungen in den baurechtlichen Verhältnissen werden verschiedene Techniken einer Feinabstimmung (Ausnahmebewilligungen; Zumutbarkeitsklauseln; Konkretisierung auf Verordnungsstufe) eingesetzt.

3. Wirtschaftspolitische Bewilligungen

Mit der Teilrevision des Bundesgesetzes über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG) vom 29. April 1998²⁸ in der Fassung vom 20. Juni 2003 wechselte der Bund für die Zuteilung der Zollkontingente für Schlachtvieh und Fleisch im Wesentlichen auf ein Versteigerungssystem. Bislang richtete sich die Zuteilung der Zollkontingentsanteile zur Hauptsache nach der Zahl der geschlachteten inländischen Tiere.²⁹ Mit einem Abrücken vom Inlandleistungszum Versteigerungssystem sollte der Wettbewerb gestärkt werden. Willkommene Begleiterscheinung bildete die damit verbundene Entlastung der Landwirtschaftsrechnung des Bundes.³⁰ Zum Systemwechsel bei der *Zuteilung der Zollkontingente* von der Inlandleistung zur Versteigerung nach dem Gebotspreisverfahren wurde nachfolgende Übergangsbestimmung erlassen:

²⁵ BGE 113 Ia 119 E. 2a S. 122. Dogmatisch völlig gefestigt ist die Herleitung nicht (vgl. dazu GRIFFEL, S. 110).

²⁶ RUCH, Besitzstandsгарantie, S. 747 ff.

²⁷ § 358 PBG/ZH.

²⁸ SR 910.1.

²⁹ AS 1998 3033 ff. für die alte Fassung von Art. 48 LwG und AS 2003 4217 für die revidierte Fassung.

³⁰ Botschaft zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik (Agrarpolitik 2007) vom 29. Mai 2002, Teil I: Teilrevision des Landwirtschaftsgesetzes (LwG), BBl 2002 4727 ff.

Art. 187b Übergangsbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003³¹

¹ Die Zollkontingente nach Artikel 48 Absatz 1 werden für das Kontingentsjahr 2005 zu 33 Prozent, für das Kontingentsjahr 2006 zu 66 Prozent versteigert.

² Die Zollkontingentsanteile bei zugeschnittenen Rindsbinden, bei Fleisch und Schlachtnebenprodukten von Tieren der Pferde- und Ziegengattung, bei Schweinefleisch in Hälften und bei Geflügelfleisch werden im Kontingentsjahr 2005 zu 67 Prozent, im Kontingentsjahr 2006 zu 34 Prozent nach bisherigem Recht zugeteilt.

³ Die Zollkontingentsanteile bei Fleisch und Schlachtnebenprodukten von Tieren der Rindergattung ohne zugeschnittene Rindsbinden und von Tieren der Schafgattung werden in den Kontingentsjahren 2005 und 2006 zu 10 Prozent nach der Zahl der ab überwachten öffentlichen Schlachtviehmärkten ersteigerten Tiere zugeteilt. Die restlichen Zollkontingentsanteile werden aufgrund der Zahl der beschauten Schlachtungen von inländischen Tieren zugeteilt, soweit sie nicht nach Absatz 1 versteigert werden.

[...]

Mit der Neuordnung des Zuteilungsverfahrens für die Zollkontingente für Schlachtvieh und Fleisch ging nicht eine Aufhebung bereits erteilter wirtschaftspolitischer Bewilligungen einher. Eingeräumte Kontingente durften noch ausgeschöpft werden. Durch den Wechsel wurden somit keine wohl erworbenen Rechte aufgehoben.³² Bereits erbrachten Inandleistungen – also gewissermaßen den Vorleistungen für die Zuteilung von Kontingenten – wollte der Gesetzgeber dennoch angemessen Rechnung tragen, indem mit der Übergangsbestimmung in Art. 187b LwG abgestuft auf das neue Versteigerungssystem gewechselt wurde. Mit einem *schrittweisen Übergang* zu einer geänderten Zuteilungsmethode konnten die Importeure sich neu orientieren und auf die veränderten Marktverhältnisse einstellen.

III. Intertemporales Recht im Rechtsetzungsprozess

In der Rechtsetzungslehre wird verschiedentlich betont, dass die Schaffung des Übergangsrechts zu den anspruchsvollsten Aufgaben in der gesamten Projektarbeit zu einem neuen Erlass oder zu einer Erlassänderung gehört.³³ Im Folgen-

³¹ AS 2003 4217, 4231; Die Übergangsbestimmungen von Art. 187b Abs. 1–4, 6 und 7 sind zwischenzeitlich mit dem Bundesgesetz vom 22. März 2013 wieder aufgehoben worden (AS 2013 3463, 3483).

³² S. vorne Ziff. I, Al. 4.

³³ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 349; Nach SCHUHMACHER, S. 82 f., stellt das Formulieren des intertemporalen Rechts «hohe intellektuelle Ansprüche», um die Vielfalt der Lebensverhältnisse im alten und im neuen Recht zu erfassen und zu kombinieren. Nach

den werden einzelne Gesichtspunkte aufgegriffen, denen bei der Schaffung von intertemporalem Recht im Rechtsetzungsprozess in besonderem Masse Beachtung zu schenken ist.

1. Frühzeitige Befassung und abschliessende Prüfung

An das intertemporale Recht ist bei der Einführung einer Bewilligungspflicht oder einer wesentlichen Verschärfung der Bewilligungsvoraussetzungen bereits in der *Konzeptphase* zu denken.³⁴ In diesem Abschnitt des Rechtsetzungsprozesses werden unter anderem die Grundlagen für die Entscheidung über die einzuführenden Regelungsinstrumente wie etwa einer Bewilligungspflicht diskutiert. Je nach Ausgestaltung des intertemporalen Rechts zu einer Bewilligungspflicht vermag nämlich diese zunächst nur geringe und erst viel später umfassendere Wirkung zu entfalten. Auch in Bezug auf das Übergangsrecht kann es in der Konzeptphase angezeigt sein, Varianten möglicher Lösungen aufzuzeigen. Da die Schnittstellen zwischen altem und neuem Recht erst mit der abschliessenden Festlegung des neuen Erlasses oder der Erlassänderung feststehen, kann das Übergangsrecht auch erst ganz am Schluss der *Redaktionsphase* definitiv bereinigt werden.³⁵

2. Schaffung von besonderem Übergangsrecht

Richtungsgebend für die übergangsrechtliche Entscheidung eines den Geltungszeitraum mehrerer Regelungen betreffenden Sachverhaltes sind namentlich die Verfassungsgrundsätze der rechtsgleichen Behandlung, der Verhältnismässigkeit, des Willkürverbotes und von Treu und Glauben. Die Art. 1–4 SchlTZGB bilden sodann so etwas wie einen Kernbestand eines Allgemeinen Teils des schweizerischen intertemporalen Rechts, das für alle Rechtsgebiete gilt.³⁶ Gesetz- und Verordnungsgeber sollten – wenigstens wenn mit Kollisionen in einem nennenswerten Umfang zu rechnen ist – ungeachtet der erwähnten

TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 15, gilt das Recht über die Rechtsänderungen «im Gesetzgebungsprozess gewöhnlich als lästige Restanz, weil rechtlich schwer zu fassen und erst noch am Ende eines ohnehin kräftezehrenden politischen Ringens auftauchend».

³⁴ Zu den Phasen des Rechtsetzungsprozesses siehe MÜLLER/UHLMANN, Rz. 100 ff.

³⁵ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 344.

³⁶ VISCHER, Art. 1 SchlTZGB N 1 f.

Grundsätze im zu schaffenden Erlass selbst eine intertemporale Regelung schaffen. Ein Verzicht auf eine besondere Regelung und damit ein hilfsweises Zurückgreifen auf die allgemeinen Prinzipien überzeugt dagegen nicht.³⁷ Auf den Regelungsgegenstand zugeschnittene Übergangsbestimmungen schaffen Klarheit und Rechtssicherheit für die rechtsanwendenden Behörden. Mit dem Erlass besonderen Übergangsrechts kann der Gesetzgeber den ihm durch die Verfassungsprinzipien belassenen Gestaltungsspielraum ausfüllen.³⁸ Das intertemporale Recht kann dabei durchaus auch – wie im Workshop eingeworfen wurde – in einer politischen Auseinandersetzung von einigem Gewicht sein. Eine mehr oder minder grosszügige Übergangsregelung kann für die Zustimmung oder Ablehnung zu einem Erlass für einzelne Parteien und Interessengruppen von Bedeutung sein.

3. Regelungsstufe

Bund und Kantone bedürfen zwar für den Erlass von Regelungen, die von der Wirtschaftsfreiheit abweichen, einer Grundlage in der Bundesverfassung. Die Regelung selbst, wie sie etwa in der Einführung einer wirtschaftspolitischen Bewilligung bestehen kann, darf auf *Gesetzesstufe* erlassen werden. Ganz generell sind Bewilligungspflichten in einem Gesetz vorzusehen.³⁹ Da das intertemporale Recht den Umfang einer solchen Pflicht abgrenzt, gehört es an sich ebenfalls in ein Gesetz. Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass der Gesetzgeber die Regelung des Übergangsrechts zu einer bestimmten Bewilligungspflicht delegiert. Zusammen mit der materiellen Regelung auf Gesetzesstufe sind mit einer einfachen Delegationsbestimmung zum Übergangsrecht die Grundzüge der Regelung der Bewilligungspflicht im Gesetz im formellen Sinn enthalten.⁴⁰

³⁷ Kritisch zur Eignung der Übergangsbestimmungen in Art. 1–4 SchlTZGB für verwaltungsrechtliche Erlasse ebenso KÖLZ, S. 113 (zu unbestimmt, zu stark auf das Privatrecht ausgerichtet).

³⁸ BGE 128 I 92 E. 4 S. 98 ff.

³⁹ Siehe dazu oben Ziff. I, Al. 3.

⁴⁰ Siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 324 f.; KÖLZ, S. 155 ff. und MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 185, je mit dem Hinweis, dass die Kompetenz der Exekutive zur Inkraftsetzung entgegen einer älteren Rechtsprechung für den Erlass des intertemporalen Rechts allein durch den Ordnungsgeber nicht ausreicht (BGE 127 II 209 E. 2 S. 210; 106 Ia 254 E. 2b S.257).

Hat der Gesetzgeber *keine Übergangsbestimmungen* geschaffen, so verbietet häufig schon das Verfassungsrecht die Annahme eines qualifizierten Schweigens und damit eine uneingeschränkte Anwendung des neuen Rechts ab dessen Inkraftsetzung. Eine solche Rechtsfolge wäre nämlich oftmals nicht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip, der Rechtsgleichheit, dem Vertrauensschutz oder dem Verbot der Rückwirkung vereinbar.⁴¹ Die Unterlassung des Gesetzgebers führt damit zu einer lückenhaften Regelung, die aufgrund des Rechtsverweigerungsgebots vom Rechtsanwender zu schliessen ist. Heranzuziehen für diese Lückenfüllung sind in erster Linie die allgemeinen Grundsätze des intertemporalen Rechts nach den Art. 1–4 SchITZGB, die – wie bereits festgestellt – auch im öffentlichen Recht als Allgemeine Rechtsgrundsätze gelten.⁴² Es gibt meines Erachtens gute Gründe für die Annahme, dass der Ordnungsgeber im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben des materiellen Rechts und der erwähnten Allgemeinen Bestimmungen nach Art. 1–4 SchITZGB intertemporales Recht erlassen darf. Bundesrat und Kantonsregierungen schaffen auf diesem Wege an sich Vollzugsverordnungsrecht. Sie fördern damit die Anwendbarkeit des Gesetzes, indem sie – wie es in der älteren Rechtsprechung zur Kompetenz, Vollzugsverordnungsrecht zu erlassen, regelmässig hiess – bestehende echte Lücken füllen.⁴³ Von einer Befugnis der Regierungen ist umso mehr auszugehen, als die Exekutive mit ihrer Kompetenz für die Bestimmung der Inkraftsetzung mit Teilkraftsetzungen ähnliche Wirkungen erzielen kann.⁴⁴

4. Qualitätssicherung

Ein einfaches Rezept für die Qualitätssicherung bei der Schaffung von intertemporalem Recht gibt es naturgemäss nicht. Immerhin kann es eine sachgerechte und praktikable Übergangsregelung wesentlich fördern, wenn diesem Teil einer Vorlage ausreichend und frühzeitig Aufmerksamkeit geschenkt wird. Einzugehen ist – wie schon angesprochen – auf die Instrumente einer Regelung und das dazu zu schaffende Übergangsrecht in der Konzeptphase. Bei der Ausarbeitung von Übergangsbestimmungen ist es zudem besonders hilfreich, sich die Wechselfälle des Lebens, mögliche Entwicklungen und denkbare Szenarien möglichst

⁴¹ BGE 128 I 92 E. 4 S. 98 ff.

⁴² Siehe oben Ziff. III/2.

⁴³ BGE 103 IV 192 E. 2a S. 194. Zur neueren Formel des Bundesgerichts siehe BGE 136 I 29 E. 3.3 S. 33.

⁴⁴ Siehe dazu auch MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 185.

plastisch und realitätsnah vor Augen zu halten. Zu arbeiten ist mit Skizzen, Schemen und dergleichen.⁴⁵ Fallbeispiele sind unter Beizug von Praktikern durchzuspielen. In den Verfahren interner Ämterkonsultationen oder dergleichen kann auch wie im Vernehmlassungsverfahren der Blick von Spezialisten wie auch von Interessenvertretern auf die vorgeschlagene intertemporale Regelung gelenkt werden, indem gezielt darauf ausgerichtete Fragen unterbreitet werden.⁴⁶

IV. Zusammenfassung

Mit der Erteilung von Bewilligungen werden nur ausnahmsweise wohlerworbenne Rechte geschaffen. Verfassungsgrundsätze wie jene der Verhältnismässigkeit, des Rückwirkungsverbots, des Vertrauensschutzes und der Rechtsgleichheit können aber dafür sprechen, bewilligte Tätigkeiten und aufgrund einer Bewilligung ausgeführte Vorhaben nicht unvermittelt und vollumfänglich sofort sowie überhaupt neuem Recht zu unterstellen. In neueren Erlassen werden unserer schnelllebigen Zeit entsprechend die Übergänge auf neues Recht tendenziell allerdings verkürzt. Innerhalb des verfassungsrechtlich gesetzten Rahmens ist es in erster Linie Sache des Gesetzgebers, das intertemporale Recht zur Bewilligungspflicht festzulegen. Dabei sind bereits in der Konzeptphase Überlegungen zum Übergangsrecht anzustellen. In der Redaktionsphase ist mit Umsicht und Bedacht eine Feinabstimmung zu suchen.

Literaturverzeichnis

- GRIFFEL ALAIN, Raumplanungs- und Baurecht in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2012
HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. Zürich 2010
HALLER WALTER/KARLEN PETER, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. Aufl. Zürich 1999
KÖLZ ALFRED, Intertemporales Verwaltungsrecht, ZSR 102/1983 II, S. 101 ff.
MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl. Zürich 2013

⁴⁵ Zu Tests, Simulationen und Planspielen siehe MÜLLER/UHLMANN, Rz. 84 ff.

⁴⁶ Art. 9 Abs. 1 lit. c Verordnung über das Vernehmlassungsverfahren vom 17. August 2005 (Vernehmlassungsverfahrensverordnung, VIV), SR 172.061.1.

- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, *Droit administratif*, Bd. 1: Les fondements, 3. Aufl. Bern 2012
- SCHUHMACHER CHRISTIAN, *Gesetzgebung und Zeit: Aspekte aus Sicht des Kantons Zürich*, LeGes 2005, S. 65 ff.
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl. Basel 2011
- RUCH ALEXANDER, Die erweiterte Besitzstandsgarantie und die wichtigen Anliegen der Raumplanung, in: Benoît Bovay/Minh Son Nguyen (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor*, Bern 2005, S. 747 ff.
- RUCH ALEXANDER, Art. 27 RPG, in: Heinz Aemisegger/Alfred Kuttler/Pierre Moor/Alexander Ruch (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung*, Zürich 2010
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. Bern 2009
- VISCHER MARKUS, Art. 1–4 SchlTZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar, ZGB II*, 4. Aufl. Basel 2011

Intertemporale Fragen in der Leistungsverwaltung

Marcel Bolz

Inhaltsübersicht

I. Aufbau der Workshops	81
1. Wesensmerkmale der Leistungsverwaltung	81
2. Beziehungen zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung	82
3. Funktionen des intertemporalen Rechts in der Leistungsverwaltung	82
4. Lösung von Übungen	83
II. Zusammenfassung der Ergebnisse	84
Literaturverzeichnis	84
Anhang	85

I. Aufbau der Workshops

Die Teilnehmenden des Workshops behandelten folgende Themenbereiche:

1. Wesensmerkmale der Leistungsverwaltung

Der Workshop ging von folgenden Begriffselementen aus:

- Die Leistungsverwaltung erbringt oder vermittelt wirtschaftliche Leistungen (Geld-, Sach- oder Dienstleistungen).
- Empfangende der Leistungen sind andere Gemeinwesen oder Private.
- Die Tätigkeit der Leistungsverwaltung kann hoheitlich (Sozialversicherungen) oder nicht hoheitlich sein (Wasserversorgung).
- Die Leistungsverwaltung hat grundsätzlich die gleichen rechtlichen Anforderungen zu erfüllen wie die Eingriffsverwaltung, wobei Erleichterungen vor allem bezüglich des Legalitätsprinzips, der Wahl der Handlungsformen (insbesondere privat- oder verwaltungsrechtliche Verträge) und des Widerrufs möglich sind.

2. Beziehungen zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung

Die Beziehungen zwischen Leistungs- und Eingriffsverwaltung sind vielfältig und beeinflussen die Konzeption der intertemporalen Regelungen.

Akte der Eingriffsverwaltung können von jenen der Leistungsverwaltung völlig unabhängig sein, so beispielsweise bei der Anordnung eines Bauverbots und der Gewährung eines Stipendiums.

Es finden sich Verwaltungsakte, die je nach Betroffenen sowohl Merkmale der Eingriffsverwaltung als auch der Leistungsverwaltung aufweisen. Als Beispiel dient die staatliche Preisfestsetzung für landwirtschaftliche Produkte; diese wirkt sich für die Lebensmittelindustrie als Eingriff aus, für die landwirtschaftlichen Produzenten hingegen als Leistung.¹

Akte der Leistungs- und der Eingriffsverwaltung können miteinander verknüpft sein; zu denken ist z.B. an die Lieferungen der Wasserversorgung, die auf einem Zwang zum Anschluss der Liegenschaften beruhen.²

Akte der Eingriffs- und der Leistungsverwaltung können Alternativen für die Verfolgung eines rechtlich verankerten Zwecks darstellen. Beispielsweise kann das ökologisch motivierte Unterlassen der landwirtschaftlichen Nutzung einer Parzelle entweder mit einem Bepflanzungsverbot oder mit einer Subventionierung der Grünbrache erreicht werden. Die Wahl der Alternative ist eine konzeptionelle Frage des Steuerungstypus der Rechtsetzung.

3. Funktionen des intertemporalen Rechts in der Leistungsverwaltung

Die Teilnehmenden gingen von folgenden, im Workshop zusammengestellten Funktionen des intertemporalen Rechts aus:

- Einfügung des neuen Rechts in die Rechtsordnung;
- Abfederung von Leistungskürzungen;
- Anreiz für subventionierte Tätigkeiten;
- Möglichkeit der zeitlich gestaffelten Geltung der neuen Regelungen;

¹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 33.

² Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 4 N 6.

- Berücksichtigung des Vertrauens in Dispositionen, die aufgrund der geltenden Rechtsordnung getroffen wurden;
- Gewährleistung von Rechtssicherheit und Vorausssehbarkeit;
- Beeinflussung des Verhaltens der Betroffenen vor und nach der Inkraftsetzung des neuen Rechts.

4. Lösung von Übungen

Die Teilnehmenden erarbeiteten aufgrund der zusammengestellten Grundlagen Lösungsansätze für sachgerechte intertemporale Regelungen in verschiedenen Konstellationen der Leistungsverwaltung. Im Vordergrund stand nicht der Entwurf für eine «Musterlösung», sondern die Eruierung der Kriterien, welche die Gestaltung des intertemporalen Rechts beeinflussen können. Die Übungsfälle waren fiktiv, aber von früheren Rechtsänderungen der aargauischen Rechtsordnung inspiriert:

- *Beispiel 1:* «Direkte» Leistungskürzung; Herabsetzung des Höchstbetrages für Stipendien durch Teilrevision des aargauischen Stipendiendekrets.
- *Beispiel 2:* «Indirekte» Leistungskürzung; Senkung des Freibetrags für die Anrechnung des Vermögens der Gesuchstellenden bei der Ermittlung des stipendienrechtlichen Bedarfs durch Teilrevision der aargauischen Stipendienverordnung.
- *Beispiel 3:* «Direkte» Leistungserhöhung; Erhöhung der Subvention für Hochstamm-Feldobstbäume durch Teilrevision der aargauischen Öko-Verordnung.
- *Beispiel 4:* Erhöhung der Benutzungsgebühren durch Teilrevision des Benützungs- und Gebührenreglements Schloss Hallwyl.³

³ Vgl. die Folien im Anhang für die Beispiele 1–4.

II. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Ergebnisse des Workshops lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Bei der Revision eines Erlasses sind intertemporale Fragen im Rechtssetzungsprojekt zwingend zu thematisieren. Für die Gestaltung des intertemporalen Rechts gibt es keine «Patent-Rezepte», aber methodische Hilfsmittel und Kriterien.

Die Inhalte des intertemporalen Rechts sind genauso wie die Inhalte der materiellen Regelungen Bestandteil des Normkonzepts.

Das intertemporale Recht gibt auch in der Leistungsverwaltung die Möglichkeit und die Chance, die Modalitäten der Einführung des künftigen Rechts in der Übergangsperiode optimal zu gestalten. Massgebend sind die Ziele des betreffenden Erlasses und die Regelungsabsichten des erlassenden Organs. Die Gestaltungskriterien können aus der geregelten Materie fließen, aber auch politischer und abstimmungstaktischer Natur sein.

Die Gewährleistung von Vorausssehbarkeit und Planbarkeit hat einen hohen Stellenwert. Vertrauenspositionen der Betroffenen unter der Schwelle eines rechtlichen Anspruchs aus dem Vertrauensschutz sind herauszuschälen und nach Massgabe der Ziele der Erlasse zu gewichten.

Eine Regelung über die Anwendbarkeit des neuen Rechts auf Verfahren, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens hängig sind, ist meistens zwingend.

Ein besonderes Augenmerk gilt dem faktischen Einfluss der neuen Regelungen auf das Verhalten der Normadressatinnen und -adressaten in der Übergangsphase. Unbeabsichtigte und zielwidrige Anreize sind zu vermeiden.

Literaturverzeichnis

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. Zürich/St. Gallen 2010

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Bern 2009

Anhang

Zu behandelnde Beispiele

- für den Workshop konzipiert, aber konkreten Fällen aus der Praxis nachempfunden
- Anwendung der erarbeiteten Funktionen und Kriterien des intertemporalen Rechts

Beispiel 1:

Beispiel 1: „direkte“ Leistungskürzung

§ 3 des Stipendiendekrets⁴

Geltendes Recht	Entwurf vom ...
<p>§ 3 Tertiärstufe</p> <p>¹ Für die erste Ausbildung auf Tertiärstufe können pro Ausbildungsjahr Stipendien bis Fr. 17'000.– und zusätzlich Darlehen bis Fr. 10'000.– gewährt werden.</p> <p>² Für die zweite Ausbildung auf Tertiärstufe können pro Ausbildungsjahr Darlehen bis Fr. 20'000.– gewährt werden. In Ausnahmefällen gemäss § 11 Abs. 3 StipG können pro Ausbildungsjahr Stipendien bis Fr. 17'000.– und zusätzlich Darlehen bis Fr. 10'000.– gewährt werden.</p>	<p>§ 3 Tertiärstufe</p> <p>¹ Für die erste Ausbildung auf Tertiärstufe können pro Ausbildungsjahr Stipendien bis Fr. 15'000.– und zusätzlich Darlehen bis Fr. 10'000.– gewährt werden.</p> <p>² Für die zweite Ausbildung auf Tertiärstufe können pro Ausbildungsjahr Darlehen bis Fr. 18'000.– gewährt werden. In Ausnahmefällen gemäss § 11 Abs. 3 StipG können pro Ausbildungsjahr Stipendien bis Fr. 15'000.– und zusätzlich Darlehen bis Fr. 10'000.– gewährt werden.</p> <p>Inkrafttreten der Revision, die mehrere Änderungen umfasst: 1. Januar 2014</p>

Mögliche Funktionen des intertemporalen Rechts

- Regelung der Wirkung der Revision auf hängige Gesuche
- Regelung der Wirkung auf bereits angefangene, mehrjährige Ausbildungen
- Verzögerung der Wirkung auf geplante Ausbildungen
- Gewährleistung der Planbarkeit und Voraussehbarkeit
- Finanzielle Abfederung der Leistungskürzung
- ...

Beispiel für eine intertemporale Bestimmung im Stipendiendekret

<p>§ 8 Übergangsbestimmungen zur Änderung vom (neu)</p> <p>¹</p> <p>² Die Höchstansätze für die Tertiärstufe richten sich nach dem bisherigen Recht bei</p> <p>a) vor dem 1. Januar 2014 eingereichten Stipendengesuchen,</p> <p>b) mehrjährigen Ausbildungen, die vor dem 1. Januar 2014 begonnen haben,</p> <p>c) im Jahr 2014 beginnenden Ausbildungen,</p> <p>.....</p>

⁴ SAR 471.210.

Beispiel 2:

§ 28 Abs. 1 der Stipendienverordnung⁵

Geltendes Recht	Entwurf vom ...
<p>§ 28 Vermögen ¹ Im Budget der gesuchstellenden Person wird das effektive Vermögen zu Beginn der Beitragsperiode abzüglich eines Freibetrags von Fr. 5'000.– angerechnet. ...</p>	<p>§ 28 Vermögen ¹ Im Budget der gesuchstellenden Person wird das effektive Vermögen zu Beginn der Beitragsperiode abzüglich eines Freibetrags von Fr. 3'000.– angerechnet. ...</p> <p>_____</p> <p>Inkrafttreten der Revision, die mehrere Bestimmungen umfasst: 1. Januar 2014</p>

Unterschiede zur Sachlage von Beispiel 1?

- Es geht um Anrechnung von Vermögen, das bereits vorhanden ist.
- Änderung hat eventuell weniger Gewicht bezüglich der Gewährleistung von Planbarkeit und Voraussesbarkeit
- ...

Beispiel 3:

Anhang zur Öko-Verordnung, Abschnitt A⁶

A. Vereinbarungen über Einzelmassnahmen			
Objekte, Massnahmen	NLD	LWG Zonen	Ansatz in Fr. pro Are und Jahr
...			
Hochstamm-Feldobstbäume (in ausgewählten Gebieten; mindestens 30 Bäume)	x	Alle Zonen	45.– pro Baum neu Fr. 60.– pro Baum

Mögliche Funktionen des intertemporalen Rechts

- Anreiz für subventionierte Tätigkeit
(z.B. Förderung der Anpflanzung von Hochstamm-Bäumen)
- Beeinflussung des Verhaltens der Betroffenen
(z.B. Attraktivität des Verzichts auf Ersatz durch Niederstamm-Bäume steigern)
- Regelung der Anwendung auf hängige Gesuche
- Wirkung auf bereits abgeschlossene Vereinbarungen gemäss § 4 ÖkoV bestimmen
- Förderung der einheimischen Obstproduktion

⁵ SAR 471.211.

⁶ SAR 910.131.

Beispiel 4:

Benützungs- und Gebührenreglement Schloss Hallwyl⁷

4.7. Trauungen		
Im Schlosshof oder in der Schlossscheune		neu
Grundgebühren:		
bis 20 Personen	250.00	310.00
über 20 Personen	300.00	370.00
mit Apéro bis 80 Personen	400.00	500.00
mit Apéro über 80 Personen	500.00	620.00
		Inkrafttreten: 1.10.2013

Mögliche Funktionen des intertemporalen Rechts

- Regelung von Wirkung auf hängige Gesuche
- Gewährleistung von Planbarkeit und Voraussehbarkeit
- Regelung der Wirkung auf bereits bewilligte Nutzungen notwendig, falls Anpassungsklausel in den Benützungsverträgen vorhanden

⁷ SAR 495.239.

Gesetzestechische Instrumente

Stephan C. Brunner

Inhaltsübersicht

I. Weshalb Gesetzestechnik?	89
II. Die Gesetzestechnischen Richtlinien des Bundes, Ausgabe 2013	90
III. Intertemporales Recht:	
Gesetzestechische Instrumente	91
1. Temporäre Geltung des neuen Rechts: Fallbeispiel Asylgesetzrevision 2012	91
2. Festlegung des Inkrafttretens	92
a) Zuständigkeit	92
b) Zeitpunkt	93
3. Gestaffelte Inkraftsetzung	94
4. Kopplungen und Automatismen	95
IV. Schlussbemerkung	96
Literaturverzeichnis	96

I. Weshalb Gesetzestechnik?

Wenn hier von Gesetzestechnik die Rede ist, so sind ausschliesslich die formellen Regeln zur Gestaltung von Erlassen gemeint, also die «légistique formelle», welche die französischsprachige Gesetzgebungslehre von der «légistique matérielle» unterscheidet. Die Letztere befasst sich mit den Inhalten der Erlasse (z.B. den Steuerungsinstrumenten des Gesetzgebers) und den zugrunde liegenden Methoden und Mechanismen der Problemanalyse.¹

Gesetzestechnik wird von vielen Juristinnen und Juristen als blosser Formalismus, ja geradezu als Selbstzweck verstanden. Gesetzestechnik dient indessen einem ganz zentralen Anliegen: Sie will die Verständlichkeit des Norminhalts gewährleisten. Eine gute und kohärente Gesetzestechnik – die sich insbesondere durch einen klaren Erlassaufbau und eine verständliche Sprache auszeichnet

¹ Vgl. den Gesetzgebungsleitfaden des Bundesamtes für Justiz, <www.bj.admin.ch> → Themen → Staat & Bürger → Legistik → Gesetzgebungsleitfaden> (besucht am 22.01.2014).

– trägt dazu bei, den Regelungsgehalt einer Norm verständlich zu kommunizieren und so dafür zu sorgen, dass der Adressat sie so versteht, wie der Gesetzesredaktor sie gemeint hat. Damit werden die Chancen der Wirksamkeit der Norm verbessert.²

II. Die Gesetzestechnischen Richtlinien des Bundes, Ausgabe 2013

Das Regelwerk der Gesetzestechnischen Richtlinien des Bundes (GTR)³ bezweckt, die Verständlichkeit der Erlasse durch die Festlegung von Konventionen zu gewährleisten: Durch Vorgaben für die einheitliche formelle Gestaltung der Rechtstexte und für Formulierungen, die in legislativen Standardfällen zur Anwendung kommen sollen, wird die Komplexität reduziert. Zunächst wird der redaktionelle Aufwand gesenkt, indem die Legistin oder der Legist in vielen Fällen auf eine vordefinierte Formel zurückgreifen kann. Legistinnen und Legisten werden so entlastet und die «Kosten» der Suche nach der richtigen Lösung – in Form von Zeit-, Arbeits- und Koordinationsaufwand – werden gesenkt. Sodann wird der Auslegungsaufwand gesenkt, was nicht nur der Verwaltung bzw. dem Gesetzgeber, sondern auch den Adressaten zugutekommt: Wenn etwa ein Verweis auf eine Bestimmung des internationalen Rechts entsprechend den GTR-Regeln für statische Verweise formuliert ist, kann bei seiner Auslegung davon ausgegangen werden, dass er auch so gemeint ist.

Hinter den von den GTR vorgegebenen Formeln stecken oft lange Diskussionen über mehr oder weniger komplexe rechtliche Fragestellungen. Beispiele dafür sind etwa folgende Regeln:

- *Formulierung von Ingressen*: Für die Formulierung von Ingressen sind ganz verschiedene Ansätze denkbar, von der Nennung einzelner kompetenzbegründender Bestimmungen des übergeordneten Rechts bis zur ausführlichen Formulierung von Grundsätzen oder Erwägungen (wie das z.B. in europarechtlichen Erlassen regelmässig der Fall ist). Die Regeln in Rz. 13 ff. GTR geben als Konvention vor, dass nur kompetenzbegründende Bestimmungen

² Vgl. MÜLLER/UHLMANN, Rz. 507.

³ <www.bk.admin.ch → Themen → Gesetzgebung → Gesetzestechnik> (besucht am 22.01.2014).

in den Ingress aufgenommen werden. Für stillschweigende Kompetenzen ist Art. 173 Abs. 2 BV als Platzhalter vorgesehen.

- *Referendumsklauseln*: Auch bei Referendumsklauseln sind ganz unterschiedliche Formulierungen denkbar (zumal in den verschiedenen Amtssprachen des Bundes). Die GTR geben in Rz. 105 ff. für verschiedenste Fälle eine Formulierung vor; so z.B. wird beim Staatsvertragsreferendum die jeweilige Grundlage Art. 140 ff. BV in Klammern genannt.

Die GTR wurden kürzlich revidiert und liegen seit August 2013 in einer neuen, redaktionell stark überarbeiteten und in verschiedenster Hinsicht aktualisierten Fassung vor.⁴

III. Intertemporales Recht: Gesetzestechische Instrumente

Der Begriff «intertemporales Recht» wird hier breit verstanden: Diskutiert und anhand von Fallbeispielen illustriert werden diejenigen gesetzestechischen Regeln, die im Zusammenhang mit allen zeitlichen Aspekten der Gesetzgebung⁵ stehen.

1. Temporäre Geltung des neuen Rechts: Fallbeispiel Asylgesetzrevision 2012

Am Beispiel der am 28. September 2012 in der Schlussabstimmung durch die Eidgenössischen Räte verabschiedeten dringlichen Asylgesetzrevision lässt sich die potentielle Bedeutung vermeintlicher gesetzestechischer Formalien zeigen. Dieses Beispiel hatte direkte Auswirkungen auf die in den neuen GTR enthaltenen gesetzestechischen Regeln.

In der erwähnten Änderung des Asylgesetzes⁶ wurden verschiedene Bestimmungen aufgehoben. Der Änderungserlass war in Ziff. IV Abs. 2 mit der für dringliche Bundesgesetze nach Art. 165 BV üblichen Befristungsformel versehen, die lautete: «Es [das Gesetz] tritt am 29. September 2012 in Kraft und gilt

⁴ Vgl. dazu STEINMANN, S. 713 ff.

⁵ Vgl. zum Ganzen auch WYSS, S. 13 ff.

⁶ Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG), SR 142.31.

bis zum 28. September 2015». In der Folge kam es in der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zu Diskussionen über die Überführung der dringlichen Änderungen ins ordentliche Recht. Das Bundesamt für Justiz stellte sich in einem Gutachten zuhanden der Kommission zunächst auf den Standpunkt, dass die aufgehobenen Normen nicht wieder aufleben würden und daher eine «negative Überführung» nicht erforderlich sei. Das führte zu weiteren Diskussionen, die sich unter anderem auch um die gesetzestechnische Darstellung drehten. Diese Diskussionen mündeten in die neue Formulierung der Rz. 281 GTR. Nach dieser ist nun die folgende Formel für befristete Erlasse zu verwenden: «[Dieses Gesetz] gilt bis zum [...], danach sind alle darin enthaltenen Einfügungen, Aufhebungen oder Änderungen hinfällig».

Das Fallbeispiel illustriert auch noch eine andere gesetzestechnische Regel: In Rz. 279 GTR wird zu den vorübergehenden Änderungen und Aufhebungen nämlich als Grundsatz festgehalten, dass im Interesse der Rechtssicherheit Erlasse und Bestimmungen, die für eine bestimmte Zeit in ihrer Anwendung suspendiert werden sollen, in der Regel formell aufzuheben und später neu zu erlassen sind.

2. Festlegung des Inkrafttretens

a) Zuständigkeit

Die Festlegung des Inkrafttretens bei Bundesgesetzen oder Staatsverträgen ist ein Hindernislauf mit diversen möglichen Fallstricken. Vielfach kann der Inkraftsetzungszeitpunkt im Moment der Verabschiedung des Erlasses nicht genau bestimmt werden. Gründe für Unwägbarkeiten können sein:

- Nötige Umsetzungsarbeiten (insb. wenn die Kantone eigene Umsetzungsbestimmungen erlassen oder neue Behörden schaffen müssen);
- die Abhängigkeit von anderen Erlassen;
- die Referendumsfrist, deren Ablauf abgewartet werden muss;
- die Durchführung einer allfälligen Referendumsabstimmung, einschliesslich der Frist bis zur Feststellung des Zustandekommens des Referendums bzw. bis zur Erwirkung – also der amtlichen Feststellung – des Ergebnisses einer allfälligen Referendumsabstimmung;

- die Fristen für die Publikation (Publikation der Referendumsvorlage und AS-Publikation mindestens fünf Tage vor der Inkraftsetzung).

Aus diesen Gründen ist es vielfach sinnvoll, bei Erlassen der Bundesversammlung die Inkraftsetzung – zumindest subsidiär – dem Bundesrat zu übertragen (Rz. 172 f. GTR).

b) Zeitpunkt

Die GTR geben eine Anzahl von Regeln vor betreffend die Festlegung des Zeitpunktes des Inkrafttretens. So hat das Inkrafttreten in der Regel auf den ersten Tag eines Monats festgelegt zu werden. Es sind dabei insbesondere der Zeitaufwand für die Aufbereitung des Erlasses zur Publikation und die fünftägige Frist nach Art. 7 Abs. 1 PubLG⁷ zu berücksichtigen. Rz. 173 GTR gibt für die Inkraftsetzung eines Gesetzes ein Modell vor, das verschiedene Unsicherheitsfaktoren berücksichtigt. Wird ein Erlass nach Art. 7 Abs. 3 PubLG ausserordentlich publiziert und tritt er unverzüglich in Kraft, so ist sein Inkrafttreten auf eine bestimmte Uhrzeit nach dem Moment der Publikation vorzusehen. Sonst ergibt sich eine Rückwirkung bis 0.00 h des betreffenden Tages (Rz. 61 GTR).

Ist ein rückwirkendes Inkrafttreten gewollt, so muss die Inkraftsetzungsformel dies ausdrücklich vorsehen (Rz. 174 GTR). Eine Rückwirkung ist nur möglich, wenn die erforderlichen materiellen Voraussetzungen – die Rückwirkung muss insbesondere sachlich begründet und zeitlich moderat sein – vorhanden sind. Eine Verordnung kann nur dann rückwirkend in Kraft treten, wenn ein übergeordneter Erlass das vorsieht.

Unzulässig ist nach Rz. 55 GTR insbesondere die Formulierung «Diese Verordnung tritt sofort in Kraft»⁸. Diese Formulierung wirft verschiedene Fragen auf (z.B.: «sofort» nach dem Beschluss oder «sofort» nach der amtlichen Publikation?).

⁷ Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt vom 18. Juni 2004 (Publikationsgesetz, PubLG), SR 170.512.

⁸ Für ein Beispiel vgl. AS 2005 483.

3. Gestaffelte Inkraftsetzung

Wenn vorab für einzelne Teile oder Bestimmungen eines Gesetzes nicht bestimmt werden kann, wann sie in Kraft treten können, oder wenn aus organisatorischen Gründen ein Teil eines Erlasses vorab in Kraft treten muss (etwa, weil neue Vollzugsorgane geschaffen werden müssen, welche sodann die Umsetzung vorbereiten), so kann der Erlass gestaffelt in Kraft gesetzt werden. Eine gestaffelte Inkraftsetzung eines Gesetzes durch den Bundesrat ist auch dann möglich, wenn das Gesetz selbst dies nicht vorsieht. Die GTR sehen die entsprechenden Regeln und Formeln in Rz. 177 ff. vor.

Ab der zweiten Etappe der Inkraftsetzung ist mit Teilinkraftsetzungsverordnungen vorzugehen. Die Rz. 182 ff. GTR geben vor, wie solche Verordnungen auszu sehen haben. Vorsicht ist bei ihrer Anwendung auf jeden Fall geboten: Ein (warnendes) Fallbeispiel dazu findet sich mit dem Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG)⁹ und den dazu gehörigen Teilinkraftsetzungsverordnungen vom 28. November 2007 und vom 14. März 2008. Mit einem Beschluss des Bundesrates vom 27. Juni 2007 wurden zwei Artikel des Gesetzes auf den 15. Juli 2007 in Kraft gesetzt. Der gesamte Erlass wurde am 17. Juli 2007 in der Amtlichen Sammlung publiziert, womit schon einmal die fünftägige Frist nach Art. 7 Abs. 1 PublG nicht eingehalten wurde. Die Art. 21 und 22 betreffen die Elektrizitätskommission (ElCom), die zunächst aufgebaut werden musste; sie hatten immerhin keine Aussenwirkung. Mit der Teilinkraftsetzungsverordnung vom 28. November 2007 wurde dann das StromVG mit Ausnahme von zwei Bestimmungen auf den 1. Januar 2008 in Kraft gesetzt. In die zweite Teilinkraftsetzungsverordnung vom 14. März 2008 wurden mehrere informative bzw. deklaratorische Bestimmungen zu den bereits in Kraft stehenden und zu den noch nicht in Kraft gesetzten Bestimmungen – nämlich die Abs. 2, 3 und 6 des einzigen Artikels – aufgenommen, was diesen Erlass ausserordentlich unübersichtlich machte. Abs. 1 des einzigen Artikels hielt zudem fest, dass das StromVG unter Vorbehalt der übrigen Bestimmungen am 1. Januar 2009 in Kraft trete. Somit wurden für das Inkrafttreten des StromVG zwei verschiedene Daten – 1. Januar 2008 und 1. Januar 2009 – festgelegt. Das ist nicht nur verwirrend, sondern hat auch rechtliche und praktische Unsicherheiten zur Folge, knüpfen doch einzelne Bestimmungen des Gesetzes an dessen Inkrafttreten an. Das gilt etwa für die

⁹ SR 734.7.

Pflicht der Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Übertragungsnetzbereiche spätestens ein Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes rechtlich von den übrigen Tätigkeitsbereichen zu entflechten (Art. 33 Abs. 1 StromVG) und bis spätestens fünf Jahre nach dem Inkrafttreten das Übertragungsnetz auf gesamtschweizerischer Ebene auf die nationale Netzgesellschaft zu überführen (Art. 33 Abs. 4 StromVG).

Um solche Betriebsunfälle möglichst zu verhindern, geben die neuen GTR in Rz. 182 nun ausführlicher als bisher vor, wie Teilinkraftsetzungsverordnungen zu strukturieren und zu formulieren sind.

4. Kopplungen und Automatismen

Nur im weitesten Sinne ein Thema des intertemporalen Rechts sind positive und negative Kopplungen und Automatismen beim Inkrafttreten von Erlassen: Ein Erlass soll nicht ohne den anderen in Kraft treten oder ein Erlass soll nur in Kraft treten, wenn ein anderer dahinfällt.

Eine enge inhaltliche Verbindung stellt der Mantelerlass dar: Die darin enthaltenen Teilerlasse – in der Regel handelt es sich um Änderungen bestehender Erlasse – sind grundsätzlich «auf Gedeih und Verderb» aneinander gebunden. Eine Zusammenfassung in einem Mantelerlass ist nur dann möglich, wenn zwischen den einzelnen Änderungen ein enger inhaltlicher Zusammenhang besteht (Rz. 278 GTR). Ähnlich ist auch die Konstruktion bei Bundesbeschlüssen über die Genehmigung völkerrechtlicher Verträge mit gleichzeitiger Umsetzung (Art. 141a BV). Die entsprechenden Verfassungs- oder Gesetzesbestimmungen werden in einen Anhang zum Bundesbeschluss aufgenommen (Rz. 219 GTR).

Eine direkte – inhaltliche und zeitliche – Kopplung mittels Referendums klauseln ist bei Initiativen und direkten Gegenentwürfen oder indirekten Gegenvorschlägen die Regel (vgl. Rz. 166 und 224 GTR).

Ist ausschliesslich eine zeitliche Kopplung mehrerer Erlasse erforderlich, muss also das Inkrafttreten synchronisiert werden, so ist es die einfachste Lösung, die Zuständigkeit für die Inkraftsetzung dem Bundesrat zu übertragen (Rz. 56 f. GTR).

IV. Schlussbemerkung

Die behandelten Fallbeispiele illustrieren, dass intertemporalrechtliche Fragestellungen oft nicht nur von der Sache her kompliziert sind, sondern dass auch deren handwerkliche Umsetzung eine zusätzliche Herausforderung sein kann. Auftretende Schwierigkeiten mit der Regelung von intertemporalen Sachverhalten können sich daraus ergeben, dass die Realien der Gesetzgebung falsch eingeschätzt werden oder dass die politische Kompromiss- und Entscheidungsfindung Lösungen ergibt, die in der Umsetzung zu intertemporalrechtlichen Problemen führen. Eine mangelhafte gesetzestechnische Umsetzung intertemporaler Regelungen kann ihrerseits Quelle von Missverständnissen und Unklarheiten sein. Die GTR können damit zumindest zu einer Reduktion der Komplexität der Problemstellungen und damit des Risikos von Komplikationen beitragen.

Literaturverzeichnis

- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2013
- STEINMANN BEAT, *Die neuen Gesetzestechnischen Richtlinien – Leidfaden oder Leitfaden?*, LeGes 2013/3, S. 713 ff.
- WYSS MARTIN PHILIPP, *Recht zeitig oder rechtzeitig? Vom Umgang der Rechtsetzung mit der Zeit*, LeGes 3/2005, S. 13 ff.

Durch die Änderung der Rechtsordnung stellen sich jeweils Fragen übergangsrechtlicher, d.h. intertemporaler Art. Der Erlass von Übergangsrecht ist sowohl unter rechtsetzungstechnischen als auch unter verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkten eine anspruchsvolle Aufgabe. Im Rahmen der 13. Jahrestagung des Zentrums für Rechtssetzungslehre wurden Fragestellungen zur Thematik aus beiden Fachbereichen anhand praktischer Beispiele vertieft. Der vorliegende Band präsentiert die Ergebnisse der Tagung.

