



ZfR

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

Band 5

Private Normen und staatliches Recht

14. Jahrestagung des Zentrums
für Rechtsetzungslehre



DIKE

Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)

Felix Uhlmann (Hrsg.)

Band 5

Private Normen und staatliches Recht

14. 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 2015
ISBN 978-3-03751-706-2

www.dike.ch

Vorwort

Die Mitwirkung privater Akteure an der staatlichen Rechtsetzung ist im modernen Steuerungsstaat nicht mehr wegzudenken. Private schaffen durch Regelwerke und Standardisierungen eine beträchtliche Anzahl von Normen. Der Staat fördert und übernimmt diese Normierungen.

Die 14. Tagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre hat sich dieser dynamischen Thematik gewidmet und die Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsetzung durch Private untersucht. Der vorliegende Tagungsband enthält die Referate sowie die Zusammenfassungen der Diskussionen in den Workshops.

FELIX UHLMANN

Inhaltsübersicht

Private Normen und staatliches Recht 7

Felix Uhlmann

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht sowie
Rechtsetzungslehre, Universität Zürich

Natassia Gili

MLaw, Universität Zürich

Der Umgang des Staates mit «technischen» Normen 21

Christian Bock

Dr. iur., MBA, MBL, Fürsprech und Notar, Direktor Eidgenössisches Institut
für Metrologie (METAS)

Koregulierung in den «Kleeblattentwürfen» zum Schweizer Finanzmarktrecht 61

Urs Zulauf

Dr. iur., Leiter Kundensteuerpolitik Credit Suisse Zürich,
Adjunct Professor Cornell Law School, Ithaca NY

Private Normen im Umwelt- und Baurecht 71

Hans W. Stutz

Dr. iur., Leiter Rechtsdienst Amt für Abfall, Wasser Energie und Luft (AWEL)

Private Normen im Gesundheitsrecht 83

Christoph Jenni

Dr. iur., Abteilung Recht Bundesamt für Gesundheit (BAG)

Mike Schüpbach

lic. iur., Abteilung Recht Bundesamt für Gesundheit (BAG)

Private Normen in der Rechnungslegung 107

August Mächler

Prof. Dr. iur., Vorsteher Rechts- und Beschwerdedienst,
Sicherheitsdepartement des Kantons Schwyz

Die Normen der SNV 123

Hans Peter Homberger

Dr. sc. nat., MBA, Mitglied des SNV-Vorstandes (Schweizerische
Normen-Vereinigung)

Private Normen und staatliches Recht

Felix Uhlmann/Natassia Gili

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	7
II. Verfassungsrechtliche Grundlagen	8
1. BGE 136 I 316 ff. als Ausgangspunkt	8
2. Bemerkungen und offene Fragen	10
a) Dreiteilung der Normstufen	10
b) Weitere Probleme des Verweises auf private Normen	12
c) Rechtsfigur «Delegation» und «Übertragung»?	14
III. Verhältnis privater Normen zum staatlichen Recht	15
1. Private Normen zur Vermeidung staatlichen Rechts	15
2. Private Normen zur Übernahme durch staatliches Recht	16
3. Private Normen zum Vollzug staatlichen Rechts	17
4. Private Normen als Referenzgrösse für staatliches Recht	18
IV. Fazit	19
Literaturverzeichnis	20

I. Einleitung

Die Klagen über zu viel und schlechte Regulierung sind stark verbreitet.¹ Gleichzeitig besteht ein erheblicher «Normenhunger» der Gesellschaft. Es ist verständlich, dass sich der Staat zur Sättigung dieses Hungers teils auch privater Normen bedient.

Wie sich aber der Staat dieser Normen bedient und welche Normen eigentlich von Privaten geschaffen werden, erscheint weniger eindeutig. Schwierigkeiten bereiten sowohl die verfassungsrechtlichen Grundlagen wie auch die unterschiedlichen Konstellationen im Verhältnis privater Normen zum staatlichen Recht. Der vorliegende Beitrag versucht eine Auslegeordnung.

¹ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 10 m.w.H.

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen

1. BGE 136 I 316 ff. als Ausgangspunkt

Das Verhältnis zwischen privaten Normen und staatlichem Recht hat in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lange kaum eine Rolle gespielt. In BGE 136 I 316 ff. hat das Bundesgericht erste wichtige Klärungen vorgenommen. Zu untersuchen war ein Verweis von staatlichem Recht auf private Normen.

In der Sache ging es um den Bau zweier neuer Wohnhäuser in Zermatt. Die Gemeinde stellte dem Hauseigentümer Kosten für Wasseranschluss und Kanalisation in Rechnung. Dabei stützte sie sich auf die Gebührenordnung der Einwohnergemeinde. Diese hielt fest, dass sich die entsprechenden Gebühren nach dem «Kubikmeter-Inhalt des umbauten Raumes nach SIA berechne».²

Der SIA³ hat das Regelwerk Norm 116 im Jahre 2003 durch dasjenige der Norm 416 ersetzt. Beim neueren Regelwerk war der Kubikmeter-Inhalt im Schnitt 10% geringer als bei der älteren SIA-Norm. Dies hatte unmittelbar Auswirkungen auf die Gebühren der Gemeinde Zermatt, die – je nach Anwendung der unterschiedlichen SIA-Normen – ebenfalls um 10% differierten. Zwischen den Parteien war streitig, ob die ältere oder die neuere Norm zur Anwendung kommt.

Rechtsetzungstechnisch erachtete das Bundesgericht die mittelbare Anwendbarkeit der SIA-Normen im vorliegenden Fall resp. deren Relevanz für die Höhe der Gebühr als *Verweis*.⁴ Das Bundesgericht griff dabei auf die bekannte Unterscheidung zwischen statischem und dynamischem Verweis.⁵ Es hielt fest:

«Dynamisch ist [...] die Verweisung, wenn Normen nicht in einer bestimmten, sondern in der jeweils geltenden Fassung als anwendbar erklärt werden. Das bedeutet, dass sich die Norm, auf die verwiesen wird, ohne Zutun des verweisenden Organs ändern kann. [...] Während bei statischen Verweisungen private Normen zu staatlich gesetztem Recht werden, handelt es sich bei der dynamischen Verweisung auf

² BGE 136 I 316, E. 2.3, S. 319.

³ Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein.

⁴ S. zum Verweis allgemein MÜLLER/UHLMANN, Rz. 360 ff.; BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, S. 363 ff.

⁵ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 367 ff.; HETTICH, Rz. 549; KÖBRICH, S. 63 ff.

private Normen um eine Rechtsetzungsdelegation. Diese ist nur dann zulässig, wenn u.a. folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Da dem Gesetzgeber entsprechend dem Legalitätsprinzip und der Gewaltenteilung die Aufgabe obliegt, die wichtigen Normen selber zu erlassen, können nur weniger wichtige Normen an Private delegiert werden; es bedarf dazu allerdings einer verfassungsrechtlichen Delegationskompetenz, die u.a. Private als Rechtssetzungssubjekte und den notwendigen gesetzlichen Übertragungsakt (formelles Gesetz) bezeichnet. Sind Normen so unwichtig, dass sie Gegenstand einer Vollziehungsverordnung sein könnten (z.B. rein technische Normen), handelt es sich funktional um Verwaltung; in diesem Fall werden Verwaltungsaufgaben an Private (für den Bund siehe Art. 178 Abs. 3 BV) übertragen.»⁶

Betrachtet man die Überlegung des Bundesgerichts im Einzelnen, kommt man zu einer Dreiteilung. Bei wichtigen Normen ist grundsätzlich keine Delegation und somit kein dynamischer Verweis möglich. Der Erlass solcher Normen obliegt alleine dem Gesetzgeber, was auch in Art. 164 Abs. 1 BV zum Ausdruck kommt.⁷ Weniger wichtige Normen⁸ können (auch) an Private delegiert werden, soweit dies verfassungsrechtlich vorgesehen ist, die Verfassungsnorm also Private als Rechtsetzungssubjekte vorsieht und den gesetzlichen Übertragungsakt, i.d.R. ein Gesetz (im formellen Sinne), bezeichnet.⁹ In der Gemeinde Zermatt resp. im Kanton Wallis war dies nicht der Fall und somit rechtlich nicht zulässig. Auch im Bund besteht im Übrigen keine Delegationsmöglichkeit an Private. Schliesslich gibt es nach Meinung des Bundesgerichts eine dritte Stufe von Regulierung, vom Bundesgericht als «Vollziehungsnormen» oder «technische Normen» bezeichnet. Für solche Normen sei eine «Delegation» möglich, da es sich eher um die Übertragung einer Verwaltungsaufgabe handle als um eine eigentliche Gesetzesdelegation. Dementsprechend komme auf Bundesebene Art. 178 Abs. 3 BV zur Anwendung.

Im konkreten Fall machte das Bundesgericht diese Überlegungen zur Zulässigkeit eines Verweises auf private Normen – welche nicht direkt gestellt war – zum Gegenstand des entscheidenden Auslegungskriteriums.¹⁰ Das Bundesgericht ging dabei davon aus, dass das Gebührenreglement der Gemeinde Zer-

⁶ BGE 136 I 316, E. 2.4.1, S. 320.

⁷ Vgl. hierzu BIAGGINI, Art. 164 N 3 f.; TSCHANNEN in: SGK BV, Art. 164 N 4 ff.

⁸ Was im Konkreten auf Bundesebene unter wichtigen bzw. weniger wichtigen Normen zu verstehen ist, ist mithilfe der beispielhaft aufgezählten Anwendungsbereiche in Art. 164 Abs. 1 lit. a–g BV sowie anhand des jeweiligen Rechtsgebietes zu erörtern.

⁹ UHLMANN, Publikation, S. 94.

¹⁰ BGE 136 I 316, E. 2.3, S. 319.

matt zwar offen verfasst sei und keine für einen dynamischen («... in der jeweils geltenden Fassung ...») bzw. einen statischen Verweis («... in der Fassung vom ...») typische Formulierung enthalte, dass sich aber der Gesetzgeber, hier die Gemeinde, an das kantonale Verfassungsrecht halte, welches einen dynamischen Verweis auf private Normen nicht vorsehe. Was man nicht darf, hat man nicht gewollt. Dementsprechend kam das Bundesgericht zum Schluss, dass es sich um einen statischen Verweis handeln müsse, d.h. dass die ältere SIA-Norm 116 mit dem höheren Gebäudevolumen zur Anwendung komme.

Ein neueres Präjudiz zeigt, dass BGE 136 I 316 ff. kein Einzelfall darstellt. In BGE 137 III 37 ff. ging es um die Rechtsnatur eines Kotierungsreglements einer Börse. In der Lehre war streitig, ob es sich dabei um eine privatrechtliche Vereinbarung handelt oder um (staatliche) Rechtsnormen. Das Bundesgericht – welches auf BGE 136 I 316 ff. keinen Bezug nahm – legte seiner Prüfung ebenfalls die Grundsätze der Gesetzesdelegation zugrunde. Es folgerte, dass eine Geltung dieser Normen «gegenüber jedermann von vornherein nur denkbar [sei], sofern bei deren Erlass die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation eingehalten wurden»¹¹. Diese Voraussetzungen, also kein verfassungsrechtlicher Ausschluss sowie das Vorliegen einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage für die Rechtsetzungsübertragung¹², waren im vorliegenden Fall nicht gegeben.

2. Bemerkungen und offene Fragen

a) Dreiteilung der Normstufen

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Gebühren der Gemeinde Zermatt wirft verschiedene Fragen auf. Eine erste Frage besteht mit Bezug auf die Dreiteilung der delegierten Normen in wichtige, weniger wichtige und Vollziehungsnormen resp. technische Normen. Schematisch lässt sich dies wie folgt darstellen:

¹¹ BGE 137 III 37, E. 2.2.1, S. 41.

¹² Art. 164 Abs. 2 BV.

«Wichtige» Normen	→	Keine Delegation
«Weniger wichtige» Normen	→	Delegation, falls verfassungsrechtlich erlaubt (i.d.R. nicht)
«Vollziehungsnormen», «technische Normen»	→	Delegation resp. Übertragung erlaubt

Während die ersten beiden Stufen naheliegenderweise Gesetz und (Rechts-) Verordnung betreffen, ist die Rechtsnatur der «Vollziehungsnormen» weniger eindeutig. Konkret stellt sich die Frage, ob es sich dabei noch um Rechtsetzung handelt oder ob in diesen Normen lediglich die Verwaltungspraxis der Behörden festgeschrieben wird, es sich somit um Verwaltungsverordnungen handelt. Der Unterschied ist von erheblicher praktischer Bedeutung, weil sich die Behörde beim Erlass von Verfügungen nur auf Rechtsnormen stützen kann, nicht aber auf eine Verwaltungsverordnung.¹³ Diese kann Gesetz und Rechtsverordnung zwar konkretisieren, aber nicht neue Rechte und Pflichten von Privaten schaffen.¹⁴ Umgekehrt können sich Private nicht auf Verwaltungsverordnungen berufen wenn sie der Meinung sind, dass diese falsch angewandt werden.¹⁵ Die Verletzung einer Verwaltungsverordnung ist kein Rügegrund, resp. ein Rügegrund, der nur mittelbar geltend gemacht werden kann, nämlich über den Umweg der Verletzung höherrangigen Rechts, des Vertrauensschutzes und der Rechtsgleichheit.¹⁶

Unseres Erachtens handelt es sich bei diesen Vollziehungsnormen resp. den technischen Normen um *Verwaltungsverordnungen*. Damit stimmt auch überein,

¹³ UHLMANN/BINDER, S. 156.

¹⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 123 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 14 Rz. 11.

¹⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 41 Rz. 21 ff.

¹⁶ UHLMANN/BINDER, S. 158. Davon zu unterscheiden ist die *Anfechtung* einer Verwaltungsverordnung. Eine Verwaltungsverordnung kann wie eine Rechtsverordnung angefochten werden, wenn sie für Private Aussenwirkungen hat und sich somit auf ihre Rechtsstellung auswirkt, sowie im Anwendungsfall keine Anfechtung möglich ist (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 129).

dass das Bundesgericht in diesem Zusammenhang von der «Übertragung einer Verwaltungsaufgabe» spricht. Der Erlass von Verwaltungsverordnungen ist eher eine Form des Vollzugs und damit näher an einer Verwaltungsaufgabe als an eigentlicher Rechtsetzung.¹⁷ Nicht stimmig ist dabei allerdings, dass das Bundesgericht von Vollziehungsnormen resp. von technischen Normen spricht. Der Begriff Norm deutet auf «normativ» hin, was ein Element des Rechts ist, währenddem Verwaltungsverordnungen für Private eben gerade nicht in der Weise normativ sind, dass sie verbindliche Rechte und Pflichten schaffen. Auch ist der Begriff der Vollziehungsnorm nahe bei der Vollziehungsverordnung, die zweifellos Rechtsetzung darstellt.¹⁸ Vollziehungsnormen sind typischer Inhalt von Rechtsverordnungen. Trotzdem ist es naheliegender, die bundesgerichtliche Rechtsprechung dahingehend zu verstehen, dass sie zwischen Gesetz, Verordnung und Verwaltungsverordnung unterscheidet – was im Übrigen den gängigen Kategorien des Staats- und Verwaltungsrechts entspricht.¹⁹

b) Weitere Probleme des Verweises auf private Normen

Eine zweite Frage, welche das bundesgerichtliche Urteil aufwirft, betrifft mögliche weitere Probleme von Verweisen auf private Normen. Das Bundesgericht deutet dies an, indem es *en passant* festhält, dass die Rechtsetzungsdelegation nur zulässig sei, wenn «u.a.»²⁰ gewisse Voraussetzungen erfüllt sind. Das Bundesgericht lässt jedoch offen, was nebst der Gesetzesdelegation weitere Schwierigkeiten der Verweise auf private Normen darstellen könnten.²¹

Ein solcher Problembereich betrifft die *Publikation* und die *Zugänglichkeit* privater Normen. Da dieses Thema auch in den anderen Referaten resp. in den Workshops aufgegriffen wurde²², beschränkt sich der vorliegende Beitrag auf einen kurzen Hinweis, welcher vor eineinhalb Jahren dem Bundesblatt zu entnehmen war. Dort findet sich ein Schreiben der Schweizerischen Normenvereinigung (SNV) an das SECO, welches darauf hinweist, dass alle Normen der SNV

¹⁷ Dafür spricht auch, dass nach h.L. Verwaltungsverordnungen nicht zu den Rechtsquellen des Verwaltungsrechts gezählt werden, «verstanden als Quelle von Rechtssätzen im legaldefinitiven Sinn», TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 14 Rz. 11.

¹⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 14 Rz. 21 ff.

¹⁹ Vgl. statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 105 ff.

²⁰ BGE 136 I 316, E. 2.4.1, S. 320.

²¹ Zur Problematik der Verweisung insb. als Instrument der gesteuerten Selbstregulierung s. HETTICH, Rz. 610 ff.

²² In diesem Band BOCK, S. 42 f., STUTZ, S. 82, JENNI/SCHÜPBACH, S. 96, 99 f.

bei deren Geschäftsstelle zu den Büroöffnungszeiten kostenlos eingesehen werden können.²³

Das Schreiben beleuchtet eine wesentliche Differenz zwischen staatlichen und privaten Normen. Staatliche Normen sind – zumindest in der Schweiz – heute praktisch überall und jederzeit unentgeltlich²⁴ per Internet zugänglich. Das Publikationsgesetz²⁵ des Bundes schreibt vor, dass staatliches Recht fünf Tage vor Inkrafttreten in der Amtlichen Sammlung veröffentlicht werden muss (Art. 7 Abs. 1 PublG). Ausnahmen von der Publikationspflicht sind lediglich nach den Voraussetzungen von Art. 5 (Publikation durch Verweis) und Art. 6 PublG zulässig. Staatliche Normtexte geniessen auch keinen Urheberrechtsschutz.²⁶ Demgegenüber sind private Normen urheberrechtlich geschützt, da sie oft auch ein wirtschaftliches Produkt darstellen.²⁷ Zudem dürfte in der Praxis v.a. die Problematik der Verfügbarkeit in allen drei Landessprachen ein Thema sein.²⁸

Verfassungsrechtlich lässt sich festhalten, dass die Pflicht zum entgeltlichen Erwerb privater Normen *unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesdelegation* an sich zulässig ist. Geht man wie vorstehend dargelegt davon aus, dass private Normen keine Rechtsetzung im eigentlichen Sinne darstellen, sondern «nur» die Verwaltungspraxis festschreiben und sich somit eher der Rechtsanwendung annähern, besteht auch keine Publikationspflicht. Auch die Verwaltung selbst ist nicht verpflichtet, die Anwendung des Gesetzes im Voraus generell-abstrakt bekanntzugeben – auch wenn sie dies natürlich vielfach tut.

Die Frage der Zulässigkeit kann sich allerdings unter dem Blickwinkel der *Übertragung einer Verwaltungsaufgabe* stellen, wie es das Bundesgericht in BGE 136 I 316 ff. andeutet. Kann der Rechtsunterworfenen realistisch nur mithilfe privater Normen und somit durch den allenfalls entgeltlichen Erwerb derselben seine Rechtspflichten gegenüber der Verwaltung erfüllen, wird ein

²³ BBl 2013 3095.

²⁴ Art. 19 Abs. 2 PublG.

²⁵ Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt vom 18. Juni 2004, PublG; SR 170.512.

²⁶ Art. 5 Abs. 1 lit. a URG (Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992, Urheberrechtsgesetz; SR. 231.1).

²⁷ S. Art. 2 lit. a URG.

²⁸ Art. 9 und 10 PublV (Verordnung über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt vom 17. November 2004, Publikationsverordnung; SR 170.512.1); UHL-MANN, Publikation, S. 90 ff.

Teil des Vollzuges qua Verweis auf Private übertragen. Die Kosten des Erwerbs privater Normen gleichen dann dem Entgelt für staatliche Gebühren. Beides setzt eine entsprechende gesetzliche Grundlage voraus. Ebenso bleibt der Staat beim Einbezug Privater in den Vollzug verantwortlich; er muss insbesondere eine gewisse staatliche Kontrolle und Aufsicht aufrechterhalten, wie das Bundesgericht in anderen Entscheiden festgehalten hat.²⁹ Private Normen sind damit nicht nur bezüglich Rechtsverbindlichkeit und gerichtlicher Durchsetzung kritisch zu prüfen, sondern auch bezüglich Publikation resp. Übertragung von Verwaltungsaufgaben.³⁰

c) Rechtsfigur «Delegation» und «Übertragung»?

Gerade das Beispiel der Gemeinde Zermatt wirft auch die Frage auf, ob die Konstruktion einer «Delegation» resp. einer «Übertragung einer Verwaltungsaufgabe» an Private wirklich treffend ist. Anders gewendet: Wurde dem SIA wirklich die Befugnis «delegiert» resp. «übertragen», die Gebühren der Gemeinde Zermatt zu ändern? Es darf angenommen werden, dass sich der SIA bei der Änderung seiner Norm betreffend Berechnung des Kubikmeter-Inhalts eines Gebäudes nicht bewusst war, dass seine Änderung Auswirkungen auf das Gebührenreglement einer Gemeinde im Kanton Wallis haben könnte. Die vom Bundesgericht angenommene «Übertragung» ist in dem Sinne mindestens untypisch. Dies deutet auf ein viel komplexeres Verhältnis zwischen staatlichem Recht und privaten Normen hin, als es in den verwaltungsrechtlichen Figuren der Delegation resp. der Übertragung einer Verwaltungsaufgabe zum Ausdruck kommt. Demzufolge sollen im Folgenden mögliche Konstellationen zwischen privaten Normen und staatlichem Recht untersucht werden.

²⁹ BGE 133 I 49, E. 3.2, S. 56; 103 Ia 544, E. 5c, S. 551; BGer 2P.96/2000 vom 8. Juni 2001, E. 5b und c.

³⁰ Vgl. zum Ganzen UHLMANN, Publikation, S. 55 ff.

III. Verhältnis privater Normen zum staatlichen Recht

1. Private Normen zur Vermeidung staatlichen Rechts

Eine erste Konstellation, die augenscheinlich schlecht in die Figuren der Delegation und der Übertragung eingepasst werden kann, betrifft private Normen, welche zwecks *Vermeidung* staatlichen Rechts erlassen werden. Als Beispiele können dabei Art. 3 und Art. 4 des Bundesgesetzes über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten vom 5. Oktober 1990³¹ angeführt werden. Gemäss Art. 3 KIG (Privatrechtliche Vereinbarungen) vereinbaren die betroffenen Organisationen der Wirtschaft und der Konsumenten, welche Waren deklariert werden müssen. Verordnungen des Bundesrates (Art. 4 KIG) sind diesen privatrechtlichen Vereinbarungen in gewisser Weise nachgelagert. Der Bundesrat soll die Frage der Deklaration in einer Verordnung nur dann regeln, wenn «innert angemessener Frist keine Vereinbarung zustande gekommen ist» (Art. 4 lit. a KIG).

Das staatliche Recht bildet also eine Art *Damoklesschwert*³², welches über den betroffenen Organisationen der Wirtschaft und der Konsumenten schwebt, wenn es diesen innert angemessener Frist nicht gelingt, eine Vereinbarung abzuschliessen. Treffen die Organisationen eine privatrechtliche Vereinbarung, wird der Erlass staatlichen Rechts vermieden. Der Staat «delegiert» in dieser Konstellation seine Verantwortung für den Inhalt der Normen. Er vertraut darauf, dass durch das Vorhandensein zweier Pole (Organisationen der Wirtschaft – Organisationen der Konsumenten) eine sachgerechte Lösung zustande kommt.

Als Gefahr erachtet das Gesetz augenscheinlich die Verletzung internationaler Normen sowie die Gefahr der Diskriminierung (Art. 3 Satz 3 KIG), wohl in erster Linie im Sinne einer Diskriminierung ausländischer Anbieterinnen und Anbieter. Erlass und Vollzug des privaten Rechts sind im Übrigen rein privatrechtlich konzipiert.³³

³¹ Konsumentenschutzgesetz, KIG; SR 944.0.

³² FLÜCKIGER, S. 234 ff.

³³ Bislang gibt es zwei privatrechtliche Vereinbarungen, vgl. <https://www.konsum.admin.ch/de/themen/kennzeichnung-von-produkten-und-dienstleistungen/selbstregulierung> (8.1.2015): Die Vereinbarung von 1996 betreffend die Deklaration der Produktionsmethode von frischem Gemüse und frischen Beeren sowie die Deklara-

2. Private Normen zur Übernahme durch staatliches Recht

Eine ganz andere Konstellation findet man im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956³⁴. Auch hier stehen sich Organisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer gegenüber. Und auch hier bleibt der Staat zunächst passiv, braucht es doch den gemeinsamen Antrag aller Vertragsparteien zur Anordnung der Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages (Art. 1 Abs. 1).

Gelöst werden soll durch die Allgemeinverbindlicherklärung ein typisches Problem, welches viele private Normierungen aufweisen, nämlich dasjenige der *Freiwilligkeit*. Ähnlich wie beim weiter oben diskutierten Kotierungsreglement einer Börse³⁵ ist im privatrechtlichen Bereich davon auszugehen, dass Verpflichtungen nur freiwillig eingegangen werden. Der grosse Vorzug staatlichen Rechts ist dessen *per definitionem* gegebene Allgemeinverbindlichkeit. Im Bereich des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlichkeit von Gesamtarbeitsverträgen kommt es zu einer Art *hybrider Rechtsetzung*: Für den Inhalt sollen die Vorzüge einer ausgehandelten Lösung massgebend sein, während die Allgemeinverbindlicherklärung die Schwäche einer Bindung nur für die Vertragsparteien beseitigen soll.

Wer also auf Selbstregulierung setzt, sollte prüfen, über welche *Durchsetzungsmöglichkeiten die privaten Akteure* verfügen. Bestehen Bedenken hinsichtlich einer genügenden Durchsetzung, insb. durch eine Unterwanderung einer privatrechtlichen Branchenlösung durch Trittbrettfahrer, ist an eine *Verstärkung mittels staatlicher Verbindlichkeit oder Teilverbindlichkeit* zu denken. Umgekehrt müssen sich die Parteien der privatrechtlichen Vereinbarung bewusst sein, dass ihre Funktion sich demjenigen eines Gesetz- oder Ordnungsgebers annähert. In diese Richtung haben sich auch schon Lehre und Praxis geäussert.³⁶

tionsvereinbarung von 1997 über den Treibstoffverbrauch bei Personenwagen. Mangels entsprechenden privatrechtlichen Vereinbarungen hat der Bundesrat in Anwendung von Art. 4 KIG die Verordnungen vom 4. Juni 2010 über die Deklaration von Holz und Holzprodukten (SR 944.021) sowie vom 7. Dezember 2012 über die Deklaration von Pelzen und Pelzprodukten (SR 944.022) erlassen.

³⁴ SR 221.215.311.

³⁵ In diesem Band S. 10.

³⁶ Vgl. Hinweise in UHLMANN, Standortbestimmung, S. 319 ff.

3. Private Normen zum Vollzug staatlichen Rechts

Eine dritte Konstellation, die näher bei den Figuren der Delegation und Übertragung liegt, finden wir im Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002³⁷. Gemäss dessen Art. 28 Abs. 2 BBG regeln die zuständigen Organisationen der Arbeitswelt «die Zulassungsbedingungen, Lerninhalte, Qualifikationsverfahren, Ausweise und Titel».³⁸ Bei den von den Organisationen der Arbeitswelt erlassenen Regelungen darf angenommen werden, dass diese durchaus auch Rechte und Pflichten für die Betroffenen beinhalten, es sich also nicht um blosse «technische» oder «Vollziehungsnormen» im Sinne der bundesgerichtlichen Dreiteilung handelt. Eine solche Delegation ist im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung heikel.

Das entsprechende Gesetz mildert die Delegation dadurch ab, dass die Vorschriften der *Genehmigung* durch das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) unterliegen (Art. 28 Abs. 2 BBG). Das Gesetz sieht auch die Publikation dieser Vorschriften in Form eines Verweises vor (Art. 28 Abs. 2 Satz 3 BBG). Dementsprechend übernimmt in gewisser Weise doch der Staat die Verantwortung für diese Normen, womit man eine zulässige Delegation an das SBFI vertreten kann.

Rechtlich unsicher ist in diesem Kontext indessen die starke Rolle der zuständigen Organisationen der Arbeitswelt. Es stellt sich insb. die Frage, ob sie ihrer Funktion beim Erlass von Vorschriften ähnlichen Pflichten wie der Gesetzgeber unterworfen sind, etwa betreffend Transparenz der Regelung, Einbezug aller interessierten Kreise etc. Rechtsprechung gibt es zu diesem Punkt soweit ersichtlich noch keine, ebenso wenig zur Frage, an wen eigentlich die Delegation erfolgt, wenn der Staat nur noch in Form einer Genehmigung für die Rechtsetzung verantwortlich ist.

³⁷ Berufsbildungsgesetz, BBG; SR 412.10.

³⁸ Als Beispiel kann die für die Berufsbildung im Rettungsdienst zuständige Organisation «Forum Berufsbildung Rettungswesen» genannt werden, welche Normen hinsichtlich der Zulassungsbedingungen, Lerninhalte, Qualifikationsverfahren, Ausweis und Titel erlässt (KÖBRICH, S. 59).

4. Private Normen als Referenzgrösse für staatliches Recht

Eine vierte und letzte Konstellation betrifft private Normen, welche vom staatlichen Recht in der Weise genutzt werden, dass sie als *Referenzgrösse* oder als «Praxis» herangezogen werden. Dies dürfte ein häufiger Fall sein. Ein Beispiel findet sich etwa in Art. 962a OR³⁹. Verwiesen wird dort auf «Anerkannte Standards zur Rechnungslegung». Diese dienen der weiteren Konkretisierung der Vorschriften über die kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung (Art. 957 ff. OR). Die Standards gehen insofern über eine blosser Konkretisierung bereits bestehender Rechtsvorschriften hinaus, als Art. 962a Abs. 5 OR die Wahl eines bestimmten Standards vorschreibt. In der Verordnung über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung vom 21. November 2012⁴⁰ nennt der Bundesrat fünf unterschiedliche Standards, welche zur Erfüllung der Pflichten gemäss Art. 962a OR in Frage kommen.

Auch hier kann man sich fragen, ob die vom Bundesgericht diskutierte Übertragung einer Verwaltungsaufgabe eigentlich passt. Die entsprechenden Regelwerke – auch ausländischer Organisationen und Verbände – werden kaum im Auftrag der Eidgenossenschaft erstellt. Es besteht in dem Sinne kein Auftragsverhältnis zwischen Staat und privaten Normenerzeugern. Vielmehr gehen die privaten Normenerzeuger davon aus, dass sowohl von privater wie auch von staatlicher Seite ein Interesse an ihren Standards bestehe. Die Frage der Zulässigkeit dürfte hier nicht so sehr unter dem Blickwinkel der Übertragung einer Verwaltungsaufgabe bzw. einer Delegation zu stellen sein, als vielmehr aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Perspektive, nämlich unter dem Blickwinkel der Gleichbehandlung der Konkurrenten.⁴¹ Bei der Wahl eines Standards zur Erfüllung von Rechtspflichten muss sich die Behörde überlegen, ob mehrere Standards in Frage kommen und in dem Sinne alternativ genannt werden sollen. Kommt zum Zeitpunkt des Erlasses der entsprechenden Bestimmung nur ein Standard in Frage, ist zu überlegen, ob nicht eine gewisse Offenheit in der Weise geschaffen werden sollte, dass die Einhaltung der Rechtspflichten auch auf andere Weise stattfinden kann – was sowohl für die Verpflichteten wie auch für private Normenerzeuger entsprechende Spielräume schafft.

³⁹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911; SR 220; s. auch die Botschaft zur Änderung der Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007, BBl 2007 1589, 1721 f.

⁴⁰ VASR; SR 221.432.

⁴¹ HETTICH, Rz. 621; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 508.

Die vorliegenden Überlegungen zeigen, dass das Verhältnis zwischen staatlichem Recht und privater Norm sehr unterschiedlich sein kann. Unseres Erachtens muss sich die Behörde darüber klar werden, in welcher Weise sie private Normen heranziehen will, insb. welcher Bedarf nach (staatlicher) Verbindlichkeit privater Normen besteht. Wenn in diesem Zusammenhang oft vereinfachend von «Selbstregulierung» die Rede ist, müssen sich alle Beteiligten bewusst sein, dass private Normen in einer Vielzahl unterschiedlicher Erscheinungsformen auf staatliches Recht einwirken.⁴² Im jeweiligen Fall eine sachgerechte Lösung zu finden ist anspruchsvoll – dies nicht zuletzt deswegen, weil auch die Grenzen der Zulässigkeit, ja überhaupt die Massstäbe der rechtlichen Beurteilung, noch unsicher und im Fluss sind.

IV. Fazit

Das Bundesgericht misst den Bezug privater Normen an den Voraussetzungen der Gesetzesdelegation. Zulässig ist der Verweis auf solche Normen, welche so unwichtig erscheinen, «dass sie Gegenstand einer Vollziehungsverordnung sein könnten (z.B. rein technische Normen)». Das Bundesgericht geht in diesem Fall von einer Übertragung einer Verwaltungsaufgabe aus. Zulässig ist somit auf jeden Fall der Bezug privater Normen als Ausdruck einer Verwaltungspraxis.⁴³

Nicht geklärt erscheinen die Anforderungen an Publikation und Zugänglichkeit privater Normen. Auch bezüglich Fragen des urheberrechtlichen Schutzes privater Normen vor Publikation fehlt eine eindeutige Praxis.

Der Delegations- resp. der Übertragungsansatz des Bundesgerichtes bietet eine erste wichtige Richtschnur für den Bezug privater Normen. Das Verhältnis zwischen privaten Normen und staatlichem Recht ist jedoch viel komplexer. Private Normen werden u.a. zur Vermeidung von staatlichem Recht, als Vorlage für staatliches Recht und als Referenzgrösse für staatliches Recht verwendet. Es ist durchaus zu erwarten, dass der Staat auch in Zukunft in verschiedensten Fällen auf private Normen zurückgreifen wird.

⁴² S. auch HETTICH, Rz. 636; KAY, S. 162 ff.

⁴³ UHLMANN, Publikation, S. 96 f.

Literaturverzeichnis

- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007
- Bundesamt für Justiz (BJ), Gesetzgebungsleitfaden, 3. Aufl., Bern 2007
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITER in: SGK BV)
- ERRASS CHRISTOPH, Kooperative Rechtssetzung, Habil. Zürich/St. Gallen 2010
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, La loi Damoclés, in: Mélanges en l'honneur de Pierre Moor: théorie du droit, droit administratif, organisation du territoire, Bern 2005, S. 233 ff.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010
- HETTICH PETER, Kooperative Risikovorsorge, Habil. St. Gallen, Zürich/Basel/Genf 2014
- KAY INKOOK, Regulierung als Erscheinungsform der Gewährleistungsverwaltung, Diss. Regensburg 2012, Frankfurt a. M. 2013
- KILGUS SABINE, Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht, Habil. Zürich/St. Gallen 2007
- KÖBRICH TIM, Rechtsetzung durch Private – unter besonderer Berücksichtigung der Verweisungspraxis im kantonalen Rettungswesen, LeGes 2014/1, S. 57 ff.
- MADER LUZIUS, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legislatischer Sicht, ZSR 2004/II, S. 3 ff.
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- UHLMANN FELIX, «Die Normen können bei ... bezogen werden» – Gedanken zur Publikation und Verbindlichkeit privater Normen, LeGes 2013/1, S. 89 ff.
- DERS., Standortbestimmung und Problemstellungen der Praxis in der Schweiz, in: Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg.), Wirkungsorientierte Verwaltung und öffentlicher Dienst, Wien/Graz 2013, S. 319 ff.
- UHLMANN FELIX/BINDER IRIS, Verwaltungsverordnungen in der Rechtsetzung, Gedanken über Pechmarie, LeGes 2009/2, S. 151 ff.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014

Der Umgang des Staates mit «technischen» Normen

Christian Bock*

Inhaltsübersicht

I.	Einführung ins Thema	23
1.	Gahts-no!-Priis 2011	24
2.	Pj, u und eV	24
II.	Einleitung	25
1.	Definitionen	25
2.	Gründe für die Verwendung technischer Normen durch den Staat	27
3.	Regelung technischer Sachverhalte in Rechtsakten	29
4.	Technische Normen und Stand der Technik	31
5.	Impliziter Normenverweis	32
III.	Staatliche Beteiligung an privater technischer Normierung	34
1.	Regelungsansätze Europa/Schweiz	34
a)	Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 zur europäischen Normierung	34
b)	Notifikationsverordnung	35
2.	Beteiligung der Verwaltung an der Normsetzung	35
3.	Rechtsetzung durch Normenbeteiligung	37
IV.	Private Beteiligung an staatlicher technischer Normierung	37
1.	Begriffliches	37
2.	Vorteile	39
3.	Nachteile	39
V.	Technische Normen als Interpretationshilfen und Basis für Weisungen	40
VI.	Normadressaten	40
1.	Sprache	41
2.	Verständlichkeit	42
3.	Zugänglichkeit	42

* Der Verfasser gibt hier ausschliesslich seine persönliche Meinung wieder. Ich danke Herrn Dr. Ulrich Schneider, Dr. Jürg Niederhauser und Dr. Peter Blattner, METAS, für ihre kritische Durchsicht, Bemerkungen und Hinweise. Alle in diesem Beitrag verwendeten Links wurden zuletzt am 31. Oktober 2014 besucht. Es sei noch darauf hingewiesen, dass eine vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) geleitete «Normengruppe Bund» daran ist, die rechtlichen und praktischen Probleme zu untersuchen, die sich beim direkten und indirekten Verweis auf private Regulierungen und Normenwerke stellen (BBl 2013 7078). Deren Ergebnisse liegen zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Artikels noch nicht öffentlich vor.

4. Folgerungen	43
VII. Statische Verweise auf dynamische technische Normen	44
VIII. Statische Verweise auf alte technische Normen	46
IX. Urheberrechtsschutz technischer Normen	49
1. Grundsatz	49
2. Zitierung (Inkorporation)	52
X. Schlussfolgerungen	52
1. Generelle Schlussfolgerungen	52
2. Register der technischen Normen	54
3. Verzicht auf technische Normen in Rechtssätzen	55
4. Quasi-staatliches Recht als kommende Herausforderung	57
5. Dynamische Verweisungen	58
Literaturverzeichnis	58

Rund 150 Erlasse des Bundesrechts¹ verweisen auf technische Normen, wobei oftmals ein Erlass eine Vielzahl von Referenzen auf technische Normen enthält. Würde man diese Normen inkorporieren oder als direkten Bestandteil des Bundesrechts behandeln, so würde die Systematische Sammlung des Bundesrechts (SR) nicht unwesentlich anwachsen. Oder anders ausgedrückt: die SR vermittelt nur ein unvollständiges Bild, wenn es um das in der Schweiz geltende Recht geht.²

Technische Normen stellen eine besondere Herausforderung für die Verwaltung und die Juristin resp. den Juristen dar, denn sie sind inhaltlich und formal «Fremdkörper». Nur wenige Juristen (und Verwaltungseinheiten) sind in der Lage, sie inhaltlich zu erfassen. Entsprechend kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Gesetzgebungslehre ihnen mit einem gewissen Argwohn begegnet. Man will offenbar verhindern, dass quasi «durch die Hintertüre» wichtige Bestimmungen Einlass in die Rechtsordnung finden.³

Mit welcher Autorität schreibt der Direktor des nationalen Metrologieinstituts der Schweiz zum Thema Normierung? Metrologie und Normierung waren über Jahrhunderte Eins. Die Regelung von Mass und Gewicht und die Festlegung von

¹ Diese Zahl wäre weitaus grösser, wenn man Weisungen, Rundschreiben, Vollzugsempfehlungen etc. auch noch berücksichtigen würde.

² Dieses Schicksal teilen technische Normen auch mit Weisungen der Verwaltung (s. MÄGLI, S. 127 ff.).

³ Treffend hier Interpellation 13.3386 «IFRS-Normen und berufliche Vorsorge. Ein trojanisches Pferd für den Wirtschaftsstandort Schweiz?» eingereicht am 4. Juni 2013 von PARMELIN GUY.

technischen Normen wurde (und wird auch heute noch) in einigen Staaten von ein- und derselben Stelle wahrgenommen. Ein Grund dafür war, dass ein Metrologieinstitut eine untypische Verwaltungseinheit ist, da es mehrheitlich Naturwissenschaftlerinnen und Naturwissenschaftler beschäftigt, Juristen mehr die Ausnahme denn die Regel sind und seine Gebäude durch Labore und nicht durch Büros geprägt werden. Es verfügt somit innerhalb des organisatorischen Verwaltungsaufbaus über eine besondere Kompetenz, technische Sachverhalte und deren Regulierung zu beurteilen.

Wesentlich ist hier aber die Feststellung, dass die technische Normierung eine Angelegenheit der Privatwirtschaft und nicht des Staates ist.

Gegenstand dieses Beitrags ist der Umgang mit technischen Normen im Rahmen der Rechtsetzung i.w.S. Die An- resp. Verwendung von technischen Normen z.B. im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe⁴ sei hier ausgeklammert.

I. Einführung ins Thema

Die folgenden zwei Beispiele sollen Probleme erläutern, die sich beim Umgang des Staates mit technischen (oder anders ausgedrückt: normentypischen) Themen stellen:

- Beispiel 1 beschreibt Probleme der Verständlichkeit und des Zugangs zu technischen Normen;
- Beispiel 2 zeigt – mit einem Augenzwinkern – auf, was passieren kann, wenn technische Sachverhalte inkorporiert werden (es zeigt aber auch, wie man mit technischen Regelungen überborden kann).

⁴ Boy, S. 2 f. Dies ungeachtet der Tatsache, dass man sich die Frage stellen kann, ob vor dem Hintergrund von Art. 12 Abs. 2 Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) und Art. 13 Bst. b Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; AS 2003 196) überhaupt ein Freiraum der Verwaltung besteht, bezüglich der technischen Anforderungen an ein Beschaffungsobjekt von technischen Normen in begründeten Einzelfällen abzuweichen und man nicht besser von einem *faktischen Anwendungsgebot* sprechen sollte.

1. Gahts-no!-Priis 2011

Die Freisinnig Demokratische Partei (FDP) des Kantons Zürich vergibt jährlich den *Gaht's-No!-Priis* für die «absurdeste Bürokratiegeschichte». Im Jahr 2011 stand eine technische Norm im Zentrum dieser unrühmlichen Preisverleihung. Die Verordnung über Gegenstände für den Humankontakt⁵ verweist betreffend Kordeln und Zugbänder an Kinderbekleidung in Art. 22a und Anhang 8a auf die technische Norm SN EN 14682, 2007, Sicherheit von Kinderbekleidung – Kordeln und Zugbänder an Kinderbekleidung – Anforderungen. Eine Näherin erhielt in ihrem Laden für Kinderkleidung Besuch vom kantonalen Laboratorium, dessen Mitarbeitende ein Kinderkleidchen mit der Begründung beschlagnahmten, dass die Schärpe 48 cm und damit 12 cm zu lang sei.

Die Näherin und Ladeninhaberin, die sich keiner Schuld bewusst war und von der Existenz der Verordnung und der Norm nichts wusste, musste daraufhin die Norm bei der Schweizerischen Normenvereinigung (SNV) zum Preis von (damals) 111 Franken beschaffen.

Hierfür wurde der *Gaht's-No!-Priis 2011* verliehen.⁶

Bei diesem Beispiel muss man sich die Frage stellen, ob stufengerecht kommuniziert wurde (s. hierzu VI. unten). Der Titel der einschlägigen Verordnung weist nur indirekt auf die Anwendbarkeit für Kinderkleidung hin und ein Merkblatt mit den wichtigsten Normeninhalten hätte für die Betroffene mehr Nutzen gehabt, als die technische Norm. Auf der anderen Seite muss aber auch gesehen werden, dass eine (Selbst-) Verantwortung besteht, sich über das anwendbare Recht zu informieren.

2. Pi, u und eV

Ende des 19. Jahrhunderts wurde im US Gliedstaat Indiana versucht, die Kreiszahl Pi gesetzlich zu bestimmen. Die *Indiana House Bill No. 246, 1897* («*Indiana pi bill*»)⁷ wurde glücklicherweise nie in Kraft gesetzt.

⁵ Verordnung des EDI vom 23. November 2005 über Gegenstände für den Schleimhaut-, Haut- und Haarkontakt sowie über Kerzen, Streichhölzer, Feuerzeuge und Scherzartikel (Verordnung über Gegenstände für den Humankontakt; SR 817.023.41).

⁶ http://www.buerokratieabbau.ch/fileadmin/user_upload/Gahts-no-Priis_Gewinnerin_2011.pdf.

⁷ Abgedruckt bei BERGGREN *et.al.*, S. 236 ff.

Aber auch in der Schweizer Gesetzgebung hatten wir analoge Fälle: die Einheitenverordnung⁸ regelte in Art. 16 den Wert der atomaren Masseneinheit u und in Art. 17 des Elektronvolts eV . Bezüglich u wurde ausgeführt:

Die atomare Masseneinheit (u) ist der zwölfte Teil der Masse eines Atoms des Nuklids ^{12}C , wobei $1 u \approx 1,660\,540\,2 \cdot 10^{-27}$ kg.

Bereits 1998 ermittelte das *Committee on Data for Science and Technology* (CODATA) des *International Council for Science* den Wert von $1 u \approx 1,660\,538\,73 \cdot 10^{-27}$ kg, 2002 von $1 u \approx 1,660\,538\,86 \cdot 10^{-27}$ kg, 2006 von $1 u \approx 1,660\,538\,782 \cdot 10^{-27}$ kg und 2010 von $1 u \approx 1,660\,538\,921 \cdot 10^{-27}$ kg;⁹ eine Anpassung oder Aktualisierung des Schweizer Rechts fand nie statt.

Mit der Revision vom 7. Dezember 2012¹⁰ wurde auf die Angabe der Werte von u und eV verzichtet.

Das Beispiel zeigt zweierlei: zum einen muss nicht alles geregelt werden, was man auch regeln kann; gerade wenn es um mathematische und physikalische Grössen geht, kann die Jurisprudenz der Naturwissenschaft das Feld überlassen. Zum anderen zeigt es ein ständiges Dilemma mit Verweisen und Inkorporationen auf: sie bedürfen einer permanenten Kontrolle der Aktualität (s. hierzu VIII. unten).

II. Einleitung

1. Definitionen

Das THG definiert *technische Norm* als eine nicht rechtsverbindliche, durch normenschaffende Organisationen aufgestellte Regel, Leitlinie oder Merkmal, welche insbesondere die Herstellung, die Beschaffenheit, die Eigenschaften, die Verpackung oder die Beschriftung von Produkten oder die Prüfung oder die Konformitätsbewertung betrifft.¹¹ Bei der normenschaffenden Organisation

⁸ Einheitenverordnung vom 23. November 1994 (SR 941.202) in der Fassung von AS 1994 3109.

⁹ <http://physics.nist.gov/cuu/Constants>.

¹⁰ AS 2012 7193.

¹¹ So Art. 3 Bst. c Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG; SR 946.51). Leicht anders Art. 2 Ziff. 12 Bundesgesetz vom 21. März 2014 über Bauprodukte (Bauproduktengesetz, BauPG; SR 933.0): eine technische Spe-

kann es sich um eine klassische Normungsorganisation (z.B. SNV, Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein SIA, European Committee for Standardization CEN, European Committee for Electrotechnical Standardization CENELEC), Fachverbände oder staatsnahe (nationale oder internationale) Vereinigungen handeln.¹²

Rein technische Normen sind laut dem BGer¹³ «unwichtig»¹⁴ und könnten auch Gegenstand einer Vollziehungsverordnung sein. Funktional handle es sich dabei um Verwaltung und nicht Rechtsetzung. So juristisch elegant das Kriterium der Wichtigkeit auch ist, wird es aber im Einzelfall häufig Probleme bereiten: ist der Immissionsgrenzwert nun eine unwichtige (besser: technische) Regelung oder ein politisch relevanter Schutz vor nichtionisierender Strahlung? Ist eine Vorschrift, die der marktüberwachenden Verwaltung hilft, aber dem Hersteller Mehrkosten auferlegt, technisch oder eine politische Abwägung zwischen den kommerziellen Interessen des Produzenten und dem Konsumentenschutz?

Als Beispiel für die Wichtigkeit mögen die gesetzlichen Masseinheiten dienen. Art. 2 Abs. 1 MessG¹⁵ bestimmt, dass die Schweiz das *Système international d'unités SI* anwendet. Dessen sieben Basiseinheiten werden im Gesetz erwähnt und alsdann in der Einheitenverordnung präzisiert. Der Gesetzgeber hätte aber stattdessen auch auf die Normenreihe SN EN ISO 80000, 2008 und 2013, Grössen und Einheiten verweisen können.

Da die rechtlichen Aspekte der *Verweisungstechniken* auf Normen bereits an anderer Stelle umfassend abgehandelt wurden, sei hier auf diese Literatur verwiesen.¹⁶

zifikation zur wiederholten oder ständigen Anwendung, die von einem nationalen oder internationalen Normungsgremium angenommen wurde.

¹² Hierzu IV.; UHLMANN, S. 91, verwendet in diesem Zusammenhang den Ausdruck «quasi-staatliches Recht».

¹³ BGE 136 I 316, E. 2.4.1, S. 320.

¹⁴ Hierzu UHLMANN, S. 103 Fn. 31; MÜLLER/DERS., N 226 ff.; KÖBRICH, S. 60 f.; BJ, Gesetzgebungsleitfaden, N 593.

¹⁵ Bundesgesetz vom 17. Juni 2011 über das Messwesen (Messgesetz, MessG; SR 941.20).

¹⁶ ISO/IEC, S. 7 f.; HÄRTEL, S. 461 ff.; ODERMATT, S. 85 ff.; UHLMANN, S. 92 ff.; DERS./GILI, in diesem Band, S. 8 ff.; MÜLLER/DERS., N 360 ff.; KÖBRICH, S. 62 ff.; BJ, Gesetzgebungsleitfaden, N 897 ff.

2. Gründe für die Verwendung technischer Normen durch den Staat

Eine Vielzahl von Gründen spricht für resp. verlangt die Verwendung (sei es durch Verweis oder Inkorporation) technischer Normen im Rahmen der Rechtsetzung:

- Art. 4 Abs. 5 THG¹⁷ verlangt, dass bei technischen Vorschriften über Produktanforderungen nach Möglichkeit auf technische Normen *Bezug genommen* wird;
- der Gesetzgeber kann sich *entlasten*, indem er auf die umfassende Arbeit zurückgreift, welche in Normengremien bereits geleistet wurde.¹⁸ Man kann durchaus sagen, dass der Verweis auf bereits bestehende technische Normen Ausdruck des *wirksamen und wirtschaftlichen Einsatzes der Mittel* ist;¹⁹
- es wird *Rechtssicherheit und Klarheit* geschaffen. Werden Regelungen aufgestellt, die auf technischen Normen beruhen, wird Unsicherheit vermieden, die aus der Interpretation von verwaltungs eigenen (und normabweichenden) Texten entstehen kann;²⁰
- sehr häufig dient der Verweis auf technische Normen dem *Vollzug internationalen Rechts*;²¹
- die Bezugnahme auf technische Vorschriften in Normen vermag *technische Handelshemmnisse abzubauen*;
- die technische Normierung kann ein Mittel der Verwaltung sein, um die *Selbstregulierung* zu lenken;²²

¹⁷ Auf Gesetzesstufe finden sich analoge Vorschriften etwa in Art. 4 Abs. 2 Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über Seilbahnen zur Personenbeförderung (Seilbahngesetz, SebG; SR 743.01), Art. 6 Abs. 2 Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Produktesicherheit (PrSG; SR 930.11), Art. 12 BauPG, Art. 23f Abs. 2 Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (EBG; SR 742.101).

¹⁸ BJ, Gesetzgebungsleitfaden, N 898.

¹⁹ Art. 12 Abs. 4 Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz, FHG; SR 611.0).

²⁰ Siehe hierzu jedoch auch VIII.

²¹ Namentlich dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (SR 0.946.526.81).

²² So ausdrücklich Art. 41a Abs. 3 Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01), Art. 12 Abs. 2 Verordnung vom 1. Juli 1998 über Belastungen des Bodens (VBBo; SR 814.12) und erst unlängst Art. 27 Ent-

- eine technische Norm erlaubt grundsätzlich ein grösseres Mass an Partizipation. Für technische Regelungen wird nicht immer ein Anhörungsverfahren durchgeführt.²³ Der Prozess der technischen Normsetzung erlaubt dagegen eine konsequente Mitbeteiligung;
- eine Verweisung ermöglicht – je nach ihrer Ausgestaltung – auch eine rasche Anpassung des Erlassinhalts an den fortschreitenden Stand der Technik und der Wissenschaft.²⁴

Bei genauerer Hinsicht stellen sich einige Begründungen als *Scheinargumente* heraus:

- technische Normierung dienten dem *Bürokratieabbau*, da auf Regeln der Wirtschaft abgestellt werde. Die Normen gehören ungeachtet der Tatsache, dass sie nur als Verweise erscheinen, gleichermassen zur Rechtsordnung;
- *Überregulierungen* würden vermieden (*qualitative Deregulierung*) resp. die Verwaltung könne sich dieses Vorwurfes erwehren.²⁵ Es gilt das gleiche Argument wie zuvor. Das Österreichische Handbuch «Bessere Rechtsetzung» spricht daher auch treffend von einer *Umschichtungsmassnahme*,²⁶
- *Entlastung und Vereinfachung* des Erlasses, indem komplizierte und umfangreiche technische Detailbestimmungen nicht aufgenommen werden müssen.²⁷ Auch hier werden die Detailregelungen trotzdem aufgenommen, halt in der Form des Verweises;
- die einschlägigen internationalen Abkommen²⁸ sähen erhebliche *Notifikationserleichterungen* vor, wenn auf technische Normen Bezug genommen wird. Technische Normen sollen verwendet werden, weil sie sinnvoll sind, nicht

wurf zu einem Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturgesetz, FinfraG; BBl 2014 7647).

²³ Art. 10 Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz, VIG; SR 172.061).

²⁴ BJ, Gesetzgebungsleitfaden, N 898.

²⁵ HOMBERGER, S. 60 ff.

²⁶ <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=31617>, S. 12.

²⁷ BJ, Gesetzgebungsleitfaden, N 898.

²⁸ Übereinkommen vom 15. April 1994 über technische Handelshemmnisse (SR 0.632.20), Übereinkommen vom 15. April 1994 über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Massnahmen (SR 0.632.20) und Übereinkommen vom 21. Juni 2001 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) (SR 0.632.31). S. hierzu auch SECO, S. 1 ff.

weil die Verwaltung bei ihrer Verwendung etwa weniger Arbeitsaufwand hätte;

- es werde vermieden, technische Details zu regeln, die bald wieder obsolet würden.²⁹ Streng genommen kann man dieses Argument auch gegen den statischen Verweis verwenden;
- es könne Ausdruck der *Bequemlichkeit* der Verwaltung sein. Zum einen, um im Rahmen der Gesetzesvorbereitung unangenehme Fragen und Diskussionen zu vermeiden, oder um mit einem generellen Verweis auf eine gesamte Norm nicht präzise sein zu müssen;
- die Verwaltung könne ihre *mangelnde Sachkunde* dadurch kompensieren, dass sie auf technische Normen verweist. Dies ist natürlich ein Scheinargument, denn die rechtsvorbereitende Verwaltung würde ihrer Aufgabe nicht nachkommen, wenn sie nicht über das erforderliche Wissen verfügt. Fehlen ihr Kenntnisse über technische Regelungen, so hat sie sich dieses Expertenwissen mittels Gutachten oder Beratungsaufträgen zu beschaffen.

3. Regelung technischer Sachverhalte in Rechtsakten

Dem Gesetzgeber stehen mehrere Möglichkeiten offen, um technische Sachverhalte zu regeln:

- er kann auf bestehende technische Normen verweisen;
- er kann, wenn noch keine technische Norm existiert, auf die Schaffung einer solchen hinwirken. Dies etwa durch:
 - die eigene aktive Teilnahme an der Arbeit von Normenkomitees;
 - durch ein Normierungsmandat;
 - durch Förderung der Selbstregulierung (z.B. durch Förderung von *best practices* oder Sprechen von Fördergeldern^{30,31});

²⁹ HOMBERGER, S. 62.

³⁰ BJ, IKT-Zusammenarbeit, S. 16.

³¹ Auch im Technikrecht sind Selbstregulierungen der Wirtschaft möglich. S. etwa Medienmitteilung METAS/SVGW vom 5. November 2013 «Kaltwasserzähler: Wasserverbrauch zuverlässig messen». Zur Frage generell BOCK, Beschaffung, S. 249.

- durch die eigene Regelung von technischen Sachverhalten, sei es in einem Rechtserlass oder – gestützt auf eine Delegationsnorm – in einer Weisung.³²

Welche Form am sinnvollsten ist, kann nicht schematisch beantwortet werden und hängt vom Rechtsgebiet, vom technischen Problem, vom Zeitplan und anderen Faktoren ab. Das folgende *Beispiel* betreffend lufthygienischer Anforderungen an Baumaschinen und deren Partikelfiltersysteme soll dies näher erläutern:

Seit dem 1. Januar 2009 schreibt die Luftreinhalte-Verordnung³³ Partikelgrenzwerte für Baumaschinen und die Pflicht eines Partikelfiltersystems vor.

Zu den Anforderungen an Partikelfiltersysteme gehört unter anderem, dass sie bei freier Beschleunigung des Motors den Trübungskoeffizienten von $0,15 \text{ m}^{-1}$ unterschreiten müssen. Die entsprechende Trübungsmessung wird mit Messmitteln für Dieselrauch (Opazimetern) vorgenommen, die der VAMV³⁴ unterstehen. Das Problem bei dieser optischen Messtechnik ist, dass Partikel, deren Durchmesser kleiner ist als die Wellenlänge des eingesetzten Lichts, für die Geräte unsichtbar sind. Es ist deshalb möglich, dass zwar der vorgeschriebene maximale Trübungskoeffizient unterschritten wird, die Baumaschine aber dennoch zu hohe Partikelkonzentrationen emittiert. Um das zu verhindern, sind neue Messmittel und Messverfahren nötig, mit denen auch Partikel erfasst werden können, die für Opazimeter unsichtbar sind.

2009 gab es auf dem Markt noch keine serienreifen Partikelanzahl-Messmittel, die sich für Messungen der Emissionen von Baumaschinen auf Baustellen eigneten. Solche feldtauglichen Messmittel mussten für einen breiten Einsatz preislich erschwinglich sein.

Es bestand in diesem Beispiel ein klassisches *Chicken-and-egg*-Dilemma: Technische Normen bestanden keine, feldtaugliche Messmittel, die den Vollzug der LRV ermöglicht hätten, gab es noch keine und die potentiellen Hersteller solcher Messmittel wollten erst mit der Produktion beginnen, wenn sie aufgrund der technischen Anforderung das Marktpotential abschätzen konnten. In einem solchen Fall muss der Staat die Rolle des Normsetzers oder -initiators übernehmen.³⁵ Man könnte sich jedoch fragen, ob es nicht sinnvoll wäre, in einem solchen Fall eine Art Evaluationsklausel aufzunehmen, welche den Rechtsetzer zur Revision anhält, sobald technische Normen vorhanden sind.

³² Zum Beispiel delegiert Art. 4 Abs. 2-4 Verordnung des EJPD vom 28. November 2008 über Messmittel für Geschwindigkeitskontrollen und Rotlichtüberwachungen im Strassenverkehr (Geschwindigkeitsmessmittel-Verordnung; SR 941.261) technische Regelungskompetenzen an die zuständige Verwaltungseinheit.

³³ Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (LRV; SR 814.318.142.1).

³⁴ Verordnung des EJPD vom 19. März 2006 über Abgasmessmittel für Verbrennungsmotoren (VAMV; SR 941.242).

³⁵ Im Fall der Baumaschinen wurde die VAMV auf den 1. Januar 2013 um einen Abschnitt über Messmittel für Nanopartikel aus Baumaschinen ergänzt (AS 2012 5371).

Verweise auf eine technische Norm können vollständig oder partiell³⁶ erfolgen. Der Gesetzgeber kann mehrere Normen alternativ zur Befolgung anbieten.³⁷ Enthält eine Norm Optionen oder Alternativen sollte klar angegeben werden, welche Möglichkeit gilt oder wer die Auswahl treffen darf.

4. Technische Normen und Stand der Technik

Technische Normen geben nicht notwendigerweise auch den Stand der Technik wieder.³⁸ Es ist am Rechtsetzer zu entscheiden, ob eine nicht dem Stand der Technik entsprechende Norm seinen Ansprüchen genügt.³⁹

Technische Normen entstehen nicht in einem «regulatorischen Vakuum». Verschiedene Interessengruppen versuchen auf Normen Einfluss zu nehmen:

Im Bereich Lichttechnik war in der Vergangenheit klar geregelt, welche Organisation für welchen Bereich der Normierung zuständig war. Mit dem rasanten Technologiewechsel und den neuen gesetzlichen Anforderungen sind neue «Player» auf dem Markt erschienen (insbesondere Industrie und Gesetzgeber), welche begonnen haben, Normierungsprojekte zu starten, auch weil die klassischen Organisationen nicht schnell genug reagierten.

Im Zeitalter der Glühlampen kümmerte sich hauptsächlich die International Electrotechnical Commission (IEC) um die Normierung im Bereich elektrischer Sicherheit von Lampen und Leuchten. Die Internationale Beleuchtungskommission (CIE) veröffentlichte diverse Empfehlungen und *de facto* Normen für die Messtechnik und die Anwendung. Diese CIE-Publikationen sind dann in Europa durch das CEN in Europäische Normen und über die nationalen Normungsorganisationen in nationale Normen umgesetzt worden.

Mit dem Aufkommen der neuen Leuchtmittel (namentlich LED) und einer Vielzahl von neuen Akteuren sind neue Normierungskonsortien entstanden; z.B. haben sich einige Hersteller von LEDs zusammengeschlossen (unter dem Kunstnamen Zhaga) und versucht, Industrienormen zu generieren: z.B. will man LED-Komponenten auswechselbar machen. Hierzu müssen eine Vielzahl von Schnittstellen standardisiert werden (geometrisch, elektrisch, thermisch, photometrisch, kolorimetrisch, ...).

³⁶ Etwa § 23 Abs. 1 Verordnung des Regierungsrates des Kantons Thurgau vom 9. November 2010 zum Gesetz über die Energienutzung (RB 731.11) oder die in Fn. 68 erwähnten Beispiele.

³⁷ S. Beispiel 1 in VIII.

³⁸ So ausdrücklich der deutsche BGH: «DIN-Normen können die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben oder hinter diesen zurückbleiben» (BGHZ 139, 16; Auszeichnung durch den Verfasser).

³⁹ Daneben können für die Wahl überholter Normen ihr geringerer Preis oder die Tatsache sprechen, dass sie inzwischen frei zugänglich sind.

Mit dem Glühlampenverbot sind auch einige nationale Gesetzgeber aktiv geworden. Prominent ist das US-Department of Energy mit diversen Programmen (CALiPER für das Testen, EnergyStar für die Performance, ...). Da die USA Vorreiter waren, wurden ihre Normen *de facto* fast zu internationalen Normen.

International haben diverse Länder begonnen, im Rahmen der Internationalen Energieagentur (IEA) LEDs zu normieren.

In der Zwischenzeit sind auch die klassischen Normungsorganisationen tätig geworden: Die IEC hat begonnen, die Performance von LED zu standardisieren. Die CIE hat relativ spät und in enger Zusammenarbeit mit dem CEN begonnen, den LED-Messstandard zu erarbeiten. In Verhandlungen wurde seitens der CIE erreicht, dass die IEA und die IEC den CIE-Standard anerkennen werden, obwohl die Lösungsansätze der verschiedenen Organisationen deutlich verschieden sind: die CIE, unter dem Einfluss der nationalen Metrologieinstitute, legt grossen Wert auf die Messunsicherheit (inkl. Charakterisierung der Messgeräte, Rückverfolgbarkeit etc.); die IEC, unter dem Einfluss der Industrie, verfolgt einen pragmatischeren Ansatz.

Derartige Vorgänge sind normal, in einem gewissen Ausmass – da den kreativen Wettbewerb ankurbelnd – gesund und nicht zu vermeiden. Die Verwaltung muss sich aber solcher Einflussnahmen bewusst sein und sie v.a. auch verstehen. Sie darf keinesfalls private technische Normen kritiklos übernehmen.

5. Impliziter Normenverweis

Es ist nicht immer notwendig, dass der Staat in seinen Rechtsakten tatsächlich auf technische Normen Bezug nimmt.⁴⁰ In vielen Bereichen, denen es nicht am Kriterium der Wichtigkeit mangelt, hält sich der Staat mit Regelungen zurück (resp. verweist implizit auf Normen). Beispiele hierfür sind:

- Art. 15 Abs. 1 MessG bestimmt, dass in die Schweiz die mitteleuropäische Zeit (MEZ) gilt und dass diese der koordinierten Weltzeit (UTC) plus einer Stunde entspricht. Es wird weder ausgeführt, wie UTC definiert wird⁴¹ noch welche geographische Ausdehnung die MEZ-Zone hat.⁴²

⁴⁰ Hierzu umfassend RIEMER, S. 114 ff.

⁴¹ Nämlich durch die Recommendation ITU-R TF.460-6 «Standard-frequency and time-signal emissions».

⁴² International fehlt eine normierte Regelung der Zeitzonen (wohl aber ihrer Bezeichnungen: ISO 8601, 2004, Datenelemente und Austauschformate – Informationsaustausch – Darstellung von Datum und Uhrzeit). Grundsätzlich kann jeder Staat frei entscheiden, welcher Zeitzone er angehört; hierzu WINKLER, S. 338 ff. Aus Art. 15 Abs. 2 MessG lässt sich indirekt ableiten, dass die Schweiz, wie alle ihre benachbarten Staaten, in der MEZ-Zone zu liegen hat.

- Die Schweiz wendet den gregorianischen Kalender an, ohne dass dies rechtlich geregelt ist.⁴³
- Art. 5 Abs. 2 SpG⁴⁴ schreibt wohl vor, dass die Amtssprachen in ihren Standardformen zu verwenden ist. Obschon der Bericht der vorberatenden parlamentarischen Kommission *Standardsprache* definiert als «überregionale Sprachvarietät, die in einer Sprachgemeinschaft allgemein zur Verständigung verwendet wird und vor allem in Bezug auf Grammatik, Aussprache und Rechtschreibung einer weitgehenden Normierung und Kontrolle durch öffentliche Institutionen unterliegt»⁴⁵, ist die deutsche Sprache, abgesehen von der Rechtschreibung, die für Schule und Verwaltung festgelegt ist, nicht amtlich normiert.⁴⁶ Für das Verfassen deutschsprachiger amtlicher Texte des Bundes liegen auch noch Weisungen der Bundeskanzlei zu Schreibungen und Formulierungen vor sowie ein Leitfaden zum geschlechtergerechten Formulieren im Deutschen.⁴⁷
- Das aus dem Alltag nicht mehr wegzudenkende DIN-Papierformat wird als so selbstverständlich vorausgesetzt, dass verschiedene Gebührenerlasse des Bundes⁴⁸ referenzlos darauf basieren.

⁴³ Zur staatlichen Zeitordnung des Kalenders s. WINKLER, *Zeit*, S. 326 ff. und zur Schweizer Situation das HISTORISCHE LEXIKON DER SCHWEIZ (e-HLS), <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D12812.php>.

⁴⁴ Bundesgesetz vom 5. Oktober 2007 über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften (Sprachengesetz, SpG; SR 441.1).

⁴⁵ BBl 2006 8977, 9031 (Auszeichnung durch den Verfasser).

⁴⁶ Eine einheitliche, verbindlich geregelte Rechtschreibung gibt es im deutschen Sprachraum übrigens erst seit 1901, seit der 2. Orthographischen Konferenz, die vom 17. bis 19. Juni 1901 in Berlin stattfand. Deren Ergebnisse wurden allen deutschen Ländern, der Schweiz und Österreich mitgeteilt. Der Bundesrat beschloss am 18. Juli 1902 die neue Rechtschreibung in der Schweiz einzuführen; s. NERIUS, S. 321 ff. und LOOSER, S. 425 ff.

Heute gilt für das Deutsche die folgende Rechtschreibregelung: Deutsche Rechtschreibung. Regeln und Wörterverzeichnis. Entsprechend den Empfehlungen des Rats für deutsche Rechtschreibung, überarbeitete Fassung des amtlichen Regelwerks 2004 mit den Nachträgen aus dem Bericht 2010, München/Mannheim 2006, zu finden auf <http://rechtschreibrat.ids-mannheim.de>.

⁴⁷ BK, Schreibweisungen, S. 1 ff.; DIES., *Sprache*, S. 1 ff.

⁴⁸ Statt vieler Verordnung des EDI vom 17. Januar 2007 über die Gebühren der Schweizerischen Nationalbibliothek (GebV-EDI-NBib; SR 432.219.1).

Die Tatsache, dass etwas bereits privat geregelt wurde, sollte den Gesetzgeber innehalten lassen und bei ihm die Frage aufwerfen, ob eine Regelung überhaupt noch notwendig ist.

III. Staatliche Beteiligung an privater technischer Normierung

Die gesetzesvorbereitende Verwaltung kann sich wie jedes andere Unternehmen auch an der Erarbeitung resp. Änderungen von Normen beteiligen; sei dies durch das Stellen eines Normenantrags, die Mitwirkung in Normenkomitees oder die Abgabe von Stellungnahmen zu Normen-Entwürfen. Die Mitwirkung kann dabei direkt oder indirekt durch einen Verband erfolgen.

1. Regelungsansätze Europa/Schweiz

a) Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 zur europäischen Normierung

Die EU regelt mit der Verordnung zur europäischen Normung⁴⁹ u.a. die Unterstützung der Rechtsvorschriften und der Politik der Union durch das Institut der privaten Normierung.

Die Mitgliedstaaten werden beauftragt, sofern angemessen, die Beteiligung von Behörden, einschliesslich der Marktüberwachungsbehörden, an den nationalen Normungstätigkeiten zu fördern.⁵⁰

Die EU-Kommission kann Normungsaufträge für sog. *mandatierte Normen* an europäische Normungsorganisationen erteilen.⁵¹ Das Verzeichnis der Mandate ist öffentlich zugänglich.⁵² Obschon das Mandat von der Normungsorganisation angenommen werden muss und darin eine Frist genannt wird, bedeutet dies

⁴⁹ Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur europäischen Normung (ABl. L 316 vom 14. November 2012, S. 12 ff.).

⁵⁰ Art. 7 Verordnung (EU) Nr. 1025/2012.

⁵¹ Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 1025/2012.

⁵² http://ec.europa.eu/enterprise/standards_policy/mandates/database.

nicht, dass die Norm auch fristgemäss (und inhaltlich erwünscht) vorgelegt wird.⁵³

Spezifische Vorschriften sorgen dafür, dass möglichst alle interessierten Kreise einbezogen werden.⁵⁴

M.E. nähert sich die private technische Normierung mit dieser Verordnung und ihrer Prozessregulierung – noch weiter (?) – an die staatliche Gesetzgebung an.

b) Notifikationsverordnung

In der Schweiz regeln namentlich Art. 11 und 13 THG sowie die Notifikationsverordnung⁵⁵ die technische Normierung. Im Unterschied zum EU-Recht fällt auf, dass die Transparenz weniger ausgebaut und der Einbezug der interessierten Kreise weniger formalisiert ist. Die Möglichkeit zur Schaffung mandatiertes Normen besteht auch im Schweizer Recht.⁵⁶

2. Beteiligung der Verwaltung an der Normsetzung

Im Recht der technischen Normierung⁵⁷ fehlt eine Verpflichtung des Staates, sich an der Ausarbeitung technischer Normen zu beteiligen.⁵⁸

Die Beteiligung an der Ausarbeitung von Normen steht grundsätzlich jedermann offen. Allerdings stellen das erforderliche Fachwissen und die Sprache für einige Interessengruppen ein Hindernis dar. Mit der Beteiligung der Verwaltung

⁵³ Zum Beispiel der Normierung von Smart Meters s. Bock, Smart Meters, S. 120 f., 126 f.

⁵⁴ Art. 5, 16 und 23 Verordnung (EU) Nr. 1025/2012.

⁵⁵ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Notifikation technischer Vorschriften und Normen sowie die Aufgaben der Schweizerischen Normen-Vereinigung (Notifikationsverordnung, NV; SR 946.511). S. weiter Fn. 17.

⁵⁶ Art. 5 Abs. 3 Verordnung vom 9. April 1997 über elektrische Niederspannungserzeugnisse (NEV; SR 734.26), Art. 5 Abs. 3 Verordnung vom 18. November 2009 über die elektromagnetische Verträglichkeit (VEMV; SR 734.5), Art. 4 Abs. 3 BauPG, Art. 6 Abs. 4 PrSG, Art. 11 Bst. a THG.

⁵⁷ Im Finanzmarktrecht ist eine solche etwa in Art. 7 Abs. 3 Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1) vorhanden.

⁵⁸ Mit etwas bösem Willen könnte man gar aus Art. 6 Abs. 1 NV herauslesen, dass nicht einmal eine Verpflichtung der Verwaltung besteht, über die technischen Normen, auf die in Rechtsakten in ihrem Verantwortungsbereich verwiesen wird, zu verfügen. Auch aus Art. 9 Abs. 4 Bst. b PublV i.V.m. BBl 2013 3095 (Fn. 89) folgt nichts anderes.

am Normsetzungsprozess kann die demokratische Legitimation von technischen Normen gefördert werden, indem die Verwaltung ihrerseits die Anliegen anderer Interessengruppen einbringt oder ihnen die Beteiligung ermöglicht. Die Beteiligung kann auch einen politischen Akt darstellen.⁵⁹

Der Verwaltung ermöglicht die direkte Beteiligung einen *Informationsvorsprung* zu erlangen.⁶⁰ Dieser ist insbesondere notwendig, um den Unterhalt von statischen Verweisen auf ändernde technische Normen zu erlauben.

Die Kontrolle der Einhaltung technischer Normen erfolgt namentlich durch das Instrument der *Marktüberwachung*.⁶¹ Hierbei wird nach dem Inverkehrbringen stichprobenartig kontrolliert, ob das Produkt mit den in den technischen Anforderungen genannten Normen übereinstimmt. Anforderungen machen nur dann Sinn, wenn sie sowohl vom Hersteller als auch den Organen der Marktüberwachung mit sinnvollem Aufwand und Kosten überprüft werden können. Naturgemäss schenken Hersteller dem Aspekt der Kontrollierbarkeit wenig(er) Beachtung. Der Einbezug der Verwaltung in den Normsetzungsprozess kann dem entgegenwirken.⁶²

Die Beteiligung erlaubt den *Wissenstransfer*. Insbesondere kann die Verwaltung spezifische Probleme anbringen, die sich den Unternehmen erst in der dem Vertrieb nachgelagerten Marktüberwachung stellen. Erst dann Korrekturen vorzunehmen, ist für die Unternehmen mit sehr hohen Kosten verbunden.

Technische Normen sind auf der anderen Seite *keine staatlichen Vollzugshilfen*.⁶³ Sie vereinheitlichen die Herstellung, die Beschaffenheit, die Eigenschaften, die Verpackung oder die Beschriftung von Produkten. Sie sind schergewichtig von einer Branche aufgestellt und dienen den Interessen dieser Branche. Sie erheben nicht den Anspruch, eine Interessenabwägung vorzunehmen. Technische Normen sind nicht dazu angelegt, von der Verwaltung für ihre Zwecke gebraucht zu werden. Ein Einbezug der Verwaltung verwischt die Grenzen zwischen Normierung und Rechtsetzung. Das bedeutet aber nicht, dass die Rechtsordnung nicht auf technische Normen Bezug nehmen könnte. Vielmehr kann man die Auffassung vertreten, dass sich der Staat nicht in die technische Normierung

⁵⁹ S. Medienmitteilung EDA/BAFU/BLW vom 1. September 2014 «Wasser-Fussabdruck: Erfolgreiches Engagement der Schweiz für neue ISO-Norm zur Wassernutzung».

⁶⁰ ULLRICH, S. 819.

⁶¹ Art. 19 ff. THG. Hierzu BÜHLER, S. 177 ff.

⁶² ISO/IEC, S. 10.

⁶³ ISO/IEC, S. 9.

einmischen soll. Wenn eine technische Norm seinen Interessen dient, dann kann er sie übernehmen oder sich dazu entschliessen, das Regelungsobjekt anders zu regulieren.

Technische Normen sollten nur in Ausnahmefällen national ausgerichtet sein.⁶⁴ Der Einbezug einer nationalen Behörde steigert zum einen das Risiko, dass die Normierung bestimmten nationalen Interessen dient und zum anderen, dass handelspolitische Einflussnahmen geschehen.

Mit Normen werden urheberrechtlich geschützte Werke geschaffen. Beteiligen sich etwa staatliche Universitäten an der Schaffung von geistigen Eigentumsrechten, so verlangen sie dafür eine Abgeltung.⁶⁵ Jedoch ist zu sehen, dass diese Regeln für alle an der Normsetzung Beteiligten gelten (und sie auch noch für ihre Beteiligung einen Beitrag zu entrichten haben).

3. Rechtsetzung durch Normenbeteiligung

Die Selbstregulierung ist eine Möglichkeit, wie der Staat – unter Umständen unter Zuhilfenahme von Normen – eine Regulierung erreichen kann. Beispiele hierfür sind etwa Art. 41a Abs. 2 und 3 USG und Art. 7 Abs. 3-5 FINMAG.

IV. Private Beteiligung an staatlicher technischer Normierung

1. Begriffliches

Technische Normen können auch durch Behördenorganisationen oder internationale Organisationen geschaffen werden, wobei deren Prozesse grosse Ähnlichkeit mit der privaten Normsetzung haben:

- Die Weltorganisation für geistiges Eigentum (OMPI) hat zahlreiche Standards herausgegeben, die (teilweise auf internationalen technischen Nor-

⁶⁴ Explizit aber Art. 6 Abs. 4 PrSG: «[Das zuständige Bundesamt] kann unabhängige schweizerische Normenorganisationen beauftragen, technische Normen zu schaffen».

⁶⁵ S. etwa Verordnung des ETH-Rates vom 9. Juli 2014 über die Immaterialgüter im ETH-Bereich (SR 414.172).

- men basierend) technische Details der Information über und Dokumentation von geistigen Eigentumsrechten regeln.⁶⁶
- Die Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe (Skos) definiert mit ihren Richtlinien die Berechnung der Sozialhilfe.⁶⁷ Kantonale Erlasse nehmen in unterschiedlichster Form darauf Bezug.⁶⁸
 - Die internationale Organisation für das gesetzliche Messwesen (OIML) publiziert technische Standards betreffend die Zulassung und Eichung von Messmitteln.⁶⁹
 - Die European Cooperation in Legal Metrology (WELMEC) publiziert sog. *guidance documents*. Obschon diese Dokumente *per se* nicht bindend sind, dienen sie der harmonisierten Anwendung der einschlägigen EU-Richtlinien und haben damit *de facto* den Status von technischen Normen.⁷⁰
 - Der Verein eCH fördert, entwickelt und verabschiedet E-Government-Standards.⁷¹
 - Die Vereinigung der Strassenverkehrsämter (ASA) gibt Richtlinien heraus, die sich an die kantonalen Strassenverkehrsämter richten.⁷² Ihr gehören die Amtsvorsteher der Strassenverkehrsämter und Motorfahrzeugkontrollen der Kantone und des Fürstentums Liechtenstein an. Sie bezweckt die einheitliche Anwendung der Verkehrsvorschriften in den Kantonen. Die Verei-

⁶⁶ http://www.wipo.int/standards/en/part_03_standards.html.

⁶⁷ <http://skos.ch/skos-richtlinien>.

⁶⁸ § 2a f. Verordnung des Regierungsrates des Kantons Thurgau vom 15. Oktober 1985 zum Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfeverordnung; SR 850.11) mit einem dem Wortlaut nach dynamischen Verweis; § 9 Verordnung des Kantons Zug vom 20. Dezember 1983 zum Sozialhilfegesetz (Sozialhilfeverordnung; BGS 861.41).

⁶⁹ <http://www.oiml.org/fr/publications/recommendations>. S. etwa Art. 6 Abs. 2 Verordnung des EJPD vom 5. Oktober 2010 über Messmittel zur Bestimmung des Alkoholgehaltes und der Alkoholmenge (Alkoholbestimmungsverordnung, AlkBestV; SR 941.210.2).

⁷⁰ <http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/legal-metrology-and-prepack/documents/guidance-documents>. Ziff. 5.6 Anhang 3 Verordnung des EJPD vom 30. Januar 2015 über Atemalkoholmessmittel (AAMV; SR 941.210.4).

⁷¹ Art. 5 Verordnung des EDI vom 20. März 2008 über die technischen und grafischen Anforderungen an die Versichertenkarte für die obligatorische Krankenpflegeversicherung (VVK-EDI; SR 832.105.1), Art. 7 Verordnung des Bundesamtes für Landestopografie vom 26. Mai 2008 über Geoinformation (GeoIV-swisstopo; SR 510.620.1), Art. 21 Technische Verordnung des EJPD und des VBS vom 28. Dezember 2012 über das Grundbuch (TGBV; SR 211.432.11); hierzu auch BJ, IKT-Zusammenarbeit, S. 16.

⁷² <http://www.asa.ch/de/Webshop/Richtlinien>.

nigung hat keinerlei Rechtsetzungsbefugnisse; ihren Richtlinien kommt daher kein Rechtssatzcharakter zu.⁷³

- Der Schweizerische Verband der Strassen- und Verkehrsfachleute (VSS) ist ein Zusammenschluss von Fachleuten, Unternehmen und Institutionen des privaten und des öffentlichen Sektors, die sich mit der Planung, der Projektierung, dem Bau, dem Betrieb, dem Unterhalt, der Nutzung und dem Rückbau von Verkehrsanlagen befassen. Seine Normen sind im Strassenverkehrsrecht anzutreffen.⁷⁴

2. Vorteile

Die Nutzung dieses «quasi-staatlichen» Rechts⁷⁵ ist mit Vorteilen verbunden:

- die referenzierten Dokumente sind i.d.R. frei und kostenlos zugänglich;
- die Dokumente sind spezifisch für die Bedürfnisse der Verwaltung geschaffen worden. Entsprechend ist in ihnen ein hohes Verwaltungswissen vorhanden. Dies ermöglicht namentlich solchen Verwaltungen, die im Sachgebiet über (noch) wenig Erfahrungen verfügen, vom Wissen anderer zu profitieren;
- sie können die Basis für spätere private Normen sein.⁷⁶

3. Nachteile

Dem stehen gewisse Nachteile gegenüber:

- oftmals sind diese Normen nicht in allen Amtssprachen erhältlich. Insbesondere international erarbeitete Dokumente liegen meist nur in Englisch und allenfalls noch Französisch vor;
- je nach Verwaltungstradition neigen derartige Dokumente zu einer Überregulierung;

⁷³ BGer Urteil 1C_49/2014 vom 25. Juni 2014, E. 2.

⁷⁴ Verordnung des UVEK vom 12. Juni 2007 über die auf die Signalisation von Strassen, Fuss- und Wanderwegen anwendbaren Normen (SR 741.211.5).

⁷⁵ UHLMANN, S. 91.

⁷⁶ Die OIML-Empfehlung R 111, 2004, Poids des classes E₁, E₂, F₁, F₂, M₁, M₁₋₂, M₂, M₂₋₃ et M₃ ist auch als Norm DIN 8127, 2007, Gewichtstücke der Genauigkeitsklassen E₁, E₂, F₁, F₂, M₁, M₁₋₂, M₂, M₂₋₃ und M₃ zu finden.

- die Beteiligung Privater und anderer Interessengruppen ist nicht in jedem Fall gegeben.

V. Technische Normen als Interpretationshilfen und Basis für Weisungen

Normen können der Verwaltung als Interpretationshilfen, Sachverständigenmeinungen bei der Rechtsanwendung und als Basis für Weisungen dienen:

- Das Bundesgericht hat bezüglich der Richtlinien der ASA mehrfach festgehalten, dass ihnen kein Rechtssatzcharakter zukommt, dass sie jedoch als Sachverständigenmeinungen berücksichtigt werden können.⁷⁷
- Die Weisungen des Eidgenössischen Instituts für Metrologie zu den Mengenangabeverordnungen konkretisieren durch Normenverweise die bundesrechtlichen Vorschriften über die Mengenangaben im Offenverkauf und auf Fertigpackungen.⁷⁸

Die grundsätzlichen Probleme mit der Verwendung technischer Normen in der Rechtsetzung (d.h. Verweis, Sprache, Zugänglichkeit) stellen sich auch hier. Es können jedoch dynamische Verweise vorgenommen werden⁷⁹, sofern die weisungserlassende Verwaltungseinheit organisatorisch sicherstellt, dass sie Kenntnis vom (und Einfluss auf den) jeweiligen Norminhalt hat.

VI. Normadressaten

Technische Normen werden von Fachleuten geschrieben und richten sich wiederum an *Fachleute*⁸⁰. Anforderungen wie Verständlichkeit⁸¹ gelten nur insoweit, dass technische Normen eben nicht für die Öffentlichkeit, sondern einen quan-

⁷⁷ BGer Urteil 1C_49/2014 vom 25. Juni 2014, E. 2; BGE 116 Ib 155, E. 2b, S. 158.

⁷⁸ <http://www.metas.ch/WeisungenMeAV>.

⁷⁹ BGE 136 I 316, E. 2.4.1, S. 320.

⁸⁰ Art. 5 Abs. 1 Bst. b PubIG.

⁸¹ Art. 7 SpG und Art. 2 Verordnung vom 4. Juni 2010 über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften (Sprachenverordnung, SpV; SR 441.11).

titativ relativ kleinen Kreis von Fachleuten, die im Gebrauch der «technischen Sprache» geschult sind⁸², bestimmt sind.

Mit der Aufnahme ins Recht treten jedoch zwei neue Kategorien von Benutzern in den Fokus, nämlich kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) sowie Laien, die über das Fachwissen häufig nicht verfügen (und auch nicht verfügen müssen).

Die unterschiedlichen Bedürfnisse äussern sich etwa in der Sprache, der Verständlichkeit sowie dem Zugang.

1. Sprache

Während schweizerische Normen häufig in allen drei Amtssprachen vorhanden sind, sind internationale technische Normen oftmals nur in Englisch und allenfalls Französisch zugänglich.⁸³ Gemäss Art. 14 Abs. 2 PublG⁸⁴ kann der Bundesrat bestimmen, dass durch Verweis veröffentlichte Texte nicht in allen drei Amtssprachen oder in keiner Amtssprache publiziert werden oder dass auf eine Übersetzung in die Amtssprachen verzichtet wird, wenn die in diesen Texten enthaltenen Bestimmungen die Betroffenen nicht unmittelbar verpflichten oder die Betroffenen diese Texte ausschliesslich in der Originalsprache benötigen. Die Botschaft begründet dies damit, dass die betroffenen Personen nur mit der Terminologie der Originalsprache vertraut sind.⁸⁵

Wie UHLMANN⁸⁶ richtig ausführt, ist die Verwendung in einer (nicht allen Schweizer Amtssprachen entsprechenden) Originalsprache nicht generell in den Bereichen des besonderen Verwaltungsrechts zulässig. Die Abgrenzung ist mit gesundem Menschenverstand vorzunehmen. Während man davon ausgehen kann, dass nur Fachleute mit einem spezifischen Wissen Aufzüge, Druckbehälter, Messmittel oder Luftfahrzeuge in Verkehr bringen, ist im Bereich von Kleidung und Lebensmitteln eher davon auszugehen, dass KMU sowie «Mom And Pop Businesses» betroffen sind.

⁸² BAUMANN, S. 71.

⁸³ Siehe Beispiele bei UHLMANN, S. 90 f., mit Hinweisen spezifisch zum Publikationsrecht des Bundes.

⁸⁴ Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512).

⁸⁵ BBl 2003 7711, 7735.

⁸⁶ UHLMANN, S. 91.

2. Verständlichkeit

Würde man jede technische Norm in alle Amtssprachen übersetzen, so wäre wohl dem Wortlaut von Art. 14 PubLG in allen Fällen entsprochen. Allerdings ist fraglich, ob die Adressaten, die eben eine Übersetzung benötigen, dadurch in die Lage versetzt werden, den Inhalt einer technischen Norm und deren konkrete Auswirkung zu erfassen. Art. 2 Abs. 1 SpV verlangt, dass die amtlichen Publikationen und die weiteren für die Öffentlichkeit bestimmten Texte des Bundes in allen Amtssprachen sachgerecht, klar und bürgerfreundlich formuliert sind. Diese Anforderung vermögen die meisten Normen nicht zu erfüllen.

3. Zugänglichkeit

Die Publikation normativer Akte ist wohl im Publikationsrecht des Bundes vorgeschrieben, ergibt sich jedoch nur indirekt (Art. 5 und 9 BV⁸⁷) aus der Bundesverfassung.⁸⁸

Technische Normen können entweder bei einer Normungsorganisation⁸⁹ oder einer Verwaltungsstelle eingesehen, käuflich erworben oder über Internet bezogen werden⁹⁰ und werden weder im Bundesblatt (BBl) noch in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS) oder der SR vollständig publiziert.⁹¹

Die blossе Einsichtnahme stellt m.E. bei technischen Normen i.d.R. eine *Scheinveröffentlichung* dar. Eine technische Norm (deren Inhalt ja nicht kopiert werden darf) ist ein Dokument mit Tabellen, Formeln, Graphiken und weiteren komplexen technischen Aussagen. Durch eine einfache Lektüre wird es auch einer

⁸⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

⁸⁸ HÜRLIMANN, S. 89 Rz. 21.

⁸⁹ Mit Brief vom 27. März 2013 an das SECO bestätigt die SNV, dass soweit die schweizerische Gesetzgebung auf technische Normen mit dem Hinweis verweist, dass sie bei der SNV eingesehen und bezogen werden können, dass diese Normen bei der Geschäftsstelle der SNV kostenlos eingesehen und zu den anwendbaren Bezugsbedingungen erhältlich sind (BBl 2013 3095). Diese Vereinbarung bindet jedoch nur die SNV und nicht andere Normierungsorganisationen, deren Normen nicht unter dem Dach der SNV publiziert werden.

⁹⁰ Art. 9 Abs. 4 PubLV.

⁹¹ Hierzu im Detail UHLMANN, S. 89 ff.

Fachperson nur sehr schwierig möglich sein, den Inhalt korrekt zu erfassen und die notwendigen Schlüsse zu ziehen.

Auch bei der Publikation von Urteilen stellen sich analoge Fragen.⁹²

4. Folgerungen

Im Unterschied zum europäischen⁹³ kennt das Schweizer Recht keine ausdrückliche KMU-Klausel betreffend der Normierung.⁹⁴ Normen werden häufig durch KMUs genutzt, da sie aufgrund ihrer Grösse und Produkte resp. Dienstleistungen nicht selber standardsetzend sein können. Ihr Problem ist jedoch der Zugang. Noch verschärfter ist die Situation für Laien oder Einzelunternehmen.

Es wäre m.E. übertrieben, wenn man fordern würde, dass gegenüber Laien gar keine Normen verwendet werden dürfen. Richtet sich ein Normenverweis aber typischerweise an solche Nutzer, so ist mit einer gewissen Zurückhaltung vorzugehen, d.h.:

- wenn möglich und sinnvoll ist auf die wesentlichen Normeninhalte nicht zu verweisen, sondern sie sind zu inkorporieren;⁹⁵
- mittels Merkblättern o.Ä. ist auf den Normeninhalt hinzuweisen;
- auf Normentexte, die in keiner Amtssprache vorhanden sind, sollte nur äusserst zurückhaltend verwiesen werden.

⁹² Hierzu HÜRLIMANN, S. 82 ff.

⁹³ Art. 6 Verordnung Nr. 1025/2012.

⁹⁴ Dies schliesst aber nicht aus, dass sich die Gremien nach der Verordnung vom 8. Dezember 2006 über die Koordination der Politik des Bundes zugunsten der kleinen und mittleren Unternehmen (VKP-KMU; SR 172.091) zum Thema Normierung äussern.

⁹⁵ Als Beispiel für eine Begründung der Integration siehe den Erläuternden Bericht zur Anhörung zur Verordnung über die Mengenangabe im Offenverkauf und auf Fertigpackungen (Mengenangabeverordnung, MeAV), August 2011, S. 19 (http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2005/MeAV_Erl_Bericht_de.pdf). Vgl. hierzu auch das in VII. erwähnte Beispiel.

VII. Statische Verweise auf dynamische technische Normen

Bei der statischen (datierten) Verweisung wird auf ein Dokument referenziert, welches aufgrund einer Versionierung und/oder Datierung klar definiert ist. Dieses Prinzip basiert auf der Idee, dass eine technische Norm analog zu einem Buch klare Auflagen und Neuauflagen hat. Es wird jedoch nicht immer auf einzelne Dokumente, sondern auch auf ganze Dokumentensammlungen (Datenbanken) verwiesen:⁹⁶

- *Rechnungslegungsstandards* bestehen wohl aus einzelnen Standards, die in unterschiedlichen Geschwindigkeiten und Abhängigkeiten revidiert werden, jedoch wird in der Regel auf die Gesamtheit verwiesen;^{97 98}
- die *Pharmakopöe* enthält verbindliche Qualitätsvorschriften für Arzneimittel, Hilfsstoffe und einige Medizinprodukte. Sowohl die europäische als auch die schweizerische Pharmakopöe werden heute mittels klaren Nachträgen aktualisiert, auf die entsprechend verwiesen wird;⁹⁹

⁹⁶ S. für diesen Fall Art. 5 Abs. 1 Bst. c PublG und BBl 2013 7077 m.w.H.

⁹⁷ Dynamische Verweise sind anzutreffen in Art. 14 Abs. 3 Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1), Art. 1 Abs. 1 Verordnung vom 21. November 2012 über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung (VASR; SR 221.432), Art. 74 Abs. 2 Verordnung vom 24. September 2004 über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankenverordnung, VSBG; SR 935.521), Art. 53 Abs. 1 Finanzhaushaltverordnung vom 5. April 2006 (FHV; SR 611.01), Art. 2 Verordnung der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde vom 17. März 2008 über die Beaufsichtigung von Revisionsunternehmen (Aufsichtsverordnung RAB, ASV-RAB; SR 221.302.33), Art. 6 Abs. 2 Bst. b Postorganisationsverordnung vom 24. Oktober 2012 (VPOG; 783.11), Art. 30^{quater} Abs. 4 Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (EnV; SR 730.01); statischer Verweis in Art. 47 Abs. 2 Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2; SR 831.441.1).

⁹⁸ Die Verordnung (EG) Nr. 1126/2008 der Kommission vom 3. November 2008 zur Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards gemäss der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 320 vom 29. November 2008, S. 1 ff.; mit seither diversen Anpassungen) bezeichnet dagegen im Einzelnen die anwendbaren resp. nicht anwendbaren (*carve-outs*) Standards.

⁹⁹ Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Pharmakopöe (Pharmakopöeverordnung, PhaV; SR 812.211), Art. 1 Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts vom 9. November 2001 über den Erlass der Pharmakopöe und die Anerkennung von Arzneibüchern (SR 812.214.11). Massgeblich ist die französische Originalausgabe der *Pharmacopoea Europaea*. Um dem Problem der Aktualität zu begegnen, können bis zur Herausgabe der deutschen Fassung einzelne Texte in deutscher Sprache als Druckfahne bei Swissmedic bezogen werden.

- das *Schweizerische Lebensmittelbuch* (SLMB) wird vom Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen herausgegeben. Es enthält Empfehlungen für die Untersuchung und die Beurteilung von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen.¹⁰⁰ Die Online-Anwendung¹⁰¹ hat die auf Papier und CD-ROM publizierte Version vollständig ersetzt. Es finden sich sowohl dynamische als auch statische Verweise auf das SLMB;¹⁰²
- Anhang 1 Verordnung des EJPD über nichtselbsttätige Waagen¹⁰³ verweist auf das *Vocabulaire international des termes de métrologie légale* (VIML).¹⁰⁴ In absehbarer Zeit wird das VIML jedoch durch eine elektronische Version ersetzt, die häufigere Aktualisierungen erlaubt;¹⁰⁵
- in diese Gruppe fallen auch *Normenreihen oder -serien*. Darunter sind mehrere Normen zu verstehen, die inhaltliche oder thematische Gemeinsamkeiten aufweisen.¹⁰⁶

In Anbetracht der Schnelligkeit technologischer Entwicklungen und der Möglichkeiten des Internets kann erwartet werden, dass klassische technische Normen nicht nur durch elektronische Dokumente ersetzt werden, sondern v.a. durch online verfügbare Datenbanken. Deren Inhalt wird wohl noch in einem definierten Verfahren und unter Beachtung bestimmter Regeln aktualisiert

¹⁰⁰ Art. 61 Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 (LGV; SR 817.02).

¹⁰¹ <http://www.slmb.bag.admin.ch>.

¹⁰² Dynamisch: Art. 77 Abs. 2, 88 Abs. 1 Verordnung des EDI vom 23. November 2005 über den Vollzug der Lebensmittelgesetzgebung (SR 817.025.21); statisch: Anhang 1 Verordnung des EDI vom 23. November 2005 über Bedarfsgegenstände (SR 817.023.21).

¹⁰³ Verordnung des EJPD vom 16. April 2004 über nichtselbsttätige Waagen (SR 941.213). Die zugrundeliegende Richtlinie 2009/23/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über nichtselbsttätige Waagen (ABl. L 122 vom 16. Mai 2009, S. 6 ff. wie auch ABl. L 96 vom 29. März 2014, S. 107 ff.) enthält ihrerseits einen dynamischen Verweis auf das VIML.

¹⁰⁴ http://www.oiml.org/fr/files/pdf_v/v001-ef13.pdf, OIML V 1. Während die in Fn. 103 zit. Verordnung auf die Ausgabe 2000 verweist, ist bereits die Ausgabe 2013 erschienen.

¹⁰⁵ BORZYMINSKI/KOOL, S. 37 f.

¹⁰⁶ Art. 5 Verordnung vom 23. November 2005 über die Kennzeichnung von Geflügelfleisch in Bezug auf die Produktionsmethode (Geflügelkennzeichnungsverordnung, GKZV; SR 916.342) mit Verweis auf die Normenreihe ISO 9000 ff. oder Bst. A Ziff. 4 Anhang 2 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft vom am 21. Juni 1999 über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (SR 0.946.526.81) mit Verweis auf die Normenreihe EN 45000.

werden, jedoch wird dies viel rascher geschehen und der heutige statische Verweis wird nicht mehr möglich sein.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt m.E. bezüglich dynamischer Quellen keine abweichende Interpretation zu, d.h. es ist statisch zu verweisen. Das bedeutet praktisch, dass ein dynamischer (im Sinne von: auf ein dynamisches Dokument) Verweis nur dort zulässig ist, wo das Verweisungsobjekt quasi als Ausdruck der Weisungskompetenz der Verwaltung erscheint (was wohl beim SLMB der Fall ist).

VIII. Statische Verweise auf alte technische Normen

Sowohl Rechtsprechung als auch herrschende Lehre sind bei der Frage, ob dynamische Verweise auf Normen erlaubt sind, in dem Sinn klar, dass sie dies nur dann als zulässig erachten, wenn das erlassende Organ zur Rechtsetzungsdelegation an den Normsetzer befugt ist.

Technische Normen können ändern, weil sie partiell weiterentwickelt, weil sie aufgehoben und gegebenenfalls durch eine neue Norm ersetzt¹⁰⁷ oder weil sie korrigiert werden.

In diesem Zusammenhang stellt sich aber die Frage, ob es der Wille des Gesetzgebers war, auf eine nicht mehr aktuelle, unrichtige oder aufgehobene Norm zu verweisen. Während man bei einer (relevanten) Korrektur wohl noch mittels Interpretation von einem Verweis auf die rektifizierte Fassung der Norm ausgehen kann, wird man dies bei einer Revision, Neufassung oder Aufhebung kaum machen können.

Eine Möglichkeit, dieses Problem zu umgehen besteht darin, dergestalt eine Gesetzgebungsdelegation in einen Rechtserlass aufzunehmen, die es erlaubt,

¹⁰⁷ So die Situation in BGE 136 I 316, wo die SIA-Norm 116, 1952, Normalien für kubische Berechnung von Hochbauten durch die SIA-Norm 416, 2003, Flächen und Volumen von Gebäuden ersetzt wurde. Illustrativ für den Unterschied der beiden Normen ist http://www.svkg.ch/Berechnungsbeispiel_SIA_und_GVA_uberblick_UrsulaSigrist.pdf.

den statischen Verweis (internationalen) Entwicklungen anzupassen. An zwei Beispielen¹⁰⁸ soll dies erläutert werden:

Beispiel 1:

Art. 25 der Deklarationsverordnung¹⁰⁹ sah in seinen Abs. 1 und 3 Folgendes vor:

¹ *Massbehältnisflaschen müssen den Anforderungen der OIML-Empfehlung R 96 oder der Richtlinie Nr. 75/107 des Rates vom 19. Dezember 1974 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Flaschen als Massbehältnisse genügen.*

³ *Das Departement ist ermächtigt, den Verweis in Absatz 1 den internationalen Vorschriften anzupassen.*

Die OIML-Empfehlung R 96 «Bouteilles récipients-mesures»¹¹⁰ wurde 2007 durch die Empfehlung R 138 «Récipients pour transactions commerciales» ersetzt.¹¹¹ Eine Aktualisierung erfolgte niemals, dies wohl auch aufgrund der (damals) geringen praktischen Relevanz der Regelung in der Schweizer Rechtspraxis.

Beispiel 2:

Die Akkreditierungs- und Bezeichnungsverordnung (AkkBV)¹¹² enthält in ihrem Anhang 2 (international massgebende Anforderungen) zahlreiche Verweisungen auf internationale technische Normen, ohne jedoch auf eine bestimmte Version zu verweisen. Zahlreiche andere Rechtsnormen verweisen ihrerseits direkt¹¹³ oder indirekt¹¹⁴ auf die AkkBV. Aus Art. 40 AkkBV folgt, dass der Verweis statischer Natur ist:

Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung kann die Anhänge im Einvernehmen mit den anderen betroffenen Departementen der internationalen Entwicklung anpassen.

Mit AS 2014 1411 ist diese Anpassung erfolgt,¹¹⁵ ohne aber eine Versionierung (statischer Verweis) einzuführen.

¹⁰⁸ S. auch Verordnung des BBL vom 10. September 2014 über die Bezeichnung von europäischen Durchführungsrechtsakten und delegierten Rechtsakten betreffend Bauprodukte (SR 933.011.3).

¹⁰⁹ Verordnung vom 8. Juni 1998 über das Abmessen und die Mengendeklaration von Waren in Handel und Verkehr (Deklarationsverordnung; AS 1998 1614). Die Verordnung wurde per 1. Januar 2013 aufgehoben.

¹¹⁰ http://www.oiml.org/fr/files/pdf_r/r096-f90.pdf.

¹¹¹ http://www.oiml.org/fr/files/pdf_r/r138-f07.pdf; 2009 erfolgte eine erste Revision (http://www.oiml.org/fr/files/pdf_r/r138-amend-f09.pdf).

¹¹² Verordnung vom 17. Juni 1996 über das schweizerische Akkreditierungssystem und die Bezeichnung von Prüf-, Konformitätsbewertungs-, Anmelde- und Zulassungsstellen (SR 946.512).

¹¹³ <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19960291/quotes.html>.

¹¹⁴ KÖBRICH, S. 64.

¹¹⁵ Siehe hierzu <http://www.seco.admin.ch/sas/00030>. Wäre dies nicht erfolgt, so würden Schweizer akkreditierte Stellen riskieren, dass ausländische Akkreditierungsstellen ihre Entscheide nicht mehr akzeptieren. Um dies zu verhindern, ist die Schweize-

Woher kommt es, dass wir Verweise auf alte technische Normen antreffen? Eine Vielzahl von Gründen ist möglich:

- aus Absicht, weil man auf die neuere Norm eben nicht verweisen will;
- aus Nachlässigkeit oder weil man den Verweis übersehen oder vergessen hat;
- aus der Überlegung heraus, dass es nicht vernünftig ist, «nur» wegen eines Verweises den Revisionsprozess zu starten und die vorgesetzten Instanzen damit zu befassen;
- aus verschiedenen politischen Gründen, weil man die «Büchse der Pandora» nicht öffnen will oder darf.

Der Verweis auf eine nicht mehr aktuelle oder bestehende technische Norm führt zu Unsicherheiten: wollte der Gesetzgeber die Anpassung nicht vornehmen oder hat er sie übersehen? Art. 9 Abs. 5 PubLV verlangt an sich, Normenverweise bei jeder Anpassung des Verweisungsobjekts zu überprüfen.¹¹⁶

Ebenfalls der Transparenz und Klarheit würde es dienen, wenn klar gesagt würde; dass:

- eine technische Norm eine Änderung erfahren hat und eben diese Änderung nicht übernommen wurde. Man kann sich aber auch die Frage stellen, ob überhaupt auf nicht mehr gültige technische Normen verwiesen werden sollte. Es wäre wohl sinnvoller, wenn in einem solchen Fall der Normeninhalt inkorporiert würde;
- ein Verweis dynamischer Natur ist (z.B. durch den Zusatz «in der jeweils aktuellen Fassung»).

rische Akkreditierungsstelle resp. das SECO zahlreichen internationalen Abkommen zur gegenseitigen Anerkennung beigetreten. Vgl. etwa Annex B des *ILAC Mutual Recognition Arrangement* (<http://ilac.org/?download=837>), welcher klar festhält, dass ab bestimmten Fristen Akkreditierungen, die gestützt auf alten technischen Normen erfolgen, nicht mehr gegenseitig anerkannt werden.

¹¹⁶ BJ, Gesetzgebungsleitfaden, N 902.

IX. Urheberrechtsschutz technischer Normen

1. Grundsatz

Technische Normen können urheberrechtlich geschützte Werke namentlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Bst. d URG¹¹⁷ sein.¹¹⁸ Es ist somit am Rechteinhaber, über die Art und Weise der Vervielfältigung zu entscheiden. S. etwa Art. 44 Abs. 1 der Statuten i.d.F. v. 10. April 2014 des Vereins eCH (IV. 1.) oben):

Wer Beiträge im Sinne des Zweckartikels leistet, behält das geistige Eigentum an diesen. Allerdings verpflichtet sich der Beitragleistende mittels spezieller, schriftlicher Vereinbarung, sein betreffendes geistiges Eigentum oder seine Rechte an geistigem Eigentum anderer, sofern möglich, den jeweiligen Fachgruppen und dem Verein eCH kostenlos zur uneingeschränkten Nutzung und Weiterentwicklung im Rahmen des Vereinszweckes zur Verfügung zu stellen.

Das Urheberrecht ist durch die Verwaltung im Rahmen der Erlassvorbereitung, des Vernehmlassungs- und Anhörungsverfahrens, der Einsicht nach Publikations- und Öffentlichkeitsrecht und der internen Normenverwendung sowie durch den Gesetzgeber im Rahmen der Rechtsetzung zu beachten.¹¹⁹

Durch das Urheberrecht nicht geschützt sind Gesetze, Verordnungen, völkerrechtliche Verträge und andere amtliche Erlasse. Nach allgemeiner Auffassung¹²⁰ fallen technische Normen, auf die in Rechtssätzen verwiesen werden, nicht unter den Begriff der anderen amtlichen Erlasse.

In der bundesrätlichen Botschaft zum URG heisst es aber:¹²¹

Dokumente von verwaltungsinternen Studienkommissionen und Arbeitsgruppen, Expertenberichte oder Zeitschriften von Bundesämtern etwa fallen nicht unter die Norm. An ihrer freien Verbreitung besteht kein überwiegendes Interesse, weil sie nicht die Rechtsstellung des Bürgers beeinflussen.

Wenn das entscheidende Kriterium ist, dass das Werk i.S.d. URG die Rechtsstellung des Bürgers beeinflussen kann, so besteht kaum ein Zweifel daran, dass technische Normen in den Ausnahmekatalog von Art. 5 Abs. 1 URG hätten

¹¹⁷ Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz; SR 231.1).

¹¹⁸ ULLRICH, S. 821 f.

¹¹⁹ WAECHTER, S. 1251 ff.

¹²⁰ UHLMANN, S. 93 m.w.N.

¹²¹ BBl 1989 III 477, 525 (Auszeichnung durch den Verfasser).

aufgenommen werden sollen. Mangels expliziter Erwähnung dort kann man aber auf dem Wege der Interpretation m.E. nicht ihren Werkschutz verneinen.

Einen anderen Weg ist Deutschland gegangen. Die dortige Regelung entspricht grundsätzlich dem Schweizer Recht. Jedoch schreibt § 5 Abs. 3 UrhG vor:¹²²

Das Urheberrecht an privaten Normwerken wird durch die Absätze 1 und 2 nicht berührt, wenn Gesetze, Verordnungen, Erlasse oder amtliche Bekanntmachungen auf sie verweisen, ohne ihren Wortlaut wiederzugeben. In diesem Fall ist der Urheber verpflichtet, jedem Verleger zu angemessenen Bedingungen ein Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung einzuräumen. Ist ein Dritter Inhaber des ausschliesslichen Rechts zur Vervielfältigung und Verbreitung, so ist dieser zur Einräumung des Nutzungsrechts nach Satz 2 verpflichtet.

Damit wird eine Zwangslizenz für diejenigen technischen Normen statuiert, auf die das deutsche Recht verweist. Die Pflicht trifft sowohl den Urheberrechtsinhaber als auch ausschliessliche Lizenznehmer. Berechtig sind nur Verleger. Die Lizenz ist nicht kostenlos, sondern muss angemessen vergütet werden.¹²³ Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung ist eher limitiert und wird in aller Regel Sammelwerke betreffen, die neben Rechts- und anderen Texten noch die betreffenden Normen im Volltext abdrucken wollen. Weitaus wichtiger ist wohl Satz 1, der klar festhält, dass technische Normen, auf die Rechtserlasse verweisen, dadurch ihren Werkschutz nicht verlieren.

Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang die Vernehmlassungsfassung vom Oktober 2013 des neuen Zürcher Publikationsgesetzes:¹²⁴

§ 8. *Verweis auf Normen Dritter*

² *Der Regierungsrat kann die Dritten verpflichten, die Normen in elektronischer Form öffentlich zugänglich zu machen. Er regelt die Entschädigung. [...]*

Allerdings handelt es sich hierbei nur um eine Kann-Vorschrift und nicht ein generelles Publikationsgebot.

¹²² Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes vom 1. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3728) geändert worden ist.

¹²³ FUCHS, S. 1 ff., mit kritischen Anmerkungen zur Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht; WAECHTER, S. 1255 f.; ZENTNER, S. 104 ff.

¹²⁴ KÖBRICH, S. 61.

Die durch das Bundesrecht für verbindlich erklärten VSS-Normen¹²⁵ stehen gratis zur Verfügung.¹²⁶ Diese Einsichtnahme via *Webviewer* entspricht der Vor-Ort Einsicht bei der zuständigen Verwaltungseinheit.

Will man technische Normen, auf die in Erlassen Bezug genommen wird, öffentlich zugänglich machen, so wird man – sofern man sie nicht generell vom Urheberrechtsschutz ausnehmen will – entweder den Rechteinhaber enteignen müssen oder man statuiert eine entschädigungspflichtige Zwangslizenz des Staates.

So ansprechend die Idee des freien Zugangs zu technischen Normen auch ist, so wenig dürfen die praktischen Konsequenzen übersehen werden:

- Die Lizenz an den Normen ist finanziell abzugelten. Das gilt für alle drei Sprachversionen. Bezüglich internationalen Normen und Schweizer Normen, die sich auf internationale Normen abstützen, ist dabei zu sehen, dass relativ rasch der gesamte deutsche, französische und italienische Sprachraum diese Normen nur noch in der Schweiz einsehen würde.¹²⁷
- Bislang hat der Staat für die Gesetzgebung keine Kosten gehabt. Wird nun die Publikation von Normen zu entschädigen sein, werden unter Umständen fiskalische Aspekte Einzug erhalten. Je nach der praktischen Umsetzung innerhalb des Finanzhaushaltsrechts kann dies auch zu Verzögerungen in der Gesetzgebung aus haushaltsrechtlichen Gründen führen.

Auf der anderen Seite gibt es mit der Verordnung (EG) Nr. 1126/2008¹²⁸ ein prominentes Beispiel, das aufgezeigt hat, dass man technische Normen (hier die *International Financial Reporting Standards*) publizieren kann.¹²⁹

¹²⁵ Fn. 74 und 137.

¹²⁶ Antwort des Bundesrates vom 14. November 2012 auf die Interpellation 12.3867 «Normen des Schweizerischen Verbandes der Strassen- und Verkehrsfachleute», eingereicht von FLÜCKIGER-BÄNI SYLVIA.

¹²⁷ IRRESBERGER, S. 144 f. führt zur Rechtslage in Österreich aus, dass es seit dem Jahr 1991 einen Vertrag zwischen dem Österreichischen Normungsinstitut und dem Bund gebe, nach welchem es erlaubt sei, in Rechtsakten zitierte Normen im Anhang im Volltext zu publizieren. Probleme würden jedoch aktuell österreichische Normen, die ihrerseits eine europäische Norm (oder eine andere nicht rein österreichische technische Norm) kopieren, bereiten. Offenbar sei auch die ganze Vereinbarung (<https://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=46501>) in Frage gestellt.

¹²⁸ Oben VII.

¹²⁹ Der Wert dieser Publikation ist jedoch aufgrund der Tatsache, dass die *Illustrative Examples*, die *Basis for Conclusions*, die *Implementation Guides*, die *Introductions* und viele

2. Zitierung (Inkorporation)

Werden urheberrechtlich geschützte technische Normen inkorporiert, so ist dies entschädigungslos im Rahmen des Zitatrechts von Art. 25 URG zulässig, wenn das Zitat zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dient und der Umfang des Zitats durch diesen Zweck gerechtfertigt ist. Das Zitat als solches und die Quelle müssen bezeichnet werden. Wird in der Quelle auf die Urheberschaft hingewiesen, so ist diese ebenfalls anzugeben (wohl in einer Fussnote).

X. Schlussfolgerungen

1. Generelle Schlussfolgerungen

1. Zahlreiche «dynamische» Verweise sind tatsächlich statisch, d.h. sie verweisen auf die technische Norm, die zum Zeitpunkt der Beschlussfassung in Kraft war.¹³⁰ Da sich derartige Bestimmungen sehr oft an juristische Laien richten, wäre es aus Gründen der Verständlichkeit und Klarheit anzustreben, diese unechten dynamischen Verweise durch statische zu ersetzen.^{131 132}
2. Namentlich im Umfeld der Regelung der Akkreditierung und der Rechnungslegungsgrundsätze sind (wohl echte) dynamische Verweise anzutreffen. Es würde der Klarheit dienen, wenn man Regeln aufstellen würde, unter welchen Umständen dynamische Verweise zulässig und erwünscht sind.

weitere *collateral materials*, die Teil der offiziellen IASB-Publikation bilden, eben nicht durch die EU publiziert werden, limitiert.

¹³⁰ Interpretationsprobleme können sich dann ergeben, wenn eine Änderung zu diesem Zeitpunkt bereits publiziert, aber noch nicht in Kraft gesetzt worden war.

¹³¹ Entsprechend werfen BEHNISCH URS R./OPEL ANDREA, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2010, ZBJV 148/2012.1, S. 80 f. zu BGE I 316 zu Recht die Frage auf, ob vor dem Hintergrund von Treu und Glauben nicht eher von einem dynamischen Verweis auszugehen ist.

¹³² Mit einer gewissen Beruhigung wird man jedoch feststellen, dass derartige Probleme auch im Privatrecht anzutreffen sind (EICHENBERGER CHRISTIAN, Der Flächenbegriff im Mietrecht, MRA 2013.3, S. 18 Fn. 94).

3. Wenn es dynamische Verweise gibt, dann sollte man sie auch klar als solche kennzeichnen (z.B. durch den Zusatz «in ihrer jeweils aktuellen Fassung»¹³³).
4. Generell sollte auf technische Normen nur mit grösster Zurückhaltung verwiesen werden. Die Tatsache, dass Private einen Sachverhalt bereits geregelt haben, sollte *prima vista* gegen einen Verweis in einem Erlass sprechen.¹³⁴
5. Die Zitierweise von Normen¹³⁵ und der Hinweis, auf welchen Wegen eine technische Norm in welcher Sprachfassung bezogen oder eingesehen werden kann,¹³⁶ ist zu vereinheitlichen resp. durchzusetzen.
6. Wenn möglich und sinnvoll, sollte nicht auf urheberrechtlich geschützte Normen, sondern frei zugängliche Dokumente verwiesen werden.¹³⁷
7. Je nach Adressat eines Normenverweises ist zu prüfen, ob der Normtext in allen Amts- resp. Landessprachen vorliegen muss, ob nicht eine Inkorporation besser angebracht wäre und ob der Inhalt der technischen Norm durch

¹³³ Etwa § 2a Abs. 1 Bst. c Verordnung des Regierungsrats des Kantons Basel-Landschaft vom 9. Dezember 1997 über den Feuerschutz (SGS 761.11). Abs. 2 schreibt jedoch auch vor, dass jede Verbindlicherklärung von technischen Vorschriften sowie spätere Ergänzungen und Änderungen im Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft zu veröffentlichen sind.

¹³⁴ Vgl. etwa Art. 2 Abs. 3 Einheitenverordnung mit Art. 25 Abs. 9 2. Satz Verordnung vom 19. Oktober 1977 über die Erfindungspatente (Patentverordnung, PatV; SR 232.141).

¹³⁵ Grundsätzlich gelten die Vorschriften gemäss SCHWEIZERISCHE BUNDESKANZLEI, Gesetzestechnische Richtlinien (GTR), 2. Aufl., Bern 2013, Rz. 115 ff. Die gleiche Norm wird im Bundesrecht wie folgt zitiert: *EN ISO/IEC 17025 2000 [Allgemeine Anforderungen an die Kompetenz von Prüf- und Kalibrierlaboratorien]* (Medizinprodukteverordnung vom 17. Oktober 2001 [MepV; SR 812.213]), *ISO/IEC 17025, 2005* (Verordnung des EJPD vom 8. Oktober 2014 über die Leistungs- und Qualitätsanforderungen für forensische DNA-Analyselabors [DNA-Analyselabor-Verordnung EJPD; SR 363.11]), *EN ISO/IEC 17025* (Verordnung vom 26. Juni 1996 über mikrobiologische und serologische Laboratorien [SR 818.123.1]), *SN EN ISO/IEC 17025* (Verordnung vom 23. Oktober 2013 über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft [Direktzahlungsverordnung, DZV; SR 910.13]), *EN ISO/IEC 17025 (2005) (Allgemeine Anforderungen an die Kompetenz von Prüf- und Kalibrierlaboratorien)* (Verordnung vom 14. Februar 2007 über die Erstellung von DNA-Profilen im Zivil- und im Verwaltungsbereich [VDZV; SR 810.122.2]), *ISO/IEC 17025:2005 (Allgemeine Anforderungen an die Kompetenz von Prüf- und Kalibrierlaboratorien)* (Verordnung vom 14. Februar 2007 über genetische Untersuchungen beim Menschen [GUMV; SR 810.122.1]).

¹³⁶ Fn. 2 DNA-Analyselabor-Verordnung EJPD erwähnt weder die SNV noch die dortigen Einsichtsmöglichkeiten.

¹³⁷ Siehe etwa Art. 13 Verordnung des UVEK vom 22. Mai 2006 über die technischen Anforderungen an die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs (VAböV; SR 151.342).

flankierende Informationsmassnahmen den Normadressaten vermittelt werden muss.

8. Das urheberrechtliche Zitatrecht ist für die Inkorporation technischer Normen unpassend und auch mit zu viel Rechtsunsicherheit verbunden. Es wäre aus Sicht einer Gesetzesvorbereitenden Verwaltung äusserst hilfreich, wenn mit den Normungsorganisationen ein Rahmen ausgearbeitet würde, in dem Zitierungen zulässig sind.
9. Wird nicht auf technische Normen verwiesen sondern stattdessen die Regelung in einem Rechtssatz niedergelegt, sollte eine Evaluationsklausel erwogen werden, welche die Überprüfung, ob eine technische Norm vorliegt, zum Inhalt hat.
10. Auf «alte» (d.h. aufgehobene, korrigierte,¹³⁸ revidierte) Normen sollte nur aus wichtigen Gründen verwiesen werden.
11. Enthält eine Norm Optionen oder Alternativen sollte klar angegeben werden, welche Möglichkeit gilt oder wer die Auswahl treffen darf.
12. Die Verwaltung hat bezüglich «ihrer» Normen eine aktive Haltung in der Erarbeitung und der Pflege einzunehmen.

2. Register der technischen Normen

Obschon es rechtlich klar ist, dass Normenverweise aktuell zu halten sind, finden wir Beispiele für veraltete Verweise.¹³⁹ Ein Grund dafür ist, dass es kein zentrales Register der in der (Bundes-) Rechtsordnung vorhandenen Normenverweise gibt.

Art. 25 PubLV sieht vor, dass die Bundeskanzlei ein elektronisches Register publiziert, das sämtliche Rechtserlasse der Europäischen Gemeinschaft (EG) umfasst, die für die Schweiz auf Grund der sektoriellen Abkommen mit der EG von Bedeutung sind. In Anbetracht der quantitativen Fülle von Normverweisen im

¹³⁸ Die in Fn. 135 zitierte Norm ist korrigiert worden, ohne dass sich ein Hinweis auf diese Korrektur fände: SN EN ISO/IEC 17025/AC, Cor. 1:2006, Allgemeine Anforderungen an die Kompetenz von Prüf- und Kalibrierlaboratorien; Corrigendum AC.

¹³⁹ Siehe neben den Beispielen in VIII. und Fn. 104 noch Ziff. 16 Anhang 3 MepV.

Bundesrecht könnte ein solches Register auch für technische Normen geschaffen werden.¹⁴⁰

Ein solches Register müsste nicht notwendigerweise auch den Volltext der relevanten technischen Normen beinhalten. Es sollte aber:

- über den Stand einer technischen Norm Auskunft geben;
- zeigen, ob die Norm sich derzeit in Revision befindet und was der Verfahrensstand ist;
- darlegen, wie man sich in einen allfälligen Revisionsprozess einbringen kann;
- Bezugsquellen nennen.

Weitere Vorteile eines solchen Registers wären, dass weitergehende Informationen zu einer Norm nur einmal zu veröffentlichen wären und dass man rasch erkennen könnte, ob eine Norm ändert resp. welche Verwaltungseinheiten welche Interessen im Rahmen einer Revision hätten.

Ansätze für ein solches Register sind mit dem Portal «SN Lex» der SNV vorhanden. Es gewährt Verwaltungseinheiten des Bundes Zugang zu den in Rechtssätzen referenzierten Normen.¹⁴¹ Das Portal steht aber nur Bundesstellen offen und umfasst jedoch keine Normen, die nicht unter der Obhut der SNV stehen.

3. Verzicht auf technische Normen in Rechtssätzen

Man kann sich auch die Frage stellen, ob man Normenverweise nicht generell aus dem Recht «verbannen» will. Technische Normen regeln untergeordnete resp. «unwichtige» Fragen. Von daher wäre es nur sachlogisch, wenn die entsprechend kompetente Verwaltung die anwendbaren Normen konkretisiert, so wie dies bereits in Art. 4 Abs. 5 Bst. b THG vorgesehen ist. Die entsprechend im BBl oder an einem anderen geeigneten Ort publizierten einschlägigen technischen Normen könnten zusätzlich auch in einem Register, wie in Abschnitt 2. zuvor beschrieben, aufgelistet werden.

¹⁴⁰ Mit Art. 2 Abs. 2 Verordnung vom 27. August 2014 über Bauprodukte (Bauprodukteverordnung, BauPV; SR 933.01) («[Das Bundesamt für Bauten und Logistik] führt auf seiner Webseite eine aktuelle Liste der Bundeserlasse mit Schwellenwerten, welche die Leistungen festlegen, die für ein Bauprodukt in Bezug auf die wesentlichen Merkmale einzuhalten sind») sind solche Ansätze bereits erkennbar.

¹⁴¹ SNV, Jahresbericht 2013, Winterthur 2014, S. 36.

Soweit es um die Umsetzung von technischen Vorschriften im Rahmen des *New Approach*¹⁴² geht, finden sich zahlreiche solcher Vorschriften im Schweizer Recht.¹⁴³ Der Rahmen der Delegation ist hier klar, da er durch das staatsvertraglich vereinbarte europäische Recht vorgegeben ist. Aus meiner Sicht spräche nichts dagegen, derartige Kompetenzen generell auf alle (unwichtigen) technischen Regelungsobjekte auszudehnen. Mittels klarer Umreissung des Delegationsumfangs und z.B. verwaltungsinternen und -externen Konsultationspflichten kann rechtsstaatlichen Anforderungen entsprochen werden.

Mit Blick auf das Recht der geschützten Ursprungsangaben kann man sich aber auch ganz andere Verfahren vorstellen.¹⁴⁴ Eine geschützte Ursprungsbezeichnung (GUB) resp. eine geschützte geographische Angabe (GGA) stellt an sich eine technische Norm, ein Rezept dar, wie ein landwirtschaftliches Erzeugnis herzustellen ist. Die Erarbeitung einer GUB/GGA erfolgt durch einen repräsentativen Verband. Auf Antrag eines Verbands kann das Pflichtenheft und damit die GUB/GGA geschützt werden. Gegen den Entscheid steht der Rechtsweg offen.¹⁴⁵

Übertragen auf das Recht der technischen Normierung würde das bedeuten, dass technische Normen wohl von der Verwaltung als anwendbar erklärt werden könnten, dass aber dagegen Einsprachemöglichkeiten bestehen. Die Auswahl bzw. Konkretisierung wäre dann nicht mehr Rechtsetzung sondern Rechtsanwendung.

Technische Normen würden nur noch dann Gegenstand von direkten Verweisungen sein, wenn sie wichtig sind und damit materiell das Niveau eines Rechtsatzes erhalten. Entsprechend konsequent wäre es, wenn sie dann auch allgemein zugänglich publiziert würden.

¹⁴² BOY, S. 3 f.; HÄRTEL, S. 461 ff.; HOMBERGER, S. 63.

¹⁴³ Etwa Art. 4 Abs. 5 THG, Art. 6 PrSG, Art. 2 BauPG und Art. 16 BauPV.

¹⁴⁴ BOY, S. 5 f. Analog auch Art. 28 Abs. 2 Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, BBG; SR 412.10) oder für die Übernahme ganzer Rechtsnormen Art. 10 Vertrag zwischen der Schweiz und Liechtenstein vom 29. März 1923 über den Anschluss des Fürstentums Liechtenstein an das schweizerische Zollgebiet (SR 0.631.112.514).

¹⁴⁵ Verordnung vom 28. Mai 1997 über den Schutz von Ursprungsbezeichnungen und geographischen Angaben für landwirtschaftliche Erzeugnisse und verarbeitete landwirtschaftliche Erzeugnisse (GUB/GGA-Verordnung; SR 910.12).

Bei diesem Lösungsansatz würde aber zu technischen Vorschriften, welche heute noch Gegenstand von Erlassen sind (s. etwa das in II. 3.) oben beschriebene Beispiel), eine normenhierarchische Ungleichheit geschaffen.

Deutschland hat im neuen Mess- und Eichgesetz (MessEG)¹⁴⁶ einen sog. *Regelermittlungsausschuss* (§ 46 MessEG) geschaffen. Dieser Ausschuss hat die Aufgabe, die im Geltungsbereich des MessEG relevanten Regeln, Erkenntnisse und technische Spezifikationen zu ermitteln. Durch eine entsprechende Konsultation der interessierten Kreise kann der gleiche Effekt wie mit einem solchen Ausschuss erzielt werden.

4. Quasi-staatliches Recht als kommende Herausforderung

Bedingt durch den *New Approach* beim Abbau technischer Handelshemmnisse und der steigenden Bedeutung der koordinierten europäischen Marktüberwachung wird m.E. einer weiteren Kategorie von «Normen» resp. normähnlichen Dokumenten eine grössere Bedeutung zukommen. Es handelt sich dabei um sog. *Guidance documents*¹⁴⁷, welche von Fachgremien oder Expertengruppen der EU herausgegeben werden. Obschon diese Dokumente formal nicht bindend sind, stellen sie doch eine *quasi-autoritative Interpretation* des anwendbaren technischen Gemeinschaftsrechts dar.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Gesetz vom 25. Juli 2013 über das Inverkehrbringen und die Bereitstellung von Messgeräten auf dem Markt, ihre Verwendung und Eichung sowie über Fertigpackungen (Mess- und Eichgesetz, MessEG; BGBl. I S. 2722).

¹⁴⁷ S. etwa der WELMEC oben IV. 1.). Weitere Beispiele sind etwa Guidance document No. 1 on the application of the Directive on the safety of toys – Scooters oder das Position paper on guidelines for the application of the European Parliament and Council Directive 2000/14/EC on the approximation of the laws of the Member States relating to the noise emission in the environment by equipment for use outdoors.

¹⁴⁸ Auch in der Schweiz ist – auf einem anderen Gebiet – eine analoge Entwicklung festzustellen. Die Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) hat bezüglich der Skos-Richtlinien beschlossen, diese durch die SODK genehmigen zu lassen, um ihnen eine grössere politische Legitimation zu geben und sie damit für die Kantone und Gemeinden verbindlicher zu machen (NZZ am Sonntag vom 7. September 2014, S. 8).

5. Dynamische Verweisungen

Dynamische Verweisungen auf technische Normen sind grundsätzlich im Schweizer Recht unzulässig. Eine andere Lösung müsste sich für den Bund an Art. 164 Abs. 2 und Art. 178 Abs. 3 BV orientieren.¹⁴⁹

Man könnte sich aber auch eine andere Lösung vorstellen, indem generell dynamisch auf technische Normen verwiesen wird, jedoch zwischen Publikation und dem Inkrafttreten der geänderten Norm eine Möglichkeit zum *Opting-out* besteht. Dies würde dem Charakter der technischen Normierung, dass man sich dem Fortschritt der Technik anpasst, mehr entsprechen. Allerdings würden sich damit neue Probleme auftun, nämlich dann, wenn eine Norm komplett aufgehoben wird.

Man könnte sich auch vorstellen, analog Art. 12 Abs. 2 PublG eine formlose Anpassung zu erlauben, wenn die technische Norm materiell nicht verändert wurde.

Literaturverzeichnis

BAUMANN MAX, Warum das Recht Bilder braucht, LeGes 2003/3, S. 63 ff.

BERGGREN LENNART/BORWEIN JONATHAN/BORWEIN PETER, Pi: A Source Book, 3. Aufl., New York 2004

BOCK CHRISTIAN, Regulatorische Probleme der Energiewende: Smart Meters – Anforderungen des Messwesens und des Datenschutzes, in: Schweizerische Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften (Hrsg.), Jahrbuch der Schweizerischen Verwaltungswissenschaften 2013, Zürich 2014, S. 115 ff.

DERS., Metrologische Aspekte der öffentlichen Beschaffung von Versorgungszählern, BR/DC 35/2013.5, S. 248 ff.

BORZYMSKI JERZY/KOOL WILLEM, Towards an electronic vocabulary for legal metrology, OIML Bulletin 60/2014.2/3, S. 35 ff.

BOY LAURENCE, Normes techniques et normes juridiques, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21 (Dossier: La normativité), janvier 2007

BÜHLER THEODOR, Die Marktüberwachung über Produkte nach EU- und nach schweizerischem Recht, Sicherheit & Recht 6/2013.3, S. 177 ff.

¹⁴⁹ Dynamische Verweise sind jedoch auch dort vorhanden, wo auf den «Stand der Technik» verwiesen wird (z.B. Art. 11 Abs. 2 USG, Art. 3 Verordnung vom 4. April 2007 über Sicherheitsvorschriften für Rohrleitungsanlagen [RLSV; SR 746.12]).

- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (BJ), Gesetzgebungsleitfaden – Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl., Bern 2007
- DASS., Rechtsgrundlage für die IKT-Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Kantonen, Gutachten vom 22. Dezember 2011, VPB 76/2012.1, S. 1 ff.
- FUCHS THOMAS, Die Gemeinfreiheit von DIN-Normen seit dem Inkrafttreten des § 5 Abs. 3 UrhG, 11. September 2004, <http://delegibus.com/2004,8.pdf>
- HÄRTEL INES, Handbuch Europäische Rechtsetzung, Berlin 2006
- HOMBERGER HANS PETER, Grundlagen und Vollzug der privaten Normsetzung im technischen Bereich, LeGes 2006/3, S. 59 ff.
- HÜRLIMANN DANIEL, Publikation von Urteilen durch Gerichte, sui-generis 1/2014.8, S. 82 ff., <http://sui-generis.ch/8>
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO)/INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION (IEC), Using and referencing ISO and IEC standards for technical regulation, Genf 2007
- IRRESBERGER KARL, Die Publikation von Rechtsvorschriften in Österreich, LeGes 2013/1, S. 141 ff.
- KÖBRICH TIM, Rechtsetzung durch Private – unter besonderer Berücksichtigung der Verweisungspraxis im kantonalen Rettungswesen, LeGes 2014/1, S. 57 ff.
- LOOSER ROMAN, Gescheiterte Rechtschreibreformen in der Schweiz, Frankfurt a. M. 1995
- MÄGLI PATRICK, Zugänglichkeit der Verwaltungsverordnungen (Weisungen) des Bundes, LeGes 2013/1, S. 127 ff.
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013
- NERIUS DIETER, Deutsche Orthographie, 3. Aufl., Mannheim 2000
- ODERMATT LUZIAN, Gesetzgebungsmethodische Strategien der Übernahme privater Normen, LeGes 2006/3, S. 85 ff.
- RIEMER HANS MICHAEL, Nicht staatliche Normensysteme und andere Gesetze und ihr Verhältnis zum System der staatlichen Rechtsnormen, recht 2007/3, S. 114 ff.
- SCHWEIZERISCHE BUNDESKANZLEI (BK), Geschlechtergerechte Sprache, 2. Aufl., Bern 2009
- DIES., Schreibweisungen, 2. Aufl., Bern 2013
- STAATSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT (SECO), Leitfaden zur Notifikation von Entwürfen technischer Vorschriften, Bern, Januar 2010
- UHLMANN FELIX, «Die Normen können bei ... bezogen werden» – Gedanken zur Publikation und Verbindlichkeit privater Normen, LeGes 2013/1, S. 89 ff.
- ULLRICH HANNS, Patente, Wettbewerb und technische Normen: Rechts- und ordnungspolitische Fragestellungen, GRUR 2007/10, S. 817 ff.
- WAECHTER KAY, Der Umgang mit privaten Normen (DIN etc.) am Beispiel des Baurechts, NvWZ 2013/19, S. 1251 ff.
- WINKLER GÜNTHER, Zeit und Recht, Wien 1995
- ZENTNER LAURA MARIA, Die Ausnahme vom Urheberrechtsschutz für amtliche Werke, ZGE 2009/1, S. 94 ff.

Koregulierung in den «Kleeblattentwürfen» zum Schweizer Finanzmarktrecht

Urs Zulauf

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	62
II. Finanzplatzinfrastrukturgesetz (FINFRAG): wie weiter mit der Selbstregulierung der Börsen?	63
III. Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG): wer konkretisiert die neuen Vorschriften?	66
IV. Finanzinstitutsgesetz (FINIG): wer überwacht die Vermögensverwalter?	67
V. Fazit: Voranschreiten der staatlichen Regulierung mit (beschränktem) Raum für Koregulierung	69

Zusammenfassung

Dieser Beitrag untersucht, welchen Raum drei hängige Gesetzesvorhaben im Schweizer Finanzmarktrecht (Finanzplatzinfrastrukturgesetz, FINFRAG, Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG, und Finanzinstitutsgesetz, FINIG) der Selbstregulierung gewähren. Dies wird untersucht anhand dreier Themen: dem Regulierungsspielraum der Börsen, der Befugnis zur Konkretisierung der Verhaltenspflichten von Finanzdienstleistern und der künftigen Aufsichtsbehörde über die neu zu beaufsichtigenden Vermögensverwalter. Der Beitrag kommt zum Schluss: Es besteht ein Spielraum für Selbstregulierung in Form staatlich geführter Koregulierung, aber die staatliche Regulierung dehnt sich gleichzeitig stark aus.

I. Einleitung

Dieser Beitrag ergänzt einen 2013 und 2014 publizierten Aufsatz.¹ Er befasste sich mit den «Erfahrungen mit der Selbstregulierung im Schweizer Finanzmarktrecht seit der Finanzkrise von 2007». Sein Fazit lautete: *«Selbstregulierung hat im Finanzmarktrecht einen Platz und eine Zukunft, sofern die Rahmenbedingungen dazu stimmen. Entscheidend ist ein sachgerechter gesetzlicher Rahmen für die Selbstregulierung und eine von Vertrauen geprägte Zusammenarbeit zwischen staatlichen Behörden und Selbstregulatoren. Die Zukunft der Selbstregulierung gehört damit der Koregulierung: Koregulierung statt Selbstregulierung. In dieser Ausgestaltung wird die Selbstregulierung eine wichtige Stellung im Schweizer Finanzmarktrecht behalten».*

Seit Verlassen dieses Beitrags hat der Bundesrat Gesetzesentwürfe für eine auch als «Kleeblattreform» bezeichnete umfassende Umgestaltung des Schweizer Finanzmarktrechts publiziert. Der Entwurf für ein «Finanzplatzinfrastrukturgesetz (FINFRAG)» lag im Januar 2015 mit der Botschaft des Bundesrates vom September 2014 zur Behandlung im Parlament.² Für das «Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)» und das «Finanzinstitutsgesetz (FINIG)» eröffnete der Bundesrat im Juni 2014 eine Vernehmlassung, welche bis Ende Oktober 2014 dauerte. Der Bundesrat will dazu eine Botschaft an das Parlament im Sommer 2015 beschliessen.

Dieser Beitrag erkundet die Haltung dieser «Kleeblattgesetze» zur Selbstregulierung und testet das zitierte Fazit «Koregulierung statt Selbstregulierung» an diesen Beispielen. Dabei konzentrieren wir uns auf die aus Sicht der Selbstregulierung zentralen Fragen in diesen Gesetzesentwürfen. Dabei ist zu betonen: Die Gesetzgebung ist für alle drei Gesetze nicht abgeschlossen. Die folgenden Ausführungen beruhen auch nicht auf einer Analyse der Vernehmlassungen und politischen Positionen. Diese können zu erheblichen Änderungen an den Vorlagen in der parlamentarischen Beratung führen. Aufgrund der Erfahrung in der Finanzmarktgesetzgebung ist aber kaum anzunehmen, dass sie den Regu-

¹ URS ZULAUF, Koregulierung statt Selbstregulierung, Erfahrungen mit der Selbstregulierung im Schweizer Finanzmarktrecht seit der Finanzkrise von 2007, publiziert in: Jusletter 04.11.2013, sowie in: PETER JUNG/JÜRGEN SCHWARZE (Hrsg.), Finanzmarktregulierung in der Krise, Verhandlungen der Fachgruppen Vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht und Europarecht anlässlich der 34. Tagung für Rechtsvergleichung vom 12. bis 14. September 2013 in Marburg, Tübingen 2014, S. 83–112.

² BBl 2014 7483 ff.

lierungszug völlig stoppen oder in eine völlig andere Richtung lenken werden.³ Immerhin ist ein solches Risiko im Falle des FIDLEG und des FINIG nicht ganz von der Hand zu weisen.

Für das Verständnis des Folgenden ist wichtig, sich zwei mögliche Bedeutungen der «Selbstregulierung» vor Augen zu halten:

- Zum einen wird sie durch private Organisationen, Interessengruppen oder Verbände ausgearbeitet und erlassen (*Selbstreglementierung*).
- Selbstregulierung kann zudem auch die Durchsetzung und die Sanktionierung von Normen durch Private umfassen (*Selbstüberwachung*).

Selbstreglementierung kann mit Selbstüberwachung einhergehen. Zwingend ist dies jedoch nicht. Im Finanzmarktrecht wird die Einhaltung der Selbstregulierung nicht selten durch die FINMA mit ihrem obrigkeitlichen Instrumentarium überwacht und durchgesetzt. Dies gilt etwa für alle Normen, welche die FINMA als Mindeststandard anerkennt.

II. Finanzplatzinfrastrukturgesetz (FINFRAG): wie weiter mit der Selbstregulierung der Börsen?

Vor der Schaffung des heute geltenden Börsengesetzes von 1995 regulierten und überwachten sich die Börsen praktisch vollumfänglich selbst. Ergänzend gab es in den Börsenkantonen gestützt auf kantonale Gesetze rudimentäre staatliche Aufsichtsorgane. Das Börsengesetz knüpft dort an, belässt aber der Selbstreglementierung und -überwachung eine wichtige Rolle. Dies zeigen insbesondere folgende Regelungen:

- Die Börsen legen ihre Organisation in einem (durch die FINMA zu genehmigenden) Reglement selbst fest. Sie regeln darin insbesondere die Organisation des Handels, die Journalführung und die Handelspublizität.
- Sie sind auch gehalten, die Börsengeschäfte selbst zu überwachen. Die FINMA verlangt dazu seit einigen Jahren eine organisatorisch selbständige und damit von der Börse als Wirtschaftsunternehmen unabhängige Überwachungsstelle.

³ Vgl. URS ZULAUF, *Miteinander oder Gegeneinander? Zum Regulierungsprozess im Schweizer Finanzmarktrecht*, SZW 6/2014, 1 ff.

- Auch die Zulassung von Effekten zum Börsenhandel und die Kotierung regeln die Börsen selbst. Vorbehalten bleibt auch hier die Genehmigung des Kotierungsreglementes durch die FINMA.

Diese gesetzlichen Vorgaben beruhen sehr viel stärker auf Selbstregulierung als etwa die Regeln der EU. Bei der Vorbereitung des FINFRAG stellte sich deshalb die Frage, ob und wie weit die Selbstregulierung der Börsen beibehalten werden soll. Die Botschaft des Bundesrates äussert sich dazu wie folgt:

«Das FinfraG regelt die Organisation und den Betrieb sämtlicher Finanzmarktinfrastrukturen (Handelsplätze, zentrale Gegenparteien, Zentralverwahrer, Transaktionsregister und Zahlungssysteme). Die Regulierung der Börsen entspricht dabei im Grundsatz der bestehenden im BEHG. Insbesondere wird das geltende Prinzip der Selbstregulierung beibehalten. Es ist jedoch zu beachten, dass die Selbstregulierung international kritisch betrachtet wird. Die Grenzen der Selbstregulierung werden daher im FinfraG konkreter aufgezeigt. Insbesondere wird neu ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Selbstregulierung unter Aufsicht der FINMA erfolgt. Die geltende Börsenregulierung wird zudem durch die neu für alle Finanzmarktinfrastrukturen gleichermaßen geltenden allgemeinen Bewilligungsvoraussetzungen und Pflichten ergänzt. Besonders hervorzuheben ist zudem, dass die Pflicht zur Vorhandelstransparenz neu ausdrücklich auf Gesetzesebene statuiert wird und dass die Handelsüberwachungsstellen inländischer Börsen zur Zusammenarbeit verpflichtet werden.»⁴

Der Entwurf stimmt mit dieser Aussage grundsätzlich überein und enthält einen eigentlichen «Selbstregulierungsartikel» für «Handelsplätze» (Börsen und «multilaterale Handelssysteme»)⁵. Neu verlangt das Gesetz ausdrücklich eine «Aufsicht der FINMA» über die «Regulierungs- und Überwachungsorganisation» und deren Unabhängigkeit von den anderen Organen des Handelsplatzes.

Wohl wichtiger als dieser gesetzliche Nachvollzug des heutigen Status Quo in der Aufsicht ist jedoch die Einbettung der künftigen Selbstregulierung in die staatliche Aufsicht. Die Regulierungsdichte auf Gesetzesstufe nimmt mit dem FINFRAG merklich zu. Heute regelt das Börsengesetz Börsen und börsenähnliche Einrichtungen in 8 Artikeln.⁶ Künftig werden es 44 Artikel sein oder immerhin 40 Artikel, wenn man die systemisch bedeutsamen Finanzmarktinfrastruk-

⁴ BBl 2014 7498 f.

⁵ Art. 27 E-FINFRAG.

⁶ Art. 3–10 BEHG (Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel, Börsengesetz; SR 954.1).

turen⁷ nicht berücksichtigt, für welche heute keine besondere Regelung besteht. Gewiss nehmen auch diese Bestimmungen bloss vieles auf, was heute bereits auf Verordnungsstufe oder in der Aufsichtspraxis verankert ist. Es ist jedoch nicht anzunehmen, dass die umfangreichen Detailregeln im Gesetz weitere Konkretisierungen auf Stufe Verordnung oder Rundschreiben erübrigen.

Der Spielraum der Selbstregulierung der Börse würde zusätzlich auch durch die im FIDLEG vorgesehenen Prospektspflichten eingeschränkt. Grundsätzlich ändert sich zwar nichts: die Kotierungsregeln der Börsen ergänzen für den Sekundärmarkt die Prospektregeln des Obligationenrechts für den Primärmarkt. Die im FIDLEG vorgeschlagenen Primärmarktregeln gehen aber erheblich weiter als die bestehenden. Dies lässt sich mit folgendem Bild veranschaulichen: Heute füllen die gesetzlichen Prospektregeln das Regulierungsglas höchstens zu einem Drittel. Der Rest des Glases wird für börsenkotierte Gesellschaften gefüllt durch die Regeln des Kotierungsreglementes der Börsen. Unter dem neuen Regime des FIDLEG würde sich dieses Verhältnis umdrehen.

Bei der Genehmigung der Prospekte beansprucht die Koregulierung in Form staatlicher Rahmenregeln ebenfalls Geltung: neu sollen die Prospekte (im Regelfall vorgängig) durch eine staatliche Stelle geprüft werden. Das FIDLEG will dazu den Markt auffordern, eine neue «Prüfstelle» zu schaffen. In der Sache wäre sie eine durch die FINMA überwachte Bundesbehörde, für welche das Verwaltungsverfahrensgesetz anwendbar ist.⁸ Interessant ist die Begründung der Botschaft, weshalb die Genehmigung der Prospekte nicht nach dem Vorbild anderer europäischer Länder der FINMA übertragen werden soll: *«Die FINMA ist zum heutigen Zeitpunkt personell und hinsichtlich Infrastruktur nicht in der Lage, diese öffentlich-rechtliche Aufgabe (welche im EU-Raum durch Behörden wahrgenommen wird) selber wahrzunehmen. Es ist aber davon auszugehen, dass im Markt Bewerber vorhanden sind oder sich bilden werden.»*⁹ Diese Aussage ist weder besonders überzeugend, noch zeugt sie von viel Zuversicht und Vertrauen in die Selbstregulierung.

Fazit: Das FINFRAG und die Prospektregeln des FIDLEG belassen entgegen den Vorgaben in der EU auch in Zukunft Raum für die Selbstregulierung der Börse. Dieser Raum ist aber kleiner und zunehmend bestellt mit gesetzlichen Detailregeln.

⁷ Art. 22–25 E-FINFRAG.

⁸ Art. 54 E-FIDLEG.

⁹ Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG vom 25.06.2014, S. 69.

III. Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG): wer konkretisiert die neuen Vorschriften?

Im FIDLEG sollen zum Schutz der Anleger u.a. Verhaltenspflichten für Finanzdienstleister eingehender auf Gesetzesstufe verankert werden. Das FIDLEG würde zwar nicht Regulierungspfähle in eine regulatorische Wüste rammen, aber 15 Artikel in eine bisher weitgehend¹⁰ dem zivilrechtlichen Auftragsrecht überlassenen Wiese. Der Effekt auf den Raum der Selbstregulierung ist damit der gleiche, wie er soeben für die Börsen beschrieben wurde.

Aus Sicht der Selbstregulierung ist im FIDLEG vor allem von Interesse, wer diese gesetzlichen Verhaltensregeln weiter konkretisiert. Denkbar wäre, diese Aufgabe im Sinne der Koregulierung der Selbstregulierung zu überlassen. Dies ist aber nicht der Ansatz im Vernehmlassungsentwurf des FIDLEG. Stattdessen überträgt es der Entwurf dem Bundesrat, in einer Verordnung die Rechenschaftspflicht, die Bearbeitung von Kundenaufträgen und die «best execution»¹¹ zu konkretisieren.

Wird damit eine Chance für Koregulierung vertan? Das kann man so sehen. Persönlich halte ich in diesem Fall staatliche Regulierung für sachgerecht. Wer mehr Selbstregulierung möchte, ist aufgerufen, die Selbstregulierer zu bezeichnen, welche diese Aufgabe wahrnehmen sollen. Der heutige Zustand mit nicht weniger als acht von der FINMA aufgrund ihrer «Eckwerte für Vermögensverwaltung»¹² genehmigten Verhaltensregeln verschiedener Branchenverbände sowie der Verhaltensregeln der Fondswirtschaft¹³ ist kein wirklich gutes Modell für die Zukunft. Die gleiche Skepsis gälte einem staatlich verfassten einzigen Selbstregulierer mit einem Regulierungsmonopol.

¹⁰ Abgesehen von Art. BEHG und Art. 20 KAG (Bundesgesetz vom 23.06.2006 über die kollektiven Kapitalanlagen, Kollektivanlagengesetz; SR 951.31).

¹¹ Art. 15–17 E-FIDLEG zu konkretisieren.

¹² FINMA-Rundschreiben 2009/1, vgl. die Medienmitteilung vom 13.12.2013: <http://www.finma.ch/d/aktuell/Seiten/aktuell-selbstregulierung-verhaltensregeln-2013-1212.aspx>.

¹³ Medienmitteilung der FINMA vom 14.11.2014: <http://www.finma.ch/d/aktuell/Seiten/mm-sfama-20141114.aspx>.

IV. Finanzinstitutsgesetz (FINIG): wer überwacht die Vermögensverwalter?

Im dritten dieser Kleeblattgesetze, dem FINIG, schlägt das Eidgenössische Finanzdepartement vor, sämtliche Vermögensverwalter einer staatlichen oder parastaatlichen Aufsicht zu unterstellen, d.h. nicht nur wie bisher die Banken, Effektenhändler sowie Fondsleitungen und Vermögensverwalter nach Kollektivanlagengesetz. Zum ändern verfolgt das FINIG die Ambition, in einer Art regulatorischer Generalpolitik alle Bestimmungen des Banken- und Börsengesetzes und weite Teile des Kollektivanlagengesetzes in einen neuen Gesetzeshafen überzuführen.

Es wird sich weisen, ob dieses Vorhaben angesichts breiter Opposition in der Vernehmlassung weitergeführt wird. Aus Sicht der Selbstregulierung interessiert hier die Frage, welche Stelle die bisher nicht überwachten Vermögensverwalter überwachen soll. Der Vernehmlassungsentwurf stellt dazu zwei Varianten zur Diskussion:

- Eine Variante schlägt vor, die Aufsicht der FINMA zu übertragen. Diese überwacht heute bereits die Vermögensverwalter mit einem gesetzlichen Status als Bank, Effektenhändler, Fondsleitung oder Vermögensverwalter nach Kollektivanlagengesetz. Zudem überwacht sie mehrere hundert «direkt unterstellte Finanzintermediäre» (DUFIs), allerdings bloss unter dem engen Gesichtswinkel des Geldwäschereigesetzes. Neu soll die FINMA nach dieser Variante auch überwachen, ob sämtliche Vermögensverwalter (nicht aber bloss Anlageberater) die im FIDLEG vorgesehenen Pflichten zum Schutz der Anleger einhalten.
- Die andere, «erste» Variante schlägt vor, die Aufsicht über die bisher nicht unterstellten Vermögensverwalter grundsätzlich einer neu zu schaffenden «Aufsichtsorganisation» zu übertragen. Möglich wären auch mehrere Aufsichtsorganisationen.¹⁴ Im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben würde nach dem Vernehmlassungsbericht «*ein Gründungsauftrag für die Aufsichtsorganisation in erster Linie an die Branche der von dieser zu beaufsichtigten Vermögensverwalter*» ergehen.¹⁵

¹⁴ Art. 43a Abs. 3 E-FINMAG gemäss Schlussbestimmungen E-FINIG.

¹⁵ Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG, S. 142.

Würde diese Variante die Selbstregulierung stärken? Es ist zu bezweifeln. Die Begründung des Vernehmlassungsberichts für diese Variante ist rudimentär: *«Mit der Zulassung dieser neuen Institution bleibt der für den schweizerischen Finanzmarkt typische Selbstregulierungsansatz im Rahmen einer gesteuerten und halbstaatlichen Aufsichtsbehörde erhalten. Für die FINMA, als oberste und staatliche Aufsichtsbehörde, entfällt mit der Einsetzung einer Aufsichtsorganisation für die Vermögensverwalter eine durch die Neuunterstellung der Vermögensverwalter verursachte – möglicherweise massive – Erhöhung des Aufsichtsaufwandes».*

Diese Begründung überzeugt nicht. Wird die Aufsicht richtig gemacht, fällt auch bei einer «Aufsichtsorganisation» der entsprechende Aufwand an. Hinzu kommen noch Gründungskosten und die damit verbundenen Schwierigkeiten im Aufbau der neuen Behörde. Die «Aufsichtsorganisation» wäre zudem im Wesentlichen eine neue, der FINMA nachempfundene *staatliche* Behörde. Sie würde grundsätzlich¹⁶ auch über die gleichen staatlichen Aufsichtsinstrumente verfügen wie die FINMA. Der wesentliche Unterschied zur FINMA läge einzig in der Initiative zur Gründung und in der Wahl des Verwaltungsrates durch die «Branche der Beaufsichtigten», in den anders als im FINMA-Verwaltungsrat aktive Branchenvertretern einsitzen könnten.¹⁷

Aus verständlichen Gründen drängt sich die FINMA nicht vor, die schwierige und undankbare Überwachung der «unabhängigen» Vermögensverwalter zu übernehmen. Dennoch verdient diese Lösung den Vorzug vor der vorgeschlagenen Überwachung durch eine neue und im Ergebnis staatliche Behörde. In diese Richtung äusserten sich offenbar überwiegend auch die Antworten in der Vernehmlassung. Das trifft sogar für den grössten bestehenden Verband der Schweizer Vermögensverwalter zu. Er lehnt das FIDLEG und (soweit ersichtlich) eine verstärkte Aufsicht über die Vermögensverwalter generell ab. Sollte sie jedoch erforderlich sein, wäre die Übertragung an die FINMA oder eine wirkli-

¹⁶ Art. 43n E-FINMAG gemäss Schlussbestimmungen E-FINIG, ausgenommen wären die Einziehung unrechtmässiger Gewinne und der Einsatz von Untersuchungsbeauftragten (Art. 35 und 36 FINMAG). Ebenso stände ihr das Berufsverbot (Art. 33 FINMAG) nicht zur Verfügung, wohl aber das neu auf Kundenberater anwendbare «Tätigkeitsverbot» (Art. 33a E-FINMAG) mit der praktisch gleichen Bedeutung.

¹⁷ Art. 43d E-FINMAG; die Verwaltungsräte und ihr Präsidium müssten durch den Bundesrat genehmigt werden, Art. 43f. Abs. 2 E-FINMAG.

che Selbstregulierung durch Selbstregulierungsorganisationen wie heute im Geldwäschereigesetz vorzuziehen.¹⁸

V. Fazit: Voranschreiten der staatlichen Regulierung mit (beschränktem) Raum für Koregulierung

Das Parlament wird die Beratung des FINFRAG im Jahre 2015 aufnehmen und dem Gesetz am Ende trotz zahlreicher Detailanträge wohl zustimmen. Ungewisser sind die Aussichten des FIDLEG und des FINIG, vor allem angesichts der Fundamentalopposition der kleinen Vermögensverwalter, deren politisches Gewicht nicht unterschätzt werden sollte.

Hier interessiert jedoch einzig, welche Rolle die drei Gesetzesvorlagen für die Selbstregulierung vorsehen. Die vorstehende Analyse bestätigt das eingangs wiedergegebene Fazit: Auch die vorgesehenen drei neuen Finanzmarktgesetze belassen Raum für Selbstregulierung. Dieser wird jedoch durch die sich gleichzeitig ausdehnende staatliche Regulierung enger. Noch mehr als bisher gehört das Feld der staatlich gelenkten und geführten «Koregulierung», welche einen engen Rahmen für die Selbstregulierung schafft.

¹⁸ Vernehmlassungsantwort des VSV vom 31.10.2014, Rz. 178 ff., <http://www.vsv-asg.ch/uploads/file/interessenvertretung/vernehmlassungen/2014/vsv-vernehmlassung-fidleg-finig.pdf>.

Private Normen im Umwelt- und Baurecht

Hans W. Stutz

Inhaltsübersicht

I. Einführung	71
II. Anschauung an Beispielen im Baurecht des Kantons Zürich	74
1. Normensetzung durch den Staat, nicht durch Private	74
2. Verbindlicherklärung und Beachtlicherklärung	75
III. Anschauung am Beispiel der Abfallentsorgung auf Baustellen	76
1. Auseinanderklaffen von privaten Normen und staatlichen Vorschriften	76
2. Normative Festlegungen?	79
III. Dynamische Verweisungen am Beispiel des Standes der Technik	80
IV. Varia	82

I. Einführung

Private Normung ist aus dem heutigen Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken. Die von privaten, für einen bestimmten Fachbereich anerkannten Organisationen (Normengremien) geschaffenen Normen erleichtern die Standardisierung von technischen Prozessen und fördern damit namentlich den Austausch von Waren und Dienstleistungen. Private Normen können darüber hinaus insbesondere auch der Erhöhung der Sicherheit sowie der Rationalisierung durch Verminderung der Vielfalt von Produkten, Prozessen und Dienstleistungen dienen.

Die privaten Normen sind sehr zahlreich – bei der Schweizerischen Normenvereinigung sind mehr als 2000 private Normen erhältlich! – und zeichnen sich durch eine ausserordentliche Vielfalt aus, was die Themenbereiche und das Formale (Normdichte, Aufbau und Gliederung, Umfang usw.) angeht. Sie kommen in ganz verschiedenen Ausprägungen vor:

- Eine sehr grosse Zahl nationaler und internationaler Normen setzt Qualitätsstandards für die Industrie und das Gewerbe. Soweit die Wirtschaft Standards für bestimmte industrielle und gewerbliche Prozesse aufstellt, die

von der Branche de facto widerspruchlos befolgt werden, ist eine Überführung ins staatliche Recht nicht erforderlich und von den Urhebern dieser privaten Normen oft auch gar nicht erwünscht.

- Ferner werden private Normen in den privatrechtlichen Verträgen zwischen dem Bauherrn einerseits und dem Architekt, Ingenieur bzw. Unternehmer andererseits als massgebend bezeichnet. Die Normen gestalten in dieser Funktion die privatrechtlichen Vertragsverhältnisse zwischen den privaten Akteuren. So ordnet etwa die vom Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverein (SIA) herausgegebene Norm SIA 118 die Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten und bietet damit eine gegenüber dem gesetzlichen Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR) veränderte vertragliche Ausgestaltung des Werkvertrags.
- Soweit die privaten Normen anstelle von staatlichen Vorschriften z.B. beim Bauen fachspezifische Pflichten der verschiedenen Akteure (Bauherr, Architekt, Ingenieur, Bauunternehmer usw.) umschreiben, werden diese Normen häufig in einer behördlichen Verfügung als massgebend erklärt. Es entspricht weit verbreiteter behördlicher Praxis, im Rahmen eines baurechtlichen Entscheids oder einer umweltrechtlichen Bewilligung für bestimmte Teilbereiche private Normen auflageweise als verbindlich zu erklären. Je nach Sachzusammenhang stützen sich diese Auflagen auf generell-abstrakte Vorschriften im kantonalen Baurecht, die diese privaten Normen ausdrücklich als anwendbar bezeichnen. So führt etwa die Richtlinie Regenwasserentsorgung des Verbandes Schweizer Abwasser- und Gewässerschutzfachleute (VSA) die recht allgemein gehaltenen Vorschriften der bundesrätlichen Gewässerschutzverordnung (Art. 3 GSchV; SR 814.201) aus bezüglich der Frage, wie die Abgrenzung zwischen verschmutztem und nicht verschmutztem Abwasser im Detail vorzunehmen ist; diese VSA-Richtlinie wird im öffentlichen Baurecht des Kantons Zürich als «anwendbar» erklärt (Anhang Ziffer 2.73 Besondere Bauverordnung I [BBV I; LS 700.21]; weitere Beispiele hinten II.). – Teilweise wird in den Bewilligungen aber auch auf private Normen verwiesen, die nicht ausdrücklich in der kantonalen Baurechtsordnung genannt werden. In diesen Fällen stützt sich die entsprechende Auflage in der Bewilligung auf die Spezialgesetzgebung; die privaten Normen haben mithin die Funktion, Rechtsnormen der Spezialgesetzgebung zu konkretisieren.
- Andere private Normen im Bereich des Bauens sind bei den (fachkundigen) Akteuren allgemein bekannt und anerkannt, so dass diese Normen als aner-

kannte Regeln der Baukunde gelten. Diese Normen werden somit von den Akteuren auch dann als massgebend und bindend betrachtet, wenn keine staatliche generell-abstrakte Vorschrift oder individuell-konkrete Anordnung deren Beachtung verlangt. Freilich werden solche privaten Normenwerke von staatlichen Stellen herangezogen, soweit das positive Recht an den unbestimmten Rechtsbegriff «anerkannte Regeln der Baukunde» Rechtswirkungen knüpft. So stellt etwa Art. 229 des Strafgesetzbuches Gefährdungen von Leib und Leben von Mitmenschen durch die Verletzung anerkannter Regeln der Baukunde unter Strafe (als Anwendungsfall dazu siehe Entscheid des Bundesgerichts 6S.181/2002 vom 30. Januar 2003, in welchem ein Bezug zur Norm SIA 118 hergestellt wurde).

Die Übernahme privater Normen ins staatliche Recht stellt eine der Ausprägungen der vielfältigen Zusammenarbeit des Staates und der Wirtschaft im Umweltbereich dar. Eine Kooperation bei Fragen des Umweltschutzes kann sowohl für den Staat als auch die betroffenen Wirtschaftszweige Vorteile bieten. So profitiert der Staat durch die Einbindung von Organisationen der Wirtschaft namentlich vom spezifischen Fachwissen der Betriebe. Für die Wirtschaft stellt eine Zusammenarbeit mit dem Staat eine wesentliche Möglichkeit zur Mitwirkung und Mitsprache bei der staatlichen Regulierung dar. Beide Seiten gewinnen somit durch eine Zusammenarbeit bei der Umsetzung des Umweltrechts. Diese Zusammenarbeit beschränkt sich nicht auf die Übernahme privater Normen ins staatliche Recht mittels statischer oder dynamischer Verweisung, sondern manifestiert sich in vielfältigen Formen (nach URSULA BRUNNER, Kommentar Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., Rz. 23 f. zu Art. 41a):

- Information und Beratung;
- Erarbeitung von Empfehlungen;
- Erlass von Richtlinien in Zusammenarbeit mit Branchenorganisationen;
- Einsetzung von Fachkommissionen;
- Erarbeitung von Verordnungsentwürfen in Zusammenarbeit mit den betroffenen Branchen;
- Auslagerung von Vollzugsaufgaben;
- Technologieförderung.

Im Umweltschutzgesetz vom 7. Oktober 1983 wird der Gedanke der Kooperation in Art. 41a festgehalten. Diese Vorschrift ist mit einer Revision vom 21. Dezember 1995 (AS 1997 1155) ins Gesetz aufgenommen worden:

2a. Abschnitt: Zusammenarbeit mit der Wirtschaft

Art. 41a

¹ Der Bund und, im Rahmen ihrer Zuständigkeit, die Kantone arbeiten für den Vollzug dieses Gesetzes mit den Organisationen der Wirtschaft zusammen.

² Sie können Branchenvereinbarungen durch die Vorgabe mengenmässiger Ziele und entsprechender Fristen fördern.

³ Vor dem Erlass von Ausführungsvorschriften prüfen sie freiwillige Massnahmen der Wirtschaft. Soweit möglich und notwendig, übernehmen sie Branchenvereinbarungen ganz oder teilweise in das Ausführungsrecht.

II. Anschauung an Beispielen im Baurecht des Kantons Zürich

Mit Blick auf das öffentliche Baurecht des Kantons Zürich wurde in den Workshops untersucht, wie private Normen ins Verwaltungsrecht (Bau-, Planungs- und Umweltrecht) implementiert werden. Es wurden insbesondere folgende Feststellungen gemacht:

1. Normensetzung durch den Staat, nicht durch Private

Nach § 360 Abs. 1 und 2 des kantonalen Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (LS 700.1) ist vorgesehen, dass der Regierungsrat – nicht die Privaten! – Richtlinien und Normalien erlässt. Der Gedanke dahinter leuchtet ein: Rechtsetzung ist Aufgabe des Staates; die Inkorporation privater Normen ins staatliche Recht wird durch einen bewussten Rechtsakt (hier: Aufnahme privater Normen in den Anhang der Besonderen Bauverordnung I vom 6. Mai 1981 [BBV I; LS 700.21]) vorgenommen. Daher sind in der BBV I die Verweisungen auf die privaten Normen regelmässig statische Verweisungen. Als private Normen werden aufgeführt:

- Ziffer 2.31: Richtlinie SWKI 96–1, Lüftungsanlagen für Fahrzeug-Einstellhallen, Ausgabe 1997 (mit einer Ergänzung);
- Ziffer 2.51: Norm SIA 500:2009, Hindernisfreie Bauten;
- Ziffer 2.52: Empfehlung Wohnungsbau hindernisfrei – anpassbar, Schweizerische Fachstelle für behindertengerechtes Bauen, Ausgabe 1992;
- Ziffer 2.61: Empfehlung SIA 430, Ausgabe 1993, Entsorgung von Bauabfällen bei Neubau-, Umbau- und Abbrucharbeiten (Norm SN 509 430);
- Ziffer 2.71: Empfehlung SIA 431, Ausgabe 1997, Entwässerung von Baustellen (Norm SN 509 431);
- Ziffer 2.72: Norm VSA/suissetec, Anlagen für die Liegenschaftsentwässerung – Planung und Ausführung, Ausgabe 2012 (Norm SN 592 000);
- Ziffer 2.73: Richtlinie VSA, Regenwasserentsorgung, Ausgabe 2002, mit Update 2008;
- Ziffer 2.9.1: Norm SIA 260–267 (2003), Tragwerksnormen;
- Ziffer 2.9.2: Merkblatt SIA 2018 (2004), Überprüfung bestehender Gebäude bezüglich Erdbeben.

Die Verweisung auf private Normen statt die formelle Übernahme ins staatliche Recht entlastet den Ordnungsgeber davon, in den von den privaten Normen abgehandelten Sachbereichen eigene kantonale Festlegungen treffen zu müssen. Die Verweisung auf private Normen verhindert somit eine Aufblähung des kantonalen Rechtsstoffes mit technischen Detailregelungen. Zudem ist davon auszugehen, dass eine von der Wirtschaftsbranche selber entwickelte Norm eine bessere Akzeptanz bei den Betroffenen findet.

2. Verbindlicherklärung und Beachtlicherklärung

Es stellt eine Besonderheit des zürcherischen Baurechts dar, dass private Normen entweder als «verbindlich» oder als «beachtlich» erklärt werden können:

- Eine Verbindlicherklärung stellt die direkte Inkorporation der Norm in das staatliche Recht dar. Die Norm wird dadurch zu einer Ordnungsbestimmung der kantonalen Rechts (§ 3 Abs. 2 BBV I).
- Hingegen gelten private Normen, die als beachtlich erklärt werden, als Richtlinien und Normalien (§ 3 Abs. 2 BBV I). Abweichungen von den als

beachtlich erklärten Richtlinien und Normalien sind zulässig. Gemäss § 3 Abs. 4 Halbsatz 1 BVV I sind Abweichungen jedoch im baurechtlichen Entscheid kurz zu begründen.

Es wurde im Workshop erkannt, dass die beachtlich erklärten Richtlinien und Normalien mit Bezug auf die Verbindlichkeit – einem wesentlichen Merkmal einer Rechtsnorm – nicht mit Verordnungsrecht gleichgesetzt werden können, da eine Abweichung mit sachlicher Begründung durchaus möglich ist. Beachtlich erklärte Richtlinien und Normalien stellen daher Normen dar, die am ehesten «soft law»-Qualität aufweisen; sie sind jedoch keine Rechtssätze des kantonalen Rechts.

Bei den als verbindlich erklärten Normen muss demgegenüber davon ausgegangen werden, dass diese Verordnungscharakter erhalten. Vorauszusetzen ist indes, dass eine Publikation in der Gesetzessammlung erfolgt, ist eine solche Publikation doch konstitutiv für die Gültigkeit eines Rechtssatzes. (Anzumerken ist, dass bisher noch keine private Norm in der BVV I als verbindlich und damit zu Verordnungsrecht erklärt worden ist.)

III. Anschauung am Beispiel der Abfallentsorgung auf Baustellen

1. Auseinanderklaffen von privaten Normen und staatlichen Vorschriften

Rechtsnormen sind geprägt von einer eher abstrakten Begrifflichkeit. Die einzelne Rechtsnorm steht nicht für sich allein, sondern ist (im Idealfall) in einen grösseren Zusammenhang widerspruchsfrei eingebettet. So sind z.B. gesetzesausführende Ordnungsbestimmungen inhaltlich und mit Bezug auf die Begriffe auf das zu Grunde liegende Gesetz abgestimmt. Die Rechtsnorm ist daher in ihrem systematischen Zusammenhang zu betrachten. Ihre volle Bedeutung erschliesst sich oft nur einem juristischen Fachpublikum.

Private technische Normen zeichnen sich demgegenüber dadurch aus, dass sie bestimmte Adressatengruppen (namentlich Ingenieure und Architekten) direkt ansprechen wollen. Es wird in der Regel eine allgemein verständliche, beschreibende und adressatengerechte Sprache verwendet.

Anschaulichkeit hat jedoch ihren Preis. Die folgenden Beispiele zeigen, dass sich durch unterschiedliche Umschreibungen auch inhaltliche Differenzen ergeben können. Die untersuchte SIA-Empfehlung wird in Anhang Ziffer 2.61 BBV I als «beachtlich» erklärt.

Beispiel 1:

Empfehlung des SIA «Entsorgung von Bauabfällen bei Neubau-, Umbau- und Abbrucharbeiten»	Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG, SR 814.01)
Ziffer 1 1 Begriffe «Entsorgung Gesamtheit aller Vorgänge, die im Hinblick auf den korrekten Umgang mit Abfällen notwendig sind (Sammlung, Beförderung, Zwischenlagerung, Behandlung und Ablagerung auf einer Deponie).»	Art. 7 Abs. 6 ^{bis} Definitionen «Die Entsorgung der Abfälle umfasst ihre Verwertung oder Ablagerung sowie die Vorstufen Sammlung, Beförderung, Zwischenlagerung und Behandlung. Als Behandlung gilt jede physikalische, chemische oder biologische Veränderung der Abfälle.»

Im vorliegenden Beispiel fällt auf, dass nach der SIA-Empfehlung unter dem Begriff «Entsorgung» zwar auch – wie bei der gesetzlichen Definition nach Art. 7 Abs. 6^{bis} USG – die Elemente Sammlung, Beförderung, Zwischenlagerung, Behandlung und Ablagerung zu verstehen sind. Ausgeklammert bleibt aber das Element «Verwertung». Die beiden Definitionen weichen somit materiell voneinander ab.

Beispiel 2:

Empfehlung des SIA «Entsorgung von Bauabfällen bei Neubau-, Umbau- und Abbrucharbeiten»	Technische Verordnung über Abfälle vom 10. Dezember 1990 (TVA, SR 814.600)
Ziffer 5 1 Allgemeines/Ziffer 5 11 «Bauabfälle müssen auf der Bau- bzw. Abbruchstelle in folgende Materialgruppen getrennt werden: <ul style="list-style-type: none"> • Aushub • Bauschutt • Bausperrgut • Sonderabfälle» ...	Art. 9 Bauabfälle « ¹ Wer Bau- oder Abbrucharbeiten durchführt, darf Sonderabfälle nicht mit den übrigen Abfällen vermischen und muss die übrigen Abfälle auf der Baustelle wie folgt trennen: a. unverschmutztes Aushub-, Abraum- und Ausbruchmaterial; b. Abfälle, die ohne weitere Behandlung auf Inertstoffdeponien abgelagert werden dürfen; c. brennbare Abfälle wie Holz, Papier, Karton und Kunststoffe; d. andere Abfälle.

<p>Ziffer 5 14 «In Fällen, wo die getrennte Erfassung der Bauabfälle aufgrund der örtlichen Verhältnisse auf der Baustelle nicht durchführbar ist, sind diese nachträglich zu sortieren.»</p>	<p>¹bis Soweit die Trennung der übrigen Abfälle auf der Baustelle betrieblich nicht möglich ist, darf er sie anderswo trennen. ² Die Behörde kann eine weitergehende Trennung verlangen, wenn dadurch Teile der Abfälle verwertet werden können.»</p>
---	---

Das abfallrechtliche Trennungsgebot wird sowohl in der SIA-Empfehlung als auch in der einschlägigen technischen Verordnung des Bundes umschrieben. Bemerkenswert dabei ist, dass in der SIA-Empfehlung die Materialgruppen konkreter – und damit praxisbezogener – umschrieben werden. Art. 9 TVA ist demgegenüber in der Begrifflichkeit genauer (so wird z.B. statt lediglich von «Aushubmaterial» in der TVA präziser von «unverschmutztem Aushub-, Abraum- und Ausbruchmaterial» gesprochen).

Beispiel 3:

<p>Empfehlung des SIA «Entsorgung von Bauabfällen bei Neubau-, Umbau- und Abbrucharbeiten»</p>	<p>Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG, SR 814.01)</p>
<p>Ziffer 7 1 Allgemeines/Ziffer 7 12 «Wer die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Bauabfälle hat, ist deren Inhaber. Er ist gesetzlich verpflichtet, für eine korrekte Entsorgung oder Verwertung der Bauabfälle besorgt zu sein, auch wenn er nicht deren Eigentümer ist.»</p>	<p>Art. 31c Entsorgung der übrigen Abfälle «¹ Die übrigen Abfälle muss der Inhaber entsorgen. Er kann Dritte mit der Entsorgung beauftragen. ² ... ³ ...»</p>

Ziffer 7 12 der SIA-Empfehlung hat stark erklärenden Charakter. Sie umschreibt den Inhaberbegriff und klärt das Verhältnis zum Eigentum; die Empfehlung legt die knappe Umschreibung der Entsorgungspflicht nach Art. 31c USG allgemeinverständlich aus.

Konsequenterweise wird im SIA-Text die Verwertung neben der Entsorgung genannt (vgl. dazu die unterschiedliche Definition von Entsorgung in der SIA-Empfehlung und im USG, oben Beispiel 1).

2. Normative Festlegungen?

Beispiel 4:

Empfehlung des SIA «Entsorgung von Bauabfällen bei Neubau-, Umbau- und Abbrucharbeiten»	–
Ziffer 2 1 Allgemeines/2 12 «Die Wahl der Baustoffe, der haustechnischen Installationen und Apparate und die angewandten Konstruktionen und Bauverfahren haben wesentlichen Einfluss auf die während dem Bauprozess sowie bei späteren Unterhalts- oder Abbrucharbeiten entstehenden Abfälle bezüglich Menge, Verwertbarkeit und Entsorgbarkeit.»	–

Anders als in Rechtserlassen (Verfassung, Gesetz, Verordnung) finden sich in privaten Normenwerken oft nicht nur normative Texte, sondern ebenso reine Tatsachenfeststellungen, Hinweise und Erläuterungen, die keinen anordnenden Charakter aufweisen. Das Beispiel 4 zeigt dies schön. Derartige erklärende, nicht normative Texte finden sich nicht nur in SIA-Normen, sondern auch in vielen privaten Normenwerken, die von anderen Normengremien herausgegeben werden.

Beispiel 5:

Empfehlung des SIA «Entsorgung von Bauabfällen bei Neubau-, Umbau- und Abbrucharbeiten»	–
Ziffer 2 2 Entsorgungskonzept/Ziffer 2 26 «Das Entsorgungskonzept regelt die Aufgaben und Verantwortungen der Beteiligten und die Organisation der Entsorgung in den verschiedenen Bauphasen. Es legt fest, welche Kosten die Unternehmer und welche die Bauherrschaft zu übernehmen haben.»	–

Die SIA-Empfehlung nimmt in Ziffer 2 26 Bezug auf ein Entsorgungskonzept. Dieses hat sich in der Praxis bewährt; im staatlichen Recht findet sich indes kein Hinweis auf dieses Instrument.

Es fällt namentlich auf, dass Ziffer 2 26 Festlegungen darüber trifft, dass die Kostenaufteilung zwischen Unternehmer und Bauherrschaft im Rahmen des Entsorgungskonzepts zu regeln sei. In diesem Umfang wird eine privatrechtliche

Frage geordnet. Die Beachtlicherklärung der SIA-Empfehlung durch das öffentliche Baurecht kann nicht dazu führen, dass derartige Ansprüche einen öffentlich-rechtlichen Status erhalten – was für den juristischen Laien nicht ohne weiteres auf der Hand liegt.

Unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit können pauschale Verbindlich- oder Beachtlicherklärungen von privaten Normenwerken durch das staatliche Recht somit problematisch sein.

III. Dynamische Verweisungen am Beispiel des Standes der Technik

Im modernen Rechtsstaat liegt das Rechtsetzungsmonopol beim Staat. Soll eine private Norm aufgrund einer Verweisung als öffentliches Recht Anwendung finden, ist daher keine dynamische, sondern eine statische Verweisung vorzunehmen. Andernfalls könnte ein privates Normengremium ohne jede Kontrolle durch das demokratisch legitimierte und für die Rechtsetzung zuständige staatliche Organ (Gesetzgeber, Verordnungsgeber) das geltende Recht abändern.

Ein dynamisches Element wird eingeführt, wenn das Recht mit unbestimmten Rechtsbegriffen operiert. Im Workshop wurde kurz auf das Beispiel des «Standes der Technik» eingegangen. Das staatliche Recht knüpft dabei bestimmte rechtliche Anforderungen an diesen Stand der Technik. Darunter ist, vereinfacht ausgedrückt, ein fortschrittliches Technologieniveau («Front des technischen Fortschritts») zu verstehen. Die Anknüpfung an den Stand der Technik ist im Umweltrecht verbreitet, z.B. bei den Anforderungen an die Industrieabwasserentsorgung (Anhang 3.2 Gewässerschutzverordnung [GSchV; SR 814.201]), bei der Entsorgung von Abwasser ausserhalb des Bereichs öffentlicher Kanalisationen (Art. 13 Gewässerschutzgesetz [GSchG; SR 814.20]) oder bei der Beurteilung von Abfallanlagen im Rahmen abfallrechtlicher Bewilligungen (Art. 19 Abs. 3 Technische Verordnung über Abfälle [TVA; SR 814.600]).

Vor kurzem wurde von der Bundesverwaltung im Entwurf einer totalrevidierten Technischen Verordnung über Abfälle (Fassung vom 10. Juli 2014) eine Legaldefinition des Standes der Technik vorgeschlagen:

«Art. 3 Begriffe

In dieser Verordnung bedeuten:

...

k. *Stand der Technik*: der aktuelle Entwicklungsstand von Verfahren, Einrichtungen und Betriebsweisen, der:

bei vergleichbaren Anlagen oder Tätigkeiten im In- und Ausland erfolgreich erprobt ist oder bei Versuchen erfolgreich eingesetzt wurde und nach den Regeln der Technik auf andere Anlagen oder Tätigkeiten übertragen werden kann; und

für einen mittleren und wirtschaftlich gesunden Betrieb der betreffenden Branche wirtschaftlich tragbar ist.»

Die Anknüpfung an den Stand der Technik weist verschiedene Vorzüge auf: Es wird damit sichergestellt, dass Umwelttechnologien (z.B. Anlagen zur Abwasser- oder Abluftreinigung) möglichst wirksam betrieben werden oder dass Produktionsverfahren in Industrie und Gewerbe möglichst umweltschonend ausgestaltet werden. Dabei wird das Anforderungsniveau laufend der Front des technischen Fortschritts – ohne formelle Nachführung der Rechtsnorm! – angepasst. Es erübrigt sich mit dieser Konzeption auch der Erlass umfangreicher Kataloge mit numerischen Anforderungswerten (z.B. höchstens zulässige Schadstoff-Konzentrationswerte in Abwasser, das in die öffentliche Kanalisation abgeleitet werden soll).

Bei der Ermittlung des Standes der Technik wird oft implizit auf technische Normen verwiesen. Auf diese Weise kann das staatliche Recht schlank gehalten werden, indem dort auf technische Detailfestlegungen verzichtet werden kann. Freilich ist zwar die Rechtsnorm selber nicht an die technischen Möglichkeiten von verbesserter Umwelttechnologie anzupassen. Im Einzelfall ist jedoch durchaus ein Nachführungsaufwand zu leisten: Gibt eine veraltete technische Norm nicht mehr den aktuellen Stand der Technik wieder, ist dieser jeweils im Zeitpunkt der Rechtsanwendung durch die zuständige Behörde zu ermitteln. Mitunter kann dies im Einzelfall, z.B. im Rahmen eines umweltrechtlichen Bewilligungs- oder Sanierungsverfahrens, einen hohen Abklärungsaufwand (Fachgutachten usw.) auslösen.

Hinzu kommt, dass private Normen veraltet oder unsorgfältig abgefasst sein können; eine systematische Bewirtschaftung des Normenwerks im Sinne einer hinreichenden Qualitätssicherung ist nicht immer gewährleistet. Im Zweifelsfall müssen die Vollzugsbehörden im Zeitpunkt der Rechtsanwendung durch eige-

ne Expertise oder gutachterlich abklären, ob solche Normen den aktuellen Stand der Technik wiedergeben. Ist dies nicht der Fall, ist der Stand der Technik (wie gesagt) im Einzelfall zu ermitteln.

Indem das öffentliche Recht abstrakt den Stand der Technik als Anforderungsniveau verlangt, wird zwar eine Aufblähung des positiven Rechts mit technischen Detailnormierungen vermieden. Allerdings verlagert sich die Prüfung der Anforderungen von der Rechtsetzung zur Rechtsanwendung. Es ist nun die Vollzugsbehörde, welche die gerade geltenden Anforderungen an umweltrechtliche Tatbestände im Bewilligungs- oder Sanierungsverfahren zu prüfen hat. Im Ergebnis stehen den Gewinnen bei der Rechtsetzung aufwendigere Abklärungen bei der Rechtsanwendung im Einzelfall gegenüber. Der staatliche Aufwand kann dabei mit Hilfe von Vollzugshilfen (namentlich des Bundes und der Kantone) und mit sorgfältig erarbeiteten privaten Normen in Grenzen gehalten werden.

IV. Varia

In der Diskussion als grosses Problem wahrgenommen wurde schliesslich die Tatsache, dass die privaten Normen grossmehrheitlich nicht frei erhältlich sind, sondern bei der Herausgeberschaft oder bei der Schweizerischen Normen-Vereinigung gekauft werden müssen. Dies widerspricht der schweizerischen – allgemein anerkannten und erwarteten – Gepflogenheit, dass die von den Rechtssubjekten zu befolgenden Vorschriften für jedermann frei zugänglich sind.

Private Normen im Gesundheitsrecht

Christoph Jenni/Mike Schüpbach*

Inhaltsübersicht

I. Einführung	83
1. Wesensmerkmale des Gesundheitsrechts	83
2. Enges Verhältnis zwischen staatlichen und privaten Normen im Gesundheitsrecht	84
II. Übungsbeispiele	86
1. Epidemien-gesetz	86
a) Ausgangslage und Problemstellung	86
b) Beispiel	88
c) Ergebnis	89
2. Humanforschungs-gesetz	91
a) Ausgangslage und Problemstellung	91
b) Rechtsgrundlagen	92
c) Beispiel «wissenschaftliche Integrität» und Ergebnis	94
d) Beispiel «Regeln der Guten Praxis der Forschung» und Ergebnis	96
3. Krankenversicherungsgesetz	100
a) Ausgangslage und Problemstellung	100
b) Beispiel	100
c) Ergebnis	101
III. Zusammenfassung der Ergebnisse	103
Literaturverzeichnis	104
Materialienverzeichnis	105

I. Einführung

1. Wesensmerkmale des Gesundheitsrechts

Den Teilnehmenden des Workshops wurden im Sinne einer kurzen Einführung die zentralen Eckwerte des Gesundheitsrechts vermittelt.

* Die beiden Autoren sind als wissenschaftliche Mitarbeiter im Bundesamt für Gesundheit (BAG) tätig. Sie vertreten in diesem Beitrag ausschliesslich ihre persönliche Meinung.

Der Begriff des Gesundheitsrechts ist zwar noch nicht gänzlich gefestigt, hat jedoch in jüngster Zeit an Kontur gewonnen.¹ Er umfasst einerseits das klassische Arztrecht, welches die zivil- und strafrechtlichen Aspekte im Verhältnis zwischen Arzt und Patient beschlägt, und andererseits all jene Rechtsgebiete, die Fragen des kollektiven Gesundheitsschutzes regeln. Hierzu zählen insbesondere alle rechtlichen Bestimmungen, welche die Verhinderung und Bekämpfung von Krankheiten und deren Folgen (Gesundheitspolizei), die Förderung der Gesundheit (public health) sowie die soziale Krankenversicherung betreffen.² Das Gesundheitsrecht erhält insofern eine starke öffentlich-rechtliche Prägung und weist einen deutlichen Grundrechtsbezug sowie einen engen Bezug zur Sozial- und Bildungspolitik auf. Weitere Eigenschaften sind die rasche wissenschaftliche und technische Entwicklung sowie die erheblichen wirtschaftlichen Interessen.

2. Enges Verhältnis zwischen staatlichen und privaten Normen im Gesundheitsrecht

Gesetzliche Regelungen im Bereich des Gesundheitsrechts bedürfen in vielen Fällen einer Konkretisierung. Dies betrifft insbesondere die öffentlich-rechtlich geprägten Bereiche des Gesundheitsrechts, wie anhand der folgenden Beispiele zur Epidemienbekämpfung (II/1), zur Forschung am Menschen (II/2) sowie zur Krankenversicherung (II/3) dargelegt wird. Die drei Rechtsgebiete weisen zwar eine hohe Regelungsdichte auf, doch kommt privaten Normen weiterhin (oder sogar zunehmend) eine grosse Bedeutung zu. Hierfür gibt es verschiedene Gründe: Der hohe Technisierungsgrad und der stetige Fortschritt der medizinischen Wissenschaften stellen hohe Anforderungen an die staatliche Rechtsetzung. Da die ausschliessliche Durchdringung der jeweiligen Materie mittels staatlicher Rechtsnormen kaum praktikabel ist und der Staat zudem für die Erarbeitung bestimmter Regeln auf inhaltliche Kompetenzen angewiesen ist, wird privater Sachverstand für die Regelung und Entscheidungsfindung herangezogen.³ Auch wird dadurch der Flexibilität Rechnung getragen sowie die internationale Harmonisierung gefördert. Dies ist mit Blick auf die globale Vernetzung der Akteure im Gesundheitswesen (z.B. die pharmazeutische Industrie) von

¹ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 2.

² In diesem Sinn GÄCHTER/RÜTSCHKE, N 5.

³ Zu den Vorteilen der Selbstregulierung vgl. Gesetzgebungsleitfaden, N 898 f.; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 506 ff.

grosser Wichtigkeit für die Gesundheitsversorgung, aber auch für den Forschungs- und Werkplatz Schweiz. Der Einbezug der interessierten Kreise kann sich sodann positiv auf die Akzeptanz der Regelung auswirken, etwa indem praxiserprobte Selbstregulierungen der Wissenschaftsgemeinde übernommen werden. Der Rückgriff auf private Normen entlastet des Weiteren den Staat und ermöglicht, die beschränkten Ressourcen zweckmässig einzusetzen.

Indessen dürfen die *Schattenseiten der Selbstregulierung* nicht übersehen werden. Dazu gehört namentlich die Gefahr der Unterminierung des staatlichen Rechtsetzungsmonopols, indem demokratisch nicht oder nur schwach legitimierte Gremien allgemeinverbindliches Recht erlassen.⁴ Sodann besteht das Risiko der Benachteiligung oder Privilegierung einzelner Gesellschaftsgruppen. Dies gilt es im Bereich des Gesundheitsrechts mit seinen komplizierten Interessengeflechten zwischen Patienten, Gesundheitsfachpersonen, Wissenschaftsgemeinde, Industrie, Leistungserbringern, Krankenversicherungen und dem Gemeinwesen besonders im Auge zu behalten. Auch sind die Transparenz und die Partizipationsmöglichkeiten bei der Entstehung privater Normen sowie deren Zugänglichkeit für das Publikum nicht im selben Mass gewährleistet wie im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren. Schliesslich kann das Vorhandensein privater Rechtsnormen den Erlass von staatlichem Recht verzögern bzw. einen bestimmten Gesellschaftsbereich gegen Einmischungen des Gesetzgebers abschotten. Hierfür gibt es im Bereich des Humanforschungsrechts eindruckliche Beispiele.⁵

Das Gesundheitsrecht kennt dabei alle Formen der Übernahme privater Normen, sei es die staatlich gesteuerte Selbstregulierung, die statische oder dynamische Verweisung, private Normen zur Übernahme durch staatliches Recht, private Normen zum Vollzug staatlichen Rechts sowie private Normen als Referenzgrösse für staatliches Recht.⁶

⁴ Zu den Nachteilen der Selbstregulierung vgl. MÜLLER/UHLMANN, Rz. 508 ff.

⁵ Für ein Beispiel der Verzögerungswirkung aus dem Bereich des Humanforschungsrechts vgl. SPRUMONT, S. 185; JENNI, S. 36 f., je m.w.H.

⁶ Vgl. zu diesen Spielarten den Beitrag von UHLMANN/GILI, in diesem Band, S. 14 ff.

II. Übungsbeispiele

1. Epidemiengesetz

a) Ausgangslage und Problemstellung

Geschätzte 70'000 Personen erkranken in Schweizer Spitälern und Pflegeheimen jährlich an therapieassoziierten Infektionen, zirka 2000 Personen sterben an den Folgen. Diese Infektionen sind besonders heimtückisch, weil sie sich während bzw. nach dem *Aufenthalt in einer Gesundheitseinrichtung* aufgrund von Bakterien, Viren oder Pilzen bei den Patientinnen und Patienten entwickeln. Diese therapieassoziierten Infektionen (umgangssprachlich als Spitalinfektionen und in der Fachsprache als nosokomiale Infektionen bezeichnet) betreffen insbesondere die Harn- und die Atemwege oder treten als Wundinfektionen und Blutvergiftungen auf.

Die gute Nachricht ist, dass sich bis zu 30 Prozent der Fälle mit gezielten *Präventions- und Überwachungsmassnahmen* (z.B. Überwachung der Krankheitserreger, Checklisten bei invasiven Interventionen, Verbesserung der Handhygiene) verhindern lassen. Allerdings enthält das geltende Epidemiengesetz (EpG)⁷ in Bezug auf die Prävention solcher Spitalinfektionen keine einschlägige Regelung. Diese Lücke wird jedoch im revidierten Gesetz geschlossen (vgl. unten Abschnitt c).

Zurzeit liegt die Prävention und Bekämpfung von solchen therapieassoziierten Infektionen grundsätzlich bei der *Selbstverantwortung der Gesundheitseinrichtungen*, d.h. der privaten Selbstregulierung. Die Einrichtungen verfügen dazu in unterschiedlichem Masse über geeignete Strukturen (z.B. Spitalhygieneabteilungen) und implementieren Massnahmen zur Qualitätssicherung (z.B. Präventionsprogramme).

Daneben haben Empfehlungen der Expertengruppe Swissnoso einen hohen Stellenwert. Swissnoso ist ein Verein von Ärztinnen und Ärzten in Kaderposition in Universitätsspitalern, kantonalen Spitalverbänden und dem Bundesamt für Gesundheit (BAG). Er publiziert Empfehlungen zur Prävention und Bekämpfung von nosokomialen Infektionen und Antibiotikaresistenzen. Mit der Schweizer Händehygiene-Kampagne (2005/2006) koordinierte Swissnoso die

⁷ SR 818.101.

bisher grösste Qualitätspromotionsaktion im Schweizer Gesundheitswesen. Seit 2009 überwacht Swissnoso zudem zusammen mit dem nationalen Verein für Qualitätsentwicklung in Spitälern und Kliniken (ANQ) postoperative Wundinfektionen.

Auf Bundesebene enthält das Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994⁸ (KVG) verschiedene Regelungen, die mittelbar Auswirkungen auf die Qualität medizinischer Leistungen haben. Die obligatorische Krankenversicherung ist das zentrale Entschädigungssystem, über das ein grosser Teil der Gesundheitskosten vergütet wird. Das Leistungs- und Tariffrecht hat faktisch erhebliche Rückwirkungen auf das Leistungsangebot und die Leistungsqualität. Das KVG sieht in Bezug auf die *Qualitätssicherung* der Leistungen folgende Massnahmen vor:

- Zulassung von Leistungen: Leistungen werden nur über die obligatorische Krankenversicherung vergütet, wenn sie *wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich* sind (Art. 24 ff. KVG).
- Zulassung der Leistungserbringer: Zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sind die Leistungserbringer zugelassen, welche bestimmte Voraussetzungen im Bereich der Qualität und Wirtschaftlichkeit erfüllen. Einen wichtigen Teilaspekt bildet z.B. die kantonale Planung der Spitäler (Art. 36-40 KVG). Im Rahmen der *kantonalen Leistungsaufträge* für Spitäler können spezifische *Mindestmassnahmen zur Qualitätssicherung* vorgeschrieben werden (z.B. Beachtung von Hygienevorschriften, Etablierung einer Hygienekommission).⁹
- Kontrolle der Wirtschaftlichkeit und der Qualität der Leistungen: Gestützt auf Art. 58 KVG hat der Bundesrat die Leistungserbringer und die Versicherer mit der Erarbeitung von *Konzepten* und *Programmen* hinsichtlich der Anforderungen an die *Qualität der Leistungen* und der Förderung der Qualität sowie mit deren Umsetzung beauftragt. Ebenfalls sind systematische wissenschaftliche Kontrollen zur Sicherung der Qualität vorgesehen. Solche Kontrollen beinhalten die Erfordernis des Nachweises der erbrachten Qualität und die hierfür erforderlichen Datenerhebung und Datenanalyse (Qualitätsmessungen).

⁸ SR 832.10.

⁹ Vgl. etwa Kap. D des Anhangs zu den Zürcher Spitalisten 2012 Akutsomatik, Rehabilitation und Psychiatrie: Generelle Anforderungen (Version 2015.1).

Die beschriebenen Massnahmen, die das KVG zur Verbesserung der Qualität der Gesundheitsversorgung und der Patientensicherheit vorsieht, dienen im Ergebnis auch der Vermeidung oder Eindämmung von nosokomialen Infektionen.

Beschränkte Regulierungen bestehen auf *kantonomer Ebene*. Für den Betrieb eines Spitals oder einer Klinik sehen die Kantone in der Regel eine Bewilligungspflicht vor. Voraussetzung für eine Betriebsbewilligung ist, dass die Spitäler und Kliniken eine fachgerechte Versorgung der Patientinnen und Patienten gewährleisten. Dazu gehört auch, dass die Institutionen über die zweckentsprechenden Räume und Einrichtungen verfügen und dabei die allgemeinen Hygienestandards beachten müssen. Die bewilligungspflichtigen Institutionen unterstehen der gesundheitspolizeilichen Aufsicht der Kantone, wobei Bewilligungen im Extremfall entzogen oder Einschränkungen verfügt werden können. Kontroll- und aufsichtsrechtliche Massnahmen lassen sich auch im Zusammenhang mit nosokomialen Infekten oder -ausbrüchen vornehmen. So können spezifische Auflagen oder Vorgaben zur Verhütung und Bekämpfung nosokomialer Infektionen an Spitäler gemacht werden. Werden diese nicht eingehalten, drohen Sanktionen. Auf kantonomer Ebene bestehen jedoch *keine spezifischen Rechtsgrundlagen* zur Überwachung, Verhütung und Bekämpfung nosokomialer Infektionen. Im Fokus stehen lediglich die beschriebenen aufsichtsrechtlichen Massnahmen.

Dieser Überblick zu den bestehenden Regulierungen zeigt, dass sowohl auf Bundes- als auch auf kantonomer Ebene konkrete, verbindliche Minimalanforderungen bei der Hygiene in Gesundheitseinrichtungen bzw. Vorgaben zu Hygienestandards fehlen.

b) Beispiel

Die Teilnehmenden diskutierten die von der Verwaltung und vom Gesetzgeber getroffenen Lösungen, welche zum Ziel haben, den eingangs geschilderten Problemstellungen zu begegnen.

Epidemiengesetz, Fassung Vorentwurf Vernehmlassung vom 21. Dezember 2007¹⁰:

Art. 42 Bekämpfung nosokomialer Infektionen und resistenter Erreger

¹ Die Spitäler und Institutionen für ambulante operative Eingriffe sind verpflichtet, im Einvernehmen mit den betroffenen Verbänden und Fachgesellschaften eine landesweit

¹⁰ Vgl. <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2007.html>.

einheitliche Regelung für die Verhütung und Bekämpfung von nosokomialen Infektionen und von medikamentenresistenten Krankheitserregern zu erarbeiten und zu befolgen.

² Falls fünf Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes keine ausreichende Regelung besteht oder falls dringende Probleme rasche Lösungen erfordern, kann der Bundesrat solche Massnahmen für die Spitäler und Institutionen vorschreiben.

Epidemiengesetz vom 28. September 2012¹¹ (EpG):

Art. 5 Nationale Programme

¹Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) erarbeitet unter Einbezug der Kantone themenspezifische nationale Programme zur Erkennung, Überwachung, Verhütung und Bekämpfung von übertragbaren Krankheiten, insbesondere in den Bereichen:

- a. Impfungen;
- b. therapieassoziierte Infektionen und Resistenzen bei Krankheitserregern;
- c. HIV und andere sexuell übertragbare Krankheitserreger.

²Bund und Kantone sorgen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die Umsetzung der nationalen Programme.

Art. 19

¹Bund und Kantone treffen Massnahmen zur Kontrolle, Verminderung und Beseitigung von Risiken der Übertragung von Krankheiten.

²Der Bundesrat kann folgende Vorschriften erlassen:

[...]

- c. Er kann Institutionen des Bildungs- und Gesundheitswesens verpflichten, Informationen über die Gefahren übertragbarer Krankheiten und Beratungen zu deren Verhütung und Bekämpfung anzubieten.

[...]

c) Ergebnis

Art. 42 des Vorentwurfs des Epidemiengesetzes vom 21. Dezember 2007 bediente sich dem Modell der gesteuerten Selbstregulierung. Von gesteuerter Selbstregulierung spricht man, wenn der Staat den Normierungsprozess Privater begleitet, betreut und beobachtet.¹² Es handelt sich um eine Zwischenform zwischen ausschliesslich staatlicher Gesetzgebung und Selbstregulierung. Die Spitäler und Institutionen für ambulante operative Eingriffe sollten in Abs. 1 verpflichtet werden, «im Einvernehmen mit den betroffenen Verbänden und Fachgesellschaften eine landesweit einheitliche Regelung für die Verhütung und Bekämpfung von nosokomialen Infektionen und von medikamentenresistenten

¹¹ BBl 2012 8157.

¹² Vgl. hierzu MÜLLER/UHLMANN, Rz. 487.

Krankheitserregern zu erarbeiten.» Um dennoch eine gewisse Sicherheit zu gewährleisten, hat der Gesetzgeber eine subsidiäre Rechtsetzungskompetenz eingefügt: Falls das private Normwerk innerhalb einer bestimmten Frist noch nicht besteht bzw. nicht ausreicht oder falls dringende Probleme rasche Lösungen erfordern, hätte der Bundesrat die entsprechenden Massnahmen für die Spitäler und Institutionen vorschreiben können (Art. 42 Abs. 2 VE EpG). Die privaten Normen sollten zur Vermeidung staatlichen Rechts dienen. Dieser Ansatz wurde jedoch nach der Vernehmlassung nicht weiter verfolgt, namentlich weil das Modell der gesteuerten Selbstregulierung als nicht adäquat und zu schwacher Regulierungsansatz angesehen wurde. Die Begründung war, dass dadurch nur Zeit verloren gehe und der Staat hier von Anbeginn direktiv eingreifen müsse, wie dies auch in anderen europäischen Ländern der Fall sei. Zudem hat die Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zum neuen Epidemien-gesetz aufgezeigt, dass die betroffenen Institutionen Millionenausgaben befürchteten, falls der Artikel in dieser Form bestehen bleiben würde.¹³

Das vom Parlament am 28. September 2012 verabschiedete Epidemien-gesetz sowie das darauf abgestützte Ausführungsrecht regeln einen Teilbereich direktiv, ohne Bezugnahme auf private Normen (vgl. Art. 19 EpG). Risiken der Übertragung von Krankheiten sollen durch Präventionsmassnahmen vermindert werden. Im Fokus stehen die Informationsvermittlung durch die Institutionen des Gesundheitswesens sowie organisatorische Massnahmen. Die Personen, die mit Patientinnen und Patienten in Kontakt kommen sowie die Angestellten sollen befähigt werden, sich und andere adäquat zu schützen (z.B. Händehygiene, Tragen von Schutzmasken usw.).

Interessant ist zudem Art. 5 EpG (Nationale Programme). Diese Programme bezwecken, komplexe Themenbereiche durch zusammengefasste und aufeinander abgestimmte Massnahmen anzugehen. Durch den Einbezug der Kantone, aber auch anderer privater Akteure auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene werden die Aktivitäten im Bereich der Bekämpfung therapieassoziiierter Infektionen und Resistenzen bei Krankheitserregern koordiniert. Der aktive Einbezug verschiedener Stakeholder bei der Erarbeitung solcher Programme führt zu einer «mittelbaren» Selbstorganisation. Die Mitwirkung bei der Formulierung von Zielen und Massnahmen wirkt zudem integrierend und initiiert Selbstorganisationsmechanismen. Gleichzeitig wird durch diesen partizipativen

¹³ Regulierungsfolgenabschätzung zur Revision des Epidemien-gesetzes, Bern 2009; Kurzfassung: Die Volkswirtschaft 10-2009, S. 47.

Ansatz ein Ausscheren bei der Umsetzung von Massnahmen, die im Prozess der gemeinsamen Erarbeitung eines nationalen Programms definiert werden, gehemmt. Schliesslich kann dieser Ansatz auch zu einem Anstoss führen, private Normen als verbindliche Standards erst noch zu schaffen.

2. Humanforschungsgesetz

a) Ausgangslage und Problemstellung

Das Humanforschungsgesetz vom 30. September 2011 (HFG)¹⁴ bezweckt, den Schutz der an einem Forschungsvorhaben teilnehmenden Personen sicherzustellen (Schutz der Würde, Persönlichkeit und Gesundheit, vgl. Art. 1 Abs. 1 HFG). Zudem soll das Gesetz günstige Rahmenbedingungen für die Forschung schaffen, sodann einen Beitrag zur Sicherstellung der Qualität der Forschung leisten und schliesslich die Transparenz der Forschung am Menschen gewährleisten (Art. 1 Abs. 2 HFG).

Das primäre Handlungsinstrument des Humanforschungsgesetzes stellt die *Bewilligung* für die Durchführung eines Forschungsprojektes dar. Für die Bewilligungserteilung sind kantonale Ethikkommissionen zuständig (Art. 45 Abs. 1 HFG). Die Bewilligung wird erteilt, wenn die «ethischen, rechtlichen und wissenschaftlichen Anforderungen» des Humanforschungsgesetzes erfüllt sind (Art. 45 Abs. 2 HFG). Die Bewilligungspflicht bedeutet einen schwerwiegenden Eingriff in die grundrechtlich geschützte Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV).¹⁵ Dementsprechend hoch sind die Anforderungen an die Normbestimmtheit und die Normstufe der eingriffsbegründenden Bestimmungen (Art. 36 BV).

Von besonderem Interesse sind die im Einzelfall zu erfüllenden «*wissenschaftlichen Anforderungen*». Hierzu gehören unter anderem die Einhaltung der Vorgaben an die *wissenschaftliche Integrität* (vgl. nachfolgend Bst. c) sowie die *Regeln der Guten Praxis der Forschung* (dazu Bst. d). Beide Teilaspekte der wissenschaftlichen Anforderungen werden im Gesetz nur in den Grundzügen skizziert (vgl. Art. 10 HFG). Für deren inhaltliche Gestaltung sind, so die Botschaft zum HFG, die Formulierungen der «scientific community» massgeblich.¹⁶ Der Gesetzgeber delegiert die Kompetenz zur Bezeichnung der im Einzelnen einzuhaltenden

¹⁴ SR 810.30.

¹⁵ MÜLLER/SCHEFER, S. 549; SCHWANDER, S. 237; JENNI, S. 23; VAN SPYK, S. 312.

¹⁶ Botschaft HFG, S. 8101.

nationalen und internationalen *Selbstregulierungen der Wissenschaftsgemeinde* an den Bundesrat. Anhand der folgenden Beispiele wird die vom Verordnunggeber verwendete Verweisungstechnik beschrieben sowie die damit verbundenen Vor- und Nachteile diskutiert.

b) Rechtsgrundlagen

Humanforschungsgesetz vom 30. September 2011 (HFG):

Art. 10 Wissenschaftliche Anforderungen

¹ Forschung am Menschen darf nur durchgeführt werden, wenn:

- a. die anerkannten Regelungen über die wissenschaftliche Integrität eingehalten werden, insbesondere bezüglich des Umgangs mit Interessenkonflikten;
- b. die Anforderungen an die wissenschaftliche Qualität erfüllt sind;
- c. die anerkannten internationalen Regeln der Guten Praxis über die Forschung am Menschen eingehalten werden; und
- d. die verantwortlichen Personen fachlich hinreichend qualifiziert sind.

² Der Bundesrat regelt, welche nationalen und internationalen Regelungen einzuhalten sind.

Verordnung über klinische Versuche vom 20. September 2013¹⁷ (KlinV):

Art. 3 Wissenschaftliche Integrität

¹ Der Sponsor und die Prüfperson sowie die weiteren am klinischen Versuch beteiligten Personen haben die wissenschaftliche Integrität zu wahren. Es ist namentlich unzulässig:

- a. Forschungsergebnisse zu fälschen, zu erfinden oder zu unterdrücken;
- b. Interessenkonflikte bei der Planung, im Bewilligungsverfahren, bei der Durchführung oder bei der Publikation zu verschweigen;
- c. Forschungstätigkeiten ungerechtfertigt zu behindern oder zu verhindern;
- d. die Aufdeckung wissenschaftlichen Fehlverhaltens zu verhindern oder zu sanktionieren.

² Anwendbar sind die Grundsätze und Verfahrensregeln über die wissenschaftliche Integrität der Akademien der Wissenschaften Schweiz gemäss Anhang 1 Ziffer 1. In begründeten Fällen können andere anerkannte, gleichwertige Richtlinien zur wissenschaftlichen Integrität angewendet werden.

Art. 5 Regeln der Guten Klinischen Praxis

¹ Klinische Versuche müssen nach den Regeln der Guten Klinischen Praxis gemäss Anhang 1 Ziffer 2 durchgeführt werden.

² Ein klinischer Versuch nach dem 4. Kapitel kann nach anderen, im jeweiligen Fachgebiet anerkannten Regeln durchgeführt werden, sofern der Schutz der teilnehmenden Personen sowie die Qualität und Sicherheit der Daten gewährleistet sind.

¹⁷ SR 810.305.

³ Die nach den Regeln der Guten Klinischen Praxis erforderlichen Massnahmen und Vorkehrungen müssen auf das Ausmass der Gefährdung der teilnehmenden Personen abgestimmt werden. Je nach Ausmass der Gefährdung kann auch von den Regeln der Guten Klinischen Praxis teilweise abgewichen werden. Eine Abweichung ist im Prüfplan auszuweisen. Der Schutz der teilnehmenden Personen und die Qualität und Sicherheit der Daten müssen in jedem Fall gewährleistet sein.

Art. 68 Nachführung der Anhänge

Das Eidgenössische Departement des Innern kann die Anhänge 1–5 entsprechend der internationalen oder der technischen Entwicklung nachführen. Es nimmt Nachführungen, die sich als technische Handelshemmnisse auswirken können, im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung vor.

Anhang 1 KlinV:

Regeln und Klassifizierungen

1. Regeln über die wissenschaftliche Integrität

Anwendbar sind die Grundsätze und Verfahrensregeln über die wissenschaftliche Integrität der Akademien der Wissenschaften Schweiz in der Fassung vom 28. Februar 2008¹.

2. Regeln über die Gute Klinische Praxis

Als Regeln der Guten Klinischen Praxis sind anwendbar:

1. bei klinischen Versuchen mit Arzneimitteln und Transplantatprodukten: die Leitlinie der Guten Klinischen Praxis der Internationalen Harmonisierungskonferenz in der Fassung vom 10. Juni 1996² (ICH-Leitlinie);
2. bei klinischen Versuchen mit Medizinprodukten: die Anhänge VIII und X der Richtlinie 93/42/EWG³ sowie die Anhänge 6 und 7 der Richtlinie 90/385/EWG⁴ und die Konkretisierung durch die Norm EN ISO 14155: 2011⁵. Die Definition des Serious Adverse Event nach Artikel 42 richtet sich nach den Guidelines on Medical Devices (MED-DEV 2.7/3) vom Dezember 2010;⁶
3. bei klinischen Versuchen nach dem 3. und 4. Kapitel dieser Verordnung sinngemäss die ICH-Leitlinie.

¹ Der Text der Richtlinie kann beim Bundesamt für Gesundheit, 3003 Bern gegen Verrechnung bezogen, kostenlos eingesehen oder abgerufen werden unter: www.bag.admin.ch > Themen > Krankheiten und Medizin > Forschung am Menschen, sowie unter www.akademien-schweiz.ch > Publikationen > Richtlinien und Empfehlungen.

² Der Text der Leitlinie kann beim Bundesamt für Gesundheit, 3003 Bern gegen Verrechnung bezogen, kostenlos eingesehen oder abgerufen werden unter: www.bag.admin.ch > Themen > Krankheiten und Medizin > Forschung am Menschen sowie unter www.ich.org > Work products > ICH Guidelines > Efficacy Guidelines.

³ Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über Medizinprodukte, ABl. L 169 vom 12.7.1993, S. 1; zuletzt geändert durch die Richtlinie 2007/47/EG, ABl. L 247 vom 21.9.2007, S. 21.

⁴ Richtlinie 90/385/EWG des Rates vom 20. Juni 1990 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über aktive implantierbare medizinische Geräte,

ABl. L 189 vom 20.7.1990, S. 17; zuletzt geändert durch die Richtlinie 2007/47/EG, ABl. L 247 vom 21.9.2007, S. 21.

⁵Diese Norm kann beim Bundesamt für Gesundheit, 3003 Bern, sowie beim Schweizerischen Heilmittelinstitut, 3003 Bern, kostenlos eingesehen werden. Sie kann zudem bei der Schweizerischen Normen-Vereinigung, Bürglistrasse 29, 8400 Winterthur, www.snv.ch bezogen werden.

⁶Der Text der Leitlinie kann beim Bundesamt für Gesundheit, 3003 Bern kostenlos eingesehen oder abgerufen werden unter: www.ec.europa.eu > DG Health & Consumers > Public health > Medical devices > Regulatory framework.

⁷Der Text der Klassifizierung kann beim Bundesamt für Gesundheit, 3003 Bern gegen Verrechnung bezogen, kostenlos eingesehen oder abgerufen werden unter: www.bag.admin.ch > Themen > Krankheiten und Medizin > Forschung am Menschen, sowie unter www.who.int > Health topics > Classifications of disease.

c) Beispiel «wissenschaftliche Integrität» und Ergebnis

Forschung am Menschen darf nur durchgeführt werden, wenn «die anerkannten Regelungen über die wissenschaftliche Integrität eingehalten werden» (Art. 10 Abs. 1 Bst. a HFG). Diese offen gehaltene *generalklauselartige Vorgabe* ruft nach einer Konkretisierung. Einen ersten Anhaltspunkt liefert dabei die Botschaft zum HFG. Demnach versteht der Gesetzgeber unter dem Begriff der wissenschaftlichen Integrität die Verpflichtung der Forschenden, sich an die Grundregeln der guten wissenschaftlichen Praxis zu halten. Diese bestehen «aus den Prinzipien wie Wahrhaftigkeit, Offenheit, Vermeidung von Interessenkonflikten, Selbstdisziplin, Selbstkritik und Fairness»¹⁸. Der Gesetzgeber verzichtete allerdings auf eine weitergehende Regelung der Materie, weil mit den *Richtlinien der Akademien der Wissenschaften Schweiz betreffend die wissenschaftliche Integrität* private Normen bestanden, die sich in der Praxis bewährt hatten.¹⁹ Er delegierte in der Folge dem Bundesrat die Kompetenz, die einzuhaltenden Regelungen festzulegen (Art. 10 Abs. 2 HFG).

Der Bundesrat ging *zweigleisig* vor: Zunächst legte er die Grundzüge der Integritätsanforderungen in Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung über klinische Versuche (KlinV) fest, wozu vorab die Bezeichnung der für die Wahrung der Anforderung verantwortlichen Personen («Prüfperson», «Sponsor», «weitere am klinischen Versuch beteiligte Personen») gehört. Sodann listete er die wichtigsten materiellen Anforderungen in nicht abschliessender Weise auf (Art. 3 Abs. 1 Bst. a-d KlinV). Die Auflistung stellt eine Auswahl der in der Forschungspraxis

¹⁸ Botschaft HFG, S. 8101.

¹⁹ Botschaft HFG, S. 8102.

gängigen, bewährten und in Form privater Normen festgehaltenen Anforderungen dar. Als «*Inspirationsquelle*» dienten dem Verordnungsgeber die in der Botschaft zum HFG erwähnten Vorgaben der Akademien der Wissenschaften Schweiz über die wissenschaftliche Integrität (dazu gleich mehr). Hinzu kamen die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW) über die «Zusammenarbeit Ärzteschaft-Industrie».²⁰ Mit anderen Worten *inkorporierte* er, wenn nicht wortwörtlich so jedenfalls sinngemäss, vorbestehende private Normen. Die Festlegung der verpflichteten Personen sowie der Grundzüge erfolgte nicht zuletzt, um den Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips nach Art. 36 Abs. 1 BV gerecht zu werden.

Im Übrigen erklärte der Bundesrat die «Grundsätze und Verfahrensregeln über die wissenschaftliche Integrität der Akademien der Wissenschaften der Schweiz» als anwendbar (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KlinV). Bei den Akademien handelt es sich um einen *privatrechtlich organisierten Verein*.²¹ Auffallend ist, dass der Normtext nicht auf eine eindeutige Fassung des Verweisungsobjekts hinweist. Vielmehr verweist die Bestimmung auf Anhang 1 Ziffer 1 derselben Verordnung (*Binnenverweis*). Im genannten Anhang findet sich der *statische Verweis* «[A]nwendbar sind die Grundsätze und Verfahrensregeln über die wissenschaftliche Integrität der Akademien der Wissenschaften Schweiz in der Fassung vom 28. Februar 2008». In kettenartiger Form folgen sich somit Binnenverweis und statischer *Aussenverweis*.²²

Der Grund für diesen gesetzgeberischen «Trick» besteht in der *vereinfachten Abänderbarkeit* des Anhangs: Gestützt auf Art. 68 KlinV ist das Eidgenössische Departement des Inneren (EDI) befugt, den Anhang entsprechend der internationalen oder der technischen Entwicklung nachzuführen. Der Verordnungsgeber *delegiert* mit anderen Worten die *Rechtsetzungskompetenz* betreffend der Anpassung des Anhangs der von ihm erlassenen Grundordnung an ein bestimmtes Departement. Sofern die Akademien der Schweiz in Zukunft das Verweisungsobjekt ändern sollten, kann das EDI vergleichsweise schnell reagie-

²⁰ Vgl. den diesbezüglichen Hinweis im Erl. Bericht HFG, S. 14 Fn. 4.

²¹ Die Akademien der Wissenschaften Schweiz sind ein Verbund der vier schweizerischen Akademien der Wissenschaften: der Akademie der Naturwissenschaften (SCNAT), der Schweizerischen Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften (SAGW), der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) und der Schweizerischen Akademie der Technischen Wissenschaften (SATW), vgl. <http://www.akademien-schweiz.ch/> à Portrait.

²² Vgl. zu dieser Begrifflichkeit MÜLLER/UHLMANN, Rz. 364 ff.

ren und, sofern die Vorgaben von Art. 68 KlinV erfüllt sind, den statischen Verweis anpassen. Änderungen durch den Bundesrat dauern aus Verfahrensgründen länger und binden verwaltungsintern mehr Ressourcen. Zu diesem Vorgehen sind im Workshop die Meinungen geteilt, insbesondere weil die Parallelität der Form bei der Änderung von Rechtsnormen leidet. Es wurde angeregt, dass die statischen Verweise in den Anhängen durch die gleiche Behörde geändert werden sollten.²³

Das Ordnungsrecht erklärt zwar die Grundsätze und Verfahrensregeln über die wissenschaftliche Integrität der Akademien der Wissenschaften der Schweiz für anwendbar, aber es eröffnet die Möglichkeit, in «begründeten Fällen» «andere anerkannte, gleichwertige Richtlinien zur wissenschaftlichen Integrität» heranzuziehen (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KlinV). Im Workshop wurde dieses Modell kritisiert, weil damit der statische Verweis aufgeweicht werde und den Forschenden einen grossen Beurteilungsspielraum bei der Wahl einer Richtlinie in der konkreten Situation überlasse.

Das Verweisungsobjekt wird nicht in der amtlichen Sammlung des Bundesrechts publiziert. Der Ordnungsgeber weist in Fussnote 25 auf die Bezugsquellen hin (Abgabe gegen Verrechnung durch das Bundesamt für Gesundheit [BAG], Abruf im Internet unter den Adressen des BAG sowie der Akademien der Schweiz). Die Fundstellen werden dabei nicht dokumentbezogen, sondern entsprechend der Struktur der jeweiligen Webseite angegeben. Dies bietet einen gewissen Schutz vor Änderungen des Internetauftrittes des Inhabers des Verweisungsobjekts. Anzuführen ist, dass dieser frei ist, das Verweisungsobjekt zu ändern, umzubenennen oder an eine andere Stelle zu verschieben.

d) Beispiel «Regeln der Guten Praxis der Forschung» und Ergebnis

Die Einhaltung der «Regeln der Guten Praxis der Forschung» gehört ebenfalls zu den wissenschaftlichen Anforderungen gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. c HFG. Analog zum bereits dargelegten Vorgehen des Gesetzgebers betreffend den Integritätsregeln wird die Kompetenz zur Festlegung der Regeln der Guten Praxis an den Ordnungsgeber delegiert. Dabei sind zwei Besonderheiten zu beachten: Zum einen bestehen je nach Forschungsbereich unterschiedliche

²³ Die Parallelität der Form ist vorliegend nicht verletzt (vgl. BGE 112 Ia 136, E. 3c, S. 140). Die Subdelegation von Rechtsetzungsbefugnissen an das EDI ist nach Art. 48 Abs. 1 RVOG zulässig.

Regeln der Guten Praxis. Dies ruft nach einer entsprechenden Differenzierung auf Verordnungsstufe. Zum anderen handelt es sich im Wesentlichen um internationale Regelungen (Fachbegriff: good clinical practice). Es war ein grosses Anliegen des Gesetzgebers, dass die Anschlussfähigkeit der Forschung in internationaler Sicht gewährleistet bleibt.²⁴ Dies ist gerade im Bereich der Heilmittelforschung von zentraler Bedeutung für den Forschungs- und Werkplatz Schweiz. Der Gesetzgeber legte zwar im Normtext nicht im Einzelnen fest, welche internationalen Regelungen beim Erlass des Ordnungsrechts berücksichtigt werden müssen. In der Botschaft zu Art. 10 HFG wird jedoch beispielhaft die «ICH GCP-Leitlinie» genannt²⁵, ein privates Normwerk, auf welches noch näher einzugehen ist.

Der Ordnungsgeber erklärt in Art. 5 Abs. 1 KlinV in Ausführung von Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe c HFG die «Regeln der Guten Klinischen Praxis» gemäss Anhang 1 Ziffer 2 KlinV für anwendbar. Auch hier kommt der «Trick» mit der Festlegung des statischen Verweises im Anhang zur Anwendung, um allfällig erforderliche Anpassungen an die internationale Entwicklung zeitnah nachführen zu können.²⁶ Die Selbstregulierung kommt insbesondere dort zum Tragen, wo sie einen höheren Detaillierungsgrad aufweist als das Gesetz (Entlastungsfunktion). Zugleich muss gewährleistet sein, dass sie Sinn und Zweck des übergeordneten Rechts wahren. Die Urheber der Selbstregulierungen verfolgen zuweilen auch Partikularinteressen, welche in potentiellm Konflikt mit den Schutzinteressen der teilnehmenden Personen geraten können. Im Konfliktfall gehen die gesetzlichen Schutzbestimmungen selbstverständlich vor. Die «Regeln der Guten Praxis» beschlagen vorab forschungsinterne Fragen wie etwa die Organisation der Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Akteuren (Forscher, auftraggebende pharmazeutische Unternehmung). Diese Fragen werden inhaltlich nicht vom Gesetz geregelt, sondern sollen der wissenschaftsinternen Selbstorganisation anheimgestellt bleiben.²⁷ Damit erhöht sich die Akzeptanz der Humanforschungsregelung bei den betroffenen Akteuren. Gleichzeitig können sich Gesetz- und Ordnungsgeber auf die Regelung des Verhältnisses zwischen den forschungsteilnehmenden Personen (Patienten, Probanden) und der Forschenden konzentrieren, ohne dabei das für den Schutz

²⁴ Vgl. Botschaft HFG, S. 8047, 8057; SPRECHER, N 7.

²⁵ Botschaft HFG, S. 8102.

²⁶ Erl. Bericht Ausführungsrecht HFG, S. 15.

²⁷ Erl. Bericht Ausführungsrecht HFG, S. 15.

der teilnehmenden Personen mittelbar ebenfalls relevante Innenverhältnis gänzlich ungeregt zu lassen.

Die vorerwähnte *Differenzierung* nach den verschiedenen Forschungsbereichen erfolgt *gestuft*: Eine grundsätzliche Unterscheidung trifft Art. 5 KlinV, indem für den Bereich der *Heilmittelversuche* die Regeln der Guten klinischen Praxis gemäss Anhang 1 Ziffer 2 KlinV stets zu beachten sind (Abs. 1). Für *andere Arten* von klinischen Versuchen (z.B. aus den Bereichen Chirurgie, Psychotherapie, Pflegewissenschaften etc.) besteht gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KlinV die Möglichkeit, andere, im jeweiligen Fachgebiet anerkannte Regeln im Einzelfall für anwendbar zu erklären. Das Bedürfnis des Verordnungsgebers, dem Einzelfall möglichst gerecht zu werden, setzt sich sodann in Art. 5 Abs. 3 KlinV fort: Demnach kann je nach Ausmass der Gefährdung von den Regeln der Guten klinischen Praxis abgewichen werden. Dies muss jedoch von der forschenden Person beantragt und begründet und von der Bewilligungsbehörde genehmigt werden. Vorrang hat stets der Schutz der Personen sowie die Validität der Daten. Die *Besonderheit* dieser Regelung liegt darin, dass die Festlegung der anwendbaren Regeln der Guten Praxis vom Verordnungsgeber an die Vollzugsbehörde *delegiert* wird. Im Workshop wird diese Regelung wegen der fraglichen Klarheit verschiedentlich kritisiert. Auch frage sich, ob es nicht einfacher wäre, die Festlegung durch die Behörde im Einzelfall als Regelfall festzuschreiben und auf die komplizierte Differenzierung im Normtext zu verzichten.

Eine *weitere Differenzierung* nach dem Forschungsbereich erfolgt in Anhang 1 Ziffer 2 KlinV: Für klinische Versuche mit Arzneimitteln und Transplantatprodukten – einem Teilbereich der Heilmittelversuche – wird auf die Leitlinie der Guten Klinischen Praxis der Internationalen Harmonisierungskonferenz in der Fassung vom 10. Juni 1996 verwiesen. Für klinische Versuche mit Medizinprodukten wird auf das *einschlägige EU-Recht* sowie auf deren Konkretisierung in *EN ISO Normen* verwiesen.²⁸ Für Studien ausserhalb des Heilmittelbereichs sollen die ICH-Leitlinien «sinngemäss» angewandt werden. Es handelt sich jeweils um *statische Verweise*.

Diese fein ziselierte Regelung soll der Vielfältigkeit der Forschung und den zuweilen unterschiedlichen Feldbedingungen in den verschiedenen Forschungsbereichen gerecht werden. Im Workshop war man sich einig, dass sie sich offen-

²⁸ Siehe die umfangreichen Verweise in Anhang 1 Ziffer 2.2 KlinV sowie die zugehörigen Fussnoten.

kundig an Spezialisten richtet und für Aussenstehende schwer fassbar bleibt. Der *Verständlichkeit* nicht eben zuträglich erscheint, dass die erwähnten ICH-Leitlinien in *englischer Sprache* verfasst sind und keine offizielle Übersetzung vorliegt. Zwar richtet sie sich primär an die Forschungsgemeinschaft, in welcher Englisch als Fachsprache weit verbreitet ist. Im Haftungsfall könne es freilich auch für eine teilnehmende Person von Bedeutung sein, den Inhalt der Sorgfaltsbestimmungen genau zu verstehen. Hinzu kommt, dass die ICH-Leitlinie zuweilen *wenig griffige Formulierungen* enthält, die ihrerseits einen grossen Auslegungsspielraum eröffnen, wie beispielsweise Ziffer 4.6.2 zeigt: «Where allowed/required, the investigator/institution may/should assign some or all of the investigator's/institution's duties for investigational product(s) accountability at the trial site(s) to an appropriate pharmacist or another appropriate individual who is under the supervision of the investigator/institution.» Dies ist unter dem Aspekt der *Rechtssicherheit* kritisch zu vermerken. Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass es sich bei der Internationalen Harmonisierungskonferenz (im englischen Original: «International conference on harmonisation of technical requirements for registration of pharmaceuticals for human use», ICH) um eine Nichtregierungsorganisation handelt, die sich aus Vertretern von pharmazeutischen Interessenverbänden sowie der Zulassungsbehörden der USA, EU und Japan zusammensetzt. Die Schweiz, vertreten durch Swissmedic, nimmt Beobachterstatus ein.²⁹ Die Patientinnen und Patienten sowie die Wissenschaftsgemeinde sind demgegenüber nicht institutionell vertreten. Im Fokus der ICH-Leitlinie liegt die Harmonisierung der globalen Zulassungsverfahren von Arzneimitteln.³⁰ Die Übertragung der diesbezüglichen Spezialregelungen auf andere Forschungsbereiche – z.B. die Pflegewissenschaften oder die Psychologie – ist daher nicht ohne Weiteres möglich. Abhilfe schafft hier die vorerwähnte Möglichkeit, andere im jeweiligen Fachgebiet anerkannte Regelungen für anwendbar zu erklären (Art. 5 Abs. 2 KlinV).

Die EN-ISO-Normen sind aus urheberrechtlichen Gründen nur beschränkt zugänglich. Wer die Kosten scheut, die beim Bezug der Norm bei der Schweizerischen Normenvereinigung anfallen, kann die Regelung zwar beim BAG oder bei Swissmedic einsehen, doch können keine Kopien abgegeben werden. Diese Regelung wird kritisiert, denn angesichts des komplizierten Inhalts der EN-ISO-

²⁹ MÉROZ, S. 642 ff.

³⁰ SPRUMONT/GYTIS, S. 247.

Normen sei es fraglich, ob die blossе Einsichtnahme für jene Personen genüge, die kein photographisches Gedächtnis haben.

3. Krankenversicherungsgesetz

a) Ausgangslage und Problemstellung

Im Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994³¹ ist in Art. 43 Abs. 1 der Grundsatz verankert, wonach die (zugelassenen) Leistungserbringer ihre Rechnungen nach Tarifen oder Preisen erstellen. Nach Art. 43 Abs. 4 KVG werden Tarife und Preise in Verträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Tarifvertrag) vereinbart oder in den vom Gesetz bestimmten Fällen von der zuständigen Behörde festgesetzt.

b) Beispiel

Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG):

Art. 43 Grundsatz

[...]

⁴ Tarife und Preise werden in Verträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Tarifvertrag) vereinbart oder in den vom Gesetz bestimmten Fällen von der zuständigen Behörde festgesetzt. Dabei ist auf eine betriebswirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur der Tarife zu achten. Bei Tarifverträgen zwischen Verbänden sind vor dem Abschluss die Organisationen anzuhören, welche die Interessen der Versicherten auf kantonaler oder auf Bundesebene vertreten.

⁵ Einzelleistungstarife müssen auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen. Können sich die Tarifpartner nicht einigen, so legt der Bundesrat diese Tarifstruktur fest.

^{5bis} Der Bundesrat kann Anpassungen an der Tarifstruktur vornehmen, wenn sie sich als nicht mehr sachgerecht erweist und sich die Parteien nicht auf eine Revision einigen können.

[...]

Art. 46 Tarifvertrag

¹ Parteien eines Tarifvertrages sind einzelne oder mehrere Leistungserbringer oder deren Verbände einerseits sowie einzelne oder mehrere Versicherer oder deren Verbände anderseits.

[...]

³¹ SR 832.10.

⁴ Der Tarifvertrag bedarf der Genehmigung durch die zuständige Kantonsregierung oder, wenn er in der ganzen Schweiz gelten soll, durch den Bundesrat. Die Genehmigungsbehörde prüft, ob der Tarifvertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang steht.

[...]

Art. 49 Tarifverträge mit Spitälern

[...]

² Die Tarifpartner setzen gemeinsam mit den Kantonen eine Organisation ein, die für die Erarbeitung und Weiterentwicklung sowie die Anpassung und Pflege der Strukturen zuständig ist. Zur Finanzierung der Tätigkeiten kann ein kostendeckender Beitrag pro abgerechnetem Fall erhoben werden. Die Spitäler haben der Organisation die dazu notwendigen Kosten- und Leistungsdaten abzuliefern. Fehlt eine derartige Organisation, so wird sie vom Bundesrat für die Tarifpartner verpflichtend eingesetzt. Die von der Organisation erarbeiteten Strukturen sowie deren Anpassungen werden von den Tarifpartnern dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet. Können sich diese nicht einigen, so legt der Bundesrat die Strukturen fest.

[...]

c) Ergebnis

Im KVG gilt der Grundsatz der Tarifautonomie. Die Tarifpartner sind für die Tarifstruktur und für das Tarifmodell zuständig. Sie sollen partnerschaftliche Lösungen unter Berücksichtigung der KVG-Prinzipien finden. Die von den Privaten erarbeiteten Tarifverträge bedürfen jedoch der staatlichen Genehmigung. Im Tarifbereich ist die zuständige Kantonsbehörde – oder wenn der Tarifvertrag für die ganze Schweiz gelten soll der Bundesrat – nach Art. 46 Abs. 4 KVG die Genehmigungsbehörde. Dem Genehmigungsentscheid kommt konstitutive Wirkung zu. Die vertraglich vereinbarten Tarife können grundsätzlich erst nach deren Genehmigung angewendet werden. In besonderen Fällen ist der Bundesrat die Festsetzungsbehörde (Art. 43 Abs. 5 KVG und Art. 49 Abs. 2 KVG). Bei diesem Modell handelt es sich um private Normen zur Übernahme durch staatliches Recht.

Als besonderes Problem wurde im Workshop diskutiert, in welcher Rechtsform ein solcher Genehmigungsentscheid der Behörde zu ergehen hat. Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages beispielsweise ist eine normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter³², welche im Bundesblatt publiziert wird. Ob auch die Genehmigung eines Tarifvertrags eine rechtsetzende

³² Vgl. Artikel 4 Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311).

Regelung oder aber eine Verfügung darstellt, ist zumindest umstritten. Für eine rechtsetzende Regelung spricht, dass der Tarifvertrag mit der Genehmigung zu staatlichem Recht wird. Zudem sieht Art. 43 Abs. 5^{bis} vor, dass der Bundesrat subsidiär in Form eines Erlasses Anpassungen an der Tarifstruktur vornehmen kann, wenn sich die Parteien nicht einigen können und sich die Tarifstruktur als nicht mehr sachgerecht erweist. Der Bundesrat hat kürzlich von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, indem er eine entsprechende Verordnung erlassen hat.³³

Eine besondere Konstellation wurde in der Diskussion beleuchtet, die verschiedene Fragen der Zulässigkeit, der Herkunft sowie der zeitlichen Geltung von privaten Richtlinien aufwirft. Dabei geht es um Rechtsnormen, die statisch auf eine Richtlinie einer schweizerischen Organisation verweisen. Die Schweizer Richtlinie verweist dann aber seinerseits dynamisch auf ausländische Guidelines. Als Beispiel kann die Krankenpflege-Leistungsverordnung vom 29. September 1995³⁴ (KLV) genannt werden. In dieser Verordnung wird an verschiedenen Stellen statisch auf Behandlungsrichtlinien von privaten medizinischen Gesellschaften verwiesen (Richtlinie mit Angabe des Datums). Die Richtlinie selber verweist dann aber auf europäische Guidelines in deren aktueller Fassung. Dies kann an folgendem Beispiel konkret veranschaulicht werden: Im Anhang zur KLV, Ziffer 2.2, wird unter «Implantierbares Ereignisrekordersystem [...]» verwiesen auf die Richtlinien zur Therapie von Herzrhythmusstörungen mit Herzschrittmachern, implantierbaren Defibrillatoren und perkutaner Katheterablation der Arbeitsgruppe «Herzschrittmacher und Elektrophysiologie» der Schweizerischen Gesellschaft für Kardiologie vom 26. Mai 2000. Diese Richtlinien wurden 2011 mit Rücksicht auf die technische Entwicklung völlig neu gefasst.³⁵ Die neuen Richtlinien orientieren sich «an den kürzlich publizierten Richtlinien der europäischen und der nordamerikanischen Gesellschaft». Damit wird ein statischer Verweis dynamisch und ist an und für sich nicht mehr zulässig. Rechtlich müssten Verweisungen auf Richtlinien in der KLV ausschliesslich als statische Verweisungen konstruiert werden. Dies bedingt jedoch eine «zeit-

³³ Verordnung vom 20. Juni 2014 über die Anpassung von Tarifstrukturen in der Krankenversicherung (SR 832.102.5). Dazu das Urteil des BVGer C-4168/2014 vom 23. Oktober 2014.

³⁴ SR 832.112.31.

³⁵ Richtlinien 2011 zur Herzschrittmacher- und Defibrillatortherapie und perkutanen Katheterablation, Arbeitsgruppe «Herzschrittmacher und Elektrophysiologie» der Schweizerischen Gesellschaft für Kardiologie, <http://www.cardiovascmed.ch/docs/2011/2011-03/2011-03-061.PDF>.

nahe» Nachführung der (statischen) Verweisungen durch die zuständige Behörde, was angesichts der Fülle von Verweisungen auf Richtlinien nicht immer erfolgt. Eine andere Lösung könnte sein, die Anwendbarkeit von Richtlinien zu befristen, mit einem definierten Überprüfungsdatum.

III. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Ergebnisse des Workshops lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Der Staat kann die Selbstregulierung auf unterschiedliche Art und Weise steuern: durch eine gesetzliche Ermächtigung kombiniert mit einer Genehmigungspflicht, durch Festlegen der Rahmenbedingungen, durch die Androhung einer staatlichen Ersatzregulierung oder indem er die von Privaten erarbeiteten Regelungen verbindlich erklärt. Im Bereich der gesteuerten Selbstregulierung zeigt das Beispiel des Epidemiengesetzes, dass verschiedene Modelle denkbar sind. In einer ersten Fassung des EpG wurden Private verpflichtet, eine einheitliche Regelung zu erarbeiten. Zusätzlich wurde eine subsidiäre Rechtsetzungskompetenz des Bundesrates verankert. Das vom Parlament verabschiedete Epidemiengesetz hat diesen Ansatz nicht weiter verfolgt. In einem Teilbereich jedoch wurde mit der Verpflichtung, nationale Programme im Bereich der Bekämpfung therapieassoziiierter Infektionen und Resistenzen bei Krankheitserregern zu erarbeiten, eine Plattform für den aktiven Einbezug verschiedener Stakeholder geschaffen. Die Mitwirkung von Privaten, aber auch der Kantone bei der Erarbeitung solcher Programme führt zu einer «mittelbaren» Selbstorganisation. Dieser partizipative Ansatz kann auch zu einem Anstoss führen, private Normen als verbindliche Standards erst noch zu schaffen. Damit kann auch der Normierungsprozess Privater begleitet, betreut und beobachtet werden.
2. In zahlreichen Erlassen, in den behandelten Fallbeispielen beispielsweise in der KlinV, wird die Nachführung von Anhängen – die statische Verweise auf private Normen enthalten, z.B. die Regeln über die Gute klinische Praxis – auf die Stufe Departement oder sogar Amt delegiert. Dieses Modell orientiert sich an Praktikabilitätsgesichtspunkten; nach einer Anpassung von privaten Richtlinien soll ein vereinfachtes Verfahren zum Tragen kommen. Dies wurde jedoch in den Diskussionen als nicht ganz unproblematisch angesehen, da dadurch die Parallelität der Form bei der Änderung von Rechts-

normen leidet. Es wurde angeregt, dass die statischen Verweise in den Anhängen durch die gleiche Behörde geändert werden sollten.

3. Kontrovers diskutiert wurde die eigenwillige Lösung des Ordnungsgebers in Art. 3 Abs. 2 sowie Artikel 5 KlinV, wonach im Einzelfall auch andere Regelungen für anwendbar erklärt werden können als sich dies aus dem Verweis im Normtext ergibt. Dieses Modell weicht den statischen Verweis auf und lässt den Forschenden einen (allzu) grossen Beurteilungsspielraum bei der Wahl einer Richtlinie in der konkreten Situation.
4. Ein besonderes Augenmerk gilt der gesetzgebungstechnischen Umsetzung von Verweisen. Häufig ist in Erlassen eine kettenartige Verweisung anzutreffen: dem Binnenverweis auf den Anhang folgt ein statischer Aussenverweis (vgl. Art. 3 Abs. 2 KlinV). Für diese Lösung spricht die vereinfachte Abänderbarkeit der Anhänge. Tendenziell leidet jedoch die Lesbarkeit des Erlasses. In einem weiteren Beispiel im Bereich der KVG-Leistungen verweist eine Rechtsnorm statisch auf eine private Richtlinie in einer bestimmten Fassung. Diese Richtlinie wurde jedoch aktualisiert, wobei sich die geänderte Fassung explizit in dynamischer Art und Weise auf ausländische Richtlinien bezieht. Mit dieser Wendung wird ein statischer Verweis dynamisch. Es ist deshalb notwendig, dass statische Verweise zeitnah durch die zuständige Behörde nachgeführt werden. Schliesslich ist für die Verständlichkeit von rechtlichen Regelungen nicht eben zuträglich, wenn private Richtlinien, auf die ein Erlass verweist, nur in englischer Sprache verfasst sind und keine offiziellen Übersetzungen vorliegen (vgl. ICH-Leitlinie). Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit ist zudem kritisch zu vermerken, dass private Richtlinien teilweise wenig griffige Formulierungen enthalten, die einen grossen Auslegungsspielraum eröffnen.

Literaturverzeichnis

GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHÉ BERNHARD, Gesundheitsrecht, ein Grundriss für Studium und Praxis, Basel 2013

Gesetzgebungsleitfaden des Bundes, 3. Aufl., Bern 2007

JENNI CHRISTOPH, Forschungskontrolle durch Ethikkommissionen, Zürich/St. Gallen 2010

MÉROZ JEAN-CHRISTOPHE, Directives ICH et recommandation PIC: quelle force obligatoire pour la Suisse?, ZBI 2006, S. 642 ff.

MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013

- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Basel 2008
- SCHWANDER VERENA, Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit im Spannungsfeld rechtlicher und gesellschaftlicher Entwicklungen, Bern 2002
- SPRECHER FRANZISKA, Recht der Humanforschung: Internationale Einflüsse. Entwurf einer EU-Verordnung und neue OECD Recommendation zu Arzneimittelversuchen im Vergleich mit dem schweizerischen Humanforschungsrecht, Jusletter 19. August 2013
- SPRUMONT DOMINIQUE, La protection des sujets de recherche, Bern 1993
- SPRUMONT DOMINIQUE/GYTIS ANDRULIONIS, The Importance of National Laws in the Implementation of European Legislation of Biomedical Research, in: European Journal of Health Law 11 (2005)
- VAN SPYK BENEDIKT, Das Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung, St. Gallen/Zürich 2011

Materialienverzeichnis

- Botschaft des Bundesrates vom 21. Oktober 2009 zum Bundesgesetz über die Forschung am Menschen, BBl 2009 8045 ff., 8101 (zit. Botschaft HFG)
- Erläuternder Bericht des EDI vom 21. August 2013 über die Verordnungen zum Humanforschungsgesetz (zit. Erl. Bericht HFG)

Private Normen in der Rechnungslegung

August Mächler*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	107
II. Inhalt und Ausgestaltung der Verweisungen	108
1. Anerkannte Standards der Rechnungslegung für Unternehmen der Privatwirtschaft	109
2. Haushaltsrecht des Bundes	110
3. Haushaltsrecht des Kantons Zürich	111
4. Kantone mit dem Harmonisierten Rechnungslegungsmodell der Konferenz der Kantonalen Finanzdirektoren	112
III. Einzelaspekte zu den Rechnungslegungs-Standards	112
1. Verweisungen und deren Zulässigkeit	112
2. Schöpfer der Regelwerke	115
3. Umfang der anwendbaren Regelwerke	116
4. Motive	117
5. Zugänglichkeit	118
IV. Exkurs: Musterhaushaltsgesetz HRM2	118
V. Zusammenfassende Würdigung	119
Literaturverzeichnis	120

I. Einleitung

Nach Art. 958 Abs. 1 OR soll die Rechnungslegung die wirtschaftliche Lage von Unternehmen so darstellen, dass sich Dritte ein zuverlässiges Urteil bilden können.¹ Für den Haushalt des Bundes bestimmt Art. 47 Abs. 1 Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltsgesetz, FHG) vom 7. Okto-

* Zahlreiche Anregungen zum Beitrag verdankt der Autor den Teilnehmenden am Workshop im Rahmen der Tagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre vom 12. September 2014. Die teils sehr lebhaft geführten Diskussionen unter Fachkolleginnen und Fachkollegen aus den Verwaltungen von Bund und Kantonen wirkten sehr bereichernd.

¹ Vgl. HANDSCHIN, Rz. 1 ff.; zum Zweck der kaufmännischen Buchführung siehe insb. BGE 132 IV 12, E. 8.1, S. 15.

ber 2005², dass mit der Rechnungslegung die Vermögens-, die Finanz- und die Ertragslage den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend dargestellt werden.³ Rechnung legen Unternehmen im Geschäftsbericht.⁴ Dieser enthält die Jahresrechnung (Einzelabschluss), die sich aus der Bilanz, der Erfolgsrechnung und dem Anhang zusammensetzt.⁵ Nach hergebrachter Auffassung in der Schweiz soll die Rechnungslegung vor allem dem Schutz der Eigentümer des Unternehmens und der Gläubiger dienen. Sie bildet alsdann ein Führungsinstrument in einer Organisation sowohl für die strategische wie auch die betriebliche Steuerung. Überzeugende Rechnungslegungen der Unternehmen sind ausserdem eine wesentliche Voraussetzung für einen funktionierenden Kapitalmarkt. In der Schweiz bildet die Rechnungslegung schliesslich eine Grundlage für die Bemessung der Gewinnsteuer eines Privatunternehmens.⁶ Im Recht von Bund und Kantonen wird an verschiedenen Stellen auf anerkannte Standards der Rechnungslegung verwiesen, die für Privatunternehmen oder für die Haushalte von Bund oder jene der Kantone und Gemeinden massgebend sein sollen.

II. Inhalt und Ausgestaltung der Verweisungen

Im Bundesrecht und im kantonalen Haushaltsrecht sind ganz unterschiedliche Muster bei den Verweisungen auf anerkannte Standards der Rechnungslegung anzutreffen.⁷ Die im Folgenden dargestellten Verweisungen sind normativ. Sie betreffen sodann den Aussen- und nicht den Innenbereich. Das Recht, auf das verwiesen wird (Verweisungsobjekt = im vorliegenden Zusammenhang Rechnungslegungs-Standards), gehört nicht dem gleichen Erlass oder dem gleichen Rechtskreis (Bundesrecht oder Recht eines bestimmten Kantons) an wie die Verweisungsnormen.

² SR 611.0.

³ Unterschiede in Bezug auf die Aufgabenstellung und die Informationsbedürfnisse bei öffentlichen Haushalten im Vergleich zu privaten Unternehmen führen zu Abweichungen beim Inhalt und der Ausgestaltung der Rechnungslegung in der Privatwirtschaft und bei öffentlichen Haushalten (siehe dazu BAUMGARTNER/BELJEAN/WIDMER, Rz. 48 ff.).

⁴ Zur Staatsrechnung des Bundes siehe Art. 4 ff. FHG.

⁵ Art. 958 Abs. 2 OR.

⁶ Zu den Funktionen und Zielsetzungen der Rechnungslegung siehe BÖCKLI, Rz. 4 ff.; HANDSCHIN, Rz. 7 ff.; BGE 133 III 453, E. 7.2, S. 457; 132 IV 12, E. 8.1, S. 15.

⁷ Zu den Verweisungen allgemein siehe BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 892 ff.; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 360 ff.

1. Anerkannte Standards der Rechnungslegung für Unternehmen der Privatwirtschaft

Juristische Personen des Privatrechts und Einzelunternehmen sowie Personengesellschaften unterliegen in mehr oder minder weitem Umfange der Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung nach Massgabe des 32. Titels des OR. *Zusätzlich* zur Rechnungsführung nach dem erwähnten Titel verpflichtet Art. 962 OR gesetzlich näher umschriebene Unternehmen zur Erstellung eines Abschlusses nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung.⁸ Gestützt auf Art. 962a Abs. 4 OR hat der Bundesrat sodann in Art. 1 Abs. 1 Verordnung über die anerkannten Standards der Rechnungslegung (VASR) vom 21. November 2012⁹ unter anderen (a) die «International Financial Reporting Standards» (IFRS), (c) die «Fachempfehlungen zur Rechnungslegung» (Swiss GAAP FER) sowie (d) die «United States Generally Accepted Accounting Principles» (US GAAP) als anerkannte Standards bezeichnet. Die Verweisungen beziehen sich nicht auf eine bestimmte Fassung der Standards, womit die Verweisungen als *dynamisch* oder gleitend anzusehen sind.

Das Handbuch zu den IFRS wird durch das in London ansässige International Accounting Standards Board (IASB) herausgegeben.¹⁰ Die IFRS sind heute weltweit anerkannt. Sie weisen eine hohe inhaltliche Qualität auf und ermöglichen eine deutlich verbesserte Vergleichbarkeit der Rechnungen verschiedener Unternehmen. IFRS werden laufend weiterentwickelt. Wesentliche Grundsätze der IFRS-Rechnungslegung sind der Grundsatz der Periodenabgrenzung (accrual accounting; Erträge und Aufwände sind derjenigen Rechnungsperiode zu belasten, in der sie verursacht werden) und das Fortführungsprinzip (going concern; die Rechnungslegung geht von der Grundannahme aus, dass das Unternehmen auf absehbare Zeit fortgeführt wird).¹¹

⁸ Art. 8 Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) vom 24. März 1995, SR 954.1, ermächtigt die Börsen zum Erlass von Reglementen, namentlich über die Zulassung von Effekten und Unternehmen zur Börse. Gestützt auf diese Bestimmung wurde das Kotierungsreglement der SIX Exchange vom 4. April 2013 erlassen. Art. 6 der gestützt darauf herausgegebenen Richtlinie betreffend Rechnungslegung (Richtlinie Rechnungslegung, RLR) vom 20. Juni 2012 gibt den Emittenten vor, IFRS als Rechnungslegungs-Standards anzuwenden, soweit nachstehend nicht US GAAP, Swiss GAAP FER oder spezialgesetzlich festgelegte Standards zugelassen werden.

⁹ SR 221.432.

¹⁰ BÖCKLI, Rz. 51 ff.; HANDSCHIN, Rz. 47 ff.

¹¹ BÖCKLI, Rz. 123 ff. und 135.

Im Auftrage der Stiftung für Fachempfehlungen zur Rechnungslegung hat eine Fachkommission dieser Stiftung Schweizer Standards für die Rechnungslegung in Unternehmen ausgearbeitet.¹² Die Empfehlungen sollen dazu beitragen, die Rechnungslegung in der Schweiz zu harmonisieren, die Vergleichbarkeit zu verbessern und generell die Qualität der Rechnungslegung in der Schweiz anzuheben. Inhaltlich folgen sie in wesentlichen Teilen den IFRS, ohne deren Tiefe und Perfektion anzustreben. Die veröffentlichten *Swiss GAAP FER* umfassen ein Rahmenkonzept, eine Kern-FER, weitere Standards sowie *Swiss GAAP FER 30* für Konzerngruppen. Die *Swiss GAAP FER* sind mittlerweile in der Schweiz auch für mittlere und kleinere Unternehmen zum akzeptierten Standard geworden. Die Fachempfehlungen stellen gewissermassen Mindeststandards für Unternehmen dar, welche an der Swiss Exchange am Nebentableau kotiert sind. Unternehmen im Haupttableau müssen ihre Rechnungen dagegen nach IFRS oder nach US GAAP legen.

2. Haushaltsrecht des Bundes

Nach Art. 48 Abs. 1 FHG richtet sich die Rechnungslegung des Bundes nach anerkannten Standards. Einzelheiten hat der Bundesrat zu regeln und insbesondere Abweichungen von den Standards zu beschliessen.¹³ Im Gesetz selbst werden – wie auch bei den Haushaltsgesetzen der Kantone – die Struktur der Staatsrechnung und die wesentlichen Grundsätze der Bilanzierung und Bewertung festgelegt.¹⁴ Von der Ermächtigung zur Bestimmung des Standards und zur Regelung von Ausnahmen dazu hat der Bundesrat in Art. 53 Finanzhaushaltsverordnung (FHV) vom 5. April 2006¹⁵ Gebrauch gemacht: Die Rechnungslegung des Bundes richtet sich gemäss dieser Bestimmung nach den *International Public Sector Accounting Standards* (IPSAS). Ausnahmen von IPSAS und ergänzende Standards legt der Bundesrat im Anhang 2 zur Finanzhaushaltsverordnung fest. Weder die erwähnte Verordnungsbestimmung noch Anhang 2 nehmen auf Standards in einer genauer bezeichneten Fassung Bezug, womit wir es ebenfalls mit einer *dynamischen* Verweisung zu tun haben.

¹² BÖCKLI, Rz. 44 ff.; HANDSCHIN, Rz. 42 ff.

¹³ Art. 48 Abs. 2 und 3 FHG.

¹⁴ Art. 4 ff. und 47 ff. FHG. Vgl. ferner BOLZ/BLASER, S. 190 für die Kantone.

¹⁵ SR 611.01.

Die International Public Sector Accounting Standards (IPSAS) wurden im Schoss der International Federation of Accountants (FAC) als Rechnungslegungs-Standards für Organisationen des öffentlichen Sektors entwickelt.¹⁶ IPSAS basieren zu wesentlichen Teilen auf den vom IASB herausgegebenen International Financial Reporting Standards (IFRS) und sind auf die besonderen Bedürfnisse öffentlicher Haushalte angepasst worden. Angestrebt wird mit dem Regelwerk die Vermittlung konsistenter und vergleichbarer Informationen über die Finanzen öffentlicher Einrichtungen. Richtschnur für IPSAS bildet die periodengerechte Zuordnung von Aufwand und Ertrag. Es bestehen 26 Standards. IPSAS wurde nicht nur für den Bund und einzelne Kantone übernommen, sondern war auch begleitend für HRM2.¹⁷

3. Haushaltsrecht des Kantons Zürich

Ähnlich wie beim Bund bestimmt auch der Zürcher Gesetzgeber in § 46 Abs. 1 Gesetz über Controlling und Rechnungslegung (CRG) des Kantons Zürich vom 9. Januar 2006¹⁸, dass die Rechnungslegung für den Haushalt des Kantons Zürich nach anerkannten Normen vorzunehmen ist. Dem Regierungsrat wird gleichzeitig aufgetragen, das anzuwendende Regelwerk mitsamt Abweichungen davon in einer Verordnung festzulegen. Für die Verordnung behält das Gesetz die Genehmigung durch den Kantonsrat vor.¹⁹ Die Zürcher Regierung hat gestützt auf die erwähnte Grundlage ebenfalls die *International Public Sector Accounting Standards* (IPSAS) als massgebend bezeichnet.²⁰ Die einzelnen anwendbaren Standards von IPSAS mit einer Umschreibung von Einschränkungen werden im Kanton Zürich im Anhang zur Rechnungslegungsverordnung unter Hinweis auf eine bestimmte Fassung angeführt. Anwendbar erklärt wird ausser-

¹⁶ Vgl. KPMG AG Schweiz, S. IX ff. (Geleitwort), S. XXV f. (Einführung) und S. 3 ff. (Vorwort).

¹⁷ Vgl. dazu unten II/4.

¹⁸ LS 611.0.

¹⁹ § 46 Abs. 2 CRG.

²⁰ § 3 Rechnungslegungsverordnung (RLV) vom 29. August 2007 (LS 611.1). – IPSAS sind auch für die Kantone Genf (Art. 6 Loi sur la gestion administrative et financière de l'Etat du 4 octobre 2013; rs/GE D1 05), Luzern (§ 37 Verordnung zum Gesetz über die Steuerung der Finanzen und Leistungen vom 17. Dezember 2010; SRL 600a) und Basel-Stadt (§ 34 Gesetz über den kantonalen Finanzhaushalt vom 14. März 2012; SG 610.100 und §§ 31 f. sowie Anhang zur Verordnung über den kantonalen Finanzhaushalt [Finanzhaushaltsverordnung] vom 22. Mai 2012; SG 610.110) anwendbar.

dem eine der Fachempfehlungen von Swiss GAAP FER zu den Vorsorgeverpflichtungen des Kantons Zürich. Ein Standard von IPSAS wird ausdrücklich von der Anwendung ausgenommen. Auf Standards der Rechnungslegung verweist das Zürcher Recht demnach *statisch* oder *starr*.

4. Kantone mit dem Harmonisierten Rechnungslegungsmodell der Konferenz der Kantonalen Finanzdirektoren

Nach § 35 des neuen Schwyzer Gesetzes über den kantonalen Finanzhaushalt vom 20. November 2013²¹ richtet sich die Rechnungslegung für den kantonalen Haushalt nach dem Harmonisierten Rechnungslegungsmodell der KONFERENZ DER KANTONALEN FINANZDIREKTOREN (HRM2).²² Abweichungen davon kann der Regierungsrat bezeichnen. Im Vorentwurf zu einer regierungsrätlichen Finanzhaushaltsverordnung wurden die Fachempfehlungen HRM2 in einer präzise umschriebenen Fassung mit einzelnen Abweichungen als massgebend bezeichnet. Verwiesen wird damit *statisch*.

Die Fachempfehlungen HRM2 sind von einem Fachgremium im Auftrage der Finanzdirektoren-Konferenz in Anlehnung an die IPSAS und in Koordination mit dem neuen Rechnungsmodell des Bundes (NRM) entwickelt worden. HRM2 nimmt eine Zwischenstellung zwischen den modernen, angelsächsisch geprägten Rechnungslegungs-Standards und der traditionellen Rechnungsführung schweizerischer Prägung, die stark am Vorsichtsprinzip orientiert ist, ein. HRM2 belässt damit Raum für finanzpolitische Bewertungen.

III. Einzelaspekte zu den Rechnungslegungs-Standards

1. Verweisungen und deren Zulässigkeit

Mit der Verweisung auf (bestimmte) anerkannte Regelwerke der Rechnungslegung werden die darin enthaltenen Festlegungen anwendbar erklärt. Sie werden damit allerdings nicht ins staatliche Recht übernommen (Inkorporation). Auch geht es bei einer Übernahme kraft Verweisung nicht um eine Delegation

²¹ Abl/SZ 2013, S. 2726 ff.

²² KONFERENZ DER KANTONALEN FINANZDIREKTOREN (Hrsg.), Handbuch Harmonisiertes Rechnungslegungsmodell für die Kantone und Gemeinden HRM2.

von Rechtsetzungsbefugnissen auf Private. Die Fachgremien, die Rechnungslegungsregeln aufstellen, erlassen nicht gestützt auf eine Ermächtigung in einem Gesetz Verordnungsrecht.²³ Folgt man dem Wortlaut in den Finanzhaushaltsgesetzen von Bund und Kantonen, so ist ausserdem anzunehmen, dass mit den Regelwerken für die Rechnungslegung auch nicht lediglich ein für die Praxis als massgebend anerkannter Entwicklungsstand gesetzlich anerkannt wird. Zu einem andern Schluss könnte bei der Formulierung in Art. 962 OR für die Verpflichtung gewisser Unternehmen, einen zusätzlichen Abschluss nach einem anerkannten Standard der Rechnungslegung zu erstellen, gelangen. In der Bestimmung selbst, im ausführenden Verordnungsrecht und im ergänzenden Börsenrecht²⁴ werden allerdings die betroffenen Unternehmen unmissverständlich verpflichtet, ganz bestimmte – und zwar im gesunden Umfange – Regelwerke zu beachten. Den Adressaten der Regelung in Art. 962 OR steht es nicht frei, den Nachweis der Erfüllung des Standards auf andere Weise zu erbringen oder die Standards gleichsam mehr als zu erfüllen.²⁵ Diese Art der Normierung ist nach einer herkömmlichen Vorstellung doch eher Ausdruck einer Verweisung als eines Vorbehalts von Usanzen, Handelsitten oder eines technischen oder wissenschaftlichen Standards.²⁶ Das Beispiel der Verpflichtung in Art. 962 f. OR für gewisse Unternehmen, einen Abschluss nach anerkannten Standards der Rechnungslegung zu erstellen, ist ein Beleg dafür, dass eine Grenzziehung zwischen einer Übernahme privater Regelwerke als unmittelbar geltendes Recht und des blossen Verweises auf eine Handelsusanz oder eine geübte Praxis nicht leicht fällt. Die Übergänge zwischen einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen, einer direkten Verweisung auf privat geschaffene Regelwerke und Verweise auf bestimmte Standards (auch indirekte oder mittelbare Verweisung genannt) sind letztlich fliessend. Das ist dann nicht weiter von Belang, wenn die Zulässigkeit der verschiedenen Formen einer Öffnung des gesetzlichen Normprogramms von gleichen oder nur gering voneinander ab-

²³ Siehe dazu BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Rz. 892 ff.; UHLMANN, S. 92 ff.

²⁴ Siehe dazu II/1.

²⁵ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Rz. 902, zu den Verweisungen im Rahmen des «new approach».

²⁶ Anders für die anerkannten Standards der Rechnungslegung UHLMANN, S. 96 f. Siehe im mittlerweile aufgehobenen 32. Titel für die kaufmännische Buchführung des OR in aArt. 957 Abs. 1 OR mit der Verpflichtung zur ordnungsgemässen Buchführung oder in aArt. 959 OR, wo hinsichtlich der Bilanzgrundsätze auf die allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätze Bezug genommen wird (vgl. dazu HANDSCHIN, Rz. 25 ff.). Zu den Formulierungen von Verweisungen auf technische Normen und Ähnliches siehe BUNDESKANZLEI, Rz. 122 f.

weichenden Kriterien abhängig gemacht wird. Andernfalls vermag der Zustand nicht zu befriedigen.²⁷

In welchem Rahmen Private unmittelbar anwendbare Rechtsnormen schaffen dürfen, ist in der Schweiz umstritten. Lehre und Rechtsprechung zu dieser Frage sind nicht gefestigt.²⁸ Das BUNDESAMT FÜR JUSTIZ spricht einer dynamischen Verweisung die Zulässigkeit ab.²⁹ Das Bundesgericht hielt in einem neueren Entscheid fest, dass mit einer statischen Verweisung private Normen zu staatlichem Recht würden.³⁰ Anzunehmen ist damit dennoch, dass der Gesetzgeber die wichtigen Normen selbst zu schaffen hat, für weniger wichtige aber auf private Regelwerke verweisen darf. Die Zulässigkeit einer dynamischen Verweisung auf von Privaten geschaffene Normen will das Bundesgericht an sich ebenfalls nach den für die Gesetzesdelegation entwickelten Grundsätzen prüfen. Es betonte, dass der Erlass von Rechtssätzen verfassungsrechtlich dem Gesetzgeber vorbehalten bleibe. Eine Übertragung auf private Normgeber sei nur gestattet, soweit dafür in der Verfassung eine Grundlage bestehe. Eine solche sei in Art. 178 Abs. 3 BV für die Delegation von Verwaltungsaufgaben einschliesslich der Befugnis, Vollzugsvorschriften zu erlassen, auszumachen. Die Aufgabenübertragung im Einzelfall bedürfe einer Grundlage in einem Gesetz. In einem kurze Zeit später getroffenen Entscheid scheint das Bundesgericht davon auszugehen, dass eine verfassungsrechtliche Ermächtigung für die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen auf Private auch in Art. 164 Abs. 2 BV bestehe.³¹ Ist dem – und zwar auch für die dynamische Verweisung – so, beurteilte sich die Zulässigkeit von Verweisungen auf private Regelwerke in weitgehender Übereinstimmung mit den Voraussetzungen, wie sie für die Gesetzesdelegation gelten.

Die Finanzhaushaltsgesetze von Bund und Kantonen verweisen selbst – teils nicht direkt, sondern über die Verordnung – auf (bestimmte) anerkannte Regeln der Rechnungslegung. In den Finanzhaushaltsverordnungen der Kantone

²⁷ HETTICH, Rz. 436 ff. und 519 ff., behandelt verschiedene Formen von für künftige Entwicklungen offenen Normierungen (Delegationen, Verweisungen auf private Normen und Verweise auf Standards) zusammen im gleichen Abschnitt.

²⁸ Vgl. die Hinweise auf TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10, Rz. 25; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 369 f.; RHINOW/SCHEFER, Rz. 2739 ff.

²⁹ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Rz. 902.

³⁰ Dazu und zum Folgenden BGE 136 I 316, E. 2.4, S. 319 ff.

³¹ BGE 137 III 37, E. 2.2.1, S. 40 f. Nach HETTICH, Rz. 676 (mit Hinweisen), äussert sich Art. 164 Abs. 2 BV zur Zulässigkeit einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen auf Private nicht, das Bundesgericht habe die Bestimmung im fraglichen Zusammenhang aber schon erwähnt.

wird in der Regel auf genau bestimmte Standards Bezug genommen und es werden dazu Ausnahmen umschrieben. Die Gesetze legen die Grundzüge der Rechnungslegung (Zielsetzung, Teilrechnungen, Bewertungsgrundsätze) selbst fest.³² Die in den Kantonen anzutreffenden Regelungen sind somit aufs Ganze gesehen nicht zu beanstanden. Der Bundesgesetzgeber und der Bundesrat als Verordnungsgeber verweisen zwar im Haushaltsrecht dynamisch. Die Grundzüge der Regelung sind aber ebenfalls im Gesetzesrecht selbst enthalten.³³ Für Privatunternehmen wird die Pflicht für eine zusätzliche Rechnungslegung nach anerkannten Standards im Gesetz bestimmt.³⁴ Die Grundzüge einer Regelung sind dem OR aber nur indirekt zu entnehmen, indem die primär massgebenden Normen sich inhaltlich an den anerkannten Rechnungslegungs-Standards orientieren.³⁵ Aus verfassungsrechtlicher Sicht bewegt sich die vom Bundesgesetzgeber für die privaten Unternehmen geschaffene Regelung an der Grenze des Zulässigen.

2. Schöpfer der Regelwerke

Geschaffen und weiterentwickelt wurden und werden die anerkannten Standards der Rechnungslegung von Spezialistinnen und Spezialisten in Belangen der Rechnungslegung aus Wissenschaft, aus Revisions- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sowie aus weiteren Unternehmen. Bei HRM2 wurden Expertinnen und Experten aus den Finanzverwaltungen und den Finanzkontrollen des Bundes und der Kantone beigezogen.³⁶ Spezialwissen und Erfahrung dieser Personen in der Rechnungslegung bürgen für eine hohe fachliche Qualität der Regelwerke. Herkunft und Zusammensetzung der Gremien dürften zugleich aber auch Ursachen für die hohe Komplexität des Standards sein.³⁷ Die Versuchung kann bestehen, dass sich die Regelschöpfer und die dahinter stehenden

³² Vgl. die Hinweise bei II/3 und 4.

³³ Art. 4 ff. und 47 ff. FHG.

³⁴ Siehe die Hinweise auf die Grundlagen in OR und BEHG oben II/1.

³⁵ BÖCKLI, Rz. 38 ff.; HANDSCHIN, Rz. 33 ff.

³⁶ Für die Stiftung Fachempfehlungen zur Rechnungslegung <http://bww.fer.ch/inhalt/personelles/fachkommission.html> (29. Oktober 2014); für IFRS die Zusammensetzung des International Accounting Standards Board: <http://www.ifrs.org/About-us/IASB/Members/Pages/Members-of-the-IASB.aspx> (29. Oktober 2014); ferner KONFERENZ DER KANTONALEN FINANZDIREKTOREN, S. 20 f.

³⁷ BÖCKLI, Rz. 55, 69 ff.; MEYER, S. 24.

Unternehmen sowie Stellen mit unangebracht «hohen Standards» unentbehrlich machen.³⁸

Die Empfehlungen für die Rechnungslegung HRM2 wurden von einem Fachgremium im Auftrag der Finanzdirektoren-Konferenz entwickelt und von derselben herausgegeben. Obschon HRM2 von einem aus Kantonsvertretern zusammengesetzten Gremium geschaffen wurde, kann bei diesen Fachempfehlungen nicht von interkantonalem Recht gesprochen werden, das im Rahmen von Art. 48 Abs. 4 BV erlassen worden ist. Die Finanzdirektoren-Konferenz kann sich für die Herausgabe der Empfehlungen nicht auf eine Ermächtigung in einem Vertrag der Kantone stützen, der im gleichen Verfahren beschlossen worden ist, das in den einzelnen Kantonen für die Gesetzgebung gilt. Verbindlich werden die Regeln HRM2 für die Rechnungslegung in den einzelnen Kantonen erst durch eine Verweisung im innerkantonalen Finanzhaushaltsrecht. Gültig ist das Regelwerk kraft Verweisung und nicht auf der Grundlage einer Delegation. Obschon von den Finanzdirektoren herausgegeben, handelt es sich bei den Fachempfehlungen bzw. dem Handbuch Harmonisiertes Rechnungslegungsmodell HRM2 um ein gleichsam privates Regelwerk.³⁹

3. Umfang der anwendbaren Regelwerke

Die Verweisungen, namentlich solche auf von Privaten geschaffene Normen, tragen zur Entlastung der staatlichen Rechtsetzung bei.⁴⁰ Dies wird – einmal unter der Annahme, das Regelungsausmass und der Regelungsstil seien angebracht – bei den Regelwerken für die Rechnungslegung eindrücklich bestätigt. Die autorisierte Ausgabe IPSAS der KPMG AG Schweiz mit Flowcharts, Glossar und Begriffen weist weit mehr als 1600 Seiten auf. Die IFRS bringen es mit ihren Hauptregeln, Nebenregeln, Detailregeln, Ausnahmen, Gegenausnahmen, Be-

³⁸ Mit Hinweisen auf die Gefahren einer (unangebrachten) Verfolgung von Eigeninteressen privater Rechtsschöpfer siehe HETTICH, Rz. 673.

³⁹ Die Rechtsnatur der Direktorenkonferenzen ist uneinheitlich und nicht bei allen restlos klar. Die Konferenz Kantonalen Energiedirektoren ist ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB (Statuten der Konferenz Kantonalen Energiedirektoren vom 27. August 2010, http://www.endk.ch/media/archive1/endk/zielundzweck/Statuten_EnDK.pdf [31. Oktober 2014]). Aus den Statuten der Konferenz der Kantonalen Finanzdirektoren ist eher auf eine einfache Gesellschaft zu schliessen (siehe die Statuten der Konferenz der Finanzdirektorinnen und Finanzdirektoren vom 20. Mai 2010, http://www.fdk-cdf.ch/140605_statuten_def_d.pdf [31. Oktober 2014]).

⁴⁰ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 365; BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Rz. 894.

gründungen (Basis for Conclusion) und Wegleitungen zur Anwendung (Guidance) auf mehr als 3400 Seiten.⁴¹ Bei US GAAP sind es über 25'000 Seiten.⁴² Die sehr kasuistisch geprägten Regelwerke sind nicht zuletzt auch wegen ihres Ausmasses nur Eingeweihten zugänglich.⁴³ Das Handbuch Harmonisiertes Rechnungslegungsmodell für die Kantone und Gemeinden HRM2, das mit etwas über 200 Seiten auskommt, ist mit Bedacht knapp gehalten, um miliztauglich zu sein.⁴⁴ Ob das Handbuch diese Zielsetzung erreicht, darf dennoch in Zweifel gezogen werden. Mitglieder von kantonalen und kommunalen Parlamenten sowie Bürgerinnen und Bürger in den Gemeinden werden ohne Vorkenntnisse in Buchhaltung oder Rechnungslegung auch HRM2 nicht auf Anhieb überblicken und verstehen können.

4. Motive

Die Verweisung auf anerkannte Standards der Rechnungslegung zielt zur Hauptsache auf eine *Harmonisierung* ab. Jahresabschlüsse und Rechnungen sollen durch die Befolgung standardisierter Regelwerke vergleichbar werden.⁴⁵ Das Ziel der Harmonisierung soll zunächst innerstaatlich erreicht werden, indem die Rechnungslegung verschiedener Unternehmen an Transparenz und Vergleichbarkeit zulegt. Den meisten der Regelwerke ist aber auch zugedacht, über Landes- und Kantonsgrenzen hinweg harmonisierend zu wirken. Anders als bei Vereinbarungen unter Staaten beschränken sich private Regelwerke weniger auf die Erreichung des grössten gemeinsamen (und damit zwangsläufig auf einem tieferen Niveau liegenden) Nenners, sondern mit ihrer Schaffung wird versucht, einen hohen Stand zu erreichen.⁴⁶ Mit einer Verweisung auf anerkannte Standards der Rechnungslegung kann zudem Expertenwissen erworben werden, das

⁴¹ BÖCKLI, Rz. 57, 72.

⁴² MEYER, S. 24.

⁴³ Kritisch BÖCKLI, Rz. 69 ff. EBKE, S. 12 f., streicht selbst für die IFRS for Small and Medium-sized Entities deren Komplexität hervor. MEYER, S. 24 regt eine Rückkehr zu mehr an Prinzipien orientierten Regelwerken an.

⁴⁴ So ausdrücklich auf S. 18.

⁴⁵ EBKE, S. 12 ff.; SCHUPPERT, S. 232 ff.; KONFERENZ DER KANTONALEN FINANZDIREKTOREN, S. 16 ff.; KPMG AG Schweiz, S. XXV; BÖCKLI, Rz. 67, spricht in Bezug auf IFRS von einer weltweiten Akzeptanz.

⁴⁶ Siehe BÖCKLI, Rz. 68. EBKE, S. 6, vergleicht die auf privater Basis rasant verlaufende Internationalisierung in der Rechnungslegung mit den jahrzehntelangen vergeblichen Bemühungen der Staaten in der EU.

bei den rechtsetzenden Behörden nicht ohne weiteres vorhanden ist.⁴⁷ Da die Regelwerke laufend fortentwickelt und durch die Fachgremien auch ausgelegt werden, kann mit einer Verweisung auf die Regelwerke ausserdem stets aktuelles Fachwissen generiert werden.

5. Zugänglichkeit

Die Regelwerke für die Rechnungslegung, auf die im OR und in der Verordnung über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung für Privatunternehmen und in den Erlassen zum Haushaltsrecht von Bund und Kantonen verwiesen wird, werden allesamt nicht in den amtlichen Publikationsmitteln des Bundes und der Kantone veröffentlicht.⁴⁸ Bemerkenswert ist immerhin, dass in Art. 1 Abs. 1 VASR in den Fussnoten zu den einzelnen Standards auf die Fundstellen im Internet verwiesen wird.⁴⁹ Art. 1 Abs. 2 VASR legt sodann fest, dass die Herausgeber der Regelwerke die autorisierten sprachlichen Fassungen bestimmen. Im Buchhandel ist etwa zu IPSAS eine autorisierte deutsche Übersetzung erhältlich.⁵⁰

IV. Exkurs: Musterhaushaltsgesetz HRM2

Die Fachempfehlung Nr. 20 im Handbuch der KONFERENZ DER KANTONALEN FINANZ-DIREKTOREN betrifft nicht die Rechnungslegung im engeren Sinne, sondern enthält ein Mustergesetz für die öffentlichen Haushalte von Kantonen und Gemeinden. Das Musterhaushaltsgesetz für HRM2 enthält dabei nicht allein Regelungen über die Rechnung und die Rechnungslegung, sondern auch solche über die finanzpolitische Steuerung der Haushalte und der Verwaltungseinheiten, die Ausgabenbewilligung (Kreditrecht) und die Zuständigkeiten im Finanz-

⁴⁷ Zum Erwerb von Fachwissen als Motiv für die Verweisung auf private Regelwerke siehe BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Rz. 900 und MÜLLER/UHLMANN, Rz. 362.

⁴⁸ Siehe dazu Allgemein UHLMANN, S. 89 f.

⁴⁹ Für IFRS: www.ifrs.org; für Swiss GAAP FER: www.fer.ch; für US GAAP: www.fasb.org; für IPSAS: www.ifac.org/public-sector. Für die Zitierweise und die Angabe von Fundstellen ausserhalb der amtlichen Publikationen des Bundes siehe BUNDESKANZLEI, Rz. 115 ff.

⁵⁰ KPMG AG Schweiz.

wesen.⁵¹ Mit der Herausgabe eines solchen Mustergesetzes haben die Finanzdirektoren zu einem bewährten Mittel für die Harmonisierung von Rechtsregeln unter den Kantonen oder in einem Kanton unter den Gemeinden gegriffen.⁵²

Das Musterhaushaltsgesetz kann allerdings von den Kantonen nicht unverändert übernommen werden. Es erfüllt vielmehr die Funktion eines Steinbruches: Neben wichtigen Regelungen über die Haushaltsführung, die zwingend auf die Gesetzesstufe gehören,⁵³ enthält das Musterhaushaltsgesetz auch eine grosse Zahl von Detailvorschriften, die in einer Haushaltsverordnung oder gar in Weisungen oberster Verwaltungsbehörden Aufnahme finden können. Ausserdem sind Abstimmungen auf kantonale und kommunale Eigenheiten durchaus möglich und auch nötig.⁵⁴ Der Zusammensetzung der von der Finanzdirektoren-Konferenz eingesetzten Arbeitsgruppe entsprechend ist das Mustergesetz vor allem aus der Sicht von nicht in erster Linie juristisch geschulten Finanzspezialisten geschrieben. Dadurch erleidet die Rechtsetzungsarbeit aber keinen Nachteil, zumal den hauptsächlich mit der Gesetzesredaktion betrauten Juristinnen und Juristen in den Kantonsverwaltungen oftmals das Sachwissen in Haushaltsfragen etwas abgeht.⁵⁵ Die Gesetzesredaktorinnen und -redaktoren können aus dem im Musterhaushaltsgesetz enthaltenen Rohstoff inhaltlich qualitativ gute Haushaltsgesetze herstellen.⁵⁶

V. Zusammenfassende Würdigung

Private oder gleichsam private Regelwerke spielen für die Rechnungslegung von öffentlichen Einrichtungen und von Privatunternehmen eine bedeutende Rolle.

⁵¹ Siehe zu den Inhalten der kantonalen Haushaltsgesetze allgemein BOLZ/BLASER, S. 180.

⁵² Vgl. MÜLLER/UHLMANN, Rz. 107, 144 und 296. Der Wunsch, in der Schweiz einen hohen Harmonisierungsgrad zu erreichen, dürfte auch für die Konferenz der Kantonalen Energiedirektoren bei ihrer Entscheidung ausschlaggebend gewesen sein, den Kantonen Mustergesetze und nicht Konkordate vorzulegen (<http://www.endk.ch/de/dokumentation/MuKEN> [31. Oktober 2014]).

⁵³ Art. 38 Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, SR 131.211; Art. 69 Abs. 4 Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993, SR 131.212; § 50 Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010, SR 131.215.

⁵⁴ Fachempfehlung Nr. 20/2, Anm. 5 und 6.

⁵⁵ Zur Zusammensetzung der Arbeitsgruppe für das Reformprojekt HRM2 siehe KONFERENZ DER KANTONALEN FINANZDIREKTOREN, S. 20 f.

⁵⁶ BOLZ/BLASER, S. 177, 194 f.

Bund und Kantone tragen mit den Verweisungen in ihrem Recht auf anerkannte Standards wesentlich zur Harmonisierung der für die Rechnungslegung massgebenden Regeln in grenzüberschreitenden Verhältnissen und zwischen dem über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage Bericht erstattenden staatlichen und privatrechtlichen wie auch erwerbswirtschaftlichen Organisation bei. Das mit Verweisungen auf private Regelwerke avisierte und auch zu einem schönen Teil erreichte Niveau bei den harmonisierten Regeln dürfte dabei höher liegen als bei einer zwischenstaatlichen Vereinbarung durch Staatsvertrag oder Konkordat, mit denen ein vergleichbares Ziel verfolgt worden wäre. Auf Harmonisierung ausgerichtet ist auch das von den Kantonen eingesetzte Musterhaushaltsgesetz. Vor allem der Bund mit seinen dynamischen Verweisungen auf anerkannte Standards der Rechnungslegung für Privatunternehmen bewegt sich – sofern auf eine allerdings wenig gefestigte Lehre und Rechtsprechung abgestellt wird – an der Grenze des zulässigen Rahmens eines Einbezugs von durch Private geschaffenen Normen.

Literaturverzeichnis

- BAUMGARTNER URS/BELJEAN TOBIAS/WIDMER MARIANNE, Finanzhaushalt, in: Andreas Lienhard (Hrsg.), Finanzrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band X, Basel 2011, S. 171 ff.
- BÖCKLI PETER, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich 2014
- BOLZ URS/BLASER BEAT, Entwicklungen im Finanzhaushaltsrecht der Kantone, LeGes 2014, S. 175 ff.
- BUNDESKANZLEI (Hrsg.), Gesetzestechnische Richtlinien (GTR), 2. Aufl., Bern 2013, www.bk.admin.ch > Themen > Gesetzgebung > Gesetzestechnik
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden, 3. Aufl., Bern 2007, www.gl.admin.ch
- EBKE WERNER F., Internationale Rechnungslegungsstandards für kleine und mittelgrosse Unternehmen?, EuZ 2008, S. 2 ff.
- HANDSCHIN LUKAS, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, Basel 2013
- HETTICH PETER, Kooperative Risikovorsorge, Regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken, Habil. Zürich/Basel/Genf 2014
- KONFERENZ DER KANTONALEN FINANZDIREKTOREN (Hrsg.), Handbuch Harmonisiertes Rechnungslegungsmodell für die Kantone und Gemeinden HRM2, Schriftenreihe der Fachgruppe für kantonale Finanzfragen, Band X, Bern 2008 (<http://www.srs-cspcp.ch/srscspcp.nsf/vwBaseDocuments/HRSRS01?OpenDocument&lng=de>)
- KPMG AG SCHWEIZ (Hrsg.), IPSAS – Autorisierte Übersetzung der IPSAS Standards, mit Flowcharts, Glossar und Begriffen, Zürich 2012

- MEYER CONRAD, Rechnungslegung – Was gibt es Schöneres?, Langer Marsch zur Überregulierung und wieder zurück, NZZ Nr. 162 vom 16. Juli 2014, S. 24
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009
- SCHNEIDER HANS, Gesetzgebung, 3. Aufl., Heidelberg 2002
- SCHUPPERT FOLKE GUNNAR, Governance und Rechtsetzung, Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, Baden-Baden 2011
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014
- UHLMANN FELIX, «Die Normen können bei ... bezogen werden» – Gedanken zur Publikation und Verbindlichkeit privater Normen, LeGes 2013/1, S. 89 ff.

Die Normen der SNV

Hans Peter Homberger

Inhaltsübersicht

I. Einführung	123
II. Offene Fragen	125
1. Tritt durch die Ausweitung der Themengebiete in der Normung diese nicht in Konkurrenz mit der staatlichen Gesetzgebung?	125
2. Wer bestimmt die Zusammensetzung der normenschaffenden Gremien?	126
3. Wie wird die Qualität gesichert?	126
III. Zusammenfassung	126

I. Einführung

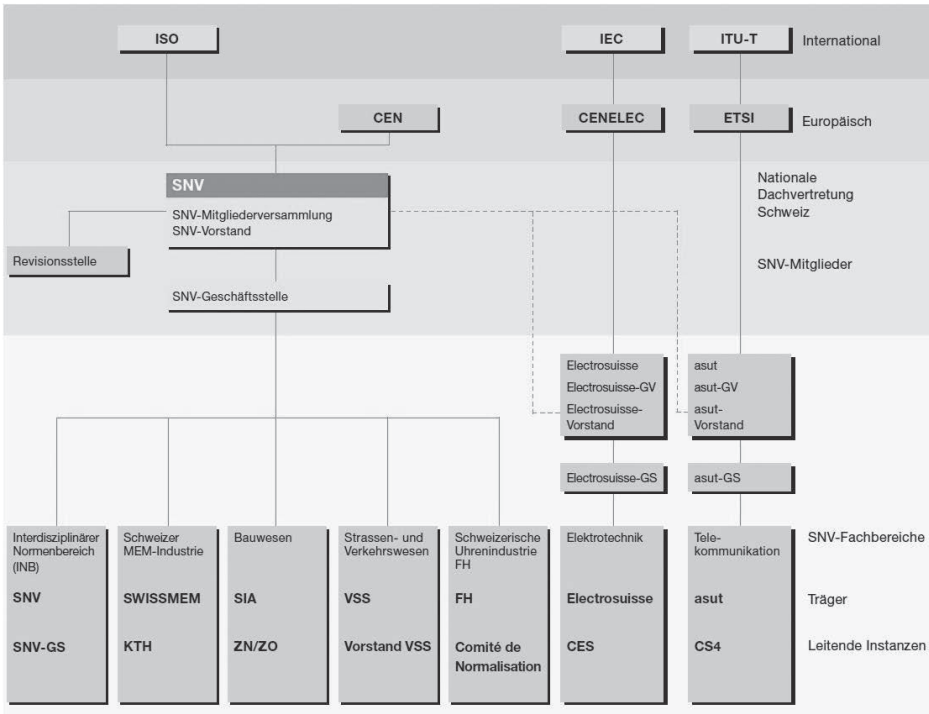
Die Schweizerische Normen-Vereinigung SNV ist ein privatrechtlicher Verein, welcher durch Mitglieder-Beiträge (17%), durch ein Mandat des Staatssekretariats für Wirtschaft *seco* (13%) und durch den Verkauf von Produkten und Dienstleistungen (70%) finanziert wird. Die SNV wurde 1919 gegründet und ist Gründungsmitglied der Welt-Normenorganisation ISO und der europäischen Normungsorganisation CEN. 1976 wurde die bis heute geltende Fachbereichsstruktur eingeführt. In den Fachbereichen (INB interdisziplinärer Normenbereich, SIA Baunormung, VSS Strassenbau, swissmem Maschinen und Metall sowie FH Uhren-Normung) werden die fachspezifischen Normen erarbeitet. Electrosuisse (Elektrotechnik) und SICTA (Telekommunikation) haben ihre eigenen europäischen Schienen CENELEC und ETSI und sind auch auf globaler Ebene mit eigenen Organisationen IEC und ITU vertreten.

Struktur und Organisation



Die Welt braucht Normen.

STANDARDIZATION
SERVICES
SHOP



Die SNV setzt sich für den Abbau von Handelshemmnissen im grenzüberschreitenden Waren – und Dienstleistungsverkehr ein. Das Mittel der Wahl ist die Erarbeitung von Standards nach dem Prinzip der Selbstregulierung, zusammen mit Vertretern aus der Wirtschaft und Gesellschaft. Dabei werden verlässliche, harmonisierte Prozesse mit dem Ziel der Konsensfindung professionell angewendet. In einem Normen-Komitee wird auf eine möglichst ausgeglichene Zusammensetzung geachtet. Möglichst alle betroffenen Anspruchsgruppen sollen vertreten sein. Das Resultat sind technische Normen, Dienstleistungsnormen, Management-, Umwelt- und Sicherheitsnormen. Besonders erwähnenswert sind die Anforderungsnormen für Qualitätsmanagement. Diese Normen (ISO 9000-er Serie) können durch Zertifizierungsstellen in ihrer Umsetzung überprüft und zertifiziert werden.

Es war wohl den meisten Anwesenden, vor allem Juristen aus Rechtsdiensten und Compliance-Abteilungen der öffentlichen Hand nicht bewusst, in welche nicht-technischen Bereiche die internationale Normung vorgedrungen war. Standards für Datenschutz, E-Commerce, Dokumenten-Formate, aber auch Normen im Gesundheitswesen, im Tourismus und in der Finanzwirtschaft haben die Besucher des Workshops teilweise überrascht. Für viele, die sie den Begriff Normung für die Rechtsnormung verwenden, stellt die privatrechtliche, technische Normung eine Unbekannte, ja vielleicht sogar eine Bedrohung dar. Im äusserst aufmerksamen Publikum traten Fragen auf, welche ich im Folgenden stichwortartig beantworte.

II. Offene Fragen

1. Tritt durch die Ausweitung der Themengebiete in der Normung diese nicht in Konkurrenz mit der staatlichen Gesetzgebung?

Es gibt eine Beziehung zwischen Gesetzen und privaten Normen. Als Beispiel dafür gilt die 1985 unter dem Namen «New Approach» lancierte Praxis der europäischen Kommission. Die heutige Bezeichnung für dieselbe Praxis, nämlich das Zusammenspiel von Gesetzen und privaten Normen, lautet Co-Regulierung.

Das europäische Parlament erlässt Richtlinien. Darin sind keine Details geregelt, sondern Ziele und Anforderungen. Zu gewissen Richtlinien beauftragt die europäische Kommission die Normenorganisationen, Normen zu erarbeiten, welche die Umsetzung und das praktische Vorgehen zur Erfüllung dieser Richtlinien festlegen. In diesem co-regulativen Vorgehen arbeiten die europäischen Normenorganisationen CEN, CENELEC und ETSI eng mit den nationalen Normenorganisationen der EU- und EFTA-Mitgliedstaaten zusammen. Über diese nationalen Normenorganisationen haben Schweizer Unternehmen durch die Schweizerische Normen-Vereinigung (SNV) die Möglichkeit, Inhalte von Normen selbst und an vorderster Front im Sinne der eigenen Interessen mit zu gestalten. In Gesetzen bzw. in Verordnungen wird dann auf solche Normen verwiesen.

2. Wer bestimmt die Zusammensetzung der normenschaffenden Gremien?

Unternehmen und Verbände können Mitglieder in der SNV werden. Damit ist der Zugang zu Informationen gesichert, welche Normenprojekte gerade aktuell sind. Mitglieder sind berechtigt, Experten in diese normenschaffenden Gremien zu entsenden. Zutrittsberechtigt sind alle, die ein berechtigtes Interesse nachweisen können, eine bestimmte Norm inhaltlich mit zu gestalten. Die Komitee-Betreuer der SNV unternehmen alles, dass diese Gremien ausgeglichen zusammengesetzt sind, d.h. es werden Experten aus dem Konsumentenschutz, Umweltschutz und Gesundheitsschutz u.v.m. aufgefordert, sich in dieser Sache zu engagieren.

3. Wie wird die Qualität gesichert?

Für die Qualitätssicherung bestehen vor allem erprobte Prozesse und harmonisierte Reglemente. Diese sind durchgängig von den nationalen Normenkomitees bis auf die europäische bzw. internationale Ebene. Verantwortlich für die Qualität auf inhaltlicher Ebene ist der Urheber, nämlich die jeweilige herausgebende Normungsorganisation SNV (Nationale Normenorganisation), CEN (europäische Normenorganisation) und ISO (weltweite Normenorganisation). Diese Organisationen vertrauen vor allem den Experten in den Komitees und setzen eigens dafür kontaktierte Experten zur Überprüfung der Dokumente ein.

Ferner besteht die Auflage, dass Normen der nationalen und internationalen Gesetzgebung sowie bestehender Normen von anerkannten Normenorganisationen nicht widersprechen dürfen.

III. Zusammenfassung

An diesem Workshop haben wir festgestellt, dass bei Rechtsgelehrten, Compliance Fachleuten, aber auch bei für die Gesetzgebung zuständigen Politikern eine Unsicherheit über die demokratische Legitimation der Normung auf bestimmten Gebieten vorhanden ist. Quasi als Vorsichtsmaßnahme spricht man der Normung zu, für technische bzw. unwichtige Regulierungsthemen zuständig zu sein. Wichtiger Regulierungsbedarf soll aber der Gesetzgebung vorbe-

halten sein. Inhaltlich wichtige Normen sind nach dem Grundsatz des materiellen Gesetzesvorbehaltes dem Gesetzgeber vorbehalten, wobei die Kriterien der Wichtigkeit einzelne oder mehrere der folgenden sind:

- Eine Regelung greift stark in die Rechtsstellung der Adressaten ein.
- Eine Regelung zieht erhebliche finanzielle Folgen nach sich.
- Eine Regelung ist von besonderer Bedeutung für politische Prozesse.
- Eine Regelung hat eine besonders umstrittene Frage zum Gegenstand.
- Eine Regelung betrifft einen grossen Adressatenkreis und Impetus auf das Lebenssachverhalten.

An diesem Versuch, wichtige Themen von unwichtigen zu unterscheiden ist ersichtlich, dass die Grenze zwischen Normungsgebieten und der Zuständigkeit der Gesetzgebung noch nicht endgültig und wissenschaftlich klar beschrieben ist.

In diesem Workshop machten dann eingangs vorhandene Zweifel einer neugierigen Bereitschaft Platz, sich mit der Komplementarität bzw. der Abgrenzungsthematik zwischen privatrechtlicher Normung und staatlicher Gesetzgebung zu beschäftigen. Man war sich einig, dass beide Prozesse Stärken und Schwächen aufweisen, dass aber die richtige Methode auf das passende Problem angewendet eine optimale Lösung darstellt.

Der Vorteil der Gesetzgebung ist dabei ihre Durchsetzungskraft und ihre Verbindlichkeit. Der Vorteil der Normung ist die kürzere Entwicklungszeit, die periodische angepasste Überarbeitung an den neuesten Stand der Technik und das Mitspracherecht derer, welche dieses Dokument später auch umsetzen müssen.

Ein Blick in die Zukunft lässt erahnen, dass der Normungsbedarf stark steigen wird. Auch der staatliche Regulierungsbedarf wird steigen und so ist es unvermeidlich, dass die Vertreter der Gesetzgebung mit den Experten der privatrechtlichen Normung enger und offener miteinander zusammenarbeiten.

Gegenseitiger Austausch von Projekt- und Prozesswissen, frühzeitige Klärung von Verantwortlichkeiten und Zuständigkeiten müssen in regelmässig stattfindenden Gesprächen gefördert werden. Die Aussage «so viel wie nötig, so wenig wie möglich» gilt dabei wohl für beide Themen, sowohl für die Normung als auch für die Gesetzgebung.

Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)

Bd. 1 Felix Uhlmann (Hrsg.)

Rechtsetzung und Verfassungsgebung

Kolloquium zu Ehren von Professor Kurt Eichenberger

2013. 100 Seiten, broschiert, CHF 42.–

Bd. 2 Felix Uhlmann (Hrsg.)

Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht

12. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre

2013. 107 Seiten, broschiert, CHF 39.–

Bd. 3 Felix Uhlmann (Hrsg.)

Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre und des Verwaltungsrechts

13. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre

2014. 96 Seiten, broschiert, CHF 38.–

Bd. 4 Felix Uhlmann (Hrsg.)

Evaluation der Bundesrechtspflege

Zusammenfassung Studie «Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege» und

«Studie Rechtsschutzlücken»

2014. 149 Seiten, broschiert, CHF 45.–

Die Mitwirkung privater Akteure an der staatlichen Rechtsetzung ist im modernen Steuerungsstaat nicht mehr wegzudenken. Private schaffen durch Regelwerke und Standardisierungen eine beträchtliche Anzahl von Normen. Der Staat fördert und übernimmt diese Normierungen.

Die 14. Tagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre hat sich dieser dynamischen Thematik gewidmet und die Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsetzung durch Private untersucht. Der vorliegende Tagungsband enthält die Referate sowie die Zusammenfassungen der Diskussionen in den Workshops.

