



ZfR

Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)
Felix Uhlmann / Stefan Höfler (Hrsg.)

Band 10

Rechtsetzung im Mehrebenensystem: Gemeinden, Kantone, Bund, EU

**18. Jahrestagung des Zentrums
für Rechtsetzungslehre**

DIKE 

Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)

Felix Uhlmann / Stefan Höfler (Hrsg.)

Band 10

**Rechtsetzung
im Mehrebenensystem:
Gemeinden, Kantone,
Bund, EU**

**18. Jahrestagung des Zentrums
für Rechtsetzungslehre**

DIKE 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2020 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03891-239-2

www.dike.ch

Vorwort

Die meisten Rechtsfragen lassen sich heute nur unter Bezug der Rechtsordnungen mehrerer Gemeinwesen lösen. Eine einfache Submission in einer Gemeinde muss internationales Recht (GPA), bilaterale Verträge, Bundesrecht (BGBM), interkantonales Recht, kantonales Recht und allenfalls kommunales Recht berücksichtigen.

Wenig untersucht sind die Fragestellungen aus dem Blickwinkel der Rechtsetzung: Wie bringt ein Bundesgesetz zum Ausdruck, dass kein Raum für ergänzendes kantonales Recht besteht? Wie weiss die Gemeinde, ob der Regierungsrat eine offene kantonale Norm zu konkretisieren hat oder die Gemeinde weitere Bestimmungen erlassen soll? Welche Schwierigkeiten, namentlich redaktioneller Art, ergeben sich, wenn Bund, Kantone und Gemeinde europarechtliche Bestimmungen umsetzen müssen? Diesen und weiteren Fragen geht der 10. Band des Zentrums für Rechtsetzungslehre nach.

Inhaltsübersicht

GRUNDLAGEN

Rechtsetzung im Mehrebenensystem: Rechtliche Aspekte 7

Tobias Jaag

Prof. Dr. iur., emeritierter Professor für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht, Universität Zürich

Rechtsetzung im Mehrebenensystem: Redaktionelle Aspekte 29

Stefan Höfler

Prof. Dr., SNF-Professor für Deutsche Sprachwissenschaft, Universität Zürich

SCHWERPUNKT EUROPARECHT

Schweizerisches Europarecht 59

Matthias Oesch

Prof. Dr. iur., Professor für Öffentliches Recht, Europarecht und Wirtschaftsvölkerrecht, Universität Zürich

Multi-Level-Gesetzgebung: europäisches, bilaterales, nationales Recht und wieder zurück 85

Catherine Kropf

Leiterin des Fachbereichs Europarecht und Koordination Schengen/Dublin, Bundesamt für Justiz, Bern

Redaktionelle Aspekte bei der Übernahme von EU-Recht 103

Barbara Grüter

Gesetzesredaktorin/Übersetzerin, Zentrale Sprachdienste/Sektion Deutsch, Bundeskanzlei, Bern

Markus Nussbaumer

Dr. phil., Leiter der verwaltungsinternen Redaktionskommission, Bundeskanzlei, Bern

SCHWERPUNKT NATIONALES RECHT

Rechtsetzung im Schweizer Mehrebenensystem 121

Felix Uhlmann

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

Umsetzung des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts im Kanton Zürich 143

Eva Vontobel-Lareida

Dr. iur., Leiterin Gesetzgebungsdienst, Direktion der Justiz
und des Innern des Kantons Zürich

Umsetzung von übergeordnetem Recht durch die Gemeinden 155

David Hofstetter

Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Praxisbeispiele aus dem Organisations- und Verfahrensrecht für die Zivil-, die Straf- und die Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen 165

August Mächler

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

Rechtsetzung im Mehrebenensystem: Rechtliche Aspekte

Tobias Jaag

Inhaltsübersicht

I. Einleitung: Mehrebenensysteme	8
II. Rechtsetzung auf der oberen Ebene	9
1. Kompetenzordnung	9
2. Grundsätze der Kompetenzzuweisung und -ausübung	11
3. Rechtsetzungstechnische Aspekte	13
III. Umsetzung des übergeordneten Rechts auf der unteren Ebene	14
1. Begriff und Arten der Umsetzung	14
2. Vorrang des übergeordneten Rechts	16
IV. Sicherstellung der korrekten Umsetzung des übergeordneten Rechts	17
1. Ausgangspunkt	17
2. Präventive Instrumente	17
a) Klassische Massnahmen	17
b) Programmvereinbarungen	19
3. Repressive Instrumente	20
a) Ersatzvornahme	20
b) Nichtgenehmigung oder Aufhebung von Erlassen	20
c) Gerichtliche Durchsetzung	21
d) Sanktionen	22
4. Weitere Folgen unkorrekter Umsetzung	23
a) Unmittelbare Anwendung des übergeordneten Rechts	23
b) Administrative Rechtsnachteile	23
c) Staatshaftung	24
V. Zusammenfassende Würdigung	24
Literatur	26

I. Einleitung: Mehrebenensysteme

Im *schweizerischen Bundesstaat* verteilen sich die staatlichen Aufgaben auf Bund und Kantone,¹ d.h. auf zwei Ebenen. Ähnlich erfüllen in den Kantonen neben dem Kanton auch die Gemeinden zahlreiche Aufgaben; auch dort gibt es zwei staatliche Ebenen. Aus diesem Grund bezeichnet man die Schweiz als *Mehrebenensystem*.²

Der Begriff des Mehrebenensystems hat seinen Ursprung wohl in der *Europäischen Union*. Auch dort verteilen sich die Aufgaben auf mehrere Ebenen: auf die Union, die Mitgliedstaaten³ und innerhalb der Mitgliedstaaten oft auch auf Länder oder Regionen sowie Gemeinden.⁴

Allgemein betrachtet liegen Mehrebenensysteme immer dann vor, wenn staatliche Aufgaben auf mehrere Gemeinwesen verteilt sind. Neben den Beispielen Schweiz und Europäische Union werden oft mit Staatsverträgen *internationale Organisationen* mit der Erfüllung von Aufgaben betraut, so etwa die Vereinten Nationen (UNO), die Welthandelsorganisation (WTO) oder der Europarat. Die im Rahmen von solchen Organisationen erlassenen Regelungen bedürfen häufig der Umsetzung in den Vertragsstaaten.

Analog übertragen die Kantone oft mit interkantonalen Vereinbarungen (Konkordaten) Aufgaben an *interkantonale Gremien* wie die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK), die Erziehungsdirektorenkonferenz (EDK) oder die Schweizerische Hochschulkonferenz.⁵ Auch deren Regelwerke sind von den Kantonen umzusetzen.

¹ Vgl. Art. 42 und 43 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) vom 18. April 1999 (SR 101).

² Vgl. MÜLLER/UHLMANN, Note (N.) 379 ff.; JAAG, Rechtsetzung, S. 135 f.

³ Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) vom 7. Februar 1992/13. Dezember 2007 (Amtsblatt der EU [ABI EU] Nr. C 202 vom 7.6.2016, S. 13 ff.) und Art. 2–6 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 25. März 1957/13. Dezember 2007 (ABI EU Nr. C 202 vom 7.6.2016, S. 47 ff.).

⁴ Vgl. etwa BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 1 N. 44.

⁵ An der Schweizerischen Hochschulkonferenz ist neben sämtlichen Kantonen auch der Bund beteiligt; Art. 10 ff. des Bundesgesetzes über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich (Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz, HFKG) vom 30. September 2011 (SR 414.20).

Schliesslich kann auch dann von einem Mehrebenensystem gesprochen werden, wenn der Bund, ein Kanton oder eine Gemeinde Aufgaben an *selbständige öffentlich-rechtliche Körperschaften oder Anstalten* überträgt. Neben dem wichtigsten Beispiel der Gemeinden können hier etwa die ETH auf Bundesebene sowie Universitäten oder Spitäler auf kantonaler Ebene genannt werden; ähnlich ist die Situation auch mit Bezug auf die kantonalen kirchlichen Körperschaften. Solche Anstalten und Körperschaften haben das Recht des Bundes, des Kantons oder der Gemeinde in ihrem Bereich umzusetzen.

In all diesen Fällen stellen sich Fragen zur Ausgestaltung und Ausübung der Kompetenzen mit Bezug auf die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung. Solche Fragen bilden Gegenstand der folgenden Ausführungen. Dabei stehen die Beziehungen zwischen Bund und Kantonen⁶ im Zentrum. Immer wieder wird auch auf die Rechtslage in der EU hingewiesen, die im Rahmen der bilateralen Abkommen auch für das Verhältnis zwischen der EU und der Schweiz von Interesse ist.⁷ Die anderen Mehrebenensysteme werden anhand einzelner Beispiele lediglich punktuell berücksichtigt.

II. Rechtsetzung auf der oberen Ebene

1. Kompetenzordnung

Die Erfüllung staatlicher Aufgaben findet zu einem wesentlichen Teil in der Form des Erlasses von Normen, d.h. durch Rechtsetzung statt. Entsprechend sind die durch die Verfassung dem Bund übertragenen Aufgaben in erster Linie Rechtsetzungskompetenzen. Das Gleiche gilt auch in anderen Mehrebenensystemen: Die obere Ebene erlässt Normen, die (auch) auf der unteren Ebene verbindlich sind.

Sowohl in der Schweiz als auch in der EU gilt für die Aufgaben der oberen Ebene der *Grundsatz der Einzelmächtigung*: Gemäss Art. 42 BV ist der Bund nur für die Aufgaben zuständig, die ihm die Bundesverfassung zuweist. Auch in der EU

⁶ Diese bildeten Gegenstand der Änderungen der Bundesverfassung unter dem Titel Neuordnung der Aufgabenteilung und des Finanzausgleichs (NFA) von 2004. Vgl. dazu etwa MÜLLER/UHLMANN, N. 379 ff.; zur früheren Rechtslage SCHWEIZER, S. 2 ff.

⁷ Die innerhalb der EU geltenden Regeln sind allerdings trotz der bilateralen Abkommen nur sehr beschränkt in der Schweiz anwendbar.

verfügt die Union nur über jene Kompetenzen, die ihr durch die Verträge übertragen worden sind (Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV).⁸ Während in der EU Änderungen der Verträge der Zustimmung sämtlicher Mitgliedstaaten bedürfen,⁹ muss in der Schweiz eine Mehrheit der Kantone (Ständemehr) einer Änderung der Bundesverfassung zustimmen.¹⁰ Darin liegt ein zentraler Unterschied zwischen dem Bundesstaat und der Europäischen Union als völkerrechtliches Gebilde.

Dagegen ist es im Verhältnis zwischen Kanton und Gemeinden allein die obere Ebene, der Kanton, der die Aufgabenzuweisung vornimmt, ohne dass die Gemeinden zustimmen müssen; die Gemeinden sind nur für jene Aufgaben zuständig, die ihnen vom Kanton übertragen oder belassen werden.¹¹

Nicht nur im Bund, sondern in allen Mehrebenensystemen kann die Kompetenz zur Rechtsetzung der oberen Ebene unterschiedlich weit gehen. Möglich sind *umfassende Zuständigkeiten*, wie etwa im Bereich der militärischen Landesverteidigung¹² oder im Umweltschutz. Das bedeutet, dass der Bund eine Materie erschöpfend regeln kann, indem er sowohl alle inhaltlichen Aspekte normiert als auch den Vollzug ordnet. Neben umfassenden Rechtsetzungskompetenzen des Bundes sieht die Bundesverfassung auch *beschränkte Kompetenzen* vor; so steht dem Bund beispielsweise in den Bereichen der Raumplanung, der Gewässernutzung oder des Waldschutzes¹³ nur die Kompetenz zur Regelung von Grundsätzen zu (Grundsatzgesetzgebungskompetenz).¹⁴ Ähnlich gibt es im Recht der EU neben ausschliesslichen Unionskompetenzen auch geteilte Zuständigkeiten sowie Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen.¹⁵ In diesen Fällen bedürfen die Regelungen der oberen Ebene der Ergänzung und Konkretisierung auf unterer Stufe.

⁸ Ebenso Art. 4 Abs. 1 EUV.

⁹ Art. 48 Abs. 4 Unterabsatz (UAbs.) 2 und Abs. 6 UAbs. 2 Satz 3 EUV.

¹⁰ Art. 140 Abs. 1 lit. a BV.

¹¹ Vgl. z.B. Art. 83 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich (KV/ZH) vom 27. Februar 2005 (SR 131.211).

¹² Vgl. MÄCHLER, Umsetzung, S. 97.

¹³ Art. 75 Abs. 1, Art. 76 Abs. 2 und Art. 77 Abs. 2 BV.

¹⁴ Vgl. dazu BGE 128 I 254 ff.; MÄCHLER, Rahmengesetzgebung, S. 27 ff., 223 ff.

¹⁵ Art. 2–6 AEUV.

2. Grundsätze der Kompetenzzuweisung und -ausübung

Selbst wenn die Verfassung dem Bund umfassende Rechtsetzungskompetenzen überträgt, soll dieser davon nur zurückhaltend Gebrauch machen. Art. 43a Abs. 1 BV statuiert das *Subsidiaritätsprinzip*; danach übernimmt der Bund nur die Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen.¹⁶ Ähnlich, aber detaillierter ist das Subsidiaritätsprinzip im Recht der EU geregelt.¹⁷

Selbst wenn der Bund von seinen Rechtsetzungskompetenzen umfassend Gebrauch macht, sind gemäss Art. 46 Abs. 1 BV in der Regel die Kantone für die *Umsetzung des Bundesrechts* zuständig.¹⁸ Der Bund hat den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfreiheit zu belassen und den kantonalen Besonderheiten Rechnung zu tragen (Art. 46 Abs. 3 BV).¹⁹

Gemäss Art. 47 BV hat der Bund die *Eigenständigkeit der Kantone* zu wahren, ihnen ausreichend eigene Aufgaben zu belassen und ihre Organisationsautonomie zu beachten.²⁰ Das bedeutet, dass den Kantonen Rechtsetzungsbefugnisse überlassen werden sollen, wenn eine bundesrechtliche Regelung nicht unbedingt erforderlich ist.

Bei all diesen Verfassungsgrundsätzen über die Verteilung und Ausübung der Kompetenzen handelt es sich um *Vorgaben an den Gesetzgeber*; dieser ist verfassungsrechtlich verpflichtet. Die Kantone können sich im politischen Prozess auf die Grundsätze berufen; aber rechtlich sind diese kaum durchsetzbar.²¹ Einerseits sind sie zu offen und unbestimmt für eine gerichtliche Durchsetzung; andererseits schliesst auch Art. 190 BV die Überprüfung von Bundesgesetzen auf die

¹⁶ Ähnlich auch Art. 5a BV. Vgl. dazu RICHLI, S. 57 ff., 80 f.; BIAGGINI, Kommentar, Art. 43a N. 2 ff.

¹⁷ Art. 5 Abs. 1 und 3 EUV; Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit vom 13. Dezember 2007 (ABI EU Nr. C 202 vom 7.6.2016, S. 206 ff.); vgl. auch Protokoll Nr. 1 über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (ABI EU Nr. C 202 vom 7.6.2016, S. 203 ff.).

¹⁸ Vgl. etwa für das Raumplanungs- und Umweltrecht BRUNNER, Umsetzung, S. 85 f.

¹⁹ Vgl. dazu BIAGGINI, Kommentar, Art. 46 N. 11; TSCHANNEN, Grundlagen, S. 23 ff.

²⁰ Vgl. STEIMEN, Rechtsetzungsaufträge, S. 40 ff.; EGLI, Art. 47 N. 4 ff.; BELSER/MASSÜGER, Art. 47 N. 8 ff.

²¹ Vgl. dazu MÜLLER/UHLMANN, N. 380 Fussnote (Fn.) 977.

Beachtung der Bundesverfassung aus. Immerhin ist den Grundsätzen bei der Auslegung bundesrechtlicher Bestimmungen Rechnung zu tragen.²²

Art. 45 Abs. 2 und Art. 147 BV verpflichten den Bund, die Kantone beim Erlass bundesrechtlicher Regelungen *anzuhören*. Dabei können die Kantone die Beachtung der erwähnten Verfassungsgrundsätze überprüfen; daneben können sie sich auch zur Vollzugstauglichkeit der vorgeschlagenen Regelungen äussern. Soweit es um Fragen der Umsetzung oder des Vollzugs geht, haben die Stellungnahmen der Kantone besonderes Gewicht.²³ Überdies muss der Bundesrat in seiner Botschaft an die Bundesversammlung die Einhaltung der Verfassungsgrundsätze darlegen sowie die Umsetzungs- und Vollzugstauglichkeit der vorgeschlagenen Regelungen beleuchten.²⁴ Diese verfahrensrechtlichen Vorkehren tragen dazu bei, den verfassungsrechtlichen Grundsätzen zugunsten der Kantone schärfere Konturen zu verleihen.

Ähnlich gilt in den *Kantonen* der Grundsatz der Gemeindeautonomie. Der Kanton soll nur das regeln, was der Regelung auf kantonaler Ebene bedarf, und den Gemeinden möglichst weiten Handlungsspielraum gewähren.²⁵ Beim Erlass von kantonalem Recht, das die Autonomie der Gemeinden betrifft, sind diese ebenfalls anzuhören; die Missachtung der Anhörungspflicht stellt eine Verletzung der Gemeindeautonomie dar.²⁶

In der EU gibt es ebenfalls verfahrensrechtliche Vorkehren, durch welche die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, die Einhaltung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit zu überprüfen. Einerseits unterliegt die Beschlussfassung zum sekundären Unionsrecht in der Regel dem qualifizierten Mehr im Rat, in welchem jeder Mitgliedstaat durch ein Mitglied der Regierung vertreten ist; dort müssen 55 % der Mitglieder zustimmen, die zusammen mindestens 65 % der Gesamtbevölkerung der EU vertreten.²⁷ Ausserdem haben die mitgliedstaatlichen Parlamente gemäss dem Subsidiaritätsprotokoll bei der Vorbereitung von sekundärem Unionsrecht die Möglichkeit, die Vorschläge

²² Vgl. THURNHERR, S. 115.

²³ Art. 18 Abs. 1 der Verordnung über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsverordnung, VIV) vom 17. August 2005 (SR 172.061.1). Vgl. EGLI, Art. 46 N. 29.

²⁴ Art. 141 Abs. 2 lit. a und d des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10); EGLI, Art. 46 N. 29. Vgl. auch RICHLI, S. 79.

²⁵ Vgl. z.B. Art. 85 KV/ZH. Dazu AUER, N. 410 ff., 434 ff.

²⁶ BGE 136 I 265, E. 2 und 3.

²⁷ Art. 16 Abs. 3 und 4 EUV; Art. 238 Abs. 2–4 AEUV.

auf die Einhaltung der Grundsätze zu überprüfen und allenfalls Einwendungen zu erheben.²⁸

3. Rechtsetzungstechnische Aspekte

Die vom Bund zu erlassenden Regelungen können vollständig durch Gesetz erfolgen. Sehr oft delegiert indessen der Gesetzgeber Regelungsbefugnisse an den Bundesrat, so dass die gesetzliche Regelung durch die Regierung oder Verwaltung auf Verordnungsstufe vervollständigt und konkretisiert wird.²⁹ Ein prominentes Beispiel für umfangreiche und grundlegende Regelungen auf Verordnungsstufe bildet das Umweltrecht; dieses umfasst neben dem Umweltschutzgesetz³⁰ zahlreiche Verordnungen des Bundesrates.

In der Schweiz sieht man einem Erlass von aussen nicht an, ob er eine Materie umfassend oder nur in den Grundsätzen regelt. Unabhängig vom Regelungsumfang und von der Regelungsdichte handelt es sich um *Bundesgesetze* oder um *Verordnungen*. Aus der Bezeichnung eines Erlasses lässt sich nicht ableiten, ob es sich um eine umfassende oder beschränkte Regelung handelt; das ergibt sich allein aus deren Inhalt.

Was die Kantone regeln oder sonst vorkehren müssen, um Bundesrecht umzusetzen, muss im Bundesgesetz bestimmt werden; gemäss Art. 46 Abs. 1 BV setzen die Kantone das Bundesrecht «nach Massgabe von Verfassung und Gesetz» um; das Gleiche ergibt sich auch aus Art. 164 Abs. 1 lit. f BV. Man spricht in diesem Zusammenhang vom *föderalistischen Legalitätsprinzip*.³¹ Häufig wird für die Umsetzung durch die Kantone eine Frist festgelegt.

Anders wird in der EU mit der Bezeichnung eines Erlasses zum Ausdruck gebracht, ob er unmittelbar anwendbar ist oder der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten bedarf:³² *Verordnungen* sind unmittelbar anwendbar; sie entsprechen umfassenden Bundesgesetzen. Den Mitgliedstaaten ist es untersagt, Ver-

²⁸ Vgl. JAAG/HÄNNI, N. 1344 ff.

²⁹ Eingehend dazu MÜLLER/UHLMANN, N. 387.

³⁰ Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01).

³¹ Vgl. etwa EGLI, Art. 46 N. 15 f.

³² Art. 288 Abs. 2 und 3 AEUV. Vgl. MÜLLER/UHLMANN, N. 385; JAAG/HÄNNI, N. 2101 ff., 2108 ff.

ordnungen in nationale Rechtssätze umzusetzen.³³ Dagegen sind *Richtlinien* nur hinsichtlich der zu erreichenden Ziele verbindlich; sie überlassen den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und der Mittel, um diese Ziele zu erreichen. Richtlinien sind durch die Mitgliedstaaten in das nationale Recht umzusetzen. Auch dafür wird regelmässig eine Frist festgelegt.

III. Umsetzung des übergeordneten Rechts auf der unteren Ebene

1. Begriff und Arten der Umsetzung

Gestützt auf Art. 46 Abs. 1 BV setzen die Kantone das Bundesrecht nach Massgabe von Verfassung und Gesetz um.³⁴ Selbst wenn der Bund eine Materie weitgehend umfassend regelt, obliegt es in der Regel den Kantonen, die für die Umsetzung im Kanton zuständigen Stellen zu bezeichnen.³⁵

Umsetzung bedeutet *Verwirklichung des übergeordneten Rechts*. Soweit dieses Fragen inhaltlicher oder verfahrensrechtlicher Natur offen lässt, sind diese nach Massgabe des Rechts der unteren Ebene zu regeln.³⁶

Hat das kantonale Recht die für die Umsetzung bundesrechtlicher Regelungen zuständigen Stellen zu bezeichnen, so kann der Kanton darüber entscheiden, ob bestehende oder neue Behörden damit betraut werden und ob die Umsetzung kantonalen Behörden oder den Gemeinden³⁷ übertragen wird.³⁸

³³ Vgl. Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), Rechtssache (Rs.) 34/73 (EU:C:1973:101); OESCH, N. 425.

³⁴ Vgl. dazu Bericht und Antrag einer gemeinsamen Arbeitsgruppe Bund – Kantone zur Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone vom 13. Februar 2012; MAISSEN/MADER/BAUMANN, S. 64 ff.; SCHUHMACHER, S. 405 ff.

³⁵ Vgl. zu den Gründen, den Kantonen die Umsetzung von Bundesrecht zu überlassen, und zu den damit verbundenen Vor- und Nachteilen BIAGGINI, Theorie, S. 4 ff., und Rechtsetzung, S. 181 ff.

³⁶ Vgl. dazu etwa BIAGGINI, Umsetzung, S. 3 ff.; STEIMEN, Umsetzung, S. 166 ff.

³⁷ Vgl. z.B. Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) vom 21. März 1997 (SR 120); BGE 134 I 125, E. 2.2. Zur Festlegung von Uferstreifen und Gewässerraum gemäss Art. 36a des Bundesgesetzes über den Gewässerschutz (Gewässerschutzgesetz, GSchG) vom 24. Januar 1991 (SR 814.20) STUTZ, S. 110 ff.; BRUNNER, S. 89 ff.

Die kantonale Umsetzung kann auf unterschiedliche Art erfolgen. Oft erlassen die Kantone eigene Rechtssätze zur Umsetzung und Vervollständigung des Bundesrechts. Dies ist immer dann erforderlich, wenn das übergeordnete Recht nicht genügend bestimmt ist, um unmittelbar angewendet zu werden, oder wenn es Regelungslücken enthält, die vom untergeordneten Recht zu füllen sind. Nur wenn die bundesrechtliche Regelung abschliessend und genügend bestimmt ist, erfolgt die Umsetzung unmittelbar durch die kantonalen Verwaltungsbehörden in der Form von Einzelakten. Das ist jedoch kaum je der Fall.

Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit stellt sich vor allem immer wieder bei völkerrechtlichen Verträgen. So bedürfen die im Uno-Pakt I über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte verankerten Garantien der Umsetzung in das nationale Recht, während der Uno-Pakt II über bürgerliche und politische Rechte wie die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) unmittelbar anwendbar (self executing) ist.³⁹

Braucht es auf kantonaler Ebene zusätzliche Regelungen, so stellt sich primär die Frage, ob dies in der Form eines Gesetzes zu geschehen hat oder ob eine Verordnung genügt.⁴⁰ Grundsätzlich richtet sich diese Frage nach den allgemeinen Bestimmungen, im Kanton Zürich insbesondere nach Art. 38 der Kantonsverfassung. Ähnlich wie Art. 164 BV statuiert Art. 38 KV/ZH, dass alle wichtigen Rechtssätze des kantonalen Rechts in der Form des Gesetzes zu erlassen sind.⁴¹ Soweit somit der Kanton Regelungen erlässt, die neue Rechte und Pflichten der Einzelnen begründen oder die Organisation und Aufgaben der Behörden betreffen, ist die Gesetzesform zu wählen.⁴²

Anders ist es nur dann, wenn der Bundesgesetzgeber die kantonale Regierung ermächtigt, (zumindest vorläufig) die erforderlichen Regelungen auf Verord-

³⁸ Vgl. zur Rechtsmittelinstanz über die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) im Kanton Zürich einen Entscheid des Bundesgerichts (BGr) 5C_2/2012, ZBI 114/2013, S. 265 ff.

³⁹ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, abgeschlossen am 16. Dezember 1966 (SR 0.103.1), und Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen am 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2). Vgl. z.B. BGE 136 I 290, E. 2.3.1; 120 Ia 1, E. 5.

⁴⁰ Vgl. dazu MÜLLER/UHLMANN, N. 392 f.

⁴¹ Ähnlich verlangt Art. 73 Abs. 1 KV/ZH für die Zuweisung von Aufgaben an die Gerichte ein Gesetz; vgl. BGE 134 I 125, E. 3.2.

⁴² Vgl. BGE 134 I 125, E. 3 betr. gerichtliche Zuständigkeitsordnung zur Umsetzung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS).

nungsstufe zu erlassen. Dies geschieht immer wieder, um das rechtzeitige Inkrafttreten der kantonalen Ausführungsregelungen sicherzustellen.⁴³

Begründet die kantonale Einführungsregelung keine neuen Rechte und Pflichten für Einzelne und auch keine neuen Zuständigkeiten für bestehende oder neue Behörden, so kann dies auf Verordnungsstufe geregelt werden. So kennt der Kanton Zürich keine Einführungsgesetze zum Ausländerrecht oder zum Umweltschutzrecht des Bundes, sondern lediglich Verordnungen. Im ersten Bereich gibt es die Verordnung über die Zuständigkeiten im Ausländerrecht.⁴⁴ Zum Umweltrecht gibt es mehrere kantonale Verordnungen, so über die Umweltverträglichkeitsprüfung, über den Vollzug der Störfallverordnung und zum Massnahmenplan Luftreinhaltung;⁴⁵ lediglich der Gewässerschutz und der Abfall bilden Gegenstand kantonalzürcherischer Gesetze.⁴⁶

2. Vorrang des übergeordneten Rechts

Das Recht des übergeordneten Gemeinwesens hat *Vorrang* gegenüber jenem der unteren Ebene: Bundesrecht bricht kantonales Recht (Art. 49 Abs. 1 BV).⁴⁷ Das gilt grundsätzlich auch für das Völkerrecht gegenüber dem nationalen Recht und für das interkantonale gegenüber dem kantonalen Recht; dort ist die Rechtslage allerdings weniger eindeutig, wie die offeneren Formulierungen in Art. 5 Abs. 4 und Art. 48 Abs. 5 BV zeigen.⁴⁸

⁴³ Vgl. z.B. Art. 52 Abs. 2 des Schlusstitels zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 12. Dezember 1907 (SR 210); Art. 36 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700); Art. 130 Abs. 4 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110). Vgl. dazu MÜLLER/UHLMANN, N. 390.

⁴⁴ Verordnung über die Zuständigkeiten im Ausländerrecht (VZA) vom 21. September 2011 (Zürcher Loseblattsammlung [LS] 142.20).

⁴⁵ Einführungsverordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (EV UVP) vom 5. Oktober 2011 (LS 710.5); Verordnung über den Vollzug der Störfallverordnung vom 16. Dezember 1998 (LS 710.6); Verordnung zum Massnahmenplan Luftreinhaltung vom 9. Dezember 2009 (LS 713.11); SMOG-Verordnung vom 22. November 2006 (LS 713.12); Verordnung über den Baulärm vom 27. November 1969 (LS 713.5).

⁴⁶ Einführungsgesetz zum Gewässerschutzgesetz (EG GSchG) vom 8. Dezember 1974 (LS 711.1) und Abfallgesetz (AbfG) vom 25. September 1994 (LS 712.1).

⁴⁷ Vgl. dazu z.B. BGE 145 I 26, E. 3; WALDMANN, Bundesrecht, S. 533 ff.

⁴⁸ Vgl. zum Verhältnis zwischen Sanktionsbeschlüssen des UNO-Sicherheitsrates und den Grundrechtsgarantien der Bundesverfassung und der EMRK BGE 144 I 214, E. 3; 133 II 450, E. 5 und 6.

In der EU ist der Vorrang des Unionsrechts gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten schon früh vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) anerkannt und seither immer wieder bestätigt worden.⁴⁹ Noch heute ist der Vorrang jedoch nicht in den Verträgen verankert, sondern – nach dem Scheitern des Verfassungsvertrags – lediglich 2009 in einer Erklärung zum Vertrag von Lissabon versteckt worden.⁵⁰

IV. Sicherstellung der korrekten Umsetzung des übergeordneten Rechts

1. Ausgangspunkt

Die Aufteilung der Aufgaben zwischen oberer und unterer Ebene ist mit dem Risiko verbunden, dass die Umsetzung des übergeordneten Rechts nicht, nicht rechtzeitig oder nicht korrekt erfolgt. Dies macht es erforderlich, Massnahmen vorzusehen, um die korrekte Umsetzung zu gewährleisten. Dabei lassen sich drei Kategorien unterscheiden: präventive Massnahmen zur Vermeidung von Verletzungen der Umsetzungspflicht, repressive Massnahmen als Reaktion auf die Verletzung der Umsetzungspflicht sowie weitere mögliche Folgen der unkorrekten Umsetzung des übergeordneten Rechts.⁵¹

2. Präventive Instrumente

a) Klassische Massnahmen

Präventive Massnahmen zur Vermeidung von Rechtsverstössen werden gemeinhin als aufsichtsrechtliche Instrumente behandelt. Dem wird allerdings in der Lehre widersprochen.⁵² Richtig ist, dass die präventiven Massnahmen der Lenkung des Vollzugs bzw. der Umsetzung dienen. Ob dies dem Aufsichtsrecht zugeordnet wird oder nicht, erscheint dabei weniger zentral.

⁴⁹ EuGH, Rs. 6/64, *Costa/Enel* (EU:C:1964:66); OESCH, N. 324 ff.; JAAG/HÄNNI, N. 1218.

⁵⁰ Erklärung Nr. 17 zum Vorrang (ABl EU Nr. C 202 vom 7.6.2016, S. 344); OESCH, N. 332; JAAG, *Rechtsetzung*, S. 146.

⁵¹ Vgl. dazu eingehend BIAGGINI, *Theorie*, S. 133 ff., 158 ff.; ferner JAAG, *Zwangsmassnahmen*, S. 74 ff., 80 f.

⁵² Vgl. BIAGGINI, *Theorie*, S. 51, 83 ff.

Ein klassisches Instrument zur Sicherstellung der korrekten Umsetzung bildet die *Genehmigungspflicht* von umsetzungsrechtlichen Bestimmungen. Das kantonale Einführungsrecht unterliegt in diesen Fällen der Genehmigung durch die zuständige Bundesbehörde. Dies ist allerdings nur dann der Fall, wenn das Bundesrecht dies ausdrücklich vorsieht,⁵³ wie zum Beispiel für die kantonalen Regelungen zum Registerrecht⁵⁴ oder die Ausführungsbestimmungen zum Bundesgesetz über die politischen Rechte.⁵⁵ Die Genehmigung ist in der Regel konstitutiv; das bedeutet, dass der kantonale Erlass erst in Kraft treten kann, wenn die Genehmigung vorliegt.

Statt einer Genehmigungspflicht sieht das Bundesrecht manchmal auch eine Pflicht vor, kantonale Regelungen der zuständigen Bundesbehörde *zur Kenntnis zu bringen*.⁵⁶ Dies gilt auch in der EU; die Mitgliedstaaten müssen die Kommission über die Umsetzung von Richtlinien informieren.⁵⁷

Die Aufsichtsbehörde kann auch dadurch Einfluss auf die korrekte Umsetzung des übergeordneten Rechts nehmen, dass sie die gesetzlichen Regelungen durch *Weisungen und Richtlinien* konkretisiert. Dabei handelt es sich nicht um formelle Rechtserlasse, sondern um verwaltungsinterne Instrumente (Verwaltungsverordnungen).⁵⁸ Mit diesen wird eine einheitliche Rechtsanwendung angestrebt. Sie sind lediglich behördenverbindlich und richten sich nicht unmittelbar an natürliche und juristische Personen. Trotzdem ist ihre Bedeutung nicht zu unterschätzen.

Ähnliche Funktionen erfüllen *Mustererlasse*, welche die Aufsichtsbehörden den unteren Gemeinwesen zur Verfügung stellen. Diese sind lediglich Empfehlungen, welche für das untergeordnete Gemeinwesen nicht verbindlich sind. Mustererlasse haben vor allem im Verhältnis zwischen Kanton und Gemeinden eine erhebliche Bedeutung.⁵⁹ Problematisch erscheinen rechtsverbindliche Mus-

⁵³ Art. 61b des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG) vom 21. März 1997 (SR 172.10).

⁵⁴ Art. 52 Abs. 3 Schlusstitel ZGB.

⁵⁵ Art. 91 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte (BPR) vom 17. Dezember 1976 (SR 161.1).

⁵⁶ Art. 52 Abs. 4 Schlusstitel ZGB.

⁵⁷ Art. 260 Abs. 3 UAbs. 1 AEUV: Massnahmen zur Umsetzung sind mitzuteilen.

⁵⁸ Vgl. dazu (für das Steuerrecht) z.B. BGE 142 II 182, E. 2.3 und 2.4.

⁵⁹ Vgl. z.B. im Kanton Zürich die vom kantonalen Gemeindeamt ausgearbeitete Muster-Gemeindeordnung (www.gaz.zh.ch > Gemeinde & Organisation > Gemeindeordnung)

tererlasse, wie es sie an der Universität Zürich gibt;⁶⁰ entweder ist ein Erlass verbindlich oder er hat den Charakter eines Musters. Als rechtsverbindliche Regelungen stehen Rechtsverordnungen, gegebenenfalls Verwaltungsverordnungen zur Verfügung.

b) Programmvereinbarungen

Mit der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) von 2004 ist das Institut der Programmvereinbarung in die Bundesverfassung aufgenommen worden. Gemäss Art. 46 Abs. 2 BV können Bund und Kantone miteinander vereinbaren, dass die Kantone bei der Umsetzung von Bundesrecht bestimmte Ziele erreichen und zu diesem Zweck Programme ausführen, die der Bund finanziell unterstützt.⁶¹ Inzwischen hat das Institut der Programmvereinbarung Eingang in verschiedene Erlasse des Bundes gefunden, so zum Beispiel in die Lärmschutz-Verordnung,⁶² die Gewässerschutzverordnung,⁶³ die Verordnung über den Natur- und Heimatschutz⁶⁴ sowie in die Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern.⁶⁵ Art. 20a des Subventionsgesetzes des Bundes⁶⁶ enthält eine allgemeine Regelung der Programmvereinbarungen. Danach legen die Programmvereinbarungen die gemeinsam zu erreichenden strategischen Programmziele fest und regeln die Beitragsleistungen des Bundes sowie die Einzelheiten der Finanzaufsicht; sie erstrecken sich in der Regel über mehrere Jahre.

und die Musterstatuten für Zweckverbände (www.gaz.zh.ch > Gemeinde & Organisation > Zusammenarbeit > Zweckverbände).

⁶⁰ So die vom Universitätsrat für die Fakultäten als verbindlich erklärte Musterrahmenverordnung zur Regelung des Bachelor- und Masterstudiums vom 4. Juli 2016, die wie eine Verwaltungsverordnung auf der Website der Universität Zürich publiziert ist (www.rd.uzh.ch > Mustererlasse).

⁶¹ Vgl. dazu BIAGGINI, Art. 46 N. 8 ff.; EGLI, Art. 46 N. 19 ff.; WALDMANN/BORTER, Art. 46 N. 25 ff.; WIGET, S. 111 ff.

⁶² Art. 23 der Lärmschutz-Verordnung (LSV) vom 15. Dezember 1986 (SR 814.41). Vgl. zu den Programmvereinbarungen im Umweltbereich WILD, S. 351 ff.

⁶³ Art. 59 ff. der Gewässerschutzverordnung (GSchV) vom 28. Oktober 1998 (SR 814.201).

⁶⁴ Art. 4 der Verordnung über den Natur- und Heimatschutz (NHV) vom 16. Januar 1991 (SR 451.1).

⁶⁵ Art. 14 der Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern (VIntA) vom 15. August 2018 (SR 142.205).

⁶⁶ Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG) vom 5. Oktober 1990 (SR 616.1).

3. Repressive Instrumente

a) Ersatzvornahme

Ein klassisches Instrument zur Durchsetzung staats- oder verwaltungsrechtlicher Pflichten bildet die Ersatzvornahme. Erlässt das zuständige Organ der untergeordneten Ebene die für die Umsetzung des übergeordneten Rechts erforderlichen Rechtsgrundlagen nicht, so kann das zuständige Organ der übergeordneten Ebene die notwendigen Massnahmen vorkehren.⁶⁷ Beispiele aus der Praxis sind etwa der Erlass der Bau- und Zonenordnung für die Stadt Zürich durch die kantonale Baudirektion im Jahr 1995⁶⁸ sowie die aufsichtsrechtliche Anordnung kostendeckender Entsorgungsgebühren wiederum durch die kantonale Baudirektion, nachdem die Stimmberechtigten der Stadt Zürich eine entsprechende Vorlage zweimal in der Volksabstimmung abgelehnt hatten⁶⁹; ähnliche Fälle gab es auch in anderen Kantonen.⁷⁰

b) Nichtgenehmigung oder Aufhebung von Erlassen

Verstossen kantonale Umsetzungserlasse oder Einzelakte gegen Bundesrecht, so kann ihnen im Rahmen von Genehmigungsverfahren die Genehmigung verweigert werden. Damit können sie nicht in Kraft treten oder sie werden aufgehoben.

Besteht keine Genehmigungspflicht, so stellt sich die Frage, ob die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen die Aufhebung anordnen darf. Dies ist nicht völlig ausgeschlossen, sollte aber ausdrücklich gesetzlich vorgesehen sein.⁷¹ Besonders problematisch ist die Aufhebung kantonaler Gerichtsurteile durch eine Exekutivbehörde des Bundes.⁷²

⁶⁷ Vgl. zur legislatorischen Ersatzvornahme gegenüber Gemeinden MÄCHLER, Ersatzvornahme, S. 115 ff.

⁶⁸ Amtsblatt des Kantons Zürich 1995, S. 1039 ff.

⁶⁹ BGr 2P.290/1997, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 100/1999, S. 269 ff. = Umweltrecht in der Praxis (URP) 12/1998, S. 515 ff.

⁷⁰ BGE 129 I 290 ff. (Arosa); BGr 1P.605/2000, ZBl 103/2002, S. 198 ff. (Bern). Vgl. dazu und zu weiteren Beispielen MÄCHLER, Ersatzvornahme, S. 116 Fn. 4.

⁷¹ Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB) 50/1986 Nr. 61, E. 3.

⁷² Vgl. dazu den Fall *Fextal*, ZBl 75/1974, S. 529 ff.; dazu TSCHANNEN, Staatsrecht, § 26 N. 25.

c) Gerichtliche Durchsetzung

Gegenüber der Kompetenz zur Aufhebung kantonaler Erlasse oder Verfügungen von Amtes wegen ist es vorzuziehen, den Aufsichtsbehörden der oberen Ebene die *Beschwerdebefugnis* zur Anfechtung von Erlassen und Verfügungen auf unterer Ebene einzuräumen;⁷³ die Beurteilung der Rechtmässigkeit des Verhaltens der unteren Ebene obliegt dann einer gerichtlichen Instanz. Diese Befugnis besteht im schweizerischen Recht mit der *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten*, die nicht nur von Privaten,⁷⁴ sondern auch von den Aufsichtsbehörden erhoben werden kann (Behördenbeschwerde);⁷⁵ die gleiche Befugnis haben die zuständigen Bundesbehörden bereits auf kantonaler Ebene.⁷⁶ Dabei können nicht nur Einzelakte angefochten werden, die in Verletzung von Bundesrecht ergehen, sondern kantonale Ausführungserlasse können – jedenfalls vor Bundesgericht – auch abstrakt angefochten werden mit der Begründung, sie würden gegen übergeordnetes Recht verstossen.⁷⁷

Allerdings steht für Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen primär die *Klage an das Bundesgericht* zur Verfügung; die Behördenbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist gegenüber der Klage subsidiär.⁷⁸ Von diesem Instrument wird indessen kaum je Gebrauch gemacht.⁷⁹

Auch in der *Europäischen Union* besteht die Möglichkeit, Umsetzungspflichten gerichtlich durchzusetzen. Die EU-Kommission oder andere Mitgliedstaaten können mittels *Vertragsverletzungsverfahren* gegen Mitgliedstaaten vorgehen, welche Richtlinien nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht korrekt umsetzen.⁸⁰ In einem ersten Schritt hat die Kommission den säumigen Mitgliedstaat mit dem Vorwurf zu konfrontieren und ihm eine Frist anzusetzen, innert welcher die

⁷³ BIAGGINI, Theorie, S. 147.

⁷⁴ Art. 89 Abs. 1 BGG. Vgl. z.B. BGE 116 Ib 50 ff. betr. Koordinationspflicht im Raumplanungs- und Umweltrecht und BGE 101 Ib 144 ff. betr. Legitimation in kantonalen Gerichtsverfahren; dazu STEIMEN, Umsetzung, S. 165.

⁷⁵ Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG.

⁷⁶ Art. 111 Abs. 2 BGG.

⁷⁷ Art. 82 lit. a und b, Art. 95 lit. a, b und e BGG.

⁷⁸ Art. 120 BGG. Vgl. dazu BGE 138 V 445, E. 1; 136 IV 44, E. 1; AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 61 f.; WALDMANN, Kommentar, Art. 120 N. 3 und 5. Kritisch dazu JAAG, Zwangsmassnahmen, S. 82 ff., und Rechtsschutz, S. 521 ff., 528 ff.

⁷⁹ Vgl. für ein Beispiel BGE 117 Ia 202 ff., wo es allerdings lediglich um die Anwendung, nicht um die Umsetzung von Bundesrecht ging.

⁸⁰ Art. 258 ff. AEUV.

erforderlichen Handlungen vorzunehmen sind. Erfolgt dies nicht, so kann die Kommission (oder auch ein anderer Mitgliedstaat)⁸¹ den Europäischen Gerichtshof anrufen.

d) Sanktionen

Schliesslich ist es auch denkbar, dass die nicht korrekte Umsetzung des übergeordneten Rechts auf der unteren Ebene mit eigentlichen Sanktionen geahndet wird. In der EU kann das Vertragsverletzungsverfahren zu drastischen Sanktionen führen: Kommt der EuGH zum Schluss, dass der eingeklagte Mitgliedstaat die Pflicht zur Umsetzung einer Richtlinie verletzt hat, so kann er diesen zu einer *Busse* (*Pauschalbetrag*) oder zu einem *Zwangsgeld* verurteilen.⁸² Zwangsgeld ist eine periodisch wiederkehrende Busse für solange, bis die Pflicht erfüllt ist; man könnte von einer Beugestrafe sprechen.⁸³ So wurde z.B. im Jahr 2000 Griechenland wegen der Verletzung von EU-Umweltvorschriften mit einem Zwangsgeld von rund 20'000 Euro pro Tag bis zur Beendigung der Rechtsverletzung gebüsst,⁸⁴ und Frankreich wurde 2005 mit einem Pauschalbetrag von 20 Mio. Euro und einem Zwangsgeld von 57 Mio. Euro pro Halbjahr belegt, als Fischereivorschriften der EU nicht korrekt umgesetzt wurden.⁸⁵ Pauschalbetrag und Zwangsgeld sind sehr effiziente Mittel zur Durchsetzung von Pflichten zur Umsetzung des übergeordneten Rechts.

In der Schweiz sind derartige Sanktionen unbekannt. Theoretisch denkbar wären Disziplinar massnahmen gegenüber fehlbaren Behördenmitgliedern; da die Aufsicht der oberen über die untere Ebene nicht Dienst-, sondern Verbandsaufsicht ist, wäre dies problematisch. Dazu kommt, dass diese nicht zur Anwendung gelangen können, wenn das Parlament oder die Stimmberechtigten einer erforderlichen Regelung nicht zustimmen.

⁸¹ Art. 259 AEUV.

⁸² Art. 260 Abs. 3 AEUV. Bei anderen Verstössen der Mitgliedstaaten gegen EU-Recht kann der EuGH im ersten Durchgang nur ein Feststellungsurteil erlassen; die Verurteilung zu einem Pauschalbetrag oder Zwangsgeld erfolgt erst, wenn das Feststellungsurteil nichts bewirkt hat und die Kommission in einem zweiten Vertragsverletzungsverfahren an den EuGH gelangt; vgl. Art. 260 Abs. 1 und 2 AEUV.

⁸³ Vgl. dazu HÄGGI FURRER/BUCHER, S. 612 ff.

⁸⁴ EuGH, Rs. C-387/97 (EU:C:2000:356); OESCH, N. 571.

⁸⁵ EuGH, Rs. C-304/02 (EU:C:2005:444); OESCH, N. 572.

4. Weitere Folgen unkorrekter Umsetzung

a) Unmittelbare Anwendung des übergeordneten Rechts

Werden umsetzungsbedürftige Erlasse der oberen Ebene nicht, nicht rechtzeitig oder nicht korrekt umgesetzt, so kann sich die Frage stellen, ob das übergeordnete Recht *unmittelbar angewendet* werden kann.⁸⁶ Das ist beispielsweise ausdrücklich vorgesehen in Art. 72 Abs. 2 des Steuerharmonisierungsgesetzes des Bundes.⁸⁷ Auch das Bundesgericht hat schon bundesrechtliche Bestimmungen unmittelbar angewendet, wenn ein Kanton diese nicht rechtzeitig in das kantonale Recht umgesetzt hatte, so mit Bezug auf die Einrichtung richterlicher Behörden als Vorinstanzen des Bundesgerichts.⁸⁸

In der *Europäischen Union* gibt es dazu eine reichhaltige Praxis. Dort werden nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Richtlinien, die nicht rechtzeitig umgesetzt worden sind, unter gewissen Voraussetzungen unmittelbar angewendet.⁸⁹ In erster Linie muss die unmittelbare Anwendung möglich sein, indem die Regelung eine genügende Bestimmtheit aufweist. Dazu kommt, dass die unmittelbare Anwendbarkeit nur bejaht wird, wenn Privaten Rechte gegenüber dem Staat eingeräumt werden, nicht jedoch gegenüber anderen Privaten; die unmittelbare Anwendung erfolgt somit nur zulasten des säumigen Staates, nicht zulasten von Privaten.

b) Administrative Rechtsnachteile

Eine andere mögliche Folge der nicht korrekten Umsetzung des übergeordneten Rechts kann der Entzug von Rechten oder Gestaltungsmöglichkeiten im entsprechenden Sachbereich sein. Man bezeichnet dies als administrative Rechtsnachteile. Klassisches Beispiel ist die Nichtauszahlung von Subventionen, wenn die subventionierte Aufgabe nicht korrekt erfüllt wird. Ein anderes zur Zeit aktuelles Beispiel bildet der Einzonungsstopp, den der Bund gestützt auf eine entsprechende Bestimmung im Raumplanungsgesetz⁹⁰ gegenüber Kanto-

⁸⁶ Vgl. auch MÄCHLER, Ersatzvornahme, S. 125.

⁸⁷ Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG) vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14).

⁸⁸ BGE 135 II 84; vgl. UHLMANN, Überlegungen, S. 55.

⁸⁹ Vgl. JAAG/HÄNNI, N. 2119 ff.; OESCH, N. 438 ff.

⁹⁰ Art. 38a Abs. 4 und 5 RPG.

nen angeordnet hat, welche die in Art. 5 RPG vorgesehene Mehrwertabgabe für Planungsgewinne nicht fristgerecht eingeführt haben.

c) Staatshaftung

Schliesslich stellt sich auch die Frage, ob im Fall der nicht korrekten Umsetzung des übergeordneten Rechts den nachteilig betroffenen Privaten ein Anspruch aus Staatshaftung gegenüber dem säumigen Gemeinwesen zusteht.

In der Schweiz ist die Staatshaftung für Handlungen oder Unterlassungen des Gesetzgebers unbekannt.⁹¹ Dagegen gibt es auch dafür eine langjährige Praxis in der *Europäischen Union*. Im berühmten Fall *Francovic* aus dem Jahr 1991⁹² hat Italien eine Richtlinie, welche den Arbeitnehmern Rechte gegenüber konkurssiten Arbeitgebern einräumte, nicht rechtzeitig umgesetzt. Nach dem Konkurs seines Arbeitgebers machte ein Arbeitnehmer seine Lohnforderung gegenüber dem Staat geltend. Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens prüfte der EuGH zunächst, ob die Richtlinie unmittelbar angewendet werden könne, was er wegen zu geringer Bestimmtheit verneinte. Dem finanziellen Anliegen des betroffenen Arbeitnehmers trug der EuGH dadurch Rechnung, dass er einen unionsrechtlichen Anspruch aus Staatshaftung gegenüber Italien bejahte. Diese Praxis wurde seither immer wieder bestätigt, ohne dass es dafür eine ausdrückliche Grundlage in den EU-Verträgen gäbe.

V. Zusammenfassende Würdigung

Bundesstaaten und andere Mehrebenensysteme sind *komplexe Gebilde*. Wegen der Verteilung der Kompetenzen auf mehrere Gemeinwesen gibt es immer wieder Unklarheiten und Diskussionen über die Frage, wer wofür zuständig ist.⁹³ Dies macht es erforderlich, die Kompetenzverteilung nicht nur auf Verfassungsebene, sondern vor allem auch in der Gesetzgebung klar und auf praktikable Weise zu regeln. Das gilt nicht nur mit Bezug auf die Rechtsetzungskom-

⁹¹ Vgl. BIAGGINI, Theorie, S. 166 ff.; JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, N. 80; UHLMANN, Staatshaftungsrecht, N. 91 ff.; WULLSCHLEGER, S. 375 ff.

⁹² EuGH, Rs. C-6/90 und C-9/90 (EU:C:1991:428); vgl. JAAG/HÄNNI, N. 2516 ff.; OESCH, N. 546 ff.

⁹³ Vgl. für die öffentliche Sicherheit MÄCHLER, Umsetzung, S. 99.

petenzen, sondern mindestens so sehr auch mit Bezug auf die Zuständigkeiten für die Umsetzung der Gesetze.

Wenn Erlasse der oberen Ebene ergänzungs- und umsetzungsbedürftig sind, ist einerseits klarzustellen, ob die Konkretisierung der Exekutive der oberen Ebene obliegt oder auf der unteren Ebene erfolgen muss. Andererseits ist bei der Delegation der Umsetzung des übergeordneten Rechts an die untere Ebene sicherzustellen, dass dort die erforderlichen personellen und finanziellen Mittel für die korrekte und zeitgerechte Umsetzung vorhanden sind. Gleichzeitig darf nicht mehr als unbedingt notwendig in die Autonomie der unteren Ebene eingegriffen werden.

Rechtsetzung und Rechtsanwendung im Mehrebenensystem sind eine äusserst anspruchsvolle Angelegenheit. Die Rechtsverwirklichung ist mit dem Risiko verbunden, dass die Umsetzung des übergeordneten Rechts auf der unteren Stufe nicht, nicht korrekt oder nicht rechtzeitig erfolgt.⁹⁴ Das zu verhindern, ist wiederum einerseits Aufgabe einer klaren und praktikablen Gesetzgebung. Andererseits erfordert es auch ein griffiges System präventiver und repressiver Instrumente, mit denen die obere Ebene rechtzeitig und verhältnismässig einschreiten kann, um die Verwirklichung des übergeordneten Rechts sicherzustellen.

Der Föderalismus stellt in verschiedener Hinsicht *hohe Anforderungen* an die Rechtsetzung. Zur Erfüllung dieser anspruchsvollen Aufgabe beizutragen, ist Ziel der heutigen Veranstaltung. Es ist zu hoffen, dass es mit diesen Ausführungen gelungen ist, den rechtlichen Rahmen dazu in Erinnerung zu rufen.

⁹⁴ Vgl. BIAGGINI, Theorie, S. 7 ff., und Rechtsetzung, S. 189 ff.

Literatur

- AEMISEGGER HEINZ/SCHERRER REBER KARIN, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. Basel 2018, Art. 82 N. 23 ff.
- AUER ANDREAS, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016
- BELSER EVA MARIA/MASSÜGER NINA, in: Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 47
- BIAGGINI GIOVANNI, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, Habil. Basel 1996
- BIAGGINI GIOVANNI, Allgemeine Pflichten und Rechte bei der Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone, in: Festschrift für Thomas Fleiner, Freiburg 2003, S. 3 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, Rechtsetzung und Vollzug des Bundesrechts, in: Bruha Thomas (Hrsg.), Europäischer Föderalismus im Licht der Verfassungsgeschichte, Schaan 2011, S. 173 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, BV. Kommentar, 2. Aufl. Zürich 2017
- BIEBER ROLAND/EPINEY ASTRID/HAAG MARCEL/KOTZUR MARKUS, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 13. Aufl. Baden-Baden 2019
- BRUNNER URSULA, Erlass und Umsetzung von Bundesrecht im Bereich Raumplanung und Umwelt: Bericht aus dem Workshop, in: Uhlmann, Umsetzung, S. 83 ff.
- EGLI PATRICIA, in: St. Galler Kommentar BV, 3. Aufl. Zürich/St. Gallen 2014, Art. 46, 47
- HÄGGI FURRER RETO/BUCHER LAURA, Das Zwangsgeld der Europäischen Union: ein Instrument für das schweizerische Verwaltungsrecht? in: Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 611 ff.
- JAAG TOBIAS, Zwangsmassnahmen in der Verbandsaufsicht, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, ZBl 111/2010, S. 73 ff.
- JAAG TOBIAS, Rechtsschutz bei Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Kantonen, in: Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Basel 2011, S. 521 ff.
- JAAG TOBIAS, Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung in den Mehrebenensystemen Schweiz und Europäische Union, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, ZSR 132/2013 I, S. 135 ff.
- JAAG TOBIAS, Staats- und Beamtenhaftung, 3. Aufl. Basel 2017
- JAAG TOBIAS/HÄNNI JULIA, Europarecht, 4. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2015
- MÄCHLER AUGUST, Rahmengesetzgebung als Instrument der Aufgabenteilung, Diss. Zürich 1987
- MÄCHLER AUGUST, Ersatzvornahme für die Rechtssetzung der Gemeinden, in: Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 115 ff.
- MÄCHLER AUGUST, Erlass und Umsetzung von Bundesrecht im Bereich öffentliche Sicherheit: Bericht aus dem Workshop, in: Uhlmann, Umsetzung, S. 95 ff.
- MAISSEN SANDRA/MADER LUZIUS/BAUMANN ROBERT, Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone: jüngste Entwicklungen, in: Uhlmann, Umsetzung, S. 63 ff.
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2013
- OESCH MATTHIAS, Europarecht, Band I, 2. Aufl. Bern 2019

- RICHLI PAUL, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 126/2007 I, S. 47 ff.
- SCHUHMACHER CHRISTIAN, Optimierung der Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone: Zwischenstand eines Projekts, LeGes 2015, S. 405 ff.
- SCHWEIZER RAINER J., Rechtssetzungsprobleme des Bundes im Hinblick auf den Vollzug durch die Kantone, ZBI 78/1977, S. 1 ff.
- STEIMEN URS, Rechtsetzungsaufträge des Bundes an die Kantone, Diss. Zürich 1999
- STEIMEN URS, Die Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone gemäss Art. 46 Abs. 1 und 2 der neuen Bundesverfassung, in: Gächter Thomas/Bertschi Martin (Hrsg.), Neue Akzente der «nachgeführten» Bundesverfassung, Zürich 2000, S. 161 ff.
- STUTZ HANS W., Uferstreifen und Gewässerraum: Umsetzung durch die Kantone, Umweltrecht in der Praxis, URP 26/2012, S. 90 ff.
- THURNHERR DANIELA, Organisation der Verwaltungsjustiz: Herausforderungen und Perspektiven, ZSR 138/2019 II, S. 101 ff.
- TSCHANNEN PIERRE, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Uhlmann, Umsetzung, S. 7 ff.
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl. Bern 2016
- UHLMANN FELIX (Hrsg.), Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, 12. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2013
- UHLMANN FELIX, Gesetzgebungstechnische und methodische Überlegungen, in: Uhlmann, Umsetzung, S. 35 ff.
- UHLMANN FELIX, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Zürich/St. Gallen 2017
- WALDMANN BERNHARD, «Bundesrecht bricht kantonales Recht»: Eine Formel mit Fragezeichen, in: Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 533 ff.
- WALDMANN BERNHARD, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. Basel 2018, Art. 120
- WALDMANN BERNHARD/BORTER EMANUEL, in: Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 46
- WIGET STEFANIE, Die Programmvereinbarung: Ein Zusammenarbeitsinstrument zwischen Bund und Kantonen, Diss. Freiburg, Bern 2012
- WILD FLORIAN, Programmvereinbarungen nach NFA im Umweltbereich, LeGes 2009, S. 351 ff.
- WULLSCHLEGER STEPHAN, Gesetzgebungsaufträge. Normativer Gehalt und Möglichkeiten richterlicher Intervention, Diss. Basel 1999

Rechtsetzung im Mehrebenensystem: Redaktionelle Aspekte

Stefan Höfler

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	30
II. Intertextualität von Erlassen	31
1. Horizontale Intertextualität	32
a) Koordination	32
b) Inkorporation	33
c) Mutation	34
2. Vertikale Intertextualität	35
a) Legitimation	35
b) Konkretisierung	36
III. Redaktionelles Dilemma	37
1. Bürgerfreundlichkeit	38
2. Sachgerechtigkeit	40
IV. Redaktionelle Strategien	41
1. Globale Intertextualitätshinweise	43
a) Erlassitel	43
b) Ingress	45
c) Gegenstandsbestimmung	47
d) Gliederungsüberschriften	49
2. Lokale Intertextualitätshinweise	50
a) Satzstellung	51
b) Verweis	52
c) Zitat	53
V. Fazit	54
Literatur	55

I. Einleitung

Erlasstexte sollen sachgerecht, klar und bürgerfreundlich formuliert werden – so fordert es unter anderem Artikel 7 Absatz 1 des Sprachengesetzes.¹ Umgesetzt wird diese Forderung im Rahmen der Gesetzesredaktion.² Eine besondere Herausforderung stellt dabei die Tatsache dar, dass Erlasstexte ausgesprochen intertextuell sind: Sie stehen nie alleine im Raum, sondern sind immer eingebunden in ein komplexes Netzwerk anderer Texte, vornehmlich anderer Erlasstexte, zu denen sie in bestimmter Weise in Beziehung stehen und auf die sie mehr oder weniger deutlich Bezug nehmen.³

Besonders ausgeprägt ist dieses Phänomen bei der Rechtsetzung in Mehrebenensystemen, also in Rechtssystemen, die mehrere Staatsebenen (z.B. Bund, Kanton, Gemeinde) oder Normstufen (z.B. Verfassung, Gesetz, Verordnung) kennen. In solchen Systemen gibt es Erlasse, deren hauptsächliche Funktion es ist, Erlasse des übergeordneten Rechts im Hinblick auf die Rechtsanwendung zu konkretisieren, z.B. kantonale Erlasse, die Bundesrecht umsetzen, und Verordnungen, die Gesetzesrecht weiter ausführen.

Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, was die Forderung nach verständlichen Erlassen für diese besonderen Texte bedeutet: Worauf muss man bei der Redaktion von Erlassen, die übergeordnetes Recht konkretisieren, achten, wenn man erreichen will, dass sie sachgerecht, klar und bürgerfreundlich formuliert sind? Der Beitrag bietet zunächst einen Überblick über die verschiedenen Arten von Intertextualität, die bei Erlassen vorkommen (Ziff. II). Anschliessend wird diskutiert, welche spezifischen redaktionellen Probleme sich bei der Formulierung von Erlassen ergeben, die übergeordnetes Recht konkretisieren (Ziff. III), und welche Strategien der Gesetzesredaktion zur Verfügung stehen, um diesen Problemen zu begegnen (Ziff. IV). Die angestellten Überlegungen werden mit Beispielen aus den Rechtssammlungen des Bundes und der Kantone veranschaulicht.

¹ Bundesgesetz vom 5. Oktober 2007 über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften (Sprachengesetz, SpG), SR 441.1.

² Zur Gesetzesredaktion in der schweizerischen Bundesverwaltung siehe NUSSBAUMER, Redaktionskommission, und HÖFLER, Redaktionskommission; zu den verschiedenen Sprachebenen, die bei Gesetzesredaktion zu berücksichtigen sind, siehe NUSSBAUMER, Textlinguistik, und HÖFLER, Verständlichkeitsforschung.

³ Vgl. BAUMANN, S. 258 f.; BUSSE; NUSSBAUMER, Textlinguistik, S. 201.

II. Intertextualität von Erlassen

Der sprachwissenschaftliche Begriff der Intertextualität bezeichnet die Eigenschaft eines Textes, mit anderen Texten in Beziehung zu stehen.⁴ Auch wenn man es auf den ersten Blick vielleicht nicht erwarten würde, weisen doch die meisten Texte intertextuelle Bezüge auf. Gelegentlich wird Intertextualität sogar zu jenen Eigenschaften gezählt, die Texte überhaupt erst zu Texten machen.⁵ Dabei ist allerdings zwischen zwei Arten von Intertextualität zu unterscheiden: Text-Textmuster-Beziehungen und Text-Text-Beziehungen.⁶

Unter einer Text-Textmuster-Beziehung versteht man die Tatsache, dass die meisten Texte zu einer bestimmten Textsorte gehören, für die sich bestimmte Formulierungsmuster herausgebildet haben. So gehört z.B. das oben erwähnte Sprachengesetz zur Textsorte «Erlass», und Erlasse weisen eine gewisse Musterhaftigkeit auf (z.B. beginnen sie meist mit einem Ingress und allgemeinen Bestimmungen und enden mit Verfahrens-, Straf- und Schlussbestimmungen). Durch die Zugehörigkeit eines Textes zu einer bestimmten Textsorte werden bei den Leserinnen und Lesern automatisch gewisse Erwartungen geweckt, die auf frühere Erfahrungen zurückzuführen sind, die sie mit Texten dieser Textsorte und ihrer Musterhaftigkeit gemacht haben. Auf einer sehr abstrakten Ebene steht ein Text also mit allen anderen Texten derselben Textsorte in Beziehung. Für die Gesetzesredaktion ist diese Tatsache insofern von Bedeutung, als bei der Arbeit an der Verständlichkeit immer auch die Konventionen und Textmuster zu berücksichtigen sind, die sich für die Textsorte «Erlass» mit der Zeit herausgebildet haben.⁷

Eine grössere Herausforderung für die Gesetzesredaktion stellen allerdings Text-Text-Beziehungen dar: konkrete Bezüge zwischen einzelnen Erlassen.⁸

⁴ Vgl. LINKE/NUSSBAUMER; BLÜHDORN; FIX; HAUSENDORF et al., S. 273 ff.

⁵ Vgl. BEAUGRANDE/DRESSLER.

⁶ Vgl. FIX, S. 449; FIX nennt als eine dritte Art von Intertextualität noch Text-Textwelt-Beziehungen: Beziehungen zwischen einem Text und Texten im Allgemeinen. Das Verständnis jedes Textes baut zu einem gewissen Grad darauf, dass die Leserinnen und Leser wissen, was ein Text ist und wie mit Texten umzugehen ist.

⁷ Vgl. BAUMANN, S. 259 f.; NUSSBAUMER, Textlinguistik, S. 199 ff.

⁸ Daneben gibt es natürlich regelmässig auch intertextuelle Bezüge zu nicht rechtsetzenden Texten, z.B. zu Botschaften, Berichten, Ratsprotokollen, Kommentaren und Entscheiden. Diese Bezüge beschäftigen die Gesetzesredaktion allerdings meist nur marginal und werden hier deshalb nicht weiter diskutiert.

Diese Bezüge sind besonders vielfältig. Grundsätzlich können Erlasse aber zwei Arten von Beziehung zu anderen Erlassen aufweisen: Beziehungen zu Erlassen derselben Staatsebene und Normstufe (horizontale Intertextualität) und Beziehungen zu Erlassen einer höheren bzw. tieferen Staatsebene oder Normstufe (vertikale Intertextualität).

1. Horizontale Intertextualität

In kaum einem modernen Staatswesen wird das ganze geltende Recht in einem einzigen Rechtsbuch abgehandelt. Grössere Kodifikationen bestehen zwar oft im Zivil- und im Strafrecht, aber vor allem das Verwaltungsrecht ist meist auf eine Vielzahl von Erlassen derselben Staatsebene und Normstufe verteilt. Will man unter diesen Voraussetzungen sicherstellen, dass die Rechtsordnung ein kohärentes Ganzes bildet, müssen diese Erlasse horizontal zueinander in Beziehung gesetzt werden. Dies geschieht vor allem auf drei Arten, nämlich durch (a) Koordination, (b) Inkorporation und (c) Mutation.

a) Koordination

Der Geltungsbereich eines Erlasses kann den Geltungsbereich eines anderen Erlasses berühren oder sich mit ihm überschneiden. Um Letzteres zu vermeiden, enthalten Erlasse oft Bestimmungen über den Geltungsbereich und das anwendbare Recht, Kollisionsnormen (z.B. in Form eines Vorbehalts) und, wo die Überschneidung nicht nur eine sachliche, sondern auch eine zeitliche Komponente hat, Übergangs- und Koordinationsbestimmungen. Eine Geltungsbereichsabgrenzung zwischen zwei Erlassen nahm z.B. Artikel 1 der früheren Verordnung über den Schutz von Personendaten des Bundespersonals⁹ vor:

Art. 1 Gegenstand und Geltungsbereich

¹ Diese Verordnung regelt die Bearbeitung der Personendaten von Bewerberinnen und Bewerbern sowie von Angestellten und ehemaligen Angestellten der Bundesverwaltung [...].

² Die Bearbeitung der Daten, die im Rahmen der Sicherheitsprüfungen erhoben werden, richtet sich nach der Verordnung vom 4. März 2011 über die Personensicherheitsprüfungen.

⁹ Verordnung vom 26. Oktober 2011 über den Schutz von Personendaten des Bundespersonals, AS 2011 5589.

Ein Beispiel für eine Bestimmung, die den Vorrang zwischen zwei potenziell kollidierenden Normen regelt, findet sich in Artikel 22 Absatz 1 dritter Satz des Fusionsgesetzes:¹⁰

Die Fusion wird mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam. In diesem Zeitpunkt gehen alle Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über. Artikel 34 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 bleibt vorbehalten.

Eine typische Übergangsbestimmung ist z.B. Artikel 223 Absatz 2 der Tierschutzverordnung:¹¹

Für Tierversuche, für die das Gesuch vor dem 1. Juli 2008 eingereicht wurde, gilt das bisherige Recht.

Diese Bestimmung regelt die zeitliche Überlappung eines älteren und eines neueren Erlasses.

b) Inkorporation

Ein Erlass kann Regelungen aus einem anderen Erlass für den eigenen Regelungsgegenstand übernehmen, z.B. indem er sie kopiert oder für «sinngemäss» anwendbar erklärt.¹² Ein Beispiel für Letzteres findet sich etwa in Artikel 13 Absatz 2 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes:¹³

Art. 13 Personal

¹ Die FINMA stellt ihr Personal öffentlich-rechtlich an.

² Artikel 6a des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 gilt sinngemäss.

Häufiger wird aber einfach nur ein Konzept aus einem anderen Erlass übernommen. Das ist z.B. in Art. 7a Abs. 1 der COVID-19-Verordnung 2¹⁴ der Fall, in dem ein Konzept aus der Postverordnung¹⁵ inkorporiert wird:

¹⁰ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG), SR 221.301.

¹¹ Tierschutzverordnung vom 23. April 2008 (TSchV), SR 455.1.

¹² Zu den redaktionellen und rechtsstaatlichen Problemen, die bei «sinngemässen» Verweisen auftreten können, siehe HÖFLER, Verweise, S. 342 f. und HÖFLER, Legalitätsprinzip, S. 158 ff.

¹³ Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG), SR 956.1.

¹⁴ Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2), SR 818.101.24 [in der Fassung nach der Änderung vom 20. März 2020, AS 2020 863].

¹⁵ Postverordnung vom 29. August 2012 (VPG), SR 783.01.

Postanbieterinnen im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a der Postverordnung vom 29. August 2012 sind ermächtigt, der Bevölkerung online bestellte Lebensmittel und Gegenstände für den täglichen Bedarf an sieben Tagen pro Woche in allen Landesteilen zuzustellen.

Einen Spezialfall dieser Art von Intertextualität stellt die Übernahme von Bestimmungen des EU-Rechts in schweizerisches Recht im Rahmen des sogenannt autonomen Nachvollzugs dar: Im Gegensatz zur Übernahme von Bestimmungen aus anderen Erlassen des Landesrechts werden hier Bestimmungen aus einer anderen Rechtsordnung übernommen, was zu zusätzlichen redaktionellen Herausforderungen führt (z.B. bei der Abgleichung der Terminologie).¹⁶

c) Mutation

Ein Erlass kann einen anderen Erlass ganz oder teilweise in Kraft setzen, ändern oder aufheben. Ein Beispiel dafür ist die Inkrafttretensverordnung BPG für die Post.¹⁷ Diese Verordnung setzt in Artikel 1 Absatz 1 einen Erlass für einen bestimmten Bereich in Kraft und hebt in Artikel 3 einen anderen Erlass auf:

Art. 1 Inkrafttreten des neuen Rechts

¹Das Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 tritt am 1. Januar 2002 für die Post in Kraft.

Art. 3 Aufhebung bisherigen Rechts

Die Beamtenordnung 2 vom 15. März 1993 (BO 2) wird aufgehoben.

Eine Änderungsbestimmung findet sich z.B. in Artikel 20 der Kantonsverfassung des Kantons Obwalden:¹⁸

Art. 20 Anpassung des Gemeindeabstimmungsgesetzes

Das Gesetz über das Abstimmungs- und Wahlverfahren in den Gemeinden vom 24. Mai 1959 wird wie folgt geändert:

Artikel 11 erhält folgenden neuen Absatz 2:

²In gleicher Weise können die in Absatz 1 genannten Organe oder Stimmbürger bestimmen, dass das Urnenverfahren oder ein allfällig nötig werdender zweiter Wahlgang ausserhalb der Gemeindeversammlung durchzuführen sei.

¹⁶ Zu den redaktionellen Fragen, die sich bei der Übernahme von EU-Recht stellen, in diesem Band GRÜTER/NUSSBAUMER, S. 103 ff.

¹⁷ Verordnung vom 21. November 2001 über die Inkraftsetzung des Bundespersonalgesetzes für die Post und über die Weitergeltung von Bundesrecht (Inkraftsetzungsverordnung BPG für die Post), SR 172.220.116.

¹⁸ Verfassung des Kantons Obwalden vom 19. Mai 1968, SR 131.216.1.

Dieses Beispiel erscheint auf den ersten Blick ungewöhnlich, weil hier vermeintlich in einem übergeordneten Erlass ein untergeordneter Erlass geändert wird; die intertextuelle Beziehung erscheint vertikal. Üblicherweise können Erlasse aber nur horizontal geändert werden, also von demjenigen Organ, das sie auch erlassen hat. Im vorliegenden Beispiel ist dies allerdings tatsächlich auch der Fall, da im Kanton Obwalden bis zur Abschaffung der Landsgemeinde im Jahr 1998 nicht nur die Verfassung, sondern auch die Gesetze vom Volk erlassen wurden.

2. Vertikale Intertextualität

Eine Eigenheit von Rechtssystemen mit mehreren Ebenen – seien dies Staatsebenen (z.B. Bund, Kantone, Gemeinden) oder Normstufen (z.B. Verfassung, Gesetz, Verordnung) – ist, dass Erlasse nicht nur horizontal zueinander in Beziehung treten, sondern auch vertikal. Übergeordnete und untergeordnete Erlasse sind dabei insbesondere durch zwei Arten von Intertextualität miteinander verbunden: (a) Legitimation und (b) Konkretisierung.

a) Legitimation

Ein übergeordneter Erlass kann als Rechtsgrundlage für einen untergeordneten Erlass dienen, indem er einer Behörde für einen bestimmten Bereich die Kompetenz zum Erlassen von rechtsetzenden Bestimmungen überträgt. Diese Art von intertextuellem Bezug kann an zwei Stellen explizit gemacht werden: im übergeordneten Erlass (in Form einer Delegationsnorm) und im untergeordneten Erlass (in Form eines Verweises im Ingress, der die kompetenzbegründende Norm im übergeordneten Erlass nennt). Das folgende Beispiel illustriert diese Verknüpfung zwischen einem übergeordneten, legitimierenden Text und einem untergeordneten, legitimierten Text. Artikel 25 Absatz 1 des Bundesstatistikgesetzes¹⁹ enthält die folgende Delegationsnorm:

Der Bundesrat wird mit dem Vollzug beauftragt und erlässt die Ausführungsbestimmungen.

¹⁹ Bundesstatistikgesetz vom 9. Oktober 1992 (BStatG), SR 431.01.

Im Ingress der Verordnung über die Organisation der Bundesstatistik²⁰ wird diese Bestimmung dann als kompetenzbegründende Norm aufgeführt:

Der Schweizerische Bundesrat,

gestützt auf Artikel 25 Absatz 1 des Bundesstatistikgesetzes vom 9. Oktober 1992,

verordnet:

b) Konkretisierung

Die Bestimmungen eines übergeordneten Erlasses werden oft in einem untergeordneten Erlass mit Blick auf die Rechtsanwendung umgesetzt und weiter ausgeführt. Diese intertextuelle Beziehung besteht zum einen zwischen Erlassen verschiedener Staatsebenen, z.B. dort, wo Völkerrecht im Landesrecht, Bundesrecht im kantonalen Recht und kantonales Recht im Gemeinderecht umgesetzt wird. Zum andern besteht sie innerhalb derselben Staatsebene zwischen Erlassen verschiedener Normstufen, z.B. dort, wo Verfassungsrecht im Gesetzesrecht, Gesetzesrecht im Verordnungsrecht und Verordnungsrecht der Regierung im Verordnungsrecht von Departementen und Ämtern weiter ausgeführt wird.

Artikel 12 des eidgenössischen Berufsbildungsgesetzes²¹ enthält beispielsweise die folgende Bestimmung:

Art. 12 Vorbereitung auf die berufliche Grundbildung

Die Kantone ergreifen Massnahmen, die Personen mit individuellen Bildungsdefiziten am Ende der obligatorischen Schulzeit auf die berufliche Grundbildung vorbereiten.

Diese Bestimmung wird in Artikel 7 der bundesrätlichen Berufsbildungsverordnung²² konkretisiert:

Art. 7 Vorbereitung auf die berufliche Grundbildung (Art. 12 BBG)

¹ Als Vorbereitung auf die berufliche Grundbildung gelten praxis- und arbeitsweltbezogene Angebote nach Abschluss der obligatorischen Schulzeit, die das Programm der obligatorischen Schule im Hinblick auf die Anforderungen der beruflichen Grundbildung ergänzen.

²⁰ Verordnung vom 30. Juni 1993 über die Organisation der Bundesstatistik, SR 431.011.

²¹ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, BBG), SR 412.10.

²² Verordnung vom 19. November 2003 über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, BBV), SR 412.101.

² Die Vorbereitungsangebote dauern höchstens ein Jahr und werden zeitlich auf das Schuljahr abgestimmt.

³ Sie werden mit einer Beurteilung abgeschlossen.

Weiter konkretisiert werden diese beiden Bestimmungen dann in den entsprechenden kantonalen Erlassen, so z.B. in Artikel 7 des Schaffhauser Einführungsgesetzes zum Berufsbildungsgesetz:²³

Art. 7 Lehrgänge zur Vorbereitung auf die berufliche Grundbildung

¹ Der Kanton sorgt für ein bedarfsgerechtes Angebot an Möglichkeiten zur Vorbereitung auf die berufliche Grundbildung für Personen mit individuellen Bildungsdefiziten am Ende der obligatorischen Schulzeit.

² Er kann selbst Lehrgänge zur Vorbereitung auf die berufliche Grundbildung anbieten.

³ Das Erziehungsdepartement kann den Abschluss von Lehrgängen zur Vorbereitung auf die berufliche Grundbildung mit einem kantonalen Ausweis zertifizieren.

Diese Bestimmung wird abermals konkretisiert in § 9 der kantonalen Verordnung zum Einführungsgesetz zum Berufsbildungsgesetz:²⁴

§ 9 Lehrgänge zur Vorbereitung auf die berufliche Grundbildung

¹ Das Erziehungsdepartement ist zuständig für die Festlegung und Koordination des kantonalen Angebots an Lehrgängen zur Vorbereitung auf die berufliche Grundbildung und bezeichnet die Bildungsträger.

² Der Berufsbildungsrat genehmigt die Ausbildungspläne der Lehrgänge zur Vorbereitung auf die berufliche Grundbildung.

³ Der Bildungsträger stellt die Ausweise aus.

Die folgenden Überlegungen befassen sich mit den Schwierigkeiten, die bei der Redaktion von Erlassen entstehen, die übergeordnetes Recht konkretisieren (Ziff. III), und skizzieren die Strategien, die der Gesetzesredaktion zur Verfügung stehen, um diesen Schwierigkeiten zu begegnen (Ziff. IV).

III. Redaktionelles Dilemma

Bei der Umsetzung von übergeordnetem Recht führt die Vorgabe, dass Erlassentexte sachgerecht, klar und bürgerfreundlich formuliert sein sollen, regel-

²³ Einführungsgesetz [des Kantons Schaffhausen] vom 8. Mai 2006 zum Berufsbildungsgesetz, SHR 412.100; der Randtitel ist hier als Sachüberschrift wiedergegeben.

²⁴ Verordnung [des Kantons Schaffhausen] vom 28. November 2006 zum Einführungsgesetz zum Berufsbildungsgesetz, SHR 412.101; der Randtitel ist hier als Sachüberschrift wiedergegeben.

mässig zu einem redaktionellen Dilemma. Das Kriterium der Bürgerfreundlichkeit spricht dafür, dass eine Verordnung bzw. ein kantonaler Erlass möglichst aus sich selbst heraus verstanden werden sollte. Das Kriterium der Sachgerechtigkeit verlangt dagegen, dass Bestimmungen des übergeordneten Rechts im untergeordneten Recht nicht wiederholt werden. Die Gesetzesredaktion steht vor dem Dilemma, dass sie diese beiden Anforderungen unter einen Hut bringen muss. Die Lösung liegt darin, Klarheit herzustellen über die intertextuellen Bezüge des Textes, ohne dabei die Bestimmungen des übergeordneten Rechts zu wiederholen.

1. Bürgerfreundlichkeit

Ein wichtiges Kriterium für die Verständlichkeit eines Textes ist, dass die Leserinnen und Leser einen Sinnzusammenhang zwischen den einzelnen Sätzen und Abschnitten erkennen können, dass sie den Text als kohärentes Ganzes wahrnehmen.²⁵ Unproblematisch ist das bei Erlassen, die einen klar definierten Sachbereich mehr oder weniger vollständig regeln, wie es typischerweise bei Gesetzen der Fall ist, die eine einzelne oder nur wenige Verfassungsbestimmungen umsetzen. Bei solchen Erlassen entsteht Kohärenz in erster Linie horizontal, d.h. durch eine textinterne Themenentfaltung. Der Text ist verständlich, ohne dass man die übergeordnete Bestimmung kennt, die er umsetzt. Abbildung 1 stellt die Kohärenzbildung in solchen Erlassen graphisch dar:

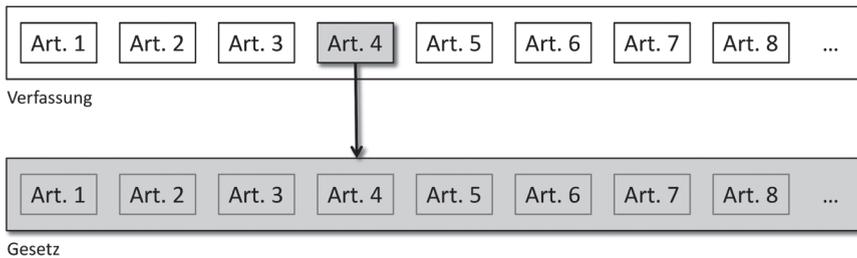


Abbildung 1: Textkohärenz bei einem idealtypischen Sachgesetz: Kohärenz entsteht in erster Linie horizontal, d.h. durch eine textinterne Themenentfaltung.

²⁵ Vgl. BRINKER; CHRISTMANN, S. 1095 ff.; SCHNOTZ sowie, mit Blick auf die Gesetzesredaktion, HÖFLER, Verständlichkeitsforschung, S. 43 ff.

Anders präsentiert sich die Situation bei Erlassen, die einen übergeordneten Text nur punktuell weiter ausführen, wie es typischerweise bei Vollziehungsverordnungen der Fall ist, die ein ganzes Gesetz konkretisieren. Diese Texte wirken für sich allein genommen oft fragmentarisch und inkohärent. Kohärenz kommt hier in erster Linie vertikal zustande, d.h. durch thematische Bezüge zu einzelnen Bestimmungen des übergeordneten Gesetzestextes. Erst wenn der Leser oder die Leserin diese Bezüge erkennt, vermag er oder sie dem Text einen Sinn zu geben. Abbildung 2 stellt diese Art der Kohärenzbildung dar; diesem Schema entsprechen oft auch kantonale Erlasse, die Bundesrecht einführen:

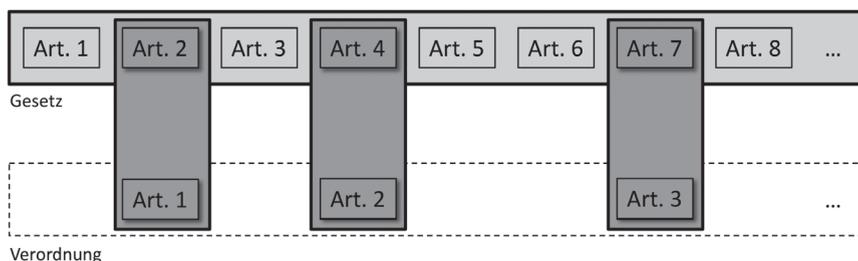


Abbildung 2: Textkohärenz bei einer idealtypischen Vollziehungsverordnung: Kohärenz entsteht in erster Linie vertikal, d.h. durch thematische Bezüge zu einzelnen Bestimmungen des übergeordneten Gesetzestextes.

In der Realität treten natürlich meistens Mischformen aus diesen beiden Typen auf. Zum einen kann bei Texten, die mehrheitlich dem zweiten Typus entsprechen, die Konkretisierung einzelner Bestimmungen des übergeordneten Rechts gelegentlich auch längere Textpassagen erfordern, die in sich dann durchaus wieder kohärent wirken. Zum andern können Texte, die mehrheitlich dem ersten Typus entsprechen, punktuell Bestimmungen enthalten, bei denen noch weitere Bestimmungen aus übergeordnetem Recht eine Rolle spielen, sodass der Text zumindest an der entsprechenden Stelle unvollständig oder inkohärent wirkt.

Autorinnen und Autoren von Erlassen, die übergeordnetes Recht konkretisieren, haben oft den Reflex, Bestimmungen des übergeordneten Rechts im untergeordneten Recht zu wiederholen, damit der Erlass «aus sich selbst heraus» verständlich ist und die Adressatinnen und Adressaten (vermeintlich) nur einen einzigen Text zur Hand nehmen müssen, wenn sie sich über die Rechtslage im entsprechenden Bereich informieren möchten. Sie möchten mit dem Erlass also gewissermassen zugleich ein «Merkblatt» schaffen. Was ist von diesem Vorge-

hen zu halten? Zunächst ist das Ansinnen, Erlasse möglichst bürger- bzw. benutzerfreundlich zu gestalten, durchaus gerechtfertigt. Es wird ja in Artikel 7 Absatz 1 des Sprachengesetzes explizit gefordert.²⁶ Andererseits sind diesem Ansinnen aber auch Grenzen gesetzt. Eine solche Grenze – vielleicht die folgenreichste – ist die Sachgerechtigkeit, die unter anderem verlangt, dass Normen nicht wiederholt werden.

2. Sachgerechtigkeit

Sachgerechtigkeit bedeutet, dass Erlasse so formuliert sein sollen, dass sie die ihnen zugedachte Rolle im institutionellen Gefüge des Rechts möglichst gut wahrnehmen können. Daraus ergibt sich unter anderem, dass Erlasstexte knapp formuliert sein sollen: In einem Erlasstext soll nur stehen, was in Bezug auf die Textfunktion, nämlich Verhaltensanordnungen zu treffen, unmittelbar relevant ist. Auf Erklärungen, Begründungen, Hintergrundinformationen und sonstiges «schmückendes Beiwerk» soll verzichtet werden.²⁷ Grund dafür ist, dass bei solchen deklaratorischen Aussagen oft nicht klar ist, ob sie nicht doch normativen Charakter haben, ob sie also nicht doch Rechte und Pflichten konstituieren, die es zu beachten gilt. Die kommunikative Funktion²⁸ solcher Äusserungen, d.h. ob sie normieren oder lediglich informieren, lässt sich oft nicht eindeutig feststellen. Das wiederum kann zu Rechtsunsicherheiten führen. Solche Unsicherheiten sind nicht selten darin begründet, dass in Erlasstexten die kommunikative Funktion nicht immer durch die Verwendung entsprechender sprachlicher Indikatoren (z.B. Modalverben) explizit gemacht wird.²⁹

Bestimmungen eines untergeordneten Erlasses, die lediglich übergeordnetes Recht wiederholen, haben ebenfalls keine normative Funktion, sondern sind rein informativ. Es gibt mindestens vier Gründe, warum solche Wiederholungen aus juristischer Sicht zu vermeiden sind:³⁰

²⁶ Für eine Besprechung von Art. 7 Abs. 1 Sprachengesetz vgl. HÖFLER, Redaktionskommission, S. 73 ff.

²⁷ Vgl. LÖTSCHER, Verständlichkeit, S. 117 ff.; MÜLLER/UHLMANN, S. 194 f.

²⁸ Die Sprechakttheorie (AUSTIN; SEARLE) kennt hierfür den Begriff der Illokution.

²⁹ Vgl. HÖFLER, Modalität.

³⁰ Siehe UHLMANN/HOFSTETTER, S. 474; ähnlich MÜLLER/UHLMANN S. 198f., beide Bezugnehmend auf die Zürcher Richtlinien der Rechtsetzung, S. 58.

- *Intransparente Kompetenzverteilung:*
Durch die Wiederholung von Bestimmungen aus dem übergeordneten Recht wird dem Organ, welches das untergeordnete Recht erlässt, eine Kompetenz vorgegaukelt, die es gar nicht hat: Es meint, über etwas zu entscheiden, über das es gar nicht entscheiden kann. Im schlimmsten Fall modifiziert z.B. ein Kantonsparlament eigenmächtig Bestimmungen, die lediglich Bundesrecht wiederholen, und schafft so einen widersprüchlichen (und bundesrechtswidrigen) Rechtsbestand.
- *Fehleranfällige Revision:*
Auch bei einer späteren Revision besteht die Gefahr, dass Widersprüche entstehen, nämlich dann, wenn eine wiederholte Bestimmung im einen der beiden Texte geändert wird, im andern aber nicht.
- *Illusion der Vollständigkeit:*
Der Eindruck, ein Erlass enthalte alle für einen Sachbereich relevanten Bestimmungen, ist zudem selbst dann eine Illusion, wenn der Erlass die einschlägigen Normen des übergeordneten Rechts wiederholt. Das kann gar nie der Fall sein, da es z.B. stets auch verfassungsrechtliche Prinzipien zu berücksichtigenden gilt.
- *Fehleranfällige Rechtsanwendung:*
Wiederholungen bergen schliesslich die Gefahr, dass bei der Rechtsanwendung auf die wiederholte Norm statt auf die massgebende Norm des höherrangigen Textes abgestellt wird. Das kann zu Fehlern bei der Auslegung und bei der Wahl des einzuschlagenden Rechtswegs führen.

Es stellt sich also die Frage, wie man Erlasse, die übergeordnetes Recht konkretisieren, als kohärente Texte formulieren kann, ohne dabei Bestimmungen des übergeordneten Rechts wiederholen zu müssen. Die Antwort lautet: Kontextualisieren! Der Kontext, in dem die Bestimmungen des untergeordneten Rechts zu lesen und interpretieren sind, soll für die Leserinnen und Leser möglichst klar zum Ausdruck gebracht werden. Im Folgenden wird diskutiert, welche redaktionellen Strategien der Gesetzesredaktion dafür zur Verfügung stehen.

IV. Redaktionelle Strategien

Die Verständlichkeit eines Textes hängt massgeblich davon ab, ob und wie leicht es den Leserinnen und Lesern gelingt, eine zusammenhängende (kohärente)

mentale Repräsentation der Textbedeutung aufzubauen. Dieser Prozess kann dadurch unterstützt werden, dass der Text «an der Sprachoberfläche Hinweise gibt, welche Sätze und Textteile in welcher Weise aufeinander zu beziehen und in einen Zusammenhang zu bringen sind.»³¹ Wenn solche Hinweise fehlen oder nur schwer erkennbar sind, entstehen Kohärenzlücken, die durch Schlussfolgerungen geschlossen werden müssen: «Empirisch hat sich dabei immer wieder gezeigt, dass die Suche nach geeigneten Bezugspunkten zeitkonsumierend ist und die Verarbeitung erschwert.»³²

Bei Erlassen, die übergeordnetes Recht konkretisieren, kommt erschwerend hinzu, dass die für den Aufbau einer kohärenten mentalen Repräsentation der Textbedeutung erforderlichen Bezüge intertextueller Natur sind. Die entsprechenden Hinweise müssen also nicht auf andere Stellen im selben Text, sondern eben auf die relevanten Passagen des übergeordneten Gesetzestextes verweisen. Dabei gilt es zu beachten, dass solche Intertextualitätshinweise an sich nichts Aussergewöhnliches sind:

[Intertextualitätshinweise] signalisieren, welche anderen Texte und welche Textwelten ausserhalb des vorliegenden Textes für den vorliegenden Text von besonderer Bedeutung sind. Die Textualität eines Textes zu erfassen, impliziert immer auch, die Einbettung eines Textes in die Welt anderer Texte mitzuerfassen. Intertextualitätshinweise werten wir in der Regel wie selbstverständlich aus, ohne dass wir darüber länger nachdenken müssen. Erst wenn diese Hinweise fehlen oder systematisch ausser Kraft gesetzt werden, wird die Frage nach den Textbeziehungen eines Textes fraglich und kann Textualität unter dem Aspekt der Intertextualität zu Irritationen führen.³³

Im Folgenden soll nun analysiert werden, welche Intertextualitätshinweise in Erlassen vorkommen, die übergeordnetes Recht konkretisieren, und welche Vor- und Nachteile sie mit sich bringen. Man kann dabei unterscheiden zwischen Intertextualitätshinweisen, die den untergeordneten Erlass als Ganzes mit dem übergeordneten Erlass verknüpfen (globale Intertextualitätshinweise) und solchen, die lediglich Bezüge zwischen einzelnen Passagen der beiden Texte herstellen (lokale Intertextualitätshinweise).

³¹ CHRISTMANN, S. 1095.

³² Ebd.

³³ HAUSENDORF/KESSELHEIM, S. 187.

1. Globale Intertextualitätshinweise

Ein Erlass kann zunächst dadurch kontextualisiert werden, dass dem Leser oder der Leserin signalisiert wird, dass dieser Erlass einen anderen, übergeordneten Erlass konkretisiert. Eine solche Kontextualisierung kann an folgenden Stellen vorgenommen werden: (a) im Erlassitel, (b) im Ingress, (c) in einer Gegenstandsbestimmung und (d) bei den Gliederungsüberschriften.

a) Erlassitel

Der Erlassitel eines untergeordneten Erlasses kann den Bezug zum übergeordneten Erlass, den er konkretisiert, mehr oder weniger explizit zum Ausdruck bringen. Das kann am Beispiel verschiedener kantonaler Umsetzungserlasse zum eidgenössischen Tierschutzgesetz³⁴ veranschaulicht werden:

FR: Tierschutzgesetz³⁵

ZH: Kantonales Tierschutzgesetz³⁶

AI: Einführungsverordnung zum Tierschutzgesetz³⁷

VS: Ausführungsgesetz zum eidgenössischen Tierschutzgesetz³⁸

AG: Verordnung über den Vollzug der eidgenössischen Tierschutzgesetzgebung³⁹

Der Kanton *Fribourg* bringt den Bezug zum Bundesgesetz in seinem Umsetzungserlass nur implizit zum Ausdruck, nämlich dadurch, dass das entsprechende kantonale Gesetz gleich benannt ist wie der eidgenössische Erlass, den es konkretisiert. Die Intertextualität des untergeordneten Erlasses ist hier wenig transparent.

Etwas deutlicher kommt der Bezug zum übergeordneten Recht im Titel des Tierschutzgesetzes des Kantons *Zürich* zum Ausdruck. Er macht durch den Zusatz «kantonal» explizit, auf welcher Staatsebene der untergeordnete Erlass

³⁴ Tierschutzgesetz vom 16. Dezember 2005 (TSchG), SR 455.

³⁵ Tierschutzgesetz [des Kantons Freiburg] vom 20. März 2012 (kTschG), SGF 725.1.

³⁶ Kantonales Tierschutzgesetz [des Kantons Zürich] vom 2. Juni 1991, LS 554.1.

³⁷ Einführungsverordnung [des Kantons Appenzell Innerrhoden] vom 19.11.1984 zum Tierschutzgesetz (EV TschG), GS 452.010.

³⁸ Ausführungsgesetz [des Kantons Wallis] vom 19. Dezember 2014 zum eidgenössischen Tierschutzgesetz (AGTSchG), SGS 455.1.

³⁹ Verordnung [des Kantons Aargau] vom 7. Juni 1982 über den Vollzug der eidgenössischen Tierschutzgesetzgebung, SAR 393.111.

angesiedelt ist, und impliziert damit, dass es auch noch auf einer anderen Staatsebene ein Tierschutzgesetz gibt.

Einen anderen Weg geht die entsprechende Verordnung des Kantons *Appenzell Innerrhoden*: Ihr Titel nennt nicht die Staatsebene, auf welcher der untergeordnete Erlass angesiedelt ist, sondern die Funktion, die er in Bezug auf den übergeordneten Erlass erfüllt, nämlich die «Einführung» von Bundesrecht.

Neben dem Begriff «Einführung» sind in diesem Zusammenhang auch die Begriffe «Vollziehung», «Vollzug» und «Ausführung» in Gebrauch. Der Begriff «Ausführung» wird z.B. im Titel des entsprechenden Gesetzes des Kantons *Wallis* verwendet. Dadurch, dass das ausgeführte Tierschutzgesetz mit dem Prädikat «eidgenössisch» spezifiziert wird, macht der Titel zusätzlich klar, dass ein Erlass der übergeordneten Staatsebene ausgeführt wird.

Noch expliziter wird das Verhältnis zwischen übergeordnetem und untergeordnetem Erlass schliesslich im Titel der Verordnung des Kantons *Aargau* zum Ausdruck gebracht. Hier erscheint die Funktion, die der untergeordnete Erlass erfüllt, nicht mehr als Teil der Erlassform («Einführungsgesetz, Ausführungsgesetz»), sondern gehört zur Umschreibung des im Erlass geregelten Gegenstands («über den Vollzug»). Die Formulierung «Tierschutzgesetzgebung» (statt «Tierschutzgesetz») signalisiert zudem, dass die Verordnung potenziell mehrere Bundeserlasse konkretisiert (z.B. neben dem Tierschutzgesetz auch die Tierschutzverordnung).

Werden nur wenige Erlasse vornehmlich derselben Normstufe konkretisiert, werden sie im Erlasstitel des untergeordneten Rechts gelegentlich auch namentlich aufgeführt. Allerdings stösst diese Technik schnell einmal an ihre Grenzen. So ist z.B. der folgende Titel einer Verordnung aus dem Kanton *Glarus* zwar maximal transparent in Bezug auf die Stellung des Erlasses in der Normenhierarchie, aufgrund seiner Komplexität aber wohl dennoch nicht besonders benutzerfreundlich:

Verordnung zum Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch und zum Vollziehungsgesetz zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland.⁴⁰

⁴⁰ Verordnung [des Kantons *Glarus*] vom 2. Juli 2015 zum Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch und zum Vollziehungsgesetz zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (VO EG ZGB und zum Vollziehungsgesetz zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland), GS III B/1/5.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Bezug zum übergeordneten Recht im Erlassstitel des untergeordneten Erlasses an zwei Stellen zum Ausdruck gebracht werden kann, nämlich bei den Bezeichnungen der Erlassform oder des Regelungsgegenstandes:

- *Erlassform*:
z.B. «kantonaies Gesetz», «Ausführungsverordnung», ...
- *Regelungsgegenstand*:
z.B. «zum Bundesgesetz», «über den Vollzug», ...

Dabei ist abzuwägen zwischen Formulierungen, die den Bezug zum übergeordneten Recht transparent machen, dafür aber sperriger sind, und Formulierungen, die kompakter wirken, dafür den Erlass aber weniger deutlich in seinem normativen Umfeld kontextualisieren. Für welche Variante man sich entscheidet, hängt nicht zuletzt auch von den gesetzestechnischen Konventionen ab, die sich im entsprechenden Gemeinwesen herausgebildet haben.

b) Ingress

Der Ingress eines Erlasses kann ebenfalls dazu dienen, einen Erlass zu kontextualisieren. Je nachdem, was die anzuwendenden gesetzestechnischen Richtlinien vorsehen, können im Ingress eines untergeordneten Erlasses die folgenden intertextuellen Bezüge erwähnt werden:

- *Rechtsgrundlage*:
die Bestimmungen des übergeordneten Rechts, die der Behörde in der vorliegenden Sache die Kompetenz zur Rechtsetzung verleihen
- *ausgeführtes Recht*:
die Bestimmungen des übergeordneten Rechts, die im vorliegenden Erlass konkretisiert werden
- *Materialien*:
die Erläuterungen des Organs, das den Erlassentwurf ausgearbeitet hat (z.B. die Botschaft des Bundesrates oder der Bericht der Kommission).

Aus redaktioneller Sicht ist wichtig, dass diese drei Arten intertextueller Beziehungen auch sprachlich deutlich unterschieden werden. Dabei haben sich die folgenden Formeln eingebürgert:

- für die Rechtsgrundalge: «gestützt auf ...»
- für das ausgeführtes Recht: «in Ausführung von ...»
- für die Materialien: «nach Einsicht in ...»

Ein Ingress, in dem alle drei Arten intertextueller Beziehungen erwähnt sind, findet sich z.B. im Umsetzungsgesetz zum Internationalen Übereinkommen zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen:⁴¹

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
gestützt auf die Artikel 54 Absatz 1, 121 Absatz 1, 122 Absatz 1 und 123 Absatz 1 der Bundesverfassung,
in Ausführung des Internationalen Übereinkommens vom 20. Dezember 2006 zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrats vom 29. November 2013,
beschliesst:

Auch im Ingress des Nidwaldner Einführungsgesetzes zur direkten Bundessteuer⁴² wird auf diese Weise ein klarer Unterschied gemacht zwischen der kompetenzbegründenden Norm in der Kantonsverfassung und dem Erlass des übergeordneten Rechts, der ausgeführt wird:

Der Landrat von Nidwalden,
gestützt auf Art. 60 der Kantonsverfassung,
in Ausführung des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG),
beschliesst:

Die Formel «in Ausführung von» wird vor allem dann verwendet, wenn das Recht einer übergeordneten Staatsebene ausgeführt wird. Wenn übergeordnetes Recht derselben Staatsebene ausgeführt wird, wird der Unterschied zwischen kompetenzbegründenden und ausgeführten Normen meist weniger deutlich zum Ausdruck gebracht. So wird z.B. in Bundesgesetzen oft eine eigentlich rein deklaratorische Delegationsnorm eingefügt, die den Bundesrat vermeintlich dazu ermächtigt, die nötigen Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Diese Norm wird dann im Ingress von Vollzugsverordnungen als Rechtsgrund-

⁴¹ Bundesgesetz vom 18. Dezember 2015 zum Internationalen Übereinkommen zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen, SR 150.2.

⁴² Einführungsgesetz [des Kantons Nidwalden] vom 22. März 2020 zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (Einführungsgesetz zur direkten Bundessteuer), NG 531.1.

lage angeführt, obwohl sie das eigentlich gar nicht ist. Die Kompetenz zum Vollzug von Bundesgesetzen hat der Bundesrat bereits aufgrund von Artikel 182 Absatz 2 der Bundesverfassung.⁴³

Fehlt in einem Bundesgesetz eine solche deklaratorische Delegationsnorm, so wird im Ingress der Vollzugsverordnung üblicherweise der ganze Erlass, der ausgeführt wird, als vermeintliche Rechtsgrundlage genannt. Ein Beispiel dafür findet sich etwa im Ingress der Sprachenverordnung:⁴⁴

Der Schweizerische Bundesrat,
gestützt auf das Sprachengesetz vom 5. Oktober 2007 (SpG),
verordnet:

Auch diese Praxis gibt die tatsächlichen Verhältnisse nicht präzise wieder, denn es werden hier zwei Arten von Intertextualität vermischt. Genau genommen stellt die obige Formulierung des Ingresses der Sprachenverordnung nämlich eine Kurzformel dar. Wollte man sowohl die Rechtsgrundlage als auch den ausgeführten Erlass transparent machen, müsste der Ingress wie folgt lauten:

Der Schweizerische Bundesrat,
gestützt auf Artikel 182 Absatz 2 der Bundesverfassung,
in Ausführung des Sprachengesetzes vom 5. Oktober 2007 (SpG),
verordnet:

Im Sinne der Verständlichkeit sollte die Gesetzesredaktion, wenn immer möglich, die realen rechtlichen Verhältnisse im Text abbilden und keine «redaktionellen Tricks» anwenden, die die tatsächlichen Gegebenheiten verschleiern. Die beschriebene Praxis des Bundes entspricht diesem Grundsatz nur bedingt.

c) Gegenstandsbestimmung

Die Verbindung zum übergeordneten Erlass kann auch in einer Gegenstandsbestimmung zum Ausdruck gebracht werden. Es kann darauf hingewiesen werden, dass der untergeordnete Erlass einen übergeordneten Erlasses vollzieht. Ein Beispiel dafür findet man etwa im ersten Artikel der bundesrätlichen Verordnung über die verdeckte Ermittlung:⁴⁵

⁴³ Vgl. TSCHANNEN, § 46 Rz. 22 f.

⁴⁴ Verordnung vom 4. Juni 2010 über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften (Sprachenverordnung, SpV), SR 441.11.

⁴⁵ Verordnung vom 10. November 2004 über die verdeckte Ermittlung (VVE), SR 312.81.

Art. 1 Gegenstand

¹ Diese Verordnung enthält die Ausführungsbestimmungen zur verdeckten Ermittlung nach den Artikeln 286–298 StPO.

Dabei ist allerdings darauf zu achten, dass eine solche Gegenstandsbestimmung nicht fälschlicherweise als Zweckbestimmung bezeichnet wird.⁴⁶ Das ist zum Beispiel beim Glarner Einführungsgesetz zum Gewässerschutzgesetz⁴⁷ passiert:

Art. 1 Zweck

Dieses Gesetz regelt den Vollzug des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer (GSchG) und seiner Ausführungserlasse, insbesondere die Aufgabenverteilung zwischen dem Kanton und den Gemeinden.

Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine Gegenstands- und nicht um eine Zweckbestimmung. Im Gegensatz zu Gegenstandsbestimmungen haben Zweckbestimmungen die Funktion, das Ziel zu nennen, das der Gesetzgeber mit einem Erlass erreichen will (sog. *ratio legis*). Der Gesetzgeber kann damit die spätere Auslegung der Bestimmungen steuern.⁴⁸ Vollzugserlasse können aber *per definitionem* gar keinen eigenen Zweck haben, denn sie dienen ja gerade dazu, die Bestimmungen des übergeordneten Erlasses im Sinne des dort definierten Zweckes umzusetzen. Der für das Glarner Einführungsgesetz massgebliche Zweck ist denn auch im eidgenössischen Gewässerschutzgesetz⁴⁹ festgehalten:

Art. 1 Zweck

Dieses Gesetz bezweckt, die Gewässer vor nachteiligen Einwirkungen zu schützen. Es dient insbesondere:

- a. der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen;
- b. der Sicherstellung und haushälterischen Nutzung des Trink- und Brauchwassers;
- c. der Erhaltung natürlicher Lebensräume für die einheimische Tier- und Pflanzenwelt;

[...].

Artikel 1 des Einführungsgesetzes zum Gewässerschutzgesetz hätte also mit «Gegenstand» überschrieben werden sollen.

⁴⁶ Vgl. HÖFLER, Diskursstruktur, Rz. 26.

⁴⁷ Einführungsgesetz [des Kantons Glarus] vom 7. Mai 1995 zum Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Einführungsgesetz zum Gewässerschutzgesetz, EG GschG), GS VIII B/21/1.

⁴⁸ Vgl. LÖTSCHER, Zweckartikel.

⁴⁹ Bundesgesetz vom 28. Oktober 1998 über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG), SR 814.201.

d) Gliederungsüberschriften

Irgendwo zwischen den globalen und den lokalen Intertextualitätshinweisen ist die Technik anzusiedeln, einzelne Textsegmente (z.B. Kapitel, Abschnitte, Artikel) mithilfe eines Klammerverweises unter der Gliederungsüberschrift mit den Bestimmungen des übergeordneten Erlasses zu verknüpfen, die konkretisiert werden. Ein solches Vorgehen erlauben z.B. die gesetzestechnischen Richtlinien des Bundes.⁵⁰ In Artikel 29 Absatz 3 des Arbeitsgesetzes⁵¹ findet sich etwa die folgende Bestimmung:

Die Verwendung Jugendlicher für bestimmte Arbeiten kann zum Schutze von Leben und Gesundheit oder zur Wahrung der Sittlichkeit durch Verordnung untersagt oder von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht werden.

Diese Bestimmung wird in Artikel 6 der Jugendarbeitsschutzverordnung⁵² weiter ausgeführt; die Verbindung zum übergeordneten Recht wird dabei durch einen Verweis unter der Sachüberschrift sichtbar gemacht:

Art. 6 Arbeit in Betrieben der Filmvorführung sowie in Zirkus- und Schaustellerbetrieben
(Art. 29 Abs. 3 ArG)

Jugendliche unter 16 Jahren dürfen nicht beschäftigt werden für die Arbeit in Betrieben der Filmvorführung sowie in Zirkus- und Schaustellerbetrieben. [...]

Dieses gesetzestechnische Instrument macht es auch möglich, ganze Abschnitte und Kapitel einer übergeordneten Bestimmung zuzuordnen, so z.B. den 5. Abschnitt der Jugendarbeitsschutzverordnung, in dem Artikel 29 Absatz 4 des Arbeitsgesetzes konkretisiert wird:

5. Abschnitt: Ärztliches Zeugnis
(Art. 29 Abs. 4 ArG)

Es können auf diese Weise auch mehrere Bestimmungen des übergeordneten Rechts mit einer Bestimmung des untergeordneten Rechts verknüpft werden. Das ist z.B. bei Artikel 20 der Jugendarbeitsschutzverordnung der Fall:

⁵⁰ Gesetzestechnische Richtlinien des Bundes (GTR), Rz. 240.

⁵¹ Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG), SR 822.11.

⁵² Verordnung 5 vom 28. September 2007 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, ArGV 5), SR 822.115.

Art. 20 Eidgenössische Arbeitskommission

(Art. 29 Abs. 3 und 43 Abs. 2 ArG)

Die Eidgenössische Arbeitskommission überprüft alle fünf Jahre die Departementsverordnung nach Artikel 4 Absatz 3 und gibt diesbezügliche Empfehlungen ab.

Die beschriebene Technik erlaubt es, den untergeordneten Erlass gleich zu gliedern wie den übergeordneten Erlass, auch wenn er den Bestimmungen des übergeordneten Erlasses nur punktuell etwas hinzufügt. Ein Beispiel dafür ist die Sprachenverordnung, die gleich aufgebaut ist wie das Sprachengesetz, in den einzelnen Abschnitten aber nur vereinzelt Ergänzungen zu jenem enthält. Dank der Klammerverweise unter den Sachüberschriften erscheint der Text dennoch nicht inkohärent: Es wird klar, dass seine Bestimmungen im Kontext des übergeordneten Textes zu lesen sind.

2. Lokale Intertextualitätshinweise

Wie funktioniert die Kontextualisierung nun aber auf der Ebene der einzelnen Norm? Wie können Normen, die an übergeordnetes Recht anknüpfen, formuliert werden, ohne dass das übergeordnete Recht wiederholt werden muss? Diese Frage hat sich z.B. bei der folgenden Bestimmung aus dem Entwurf zur Auslandschweizerverordnung (V-ASG)⁵³ gestellt:

Auslandschweizerinnen und -schweizer, die ihre politischen Rechte ausüben wollen, melden dies entweder schriftlich oder durch persönliche Vorsprache der zuständigen Vertretung.

Die Formulierung der Bestimmung suggeriert, dass hier geregelt wird, wie Auslandschweizerinnen und -schweizer vorzugehen haben, wenn sie ihre politischen Rechte ausüben wollen. Erst der Blick in das übergeordnete Recht zeigt, dass das nicht der Fall ist: Ein grosser Teil dessen, was in dieser Bestimmungsbestimmung vermeintlich geregelt wird, ist nämlich bereits in Artikel 19 Absatz 1 des Auslandschweizergesetzes (ASG)⁵⁴ geregelt:

Auslandschweizerinnen und -schweizer, die ihre politischen Rechte ausüben wollen, melden dies ihrer Stimmgemeinde über die zuständige Vertretung.

⁵³ Verordnung vom 7. Oktober 2015 über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandschweizerverordnung, V-ASG), SR 195.11.

⁵⁴ Bundesgesetz vom 26. September 2014 über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandschweizergesetz, ASG), SR 195.1.

In Tat und Wahrheit regelt die Verordnungsbestimmung also lediglich die Modalitäten der Meldung bei der zuständigen Vertretung, nämlich dass diese entweder «schriftlich oder durch persönliche Vorsprache» zu erfolgen hat. Die oben angeführte Formulierung bringt diese Tatsache aber zu wenig klar zum Ausdruck. Hätte man die Formulierung so belassen, wären die typischen Probleme entstanden, die auftreten, wenn Bestimmungen des übergeordneten Rechts in untergeordnetem Recht wiederholt werden.

Welche Alternativen stehen in einem solchen Fall zur Verfügung? Es sind dies insbesondere (a) die Anpassung der Satzstellung an die Informationsstruktur der Norm, (b) die Bezugnahme auf die Bestimmung des übergeordneten Rechts mit einem Verweis, und, wenn es wirklich nicht anders geht, (c) das Aufführen eines Zitats mit Zitatnachweis. Im Folgenden wird aufgezeigt, wie diese Alternativen für den vorliegenden Fall aussehen könnten.

a) Satzstellung

Eine nur minimal invasive Alternative zur ursprünglichen Formulierung besteht darin, die Satzstellung der Bestimmung an die Informationsstruktur anzupassen, also daran, was bereits bekannte und was neue Information ist.⁵⁵ In deutschsprachigen Sätzen gilt das Prinzip, dass bereits bekannte Information eher am Satzanfang und neue Information eher am Satzende steht.⁵⁶ Setzt man dieses Prinzip für die erwähnte Bestimmung um, nämlich indem man die Information, die in dieser Bestimmung neu ist, ans Satzende schiebt, so ergibt sich die folgende Formulierung:

Auslandschweizerinnen und -schweizer, die ihre politischen Rechte ausüben wollen, melden dies der zuständigen Vertretung entweder schriftlich oder durch persönliche Vorsprache.

Jetzt macht die Satzstellung der Bestimmung deutlich, dass der Fokus der Bestimmung auf den Modalitäten der Meldung liegt und nicht auf der Meldung an sich. Diese Umformulierung findet sich denn auch in der verabschiedeten Fassung der Auslandschweizerverordnung.

⁵⁵ Vgl. HÖFLER, Informationsstruktur, S. 233 ff.

⁵⁶ Ebd., S. 234.

b) Verweis

Noch deutlicher kommt der Fokus einer Regelung zum Ausdruck, wenn auf Bestimmung des übergeordneten Rechts, die konkretisiert wird, nur verwiesen wird. So ist noch besser erkennbar, dass die Bestimmung des übergeordneten Rechts bereits existiert und nicht erst durch den vorliegenden Text eingeführt wird. Die Verweisung kann rein sprachlicher Natur sein.⁵⁷ Für die erwähnte Bestimmung ergäbe sich z.B. die folgende Formulierung:

Die Anmeldung für die Ausübung der politischen Rechte erfolgt entweder schriftlich oder durch persönliche Vorsprache.

Indem diese Formulierung mit einer Nominalisierung («die Anmeldung für die Ausübung der politischen Rechte») auf das bereits im übergeordneten Erlass Geregelte verweist, signalisiert sie dem Leser, dass dieser Teil der Norm bereits gegeben ist. Als neu erscheint nur die Information, die nach dem Kopulaverb «erfolgt» angeführt ist.

Lässt sich die übergeordnete Bestimmung mit einer rein sprachlichen Verweisung nicht genügend genau identifizieren, so kann sie mit einem metatextuellen Verweis auf die Fundstelle genauer spezifiziert werden:

Die Anmeldung für die Ausübung der politischen Rechte nach Artikel 19 Absatz 1 ASG erfolgt entweder schriftlich oder durch persönliche Vorsprache.

Auch bei Verwendung eines metatextuellen Verweises sollte aber immer bereits in der Verweisungsnorm ersichtlich sein, was in der Bestimmung des übergeordneten Rechts, auf die verwiesen wird, geregelt ist. Sogenannte «nackte» Verweise wie in der folgenden Formulierung sind zu vermeiden:⁵⁸

Die Anmeldung nach Artikel 19 Absatz 1 ASG erfolgt entweder schriftlich oder durch persönliche Vorsprache.

Bei dieser Formulierung kann die Leserin nicht erkennen, von welcher Art von Anmeldung die Rede ist, solange sie den Verweis nicht nachgeschlagen hat. Die Verständlichkeit des Verordnungstextes ist beeinträchtigt.

Gelegentlich kann es aus Gründen der Benutzerfreundlichkeit angezeigt sein, die Fundstelle im übergeordneten Recht mit einem Komfortverweis in Klammern anzugeben, obwohl die entsprechende Bestimmung sprachlich eigentlich eindeutig identifiziert ist:

⁵⁷ Vgl. HÖFLER, Verweise, S. 331 ff.

⁵⁸ Vgl. HÖFLER, Verweise, S. 342 f. sowie DEBUS, S. 103; KARPEN, S. 166; MÜLLER, S. 179.

Die Anmeldung für die Ausübung der politischen Rechte (Art. 19 Abs. 1 ASG) erfolgt entweder schriftlich oder durch persönliche Vorsprache.

Dieses Mittel sollte allerdings nur sehr sparsam verwendet werden. Im Grundsatz sind solche nicht normativen Verweise zu vermeiden, weil der Text dadurch schnell einmal überladen wirkt und Zweifel über den rechtlichen Status des Verweises auftreten können.⁵⁹

c) Zitat

In ganz seltenen Fällen ist es auch mit den erwähnten Instrumenten nicht möglich, das untergeordnete Recht in kohärenter Weise zu formulieren, ohne eine Bestimmung aus dem übergeordneten Recht zu wiederholen. Als *ultima ratio* kann dann im untergeordneten Recht ein Zitat eingefügt werden.⁶⁰ Dabei sind aber immer zwei Dinge zu beachten: Erstens muss die übergeordnete Norm wortgetreu zitiert werden – bereits kleinste Abweichungen in der Formulierung können später zu Auslegungsschwierigkeiten führen – und zweitens muss das Zitat als solches gekennzeichnet werden, indem ihm in Klammern ein Verweis auf die Stelle angefügt wird, der es entnommen ist. Für die erwähnte Bestimmung sähe das wie folgt aus:

Auslandschweizerinnen und -schweizer, die ihre politischen Rechte ausüben wollen, melden dies ihrer Stimmgemeinde über die zuständige Vertretung (Art. 19 Abs. 1 erster Satz ASG). Die Meldung erfolgt entweder schriftlich oder durch persönliche Vorsprache.

Der Klammerverweis hinter dem ersten Satz signalisiert, dass die vorausgehende Bestimmung einer anderen Normstufe angehört als der Rest des Textes. So wird vermieden, dass der Ordnungsgeber versucht ist, die Bestimmung in Eigenregie abzuändern, und es wird verhindert, dass die Bestimmung in einem allfälligen Rechtsstreit versehentlich für Verordnungsrecht gehalten wird, obwohl es sich dabei um Gesetzesrecht handelt.

⁵⁹ Vgl. HÖFLER, Verweise, S. 327 ff.

⁶⁰ Ein solches Zitat findet man etwa in Artikel 5 Absatz 2 erster Halbsatz des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO), SR 251.1.

V. Fazit

Die ausgeprägte Intertextualität von Erlasstexten stellt für die Gesetzesredaktion eine Herausforderung dar: Sie muss sicherstellen, dass diese Texte trotzdem verständlich sind. In Rechtssystemen mit mehreren Ebenen – seien es mehrere Staatsebenen oder einfach nur mehreren Normstufen – ist diese Herausforderung ganz besonders akzentuiert: Erlasse, deren primäre Funktion es ist, übergeordnetes Recht punktuell zu konkretisieren, wirken auf den ersten Blick oft fragmentarisch und inkohärent. Oft macht es erst der Blick ins übergeordnete Recht möglich, dem Text einen Sinn abzugewinnen. Damit dies gelingt, muss der Text hinlänglich kontextualisiert sein. Die Leserinnen und Leser müssen erkennen können, vor welchem textuellen Hintergrund die Bestimmungen des Textes zu verstehen sind.

Glücklicherweise steht der Gesetzesredaktion ein reichhaltiges Instrumentarium zur Verfügung, um eine solche Kontextualisierung zu erreichen. Untergeordnete Erlasse können mittels Erlasstitel, Ingress und Gegenstandsbestimmungen global zum übergeordneten Recht in Bezug gesetzt werden. Einzelne Kapitel, Abschnitte und Artikel können mithilfe von Klammerverweisen unter den Gliederungsüberschriften mit den Bestimmungen verbunden werden, die sie konkretisieren. Selbst zur Wiederholung von Bestimmungen des übergeordneten Rechts gibt es in den allermeisten Fällen Alternativen: die Anpassung des Satzbaus an die Informationsstruktur der Norm, das Verweisen auf die übergeordnete Bestimmung und – als *ultima ratio* – das Einfügen eines Zitats mit Zitatnachweis.

Bei allen diesen Instrumenten ist darauf zu achten, dass eine gute Balance gefunden wird zwischen Transparenz und Explizitheit auf der einen und Knappheit und einer gewissen Griffigkeit auf der anderen Seite. Es ist nicht immer leicht, die verschiedenen Anforderungen, die Artikel 7 des Sprachengesetzes an die Gesetzesredaktion stellt, in Einklang zu bringen und Erlasse in einer sachgerechten, klaren und bürgerfreundlichen Sprache zu formulieren. Das richtige Mass muss für jeden Fall neu bestimmt werden.

Literatur

- AUSTIN, JOHN L., *How to Do Things with Words*, Cambridge MA 1962
- BAUMANN, ANTIJE, Bedeutung in Gesetzen: Wie man eine spezielle Textsorte mit korpuslinguistischen Mitteln verständlicher machen könnte, in: Vogel, Friedemann (Hrsg.), *Zugänge zur Rechtssemantik*, Berlin 2015, S. 254 ff.
- BEAUGRANDE, ROBERT-ALAIN DE/DRESSLER, WOLFGANG U., *Einführung in die Textlinguistik*, Tübingen 1981
- BLÜHDORN, HARDARIK, Textverstehen und Intertextualität, in: Blühdorn, Hardarik/Breindl, Eva/Wassner, Ulrich Hermann (Hrsg.), *Text – Verstehen: Grammatik und darüber hinaus*, Berlin 2006, S. 277 ff.
- BRINKER, KLAUS, *Linguistische Textanalyse: Eine Einführung in Grundbegriffe und Methode*, 7. Aufl., Berlin 2010
- BUSSE, DIETRICH, *Das Recht als Text: Linguistische Untersuchungen zur Arbeit mit Sprache in einer gesellschaftlichen Institution*, Tübingen 1992
- BUSSMANN, HADUMOD, *Lexikon der Sprachwissenschaft*, 3. Aufl., Stuttgart 2002
- CHRISTMANN, URSULA, Rhetorisch-stilistische Aspekte moderner Verstehens- und Verständlichkeitsforschung, in: Fix, Ulla/Gardt, Andreas/Knape, Joachim (Hrsg.), *Rhetorik und Stilistik: Ein internationales Handbuch historischer und systematischer Forschung*, HSK 31.1, Berlin 2008, S.1092 ff.
- DEBUS, ALFRED G., *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, Berlin 2008
- FIX, ULLA, Aspekte der Intertextualität, in: Brinker, Klaus/Antos, Gerd/Heinemann, Wolfgang/Sager, Sven F. (Hrsg.), *Text- und Gesprächslinguistik: Ein internationales Handbuch zeitgenössischer Forschung*, HSK 16.1, Berlin 2000, S. 449 ff.
- Gesetzestechische Richtlinien des Bundes (GTR), hrsg. Schweizerische Bundeskanzlei, Bern 2019, URL: www.bk.admin.ch > Dokumentation > Rechtsetzungsbegleitung > Gesetzestechische Richtlinien GTR
- GRÜTER, BARBARA/NUSSBAUMER, MARKUS, Redaktionelle Aspekte bei der Übernahme von EU-Recht, in: Uhlmann, Felix/Höfler, Stefan (Hrsg.), *Rechtsetzung im Mehrebenensystem*, Zürich 2020
- HAUSENDORF, HEIKO/KESSELHEIM, WOLFGANG, *Textlinguistik fürs Examen*, Göttingen 2008
- HAUSENDORF, HEIKO/KESSELHEIM, WOLFGANG/KATO, HILOKO/BREITHOLZ, MARTINA, *Textkommunikation: Ein textlinguistischer Neuanfang zur Theorie und Empirie der Kommunikation mit und durch Schrift*, Berlin 2017
- HÖFLER, STEFAN, Die Redaktion von Verweisen unter dem Aspekt der Verständlichkeit, *LeGes* 2015/2, S. 325 ff.
- HÖFLER, STEFAN, Die Informationsstruktur von Rechtssätzen und ihre Bedeutung für die Gesetzesredaktion, *LeGes* 2016/2, S. 225 ff.
- HÖFLER, STEFAN, Zur Diskursstruktur von Gesetzestexten: Satzübergreifende Bezüge als Problem der Gesetzesredaktion, *Zeitschrift für Europäische Rechtslinguistik (ZERL)* 2017, URN: urn:nbn:de:hbz:38-78526
- HÖFLER, STEFAN, Das Legalitätsprinzip in der Gesetzessprache, in: Uhlmann, Felix (Hrsg.), *Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre*, Zürich 2017, S. 143 ff.

- HÖFLER, STEFAN, Gute Gesetzessprache aus dem Blickwinkel der Sprachwissenschaft: Rechtsetzung im Lichte linguistischer Verstehens- und Verständlichkeitsforschung, in: Uhlmann, Felix/Höfler, Stefan (Hrsg.), Gute Gesetzessprache als Herausforderung für die Rechtsetzung, Zürich/St. Gallen 2018, S. 35 ff.
- HÖFLER, STEFAN, Gute Gesetzessprache aus dem Blickwinkel der Verwaltung: Die Redaktionskommission der schweizerischen Bundesverwaltung, in: Uhlmann, Felix/Höfler, Stefan (Hrsg.), Gute Gesetzessprache als Herausforderung für die Rechtsetzung, Zürich/St. Gallen 2018, S. 65 ff.
- HÖFLER, STEFAN, Müssen oder nicht müssen? Die Modalität von Rechtssätzen aus redaktioneller Sicht, LeGes 2019/2
- KARPEN, ULRICH, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, Berlin 1970
- LINKE, ANGELIKA/NUSSBAUMER, MARKUS, Intertextualität: Linguistische Bemerkungen zu einem literaturwissenschaftlichen Textkonzept, in: Antos, Gerd/Tietz, Heike (Hrsg.), Die Zukunft der Textlinguistik: Tradition, Transformationen, Trends, Tübingen 1997, S. 109 ff.
- LÖTSCHER, ANDREAS, Der Stellenwert der Verständlichkeit in einer Hierarchie der kommunikativen Werte von Gesetzen, Bulletin suisse de linguistique appliquée 62/1995, S. 109 ff.
- LÖTSCHER, ANDREAS, Zweckartikel – zwecklos? LeGes 1996/1, S. 91 ff.
- MÜLLER, HANSWERNER, Handbuch der Gesetzgebungstechnik, 2. Aufl., Köln 1968
- MÜLLER, GEORG/UHLMANN, FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013
- NUSSBAUMER, MARKUS, Textlinguistik für die Gesetzgebung, in: Veronesi, Daniela (Hrsg.), *Linguistica giuridica italiana e tedesca/Rechtslinguistik des Deutschen und Italienischen*, Padova 2000, S. 195 ff.
- NUSSBAUMER, MARKUS, Der Verständlichkeit eine Anwältin! Die Redaktionskommission der schweizerischen Bundesverwaltung und ihre Arbeit an der Gesetzessprache, in: Eichhoff-Cyrus, Karin M./Antos, Gerd (Hrsg.), *Verständlichkeit als Bürgerrecht? Die Rechts und Verwaltungssprache in der öffentlichen Diskussion*, Mannheim 2008, S. 301 ff.
- SCHNOTZ, WOLFGANG, Aufbau von Wissensstrukturen: Untersuchungen zur Kohärenzbildung bei Wissenserwerb mit Texten, Weinheim 1994
- SEARLE, JOHN R., *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge 1969
- TSCHANNEN, PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4. Aufl., Bern 2016
- UHLMANN, FELIX/HOFSTETTER, DAVID, Die Verordnung aus dem Blickwinkel der Rechtssetzungslehre, ZBl 113/2012, S. 455 ff.
- Zürcher Richtlinien der Rechtsetzung, hrsg. Regierungsrat des Kantons Zürich, Zürich 2005

Schwerpunkt Europarecht

Schweizerisches Europarecht

Matthias Oesch

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	59
II. Bilaterale Abkommen Schweiz-EU	60
1. Übersicht	60
a) Entstehung und Grundzüge	60
b) Typologie und Weiterentwicklung	62
c) Durchführung und Auslegung	65
2. Europäisierung des schweizerischen Rechts	68
a) Diplomanerkennung	68
b) Schengen/Dublin	71
III. Autonomer Nachvollzug	73
1. Übersicht	73
a) Grundsatz und Zielsetzung	73
b) Verhältnis zur Rechtsvergleichung	75
2. Europäisierung des schweizerischen Rechts	76
a) Technische Vorschriften	76
b) Datenschutz und Finanzmarkt	79
IV. Epilog	81
Literatur	82

I. Einleitung

Die Schweiz teilt mit der EU politisch, gesellschaftlich und kulturell gemeinsame Grundwerte. Die geographische Lage inmitten Europas verschafft ihr in Verkehrsfragen eine zentrale Stellung. Rund zwei Drittel der ständigen ausländischen Wohnbevölkerung kommt aus der EU. Auch die wirtschaftliche Vernetzung ist gross. Knapp 52% aller Exporte aus der Schweiz werden in den EU-Raum geliefert. Rund 70% aller Importe in die Schweiz stammen aus dem EU-Raum. Studien schätzen, dass die Schweiz – als Drittstaat! – pro Kopf von allen europäischen Staaten am meisten von der Errichtung des Binnenmarktes

profitiert hat.¹ Entsprechend ist die Schweiz von den Entwicklungen in der EU direkt betroffen. Dies gilt auch für das Recht. Das unionale Recht beeinflusst das schweizerische Recht massgeblich; letzteres wird zunehmend europäisiert. Dieser Prozess erfolgt wenig systematisch, kraft völkerrechtlicher Anbindung ebenso wie kraft selbstgewählter Anpassung. Im Vergleich zur Situation in den Mitgliedstaaten der EU gestaltet sich die Einwirkung komplexer, weil der Prozess weniger transparent und bewusst erfolgt und sich verfassungsrechtlich in einem Graubereich abspielt.²

Dieser Beitrag skizziert die Etappen und Merkmale der Europäisierung des schweizerischen Rechts. Er zeigt auf, wie die Durchführung der bilateralen Abkommen und der autonome Nachvollzug dazu führen, dass das EU-Recht sektoriell auch in der Schweiz zum gelebten *ius commune* wird. Es entsteht eine neue Rechtskategorie: das schweizerische Europarecht.

II. Bilaterale Abkommen Schweiz-EU

Die Schweiz ist mit der EU durch eine Vielzahl von Staatsverträgen verbunden. Dazu gehören rund zwanzig Hauptabkommen und über hundert weniger bekannte Abmachungen in der Form von Sekundärabkommen.³

1. Übersicht

a) Entstehung und Grundzüge

Ausgangspunkt und Grundlage der bilateralen Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU bildet das Freihandelsabkommen von 1972. Dieses Abkom-

¹ Bertelsmann Stiftung, Ökonomische Effekte des EU-Binnenmarktes in Europas Ländern und Regionen, 2019; vgl. für die erwähnten Zahlen <https://www.eda.admin.ch/dea>.

² Die schweizerische Bundesverfassung folgt der Tradition «introvertierter» Verfassungsgebung; zur schweizerischen Europapolitik schweigt sie gänzlich; vgl. auch JENNI, *passim*, welche die Integration der Schweiz politikwissenschaftlich aufarbeitet.

³ Siehe zur Entwicklung und zu den Grundzügen des Bilateralismus zwischen der Schweiz und der EU COTTIER et al., *passim*; FREIBURGHANUS, *passim*; JAAG/HÄNNI, Rz. 4001–4149; KADDOUS, *passim*; OESCH/BURGHARTZ, *passim*; OESCH, Europarecht, Rz. 894–936; THÜRER et al., *passim*; TOBLER/BEGLINGER, *passim*.

men wurde von den EFTA-Mitgliedstaaten gemeinsam ausgehandelt und zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und jedem EFTA-Mitgliedstaat bilateral in Kraft gesetzt. Im Bereich des wirtschaftlich stetig wichtiger werdenden Dienstleistungssektors führten langwierige Verhandlungen 1989 zum Abschluss des Abkommens betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung.

Nach der Ablehnung des Beitritts zum EWR durch Volk und Stände 1992 bekannte sich der Bundesrat *faute de mieux* zum bilateralen Weg – dem schweizerischen «Königsweg», wie er in bisweilen mystischer Überhöhung betitelt wird:

- 1999 wurden die «Bilateralen I» unterzeichnet. Dazu gehören sieben Abkommen, welche – mit Ausnahme des Forschungsabkommens – das Freihandelsabkommen von 1972 und das Versicherungsabkommen von 1989 durch eine schrittweise und kontrollierte gegenseitige Marktöffnung ergänzen (Abkommen über die Personenfreizügigkeit; Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen; Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens; Abkommen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen; Abkommen über den Luftverkehr; Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Straße; Forschungsabkommen). Die Bilateralen I sind durch eine Guillotine-Klausel verbunden: Die Beendigung eines Abkommens führt automatisch zur Beendigung der restlichen Abkommen. Damit wurde dem Begehren der EU entsprochen, ein ausgewogenes Gesamtergebnis zu erzielen.
- Weitere Verhandlungen primär über *leftovers*, für welche im Rahmen der Bilateralen I keine Einigung erzielt werden konnte, führten 2004 zur Unterzeichnung der «Bilateralen II». Dieses Paket umfasst neun Abkommen, welche über den hauptsächlich wirtschaftlichen Rahmen der Bilateralen I hinausgehen und auch Bereiche der politischen und wissenschaftlichen Zusammenarbeit betreffen (Abkommen über die Zinsbesteuerung; Abkommen über die Zusammenarbeit zur Betrugsbekämpfung; Abkommen über die Doppelbesteuerung der in der Schweiz wohnhaften pensionierten EU-Beamten; Abkommen über landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse; Abkommen über die Zusammenarbeit im Bereich der Statistik; Abkommen über die Teilnahme an der Europäischen Umweltagentur und EIONET; MEDIA-Abkommen; Schengen- und Dublin-Abkommen). Die Verhandlungen beruhten zwar auf dem Prinzip des angemessenen Parallelismus. Gleichwohl sind die Abkommen – mit Ausnahme der Schengen/Dublin-Abkommen – nicht durch eine Guillotine-Klausel verbunden.

Nach dem erfolgreichen Abschluss und der schrittweisen Inkraftsetzung der Bilateralen II haben die Schweiz und die EU punktuell weitere Abkommen abgeschlossen und *Memoranda of Understanding* unterzeichnet (MoU zur Beteiligung an der Kohäsionspolitik der EU; Abkommen über Zollerleichterung und Zollsicherheit [Zollabkommen]; Abkommen zum Schutz von Ursprungsbezeichnungen und geografischen Angaben für Agrarerzeugnisse; Abkommen über die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden; MoU zur Beilegung des Steuerstreits; Abkommen über den automatischen Informationsaustausch im Steuerbereich; Abkommen zur Verknüpfung der jeweiligen Systeme für den Emissionshandel; diverse Abkommen über die Teilnahme der Schweiz an Europäischen Agenturen, Einrichtungen und Programmen).

Verhandlungen und exploratorische Gespräche über weitere Themen laufen.⁴ Im Vordergrund steht der geplante Abschluss eines institutionellen Abkommens; die EU hat klargestellt, dass sie ein solches Abkommen als *conditio sine qua non* betrachtet für den Abschluss weiterer Marktzugangsabkommen, mit denen die Schweiz am Binnenmarkt teilnimmt.⁵

b) Typologie und Weiterentwicklung

Der *Acquis* Schweiz-EU ist auffällig unübersichtlich und wenig systematisch aufgebaut. Er lässt eine kohärente Konzeption und Koordination vermissen. Die politische Machbarkeit bestimmt den Sachbereich und Zeitpunkt der staatsvertraglichen Annäherung. Wenig überraschend folgen die bilateralen Abkommen keinem gemeinsamen Grundmuster. Sie unterscheiden sich in Bezug auf die Ziele, welche sie verfolgen, und damit insbesondere auch in Bezug auf den Grad der Integration der Schweiz in den unionalen Rechtsraum, der damit einhergeht:

- Das Freihandelsabkommen stellt ein klassisches Handelsabkommen dar. Es regelt den gegenseitigen Marktzugang und beabsichtigt nicht, die Schweiz in den unionalen Binnenmarkt zu integrieren. Es ist statisch ausgestaltet und bedarf für das ordnungsgemässe Funktionieren keiner periodischen Weiterentwicklung.

⁴ Siehe für eine Übersicht <https://www.eda.admin.ch/dea> (besucht am 1. Juni 2020) und Link zu Verhandlungen und offenen Themen.

⁵ Der Entwurf dieses Abkommens ist einsehbar unter <https://www.eda.admin.ch/dea> (besucht am 1. Juni 2020) und Link zu Verhandlungen und offenen Themen; s. dazu OESCH, Europarecht, Rz. 963–971; EPINEY, *passim*.

- Diverse Abkommen – wie das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen und das Landwirtschaftsabkommen – ergänzen das Freihandelsabkommen und bezwecken die weitere Erleichterung des Warenhandels, ohne eine sektorielle Integration der Schweiz in den unionalen Rechtsraum anzustreben. Solche Liberalisierungsabkommen beruhen – zumindest partiell – auf EU-Recht.
- Einige Abkommen – wie das Freizügigkeitsabkommen, das Luftverkehrsabkommen und die Schengen/Dublin-Abkommen – bezwecken die sektorielle Integration der Schweiz in den unionalen Binnenmarkt durch die weitgehende Angleichung des schweizerischen Rechts an dasjenige der EU.⁶ Sie räumen der Schweiz in Bezug auf die vereinbarten Rechte und Pflichten eine mitgliedstaatsähnliche Stellung ein. Gemäss EuGH werden mit dem Freizügigkeitsabkommen die Rechte auf die Personen und Unternehmen in der Schweiz «ausgedehnt»⁷, womit die Schweiz punktuell «einem Mitgliedstaat gleichzustellen»⁸ ist. Diese Abkommen beruhen auf EU-Recht und verweisen extensiv auf EU-Rechtsakte. Die Behörden sind gehalten, die Praxis des EuGH zur Auslegung von Parallelbestimmungen im EU-Recht zu berücksichtigen.
- Diverse Abkommen regeln die Zusammenarbeit der Schweiz und der EU in ausgewählten Politikbereichen oder ermöglichen der Schweiz, sich an Agenturen, sonstigen Einrichtungen und Programmen der EU zu beteiligen.
- Das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens baut im Wesentlichen auf dem WTO-Recht auf.

Bei denjenigen Abkommen, welche auf EU-Rechtsakte verweisen, ist die Schweiz verpflichtet, die referenzierten Rechtsakte oder – zumindest auf dem Papier – gleichwertige Rechte und Pflichten anzuwenden. Diese Abkommen müssen im Einklang mit der Rechtsentwicklung in der EU zudem periodisch aufdatiert werden, um das ordnungsgemässe Funktionieren nicht zu gefähr-

⁶ Der Bundesrat billigt dem Luftverkehrsabkommen die Qualität eines «partiellen Integrationsvertrags» zu, auch unter Verweis auf die abkommensspezifischen institutionellen Vorgaben; Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128, 6156.

⁷ Urteil Vereinigtes Königreich/Rat, C-656/11, EU:C:2014:97, Rn. 63; zur Lesart, wonach auch das schweizerische Bundesgericht dem Freizügigkeitsabkommen eine neuartige Rechtsqualität zubilligt, Oesch, Urteilsbesprechung, S. 210–211.

⁸ Urteil Kik, C-266/13, EU:C:2015:188, Rn. 44.

den.⁹ Dies geschieht in aller Regel routinemässig und in gutem Einvernehmen, wenngleich keine Verpflichtung besteht, die Abkommen dynamisch *à jour* zu halten.¹⁰ Allein die Schengen/Dublin-Abkommen sowie das Zollabkommen sehen einen Mechanismus zur dynamischen Rechtsübernahme durch die Schweiz vor. Hier besteht ein faktischer Übernahmepflicht: Die Nicht-Übernahme von abkommensrelevanten Rechtsakten durch die Schweiz im Bereich von Schengen/Dublin führt zur Beendigung der Abkommen, sofern sich die Schweiz und die EU innert 90 Tagen nicht auf eine einvernehmliche Lösung einigen. Es erstaunt nicht, dass die Schweiz alle seit 2004 von der EU notifizierte Rechtsakte – mehr als 250! – akzeptiert hat;¹¹ europapolitisch stimmig, demokratietheoretisch problematisch, weil Bundesrat, Parlament und/oder Stimmvolk in solchen Übernahmeverfahren allein die «frustrierende Wahl zwischen Akklamation und destruktiver Opposition»¹² haben und die Substanz der demokratischen Rechte ausgehöhlt wird. Das geplante institutionelle Abkommen sieht einen Mechanismus zur dynamischen Übernahme von EU-Rechtsakten durch die Schweiz vor; dabei wird der Druck weiter zunehmen, Weiterentwicklungen zu akzeptieren, weil andernfalls Ausgleichsmassnahmen drohen.

Vereinzelt verpflichten die Abkommen die EU, bei der Ausarbeitung neuer Rechtsakte Experten aus der Schweiz zu konsultieren (*proposal shaping*). Ein Beispiel erfolgreicher Einflussnahme der Schweiz betrifft die Richtlinie (EU) 2017/853 zur Änderung der Waffenrichtlinie 91/477/EWG, die als Teil des Schengen-Besitzstandes von der Schweiz übernommen werden musste. Art. 6 Abs. 6 lit. c dieser Richtlinie erlaubt Militärangehörigen, nach Beendigung ihres Dienstes die Armeewaffe nach Hause zu nehmen. Sie ist – obgleich generell abstrakt formuliert – faktisch allein auf die Schweiz anwendbar; gleichsam ein *Swiss finish*.

⁹ Siehe zur Übernahme von EU-Recht durch die Schweiz OESCH, Übernahme, *passim*.

¹⁰ Nur in Ausnahmefällen sind die Schweiz und die EU unterschiedlicher Meinung, ob ein EU-Rechtsakt abkommensrelevant ist und folglich in ein Abkommen aufgenommen werden soll oder nicht; dies gilt etwa in Bezug auf die Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG; die Schweiz hat wiederholt betont, auf Verhandlungen zur Übernahme dieser Richtlinie in das Freizügigkeitsabkommen nicht einzutreten, weil damit zusätzliche Ansprüche etwa im Bereich der Sozialhilfe begründet würden; s. Pressemitteilung des SEM vom 14. Juni 2011; Pressemitteilung des EDA vom 18. Dezember 2013.

¹¹ Siehe <https://www.eda.admin.ch/dea> (besucht am 1. Juni 2020) und Link zu Bilaterale Abkommen/Schengen.

¹² DIGGELMANN, S. 117.

c) Durchführung und Auslegung

Die bilateralen Abkommen zeichnen sich durch eine minimale institutionelle Ausstattung aus. Jeder Vertrag enthält ein eigenes Set an institutionellen Regeln. Durchführung, Überwachung, Rechtsschutz und Verwaltung beruhen auf traditionellen völkerrechtlichen Grundsätzen. Sie obliegen im jeweiligen Hoheitsgebiet den Vertragsparteien (Zweisäulenprinzip).¹³ Eine Unterstellung unter gemeinsame unabhängige Instanzen findet nicht statt. Die Vertragsparteien sind verpflichtet, alle geeigneten Massnahmen zu treffen, um die Erfüllung der sich aus den Verträgen ergebenden Verpflichtungen zu gewährleisten, und sich aller Massnahmen zu enthalten, welche die Erreichung der mit den Verträgen verfolgten Ziele gefährden. In der Schweiz präsentiert sich die Rechtslage wie folgt:

- Unmittelbar anwendbare Vertragsbestimmungen und referenzierte EU-Rechtsakte werden in der Schweiz direkt angewendet. Dies gilt unbestritten für die justiziablen Bestimmungen der Bilateralen I und II.¹⁴ Das Bundesgericht wendet auch das Versicherungsabkommen unmittelbar an.¹⁵ Demgegenüber zeigt es sich in Bezug auf die unmittelbare Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens zurückhaltender.¹⁶
- Nicht unmittelbar anwendbare Bestimmungen werden in der Schweiz stufengerecht (Art. 164 BV) und unter Berücksichtigung der Grundsätze der hiesigen Rechtsetzungstechnik ins schweizerische Recht eingepasst, was gerade bei EU-Rechtsakten mitunter keine einfache Aufgabe darstellt.¹⁷ Die Bilateralen I lösten insgesamt 23 Gesetzesänderungen auf Bundesebene aus. Mit der Genehmigung der Bilateralen II wurden elf Bundesgesetze an das EU-Recht angepasst; die substantiellsten Änderungen erfolgten im Rahmen der Assoziierung an Schengen/Dublin.

¹³ Die Durchführung des Luftverkehrsabkommens obliegt partiell auch vis-à-vis der Schweiz den Organen der EU, insbesondere der Europäischen Kommission und der Europäischen Agentur für Flugsicherheit (Art. 11 und Art. 18 Abs. 2 des Abkommens, Verordnung 216/2008). Der EuGH ist diesfalls für die Gewährung von Rechtsschutz zuständig (Art. 20 LVA); s. zur Durchführung auch GLASER, *passim*.

¹⁴ BGE 129 II 249, E. 3.3; BGE 130 II 49, E. 4; BGE 136 II 470, E. 4.1; s. zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Anhang III FZA *infra* II.2.a).

¹⁵ BGE 138 I 378, E. 10.

¹⁶ BGE 104 IV 175, E. 2c; BGE 105 II 49, E. 3b; BGE 131 II 271, E. 10.

¹⁷ Siehe www.bk.admin.ch (besucht am 1. Juni 2020) und Link zu Übernahme von EU-Recht/Faustregeln; zur Umsetzungspflicht der Kantone Art. 7 BGMK (SR 138.1).

- Rechtsschutz gewähren die Gerichte auf Kantons- und Bundesebene. In jedem Fall steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungs- oder Bundesgericht offen (Art. 31f. VGG, Art. 82ff. und Art. 113ff. BGG).

Darüber hinaus obliegt die Überwachung der Durchführung der Abkommen und ihres ordnungsgemässen Funktionierens den Gemischten Ausschüssen, welche für jedes Abkommen einzeln bestehen. Zurzeit existieren 24 Gemischte Ausschüsse. Sie setzen sich aus je einer Delegation der Schweiz und der EU (sowie im Fall von gemischten Abkommen auch aus Vertretern der Mitgliedstaaten) zusammen und entscheiden in traditionell diplomatischer Manier einvernehmlich, d.h. einstimmig.

Die bilateralen Abkommen werden gestützt auf die traditionellen völkerrechtlichen Auslegungsmethoden gemäss Art. 31–33 WVRK ausgelegt.¹⁸ Zwei Aspekte verdienen besondere Beachtung:

- Bei der Auslegung von Bestimmungen, welche ähnlich oder wortgleich formuliert sind wie Parallelbestimmungen im EU-Recht – wie naturgemäss referenzierte EU-Rechtsakte –, stellt sich die Frage, ob solche Bestimmungen in gleicher Weise ausgelegt werden sollen wie die Parallelbestimmungen oder ob ein unterschiedlicher Normgehalt nahelegt, eine autonome Lesart zu wählen und die Praxis des EuGH zum Unionsrecht nicht auf das bilaterale Verhältnis zu übertragen. Der EuGH hat bei der Auslegung von Freihandels- und Assoziierungsabkommen mit Drittstaaten wiederholt betont, dass eine parallele Auslegung nur dann in Betracht kommt, wenn der Zweck und der Kontext der Vertragsbestimmung, insbesondere auch mit Blick auf die Integrationstiefe des Vertrags, vergleichbar sind mit dem Zweck und dem Kontext der unionsrechtlichen Bestimmung (Polydor-Prinzip).¹⁹ Diese Erwägungen sind gemäss EuGH auch bei der Auslegung der Abkommen mit der Schweiz einschlägig.²⁰ Dasselbe Muster zeigt sich in der Praxis des Bundesgerichts. Es legt die Abkommen, die auf EU-Recht beruhen und deren *ratio legis* dahin geht, die Schweiz in den unionalen Binnenmarkt zu integrieren und eine parallele Rechtslage zu schaffen, gestützt auf die spezifisch EU-

¹⁸ Siehe BGE 133 V 329, E. 8.4; BGE 132 V 53, E. 6.3; Urteil Hengartner und Gasser, C-70/09, EU:C:2010:430, Rn. 36; zur Auslegung der Abkommen COTTIER/DIEBOLD, *passim*; EPINEY/METZ/PIRKER, *passim*; OESCH, Europarecht, Rz. 913–928.

¹⁹ TOBLER, S. 369; vgl. jüngst etwa Urteil Agro Foreign Trade & Agency Ltd, C-507/15, EU:C:2017:129, Rn. 39–41, betr. Abkommen EWG-Türkei.

²⁰ Urteil Grimme, C-351/08, EU:C:2009:697, Rn. 29; s. auch Urteil Picart, C-355/16, EU:C:2018:184, Rn. 29.

rechtlichen Auslegungsmethoden und mit Blick auf die Präjudizien des EuGH zu unionalen Parallelbestimmungen aus.²¹

- Das Freizügigkeitsabkommen und das Luftverkehrsabkommen verpflichten die Behörden zur Berücksichtigung der Praxis des EuGH (Art. 16 Abs. 2 FZA, Art. 1 Abs. 2 LVA). Das Bundesgericht hat sich wiederholt mit der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens befasst. Demnach ist die Alt-Rechtsprechung des EuGH, d.h. die Rechtsprechung vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, zu Parallelbestimmungen im EU-Recht «massgebend»; es besteht eine «Befolgungspflicht».²² In Bezug auf die Neu-Rechtsprechung des EuGH, d.h. Urteile nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, besteht «höchstens ein Beachtungsgebot in dem Sinn, dass diese nicht ohne sachliche Gründe unbeachtet bleiben sollen, aber aus der Sicht der Vertragspartner auch nicht zu einer nachträglichen Änderung des Vertragsinhalts führen dürfen».²³ In der Praxis spielt die Datumsgrenze eine untergeordnete Rolle. Das Bundesgericht folgt ganz grundsätzlich dem Fallrecht des EuGH zu Fragen, welche sich im bilateralen Verhältnis in analoger Weise stellen. Es findet eine «dynamische Rechtsprechungsübernahme»²⁴ statt. Bilaterale Freizügigkeitsrechte, welche wörtlich oder sinngemäss Unionsrecht nachgebildet sind und den Zweck verfolgen, eine parallele Rechtslage zu schaffen, werden in Anlehnung an die Präjudizien des EuGH ausgelegt.²⁵

Das Bundesgericht trägt durch seine betont europafreundliche Auslegung der Abkommen dazu bei, dass die Homogenität der Rechtsanwendung im Regelfall sichergestellt ist. Das geplante institutionelle Abkommen formalisiert die Pflicht zur Berücksichtigung der EuGH-Praxis auch für neuere Urteile, wobei das erwähnte Polydor-Prinzip einschlägig bleibt: Die «Übersetzungsarbeit», d.h. die Bestimmung der Bedeutung der EuGH-Praxis zum EU-Recht für das bilaterale Verhältnis, bleibt eine zentrale Aufgabe des Bundesgerichts. Auch unter dem geplanten institutionellen Abkommen wird dem Bundesgericht kein Recht

²¹ OESCH/SPECK, S. 263–270.

²² BGE 139 II 393, E. 4.1.1; s. auch BGE 136 II 5, E. 3.4; BGE 142 II 35, E. 3.

²³ BGE 139 II 393, E. 4.1.1.

²⁴ ZÜND, S. 1349.

²⁵ Abweichungen drängen sich gemäss BGer. etwa auf, wenn Ansprüche nicht gestützt auf die klassischen Freizügigkeitsrechte (i.V.m. dem Diskriminierungsverbot) weiterentwickelt werden, sondern auf die Unionsbürgerschaft bzw. zumindest deren Kernbestand; BGE 139 II 393, E. 4.1.2; BGE 136 II 5, E. 3.6.3.

eingerräumt, den EuGH auf dem Wege der Vorabentscheidung mit einer Auslegungsfrage zu befassen – was als Erfolg der schweizerischen Verhandlungsführung verkauft wird, wenngleich eine solche Einbindung des Bundesgerichts in den unionalen Gerichtsverbund sachlich sinnvoll wäre.

2. Europäisierung des schweizerischen Rechts

Die Durchführung der bilateralen Abkommen in der Schweiz führt dazu, dass das EU-Recht sektoriell auch in der Schweiz zum gelebten *ius commune* wird. Ein Blick auf Beispiele illustriert die punktuell weitreichende rechtliche Integration der Schweiz in den unionalen Rechtsraum.

a) Diplomanerkennung

Art. 9 FZA verpflichtet die Vertragsparteien, die erforderlichen Massnahmen zur gegenseitigen Anerkennung der Diplome zu treffen, um den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz die Freizügigkeit zu erleichtern. Zu diesem Zweck wenden die Vertragsparteien untereinander die in Anhang III FZA aufgeführten EU-Rechtsakte oder – zumindest auf dem Papier – gleichwertige Vorschriften an.

Das System der Anerkennung von Berufsqualifikationen zwischen den Mitgliedstaaten beruht in der EU im Wesentlichen auf der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. Diese Richtlinie kodifizierte 2005 das bisher geltende Recht – eine Vielzahl von Richtlinien – in einem Rechtsakt. Den Mitgliedstaaten wurde eine Frist von zwei Jahren eingeräumt, um die Richtlinie umzusetzen. Nach Ablauf dieser Frist, d.h. im Oktober 2007, wurden die alten Richtlinien aufgehoben – vorderhand selbstredend nur mit Wirkung für das EU-Recht, während sie im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU weiterhin gültig waren. Obwohl es absehbar war, dass die Richtlinie 2005/36/EG auch auf die Schweiz ausgedehnt werden sollte, um das ordnungsgemässe Funktionieren des Freizügigkeitsabkommens nicht zu gefährden, dauerten die Verhandlungen und Vorbereitungsarbeiten unerwartet lange. Die Schweiz stimmte der Übernahme der Richtlinie in Anhang III FZA erst 2013 zu.²⁶ Zwischenzeitlich galten bilateral die in der EU überholten Rechtsakte, für die in

²⁶ Zurzeit steht die Übernahme einer Änderung der Richtlinie 2005/36/EG (Richtlinie 2013/55/EU) an; die Arbeiten liegen dem Vernehmen nach aber auf Eis.

den EU-Mitgliedstaaten keine Umsetzungsvorschriften mehr bestanden. Ein solches «Interregnum» gefährdet das gute Funktionieren des Abkommens und ist der Rechtssicherheit abträglich. Es ist klar, dass das Kardinalsprinzip, wonach das Freizügigkeitsabkommen statischer Natur ist und für die Schweiz keine formalisierte Teilnahme am dynamischen Integrationsprozess der EU begründet, relativiert wird. Das Ziel, auch im bilateralen Verhältnis binnenmarktähnliche Verhältnisse zu schaffen, wird faktisch nur durch eine systematische Anpassung an das massgebliche EU-Recht erreicht – zeitverzögert und allein formell unter «Wahrung der Souveränität der Schweiz und ihrer innerstaatlichen Entscheidungsverfahren».²⁷

Die Vorschriften über die Anerkennung von Berufsqualifikationen lösten beim Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens nur wenige Gesetzesrevisionen aus.²⁸ Stattdessen wenden die Behörden die referenzierten Rechtsakte – inklusive der Richtlinie 2005/36/EG – in grosser Selbstverständlichkeit unmittelbar an.²⁹ Dieses pragmatische und unkomplizierte Vorgehen ist sinnvoll und hat sich bewährt.³⁰ Mit der unmittelbaren Anwendbarkeit der in Anhang III FZA referenzierten Rechtsakte findet punktuell eine weitgehende Integration in das Unionsrecht statt. Die Rechtsakte verlieren ihren europarechtlichen Charakter nicht, nur weil sie *qua* Verweis formell in ein staatsvertragliches Kleid gehüllt werden. Entsprechend naheliegend ist die Forderung, bei der Auslegung der Rechtsakte die unionsrechtlichen Auslegungsmethoden bzw. das Fallrecht des EuGH heranzuziehen.³¹ Entscheidend ist auch im bilateralen Verhältnis die unionsrechtliche Bedeutung einer Richtlinienbestimmung – und nicht eine davon abweichende autonome Lesart, welche gestützt auf Art. 31 und Art. 32 WVRK ebenfalls denkbar wäre.

Es hängt von der jeweiligen Tätigkeit eines Antragstellers ab, ob eine Bundesbehörde oder eine kantonale Behörde für die Anerkennung eines ausländischen

²⁷ Bericht des Bundesrates über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik vom 17. September 2010, BBl 2010 7239, 7298.

²⁸ Das Bundesgesetz betr. die Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der Schweizerischen Eidgenossenschaft – 2007 abgelöst durch das Medizinalberufegesetz (SR 811.11) – wurde geändert; das Anwaltsgesetz (SR 935.61) wurde neu geschaffen.

²⁹ BGE 132 II 135, E. 6; BVGE C-89/2007 vom 2. Juli 2007, E. 3; BERTHOUD, Rz. 87.

³⁰ Dabei fällt ein Systemunterschied zum EU-Recht ins Licht, wo Richtlinien zwingend ins nationale Recht umzusetzen sind; s. OESCH, Europarecht, Rz. 431–447.

³¹ Ebenso GAMMENTHALER, S. 300–301; vgl. etwa BGE 132 II 135, E. 5; zu den spezifisch unionsrechtlichen Auslegungsmethoden OESCH, Europarecht, Rz. 460–476.

Diploms und folglich für die Anwendung der unionsrechtlichen Vorgaben zuständig ist.³² Die folgenden Beispiele sind Ausdruck davon, wie der Umgang mit EU-Recht auch in den Kantonen zum gelebten Rechtsalltag gehört:

- Gewisse Kantone verweisen für die Anerkennung eines Diploms eines Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaats direkt auf die in Anhang III FZA referenzierten Rechtsakte. Ein Beispiel ist Art. 20 der Gastgewerbeverordnung des Kantons Bern; demnach stellt das Amt für Berner Wirtschaft (beco) «auf Gesuch hin die Bescheinigungen aus, die nach dem Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft vom 21. Juni 1999 über die Freizügigkeit erforderlich sind».³³ Der Kanton Bern verzichtet damit – wie der Bund – auf eine Umsetzung der Richtlinie 2005/36/EG. Dabei geht auch der bernische Gesetz- bzw. Ordnungsgeber stillschweigend davon aus, dass die Vollzugsbehörden über die notwendigen Kenntnisse verfügen, die EU-Richtlinie fachkundig auszulegen und anzuwenden.
- Gemäss Art. 4 Abs. 3^{bis} des Binnenmarktgesetzes (BGBM³⁴) richtet sich die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen für Tätigkeiten, welche vom Freizügigkeitsabkommen erfasst werden, nach diesem Abkommen bzw. nach den in Anhang III referenzierten Richtlinien. Diese Bestimmung stellt sicher, dass im Binnen- und Aussenverhältnis dieselben Anerkennungsregeln gelten. Sie bezweckt, eine allfällige Schlechterstellung von Schweizerinnen und Schweizern gegenüber EU-Bürgerinnen und EU-Bürgern zu vermeiden (Inländerdiskriminierung).³⁵ Das unionale Recht strahlt hier also auf eine klassische Domäne kantonaler Kompetenzen aus; der Föderalismus gerät weiter unter Druck.³⁶ Des Weiteren könnten Tätigkeiten, welche bis anhin als hoheitlich gelten und vom Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes ausgenommen sind (Art. 1 Abs. 3 BGBM) – wie etwa die Tätigkeit von Notaren – gestützt auf eine eurokompatible Auslegung des Freizügigkeitsabkommens künftig als nicht hoheitlich qualifiziert werden; eine Aussicht, welche in Notariatskreisen kaum Freude auslöst.³⁷

³² BERTHOUD, Rz. 89–93.

³³ Gastgewerbeverordnung des Kantons Bern (GGV) vom 13. April 1994 (BSG 935.111).

³⁴ Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02).

³⁵ Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465, 487.

³⁶ Vgl. dazu auch Bericht des Bundesrates zu den Auswirkungen verschiedener europapolitischer Instrumente auf den Föderalismus vom 15. Juni 2007, BBl 2007 5907.

³⁷ Vgl. dazu DIEBOLD, *passim*; OESCH, Einfluss des EU-Rechts, *passim*.

Kantonale Behördenmitglieder stehen vor der Herausforderung, komplizierte Rechtsfragen nicht mehr allein aus der vertrauten Warte des innerstaatlichen Rechts anzugehen, sondern ebenso auf der Grundlage und mit Blick auf das einschlägige EU-Recht. Fundierte Kenntnisse des EUV und AEUV, von Verordnungen und Richtlinien sowie der dazugehörigen Praxis gehören zum unabdingbaren Rüstzeug im hiesigen Rechtsalltag.

b) Schengen/Dublin

Die Assoziierung der Schweiz an Schengen/Dublin bewirkt eine punktuell weitreichende Europäisierung des schweizerischen Rechts in den Bereichen Grenzschutz, Verbrechensbekämpfung und Asyl.³⁸ Ein Aspekt verdient dabei besondere Beachtung: In diesen Bereichen wirken sich staatliche Massnahmen mitunter erheblich auf die Rechtsstellung Einzelner aus. Gleichwohl enthalten die Schengen/Dublin-Abkommen keinen Grundrechtekatalog. Ebenso wenig verweisen sie direkt auf die EMRK, die Grundrechtecharta der EU (GRCh) oder andere Grundrechtsinstrumente. Immerhin weisen die Präambeln dieser Abkommen darauf hin, dass die Zusammenarbeit der Schweiz und der EU «auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit und der Achtung der Menschenrechte, wie sie insbesondere in der [EMRK] gewährleistet sind, beruht». Zudem verweisen unionale Rechtsakte, welche in diesen Abkommen aufgelistet werden, auf internationale Grundrechtsinstrumente und unionale Grundrechte. So verpflichtet etwa Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 604/2013 (Dublin III-Verordnung) die Staaten, eine Überstellung eines Asylantragstellers an einen anderen Staat zu unterlassen, wenn «die Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne des Artikels 4 der EU-Grundrechtecharta» droht.

Es ist nicht geklärt, ob sich die Schweiz bei einer solchen Kaskadenverweisung – ein übernommener EU-Rechtsakt verweist auf eine weitere unionale Bestimmung – zur Beachtung auch der weiteren Bestimmung verpflichtet, oder ob eine solche Verpflichtung nur dann besteht, wenn dies ausdrücklich vereinbart wird.³⁹ Es ist also nicht klar, ob der Verweis in der Dublin III-Verordnung auf

³⁸ Siehe zur dynamischen Übernahme von Schengen/Dublin-relevanten Rechtsakten *supra* II.1.b).

³⁹ Siehe dazu MADER/KROPE, S. 91–95; zum Ganzen OESCH/NAEF, S. 126–128 (weiter argumentierend, dass die unionalen Grundrechte bei der Auslegung der bilateralen Ab-

Art. 4 GRCh die schweizerischen Behörden verpflichtet, Art. 4 GRCh direkt zu beachten.

Prima vista sind keine zwingenden Gründe ersichtlich, die Einschlägigkeit von Art. 4 GRCh in Verfahren vor schweizerischen Behörden abzulehnen. Auch das Bundesverwaltungsgericht geht ohne weiteres davon aus, dass Art. 4 GRCh anwendbar ist. Es prüft, ob eine Überstellung eines Antragstellers an einen anderen Staat zumutbar ist, und rekurriert auf Art. 4 GRCh. Der folgende Textbaustein findet sich in Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts zur Zulässigkeit des Nichteintretens des Staatssekretariats für Migration auf Asylgesuche und der Anordnung der Wegweisung:

«Das Bundesverwaltungsgericht (...) zieht in Erwägung, (...) dass es aus Sicht der Schweiz keine wesentlichen Gründe für die Annahme gibt, dass das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen für Antragsteller in Italien systemische Schwachstellen aufweisen würden, die eine Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne von Art. 4 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (...) mit sich bringen, womit der Beschwerdeführer aus der Bestimmung von Art. 3 Abs. 2 Dublin-III-VO nichts für sich ableiten kann, (...).»⁴⁰

Die Einschlägigkeit der Grundrechtecharta in der Schweiz ist ein Novum. Damit wird ein neues Kapitel in der schweizerischen Europapolitik aufgeschlagen. Immerhin dürfte der Verweis in Art. 3 Abs. 2 der Dublin III-Verordnung aus Sicht der Schweiz, welche sich zwar zur Beachtung dieses Rechtsaktes verpflichtet hat, institutionell aber den Status eines Drittstaats innehat und in der EU keine mitgliedstaatsähnlichen Partizipationsrechte besitzt, statischer Natur sein. Neue Präjudizien des EuGH zu Art. 4 GRCh – etwa ein Leitentscheid darüber, ob ein Dublin-Staat die menschenrechtlichen Minimalstandards beachtet oder nicht, oder eine Konkretisierung des sachlichen Schutzbereichs von Art. 4 GRCh – sind für die Schweiz nicht bindend. Die Schweiz behält das Letztentscheidungsrecht. Gleichwohl entfalten solche Präjudizien faktische Wirkmacht: Im Rahmen der europakompatiblen (parallelen) Auslegung des Dublin-Abkommens werden die schweizerischen Behörden auch das künftige Fallrecht des EuGH nur dann nicht übernehmen, wenn sachliche Gründe eine autonome Lesart nahelegen – was nicht leichthin der Fall sein dürfte.

kommen, welche auf EU-Recht beruhen, ganz grundsätzlich anwendbar sind, weil sie einen inhärenten Bestandteil dieser Abkommen bilden).

⁴⁰ Urteil vom 29. September 2015, D-5756/2015; s. auch BVGE 2015/41, E. 5.3.3, wo das BVGer gestützt auf die Erwägungsgründe der Dublin III-Verordnung zum Schluss kommt: «Die Dublin III-VO ist im Lichte der EMRK und – für die Schweiz als Nicht-EU-Mitglied etwas systemfremd – der EU-Grundrechtecharta auszulegen (...).»

III. Autonomer Nachvollzug

Das schweizerische Recht wird seit jeher durch das europäische Recht beeinflusst, auch ohne dass staatsvertragliche Verpflichtungen Rezeptionen und Anpassungen auslösen. Ein anschauliches – und in seiner Aussagekraft unübertroffenes – Beispiel betrifft die Sommerzeit. Im Frühling 1980 stellten alle damaligen EWG-Mitgliedstaaten (sowie weitere europäische Staaten) zum ersten Mal gemeinsam die Uhren eine Stunde nach vorne. Die Schweiz verpasste es nach einer negativen Referendumsabstimmung, die Sommerzeit 1980 einzuführen, und mutierte zur «Zeitinsel» inmitten Europas und zum «Sonderfall» im wahrsten Sinn des Wortes.⁴¹ Erst 1981 wurde die Sommerzeit auch in der Schweiz eingeführt. Seither ticken die Uhren in der Schweiz im Einklang mit denjenigen in der EU.⁴²

Ende der 1980er Jahre wurde die Politik der Anpassung an das europäische Recht formalisiert. Seither dominiert der Grundsatz des autonomen Nachvollzugs bzw. – synonym verstanden – der Europaverträglichkeit die hiesige Gesetzgebungstätigkeit. Der «*Brussels effect*» wirkt auch in der Schweiz – und dies in erheblichem Ausmass.⁴³

1. Übersicht

a) Grundsatz und Zielsetzung

Der Grundsatz des autonomen Nachvollzugs verlangt, neue Gesetze und Verordnungen wie auch die Änderung von bestehenden Erlassen im Rahmen des verwaltungsinternen Vorbereitungsverfahrens auf ihre Europakompatibilität zu überprüfen.⁴⁴ Auf diese Weise werden die Grundlagen geschaffen, um das schweizerische Recht an das europäische anzugleichen. Abweichungen von europarechtlichen «Vorbilderregelungen» bleiben zwar selbstredend möglich.

⁴¹ BIAGGINI, Art. 125 Rz. 5.

⁴² Richtlinie 2000/84/EG; Art. 15 des Bundesgesetzes über das Messwesen (Messgesetz, MessG) vom 17. Juni 2011 (SR 941.20); Sommerzeitverordnung vom 24. September 1984 (SR 941.299.1).

⁴³ Siehe zur extraterritorialen Wirkung des EU-Rechts im Allg. BRADFORD, *passim*.

⁴⁴ Vgl. Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG (SR 171.10); zum Ganzen COTTIER et al., Rz. 210–253; MAIANI, *passim*; die nachfolgenden Ausführungen profitieren von Vorarbeiten von OESCH, Europarecht, Rz. 937–954.

Eine Nachvollzugsverpflichtung besteht nicht. Es handelt sich allein um eine Prüfungsobliegenheit. Helvetische Sonderlösungen bedürfen aber einer sachlichen Begründung. Sie sollen dort gewählt werden, wo eine Abweichung der eigenen Interessenlage dient und aus integrationspolitischen Aspekten vertretbar scheint.

Die Politik des autonomen Nachvollzugs verfolgt eine doppelte Zielsetzung:

- Der autonome Nachvollzug beruht auf wirtschaftlichen Gründen. Durch eine konsequente Angleichung des schweizerischen an das unionale Recht sollen die wirtschaftlichen Nachteile, welche sich aus der Nichtmitgliedschaft der Schweiz in der EU bzw. im EWR ergeben, minimiert und die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft gestärkt werden.
- Die möglichst europakompatible Ausgestaltung des schweizerischen Rechts bildet die Grundlage, um für alle integrationspolitischen Optionen gewappnet zu sein, d.h. – wie der Bundesrat 1993 ausführte – für «einen möglichen (späteren) EWR- oder EG-Beitritt ohne unüberwindbare Hürden oder allenfalls eine auf bilaterale Abkommen beschränkte Alternative».⁴⁵

Die erste umfassende Anpassung des schweizerischen Rechts an das europäische Binnenmarktrecht erfolgte im Rahmen der *Swiss Lex*-Vorlage von 1993 als innenpolitische Reaktion auf die Ablehnung des EWR-Beitritts. Dabei wurden 27 Gesetzesrevisionen, welche im Wesentlichen eine Übernahme des einschlägigen Gemeinschaftsrechts bezweckten, initiiert. Seither standen unzählige Revisionen unter dem Stern des autonomen Nachvollzugs.⁴⁶ Mittlerweile ist der autonome Nachvollzug der Regelfall schweizerischer Gesetzgebungspraxis. Er beschränkt sich längst nicht mehr nur auf den Bereich des Warenverkehrs und auf Regelungsbereiche mit grenzüberschreitender Wirkung. Das EU-Recht gewinnt auch in anderen Gebieten an Bedeutung (*spill over*-Effekt). Weiter beschränkt sich die Politik des autonomen Nachvollzugs nicht nur auf die Rechtsetzung. Sie erreicht ihren Zweck nur dann, wenn die Behörden autonom nachvollzogenes Recht auch europakompatibel auslegen.⁴⁷ Dabei warten die

⁴⁵ Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 805, 810.

⁴⁶ Siehe für Beispiele OESCH, Europarecht, Rz. 941.

⁴⁷ Vgl. etwa BGE 129 III 335; BGE 143 II 297; BGE 124 II 193, E. 6a; BVerwG B-3064/2008, wonach die «europarechtskonforme Interpretation in der Schweiz auf das Gebot der teleologischen Interpretation, gleichzeitig aber auch auf das historische Auslegungselement zurückzuführen [ist]. (...)». Im Zweifel ist die in Frage stehende Norm, soweit

Gerichte mit der Klärung einer Rechtsfrage im schweizerischen Kontext mitunter sogar bewusst zu, wenn der EuGH sich zu dieser Frage demnächst im Kontext des EU-Rechts äussern wird; ein Beispiel des typisch schweizerischen Pragmatismus, mit dem die Gerichte in der Schweiz mit EU-Recht umgehen.⁴⁸

b) Verhältnis zur Rechtsvergleichung

Der autonome Nachvollzug unterscheidet sich von Rezeptionen und Nachahmungen ausländischer Rechtsinstitute, wie sie für die schweizerische Rechtsordnung unter dem Titel der Rechtsvergleichung seit jeher prägend sind. Der Blick über die Grenze und die Methode der Rechtsvergleichung gehören spätestens seit Mitte des letzten Jahrhunderts zum Standardrepertoire des schweizerischen Gesetzgebers und der Verwaltung, welche die Vorarbeiten leistet. In bundesrätlichen Botschaften finden sich häufig Ausführungen zur Rechtslage etwa in den Nachbarstaaten sowie – im Wirtschaftsrecht und in Bezug auf Grundrechte – in den Vereinigten Staaten. Lösungen, welche andere Rechtsordnungen für ein gleichgelagertes Problem gewählt haben, werden verglichen und gewürdigt.

Ein wesentliches Element der Rechtsvergleichung besteht darin, dass sie zweckfrei ist. Sie folgt keinem vorgegebenen Ziel im Sinn einer Präferenz für eine bestimmte Rechtsordnung, deren Lösung aus rechtsetzungstechnischen Erwägungen als überlegen gilt oder aus politischen oder anderen Gründen *ab initio* favorisiert wird. In diesem Punkt unterscheidet sich die Methode der Rechtsvergleichung von der Politik des autonomen Nachvollzugs. Letztere beruht auf einem bewussten Entscheid, das schweizerische Recht europakompatibel auszugestalten und unterschiedliche Lösungen zu vermeiden. Das schweizerische Recht soll dem europäischen unabhängig davon, ob die europäische Lösung mit Blick auf den zu normierenden Sachverhalt die überzeugendste darstellt oder nicht, angepasst werden. Abweichungen vom EU-Recht sollen nur dort weiterverfolgt werden, wo das Interesse an einer Sonderlösung – etwa zur Förderung von Standortvorteilen – höher zu gewichten ist als die wirtschaftlich und inte-

die binnenstaatliche Methodologie dies zulässt, europarechtskonform auszulegen und wie in der Rechtssetzung auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts eine Harmonisierung anzustreben (...).»

⁴⁸ Das BVGer sistierte 2008/2009 eine Rechtssache für knapp zehn Monate und wartete die Erledigung eines Verfahrens vor dem EuGH ab, bevor es die Rechtssache im Licht des Urteils des EuGH entschied; Urteil vom 13. September 2010, B-3064/2008.

grationspolitisch begründete Vorabentscheidung zugunsten einer europakompatiblen Ausgestaltung. Das EU-Recht beansprucht als Leitrechtsordnung systembedingt eine Vormachtstellung, während das vorurteilslose Vergleichen von Lösungen, welche ausländische Rechtsordnungen für ein gleichgelagertes Problem gewählt haben, an Bedeutung verliert.⁴⁹

2. Europäisierung des schweizerischen Rechts

Die Politik des autonomen Nachvollzugs führt dazu, dass das hiesige Recht dem europäischen systematisch nachgebildet wird. 1998 hielt der Bundesrat fest, dass mit der Einführung der Europaverträglichkeitsprüfung ein «Europareflex» geschaffen wurde; neue Vorschriften «sind im allgemeinen eurokompatibel, ausnahmsweise nicht.»⁵⁰ Studien schätzen, dass rund 30–50 % des gesamten Bundesrechts vom EU-Recht beeinflusst werden.⁵¹ Ein Blick auf die folgenden Beispiele illustriert die mitunter weitreichende faktische Integration der Schweiz in den unionalen Rechtsraum.

a) Technische Vorschriften

Ein klassischer Bereich, in dem das schweizerische Recht routinemässig dem europäischen angepasst wird, betrifft technische Vorschriften. Das Produkthaftpflichtgesetz (PrHG)⁵² und das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG)⁵³ stimmen weitgehend mit den Regelungen in der EU überein. Weitere Erlasse, welche technische Vorschriften enthalten und eine europakompatible Ausgestaltung erfahren haben, betreffen das Heilmittelge-

⁴⁹ Gleichzeitig beeinflusst das EU-Recht das schweizerische Recht weiterhin auch unter dem Titel der Rechtsvergleichung, ohne dass seine Berücksichtigung als autonomer Nachvollzug zu qualifizieren wäre. Diesfalls dient das Unionsrecht gleichberechtigt mit anderen Rechtsordnungen als Inspirationsquelle. Ein Beispiel ist die Übernahme des *Cassis de Dijon*-Prinzips in das schweizerische Binnenmarktgesetz (Art. 3, SR 943.02).

⁵⁰ Antwort des Bundesrates auf eine Einfache Anfrage von NR Paul Rechsteiner vom 18. März 1998, zit. bei SPINNER/MARITZ, S. 129.

⁵¹ ARBIA, S. 86; KOHLER, *passim*; OESCH, Europarecht, Rn. 942.

⁵² Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz, PrHG) vom 18. Juni 1993 (SR 221.112.944).

⁵³ Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG) vom 6. Oktober 1995 (SR 946.51).

setz (HMG)⁵⁴, das Luftfahrtgesetz (LFG)⁵⁵, das Fernmeldegesetz (FMG)⁵⁶ und das Produktsicherheitsgesetz (PrSG)⁵⁷. Selbst im Lebensmittelrecht nähert sich die Schweiz in grossen Schritten dem EU-Recht an; die 2014 abgeschlossene Totalrevision des Lebensmittelgesetzes (LMG)⁵⁸ stand ganz im Zeichen der Anpassung an das europäische Recht.

Der autonome Nachvollzug entfaltet seine Wirkung nicht nur auf Gesetzesstufe, sondern auch im Verordnungsrecht. Sofern der Gesetzgeber bewusst europakompatibel legiferiert, enthält die Rechtsetzungsdelegation implizit ein Gebot der europakompatiblen Verordnungsgebung. Zeitweise wird der Bundesrat ausdrücklich verpflichtet, EU-Recht zu berücksichtigen. Solche Vorschriften existieren paradigmatisch für die Ausgestaltung von technischen Vorschriften, wobei sich der Verweis auf die wichtigsten Handelspartner in Art. 4 Abs. 2 THG primär auf die EU bezieht:

Art. 4 Ausgestaltung der technischen Vorschriften im Allgemeinen

¹ Technische Vorschriften werden so ausgestaltet, dass sie sich nicht als technische Handelshemmnisse auswirken.

² Sie werden zu diesem Zweck auf die technischen Vorschriften der wichtigsten Handelspartner abgestimmt. (...)

Teilweise wird EU-Recht *qua* Verweis direkt anwendbar erklärt. Dies gilt etwa für die Begriffsbestimmungen und die Voraussetzungen für das Inverkehrbringen von Sprengmitteln und pyrotechnischen Gegenständen gemäss der Sprengstoffverordnung (SprstV):⁵⁹

⁵⁴ Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15. Dezember 2000 (SR 812.21).

⁵⁵ Bundesgesetz über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG) vom 21. Dezember 1948 (SR 748.0).

⁵⁶ Fernmeldegesetz (FMG) vom 30. April 1997 (SR 748.10).

⁵⁷ Bundesgesetz über die Produktesicherheit (PrSG) vom 12. Juni 2009 (SR 930.11).

⁵⁸ Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LMG) vom 20. Juni 2014 (SR 817.0).

⁵⁹ Verordnung über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffverordnung, SprstV) vom 27. November 2000 (SR 941.411).

Art. 1a Begriffe

(...)

² Im Übrigen gelten die Begriffsbestimmungen nach Artikel 2 der Richtlinie 2014/28/EU, Artikel 3 der Richtlinie 2013/29/EU und Artikel 2 der Richtlinie 2008/43/EG. Anstelle der Begriffsbestimmungen nach Artikel 2 Ziffern 15–17 der Richtlinie 2014/28/EU und Artikel 3 Ziffern 14–16 der Richtlinie 2013/29/EU gelten die Begriffsbestimmungen nach der Gesetzgebung über die Produktesicherheit und die Akkreditierung. Zudem gelten die Ausdrucksentsprechungen nach Anhang 15.

2010 ist die Politik des autonomen Nachvollzugs um eine neue Dimension erweitert worden. Im Rahmen der Revision des THG hat die Schweiz das Herkunftsortsprinzip für Waren aus dem EWR eingeführt – kurzum: die Schweiz hat das europarechtliche *Cassis de Dijon*-Prinzip übernommen.⁶⁰ Produkte, welche nach den Vorschriften des EU-Rechts (im harmonisierten Bereich) bzw. des EWR-Herkunftslandes (im nicht-harmonisierten Bereich) hergestellt und dort rechtmässig in Verkehr gebracht worden sind, können gemäss Art. 16a THG auch in der Schweiz ohne weitere Prüfung eingeführt und verkauft werden. Vorbehalten bleiben die Anforderungen an die Produktinformation. Art. 16a Abs. 2 THG sieht Ausnahmefälle vor.⁶¹ Auch für Lebensmittel gilt eine Sonderregelung (Art. 16c und Art. 16d THG). Auf diese Weise wurde das unio-nale *Cassis de Dijon*-Prinzip pragmatisch an die hiesigen Bedürfnisse angepasst; *Cassis de Dijon* wird zu «*Cassis de Berne*».⁶²

Methodisch und inhaltlich geht die einseitige Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips über die bisherige Politik des autonomen Nachvollzugs hinaus. Sie läutet eine neue Epoche dynamischer Anpassung ein. Das *Cassis de Dijon*-Prinzip beinhaltet auch in seiner helvetisierten Form naturgemäss eine prospektive Komponente. Es erfasst Weiterentwicklungen des Rechts der EU und ihrer Mitgliedstaaten und bringt ein hohes Mass an Vertrauen in diese Rechtsordnungen zum Ausdruck. Im praktischen Ergebnis bricht die Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips mit dem souveränitätspolitisch begründeten Kardinalsprinzip der schweizerischen Integrationspolitik, wonach europäisches Recht nur statisch, d.h. gestützt auf die Rechtslage an einem definierten Stichtag, Eingang in das schweizerische Recht findet. Im Anwendungsbereich des *Cassis de Dijon*-Prinzips besteht auch ohne fortlaufende Anpassungen eine parallele Rechtslage. Die

⁶⁰ Art. 16a–16e THG; s. dazu COTTIER/HERREN, *passim*; ZÄCH/HEIZMANN, *passim*.

⁶¹ Siehe dazu Verordnung über das Inverkehrbringen von nach ausländischen technischen Vorschriften hergestellten Produkten und über deren Überwachung auf dem Markt (VIPaV, SR 946.513.8).

⁶² COTTIER/HERREN, S. 275.

Schweiz hat im Warenverkehr damit einen Integrationsgrad erreicht, welcher über tradierte Vorstellungen hinausreicht.

b) Datenschutz und Finanzmarkt

Mitunter ist die Schweiz faktisch gezwungen, das eigene Recht an das EU-Recht anzupassen. Damit sind Konstellationen gemeint, bei denen völkerrechtlich zwar keine Verpflichtung zur Beachtung von EU-Recht besteht, in Tat und Wahrheit aber auch keine wirkliche Entscheidungsautonomie vorhanden ist. Namentlich wirtschaftliche Erwägungen lassen eine Anlehnung gleichsam als alternativlos erscheinen. Methodisch finden solche Anpassungen unter dem Titel des autonomen Nachvollzugs statt; gleichzeitig erreicht die Anlehnung an das EU-Recht eine neue Qualität. Das Datenschutz- und Finanzmarktrecht bieten hierfür illustrative Beispiele:

- Gemäss Art. 45 der Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung) ist die Übermittlung personenbezogener Daten in ein Drittland zulässig, wenn dieses Drittland ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet.⁶³ Die Europäische Kommission entschied 2000, dass dies in der Schweiz der Fall ist.⁶⁴ Dieser Beschluss ist für die schweizerische Wirtschaft bedeutsam. Andernfalls würde der Datenaustausch mit Unternehmen und Kunden in der EU erschwert. Wenig überraschend herrscht in der Schweiz ein Grundkonsens, bei der laufenden Revision des Datenschutzgesetzes (DSG) das unionale Datenschutzrecht zum Nennwert zu nehmen.⁶⁵ Abweichungen sollen nur insoweit ins Auge gefasst werden, als damit die Angemessenheit des Schutzniveaus nicht gefährdet wird:

«Der Datenverkehr steht diesbezüglich [d.h. gegenüber Drittstaaten] grundsätzlich unter der Voraussetzung, dass die EU das Datenschutzniveau der Schweiz als angemessen anerkennt (Angemessenheitsentscheidung), was gegenwärtig der Fall ist. Will die Schweiz diesen Status beibehalten, hat sie somit alles Interesse daran, ihre Datenschutzvorschriften zu stärken und der

⁶³ Siehe EuGH, Urteil Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, Rn. 73, wonach kein «identisches Schutzniveau» gefordert wird, aber ein dem unionsrechtlichen «gleichwertiges».

⁶⁴ Entscheidung der Kommission vom 26. Juli 2000, K(2000) 2304, ABl. 2000 L 215/1.

⁶⁵ Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992 (SR 235.1); Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941.

europäischen Gesetzgebung anzugleichen, auch wenn nicht eine wörtliche Anpassung an den Entwurf zur EU-Datenschutz-Grundverordnung erforderlich ist.»⁶⁶

- Ein ähnliches Schema zeigt sich im Finanzmarktrecht. Die Verordnung (EU) 648/2012 (EMIR), die Verordnung (EU) 600/2014 (MiFIR) und die Richtlinie 2014/65/EU (MiFID II) sind indirekt auch für die Schweiz massgebend. Gemäss Art. 46–47 MiFIR ist die Erbringung gewisser grenzüberschreitender Dienstleistungen gegenüber geeigneten Gegenparteien und professionellen Kunden durch Drittlandunternehmen ohne Zweigniederlassung in der EU zulässig, sofern die Kommission feststellt, dass die Finanzmarktregulierung des Drittstaats aufsichtsrechtlich äquivalent ist.⁶⁷ Damit wird zwar keine «Deckungsgleichheit» der Regelungen gefordert; gleichwohl «dürfte der faktisch bestehende Spielraum sehr gering sein.»⁶⁸ Wenig überraschend orientieren sich das Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG)⁶⁹ sowie – in Teilen – das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und das Finanzinstitutsgesetz (FINIG) eng an den europäischen Vorbilderregelungen.⁷⁰ Der Bundesrat äusserte sich in der Botschaft zum FIDLEG und FINIG wie folgt:

«Die beschriebenen Abweichungen der vorgelegten Gesetzesentwürfe gegenüber den europäischen Normen zur Finanzmarktregulierung lassen sich auf eine Berücksichtigung der besonderen Eigenschaften des Schweizer Finanzmarkts zurückführen. Die vorgeschlagenen Vorschriften enthalten jedoch grundsätzlich keine Vorschriften, die über die Anforderungen der europäischen Regelwerke hinausgehen. Sie stellen kein Hindernis für eine allfällige Äquivalenzanerkennung der Schweiz unter der Verordnung MiFIR dar.»⁷¹

Das Parlament hat die Entwürfe in der Folge zwar in mehrfacher Weise abgeändert und dabei vereinzelt auch Elemente eingeführt, welche nicht

⁶⁶ Bundesamt für Justiz, Bericht der Begleitgruppe Revision DSG, 29. Oktober 2014, S. 5–6.

⁶⁷ Siehe zu Äquivalenzverfahren der EU im Bereich der Finanzdienstleistungen EMMENEGGER/BIGLER, *passim*; WEBER/SETHE, *passim*.

⁶⁸ WEBER/SETHE, S. 575.

⁶⁹ Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturgesetz, FinfraG) vom 19. Juni 2015 (SR 958.1).

⁷⁰ Die Europäische Kommission hat in Bezug auf die Regulierung und Aufsicht für Teile der Finanzmarktinfrastrukturen in der Schweiz (zentrale Gegenparteien, FinfraG) die Äquivalenz gestützt auf Art. 25 EMIR mittlerweile anerkannt, Pressemitteilung vom 13. November 2015 (IP/15/6075).

⁷¹ Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015 8901, 8939–8940; s. auch Botschaft zum Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG) vom 3. September 2014, BBl 2014 7483, 7509–7512.

gleichwertig mit den unionalen Vorgaben sind. Gleichwohl bleibt zu hoffen, dass die Anerkennung der Äquivalenz durch die Kommission nicht gefährdet wird. Der damit einhergehende Marktzugang ist schlicht zu bedeutsam. Eine eigene vorurteilslose Auseinandersetzung mit den zentralen Rechtsfragen und die Suche nach den passenden regulatorischen Lösungen sind in einer solchen Konstellation folglich nurmehr eingeschränkt möglich.

IV. Epilog

Das schweizerische Recht wird fortlaufend europäisiert, sei es durch die Ausstrahlungskraft der bilateralen Abkommen, sei es durch die selbstgewählte Anlehnung unter dem Titel des autonomen Nachvollzugs. Dieser Prozess beschränkt sich längst nicht mehr nur auf den traditionellen Bereich des grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehrs. Das EU-Recht gewinnt auch in anderen Gebieten an Bedeutung und dringt immer weiter in das schweizerische Recht ein. Das sich dergestalt formierende schweizerische Europarecht gehört längst zum gelebten Rechtsalltag.

Diese Entwicklung ist einer breiteren Öffentlichkeit kaum bewusst. Von offizieller Seite fehlen Untersuchungen zur Frage, in welchem Ausmass sich das schweizerische Recht an das EU-Recht angleicht. Man hütet sich, die zunehmende Fremdbestimmung und den schleichenden Verlust an politischer Eigenständigkeit und Souveränität zu thematisieren. Die Schweiz ist dort, wo in Europa heute die Musik spielt, institutionell absent. Die EU gibt den Takt an; die Schweiz marschiert hinten an. Das ist letztlich der Preis, den die Schweiz dafür bezahlt, sektoriell mitgliedstaatsähnlich in den unionalen Rechtsraum eingebunden zu sein, ohne die Regeln des Clubs vollumfänglich zu akzeptieren. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der bilaterale Weg auch künftig den schweizerischen Königsweg darstellt oder ob sich «im Hinblick auf die Wahrung der Interessen der Schweiz»⁷² eine weitergehende Integration aufdrängt – weg von der Politik, als zugewandter Ort politisch isoliert alte Privilegien und Nischen zu verteidigen, hin zur konstruktiven Mitwirkung und Übernahme von Verantwortung. Letztlich ist das Schicksal der Schweiz politisch, gesellschaftlich, kulturell, wissenschaftlich und wirtschaftlich unweigerlich eng demjenigen ihrer

⁷² Bericht des Bundesrates über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik (Bericht «Markwalder») vom 17. September 2010, BBl 2010 7239, 7284.

Nachbarn und weiterer Staaten in Europa verbunden. Die aktive Mitgestaltung der Zukunft im Verbund mit gleichgesinnten Staaten liegt im ureigenen Interesse der Schweiz. Politische Klugheit und Weitsicht gebieten, sich alle europapolitischen Optionen offen zu halten; dazu gehört auch der EU-Beitritt.

Literatur

- ARBIA ALIA, *The road not taken: Europeanisation of laws in Austria and Switzerland (1996–2005)*, Genf 2006
- BERTHOUD FRÉDÉRIC, *Die Anerkennung von Berufsqualifikationen zwischen der Schweiz und der EU*, in: Daniel Thüer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zürich 2007, S. 249 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, *BV-Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2017
- BRADFORD ANU, *The Brussels Effect*, *Northwestern University Law Review* 2012, S. 1 ff.
- COTTIER THOMAS/DIEBOLD NICOLAS/KÖLLIKER ISABEL/LIECHTI-MCKEE RACHEL/OESCH MATTHIAS/PAYOSOVA TETYANA/WÜGER DANIEL, *Die Rechtsbeziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union*, Bern 2014
- COTTIER THOMAS/DIEBOLD NICOLAS, *Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen*, *Jusletter* vom 2. Februar 2009
- COTTIER THOMAS/HERREN DAVID, *Das Äquivalenzprinzip im schweizerischen Aussenwirtschaftsrecht: von Cassis de Dijon zu Cassis de Berne*, *SJER* 2009/2010, S. 249 ff.
- DIEBOLD NICOLAS, *Gerichtliche Sachverständige als hoheitlich tätige Organe?*, *AJP* 2012, S. 1162 ff.
- DIGGELMANN OLIVER, *Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik: Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz*, Bern 2005
- EMMENEGGER SUSAN/BIGLER ANDREA, *Fortress Europe: Die Äquivalenzverfahren der EU im Bereich der Finanzdienstleistungen*, *SZW* 2019, S. 155 ff.
- EPINEY ASTRID, *Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz-EU*, *Jusletter* vom 17. Dezember 2018
- EPINEY ASTRID/METZ BEATE/PIRKER BENEDIKT, *Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz*, Zürich 2012
- FREIBURGHaus DIETER, *Königsweg oder Sackgasse? Schweizerische Europapolitik von 1945 bis heute*, 2. Aufl., Zürich 2015
- GAMMENTHALER NINA, *Diplomanerkennung und Freizügigkeit*, Zürich 2010
- GLASER ANDREAS, *Umsetzung und Durchführung des Rechts der Bilateralen Verträge in der Schweiz*, in: Andreas Glaser/Lorenz Langer (Hrsg.), *Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation*, Zürich/St. Gallen 2015, S. 133 ff.
- JAAG TOBIAS/HÄNNI JULIA, *Europarecht: Die Europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht*, 4. Aufl., Zürich 2015

- JENNI SABINE, Switzerland's Regulatory European Integration: Between Tacit Consensus and Noisy Dissensus, SPSR 2015, S. 508 ff.
- KADDOUS CHRISTINE, § 20 Die Zusammenarbeit zwischen der EU und der Schweiz, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), Zürich/St.Gallen 2014
- KOHLER EMILIE, Influence du droit européen sur la législation suisse: analyse des années 2004 à 2007, in: Jusletter vom 31. August 2009
- MADER LUZIUS/KROPF CATHERINE, Verweisungen auf das Recht der Europäischen Union in der Bundesgesetzgebung: Vom Fotografieren und Filmen, in: Institut für Europarecht (Hrsg.), Die Schweiz und die europäische Integration, Zürich 2015, S. 69 ff.
- MAIANI FRANCESCO, Lost in translation: euro compatibility, legal security, and the autonomous implementation of EU law in Switzerland, ELR 2013, 29 ff.
- OESCH MATTHIAS, Urteilsbesprechung: Bundesgericht (II. öffentlich-rechtliche Abteilung), Urteil vom 26. November 2015, 2C_716/2014, ZBI 117/2016, S. 208 ff.
- OESCH MATTHIAS, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachtern und Notaren, SJZ 112/2016, S. 53 ff.
- OESCH MATTHIAS, Die bilateralen Abkommen Schweiz-EU und die Übernahme von EU-Recht, AJP 2017, S. 638 ff.
- OESCH MATTHIAS, Europarecht, Band I: Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU, 2. Aufl., Zürich 2019
- OESCH MATTHIAS/BURGHARTZ NINA, EU-Schweiz, in: Christoph Krenzler et al. (Hrsg.), EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht: Kommentar, München 2018
- OESCH MATTHIAS/NAEF TOBIAS, EU-Grundrechte, der EuGH und die Schweiz, ZSR 136/2017, S. 117 ff.
- OESCH MATTHIAS/SPECK GABRIEL, Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz-EU und der EuGH, SJER 2016/2017, S. 257 ff.
- SPINNER BRUNO/MARITZ DANIEL, EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: Forstmoser et al. (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz. FS für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, S. 127 ff.
- THÜRER DANIEL et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007
- TOBLER CHRISTA, Die EuGH-Entscheidung Grimme – Die Wiederkehr von Polydor und die Grenze des bilateralen Rechts, SJER 2009/2010, S. 369 ff.
- TOBLER CHRISTA/BEGLINGER JACQUES, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-) Rechts Schweiz – EU. Systematische Darstellung in Text und Tafeln, 2 Bände, Zürich/St.Gallen 2013
- WEBER ROLF H./SETHE ROLF, Äquivalenz als Regelungskriterium im Finanzmarktrecht, SJZ 2014, S. 569 ff.
- ZÄCH ROGER/HEIZMANN RETO, Die Anwendung des Cassis de Dijon-Prinzips durch die Schweiz im Verhältnis zum EWR, EuZW 2012, S. 876 ff.
- ZÜND ANDREAS, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP 2013, S. 1349 ff.

Multi-Level-Gesetzgebung: europäisches, bilaterales, nationales Recht und wieder zurück

Catherine Kropf*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	85
II.	Die Europapolitik im schweizerischen Mehrebenensystem und ihre Bedeutung für die Rechtsetzung	87
	1. Der erste Pfeiler der Europapolitik, die bilateralen Abkommen	87
	2. Der zweite Pfeiler der Europapolitik, der autonome Nachvollzug	89
III.	Rechtliche Rahmenbedingungen der Übernahme des Europarechts	89
	1. Warum soll das Europarecht überhaupt in der Schweiz Anwendung finden?	89
	2. Besteht eine völkerrechtliche Pflicht, das Europarecht zu übernehmen oder erfolgt ein autonomer Nachvollzug?	91
	3. Falls eine völkerrechtliche Verpflichtung zur Übernahme des Europarechts besteht, muss dieses überhaupt ins Landesrecht umgesetzt werden?	92
	4. Muss auch zusammenhängendes anderes Sekundärrecht und/oder Tertiärrecht der EU übernommen werden?	94
	5. Ist die Rechtsprechung des EuGH bei der Umsetzung zu berücksichtigen?	95
	6. Mit welcher Rechtsetzungsmethodik ist das Europarecht zu übernehmen (Inkorporation oder Verweistechnik)?	96
	7. Umgang mit der Dynamik des Europarechts	97
IV.	Gestaltungsspielräume bei der Umsetzung des Europarechts («Swiss finish»)	100
V.	Schlussfolgerung	102

I. Einleitung

Die Schweiz ist ein besonderes Land auf dem europäischen Kontinent. Sie ist nicht Mitgliedstaat der Europäischen Union (EU), auch nicht des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR), und doch ist sie rechtlich in weite Teile des Rechts der EU eingebunden, einerseits durch die bilateralen Abkommen, andererseits durch

* In diesem Beitrag bringe ich meine persönliche Anschauung zum Ausdruck, nicht die Position des Bundesamtes für Justiz. Weil der Beitrag während der COVID-19-Pandemie erstellt wurde, und mir im Homeoffice keine Bibliothek zur Verfügung stand, wurde *nolens volens* auf Literaturangaben verzichtet.

die Politik des autonomen Nachvollzugs. Das Europarecht ist zum festen Bestandteil des schweizerischen Gesetzgebungsinventars geworden, und damit auch ein klassisches Beispiel für die Rechtsetzung im Mehrebenensystem.

Wenn die Schweiz das Europarecht in ihr Landesrecht übernimmt, stehen sich zwei eigenständige Mehrebenensysteme gegenüber, jenes der EU und jenes der Schweiz. Das zu übernehmende Europarecht hat bereits sämtliche Etappen des europarechtlichen Mehrebenensystems durchlaufen: Der fragliche Rechtsakt der EU wurde gemäss den einschlägigen Verfahren der EU ausgearbeitet und verabschiedet. Am Ende dieses Prozesses übernimmt die Schweiz regelmässig das «fertige» Rechtsprodukt und fügt es, normstufengerecht und mit den nötigen Anpassungen an schweizerische Verhältnisse, in ihr eigenes Mehrebenensystem ein.

Die Rechtsetzung im Mehrebenensystem ist kein neues Phänomen. Es lässt sich aber beobachten, dass zunehmend ganze Rechtsbereiche auf völkerrechtlicher, europarechtlicher oder bilateraler Ebene geregelt werden – auch solche, die herkömmlicherweise landesrechtliche Themen betreffen. Der Anstoss für neue Gesetze und Verordnungen kommt somit häufig nicht mehr «von unten» (landesrechtliche Ebene), sondern «von oben» (völkerrechtliche Ebene). Dass dies aber nur die halbe Wahrheit ist, wird in Ziffer II näher ausgeführt, die sich den beiden Pfeilern der schweizerischen Europapolitik widmet.

Im Workshop «Praxisbeispiele zur juristischen Umsetzung von EU-Recht» der ZfR-Jahrestagung 2019 wurden eine Reihe juristischer Fragestellungen behandelt, die sich in diesem Kontext stellen. Es wurde insbesondere besprochen, welcher Gestaltungsspielraum der Schweiz verbleibt, wenn sie Europarecht übernimmt und wie in der Rechtsetzung mit der Dynamik des Europarechts umzugehen ist. In den Ziffern III und IV werden diese zwei Themenschwerpunkte des Workshops anhand praktischer Beispiele vorgestellt. Die Untertitel der Ziffern III und IV sind in Frageform formuliert, um den gedanklichen Weg zu möglichen Lösungsansätzen aufzuzeigen.

II. Die Europapolitik im schweizerischen Mehrebenensystem und ihre Bedeutung für die Rechtsetzung

1. Der erste Pfeiler der Europapolitik, die bilateralen Abkommen

Die Schweiz und die EU sind miteinander durch verschiedene bilaterale Verträge verbunden. Die wichtigsten sind die beiden Pakete der Bilateralen I und II. Diese Abkommen sowie weitere völkerrechtliche Verträge zwischen der Schweiz und der EU, namentlich das Freihandelsabkommen von 1972, bilden zusammen den «ersten Pfeiler der Europapolitik».

Die bilateralen Verträge funktionieren nach je eigenen Mechanismen, was die Art und Weise der Handhabung des Europarechts anbelangt, welches Gegenstand der Verträge bildet. Es wurden in der Lehre bereits zahlreiche und in ihrer Terminologie uneinheitliche Typologien der bilateralen Verträge vorgenommen, die hier nicht wiederholt werden. Für die Zwecke dieses Beitrags werden zwei grobe (und stark vereinfachte) Kategorien gebildet. Ausser Acht gelassen werden andere Typen von Abkommen, namentlich Kooperationsabkommen wie etwa das Umweltabkommen, welche im vorliegenden Kontext eine untergeordnete Rolle spielen.

- In *Abkommen mit Acquisübernahme* hat sich die Schweiz vertraglich verpflichtet, den europarechtlichen Besitzstand – den sogenannten Acquis – der in den Anwendungsbereich des Abkommens fällt, zu übernehmen und in ihr Landesrecht umzusetzen. Typische Abkommen dieser Art sind die *Assoziierungsabkommen*, namentlich die Schengen/Dublin-Abkommen¹ und das

¹ Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (SAA) vom 26. Oktober 2004 (SR 0.362.31); Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (DAA) (SR 0.142.392.68).

Luftverkehrsabkommen², welches auch als *partielles Integrationsabkommen* bezeichnet wird.³

- In den *Äquivalenzabkommen* übernimmt die Schweiz kein Europarecht. Diese Abkommen bauen auf dem Grundsatz der Gleichwertigkeit der jeweiligen Gesetzgebungen der beiden Vertragsparteien auf. Entsprechend sind in diesen Abkommen diejenigen europarechtlichen und schweizerischen Erlasse aufgeführt, welche als gleichwertig erachtet werden. Auch wenn seitens der Schweiz keine eigentliche Übernahmeverpflichtung besteht, so ist sie nach Sinn und Zweck dieser Abkommen gehalten, ihr innerstaatliches Recht äquivalent zum Europarecht auszugestalten. Als Äquivalenzabkommen ausgestaltet sind zum Beispiel das Abkommen über die technischen Handelshemmnisse (*Mutual Recognition Agreement*, «MRA»)⁴ und das Landverkehrsabkommen.⁵ Eine typische Formulierung, die auf das Äquivalenzprinzip Bezug nimmt, ist Artikel 52 Absatz 6 des Landverkehrsabkommens:

Zur Erreichung der Ziele dieses Abkommens treffen die Vertragsparteien [...] alle erforderlichen Massnahmen, damit in ihren gegenseitigen Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten gelten wie diejenigen, die in den in Anhang 1 aufgeführten Rechtsakten der Gemeinschaft enthalten sind.

- Daneben gibt es einige *Mischformen*. Beispielsweise folgen das Personenfreizügigkeitsabkommen⁶ und das Landwirtschaftsabkommen⁷ teils dem Prinzip der Acquisübernahme, teils der Äquivalenz. In diesen Fällen muss besonders beachtet werden, in welchen rechtlichen Kontext der fragliche EU-Rechtsakt im Abkommen eingebettet ist.

² Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68).

³ Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 6128, 6157 f.

⁴ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (SR 0.946.526.81).

⁵ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (SR 0.740.72).

⁶ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681).

⁷ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen (SR 0.916.026.81).

2. Der zweite Pfeiler der Europapolitik, der autonome Nachvollzug

Parallel zur Zusammenarbeit unter den bilateralen Verträgen hat sich in der Schweiz die Praxis des sogenannten «autonomen Nachvollzugs» etabliert. Sie geht zurück auf zwei Entscheide des Bundesrates aus dem Jahre 1988⁸, wonach zur Vermeidung unnötiger Handelshemmnisse jede «unüberlegte und unbegründete Abweichung zwischen der Schweizer Rechtsordnung und dem Gemeinschaftsrecht» vermieden werden soll, sofern es «den Interessen der Schweiz nützt». Eine Bestimmung des Europarechts wird aus der Überzeugung übernommen, dass die EU für ein bestimmtes Problem eine gute oder bessere Lösung gefunden hat. Wird in einem Rechtsgebiet mit grenzüberschreitendem Bezug nicht europakompatibel legiferiert, so sind die Gründe für diese Abweichungen in der Botschaft im sogenannten «Europakapitel» zu begründen (Art. 141 Abs. 2 Bst. a Parlamentsgesetz⁹). Europakompatibilitätsprüfungen sind folglich Opportunitätsüberlegungen. Es geht nicht darum, um jeden Preis alles europakompatibel zu machen. Aber es soll ein begründeter Entscheid sein, etwas anders zu regeln. Und wenn es für eine Abweichung keinen vernünftigen Grund gibt, oder, in den Worten des Bundesrates, «wenn es den Interessen der Schweiz nicht nützt», dann muss im autonomen Nachvollzug europakompatibel legiferiert werden.

III. Rechtliche Rahmenbedingungen der Übernahme des Europarechts

1. Warum soll das Europarecht überhaupt in der Schweiz Anwendung finden?

Wird ein landesrechtlicher Erlass, in dem Europarecht übernommen werden soll, ausgearbeitet, so ist es empfehlenswert, sich als erstes die Frage zu stellen: «Warum soll das Europarecht überhaupt in der Schweiz Anwendung finden?»

⁸ Bundesratsbeschlüsse vom 3. Februar 1988 und vom 18. Mai 1988. Zum Thema siehe Europabericht 2006 des Bundesrates, BBl 2006 6815 ff., 6831 f.

⁹ Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10).

Die Antwort auf diese Frage zu kennen, ist aus der Optik der Legistik zentral, denn sie bestimmt unter anderem, ob:

- eine völkerrechtliche Pflicht zur Übernahme und Umsetzung besteht;
- das Europarecht überhaupt ins Landesrecht umgesetzt werden muss oder ob es nicht schon aufgrund seiner Integration in den bilateralen Vertrag unmittelbar anwendbar (*self executing*) ist;
- auch eine Pflicht zur Übernahme von relevantem anderem Sekundärrecht der EU und/oder von Tertiärrecht der EU besteht;
- die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Rahmen der Umsetzung beachtlich ist;
- sich eine bestimmte Rechtsetzungsmethodik besonders eignet, um das Europarecht zu übernehmen (Inkorporation oder Verweistechiken); und
- ob materielle Gestaltungsspielräume bei der Umsetzung des Europarechts bestehen.

In den nachfolgenden Ziffern III bis IV werden diese Punkte anhand praktischer Fallbeispiele aus der Bundesgesetzgebung verdeutlicht. Die folgenden sekundärrechtlichen Rechtsakte der EU bilden die Ausgangslage:

Beispiel 1 (Luftverkehr) – bilaterales Abkommen mit Acquisübernahme

Verordnung (EG) Nr. 300/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Sicherheit in der Zivilluftfahrt und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2320/2002, ABl. L 97 vom 9.4.2008, S. 72.

Beispiel 2 (Maschinen) – bilaterales Äquivalenzabkommen

Richtlinie 2006/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Maschinen und zur Änderung der Richtlinie 95/16/EG (Neufassung), ABl. L 157 vom 9.6.2006, S. 24.

Beispiel 3 (Lebensmittel) – autonomer Nachvollzug

Verordnung (EG) Nr. 852/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über Lebensmittelhygiene, ABl. L 139 vom 30.4.2004.

Wir gehen davon aus, dass diese genannten Verordnungen der EU aus übergeordneten politischen Gründen auch in der Schweiz Anwendung finden und entsprechende rechtsetzende Tätigkeiten an die Hand genommen werden sollen. Um aus juristischer Perspektive die Frage nach dem «Warum» zu beantworten, muss der rechtliche Kontext, innerhalb dessen die schweizerische Regelung zu erlassen ist, beachtet werden.

2. Besteht eine völkerrechtliche Pflicht, das Europarecht zu übernehmen oder erfolgt ein autonomer Nachvollzug?

Im Beispiel 1 (Luftverkehr) sieht das Luftverkehrsabkommen Schweiz-EU vor, dass die Rechtsakte der EU, die im Anhang zum Abkommen aufgelistet sind, auch für die Schweiz gelten. Das Luftverkehrsabkommen basiert auf dem *Prinzip der Acquisübernahme*. Die Schweiz ist, praktisch wie ein EU-Mitgliedstaat, in den Luftverkehrsacquis der EU integriert und wendet alle Rechtsakte an, die für die EU-Mitgliedstaaten gelten. In diesem Beispiel gibt es eine *völkerrechtliche Verpflichtung* zur Übernahme der Verordnung (EG) Nr. 300/2008. Erfordert diese (völkerrechtliche) Übernahme eine Anpassung des Landesrechts, so sollte dieses Landesrecht im Idealfall gleichzeitig mit dem Beschluss des Gemischten Ausschusses Luftverkehr zur Anpassung des Abkommens vorliegen, es sei denn, das Abkommen sieht für die Umsetzung in der Schweiz eine andere Frist vor.

Im Beispiel 3 (Lebensmittel) wird die Verordnung (EG) Nr. 852/2004 in der schweizerischen Lebensmittelgesetzgebung umgesetzt. Es existiert im Bereich der Lebensmittelsicherheit (noch) kein bilaterales Abkommen mit der EU. Die Schweiz entscheidet eigenständig, Regelungen der EU zu übernehmen, um dadurch unnötige Abweichungen und daraus resultierende Handelshemmnisse zu vermeiden. Diese Umsetzung von Europarecht erfolgt im Rahmen des *autonomen Nachvollzugs*.

Beispiel 2 (Maschinen) bezieht sich auf die EU-Maschinenrichtlinie. Diese Richtlinie 2006/42/EG ist im Anhang 1, Kapitel 1 MRA aufgeführt. Das MRA beruht bezüglich Maschinen auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit der jeweiligen Gesetzgebungen (Art. 1 Abs. 2 MRA). Zwar lässt sich unter dem MRA keine generelle Pflicht der Schweiz ableiten, das sich laufend weiterentwickelnde Europarecht zu übernehmen. Dass die Schweiz dies dennoch tut, ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Abkommens. Ändert die EU die Maschinenrichtlinie, so passt die Schweiz in einem ersten Schritt ihr Landesrecht an und setzt es in Kraft. In einem zweiten Schritt erfolgt die Anpassung des MRA. Mit Beschluss des Gemischten Ausschusses finden die geänderten Erlasse der EU und der Schweiz Aufnahme in das Abkommen, wodurch die Äquivalenz bestätigt wird. In diesem Beispiel gibt es somit an sich keine Pflicht zur Übernahme des Europarechts. Die Übernahme erfolgt *«quasi autonom» im Hinblick auf die spätere Integration der Gesetzgebung ins bilaterale Abkommen*.

Gerade das letzte Beispiel zeigt auf, wie das Europarecht im Mehrebenensystem die bilaterale Ebene beeinflusst, von dort wiederum im schweizerischen Mehrebenensystem ins Landesrecht integriert und erneut auf die bilaterale Ebene gehoben wird. Dabei ist noch nicht berücksichtigt, dass sich das Europarecht teilweise auch an multilateralen Vertragswerken orientiert, z.B. am Recht der Welthandelsorganisation WTO, und dass das Bundesrecht oft auch in den Kantonen und Gemeinden noch umgesetzt werden muss.

3. Falls eine völkerrechtliche Verpflichtung zur Übernahme des Europarechts besteht, muss dieses überhaupt ins Landesrecht umgesetzt werden?

Im Beispiel 1 (Luftverkehr) besteht eine völkerrechtliche Verpflichtung zur Übernahme der Verordnung (EG) Nr. 300/2008. Weil die EU-Verordnung im Anhang zum Luftverkehrsabkommen aufgeführt ist, bildet sie integralen Bestandteil des Vertrages. Bei der Verordnung (EG) Nr. 300/2008 handelt es sich somit aus Sicht der Schweiz um Völkerrecht. Ob dieses Völkerrecht ins Landesrecht umzusetzen ist, bestimmt sich nach den herkömmlichen Regeln über die Umsetzung von Völkerrecht. Es ist zu prüfen, ob die fragliche Norm unmittelbar (*self executing*) ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dies dann der Fall, wenn «die Bestimmung inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden; die Norm muss mithin justiziabel sein, die Rechte und Pflichten des Einzelnen zum Inhalt haben, und Adressat der Norm müssen die rechtsanwendenden Behörden sein».¹⁰ Sind diese Voraussetzungen gegeben, muss die Bestimmung, bzw. die EU-Verordnung, nicht umgesetzt werden, sondern sie gilt unmittelbar aufgrund der Tatsache, dass sie im Luftverkehrsabkommen aufgeführt ist.

Die Verordnung (EG) Nr. 300/2008 wurde in der Schweiz auf Stufe Departement umgesetzt. Bereits der Ingress des Erlasses weist darauf hin, dass Europarecht umgesetzt wird, darunter die Verordnung (EG) Nr. 300/2008. In Artikel 4 Absatz 1 findet sich sodann ein Beispiel, wie eine europarechtliche Vorgabe landesrechtlich umgesetzt und konkretisiert wird.

¹⁰ BGE 124 III 91, E. 3a.

Verordnung über Sicherheitsmassnahmen im Luftverkehr (VSL¹¹)

Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement, gestützt auf die Artikel 122a Absatz 4, 122b Absatz 1, 122c Absatz 1 und 122d der Luftfahrtverordnung vom 14. November 19731 (LFV), in Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 300/2008 und der Durchführungsverordnungen (EU) 2015/19982 und (EU) Nr. 1035/20113 in der für die Schweiz jeweils verbindlichen Fassung gemäss den Ziffern 4 und 5 des Anhangs zum Abkommen vom 21. Juni 19994 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr

verordnet:

[...]

Art. 4 Flughafenhalter

¹Die Massnahmen zur Wahrung der Flughafensicherheit nach Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 300/2008 ... sind Sache des Flughafenhalters.

Es gilt zu beachten, dass die Schweiz bezüglich der Umsetzungspflicht von EU-Verordnungen eine andere Stellung innehat als die EU-Mitgliedstaaten. Ihnen ist es untersagt, EU-Verordnungen ins Landesrecht umzusetzen – dies im Gegensatz zu den EU-Richtlinien, welche immer umgesetzt werden müssen. Die unmittelbare Geltung von EU-Verordnungen ergibt sich aus Artikel 288 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)¹², welcher für die Schweiz nicht massgeblich ist. Für die Schweiz gelten, wie oben beschrieben, die vom Bundesgericht aufgestellten Massstäbe.

Es versteht sich von selbst, dass EU-Verordnungen naturgemäss eher *self executing* und daher nicht umsetzungsbedürftig sind, während EU-Richtlinien, welche ihrerseits nach Art. 288 Absatz 3 AEUV nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich sind, der Umsetzung bedürfen. Die Schweiz kann aber für sich entscheiden, eine Richtlinie, die z.B. im Luftverkehrsabkommen aufgeführt ist, nicht umzusetzen, wenn sie der Auffassung ist, dass der Inhalt dieser Richtlinie *self executing* ist. Gerade bei technischen Anhängen ist dies regelmässig der Fall.

Obwohl eng verflochten, verdeutlichen diese Beispiele die gesetzgebungstechnischen Unterschiede zwischen dem europäischen und dem schweizerischen Mehrebenensystem.

¹¹ Verordnung des UVEK über Sicherheitsmassnahmen im Luftverkehr (VSL) vom 20. Juli 2009 (SR 748.122).

¹² Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13.12.2007, ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47.

4. Muss auch zusammenhängendes anderes Sekundärrecht und/oder Tertiärrecht der EU übernommen werden?

Auch diese Frage beantwortet sich nach dem juristischen Kontext. In einem Abkommen über die Acquisübernahme (Beispiel 1) besteht die Pflicht, sämtliches Sekundärrecht im Anwendungsbereich, einschliesslich des damit einhergehenden Tertiärrechts (Durchführungsrechtsakte und delegierte Rechtsakte der EU), zu übernehmen. Bereits bei der Übernahme des «Basisrechtsakts» finden sich entsprechende Hinweise auf Tertiärrecht, welche für die zukünftige Rechtsetzung in der Schweiz von Bedeutung sein können:

Artikel 16 (Visakodex¹³)

(9) Die Kommission prüft alle drei Jahre, ob die Höhe der Visumgebühren nach den Absätzen 1, 2 und 2a dieses Artikels geändert werden muss [...] Auf der Grundlage dieser Bewertungen erlässt die Kommission gegebenenfalls gemäss Artikel 51a delegierte Rechtsakte zur Änderung dieser Verordnung hinsichtlich der Höhe der Visumsgebühren.

Den Visakodex hat die Schweiz im Rahmen des Schengen-Assoziierungsabkommens (SAA) übernommen. Nach Artikel 2 Absatz 3 SAA werden die «Rechtsakte und Massnahmen, die von der Europäischen Union [...] angenommen werden [...] von der Schweiz [...] ebenfalls akzeptiert, umgesetzt und angewendet.» Es besteht folglich die vertragliche Verpflichtung, auch die delegierten Rechtsakte, die gestützt auf Schengen-relevantes Sekundärrecht erlassen werden, zu übernehmen. Es empfiehlt sich, bereits anlässlich der Übernahme des «Basisrechtsakts» ein Auge darauf zu werfen, ob zu einem späteren Zeitpunkt weitere Rechtsakte zu berücksichtigen sein werden. Unter Umständen bietet es sich an, für die Regelung solcher Annexgebiete separate Anhänge und für deren laufende Anpassung allenfalls Rechtsetzungsdelegationen vorzusehen.

Äquivalenzabkommen (Beispiel 2, Maschinen) führen die massgebenden Sekundärrechtsakte der EU einzeln auf. Tertiärrechtsakte sind in der Schweizer Gesetzgebung dann beachtlich, wenn diese eine Voraussetzung darstellen, um die Gleichwertigkeit der Gesetzgebungen zu gewährleisten. Weil das MRA zwar laufend, aber angesichts der Dynamik gerade des EU-Tertiärrechts nicht immer rechtzeitig angepasst wird, sind im MRA teilweise Mechanismen vorgesehen,

¹³ Verordnung (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft (Visakodex), ABl. L 243 vom 15.9.2009, S. 1; zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2019/1155, ABl. L 188 vom 12.7.2019, S. 25.

die die Aufnahme von Tertiärrechtsakten in einem beschleunigten Verfahren ermöglichen.¹⁴

Im Rahmen des autonomen Nachvollzugs (Beispiel 3, Lebensmittel) sind Tertiärrechtsakte dann zu berücksichtigen, wenn sie notwendig sind, um das Ziel, die Vermeidung von Handelshemmnissen, zu erreichen.

5. Ist die Rechtsprechung des EuGH bei der Umsetzung zu berücksichtigen?

Der EuGH hat in verschiedenen Rechtsbereichen massgeblich zur Weiterentwicklung des Europarechts beigetragen. Europarecht kann daher kaum losgelöst von der Rechtsprechung übernommen werden. Die Umsetzung erfolgt in der Schweiz in der Regel mit zeitlicher Verzögerung zu jener in den EU-Mitgliedstaaten, so dass oft bereits eine das Recht konkretisierende Rechtsprechung existiert. Dieser Umstand ermöglicht es der Schweiz, die europäische Rechtsprechung bereits im Rahmen der Umsetzung zu berücksichtigen, und nicht erst bei deren Anwendung. Es ist auch hier der juristische Kontext des fraglichen Europarechts zu berücksichtigen:

Wird Europarecht im Rahmen eines bilateralen Vertrags übernommen (Beispiel 1, Luftverkehr), so bestimmt dieser, ob und in welchem Masse die Rechtsprechung des EuGH für die rechtsanwendenden Gerichte und Behörden beachtlich ist. Im Luftverkehrsabkommen findet sich in Artikel 1 Absatz 2, wie in anderen Verträgen der Bilateralen I auch, die Regel, wonach Bestimmungen, die «im Wesentlichen mit den entsprechenden Regeln [der EU] übereinstimmen, ... in Übereinstimmung mit den vor der Unterzeichnung dieses Abkommens erlassenen Urteilen ... des Gerichtshofs ... der Europäischen Gemeinschaften auszulegen» sind. Das Bundesgericht berücksichtigt in seiner Rechtsprechung allerdings auch die Entscheide, die nach dem 21. Juni 1999 ergangen sind, die sogenannten «spätere Rechtsprechung». Etabliert ist diese Praxis namentlich unter dem Freizügigkeitsabkommen. Von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nach dem Unterzeichnungsdatum weicht das Bundesgericht nur bei Vorliegen «triftiger» Gründe ab.¹⁵

¹⁴ Siehe z.B. MRA, Anhang 1, Kapitel 18 (Biozid-Produkte), Anwendungs- und Geltungsbereiche, Ziffer 2, Abschnitt III, Ziffer 1.

¹⁵ BGE 142 II 35, E. 3.1.

Im Rahmen des autonomen Nachvollzugs (Beispiel 3, Lebensmittel) zieht das Bundesgericht die Rechtsprechung des EuGH ebenso autonom bei: «Vom Recht der Europäischen Union unabhängiges schweizerisches Recht ist grundsätzlich autonom auszulegen. Eine Koordination bzw. der Beizug des europäischen Rechts als Auslegungshilfe drängt sich immerhin soweit auf, als dies vom schweizerischen Gesetzgeber bezweckt war und sich die Regelungen auch inhaltlich entsprechen.»¹⁶

Auch bei der Auslegung von Schweizer Recht, welches in den Anwendungsbereich eines Äquivalenzabkommens fällt (Beispiel 2, Maschinen), orientiert sich das Bundesgericht an der europäischen Rechtsprechung.¹⁷

6. Mit welcher Rechtsetzungsmethodik ist das Europarecht zu übernehmen (Inkorporation oder Verweisteknik)?

Die Frage nach der geeigneten Rechtsetzungsmethodik zur Übernahme von Europarecht stellt sich spätestens zum Zeitpunkt der Redaktion des landesrechtlichen Erlasses, manchmal aber auch schon anlässlich der Formulierung des bilateralen Vertrags, in welchem das Europarecht aufgelistet ist. Zwei Methoden stehen dazu zur Verfügung: die Inkorporation, also die wörtliche oder sinngemässe Wiedergabe normativen Inhalts, oder das Instrument der Verweisung, bei dem im Landesrecht das relevante Europarecht referenziert wird. Die verschiedenen Fragestellungen, die sich dabei in redaktioneller Hinsicht stellen, werden in diesem Tagungsband im Beitrag von Barbara Grüter und Markus Nussbaumer behandelt.¹⁸

Naheliegender wäre die Vermutung, dass im autonomen Nachvollzug (Beispiel 3, Lebensmittel), wo ein landesrechtlicher Erlass in jedem Fall erforderlich ist, das Europarecht eher inkorporiert wird, während in Bereichen, die unter ein bilaterales Abkommen fallen, eher die Verweispraxis praktiziert wird. In gewissen Rechtsgebieten stimmt die Annahme – beispielsweise im Kartellrecht, wo das Europarecht im autonomen Nachvollzug sinngemäss wiedergegeben wird. Im Chemikalienrecht oder im Lebensmittelrecht dagegen – beides «autonome» Rechtsgebiete ohne bilaterales Abkommen – findet die Verweispraxis breite Anwendung.

¹⁶ BGE 137 II 199, E. 4.3.1.

¹⁷ BGE 143 II 518, E. 9.3.1.

¹⁸ In diesem Band GRÜTER/NUSSBAUMER, S. 103 ff.

Auch unter den Äquivalenzabkommen ist es üblich, auf das Europarecht zu verweisen, wie das folgende Beispiel zur Umsetzung der EU-Maschinenrichtlinie (Beispiel 2) in der Schweizer Maschinenverordnung (MaschV¹⁹) zeigt:

Art. 1 Gegenstand, Geltungsbereich, Begriffe und anwendbares Recht

¹ Diese Verordnung regelt das Inverkehrbringen und die Marktüberwachung betreffend Maschinen nach der Richtlinie 2006/42/EG (EU-Maschinenrichtlinie).

² Der Geltungsbereich richtet sich nach Artikel 1 der EU-Maschinenrichtlinie. Deren Artikel 3 gilt sinngemäss.

^{2bis} Es gelten die Begriffe nach Artikel 2 der EU-Maschinenrichtlinie. Zudem gelten die Ausdrucksentsprechungen nach Anhang 1 Ziffer 1.4.

³ Wird in dieser Verordnung auf Bestimmungen der EU-Maschinenrichtlinie verwiesen, die ihrerseits auf anderes EU-Recht verweisen, so gilt statt dieses EU-Rechts das schweizerische Recht nach Anhang 1 Ziffer 2.5.

⁴ Soweit diese Verordnung keine besonderen Bestimmungen enthält, gelten für Maschinen die Bestimmungen der Verordnung vom 19. Mai 2010 über die Produktesicherheit (PrSV).

7. Umgang mit der Dynamik des Europarechts

Verweist eine Bestimmung in einem landesrechtlichen Erlass auf das Recht der EU, so ist diese Verweisung grundsätzlich statisch auszugestalten, d.h. es soll eine bestimmte Fassung eines EU-Rechtakts zur Anwendung kommen. Die Gesetzestechnischen Richtlinien (GTR) der Bundeskanzlei sehen hierfür besondere Formeln vor, z.B. «Fassung gemäss» oder «zuletzt geändert durch».²⁰ Zukünftige Änderungen des Europarechts sollen nicht automatisch Teil des Landesrechts werden. Folglich muss der landesrechtliche Erlass angepasst werden, wenn Rechtsentwicklungen in der EU im Landesrecht Rechnung getragen werden soll.

Findet sich das betreffende Europarecht jedoch bereits in einem bilateralen Abkommen, so kann dynamisch auf dieses Abkommen verwiesen werden (siehe die Verordnung des UVEK über Sicherheitsmassnahmen im Luftverkehr im Beispiel oben unter Ziffer III.3). Dieser dynamische Verweis mit der Formel «in der für die Schweiz jeweils verbindlichen Fassung gemäss [bilateralem Abkommen]» ist zulässig, weil auf das Staatsvertragsrecht der Schweiz, also auf Bun-

¹⁹ Verordnung über die Sicherheit von Maschinen (Maschinenverordnung, MaschV) vom 2. April 2008 (SR 819.14).

²⁰ Gesetzestechnische Richtlinien des Bundes (GTR), Stand 16. Mai 2019, Rz. 140 f.

desrecht, verwiesen wird.²¹ Es handelt sich nicht um eine Verweisung auf ausländisches Recht, dessen Entwicklung ausserhalb des Einflussbereichs des schweizerischen Gesetzgebers liegt. Ändert sich das Europarecht, auf das verwiesen wird, so geht dieser Änderung mit der innerstaatlichen Genehmigung des bilateralen Vertrags ein demokratisch legitimierter Entscheid der Schweiz voraus. Dieser bundesrechtsinterne dynamische Verweis erlaubt es, das Landesrecht mit dem für die Schweiz geltenden Völkerrecht im Einklang zu halten, ohne es laufend anpassen zu müssen.

Mit einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage ist aber auch die dynamische Verweisung auf das Europarecht zulässig, das nicht in einem bilateralen Abkommen enthalten ist.²² Am 22. März 2019 hat die Bundesversammlung eine Änderung des Heilmittelgesetzes²³ angenommen, die es dem Bundesrat erlaubt, künftige Tertiärrechtsakte der Europäischen Kommission (delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte) im Bereich der Medizinprodukte in der jeweiligen für die EU-Mitgliedstaaten verbindlichen Fassung für die Schweiz als anwendbar zu erklären (sog. dynamische Verweisungen). Voraussetzung ist, dass dieses Tertiärrecht technische oder administrative Einzelheiten betrifft, deren Regelung fortlaufend und in der Regel kurzfristig angepasst wird.

Heilmittelgesetz (HMG), Änderung vom 22. März 2019, BBl 2019 2589 (noch nicht in Kraft)

Art. 82 Abs. 3

³ Soweit bestimmte delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte der Europäischen Kommission im Bereich der Medizinprodukte technische oder administrative Einzelheiten betreffen, deren Regelung fortlaufend und in der Regel kurzfristig angepasst wird, kann der Bundesrat vorsehen, dass die entsprechenden Rechtsakte in der jeweiligen für die EU-Mitgliedstaaten verbindlichen Fassung auch in der Schweiz gelten.

Gestützt auf diese Regelung hat der Bundesrat in einem Entwurf einer neuen Medizinprodukteverordnung diejenigen Bereiche bezeichnet, in denen er die dynamische Verweisung als im Sinne dieser Bestimmung notwendig und zulässig erachtet.

²¹ Gesetzestechnische Richtlinien des Bundes (GTR), Rz. 145.

²² Gesetzgebungsleitfaden des Bundesamts für Justiz, 2019, Rn. 758.

²³ Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15. Dezember 2000 (SR 812.21).

Totalrevision der Medizinprodukteverordnung (MepV), Entwurf Mai 2019 (noch nicht in Kraft)

Art. 15 Eindeutige Produktidentifikation

⁴Die mit der Produktergistrierung verbundenen Pflichten und Modalitäten richten sich nach Artikel 29 sowie Anhang VI [der EU-Medizinprodukteverordnung], unter Berücksichtigung der Änderungen dieses Anhangs, die von der Europäischen Kommission mittels delegierter Rechtsakte³¹ vorgenommen werden.

³¹ Siehe Anhang 4.

Art. 27

²Die Konformitätserklärung enthält die Angaben nach Anhang IV [der EU-Medizinprodukteverordnung], unter Berücksichtigung der Änderungen dieses Anhangs, die von der Europäischen Kommission mittels delegierter Rechtsakte⁴² vorgenommen werden. Sie ist in einer schweizerischen Amtssprache oder in Englisch abzufassen.

⁴² Siehe Anhang 4.

Art. 92 Direkt anwendbare delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte der EU-Kommission

Delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte der Kommission, welche in der jeweils für die Mitgliedstaaten der EU verbindlichen Fassung auch für die Schweiz direkt anwendbar sind, werden auf der Internetseite der Swissmedic veröffentlicht.

Art. 93 Harmonisierung des Vollzugs

Beim Vollzug dieser Verordnung beachtet die Swissmedic die von der Europäischen Kommission gestützt auf die [EU-Medizinprodukteverordnung] erlassenen Durchführungsrechtsakte.

In seiner Botschaft zum geänderten Heilmittelgesetz²⁴ führt der Bundesrat dazu aus:

Einige EU-Rechtsakte treten bereits 20 Tage nach ihrer Verabschiedung in Kraft. Die Übernahme solcher Rechtsakte kann nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand mit den im HMG schon bestehenden Methoden der statischen Übernahme zeitgerecht erfolgen. Die [EU-Medizinprodukteverordnung] sieht beispielsweise 12 delegierte Rechtsakte und 32 Durchführungsrechtsakte vor [...]. Die delegierten Rechtsakte und die Durchführungsakte der EU betreffen ausschliesslich nicht wesentliche technische oder verfahrensrechtliche Elemente. Je nach ihrer Art bringen sie mehr oder weniger häufige Anpassungen mit sich.

Im Rahmen des MRA wird die Schweiz bei den Vorarbeiten zu diesen Rechtsakten als Beobachterin konsultiert.

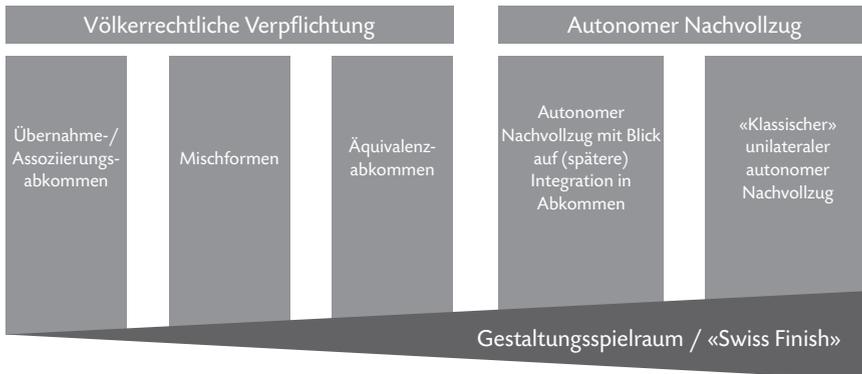
Bei Artikel 82 Absatz 3 Heilmittelgesetz handelt es sich allerdings um eine einzigartige Bestimmung ohne Präzedenzfall. In den eidgenössischen Räten war sie

²⁴ Botschaft vom 30. November 2018 zur Änderung des Heilmittelgesetzes (neue Medizinprodukte-Regulierung), BBl 2019 1 36 ff.

daher auch nicht unumstritten.²⁵ Der Umstand, dass die Schweiz über das MRA die Möglichkeit hat, im Rahmen des *decision shaping* auf den Inhalt des Europarechts Einfluss zu nehmen, erhöht die Legitimation der vorgesehenen Regelung unter souveränitätspolitischen Gesichtspunkten. Es ermöglicht es der Schweiz, direkt im Mehrebenensystem der EU mitzuwirken, bevor sie europäische Rechtsänderungen in ihr eigenes Mehrebenensystem überführt.

IV. Gestaltungsspielräume bei der Umsetzung des Europarechts («Swiss finish»)

Die erste Frage, die oben gestellt wurde, lautete: «Weshalb soll das Europarecht überhaupt in der Schweiz Anwendung finden?» Es wurde aufgezeigt, dass es wichtig ist, sich zu vergegenwärtigen, ob das Europarecht im ersten oder im zweiten Pfeiler der Europapolitik übernommen werden soll, ob also eine völkerrechtliche Verpflichtung vorliegt oder ein autonomer Nachvollzug erfolgt. Dieser rechtliche Kontext wirkt sich auf den Spielraum des Schweizer Gesetzgebers aus, wie die folgende Illustration aufzeigt:



In Beispiel 1 (Luftverkehr) hat die Schweiz bereits beim Abschluss des bilateralen Vertrags beschlossen, dass das betreffende Europarecht in der Schweiz Anwendung finden soll. Der Spielraum bei der Umsetzung erschöpft sich daher in den Vorgaben des bilateralen Abkommens bzw. des Europarechts, das darin

²⁵ Amtliches Bulletin Ständerat, Frühjahrssession 2019, zweite Sitzung vom 5.3.19, 08h15, 18.081; Amtliches Bulletin Nationalrat, Frühjahrssession 2019, dritte Sitzung vom 6.03.19, 08h00, 18.081.

enthalten ist: Entweder wurden explizite Ausnahmen, Präzisierungen und Abweichungen vereinbart, oder das zu übernehmende Sekundärrecht der EU sieht seinerseits Umsetzungsspielräume vor – im letzteren Fall gelten diese auch für die EU-Mitgliedstaaten. Allgemein lässt sich festhalten, dass der Gestaltungsspielraum klein ist. Einen «Swiss finish» gibt es höchstens in Bereichen, die der Konkretisierung bedürfen, beispielsweise die Bezeichnung zuständiger Behörden und Verfahren, und in Bereichen, die gar nicht erst unter das Abkommen fallen, etwa Vorschriften über den inländischen Such- und Rettungsdienst der zivilen Luftfahrt.

Im Beispiel 2 (Maschinen) gilt das Europarecht in der Schweiz nicht kraft Abkommen – weil es ein Äquivalenzabkommen ist –, und es gibt einen eigenständigen schweizerischen Erlass. Ein Gestaltungsspielraum ist insofern vorhanden, als es kein Völkerrecht gibt, welches direkt anwendbar wäre. Der Gesetzgeber muss nur darauf achten, eine Regelung zu erlassen, die dem Europarecht gleichwertig ist. Allerdings bestätigt sich diese Sichtweise in der Praxis nicht immer: Erlasse, die später in ein Äquivalenzabkommen, z.B. ins MRA, aufzunehmen sind, unterbreitet die Schweiz der Europäischen Kommission vorgängig im Rahmen eines Verfahrens zur Bewertung der Konformität (*conformity assessment procedure*). Die Kommission prüft dabei akribisch, ob die Schweiz alle Vorgaben ordnungsgemäss umgesetzt hat. Für einen «Swiss finish» bleibt kaum Raum. Dieses institutionalisierte Verfahren existiert bei den Abkommen mit Acquisübernahme nicht. Vor diesem Hintergrund kann es sich ergeben, dass der schweizerische Gestaltungsspielraum unter einem Äquivalenzabkommen faktisch sogar kleiner ist als unter einem Abkommen mit Acquisübernahme.

In Beispiel 3 (Lebensmittel) hat die Schweiz am meisten Spielraum für ein «Swiss finish». Es gibt kein bilaterales Abkommen, dessen Vorgaben zu beachten sind. Begrenzt wird der Spielraum allein durch die anfangs erwähnte Politik des autonomen Nachvollzugs, wonach unbegründete Abweichungen zum Europarecht zu vermeiden sind.

Erfolgt die landesrechtliche Anpassung ans Europarecht hingegen im Hinblick auf den möglichen späteren Abschluss eines bilateralen Vertrags, verringert sich der Gestaltungsspielraum. Ein Beispiel ist die Gesetzgebung über die Sicherheit von Seilbahnen. Hier erfolgte in einem ersten Schritt die Anpassung des Schweizer Rechts an das Europarecht. Später wurde ein neues Kapitel 19 über Seilbahnen in Anhang 1 des MRA aufgenommen. Obwohl die Anpassung ans Europarecht autonom erfolgte, war sie also bereits so ausgestaltet, dass sie auf jeden

Fall hinreichend äquivalent ist, um ins MRA aufgenommen werden zu können. In dieser Konstellation verläuft die Gesetzgebung vom Europarecht zum Landesrecht und von dort in die bilaterale Ebene.

V. Schlussfolgerung

Die zunehmende Interdependenz von nationalem und europäischem Recht bedeutet für die Rechtsetzung im Mehrebenensystem eine besondere Herausforderung. Nicht nur sind sowohl landes-, als auch völkerrechtliche Rechtskenntnisse unerlässlich, es ist auch das Wissen und Verständnis über das Zusammenspielen der verschiedenen Ebenen – europäisches, bilaterales und nationales Recht – erforderlich. Erst mit diesem Blick aufs Ganze kann der Gesetzgeber dem Europarecht diejenige Wirkung zuschreiben, die für die schweizerische Rechtsordnung erwünscht ist.

Redaktionelle Aspekte bei der Übernahme von EU-Recht

Barbara Grüter / Markus Nussbaumer

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	103
II. Formen, Ziele und Grundfragen bei der Übernahme	104
1. Formen der Übernahme	104
2. Ziele der Übernahme	105
3. «Clash of legislative cultures»?	106
a) «Fremdes» Recht – auch redaktionell «fremd»?	106
b) Idealismus vs. Realismus – kurzer historischer Exkurs	107
III. Diskussion von Beispielen	108
1. Was die Beispiele zeigen	108
a) Beispiel 1: Legaldefinition reformulieren	108
b) Beispiel 2: Verweistchnik	110
2. Faustregeln	113
a) Reformulieren	113
b) Verweisen	114
c) Hilfsmittel	115
IV. Erkenntnisse und Thesen	115
Literatur	117

I. Einleitung

In diesem Beitrag geht es um redaktionelle Aspekte der Übernahme von EU-Recht in schweizerisches Bundesrecht.¹

¹ Der Beitrag beruht auf dem Workshop, den wir an der Tagung 2019 des Zentrums für Rechtsetzungslehre der Universität Zürich unter dem Oberthema «Rechtsetzung im Mehrebenensystem» angeboten haben. Zu unserem Hintergrund: Wir sind in den Sprachdiensten der Bundeskanzlei und zusammen mit Juristinnen und Juristen des Bundesamtes für Justiz in der verwaltungsinternen Redaktionskommission (VIRK) tätig. Die VIRK prüft sämtliche Entwürfe von Bundesrechtserlassen aller Stufen auf ihre redaktionelle Qualität und Verständlichkeit hin und versucht sie zu optimieren. Dabei ist sie auch regelmässig konfrontiert mit der Übernahme von EU-Recht, den

Wir sprechen bewusst von «Übernahme» und nicht – wie es bei dieser Thematik nicht selten der Fall ist – von «Umsetzung» von EU-Recht. Unter Übernahme verstehen wir die Inkorporation von «fremdem» Recht in das eigene Recht, in unserem Fall also die Inkorporation von EU-Recht in das schweizerische Bundesrecht.

Der Beitrag ist wie folgt aufgebaut: Nach einigen einleitenden Ausführungen und Überlegungen zu Formen, Zielen und Grundfragen bei der Übernahme von EU-Recht (Ziff. II) stellen wir zwei Beispiele vor, die die Bandbreite der Möglichkeiten einer solchen Übernahme andeuten sollen (Ziff. III).² Wir beschliessen diesen Beitrag mit den wichtigsten Erkenntnissen und Thesen (Ziff. IV).

Einen Aspekt, der mit den redaktionellen Herausforderungen in einem engen Zusammenhang steht, behandeln wir bewusst nicht, weil er ein grosses und wichtiges Thema für sich wäre: den Umgang mit der Mehrsprachigkeit sowohl des EU-Rechts wie des schweizerischen Bundesrechts.³

II. Formen, Ziele und Grundfragen bei der Übernahme

1. Formen der Übernahme

Es gibt zwei grundlegende Möglichkeiten der Übernahme: Man kann aus dem schweizerischen Erlass heraus auf EU-Recht *verweisen* und dieses, indem man es für anwendbar erklärt, zu einem Teil der schweizerischen Rechtsordnung machen (Inkorporation im weiteren Sinn). Oder man kann EU-Recht im schweizerischen Erlass *nachbilden*, wodurch dieses Recht Teil des schweizerischen

damit verbundenen redaktionellen Herausforderungen und einer Vielfalt an Herangehensweisen und Lösungsversuchen. Mehr über die VIRK kann man lesen auf der Website der Bundeskanzlei: www.bk.admin.ch > Unterstützung der Regierung > Rechtsetzungsbegleitung > Gesetzesredaktion; oder in NUSSBAUMER, Verständlichkeit; HÖFLER; HÖFLER/NUSSBAUMER/UHLMANN.

² Weitere Beispiele, die wir für den Workshop ausgewählt und dort kommentiert hatten, sind zu finden auf den Webseiten der Bundeskanzlei zu den redaktionellen Aspekten der Übernahme von EU-Recht: www.bk.admin.ch > Dokumentation > Rechtsetzungsbegleitung > Übernahme von EU-Recht: Formale Aspekte > Hilfsmittel.

³ Die aus der Mehrsprachigkeit folgenden spezifischen Probleme sind kurz angesprochen in Ziffer 8 der Faustregeln für die Übernahme von EU-Recht in schweizerisches Recht: www.bk.admin.ch > Dokumentation > Rechtsetzungsbegleitung > Übernahme von EU-Recht: Formale Aspekte > Hilfsmittel.

Rechtstextes selber – und nicht nur der schweizerischen Rechtsordnung – wird (Inkorporation im engeren Sinn). Bei dieser Nachbildung gibt es eine Bandbreite von Vorgehensweisen, die zwischen zwei Extrempositionen liegen: Man kann das EU-Recht wörtlich *abschreiben* («copy and paste»), oder man kann sich dafür entscheiden, das zu übernehmende EU-Recht nach den eigenen redaktionellen Gepflogenheiten und unter Berücksichtigung des schweizerischen Rechtskontextes zu *reformulieren*. In der Realität – das zeigen die im Workshop diskutierten Beispiele – werden die verschiedenen Möglichkeiten und Vorgehensweisen in ein und demselben Erlass oft gemischt.

Bei der ersten Möglichkeit – dem Verweisen – legen wir für die nachstehenden Ausführungen folgende terminologische Unterscheidung fest: Die Bestimmung im schweizerischen Recht, die auf EU-Recht verweist, nennen wir die *Verweisnorm*. Die Bestimmung im EU-Recht, auf die aus dem schweizerischen Recht heraus verwiesen wird, wird als *Verweisobjekt* bezeichnet. Ist nun das Verweisobjekt seinerseits eine Verweisnorm, verweist also die EU-Bestimmung, auf die verwiesen wird, ihrerseits weiter auf andere EU-Bestimmungen, so haben wir es mit einer Verweiskette zu tun; wir sprechen dann von einem *Kaskadenverweis*.

2. Ziele der Übernahme

Was sind die Ziele bei der Übernahme von EU-Recht in schweizerisches Recht? Das übergeordnete Ziel ist die Harmonisierung des schweizerischen Rechts mit dem EU-Recht, sei es, weil die Schweiz sich vertraglich verpflichtet hat, EU-Recht zu übernehmen oder äquivalentes Recht zu schaffen, oder sei es, weil sie eine Regelung der EU sogenannten «autonom nachvollziehen» will.⁴ Uns interessiert die Frage, wie man diese Harmonisierung aus redaktioneller Sicht am besten erreicht – wie also die schweizerischen Erlasse aufgebaut und formuliert werden sollen.

Das ist eine vielschichtige Problematik, denn die Bedürfnisse derjenigen, an die sich eine Norm richtet, und die Bedürfnisse jener, die die Norm verfassen, sind unter Umständen nicht die gleichen.

So erwarten die Normadressatinnen und -adressaten, dass sie die Normaussage verstehen können. Diese erschliesst sich im Fall der Verweisung aus dem Ver-

⁴ Vgl. hierzu in diesem Band OESCH, S. 59 ff., und KROPF, S. 85 ff.

weisobjekt im «fremden» Kontext des EU-Erlasses und im Fall der Inkorporation in den schweizerischen Erlasskörper aus dem Wortlaut der Bestimmung, der indes oftmals die «fremde» Herkunft noch verrät. Verweist eine schweizerische Bestimmung auf EU-Recht, so ist für die Adressatinnen und Adressaten überdies zentral, dass sie die Verweisobjekte gut auffinden können.

Für die Autorinnen und Autoren der schweizerischen Regelung – also für die zuständigen Sachbearbeiterinnen und -bearbeiter in den verschiedenen Bundesämtern – spielen zusätzliche Faktoren eine wichtige Rolle: Das Schaffen von Recht und seine Nachführung soll mit möglichst geringem Aufwand verbunden sein; und je nach Rechtsbereich muss es oft auch schnell gehen, da die Nachführungen rasch aufeinander folgen. Zudem kann es ein wichtiges Ziel sein, «in Brüssel» möglichst überzeugend aufzeigen zu können, dass die Schweiz eine EU-Regelung auch tatsächlich übernommen oder zumindest äquivalentes Recht geschaffen hat. Ein weiteres Ziel kann sein, dass man einer schweizerischen Bestimmung ansieht, dass sie ursprünglich aus dem EU-Recht stammt. Transparenz in diesem Sinne kann für die Adressatinnen und Adressaten wichtig sein, aber auch für die Autorinnen und Autoren, die im Hinblick auf spätere Revisionen nicht vergessen sollen, dass hier eine EU-Rechtsübernahme vorliegt.

3. «Clash of legislative cultures»?

a) «Fremdes» Recht – auch redaktionell «fremd»?

Verweist der Schweizer Gesetz- oder Ordnungsgeber auf EU-Recht oder schreibt er es mehr oder minder wörtlich ab, so inkorporiert er ins eigene Recht fremdes Recht, das auch formal und redaktionell oftmals fremdartig anmutet und anderen Rechtsetzungstraditionen zu folgen scheint. Das kann in vielen Fällen die Verständlichkeit für die Schweizer Rechtsadressatinnen und -adressaten erschweren. Solches redaktionelles «Befremden» stellt sich etwa dann ein, wenn das inkorporierte EU-Recht in für schweizerische Verhältnisse überlangen Artikeln und Absätzen oder ungewohnt detailliert daherkommt. Es stellt sich spätestens ein, wenn sich in den – ohnehin sehr zahlreichen – Anhängen grundlegende Bestimmungen finden, die wir in einem schweizerischen Erlass vorne im Erlasskörper platzieren würden. Es stellt sich früh ein, wenn in den – ohnehin sehr zahlreichen und uns oftmals überflüssig oder gar skurril scheinenden – Legaldefinitionen materielle Bestimmungen stehen. Und es stellt sich immer dann ein, wenn uns schweizerischen Legistinnen und Legisten ungewohnte und

schwer zu interpretierende Wörter und Phrasen begegnen oder wenn sich nach unserem Dafürhalten Normatives mit Illustrativem oder Begründendem mischt.⁵

Solche Unterschiede in der Art, Recht zu setzen, führen dazu, dass die Autorinnen und Autoren schweizerischer Erlasse häufig vor folgendem Dilemma stehen: Wird eine EU-Bestimmung abgeschrieben, so hält sich der Aufwand in Grenzen, aber das Ergebnis ist in vielen Fällen eine schwer verständliche schweizerische Bestimmung. Noch geringer ist der Aufwand beim Verweisen, das aber den Leserinnen und Lesern den Aufwand aufbürdet, das Verweisobjekt im EU-Recht zu suchen und es dann in seiner oftmals fremdartigen redaktionellen Gestalt zu verstehen. Wird die EU-Bestimmung bei der Übernahme hingegen reformuliert, so hat dies den Vorteil einer für Schweizer Adressatinnen und Adressaten verständlich(er)en Bestimmung, der Aufwand dafür ist aber je nach Umfang und Komplexität des zu übernehmenden EU-Rechts beträchtlich. Zudem entsteht auf beiden Seiten eine gewisse Unsicherheit, ob Äquivalenz noch gegeben ist. Und diejenigen Schweizer Rechtsadressatinnen und -adressaten, die mit dem EU-Recht gut vertraut sind oder ohnehin fast nur dieses konsultieren, rufen dann schnell einmal «Hört doch auf mit diesem Swiss Finish und werft einfach die Kopiergeräte an!»⁶

b) Idealismus vs. Realismus – kurzer historischer Exkurs

Vor zehn, fünfzehn Jahren haben wir⁷ wiederholt Murtner Seminare zur Übernahme von EU-Recht durch die Schweiz durchgeführt. Die Seminare waren von Idealismus und einem gewissen missionarischen Eifer geprägt. Wir propagierten die Methode der Reformulierung, um die Traditionen und Qualitäten der Schweizer Rechtsetzung beizubehalten. Wir waren entschiedene Verfechter und Verfechterinnen eines auch formalen «Swiss Finish». Wir lehnten das Abschreiben und das Verweisen ab; Ersteres aus redaktionellen und gesetzestech-nischen Gründen, Letzteres, weil wir es als sehr benutzerunfreundlich einstuf-

⁵ NUSSBAUMER, Umsetzung von EU-Recht; zu einem ähnlichen Befremden aus bundesdeutscher Sicht SCHADE.

⁶ So in einem Artikel in der NZZ Ende der 1990er-Jahre, als die Schweiz das alte Giftgesetz von 1969 durch das neue Chemikaliengesetz von 2000 ablöste und sich dabei eng an die Chemikaliengesetzgebung der EU anlehnte.

⁷ Die Sprachdienste der Bundeskanzlei, die Abteilungen für Rechtsetzungsbegleitung des Bundesamtes für Justiz, die Universität Freiburg (Institut für Föderalismus, Institut für Europarecht), Tobias Jaag von der Universität Zürich u.a.

ten. Wir reisten sogar nach Brüssel, um die EU-Rechtsetzung zu «missionieren» ...

Heute sind wir «Realisten» und «Realistinnen» geworden, nicht zuletzt angesichts der grossen Menge an Übernahmen und nach zahllosen Kämpfen mit den Ämtern, die immer näher dran sind am EU-Recht und an den Kolleginnen und Kollegen «in Brüssel» und auch an den Rechtsadressaten und deren Bedürfnissen. In diesem Realismus steckt – das soll hier nicht verschwiegen werden – auch eine Portion Frust oder Resignation. In dem Realismus spiegelt sich auch, quasi auf redaktioneller Ebene, die Realität einer längst nicht mehr autonomen Rechtsetzung eines Staates wie der Schweiz.

Man kann es auch so sagen: Vor zehn, fünfzehn Jahren versuchten wir noch, bei der Übernahme von EU-Recht die formale Homogenität der Schweizer Rechtsetzung zu wahren (= Idealismus). Mit dem heutigen Realismus wollen wir bestmögliche Hilfe bieten, damit Rechtsadressaten und Rechtsautorinnen die Heterogenität des für die Schweiz geltenden Rechts bewältigen können. Wir sind der Meinung, dass die Heterogenität dabei durchaus auch sichtbar bleiben darf.

III. Diskussion von Beispielen

1. Was die Beispiele zeigen

Im Folgenden sollen anhand von zwei Beispielen aus der Praxis die genannten Möglichkeiten der Übernahme von EU-Recht näher vorgestellt und die Bandbreite der angewandten Techniken angedeutet werden.

a) Beispiel 1: Legaldefinition reformulieren

Das erste Beispiel stammt aus der Richtlinie 2002/15/EG⁸, mit der Mindestvorschriften für die Gestaltung der Arbeitszeit von Personen festgelegt werden, die

⁸ Richtlinie 2002/15/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 zur Regelung der Arbeitszeit von Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports ausüben, ABl. L 80 vom 23.3.2002, S. 35.

im Strassentransport tätig sind. In Artikel 3 (Begriffsbestimmungen) wird unter Buchstabe b der Begriff «Bereitschaftszeit» definiert:

b) Bereitschaftszeit

– andere Zeiten als Ruhepausen und Ruhezeiten, in denen das Fahrpersonal nicht verpflichtet ist, an seinem Arbeitsplatz zu bleiben, in denen es sich jedoch in Bereitschaft halten muss, um etwaigen Anweisungen zur Aufnahme oder Wiederaufnahme der Fahrtätigkeit oder zur Ausführung anderer Arbeiten Folge zu leisten. [...]

Diese Zeiten und ihre voraussichtliche Dauer müssen dem Fahrpersonal im Voraus bekannt sein [...].

Die Schweiz hat diese Norm in der Chauffeurverordnung⁹ wie folgt übernommen:

1. Abschnitt: Gegenstand und Begriffe

Art. 2 Begriffe

In dieser Verordnung werden folgende Begriffe verwendet:

g. als Bereitschaftszeit gilt die Zeit, in der der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nicht verpflichtet ist, am Arbeitsplatz zu bleiben, sich jedoch in Bereitschaft halten muss, um auf Anweisung hin die Fahrtätigkeit oder andere Arbeiten aufzunehmen oder wiederaufzunehmen;

3. Abschnitt: Lenkzeiten, Arbeitszeiten, Pausen, Ruhezeiten

Art. 7 Bereitschaftszeit

¹ Die Bereitschaftszeit und ihre voraussichtliche Dauer müssen dem Führer oder der Führerin im Voraus bekannt sein [...]

Bei diesem Beispiel haben sich die Autorinnen und Autoren für die Übernahme durch Nachbildung entschieden. Sie haben das EU-Recht dabei nicht wortwörtlich übernommen, sondern nach den eigenen redaktionellen Gepflogenheiten reformuliert. Konkret: Im schweizerischen Erlass wurde die Pflicht, die Bereitschaftszeit und ihre voraussichtliche Dauer dem Fahrpersonal im Voraus bekanntzugeben, aus der Legaldefinition herausgelöst und als eigene materielle Norm formuliert. Das EU-Recht wurde dahingehend an die Terminologie des schweizerischen Rechts angepasst, dass anstelle des Begriffs «Fahrpersonal» der bei uns geläufige Begriff «Führer» verwendet wird. Zudem wurde die Bestimmung geschlechtergerecht formuliert («Führer oder Führerin»). Das überflüssige Adjektiv «etwaig» wurde weggelassen. Die Konstruktion mit Funktionsverbgefüge «Anweisungen zur Aufnahme oder Wiederaufnahme der Fahrtätigkeit»

⁹ Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (Chauffeurverordnung, ARV 1) vom 19. Juni 1995 (SR 822.221).

keit oder zur Ausführung anderer Arbeiten Folge leisten» wurde aufgelöst und die Norm so weit wie möglich verbal formuliert.

Dieses Beispiel zeigt, dass die Autorinnen und Autoren bei der Übernahme der Bestimmung offenbar zum Schluss gekommen sind, dass es einen redaktionellen Spielraum gibt, und dass sie diesen auch genutzt haben. Vorteil des gewählten Ansatzes ist, dass der im Bundesrecht geltende redaktionelle Grundsatz, wonach Sprachregelungen keine materiellen Normen enthalten sollten, eingehalten wird. Die verschiedenen Regelungsinhalte sind für Schweizer Leserinnen und Leser damit schneller auffindbar, denn sie werden die Bestimmung, wonach die Führer und Führerinnen über Bereitschaftszeiten und deren voraussichtliche Dauer im Voraus informiert werden müssen, nicht bei den Begriffsbestimmungen suchen.

Nachteil der hier angewandten Technik ist der Aufwand für die Autorinnen und Autoren, was insbesondere bei der Übernahme von grösseren Textblöcken ins Gewicht fallen kann. Je nach Regelungsbereich und Adressatenkreis können auch die durch das Reformulieren entstehenden Formulierungsunterschiede als Nachteil empfunden werden, da sie die Frage aufwerfen, ob nun wirklich eine äquivalente Regelung vorliegt.

b) Beispiel 2: Verweisteknik

Das zweite Beispiel stammt aus der Verordnung (EU) 2016/425.¹⁰ Diese Verordnung regelt die Anforderungen an die Herstellung von persönlichen Schutzausrüstungen. Darunter fallen zum Beispiel Handschuhe, Schutzbrillen und Schutzhelme, Atemschutzgeräte, Ausrüstungen für den Gehörschutz und Tauchgeräte.

Artikel 1 der PSA-Verordnung¹¹ mit der diese EU-Verordnung übernommen wurde, lautet wie folgt:

Art. 1 Gegenstand, Geltungsbereich, Begriffe und anwendbares Recht

¹ Diese Verordnung regelt das Inverkehrbringen, die spätere Bereitstellung auf dem Markt sowie die Anforderungen an den Entwurf und die Herstellung von persönlichen

¹⁰ Verordnung (EU) 2016/425 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über persönliche Schutzausrüstungen und zur Aufhebung der Richtlinie 89/686/EWG des Rates, ABl. L 81 vom 31.3.2016, S. 51.

¹¹ Verordnung über die Sicherheit von persönlichen Schutzausrüstungen (PSA-Verordnung, PSAV) vom 25. Oktober 2017 (SR 930.115).

Schutzausrüstungen (PSA) nach der Verordnung (EU) 2016/425¹² (EU-PSA-Verordnung) sowie die Marktüberwachung betreffend diese Produkte.

² Der Geltungsbereich richtet sich nach Artikel 2 der EU-PSA-Verordnung.

³ Es gelten die Begriffe nach Artikel 3 der EU-PSA-Verordnung. Die in Artikel 3 Nummern 10–12 genannten Begriffe sind gemäss der schweizerischen Gesetzgebung über Produktesicherheit und Akkreditierung zu verstehen. Zudem gelten die Ausdrucksentsprechungen nach dem Anhang Ziffer 1.

⁴ Wird in dieser Verordnung auf Bestimmungen der EU-PSA-Verordnung verwiesen, die ihrerseits auf anderes EU-Recht verweisen, so gilt statt dieses EU-Rechts das schweizerische Recht nach dem Anhang Ziffer 2.

⁵ Soweit diese Verordnung keine besonderen Bestimmungen enthält, gelten für PSA die Bestimmungen der Verordnung vom 19. Mai 2010¹³ über die Produktesicherheit (PrSV).

Hier wird die Technik des Verweisens angewendet, und zwar schon in den allgemeinen Bestimmungen. Den Gegenstand kann man Absatz 1 zwar noch direkt entnehmen, gleichzeitig wird jedoch mit einem mehrdeutigen Verweis auf die EU-PSA-Verordnung von Beginn weg darauf hingewiesen, dass sich der Gegenstand der Verordnung, die persönliche Schutzausrüstung, wie auch die meisten Regelungen selbst nach der EU-PSA-Verordnung richten. Bereits den Geltungsbereich und die Begriffsbestimmungen kann man hingegen nicht mehr direkt der schweizerischen Verordnung entnehmen. Wer wissen will, für welche Schutzausrüstungen die Verordnung gilt und welche Begriffsbestimmungen gelten, muss dies in der EU-PSA-Verordnung nachschauen.

Bei den Begriffsbestimmungen wird die Leserin oder der Leser allerdings nicht alleine gelassen: Absatz 3 verweist auf den Anhang, wo unter Ziffer 1 in einer sogenannten *Entsprechungstabelle* festgehalten wird, welchem Ausdruck der EU-PSA-Verordnung welcher Ausdruck in der schweizerischen Verordnung entspricht. Die Entsprechungstabelle wurde in den letzten Jahren in der schweizerischen Rechtsetzung zu genau diesem Zweck entwickelt. Die Tabelle im vorliegenden Beispiel ist ziemlich lang; sie enthält aus Gründen der formalen Parallelität der drei amtssprachlichen Fassungen in jeder Sprachfassung die Entsprechungen aller drei Sprachfassungen, denn in den drei Sprachen müssen nicht unbedingt die gleichen Entsprechungen geregelt werden (vgl. dazu die Gesetzestechnischen Richtlinien des Bundes, GTR, Rz. 37–40).

¹² Verordnung (EU) 2016/425 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über persönliche Schutzausrüstungen und zur Aufhebung der Richtlinie 89/686/EWG des Rates, ABl. L 81 vom 31.3.2016, S. 51.

¹³ Verordnung über die Produktesicherheit (PrSV) vom 19. Mai 2010 (SR 930.111).

In Absatz 4 findet sich ein weiteres redaktionelles Mittel: eine Standardformulierung zur Beantwortung der Frage, wie im schweizerischen Recht mit *Kaskadenverweisen* des EU-Rechts umgegangen werden soll. Das äussert sich in Anhang Ziffer 2, auf den Artikel 1 Absatz 4 verweist, wie folgt:

2. Wird in dieser Verordnung auf Bestimmungen der EU-PSA-Verordnung verwiesen, die ihrerseits auf anderes EU-Recht verweisen, so gilt statt dieses EU-Rechts das folgende schweizerische Recht:

Richtlinie 2003/10/EG: Richtlinie 2003/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Februar 2003 über Mindestvorschriften zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer vor der Gefährdung durch physikalische Einwirkungen (Lärm) (17. Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG), ABl. L 42 vom 15.2.2003, S. 38.	Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3, Gesundheitsschutz, SR 822.113) und Verordnung 4 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (ArGV 4, Industrielle Betriebe, Plangenehmigung und Betriebsbewilligung, SR 822.114).
--	---

Wer sich den Rest der schweizerischen Verordnung anschaut, wird feststellen, dass sie über weite Strecken aus Verweisen auf die EU-PSA-Verordnung besteht. Als eindrückliches Beispiel sei hier Artikel 4 Absatz 1 angeführt:

Art. 4 Bestimmungen über die Wirtschaftsakteure

¹ Die Pflichten der folgenden Wirtschaftsakteure richten sich nach den nachstehenden Bestimmungen der EU-PSA-Verordnung:

- a. Hersteller: Artikel 8;
- b. Bevollmächtigte: Artikel 9;
- c. Importeure: Artikel 10;
- d. Händler: Artikel 11.

Eine Ausnahme in dieser Verweislandschaft ist Artikel 2. Dieser regelt die Voraussetzungen für das Inverkehrbringen von persönlichen Schutzausrüstungen und für deren Bereitstellung auf dem Markt. Hier wird nicht auf die entsprechende EU-Bestimmung verwiesen (Art. 4 EU-PSA-Verordnung), sondern die Bestimmung wird nachgebildet und dabei teilweise reformuliert. Wieso in Artikel 2 nicht auch die Verweisteknik angewandt wurde, darüber lässt sich nur mutmassen. Die Vermutung liegt jedoch nahe, dass man eine der zentralsten Normen in der Verordnung direkt sichtbar machen wollte.

Dadurch, dass die schweizerische Verordnung fast ausschliesslich aus Verweisen besteht, bekommt sie die Funktion eines Wegweisers, der Antworten auf die Frage liefert, wo im EU-Recht die Leserinnen und Leser welche Bestimmungen

finden. Dass in dieser Verordnung und generell im Bereich der Produktesicherheit EU-Recht über weite Strecken mittels Verweistechnik übernommen wird, hat mit verschiedenen Faktoren zu tun. Einerseits folgt die Verordnung über persönliche Schutzausrüstungen einem im Bundesrecht gängigen Muster, jenem der Maschinenverordnung.¹⁴ Diese wurde zum Vorbild für eine Reihe von weiteren Verordnungen im Bereich der Produktesicherheit (Aufzugsverordnung, Druckgeräteverordnung, Druckbehälterverordnung usw.). Andererseits hat es mit dem Regelungsbereich und dem Adressatenkreis zu tun: Der Bereich der Produktesicherheit ist ein sehr technischer, und die primären Adressatinnen und Adressaten – Hersteller, Importeure und Händler – sind mit dem einschlägigen Recht und damit auch mit dem EU-Recht so weit vertraut, dass sie im schweizerischen Recht nicht auf eine «Übersetzung» des EU-Rechts angewiesen sind. Vielmehr nehmen sie die schweizerische Verordnung als Anleitung zur Hand, um zu wissen, welches EU-Recht in welchem Bereich gilt. Die angewandte Verweistechnik ist aus Sicht der primären Adressatinnen und Adressaten also durchaus benutzerfreundlich.

Dass es sich auch bei diesem Extrembeispiel letztlich um eine Mischform handelt, zeigt sich unter anderem daran, dass die Reihenfolge der Bestimmungen im schweizerischen Erlass und im EU-Erlass nicht die gleiche ist. So werden in der schweizerischen Verordnung zuerst die Einstufung der Schutzausrüstungen und die Konformitätsbewertung geregelt (Art. 3) und erst danach die Pflichten der Wirtschaftsakteure (Art. 4). In der EU ist die Reihenfolge gerade umgekehrt. Der Schweizer Ordnungsgeber war offenbar der Meinung, die gewählte Abfolge der Bestimmungen werde der Sache eher gerecht als die in der EU gewählte Reihenfolge: Zuerst wird geregelt, was eng mit den Schutzausrüstungen zusammenhängt, und erst aus deren Einstufung ergeben sich die Pflichten der Wirtschaftsakteure.

2. Faustregeln

a) Reformulieren

Betrachtet man diese und weitere Beispiele der Übernahme von EU-Recht in schweizerisches Bundesrecht, so kann man für die in den letzten Jahren heraus-

¹⁴ Verordnung über die Sicherheit von Maschinen (Maschinenverordnung, MaschV) vom 2. April 2008 (SR 819.14).

gebildete Praxis die folgenden Faustregeln formulieren. Diese dienen idealerweise in jenen Fällen als Richtschnur, in denen bei der Übernahme von EU-Recht ein redaktioneller Spielraum genutzt werden kann:

- Faustregel Nr. 1: Versuchen Sie, Ordnung zu schaffen, indem Sie Legaldefinitionen von materiellen Normen trennen (vgl. die Chauffeurverordnung im Bsp. 1 oben); dasselbe gilt für die Trennung von Legaldefinitionen und Geltungsbereichsbestimmungen. Ordnung schaffen bedeutet auch, die Regel vor allfälligen Ausnahmen zu platzieren sowie lange oder komplexe Artikel auf mehrere Artikel zu verteilen.
- Faustregel Nr. 2: Versuchen Sie, so weit als möglich zu vereinfachen, indem Sie Unnötiges weglassen; das trifft insbesondere auf unsinnige oder unnötige Legaldefinitionen zu.
- Faustregel Nr. 3: Passen Sie die EU-Terminologie an die im betreffenden schweizerischen Rechtsgebiet gängige Terminologie an.
- Faustregel Nr. 4: Formulieren Sie wo möglich geschlechtergerecht.
- Faustregel Nr. 5: Halten Sie sich so weit wie möglich an die GTR; vermeiden Sie zum Beispiel unnummerierte Absätze sowie Absätze, die nach der Aufzählung weitergehen; gliedern Sie Anhänge dezimal.

b) Verweisen

Auch wer EU-Recht übernimmt und dabei die Verweistechnik anwendet, kann sich an einer Reihe von Faustregeln und Standardformulierungen orientieren:

- Faustregel Nr. 1: Es gelten für die Verweisung auf EU-Recht die gleichen Grundregeln wie bei jeder Verweisung: Klarheit in der Verweisnorm und Genauigkeit bei der Nennung des Verweisobjekts.
- Faustregel Nr. 2: Vermeiden Sie wenn möglich «nackte» Verweise; kleiden Sie diese vielmehr so gut es geht ein (vgl. Art. 4 PSAV im Bsp. 2 oben, wo differenziert auf die Pflichten der verschiedenen Wirtschaftsakteure verwiesen wird).
- Faustregel Nr. 3: Verweisen Sie statisch auf EU-Recht und geben Sie die Fundstelle an.
- Faustregel Nr. 4: Denken Sie an die Möglichkeit von Entsprechungstabellen, mit denen zwischen der EU-Terminologie und der schweizerischen Termi-

nologie eine Brücke geschlagen werden kann (vgl. Art. 1 Abs. 3 PSAV im Bsp. 2 oben).

- Faustregel Nr. 5: Denken Sie an die Standardformulierung, die Ihnen für den Umgang mit Kaskadenverweisen zur Verfügung steht (vgl. Art. 1 Abs. 4 PSAV und Anhang Ziffer 2 im Bsp. 2 oben).

c) Hilfsmittel

In Ergänzung (und z. T. auch überschneidend) zu den soeben erwähnten Faustregeln weisen wir Sie auf die folgenden Hilfsmittel hin:

- Webseiten der BK «Übernahme von EU-Recht: Formale Aspekte»¹⁵, insbesondere die Faustregeln unter Ziffer 2 der Unterseite «Hilfsmittel»,
- GTR, insbesondere 1. Teil 4. Titel «Besondere Bestimmungen für die Verweisung auf EU-Recht» (Rz. 124–151) sowie die Randziffern 37–40 zu den Entsprechungen von Ausdrücken,
- Forum für Rechtsetzung vom 28. Oktober 2010¹⁶ zur Frage, wie man mit Kaskadenverweisen umgeht.

IV. Erkenntnisse und Thesen

Die Schweiz übernimmt EU-Recht – aufgrund vertraglicher Verpflichtung zur Übernahme, aufgrund vertraglicher Verpflichtung zur Schaffung von äquivalentem Recht, aufgrund des Willens zum «autonomen Nachvollzug».¹⁷ Gibt es einen Zusammenhang zwischen der juristischen Frage, *warum* die Schweiz EU-Recht übernimmt, und der redaktionellen Frage, *wie* sie EU-Recht übernimmt, das heisst, welches Vorgehen man wählt und wie man das übernommene Recht konkret ausgestaltet?

Die These ist naheliegend, dass es diesen Zusammenhang gibt, weil der Spielraum der Schweiz beim «autonomen Nachvollzug» grundsätzlich grösser ist. Allerdings ist nach unserem Wissen dieser Zusammenhang bislang nicht empi-

¹⁵ www.bk.admin.ch > Dokumentation > Rechtsetzungsbegleitung.

¹⁶ www.bj.admin.ch > Staat & Bürger > Legistik > Forum für Rechtsetzung > Übersicht über die Themen der Veranstaltung > 2010.

¹⁷ Vgl. hierzu in diesem Band OESCH, S. 59 ff., und KROPF, S. 85 ff.

risch überprüft worden. Unsere Erfahrung zeigt jedenfalls, dass es neben der juristischen Frage nach dem Warum der Übernahme durchaus auch andere Faktoren gibt, die über die Wahl und Ausgestaltung der redaktionellen Übernahmeform entscheiden:

Auf welcher Normstufe übernehmen wir? Der Bundesgesetzgeber hat sich lange gehütet, EU-Recht mit statischen Verweisen zu übernehmen. Dies brächte ihn ja in Zugzwang, jedes Mal sein Gesetz zu ändern, wenn das EU-Recht sich ändert (und das tut es je nach Bereich oft). Stattdessen legiferiert er gerne so, dass man ohne Kenntnis der Botschaft gar nicht merken würde, dass hier ein sehr enges «Alignment» an das EU-Recht stattfindet (z.B. Lebensmittelgesetz¹⁸, Chemikaliengesetz¹⁹). Im Verordnungsrecht (etwa zu den Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen oder zu den Chemikalien) ist dafür die Ausrichtung am EU-Recht mit zahllosen expliziten Verweisen durchaus offensichtlich, ebenso mit den jährlichen oder noch häufiger stattfindenden Nachführungen; und bei genauerem Hinsehen erkennt man in diesem Verordnungsrecht auch zahlreiche Kopien und Reformulierungen. In jüngster Zeit scheint sich die Abwehr des Gesetzgebers gegen eine allzu offensichtliche Markierung von EU-Rechtsübernahme auf Gesetzesstufe etwas aufzuweichen. Schon länger offensichtlich ist – wegen der Assoziierung der Schweiz an Schengen/Dublin – die EU-Rechtsübernahme im Ausländer- und Integrationsgesetz²⁰; es enthält bereits seit mehr als zehn Jahren eine ganze Reihe von expliziten Verweisen auf EU-Rechtsakte.

Wie viel EU-Recht übernehmen wir? Ist die Übernahme mehr oder weniger punktuell, so neigt man zur Reformulierung der übernommenen Bestimmung (vgl. Bsp. 1 Chauffeurverordnung). Wird hingegen prinzipiell EU-Recht übernommen – mit einigen schweizerischen Besonderheiten –, so wählt man neuerdings gerne den Weg der weitgehenden Verweisung; der schweizerische Erlass wird zum Wegweiser in das EU-Recht hinein (vgl. Bsp. 2 PSAV).

Wie oft und wie schnell ändert das übernommene EU-Recht? Je statischer das zu inkorporierende EU-Recht ist, desto eher kann man sich eine schweizerische

¹⁸ Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LMG) vom 20. Juni 2014 (SR 817.0).

¹⁹ Bundesgesetz über den Schutz vor gefährlichen Stoffen und Zubereitungen (Chemikaliengesetz, ChemG) vom 15. Dezember 2000 (SR 813.1).

²⁰ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG) vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20).

Nachbildung erlauben. Ändert es hingegen oft (manchmal fast wöchentlich wie im Tierseuchenbereich), so drängt sich aus Ressourcengründen die Verweisteknik auf.

Welcher Art ist die zu inkorporierende EU-Regelung? Handelt es sich beim zu inkorporierenden Recht um listenförmige Aufzählungen etwa von Tierseuchengebieten, von chemischen Stoffen, von für bestimmte Verwaltungsverfahren beizubringenden Angaben usw., so drängt sich eher eine Verweisform auf, bei grundlegenden Bestimmungen über Rechte und Pflichten dagegen eine Nachbildung.

Wer sind die primären Adressatinnen und Adressaten der Regelung? Und wie vertraut sind sie mit EU-Recht? Auch hier können unsere beiden oben dargestellten Beispiele die Richtung vorgeben: Je breiter und heterogener der Kreis der Adressatinnen und Adressaten ist, desto mehr spricht für Reformulierungen. Je fachspezifischer und enger hingegen dieser Kreis ist, desto mehr spricht dafür, mit guter Verweisteknik in die EU-Rechtsakte zu führen.

Halten wir fest: Es gibt bei der Übernahme von EU-Recht nicht *die* richtige neben vielen falschen redaktionellen Techniken. Vielmehr ist wichtig, die verschiedenen Möglichkeiten sowie bewährte Muster zu kennen und bei der Wahl der konkreten Form die Vor- und Nachteile nach den genannten Kriterien sorgfältig abzuwägen. Wichtig ist und bleibt aber – wie immer in der Gesetzesredaktion – auch eine gewisse Portion Mut, neue Wege zu beschreiten, wenn sich neue Herausforderungen stellen.

Literatur

Gesetzestechische Richtlinien (GTR). Hrsg. von der Schweizerischen Bundeskanzlei. Vollständig überarbeitete Ausgabe Bern 2013 [Die GTR werden in ihrer elektronischen Fassung periodisch nachgeführt; die jeweils aktuelle Fassung ist abrufbar unter: www.bk.admin.ch > Dokumentation > Rechtsetzungsbegleitung]

HÖFLER STEFAN, Gute Gesetzessprache aus dem Blickwinkel der Verwaltung: Die Redaktionskommission der schweizerischen Bundesverwaltung, in: Uhlmann Felix/Höfler Stefan (Hrsg.), Gute Gesetzessprache als Herausforderung für die Rechtsetzung, Zürich/St. Gallen 2018, S. 65 ff.

HÖFLER STEFAN/NUSSBAUMER MARKUS/UHLMANN FELIX, Legislation in Switzerland, in: Karpen Ulrich/Xathaki Helen (Hrsg.), Legislation in Europe: A Country by Country Guide, Oxford 2020

NUSSBAUMER MARKUS, Der Verständlichkeit eine Anwältin! Die Redaktionskommission der schweizerischen Bundesverwaltung und ihre Arbeit an der Gesetzessprache, in: Eichhoff-Cyrus Karin M./Antos Gerd (Hrsg.), Verständlichkeit als Bürgerrecht? Die Rechts- und Verwaltungssprache in der öffentlichen Diskussion, Mannheim 2008, S. 301 ff.

NUSSBAUMER MARKUS, Von Aufzügen, Schmalspurzugmaschinen mit Luftbereifung, Feuerzeugen und Präservativen für Männer: Was einem Gesetzesredaktor bei der Umsetzung von EU-Recht so alles begegnet, Sprachreport 3/2008, S. 14 ff., abrufbar unter: www.bk.admin.ch > Dokumentation > Rechtsetzungsbegleitung > Übernahme von EU-Recht > Hilfsmittel > Weiterführende Informationen

SCHADE ELKE, Vertragen sich europäische und deutsche Rechtssprache? Leidensdruck bei der Umsetzung von EU-Recht, Muttersprache 3/2009, S. 192 ff., abrufbar unter: www.bk.admin.ch Dokumentation > Rechtsetzungsbegleitung > Übernahme von EU-Recht > Hilfsmittel > Weiterführende Informationen

Schwerpunkt Nationales Recht

Rechtsetzung im Schweizer Mehrebenensystem

Felix Uhlmann

Inhaltsübersicht

I. Ausgangslage	121
1. Omnipräsenz mehrerer Ebenen	121
2. Empfehlungen des Bundes	123
II. Problemlagen	123
1. Hängegleiter auf Alpweiden	123
2. Sozialhilfedetektive nach kommunalem Recht	125
III. Klärung der Kompetenzen	128
1. Explizite Kompetenzfestschreibung	128
2. Mindestvorschriften	129
3. Grundsätze	131
IV. Regelungstechnik der Durch- und Umsetzung	135
1. Bundesrecht als «Vorschlag»	135
2. Bundesrecht als «Rückfallposition»	136
3. Übergangsfristen	136
4. Direkte Anwendbarkeit und «Erleichterungen» der kantonalen Gesetzgebung	137
5. Sanktionen (und Nadelstiche) des Bundes	138
6. Durchsetzung gegenüber den Gemeinden	139
7. «Verbesserungen» der Kantone?	139
V. Fazit	140
Literatur	140

I. Ausgangslage

1. Omnipräsenz mehrerer Ebenen

Der Umgang mit Mehrebenensystemen ist in der juristischen Arbeit nichts Besonderes. Juristinnen und Juristen lösen Fragen in Mehrebenensystemen, ohne sich dessen in jedem Fall bewusst zu sein. Jeder Umbau eines kommunalen Schulhauses benötigt je nach Zählweise fünf bis sechs Ebenen der Rechtset-

zung.¹ Beim Umbau eines kommunalen Schulhauses müssen das WTO Agreement on Government Procurement², das Abkommen zwischen der EG und der Schweiz über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens³, das Binnenmarktgesetz⁴, die Interkantonale Vereinbarung des öffentlichen Beschaffungswesens⁵, das kantonale Beschaffungsgesetz, die kantonale Beschaffungsverordnung und allenfalls kommunale Rechtsgrundlagen berücksichtigt werden.

Alle diese Rechtsgrundlagen stehen je nach Perspektive in einem Über- oder Unterordnungsverhältnis zur nächsten Ebene. So ist das Bundesrecht «unter» den internationalen Rechtsgrundlagen. Gleichzeitig stehen aus der Perspektive des Bundesrechts verschiedene Rechtsgrundlagen unter dem Bundesrecht, etwa die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen sowie das kantonale Gesetzes- und Ordnungsrecht. Die typische verwaltungsrechtliche Rechtsverwirklichung besteht in der Anwendung dieser sich überlagernden Ebenen.

In den nachfolgenden Ausführungen stehen *Fragen der Rechtsetzung* im Vordergrund, hier bezogen auf die nationale Ebene, d.h. im Verhältnis Bund und Kantone sowie im Verhältnis Kantone und Gemeinden. Die Fragestellungen werden schwergewichtig anhand von Beispielen erörtert.

¹ Dieses Beispiel und weitere Überlegungen entstammen aus dem Aufsatz *Multi-level Lawmaking. Form, Arrangement and Design in Theory and Practice*, UHLMANN/POPELIER, S. 17 ff.; Ebenso beziehen sich verschiedene Passagen auf meinen Aufsatz *Gesetzgebungstechnische und -methodische Überlegungen*, siehe dazu UHLMANN, S. 35 ff. Für ausführlichere Nachweise wird auf diese beiden Publikationen verwiesen.

² Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, (SR 0.632.231.422).

³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR 0.172.052.68).

⁴ Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02).

⁵ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994/15. März 2001.

2. Empfehlungen des Bundes

Im neuen Gesetzgebungsleitfaden des Bundes wird die Bedeutung von Mehrebenensystemen bekräftigt. Festgehalten wird:⁶

Die Qualität eines Erlasses misst sich auch an seiner Umsetzbarkeit. Kann ein Erlass nicht umgesetzt werden, bleiben die beabsichtigten Wirkungen aus. Es ist deshalb ein gemeinsames Anliegen von Bund und Kantonen, die Umsetzbarkeit des Bundesrechts sicherzustellen.

Für diese Umsetzungsarbeit gibt der Gesetzgebungsleitfaden des Bundes verschiedene Empfehlungen, so etwa die Empfehlung, dass die sinnvolle Verteilung von Umsetzungsaufgaben zwischen Bund und Kantonen bereits auf Gesetzesstufe entschieden sein muss, die Normen des Bundes, die von den Kantonen umgesetzt werden sollen, sich auf das Wesentliche beschränken und damit einen ausreichenden Umsetzungsspielraum den Kantonen belassen, sowie dass die kantonale Organisationsautonomie grundsätzlich nicht beschränkt werden soll.⁷ Als Mittel erwähnt der Gesetzgebungsleitfaden die Einräumung von Gestaltungsspielräumen, die Ermächtigung des Bundes an die Kantone zur eigenen Rechtsetzung sowie bundesrechtliche Vorbehalte und Erlaubnisse zugunsten kantonalen Regelungen.⁸ Wie noch zu zeigen sein wird, ist die technische Umsetzung solcher Vorgaben kein Kinderspiel.

II. Problemlagen

1. Hängegleiter auf Alpweiden

Ein unbefangener Streifzug durch die Verordnung des UVEK über Luftfahrzeuge besonderer Kategorien⁹ mag den Eindruck einer dichten und abschliessenden Regulierung vermitteln. Art. 1 VLK nennt als Luftfahrzeuge besonderer Kategorien die Hängegleiter, Drachen, Drachenfallschirme, Fesselballone, Fallschirme und unbemannte Luftfahrzeuge. Weitere Begriffsbestimmungen zu den Hängegleitern finden sich in Art. 6 VLK. Art. 3 VLK regelt die zulässigen

⁶ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 1049.

⁷ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 1064.

⁸ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 1065.

⁹ Verordnung des UVEK über Luftfahrzeuge besonderer Kategorien (VLK) vom 24. November 1994 (SR 748.941).

Start- und Landeorte. Art. 7 VLK regelt Mindestalter, Ausweise und Prüfungen. Art. 8 VLK stellt verschiedene Verkehrs- und Betriebsregeln auf, so etwa, dass Starts und Landungen auf öffentlichen Strassen und Skipisten untersagt sind (Art. 8 Abs. 1 VLK), dass Menschenansammlungen im Freien mit genügendem Abstand zu überfliegen sind (Art. 8 Abs. 2 VLK) oder etwa Regeln für Flüge über die Landes- und Zollgrenze (Art. 8 Abs. 3 VLK). Flugbeschränkungen bestehen etwa in der Nähe von Flugplätzen (Art. 9 VLK) oder bei Privateigentum (Art. 3 Abs. 2 VLK). Abgegrenzt wird der Anwendungsbereich der Verordnung im Hinblick auf den Einsatz von Hängegleitern auf öffentlichen Gewässern; in diesen Fällen bleibt die Bundesgesetzgebung über die Binnenschifffahrt und das entsprechende kantonale Recht vorbehalten (Art. 8 Abs. 4 VLK).

In einem Anwendungsfall stellte sich die Frage, ob ein Kanton in diesem Bereich legislieren kann. Auf den ersten Blick vermitteln die Bestimmungen eine Regelung, die kaum Raum für eigenständige kantonale Bestimmungen lässt. Umzusetzen gibt es scheinbar nichts. Das Bundesgericht war anderer Ansicht,¹⁰ denn die Bestimmungen legten nur fest, dass zwar «explizite Einschränkungen oder Vorbehalte nur für öffentliche Strassen und Skipisten, Gewässer sowie für die privaten Rechte an Grundstücken» gelten, es müssten jedoch weitere Regelungen und Einschränkungen zulässig sein, so etwa das Starten und Landen auf Eisenbahngrundstücken oder im Schweizerischen Nationalpark. Diese Einschränkungen seien nicht in der Luftfahrtgesetzgebung des Bundes, sondern in anderen einschlägigen Erlassen enthalten, wörtlich:¹¹

Regelt somit das Luftfahrtrecht des Bundes klarerweise das Starten und Landen mit Hängegleitern nicht abschliessend, so sind nicht nur die übrigen bundesrechtlichen, sondern auch die kompetenzgemäss erlassenen kantonrechtlichen Einschränkungen massgeblich. Dies gilt namentlich für Einschränkungen aus Gründen des Natur- und Landschaftsschutzes.

Konkret ging es im entsprechenden Fall um eine kantonale Regelung über das Starten und Landen von Hängegleitern auf Alpweiden. Eine solche Regelung erachtete das Bundesgericht nicht als einen Verstoß gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts.

Der vorliegende Fall zeigt einerseits, dass eine abschliessende Bundesregelung nicht vorschnell angenommen werden darf. Andererseits illustriert der Fall das Problem, dass selbst eine scheinbar umfassende Regelung unter dem Blickwin-

¹⁰ BGE 122 I 70 ff.

¹¹ BGE 122 I 70, E. 4e.bb).

kel näher zu prüfen ist, dass der Kanton zulässigerweise einen *anderen Regelungszugang* bzw. ein anderes Regelungsziel als der Bund verfolgen könnte. Im kantonalen Recht ging es nicht primär um die Regelung von Hängegleitern, sondern um den Schutz von Alpweiden. Die gleiche Frage kann also unter einem gewissen Regelungszugang, hier Luftfahrtrecht, abschliessend erscheinen – und es scheint klar, dass der Kanton beispielsweise nicht zusätzliche Anforderungen an die Sicherheit der Hängegleiter hätte aufstellen dürfen. Allerdings kann unter einem anderen Regelungszugang, hier Schutz der Alpweiden, noch Regelungsspielraum bestehen. Daraus folgt, dass die Idee einer abschliessenden Regelung schon aus theoretischer Sicht keine einfache Figur ist, die – mechanisch gedacht – Wertungen ausschliesst. In Betracht gezogen werden muss, dass die gleiche Frage unter einem anderen Regelungszugang vielleicht noch erfasst werden kann.¹²

2. Sozialhilfedetektive nach kommunalem Recht

Ein zweites Beispiel soll die Problemlage im Verhältnis zwischen kantonalem und kommunalem Recht illustrieren. Im Kanton Zürich hat der Bezirksrat Zürich zwei Rekurse gegen die im April 2018 vom Zürcher Gemeinderat erlassene Verordnung betreffend die Observation bei der Bekämpfung von unrechtmässigen Sozialhilfebezügern gutgeheissen. Die Verordnung der Stadt Zürich wurde aufgehoben.¹³ Der Bezirksrat befand, dass es für den rechtmässigen Einsatz von Observationen im Sozialhilfebereich eine kantonale Rechtsgrundlage

¹² Heute existieren in Art. 18 ff. der Verordnung über das Abfliegen und Landen mit Luftfahrzeugen ausserhalb von Flugplätzen (Aussenlandeverordnung, AuLaV) vom 14. Mai 2014 (SR 748.132.3) u.a. auch für Hängegleiter detaillierte Regelungen über die Rücksichtnahme auf Schutzgebiete.

¹³ Siehe dazu Medienmitteilung des Sozialdepartements der Stadt Zürich, abrufbar unter: https://www.stadt-zuerich.ch/sd/de/index/ueber_das_departement/medien/medienmitteilungen_aktuell/2018/dezember/181214a.html (besucht am 1. Juni 2020); siehe dazu auch ADI KÄLIN, Inspektoren bleiben auf Stand-by, der Bezirksrat hebt die Observationsverordnung der Stadt Zürich auf, NZZ vom 15. Dezember 2018 S. 17.

brauche.¹⁴ Diese war bis vor Kurzem noch in Diskussion.¹⁵ Der Regierungsrat verzichtete nunmehr (nicht zuletzt auch wegen der Corona-Krise) auf eine Totalrevision des Sozialhilfegesetzes und damit vorderhand auch auf die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage.¹⁶

Einschlägig im Fall der Stadtzürcher Observationsverordnung war § 18 SHG/ZH.¹⁷ § 18 Abs. 1 SHG/ZH regelt die Auskunftspflicht des Sozialhilfeempfängers bzw. der Sozialhilfeempfängerin. § 18 Abs. 2 SHG/ZH hält verschiedene Pflichten der oder des Hilfesuchenden fest, etwa zur Gewährung von Einsicht gegenüber den Behörden, zur Meldung von Veränderungen. Fürsorgebehörden können auch ohne Zustimmung der Hilfesuchenden Auskünfte bei Dritten einholen. Keine Regelung findet sich zur Frage, ob auch Sozialdetektive eingesetzt werden dürfen oder nicht. Im Volltext lautet § 18 SHG/ZH wie folgt:

¹ Der Hilfesuchende gibt vollständig und wahrheitsgetreu Auskunft über:

- a. seine finanziellen Verhältnisse im In- und Ausland, namentlich auch über Ansprüche gegenüber Dritten,
- b. die finanziellen Verhältnisse von Angehörigen, die mit ihm zusammenleben oder ihm gegenüber unterhalts- oder unterstützungspflichtig sind,
- c. die finanziellen Verhältnisse von anderen Personen, die mit ihm zusammenleben, soweit die Auskunft für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Sozialhilfe geeignet und erforderlich ist,
- d. seine persönlichen Verhältnisse und diejenigen der in lit. b und c genannten Personen, soweit die Auskunft für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Sozialhilfe geeignet und erforderlich ist.

² Der Hilfesuchende gewährt Einsicht in seine Unterlagen, soweit dies für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Sozialhilfe geeignet und erforderlich ist.

¹⁴ Sozialbehörde, Erlass der Verordnung betreffend Observation bei der Bekämpfung von unrechtmässigem Sozialhilfebezug (Observationsverordnung), Entscheid des Bezirksrats Zürich betreffend Rekurs gegen den Beschluss des Gemeinderats Zürich (GE.2018.15/2.02.01) vom 13. Dezember 2018, abrufbar unter: <https://www.gemeinderat-zuerich.ch/geschaefte/detailansicht-geschaefft?gld=a9468384-70e4-4d8f-a1a8-b5c58f2d8c34> (besucht am 1. Juni 2020).

¹⁵ MICHAEL VON LEDEBUR, Sozialdetektive müssen pausieren, NZZ vom 5. November 2019, S. 17.

¹⁶ Siehe dazu die Medienmitteilung des Regierungsrats des Kantons Zürich, abrufbar unter (<https://www.zh.ch/internet/de/aktuell/news/medienmitteilungen/2020/verzicht-auf-totalrevision-des-sozialhilfegesetzes.html>) (besucht am 1. Juni 2020) sowie den dazugehörigen Beschluss, RBR 410 vom 22. April 2020, abrufbar unter (https://www.zh.ch/bin/ktzh/rrb/beschluss.pdf?rrbNr=410&name=RRB-2020-0410&year=2020&_charset_=UTF-8) (besucht am 1. Juni 2020).

¹⁷ Sozialhilfegesetz des Kantons Zürich (SHG/ZH) vom 14. Juni 1981 (LS 851.1).

³ Der Hilfesuchende meldet unaufgefordert Veränderungen der unterstützungsrelevanten Sachverhalte.

⁴ Die Fürsorgebehörde ist berechtigt, auch ohne Zustimmung des Hilfesuchenden und der weiteren in Abs.1 genannten Personen Auskünfte bei Dritten einzuholen, die sie für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt, wenn Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Angaben oder Unterlagen bestehen.

⁵ Die Fürsorgebehörde informiert den Hilfesuchenden und die weiteren in Abs. 1 genannten Personen in der Regel vorgängig über Auskünfte, die über sie eingeholt werden. In Fällen von Abs. 4 kann die Information auch nachträglich erfolgen.

Bei der Frage nach einer Regelungsmöglichkeit der Stadt Zürich ist zunächst klarzustellen, dass sie sich nicht mit der Fragestellung deckt, ob hier der Regierungsrat mittels Verordnung eine explizite gesetzliche Grundlage für den Einsatz von Sozialdetektiven schaffen könnte oder nicht. Gesetze der Gemeinden sind keine Verordnungen, sondern stehen was die Einschränkung von Grundrechten betrifft auf der gleichen Stufe. Die Fragestellungen (Verordnung des Regierungsrates – Gemeindegesetz) überschneiden sich insofern, dass eine Regelung für den Einsatz von Sozialhilfedetektiven in jedem Fall unzulässig wäre, wenn die Bestimmungen in § 18 SHG/ZH als *abschliessend* betrachtet würden. Mit anderen Worten: Soweit klar ist, dass § 18 SHG/ZH abschliessend alle Fragen der Informationsbeschaffung regelt, besteht kein Raum für eine kommunale Regelung auf Gesetzesstufe oder eine kantonale Regelung auf Verordnungsstufe.

Die Frage der Schaffung einer Verordnung des Regierungsrates bzw. von Gemeinderecht unterscheidet sich insofern, dass zu beachten ist, dass auch kommunales Recht *Gesetzesrecht* (im formellen Sinn) sein kann. Das Gemeinderecht weist vergleichbare Regelungsstufen wie Bund und Kantone auf. Ein kantonales Gesetz ist nicht «mehr wert» als ein kommunales; die Legitimation des kommunalen Gesetzes steht der Legitimation eines kantonalen Gesetzes nicht nach. Dies bedeutet, dass eine kommunale Ordnung nicht mit dem Hinweis für ungültig erklärt werden kann, es handle sich um eine wichtige Frage, die der kantonale Gesetzgeber hätte entscheiden müssen. Vielmehr können sowohl der kommunale wie auch der kantonale Gesetzgeber wichtige Bestimmungen erlassen.

Unsicher und wenig geklärt ist die Frage, ob im Verhältnis zwischen Kantonen und Gemeinden die gleichen Grundsätze gelten wie im Verhältnis zwischen

Bund und Kantonen.¹⁸ Natürlich ist das Verhältnis zwischen Kantonen und ihren Gemeinden zunächst eine Frage des kantonalen Verfassungsrechts und die Antwort kann von Kanton zu Kanton differieren. Die Entwicklung der Figur der Gemeindeautonomie zeigt indessen, dass, zumindest soweit das kantonale Verfassungsrecht die Frage nicht ausdrücklich aufnimmt, sich durchaus auch gemeineidgenössische Grundsätze entwickeln können. Zu fragen ist, ob die Gemeindeautonomie eine vergleichbare Aufteilung der Rechtsetzungskompetenzen zwischen Kanton und Gemeinden indiziert wie zwischen Bund und Kantonen. Klar scheint mir, dass eine Rechtsetzungskompetenz der Gemeinde nicht ausdrücklich delegiert sein muss; nicht so eindeutig erscheint hingegen die Frage, ob die Gemeinden die gleiche *ausgeprägte Garantie* aus der Gemeindeautonomie herleiten können wie die Kantone gegenüber dem Bund, also dass die Umsetzung dem jeweils kleineren Gemeinwesen zustehen sollte.

Im vorliegenden Fall hat sich der Bezirksrat dafür ausgesprochen, dass der kantonale Gesetzgeber hätte deutlicher sichtbar machen müssen, dass ein Regelungsspielraum für die Gemeinden besteht. Mit Blick auf die konkrete Regelung in § 18 SHG/ZH, die man durchaus auch als abschliessende Regelung der Informationsbeschaffung der Behörde ansehen kann, erscheint dies nachvollziehbar. Allgemein würde ich aber befürworten, dass bereits eine bloss ergänzungsfähige Regelung auf Kantonsstufe den Gemeinden einen Regelungs- oder Umsetzungsspielraum eröffnet.¹⁹

III. Klärung der Kompetenzen

1. Explizite Kompetenzfestschreibung

Die beiden Problemlagen zeigen, dass es im Interesse sowohl des übergeordneten wie des untergeordneten Gemeinwesens liegt, die Reichweite des übergeordneten Rechts möglichst eindeutig zu umschreiben. Das übergeordnete Recht sollte klären, welcher Umsetzungsspielraum bzw. welche Regelungskompetenzen

¹⁸ Vgl. dazu HANGARTNER, *Rechtsetzung durch Gemeinden*, S. 216; IMBODEN/RHINOW, S. 75; BGE 142 I 177, E. 3.1.1 f. jeweils mit Hinweisen; vgl. auch in diesem Band HOFSTETTER, S. 156 f.

¹⁹ Vgl. in diesem Band HOFSTETTER, S. 157 f.

zen der Kantone bzw. der Gemeinden noch bestehen. Im Folgenden sind einzelne Regelungsstrategien näher anzusehen.

Ein einfaches Beispiel lässt sich etwa am Einführungsgesetz des Kantons Thurgau zum Bundesgesetz über den Schutz von Gewässer zeigen.²⁰ Dort wird in § 7 festgehalten, dass die Gemeinden Einzelheiten zur Abwasserbeseitigung in einem Reglement klären sollten, welches der Genehmigung durch das Departement bedarf. Der Kanton hat hier Regelungsrecht und Regelungspflicht der Gemeinde *spezifisch festgelegt*.

2. Mindestvorschriften

In einem Mehrebenensystem kann sich die Frage stellen, ob das untergeordnete Gemeinwesen *in Übereinstimmung mit der Zielsetzung* des übergeordneten Gemeinwesens dessen Regeln *verschärfen* kann. Ein Tempolimit der oberen Ebene ist in diesem Sinne nicht eindeutig, obwohl eine solche Regelung rein von der Formulierung kaum simpler sein könnte. Die Gesetzgebung auf der oberen Ebene muss klarstellen, ob Verschärfungen zulässig sind. Ein Beispiel dafür findet sich in Art. 4 Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen.²¹ Gemäss dieser Bestimmung können die Kantone *strengere Vorschriften* zum Schutz der Gesundheit erlassen. Die Vorschriften des Bundes sind also *Mindestvorschriften*, die nicht unterschritten, aber überschritten werden können.

Interessant ist, dass die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19)²² zunächst zu dieser Frage keine Antwort enthielt. Prompt stellte sich die Frage, ob der Kanton Uri ein Ausgehverbot für besonders gefährdete Personen erlassen durfte²³, während der Bund solchen Personen nur nahe legte («... sollen ...»), möglichst zu Hause zu bleiben.²⁴ Der Bund erliess

²⁰ Einführungsgesetz des Kantons Thurgau zum Bundesgesetz über den Schutz von Gewässer vom 24. Januar 1991 vom 5. März 1997 (RB 814.20).

²¹ Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen vom 3. Oktober 2008 (SR 818.31).

²² Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2) vom 13. März 2020 (SR 818.101.24).

²³ DANIEL GERNY, Bund hält Ausgangsverbot für über 65-Jährige im Kanton Uri für zulässig, abrufbar unter: <https://www.nzz.ch/schweiz/schon-wieder-droht-ein-flickentepich-das-ausgangsverbot-fuer-ueber-65-jaehrige-im-kanton-uri-widerspricht-wohl-bundesrecht-ld.1547466> (besucht am 1. Juni 2020).

²⁴ Art. 10b in der Fassung vom 17. März 2020.

daraufhin Art. 1a COVID-19-Verordnung 2 («Zuständigkeit der Kantone») mit folgendem Wortlaut:

Soweit diese Verordnung nichts anders bestimmt, behalten die Kantone ihre Zuständigkeiten.

Der Kanton Uri hob das Ausgehverbot auf.²⁵ Auch diese Regelung erwies sich nicht als hinreichend klar bzw. wurde in einem neuen Fall sogleich auf Probe gestellt. Der vom Coronavirus stark betroffene Kanton Tessin verbot weitergehend als der Bund verschiedene Wirtschaftstätigkeiten²⁶ – was man kaum als einen Bereich ansehen konnte, in dem die Verordnung «nichts bestimmte» (Art. 1a COVID-19-Verordnung 2). Der Bundesrat reagierte auf diesen Übergriff föderalistisch-versöhnlich. Er erliess Art. 7e COVID-19-Verordnung 2, wonach die Kantone in besonderen Gefährdungslagen Gesuche für weitergehende Einschränkungen der Tätigkeiten bestimmter Wirtschaftsbranchen stellen konnten – was der Bund für den Kanton Tessin umgehend bewilligte.²⁷ Bemerkenswert ist auch, dass der Bund diese Bestimmung am 27. März 2020 erliess und rückwirkend per 21. März 2020 in Kraft setzte²⁸, er also die wohl unzulässigen Anordnungen des Kantons Tessin rückwirkend schützte.

Regelungstechniken betreffend «weitergehendem» kantonalem oder kommunalem Recht funktionieren indessen nur, soweit Regelungen als «streng» oder «weniger streng» qualifiziert werden können. Soweit Rechtsnormen Ausgleich zwischen verschiedenen Interessengruppen schaffen, ist eine Unterteilung der Rechtsetzung in strenge und weniger strenge Vorschriften kaum möglich.

²⁵ Ausgangssperre in Uri gilt nicht mehr, NZZ vom 22. März 2020, S. 7; siehe dazu auch SEVERIN BIGLER, Urner Senioren dürfen wieder nach draussen: Die Ausgangssperre ist aufgehoben, abrufbar unter: <https://www.luzernerzeitung.ch/news-service/inland-schweiz/urner-senioren-duerfen-wieder-nach-draussen-die-ausgangssperre-ist-aufgehoben-ld.1206372> (besucht am 1. Juni 2020).

²⁶ FABIAN SCHÄFER/PETER JANKOVSKY, Das Tessiner Corona-Regime verletzt Bundesrecht – die Zeche müsste die regionale Wirtschaft bezahlen, abrufbar unter: <https://www.nzz.ch/schweiz/coronavirus-tessin-verletzt-bundesrecht-ld.1548090> (besucht am 21.04.2020).

²⁷ FABIAN SCHÄFER, Tessiner erhalten im Kampf gegen das Virus eine Sonderlizenz – andere Kantone können davon kaum profitieren, abrufbar unter: <https://www.nzz.ch/schweiz/tessiner-erhalten-im-kampf-gegen-das-virus-eine-sonderlizenz-andere-kantone-koennen-davon-kaum-profitieren-ld.1548863> (besucht am 21.04.2020).

²⁸ Siehe dazu AS 2020 1101 ff., S. 1103.

3. Grundsätze

Eine weitere bewährte Technik des übergeordneten Rechts stellt der Erlass von «Grundsätzen» dar. Der Begriff Grundsatz (früher: Rahmen) macht deutlich, dass für das untergeordnete Gemeinwesen noch ein Regelungsspielraum vorhanden ist und das übergeordnete Recht nicht alles in Anspruch nimmt, was es allenfalls regeln könnte.²⁹ In allgemeiner Weise findet sich diese Aussage beispielsweise in Art. 1 Abs. 2 JSG³⁰, was mit Art. 79 BV übereinstimmt. Gemäss Art. 1 Abs. 2 JSG stellt der Bund lediglich «Grundsätze» auf, nach denen die Kantone die Jagd zu regeln haben.

Grundsatzgesetzgebung schliesst indessen – mindestens kompetenzmässig – nicht aus, dass das übergeordnete Gemeinwesen, hier der Bund, Einzelfragen im Detail regelt.³¹ Ein bekanntes Beispiel dafür ist die Rodungsbewilligung in Art. 4 ff. im Waldgesetz des Bundes (WaG³²). Auch beim Wald stellt der Bund nur Grundsätze auf (Art. 77 Abs. 2 BV), doch hat er die – wichtige – Frage der Rodungsbewilligung einer detaillierten Regelung zugeführt. Ob sich eine gleiche Aussage für das Raumplanungsrecht machen lässt, welches gemäss Verfassung auch nur eine «Grundsatzgesetzgebung» sein soll (Art. 75 Abs. 1 BV), erscheint weniger offensichtlich.³³

Wie komplex die scheinbar einfache Frage von Grundsätzen des übergeordneten Gemeinwesens sein kann, zeigt ein Blick auf Art. 12 BüG.³⁴ Art. 12 BüG legt die Integrationskriterien für eine Einbürgerung fest.³⁵ Art. 12 Abs. 1 BüG nennt verschiedene Integrationskriterien, so etwa das Beachten der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die Respektierung der Werte der Bundesverfassung, die Beherrschung einer Landessprache und die Teilnahme am Wirtschaftsleben

²⁹ Den Kantonen muss, so TSCHANNEN, § 20 Rz. 37, ein *substanzieller eigener Regelungsspielraum* bleiben; siehe dazu auch UHLMANN, S. 42 f.

³⁰ Bundesgesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (Jagdgesetz, JSG) vom 20. Juni 1986 (SR 922.0).

³¹ TSCHANNEN, § 20 Rz. 39.

³² Bundesgesetz über den Wald (Waldgesetz, WaG) vom 4. Oktober 1991 (SR 921.0).

³³ Siehe dazu ausführlich GIFFEL in: BSK BV, Art. 75 N 25 ff.

³⁴ Bundesgesetz über das Schweizer Bürgerrecht (Bürgerrechtsgesetz, BüG) vom 20. Juni 2014 (SR 141.0).

³⁵ Siehe dazu die Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Schweizer Bürgerrecht (Bürgerrechtsgesetz, BüG) vom 4. März 2011, BBl 2011 2825 ff., S. 2833 ff. und 2850 ff.

(Art. 12 Abs. 1 lit. a–d BÜG). Gemäss Art. 12 Abs. 3 BÜG können die Kantone weitere Integrationskriterien vorsehen. Insgesamt ist in Art. 12 BÜG zu lesen:

- ¹ Eine erfolgreiche Integration zeigt sich insbesondere:
- a. im Beachten der öffentlichen Sicherheit und Ordnung;
 - b. in der Respektierung der Werte der Bundesverfassung;
 - c. in der Fähigkeit, sich im Alltag in Wort und Schrift in einer Landessprache zu verständigen;
 - d. in der Teilnahme am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung; und
 - e. in der Förderung und Unterstützung der Integration der Ehefrau oder des Ehemannes, der eingetragenen Partnerin oder des eingetragenen Partners oder der minderjährigen Kinder, über welche die elterliche Sorge ausgeübt wird.

² Der Situation von Personen, welche die Integrationskriterien von Absatz 1 Buchstaben c und d aufgrund einer Behinderung oder Krankheit oder anderen gewichtigen persönlichen Umständen nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen erfüllen können, ist angemessen Rechnung zu tragen.

³ Die Kantone können weitere Integrationskriterien vorsehen.

In rechtsetzungstechnischer Hinsicht wirft Art. 12 BÜG zunächst die Frage auf, ob die Integrationskriterien des Bundes *vollständig* sind.³⁶ Art. 12 Abs. 1 BÜG spricht davon, dass sich eine erfolgreiche Integration «insbesondere» an den genannten Kriterien zeige. Die Integrationskriterien sind also nicht abschliessend. Es scheint indessen unsicher, ob die nicht abschliessende Regelung bedeutet, dass auch der Bund (etwa durch Verordnungsgebung oder Rechtsprechung) die Integrationskriterien ausweiten könnte. Oder hat Art. 12 Abs. 1 BÜG bereits Art. 12 Abs. 3 BÜG im Auge und schafft damit in erster Linie einen Regelungsspielraum für die Kantone?³⁷

Daran schliessen sich die Fragen an, ob die Kompetenz der Kantone darauf gerichtet ist, «weitere», d.h. *andere* Integrationskriterien festzuschreiben und ob die Kompetenz von Art. 12 Abs. 3 BÜG den Kantonen nur erlaubt, die in Art. 12 Abs. 1 BÜG genannten Kriterien zu *konkretisieren*. Anders gefragt: Müssen weitere Integrationskriterien der Kantone ein *aliud* zu Art. 12 Abs. 1 BÜG sein oder

³⁶ Siehe dazu BGer, 1C_337/2019 Urteil vom 13. November 2019; BGE 138 I 305, E. 1.4.5.

³⁷ Die in Art. 12 BÜG beschriebenen materiellen Voraussetzungen für die Erteilung des Bürgerrechts werden durch Art. 2–9 BÜV konkretisiert und stellen zusammen die *bundesrechtlichen Mindestanforderungen* für die Erteilung des Bürgerrechts dar (vgl. dazu Art. 38 Abs. 2 BV). Siehe dazu auch ACHERMANN/VON RÜTTE in: BSK BV, Art. 38 N 33 ff.; BIAGGINI, Art. 38 N 13b; CARONI/SCHIEBER/PREISIG/ZOETEWELJ, S. 540 ff sowie BGE 138 I 242, E. 5.3; BGE 129 I 232, E. 3.3.

erstreckt sich der Regelungsspielraum der Kantone gerade – oder gerade nicht – auf eine Umsetzung der Kriterien von Art. 12 Abs. 1 BÜG?³⁸

Eine weitere Fragestellung, die sich auch unabhängig des Mehrebenensystems stellt, ist die Bedeutung der Wendung «zeigt sich» in Art. 12 Abs. 1 BÜG. Es erscheint nicht völlig eindeutig, ob Art. 12 Abs. 1 BÜG eigentlich harte verbindliche Kriterien aufstellt oder einen mehr oder minder unverbindlichen Überlegungsvorschlag skizziert, was eine erfolgreiche Integration darstellen könnte und was nicht. Je nach Normativität von Art. 12 Abs. 1 BÜG ist auch der Spielraum der Kantone unterschiedlich.

Eine letzte interessante Frage liegt in der Bedeutung von Art. 12 Abs. 3 BÜG für die Gemeinden. Hier zeigt sich das ganze Spektrum des Mehrebenensystems. Können auch die Gemeinden weitere Integrationskriterien aufstellen, soweit der Kanton von seiner Regelungskompetenz keinen Gebrauch macht?³⁹ Dies ist natürlich primär aus dem Blickwinkel des kantonalen Verfassungsrechts zu beantworten, es ist aber auch hier denkbar, dass sich für eine solche Problemstellung ein gemeineidgenössischer Standard entwickelt.⁴⁰ Richtigerweise spricht der Bund in seiner Regulierung nur die Kantone an; «Durchgriffe» auf die kommunale Ebene sind grundsätzlich unerwünscht⁴¹ – wobei wiederum das

³⁸ Kantone – wie auch Kommunen (siehe dazu sogleich Fn 38) – können weitere zusätzliche Kriterien vorsehen (ob der Wortlaut auch ein aliud zulässt, lässt sich nicht eindeutig bestimmen). Solange auch ein aliud dem Telos des Bürgerrechtsgesetzes und den verfassungsrechtlichen Schranken standhält, müsste auch das möglich sein. Zu dieser Thematik siehe ACHERMANN/VON RÜTTE in: BSK BV, Art. 38 N 33 ff.; BIAGGINI, Art. 38 N 13b; CARONI/SCHNEIDER/PREISIG/ZOETEWELJ, S. 543.

³⁹ CARONI/SCHNEIDER/PREISIG/ZOETEWELJ, S. 543, DE WECK, in: Migrationsrecht Kommentar Art. 12 N 23 sprechen sich dafür aus, dass Kommunen, im Rahmen ihrer Autonomie, weitere Kriterien vorsehen dürfen – Schranke bildet aber in jedem Fall das übergeordnete Recht. Siehe dazu BGER, 1C_337/2019 Urteil vom 13. November 2019, E. 2.3 ff.; siehe dazu auch ACHERMANN/VON RÜTTE in: BSK BV, Art. 38 N 33 ff. m.w.H.

⁴⁰ Das Bundesgericht erkannte (im Kanton Thurgau) die Autonomie der Gemeinden in Belangen des Bürgerrechts an, BGE 139 I 169, E. 6.2: «Sie [die Gemeinden] erfüllen die Aufgaben im eigenen Bereich selbständig (§ 59 Abs. 3 KV/TG), sind mithin insoweit und insbesondere in Belangen des Bürgerrechts mit Autonomie ausgestattet.» Das Bundesgericht liess die Frage jedoch offen, ob die Thurgauer Kommunen auch andere weitere Kriterien definieren dürfen; im Rahmen der Wohnsitzerfordernisse oder der Eignung verfügen sie über Konkretisierungsbefugnisse (E. 6.3).

⁴¹ Die innerkantonale Aufgabenverteilung liegt grundsätzlich im Kompetenzbereich der Kantone (vgl. dazu Art. 46 und 47 BV); siehe dazu auch EGLI in: SGK, Art. 47, N 16 ff. Diese Kompetenz kann i.S. eines Bundesdurchgriffs unter gewissen Voraussetzungen eingeschränkt werden, siehe dazu BIAGGINI, Art. 47 N 8 mit weiteren Nachweisen; MEYER, S. 205; MEYER in: BSK BV, Art. 50 N 35.

Raumplanungsgesetz⁴² (RPG⁴³), aber auch weitere Rechtsgebiete⁴⁴, Anschauungsbeispiele liefert.

Unklar ist aber die Frage, inwieweit die Gemeinden unmittelbar einen Regelungsspielraum des Bundes wahrnehmen können, der sich eigentlich an die Kantone richtet. Hier könnte einerseits argumentiert werden, dass der Bund mit den Kantonen immer auch die Gemeinden mitmeint und es aus dem Blickwinkel des Bundesrechts in der Regel keine Rolle spielt, ob es der Kanton oder die Gemeinde ist, der oder die den Spielraum nutzt. Der Kanton ermöglicht explizit oder implizit den Gemeinden eine Regelung. Umgekehrt kann auch vertreten werden, dass der Bund in einer bestimmten Frage einen Entscheid des kantonalen Gesetzgebers verlangt.

Tendenziell erscheint mir naheliegender, dass die Gemeinden hier einen Spielraum nutzen dürfen, wenn sich der Bund und der betreffende Kanton nicht anderweitig geäußert haben. Es ist auch an dieser Stelle nochmals darauf hinzuweisen, dass ein kommunaler Erlass grundsätzlich die gleiche Legitimität aufweist wie ein kantonales oder eidgenössisches Gesetz.

⁴² «Ein direkter Durchgriff des Bundes auf die Gemeinden ist verfassungsrechtlich im Bereich der Raumplanung nicht vorgesehen», FÜEGG, S. 167 mit Hinweis auf KÖLZ/KUSTER, S. 153 ff. Dennoch sind zahlreiche Beispiele zu finden. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 RPG statuiert, dass Bund, Kantone *und Gemeinden* dafür sorgen, dass der Boden haushälterisch genutzt und das Baugebiet vom Nichtbaugebiet getrennt wird. Art. 2 RPG verlangt die für raumwirksame Aufgaben nötigen Planungen, dass Bund, Kantone *und Gemeinden* sie aufeinander abstimmen. Umfassend dazu siehe, MEYER, S. 205 mit weiteren Nachweisen.

⁴³ Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700).

⁴⁴ Bundesdurchgriffe direkt auf die Gemeinden sind auch in folgenden Rechtsgebieten ersichtlich: Art. 18 der Verordnung über die Warnung, die Alarmierung und das Sicherheitsfunknetz der Schweiz (Alarmierungs- und Sicherheitsfunkverordnung, VWAS) vom 18. August 2010 (SR 520.12); Art. 46 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz (Bevölkerungs- und Zivilschutzgesetz, BZG) vom 4. Oktober 2002 (SR 520.1); Art. 131 ff. (4. Kapitel: Leistungen der Gemeinden und der Einwohner) des Bundesgesetzes über die Armee und die Militärverwaltung (Militärsgesetz, MG) vom 3. Februar 1995 (SR 510.10). Ausführlich zu diesen Beispielen siehe MEYER, S. 205 f.

IV. Regelungstechnik der Durch- und Umsetzung

1. Bundesrecht als «Vorschlag»

Die Regelungstechnik der Durch- und Umsetzung ist schon im Beitrag JAAG aufgegriffen worden.⁴⁵ Dementsprechend konzentrieren sich die Ausführungen auf einige ausgewählte, vielleicht nicht selbstverständliche Beispiele.

Eine sanfte Form der Durchsetzung ist die (eher seltene) Variante des Bundesrechts, dass dieses im Wesentlichen einen *Vorschlag* zugunsten des kantonalen Rechts macht. Ein bekanntes Beispiel ist das alte Pflichtteilsrecht der Geschwister. Gemäss Art. 471 Ziff. 3 aZGB⁴⁶ betrug der Pflichtteil für jedes Geschwister $\frac{1}{4}$. Die Kantone waren befugt, den Pflichtteilsanspruch der Geschwister entweder aufzuheben oder ihn auf die Nachkommen der Geschwister auszuweiten (Art. 472 aZGB⁴⁷). Im Gegensatz zu den Minimalstandards des Bundes waren hier Abweichungen sowohl zugunsten als auch zulasten des Pflichtteilsrechts der Geschwister zulässig. Der Bundesgesetzgeber hat eine im Zeitpunkt des Erlasses des ZGB umstrittene Frage im Sinne eines Kompromisses geregelt, aber den Kantonen nicht verbindlich vorgeschrieben, dies in der Erwartung, dass sich im Zeitablauf ein Konsens bildet, was mit der Abschaffung des Pflichtteilsrechts für die Geschwister auch eingetreten ist.⁴⁸

Bemerkenswert ist, dass selbst diese scheinbar glasklare Formulierung zu einem Verfahren vor Bundesgericht geführt hat, nämlich zur Frage, ob ein Kanton auch noch 65 Jahre nach Erlass des Zivilgesetzbuches vom «Vorschlag» des Bundes abweichen durfte oder nicht, rechtsetzungstechnisch also eine Art «Verfestigung» und Verbindlichkeit des Vorschlags des Bundes eingetreten ist, soweit ein Kanton nicht von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht hatte. Das Bundesgericht liess die Abweichung zu.⁴⁹

⁴⁵ Vgl. in diesem Band JAAG, S. 13 ff.

⁴⁶ Siehe dazu Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979, BBl 1979 II 1191 ff., 1323; Art. 471 wurde im Rahmen der Revision vom 1. Januar 1988 aufgehoben, AS 1986 4 115 ff., 144.

⁴⁷ Art. 472 wurde im Rahmen der Revision vom 1. Januar 1988 ersatzlos gestrichen, AS 1986 4 115 ff., 144.

⁴⁸ Aufgehoben durch Ziff. 1 2 des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1984 (AS 1986 122; BBl 1979 II 1191).

⁴⁹ BGE 103 Ia 288, E. 2a.

2. Bundesrecht als «Rückfallposition»

Eine andere Technik der Durchsetzung ist Bundesrecht als eine Art «Rückfallposition». Ein solches Beispiel findet sich in Art. 37 Abs. 1 DSG.⁵⁰ Der Bund verlangt, dass die Kantone einen angemessenen Datenschutz für ihre Behörden gewährleisten. Tun sie dies nicht, werden für den entsprechenden Kanton die Bestimmungen anwendbar, welche für die Bundesverwaltung gelten. Die direkte Anwendung von Bundesrecht ist nicht ungewöhnlich. Bemerkenswert ist hier aber, dass es sich um einen ganzen Regelungsbereich handelt, der – soweit der Kanton untätig bleibt – im Sinne der bundesgesetzlichen Regelung (mutmasslich als kantonales Recht) anzuwenden ist.

3. Übergangsfristen

Bekannt und nicht näher zu vertiefen ist der Erlass von Übergangsfristen.⁵¹ Interessant, wenn auch ungewöhnlich, ist die Frage, ob ein Kanton für die Dauer der Übergangsfrist auch seine Regelung «entharmonisieren» darf. Konkret ist dieser Fall eingetreten im Zusammenhang mit Art. 72 StHG.⁵² Dieser lautet wie folgt:

¹ Die Kantone passen ihre Gesetzgebung innert acht Jahren nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes den Vorschriften der Titel 2–6 an.

² Nach Ablauf dieser Frist findet das Bundesrecht direkt Anwendung, wenn ihm das kantonale Steuerrecht widerspricht.

³ Die Kantonsregierung erlässt die erforderlichen vorläufigen Vorschriften.

Konkret ging es um den Kanton Schaffhausen: Während der Übergangsfrist wurde eine Initiative eingereicht, die das kantonale Recht entharmonisiert hätte. Das Bundesgericht erklärte diese Initiative für ungültig.⁵³ Zugunsten des Kantons muss angeführt werden, dass es nicht der Kanton selbst gewesen ist, der eine Entharmonisierung angestrebt hat (hier stellten sich möglicherweise auch Fragen der Bundestreue), sondern es um die Gültigkeit einer kantonalen

⁵⁰ Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992 (SR 235.1).

⁵¹ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 1083 ff.

⁵² Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14).

⁵³ Siehe dazu BGE 124 I 101, 102 ff.; HANGARTNER, Bundesgericht, S. 1106 schliesst sich der Meinung des Bundesgerichtes an; vgl. auch UHLMANN, S. 54 f.

Initiative ging. Die Übergangsfrist im Bundesrecht war mit 8 Jahren auch ungewöhnlich lang.⁵⁴

4. Direkte Anwendbarkeit und «Erleichterungen» der kantonalen Gesetzgebung

In Art. 72 Abs. 2 und 3 StHG finden sich weitere typische Beispiele für Regelungstechniken des Bundes, nämlich die *direkte Anwendung des Bundesrechts* und den nicht unbestrittenen *Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie*, dass nämlich die Kantonsregierung die erforderlichen vorläufigen Vorschriften erlässt.⁵⁵ Vorliegend ist es eine Kombination der direkten Anwendbarkeit des Bundesrechts ergänzt durch kantonales Verordnungsrecht.

Eine ähnliche «Erleichterung» findet sich auch in Art. 130 Abs. 4 BGG.⁵⁶ Hier müssen die Kantone zur Umsetzung zwar Gesetze erlassen, können diese aber dem Referendum entziehen.⁵⁷ Nicht so eindeutig ist die Frage, ob das Gesetz nachträglich einem Referendum untersteht oder ob der Erlass permanent mit diesem «Makel» behaftet bleiben soll.

Ein letztes Beispiel aus dem schweizerischen Zivilgesetzbuch zeigt, dass die verschiedenen Regelungen der Durchsetzung kombiniert werden können. Art. 52 Abs. 2 Schlusstitel ZGB sieht vor, dass die Kantone die notwendigen Umsetzungserlasse auf Stufe von Verordnungen erlassen können. Bleibt ein Kanton untätig, kommt es in einer weiteren Eskalationsstufe zu einer Ersatzverordnung des Bundes (Art. 53 Abs. 1 Schlusstitel ZGB).⁵⁸

⁵⁴ In diesem Band JAAG, S. 22 f.

⁵⁵ Siehe dazu auch BELSER/MASSÜGER in: BSK BV, Art. 47 N 13 ff.; Zum Umfang und den Grenzen der Organisationsautonomie siehe dazu THURNHERR, S. 114 ff.

⁵⁶ Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).

⁵⁷ BGE 135 II 94, E. 6.3; ERRASS in: BSK BGG, Art. 130 N 27 ff.

⁵⁸ Art. 52 Abs. 2 SchlIT ZGB stellt gemäss herrschender Lehre einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Organisationsautonomie der Kantone dar, vgl. dazu KLEY in: BSK ZGB, Art. 52 SchlIT ZGB II N 6.

5. Sanktionen (und Nadelstiche) des Bundes

Dass der Bund mit der Wahl seiner Sanktionen eine fast unbegrenzte Fantasie walten lassen darf, zeigt – vielleicht nicht ganz überraschend – ein Blick auf das RPG. Art. 38 Abs. 2 RPG sieht eine zielgenaue und mutmasslich schmerzhaftes Sanktion vor, zu welcher der Bund gegriffen hat.⁵⁹ Ist ein Kanton mit der Anpassung von Richtplänen in Verzug, darf er so lange keine Zweitwohnungen mehr bewilligen, bis er die nötigen Vorkehrungen getroffen hat (Art. 38 Abs. 2 RPG). Dies ist eine Sanktion, die mutmasslich einfach zu prüfen und möglicherweise auch einfach durchzusetzen ist.⁶⁰

Interessant ist auch die Bestimmung von Art. 38a RPG. Die Kantone sind verpflichtet, innert fünf Jahren nach Inkrafttreten der entsprechenden Bestimmung einen angemessenen Ausgleich für erhebliche Vor- und Nachteile nach Art. 5 RPG zu regeln. Art. 38a Abs. 5 RPG lautet:

Nach Ablauf der Frist von Absatz 4 ist die Ausscheidung neuer Bauzonen unzulässig, solange der betreffende Kanton nicht über einen angemessenen Ausgleich nach den Anforderungen von Artikel 5 verfügt. Der Bundesrat bezeichnet nach Anhörung diese Kantone.

Art. 38a Abs. 5 Satz 1 RPG dürfte wiederum in die Kategorie zielgenauer und mutmasslich schmerzhafter Sanktionen fallen. Nicht so eindeutig ist die in Art. 38a Abs. 5 Satz 2 RPG vorgesehene Massnahme, nämlich die Bezeichnung der entsprechenden Kantone durch den Bundesrat. Dies mag einerseits der Bekanntmachung für die Grundeigentümer dienen. Andererseits kann diese Bekanntmachung durch den Bund auch als «naming und shaming» verstanden werden. Die entsprechende Pressemitteilung des Bundes lässt durchaus in diese Richtung denken, dass hier nämlich die «Sünderkantone» Genf, Luzern, Schwyz, Zug und Zürich mit einem Einzonungsstopp belegt werden.⁶¹ Wie wirksam sich diese Sanktion erweisen wird, ist nicht eine primär rechtliche, sondern eine politikwissenschaftliche Frage. Die Sanktion ist soweit ersichtlich ungewöhnlich und vielleicht dem nicht ganz entspannten Verhältnis von Bund, Kantonen und Gemeinden im Bereich der Raumplanung geschuldet. Sie ist vielleicht nicht zur

⁵⁹ Siehe dazu auch in diesem Band JAAG, S. 21 ff. und im Speziellen zum RPG S. 18.

⁶⁰ WOLF/NUSPLIGER in: SHK ZWG, Vorbemerkungen, N 6; NUSPLIGER/WOLF, S. 7, mit jeweils weiteren Nachweisen.

⁶¹ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 10. April 2019, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-74639.html> (besucht am 1. Juni 2020).

Nachahmung zu empfehlen, illustriert aber die Diskussion nach zielgenauen, auf neudeutsch: «smarten» Sanktionen.

6. Durchsetzung gegenüber den Gemeinden

Betrachtet man die Fülle an Umsetzungsmechanismen im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen, fällt auf, wie karg die Beispiele zur gleichen Frage in der kantonalen Gesetzgebung sind. Es finden sich kaum Regeln zur Durch- und Umsetzung des kantonalen Rechts gegenüber renitenten Gemeinden.

Dies mag damit zusammenhängen, dass solche Fragen im Verhältnis zwischen Kanton und Gemeinden stärker einer allgemeinen Regelung zugeführt sind als im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen. Als Beispiel kann § 168 GG/ZH⁶² genannt werden. Die Kompetenzen des Kantons gehen weit. Gemäss § 168 lit. c und d GG/ZH kann die kantonale Aufsichtsbehörde widerrechtliche Anordnungen, Beschlüsse und Erlasse aufheben, aber auch Ersatzanordnungen und Ersatzvornahmen treffen. Dies erlaubt einen direkten Eingriff in die Regelungskompetenz der Gemeinden.

7. «Verbesserungen» der Kantone?

Nur kurz sei noch darauf eingegangen, dass selbstverständlich nicht nur das übergeordnete Gemeinwesen Sorgen mit dem untergeordneten Gemeinwesen hat, sondern auch das übergeordnete Recht das untergeordnete Gemeinwesen vor Herausforderungen stellen kann. Diese sind bereits in anderen Beiträgen angesprochen.⁶³ Ein besonderer Fall sei hier noch kurz aufgegriffen. In der Botschaft der Regierung des Kantons Graubünden an den Grossen Rat zum Gesetz über die Einwohnerregister kommt zum Ausdruck, dass der Kanton über die Qualität der Rechtsetzung des Bundes nicht zufrieden ist. Ohne dass offenbar eine materielle Abweichung beabsichtigt ist, schreitet der Kanton zu Verbesserungen. Wörtlich ist zu lesen:⁶⁴

⁶² Gemeindegesetz des Kantons Zürich (GG) vom 20. April 2015 (LS 131.1).

⁶³ Vgl. in diesem Band VONTOBEL, S. 149 ff., mit weiteren Beispielen und JAAG, S. 14 ff.

⁶⁴ Botschaft der Regierung des Kantons Graubünden an den Grossen Rat zum Gesetz über die Einwohnerregister, Heft Nr. 12/2009–2010, S. 707 ff., 713 und 722, abrufbar unter: https://www.gr.ch/DE/institutionen/parlament/botschaften/Botschaften_2009_2010/Bot_12_2010_Web.pdf (besucht am 1. Juni 2020).

Die Definition der Aufenthaltsgenehmigung ist im [kantonalen] ERG praxisfreundlich und prägnanter formuliert.

Weiter wird in allgemeiner Weise festgehalten:

Aufgrund ihrer Wichtigkeit werden gewisse Definitionen teilweise im ERG wiederholt und praxisfreundlicher, aber ohne inhaltliche Abweichung präzisiert.

Ob solche «Verbesserungen» tatsächlich wünschenswert erscheinen, sei dahingestellt. Auf die bekannten Gefahren von Wiederholungen des Bundesrechts im kantonalen Recht ist hier nicht weiter einzugehen.⁶⁵ Besonders zu bedenken ist vorliegend, dass die Rechtsunterworfenen mit anderen Begriffen typischerweise auch andere Anwendungsbereiche erwarten. Ob bei der Anwendung des kantonalen Rechts in einer fernen Zukunft noch an den Missmut in der Botschaft gedacht wird, erscheint fraglich.

V. Fazit

Ein Mehrebenensystem ist aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungstechnik anspruchsvoll. Das Recht der oberen Ebene muss zum Ausdruck bringen, welcher Regelungsspielraum der unteren Ebene verbleiben soll (Grundsatzgesetzgebung, einseitige zwingende Regelungen, oberes Recht als Auffangrecht etc.). Selbst bei guter Rechtsetzung können sich Zweifelsfragen ergeben, wenn das untere Recht den gleichen Regelungsgegenstand unter einem anderen Blickwinkel regelt. Unsicherheiten bestehen auch, ob das Regelungsverhältnis Bund – Kantone mit dem Verhältnis Kanton – Gemeinden identisch bzw. ob die Grundsätze der Bundesebene auf die kantonale Ebene übertragen werden können.

Der oberen Ebene stehen neben den «klassischen» Durchsetzungsinstrumenten (Genehmigung, automatisches Inkrafttreten etc.) beliebige Möglichkeiten von («smarten») Sanktionen zur Verfügung (naming and shaming etc.). Heikel sind insbesondere Eingriffe in die Organisationsautonomie der unteren Ebene.

⁶⁵ Siehe dazu BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 759; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 308 ff., mit weiteren Nachweisen; vgl. in diesem Band VONTOBEL, S. 148.

Literatur

- BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2017
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden: Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 4. Aufl., Bern 2019
- CARONI MARTINA/SCHIEBER NICOLE/PREISIG CHRISTA/ZOETEWELJ MARGARITE, Migrationsrecht, 4. Aufl., Bern 2018
- EHRENZELLER BERNHARD, SCHINDLER BENJAMIN, SCHWEIZER RAINER J., VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014 (zit. BEARBEITER in: SGK BV)
- FÜEG REGINA, Funktionale Räume in der schweizerischen Raumplanung, Diss. Freiburg 2015/ Norderstedt 2016
- GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, Basel 2019 (zit. BEARBEITER in: BSK ZGB II)
- HANGARTNER YVO, Bundesgericht, I. öffentlichrechtliche Abteilung, 25.3.1998, O. Windler, W. Rüegg und Mieterinnen- und Mieterverband Schaffhausen und Umgebung c. Grosser Rat des Kantons Schaffhausen (1P.42/1997), staatsrechtliche Beschwerde, AJP 1998, S. 1105 f.
- HANGARTNER YVO, Rechtsetzung durch Gemeinden, in: Francis Cagianut/Willi Geiger/Yvo Hangartner/Ernst Höhn (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts, Festschrift für Ott K. Kaufmann, Bern 1989, S. 209 ff.
- HAUSER ERNST/JÄGER CHRISTOPH/MÖSCHING FABIAN/NUSPLIGER ISABELLE/PFAMMATTER ARON/STALDER BEAT/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV) Bundesgesetz über Zweitwohnungen vom 20. März 2015 (ZWG), Zweitwohnungsverordnung vom 4. Dezember 2015 (ZWV), Stämpfli Handkommentar, Bern 2017 (zit. BEARBEITER in: SHK ZWG)
- IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I: Allgemeiner Teil, Basel 1976
- KÖLZ ALFRED/KUSTER SUSANNE, Der Städteartikel der neuen Bundesverfassung, ZSR 12/2002 I, S. 137 ff.
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- NIGGLI MARCEL A./UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, Basel 2018 (zit. BEARBEITER in: BSK BGG)
- SPESCHA MARC/ZÜND ANDREAS/BOLZLI PETER/HRUSCHKA CONSTANTIN/DE WECK FANNY/PRIULI VALERIO (Hrsg.), Kommentar zum Migrationsrecht (zit. BEARBEITER, in: Migrationsrecht Kommentar)
- THURNHERR DANIELA, Organisation der Verwaltungsjustiz: Herausforderungen und Perspektiven, ZSR 138/2019 II, S. 104 ff.
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl. 2016

- UHLMANN FELIX/PEPLIER PATRICIA, Multi-level Lawmaking. Form, Arrangement and Design in Theory and Practice, in: Patrica Popelier/Helen Xanthaki/William Robinson/João Tiago Silveira/Felix Uhlmann (Hrsg.), Lawmaking in Multi-level Settings, Legislative Challenges in Federal Systems and the European Union, London/Baden-Baden 2019, S. 17 ff.
- UHLMANN FELIX, Gesetzgebungstechnische und -methodische Überlegungen, in: Felix Uhlmann (Hrsg.), Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, Zürich/St. Gallen 2013, S. 35 ff.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BEARBEITER in: BSK BV)
- WOLF STEPHAN/NUSPLIGER ISABELLE, Zweitwohnungsgesetzgebung – Einführung und Überblick, in: Stephan Wolf/Andreas Lienhard (Hrsg.), Schweizerische Zweitwohnungsgesetzgebung -insbesondere praktische Umsetzungsfragen und Rechtsvergleich mit den Grundverkehrsbeschränkungen in Tirol, Symposium des Zivilistischen Seminars, des Instituts für öffentliches Recht und des Instituts für Notariats-recht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 21. Mai 2014, Schriften INR, Bern 2014

Umsetzung des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts im Kanton Zürich

Mit Praxisbeispielen

Eva Vontobel-Lareida

Inhaltsübersicht

I.	Entstehung des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts auf Bundesebene	143
II.	Ablauf der Umsetzung im Kanton Zürich	144
III.	Mittel bei zeitlicher Dringlichkeit	146
1.	Vor der Gesetzesänderung durch den Bund	146
2.	Nach der Gesetzesänderung durch den Bund	146
a)	Gestützt auf Bundesrecht	146
b)	Gestützt auf kantonales Recht	148
IV.	Oberster Grundsatz bei der Umsetzung von Bundesrecht: Verzicht auf Wiederholungen	148
V.	Beispiele aus der Umsetzung im Kanton Zürich	149
1.	Behördenorganisation	149
a)	Organisationsfreiheit der Kantone	149
b)	Unklare Formulierung des Bundesrechts	150
c)	Auswirkungen auf die Umsetzung	151
2.	Rechtsmittelzug	152
	Literatur	153

I. Entstehung des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts auf Bundesebene

Bereits 1993 setzten die Vorarbeiten für die Revision des Vormundschaftsrechts, das seit dem Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB¹) praktisch unverändert geblieben war, auf Bundesebene ein. Eine erste Experten-Gruppe erarbeitete zuerst einen Grundlagenbericht und anschliessend einen

¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

ersten Vorentwurf. Ab 1999 erarbeitete eine vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement eingesetzte interdisziplinäre Expertenkommission einen Vorentwurf, den sie im Herbst 2002 verabschiedete. Im Anschluss an das im Sommer 2003 ausgelöste Vernehmlassungsverfahren, unterbreitete der Bundesrat den eidgenössischen Räten am 28. Juni 2006 die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht).² Die entsprechenden Änderungen wurden von den Räten am 19. Dezember 2008³ beschlossen und vom Bundesrat auf den 1. Januar 2013 in Kraft gesetzt. Mit der Revision wurden folgende Hauptanliegen umgesetzt:

- Förderung des Selbstbestimmungsrechts in der Form der eigenen Vorsorge (Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung; Art. 360 ff. und 370 ff. ZGB),
- Stärkung der Familiensolidarität (Vertretungsrechte; Art. 374 ff. ZGB),
- behördliche Massnahmen nach Mass für hilfsbedürftige Personen (Art. 388 ff. ZGB),
- verbesserter Rechtsschutz bei fürsorglicher Unterbringung (Art. 426 ZGB),
- Fachbehörden als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (Art. 440 ff. ZGB),
- Verankerung der wesentlichen Verfahrensgrundsätze im ZGB (Art. 443 ff. ZGB).

II. Ablauf der Umsetzung im Kanton Zürich

Gestützt auf einen Bericht zur staatsrechtlichen Eingliederung der künftigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde im Kanton Zürich, der bereits vor Abschluss der Beratungen im Bundesparlament in Auftrag gegeben worden war, und ein Hearing mit Vertreterinnen und Vertreter der interessierten Kreise, schlug die Direktion der Justiz und des Innern 2009 im Rahmen der Vernehmlassung zu einem Konzeptentwurf die Einführung eines kantonalen Behördenmodells vor, das in den zwölf Bezirken organisiert werden sollte. Da die Teilneh-

² Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) BBl 2006 7001 ff., 7001 ff.

³ Botschaft zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) Änderung vom 19. Dezember 2008 BBl 2009 141 ff., 141 ff.

menden in der Konzeptvernehmlassung ein kantonales Modell mehrheitlich ablehnten, beschloss der Regierungsrat schliesslich ein Konzept, dem ein interkommunales Behördenmodell zugrunde lag.⁴ Zur Abschätzung der Auswirkungen auf die Gemeinden wurde dazu vorgängig ein Grundlagenbericht zur konkreten Ausgestaltung der neuen Behörden und den daraus folgenden Kosten für die Gemeinden eingeholt.⁵ Am 31. August 2011 verabschiedete der Regierungsrat die Vorlage «Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR)» an den Kantonsrat.⁶ Nach Abschluss der Beratungen im Kantonsrat am 25. Juni 2012 und dem Ablauf der Referendumsfrist konnte der Regierungsrat am 26. September 2012 eine Teilkraftsetzung beschliessen. Dabei bauten die Gemeinden, parallel zu den Beratungen im Kantonsrat, ihre Behördenorganisation auf (Kreisbildung, Abschluss von Zusammenarbeitsverträgen und Aufbau der Organisation der einzelnen Behörden).⁷ Für den Kanton Zürich erwies sich die vom Bund im konkreten Fall gewährte Frist von vier Jahren für die Umsetzung somit als äusserst knapp. Zwar war die neue Behördenorganisation am 1. Januar 2013 einsatzfähig. Dies war jedoch nur mit grössten Anstrengungen möglich, insbesondere auch seitens der Gemeinden.

⁴ RRB Nr. 2010/345 vom 10. März 2010 «Anpassung des kantonalen Rechts an die Änderung des Zivilgesetzbuches im Bereich Erwachsenenschutz, Personen und Kindesrecht (Konzept)».

⁵ Lic. iur. Urs Vogel, dipl. Sozialarbeiter und -pädagoge HFS/Master of Public Relation MPA «Organisation der interkommunalen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) im Kanton Zürich Grundlagenbericht zu Handen Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich», Kulmerau, 26. August 2010, abrufbar unter: https://kesbaufsicht.zh.ch/internet/microsites/kesb/de/revision_vormundschaftsrecht/erlass_egkesr/berichte_gutachten/_jcr_content/contentPar/downloadlist_2/downloaditems/490_1383144807289.spooler.download.1386177286242.pdf/grundlagenbericht_vogel.pdf (besucht am 1. Juni 2020).

⁶ RRB Nr. 1042/2011 vom 31. August 2011, Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Antrag an den Kantonsrat, abrufbar unter: <http://www.kantonsrat.zh.ch/geschaefte/geschaefte.aspx> (besucht am 1. Juni 2020).

⁷ Vgl. § 2 f. und 4 ff. Einführungsgesetz des Kantons Zürich zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR/ZH) vom 25. Juni 2012 (LS 232.3).

III. Mittel bei zeitlicher Dringlichkeit

1. Vor der Gesetzesänderung durch den Bund

Die Kantone haben bereits im Vernehmlassungsverfahren die Möglichkeit auf allfällige Umsetzungsprobleme hinzuweisen. So ist der Bund verpflichtet, sich zu den finanziellen Auswirkungen einer Vorlage zu äussern.⁸ Sind die Ausführungen im erläuternden Bericht nicht zufriedenstellend, kann und soll das gerügt werden. Allerdings ist dies mit der Verpflichtung verbunden, selbst entsprechende Angaben zu liefern (vorliegend etwa der Hinweis auf die Mehrausgaben für Kantone und Gemeinden durch den Bedarf an zusätzlichen personellen Ressourcen, die Beschaffung neuer Informatiklösungen u.ä.).

Mit der Revision der Vernehmlassungsverordnung vom 11. März 2016 wurde zudem die Möglichkeit institutionalisiert, eine koordinierte Umsetzung zu verlangen.⁹ Eine solche ist insbesondere nötig, wenn die Umsetzungsfrist (zu) knapp ist oder der Bedarf nach einheitlichen Instrumenten für die Umsetzung oder nach einer gemeinsamen Auslegung offener Gesetzesbestimmungen besteht.¹⁰

2. Nach der Gesetzesänderung durch den Bund

a) Gestützt auf Bundesrecht

Erweist sich eine vom Bund beschlossene Umsetzungsfrist als (zu) knapp, stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung. U.U. stellt bereits die Rechtsgrundlage des Bundes ein Hilfsmittel zur Verfügung. So sieht etwa Art. 52 Abs. 2 SchlT ZGB vor, dass die Kantone die zur Ergänzung des ZGB notwendigen Bestimmungen vorläufig auf dem Verordnungsweg erlassen dürfen.

⁸ Art. 8 Abs. 3 lit. a der Verordnung über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsverordnung, VIV) vom 17. August 2005 (SR 172.061.1).

⁹ Art. 8 Abs. 3 lit. b VIV.

¹⁰ Vgl. dazu der «Prüfung der Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone – Leitfaden für die Ausarbeitung von Vernehmlassungen» der Konferenz der Kantonsregierungen, abrufbar unter: https://kdk.ch/fileadmin/files/Themen/Foederalismus_und_Staatsrecht/Leitfaden_Umsetzung-Bundesrecht-D.pdf (besucht am 1. Juni 2020).

Von dieser Ermächtigung musste der Kanton Zürich bei der Umsetzung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts denn auch Gebrauch machen: Gestützt auf Art. 427 Abs. 2 ZGB können Personen, die freiwillig in eine Klinik eintreten und diese dann wieder verlassen wollen, gegen ihren Willen zurückbehalten werden. Dieser Zurückbehaltungsentscheid ist eine hoheitliche Handlung, auf die Bestimmungen zur fürsorgerischen Unterbringung analog anwendbar sind.¹¹ Dazu notwendige fürsorgerische Unterbringung können sowohl die KESB als auch durch eine besonders qualifizierte Ärztin oder ein Arzt erlassen.¹² Dabei ist der Verfahrensablauf aufwändiger und langwieriger, wenn die KESB den Entscheid trifft, muss doch ein begründeter Antrag bei dieser gestellt werden und diese anschliessend im Kollegium¹³ entscheiden. Da die Kliniken davon ausgingen, dass die Patientinnen und Patienten kaum bereit sein würden, die Kosten der Anordnung einer fürsorgerischen Unterbringung zu übernehmen und auch nicht von einer Kostendeckungspflicht der Krankenkassen ausgegangen wurde, drängten sie auf eine gesetzliche Regelung der Finanzierung, da sie mit finanziellen Ausfällen rechneten. Der Regierungsrat des Kantons Zürich erliess deshalb am 16. Januar 2013 die «Verordnung über die Entschädigung für Facharztentscheide betreffend die fürsorgerische Unterbringung freiwillig Eingetretener», welche aus lediglich vier Bestimmungen bestand und die Entschädigung der Aufwendungen der Ärztinnen und Ärzte zum Inhalt hatte, die eine derartige fürsorgerische Unterbringung anordnen. Die Verordnung war bis zum 28. Februar 2017 in Kraft, und wurde am 1. März 2017 durch eine entsprechende gesetzliche Regelung und eine neue Verordnung abgelöst.¹⁴

Zudem kann sich der Bund Ersatzverordnungen vorbehalten für den Fall, dass ein Kanton seiner Umsetzungspflicht nicht nachkommt.¹⁵ Falls wie beim Kindes- und Erwachsenenschutzrecht eine neue Behördenorganisation geschaffen werden muss, ist ein derartiges Vorgehen jedoch nicht denkbar.

¹¹ GEISER/ETZENSBERGER in: BSK-Erwachsenenschutz, Art. 427 N 13.

¹² § 31 ZH-EG KESR.

¹³ Art. 440 Abs. 2 ZGB i.V. mit § 44 Abs. 1 ZH-EG KESR.

¹⁴ §§ 35a ff. ZH-EG KESR Änderung vom 25 April 2016 und Verordnung über die Entschädigung der Fachärztinnen und Fachärzte bei der fürsorgerischen Unterbringung freiwillig Eingetretener vom 15. November 2016.

¹⁵ Art. 53 Abs. 1 SchlT ZGB.

b) Gestützt auf kantonales Recht

Die Verfassung des Kantons Zürich sieht für Gesetze, deren Inkrafttreten keinen Aufschub erträgt, die Möglichkeit der dringlichen Inkraftsetzung vor.¹⁶ Zusätzlich können auch die Kantone den Regierungsrat ermächtigen, in Fällen von zeitlicher Dringlichkeit die Umsetzung von Bundesrecht vorerst auf dem Verordnungswege zu erlassen.¹⁷

IV. Oberster Grundsatz bei der Umsetzung von Bundesrecht: Verzicht auf Wiederholungen

Als oberster Grundsatz bei der Umsetzung von Bundesrecht sollte gelten, dass Bundesrecht nicht wiederholt wird. Zwar besteht häufig der Wunsch nach Wiederholung, sei es, weil die Formulierung des Bundesgesetzgebers nicht völlig befriedigt oder weil der Wunsch besteht, dass die oder der Rechtsunterworfenen sich allein mit dem Studium des kantonalen Gesetzes einen umfassenden Überblick über die geltenden Normen verschaffen kann. Die Konsequenzen von Wiederholungen sind dabei vielfältig. So werden kantonale Rechtssammlungen durch Wiederholungen unnötig aufgebläht. Zudem ist eine vollständige Wiederholung ohnehin kaum möglich. Sie wird aber, wenn auch nur teilweise wiederholt wird, wohl unterstellt. Schwerwiegender ist jedoch, dass bei nachträglichen Änderungen der bundesrechtlichen Regelung Widersprüche entstehen können oder auch Kompetenzen vorgetäuscht werden können, die effektiv nicht bestehen.¹⁸ Als Beispiel dazu kann eine Änderung des EG KESR dienen, welche der Regierungsrat des Kantons Zürich dem Kantonsrat 2014 zur Regelung der Entschädigung der Ärztinnen und Ärzte vorlegte.¹⁹

Zur Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die vorn erwähnte «Verordnung über die Entschädigung für Facharztentscheide betreffend die fürsorgeri-sche Unterbringung freiwillig Eingetretener» wurde einleitend unter der Marginalie «Entschädigung der Ärzte a. Bei Anordnungen gemäss § 27» festgehal-

¹⁶ Art. 37 ZH-KV.

¹⁷ § 105 Abs. 4 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 (SR 131.222.1).

¹⁸ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 308 ff.

¹⁹ Vorlage 5095 «Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht; Entschädigung von Ärztinnen und Ärzten»; ABI 2014-05-30.

ten: «Die Kosten der ärztlichen Leistungen im Rahmen einer Anordnung gemäss § 27 trägt die untergebrachte Person. Bezahlt sie trotz Mahnung nicht, entschädigt die KESB die Ärztin oder den Arzt.» Allerdings regelt das Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG) die Frage, wer die Kosten ärztlicher Leistungen tragen muss. Je nach Vereinbarung schulden die Versicherten (vorliegend die untergebrachte Person) oder die Versicherer, d.h. die Krankenkassen, die Vergütung der ärztlichen Leistung den Leistungserbringenden. Regelungsspielraum für die Kantone besteht somit bezüglich des ersten Satzes der geplanten Regelung nicht. Vom Kanton geregelt werden konnte lediglich die Entschädigungspflicht durch die KESB (2. Satz). Im Verlaufe der Beratung in der vorbereitenden Kommission des Kantonsrates fand die Bestimmung in der vorgeschlagenen Form keine Mehrheit. Gestrichen wurde der zweite Satz, wogegen der erste Satz stehen blieb. Für sich allein hatte diese Bestimmung, da bundesrechtlich geregelt, aber keine rechtliche Bedeutung und gaukelte eine Rechtsetzungskompetenz des Kantons vor, die effektiv nicht bestand. Dies wurde von der Redaktionskommission des Kantonsrates noch rechtzeitig erkannt und auf die Bestimmung wurde vollständig verzichtet.

V. Beispiele aus der Umsetzung im Kanton Zürich

1. Behördenorganisation

Hauptgegenstand der Umsetzung in den Kantonen bildete die neue Behördenorganisation. Dabei mussten die kommunalen Vormundschaftsbehörden gestützt auf die Vorgaben im ZGB abgelöst werden.

a) Organisationsfreiheit der Kantone

Die eidgenössischen Räte beschlossen Ende 2008 über die Vorlage und der Bundesrat legte das Datum der Inkraftsetzung – nach Rücksprache mit den Kantonen – auf den 1. Januar 2013 fest. Die den Kantonen damit zur Verfügung stehende Zeit von vier Jahren erscheint auf den ersten Blick als ausreichend. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Organisation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden auch nach dem neuen Recht von den Kantonen festzulegen ist (Art. 440 Abs. 1 ZG). Aufgrund ihrer Organisationshoheit können die Kantone (inter)kommunale Behörden (z.B. ZH, SG, VS), kantonale Verwal-

tungsbehörden (z.B. BE, BS, SH) oder Gerichtsbehörden (z.B. AG) einsetzen. Ein solcher Willensbildungsprozess ist zeitintensiv, vor allem, wenn eine bis anhin bei den Gemeinden liegende Zuständigkeit auf den Kanton übertragen werden soll. Fehlt die Zeit für eine eingehende Diskussion, kann nur die Lösung gewählt werden, bei der mit dem geringsten Widerstand gerechnet wird, da ein Scheitern einer Vorlage zeitlich gar nicht in Kauf genommen werden kann. Bei der Wahl eines (inter-)kommunalen Organisationsmodells waren zudem zusätzliche Umsetzungsarbeiten auf Gemeindeebene notwendig (z.B. Verträge zur Zusammenarbeit zwischen den Gemeinden, Miete von Arbeitsräumen, Anstellung von Personal).

Zu berücksichtigen war zudem, dass die Ausführungen in der Botschaft zu den Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden rudimentär waren.²⁰ Die entsprechenden Grundlagen mussten deshalb im Kanton zuerst erarbeitet werden (z.B. Anforderungen an die Organisation, Auswirkung des neuen Rechts auf die Ressourcen, mögliche Kreiseinteilungen) was Zeit in Anspruch nahm.

b) Unklare Formulierung des Bundesrechts

Das Bundesrecht legt fest, dass zwischen der Erwachsenenschutzbehörde und der Kinderschutzbehörde Personalunion besteht und diese von den Kantonen zu bestimmende Behörde eine «Fachbehörde» sein muss (Art. 440 Abs. 1 ZGB), die ihre Entscheide im Regelfall mit mindestens drei Mitgliedern fällt (Art. 440 Abs. 2 ZGB). Als Organisationsform ist eine (kantonale oder kommunale) Verwaltungsbehörde oder ein Gericht denkbar. Da das Bundesrecht den Begriff «Fachbehörde» nicht näher umschreibt, ist dieser – insbesondere, weil der französische Text von Art. 440 Abs. 1 ZGB von einer «autorité interdisciplinaire» spricht – auslegungsbedürftig. Der Kanton Zürich ging gestützt auf einen Expertenbericht und in Übereinstimmung mit den von der Konferenz der Vormundschaftsbehörden abgegebenen Empfehlungen²¹ davon aus, dass die Mitglieder der KESB Fachleute sein müssen, die über berufliche Ausbildung und Praxis verfügen und die in der Regel hauptberuflich tätig sind, wobei Teilpensen möglich sein sollen. Dabei sollen die für die adäquate Aufgabenerfüllung erforderlichen fachlichen Kernkompetenzen (Recht, Sozialarbeit und Pädagogik/

²⁰ BBl 2006 7001 ff., 7120.

²¹ VBK, Empfehlungen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ZVW 2/2008, S. 63 ff., abrufbar unter: https://www.kokes.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/empfehlungen/08-Empfehlungen_d_gesamt.pdf (besucht am 1. Juni 2020).

Psychologie) in der Behörde selbst, d.h. im Spruchkörper, der im Einzelfall entscheidet, vertreten sein. Dies schliesst allerdings nicht aus, dass in bestimmten Bereichen zusätzliches Fachwissen gestützt auf Gutachten extern abgerufen wird.²² Der Spruchkörper soll in konstanter Besetzung tagen und möglichst oft im Einsatz sein, um eine einheitliche bzw. kohärente Praxis entwickeln zu können. Im Hinblick auf dieses Erfordernis und damit ein regelmässiger Einsatz der Behördenmitglieder gewährleistet ist, soll das Einzugsgebiet einer KESB mindestens 50'000 Einwohnerinnen und Einwohner umfassen. Ein Milizsystem wurde als nicht mehr möglich erachtet, obwohl in der Botschaft erwähnt wurde, Sachverstand könne auch durch Praxis erworben werden.²³

c) Auswirkungen auf die Umsetzung

Diese auslegungsbedürftige Formulierung im Bundesrecht führte denn auch zu unterschiedlichen Lösungen in den Kantonen.²⁴ Dabei hat die Art der Umsetzung bezüglich der gewählten Organisationsform (Gerichtsbehörde oder kantonale bzw. kommunale Verwaltungsbehörde) und der fachlichen Anforderungen an die Behördenmitglieder erhebliche Auswirkungen auf die Kosten, aber auch auf die Anforderungen an die Regulierungsdichte und – nicht zuletzt – auch auf das Niveau des Schutzes der betroffenen Personen.

Aber selbst bei grundsätzlich gleicher Organisationsform unterscheidet sich die Regulierungsdichte in den Kantonen ganz erheblich. So beschränkte sich der Kanton Wallis darauf festzuhalten, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine von der Verwaltung unabhängige kommunale oder interkommunale Behörde ist.²⁵ Die Sicherstellung der Interdisziplinarität wird grundsätzlich der Ernennungsbehörde überlassen, wobei zusätzlich festgehalten wird, dass der Schreiber der Behörde einen Universitätstitel der Rechtswissenschaft aufweisen muss.²⁶ In zwei weiteren Artikeln werden noch Beratungen und Entscheide sowie die Aufsicht geregelt. Demgegenüber werden im Kanton Zürich detaillierte Anforderungen an die Bildung der interkommunalen Behörden²⁷ und die Orga-

²² VOGEL in: BSK-Erwachsenenschutzrecht, Art. 440/441 N 7.

²³ BBI 2006 7001 ff., 7073.

²⁴ VOGEL in: BSK-Erwachsenenschutzrecht, Art. 440/441 N 5 ff.

²⁵ Art. 13 Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Wallis (EGZGB/VS) vom 24. März 1998 (SGS 211.1).

²⁶ Art. 14 EGZGB/VS.

²⁷ § 2 ff. EG KESR/ZH.

nisation der einzelnen Behörden²⁸ gesetzlich festgeschrieben. So werden die fachlichen Anforderungen eingehend geregelt und auch die Besetzung des Spruchkörpers gesetzlich festgelegt. Die Regelungen der Gemeinden zur Zusammenarbeit werden zudem einer Genehmigungspflicht durch den Regierungsrat unterstellt. Schlanker ausgestaltet sind die gesetzlichen Regelungen in Kantonen, die eine kantonale Verwaltungsbehörde für die Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden einsetzen. So wird im Kanton Basel-Stadt auf Gesetzesstufe lediglich festgehalten, dass es sich bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde um eine unabhängige, interdisziplinäre Verwaltungsbehörde handelt und dass Juristinnen oder Juristen den Vorsitz führen. Im Weiteren wird die Fachlichkeit und Interdisziplinarität aber durch das Wahlorgan (Regierungsrat) bzw. die Anstellungsbehörde sichergestellt.²⁹

Festzuhalten ist, dass das Bundesamt für Justiz sämtliche kantonalen Ausführungsordnungen ohne Beanstandungen zur Kenntnis nahm (Art. 52 Abs. 4 SchlT ZGB).

2. Rechtsmittelzug

Gemäss Art. 450 ZGB müssen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden direkt bei einem Gericht anfechtbar sein. Dabei steht es den Kantonen frei, den Rechtsmittelzug innerkantonal ein- oder zweistufig auszugestalten. Im Kanton Zürich wurde – aufgrund der Organisation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden auf interkommunaler Ebene – ein direkter Rechtsmittelzug von dieser, letztlich kommunalen Behörde, an das obere kantonale Gericht zum vorn herein ausgeschlossen. Den geltenden Rechtsmittelzug über den Bezirksrat an das Obergericht hat der Regierungsrat bereits im Konzept vom 10. März 2010 (vgl. RRB Nr. 345/2010) verworfen, da er die Auffassung vertrat, der Bezirksrat sei kein Gericht im materiellen Sinn. Ein von der Direktion der Justiz und des Innern zu dieser Frage eingeholtes Gutachten³⁰ bestätigte die Einschätzung des Regierungsrates. Der Kantonsrat teilte diese Einschätzung jedoch nicht und legte den Bezirksrat als erste Beschwerdeinstanz

²⁸ § 4 ff. EG KESR/ZH.

²⁹ § 1 Kindes- und Erwachsenenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt (KESG/BS) vom 12. September 2012 (SG 212.400).

³⁰ MÜLLER, S. 59 ff.

fest.³¹ Im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle hielt das Bundesgericht jedoch fest, der Bezirksrat verfüge im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes über richterliche Unabhängigkeit und wies die Beschwerde ab.³² Diese Lösung hat zur Folge, dass im Kanton Zürich bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde fachlich differenzierte Anforderungen lediglich an die Behördenmitglieder der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden gestellt werden. Die als erste Rechtsmittelinstanz urteilenden Bezirksräte können demgegenüber vollumfänglich aus Laienmitgliedern zusammengesetzt sein. Das Obergericht als zweite Rechtsmittelinstanz ist demgegenüber ausschliesslich aus Juristinnen und Juristen zusammengesetzt.

Literatur

GEISER THOMAS/REUSSER RUTH E. (Hrsg.), *Erwachsenenschutzrecht, Basler Kommentar*, Basel 2012 (BEARBEITER/IN in: BSK-Erwachsenenschutz)

MÜLLER GEORG, *Gerichtliche Beschwerdeinstanz gemäss Art. 450 ZGB im Kanton Zürich*, ZBl 114/2013, S. 59 ff.

MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Elemente einer Rechtsetzungslehre*, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2013

³¹ § 63 ZH-EG KESR/ZH

³² BGE 139 III 98.

Umsetzung von übergeordnetem Recht durch die Gemeinden

David Hofstetter

Inhaltsübersicht

I. Kompetenzen der Gemeinden	155
1. Einleitung	155
2. Kantonsverfassung und Gemeindegesetz	156
3. Gemeindeautonomie	157
4. Rechtsetzungskompetenzen der Gemeinden im Besonderen	157
II. Umsetzungskonkretisierung von übergeordnetem Recht	158
1. Einleitung	158
2. Kommunale Ausführungsgesetzgebung	159
a) Ausgangslage	159
b) Beispiele	159
3. Erlass von Vollzugshilfen	160
a) Ausgangslage	160
b) Beispiele	160
4. Direkte Anwendung des übergeordneten Rechts	161
a) Ausgangslage	161
b) Beispiele	162
III. Fazit	162
Literatur	163

I. Kompetenzen der Gemeinden

1. Einleitung

Die Gemeinden bilden im dreistufigen, föderal aufgebauten Staatswesen der Schweiz (Bund – Kantone – Gemeinden) die dritte und damit unterste staatliche Ebene. Die Bundesverfassung¹ selbst widmet den Gemeinden in Art. 50 nur gerade einen Abschnitt. In der staatsrechtlichen Diskussion kommt den Ge-

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999, (SR 101).

meinden oftmals nur die Stellung eines Nebenschauplatzes zu. Während die Kantone nach Art. 1, 3 und 47 BV eigenständige Gliedstaaten im Bundesstaat bilden, sind die Gemeinden nur, aber immerhin, mit Autonomie im Rahmen des kantonalen Rechts ausgestattet.² Kommunale Rechtsetzung und Rechtsanwendung bewegen sich aufgrund dieser Ausgangslage somit stets in einem durch das übergeordnete Recht vorgegebenen Rahmen.

Der vorliegende Beitrag widmet sein Augenmerk der Umsetzung von übergeordnetem Recht (Bundesrecht und kantonales Recht) durch die Gemeinden. Die kurze Einleitung der kantonalrechtlichen Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Kanton und Gemeinden wird anhand der Rechtslage des Kantons Zürich dargestellt, wobei sich die Rechtslage in anderen Kantonen oftmals ähnlich oder gar deckungsgleich präsentiert.

2. Kantonsverfassung und Gemeindegesetz

Im Kanton Zürich regelt die Kantonsverfassung³ die Zuweisung der Aufgaben an die Gemeinden in Art. 83 Abs. 1 dergestalt, dass diese alle Aufgaben wahrnehmen, für die weder Bund noch Kanton zuständig sind. Aus dieser Bestimmung ergibt sich aber keine konkrete Aufgabenzuweisung im Verhältnis zwischen Kanton und Gemeinden, diese folgt vielmehr aus der kantonalen Gesetzgebung.⁴

Nach Art. 85 Abs. 1 KV/ZH (Marginalie «Gemeindeautonomie») regeln die Gemeinden ihre Angelegenheiten selbstständig. Das kantonale Recht gewährt ihnen möglichst weiten Handlungsspielraum. Diese Bestimmung der Kantonsverfassung wird auf gesetzlicher Ebene praktisch unverändert in § 2 Abs. 1 GG/ZH⁵ abgebildet, doch findet sich dort der Zusatz, dass die Gemeinden ihre Angelegenheiten *im Rahmen des übergeordneten Rechts* selbstständig ordnen.

² MEYER in: BSK BV, Art. 50 N 2.

³ Verfassung des Kantons Zürich (KV/ZH) vom 27. Februar 2005 (LS 101).

⁴ JAAG, Kommentar KV/ZH, Art. 83 N 12.

⁵ Gemeindegesetz des Kantons Zürich (GG/ZH) vom 20. April 2015 (LS 131.1).

3. Gemeindeautonomie

Die in Art. 85 Abs. 1 KV/ZH und § 2 Abs. 1 GG/ZH statuierte Gemeindeautonomie kann sich bezüglich der *Staatstätigkeit* sowohl auf die Rechtsetzung als auch auf den Vollzug beziehen.⁶ Autonomie kann sodann hinsichtlich der *Verbandszuständigkeit* in jenen Bereichen vorliegen, für welche weder der Bund noch der Kanton eine Regelung getroffen haben (sog. ursprünglicher Wirkungskreis, vgl. Art. 83 Abs. 1 KV/ZH). Eine Entscheidungsfreiheit kann das kantonale Recht den Gemeinden aber auch dann einräumen, wenn der Kanton oder der Bund den Gemeinden bestimmte Aufgaben überträgt und den Gemeinden bei der Erfüllung dieser Aufgaben eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit belässt (sog. übertragener oder delegierter Wirkungskreis).⁷

4. Rechtsetzungskompetenzen der Gemeinden im Besonderen

Wie aufgezeigt, nehmen die Gemeinden grundsätzlich diejenigen öffentlichen Aufgaben wahr, für die weder Bund noch Kantone zuständig sind (vgl. Art. 83 Abs. 1 KV/ZH). Im Rahmen der Erfüllung dieser Aufgaben kommt den Gemeinden die Befugnis zur Rechtsetzung zu.⁸

In viel grösserem Ausmass sind die Gemeinden bei ihrer Aufgabenerfüllung aber eingebunden in konkrete Vorgaben des übergeordneten Rechts. Die Bestimmung des Umfangs der Rechtsetzungskompetenzen der Gemeinden ist diesfalls alles andere als trivial, wie etwa ein neueres Urteil des Bundesgerichts betreffend den Kanton Basel-Landschaft zeigt. Die Gemeinde Münchenstein erliess im Jahr 2013 in eigener Regie Bestimmungen zum planerischen Mehrwertausgleich. Diese wurden angefochten, womit sich in letzter Instanz das Bundesgericht zur Rechtmässigkeit des Vorgehens der Gemeinde äussern musste.

Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass die Gemeinden im Kanton Basel-Landschaft gemäss dem kantonalen Verfassungsrecht die Aufgaben von lokaler Bedeutung nach freiem Ermessen erfüllen. Eine Begrenzung erfolge nur durch

⁶ REICH, Kommentar GG/ZH, § 2 N 6. Vgl. dazu auch statt vieler BGE 142 I 177, E. 2.

⁷ REICH, Kommentar GG/ZH, § 2 N 6.

⁸ JAAG, Kommentar KV/ZH, Art. 83 N 7.

das übergeordnete Recht.⁹ Das Raumplanungsgesetz des Bundes¹⁰ schreibe in Art. 5 Abs. 1 die Erhebung einer Mehrwertabgabe vor, wobei der Kanton in die Pflicht genommen werde, ohne jedoch zu bestimmen, auf welcher Ebene das zu geschehen habe. Auch die Verfassung des Kantons Basel-Landschaft enthalte einen entsprechenden Gesetzgebungsauftrag, wobei der kantonale Gesetzgeber diesem Auftrag bislang nicht nachgekommen sei. Somit erscheine es kaum bundesrechtskonform, dass es den Gemeinden bei nicht erfülltem Gesetzgebungsauftrag durch den kantonalen Gesetzgeber verwehrt wäre, den Bundesauftrag zu erfüllen.¹¹

Das Bundesgericht stellt sodann fest, dass es sich – damit eine Gemeinde bei fehlender Erfüllung des Gesetzgebungsauftrags auf kantonaler Ebene eine Regelung erlassen kann – um eine «lokale Aufgabe» handeln müsse, und legt diesen Begriff wie folgt aus:¹²

«Darunter fallen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch Aufgaben, die als kantonales oder gar nationales Anliegen empfunden werden, wenn lokale Interessen berührt sind und die Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde möglich sowie sinnvoll ist (...).»

Diese Rechtsprechung führt meines Erachtens zu einer nicht unerheblichen Ausweitung der Rechtsetzungskompetenzen der Gemeinden, da der Begriff der *lokalen Aufgabe* bzw. des *ursprünglichen Wirkungskreises* durch das Bundesgericht grosszügig ausgelegt wird.

II. Umsetzungskonkretisierung von übergeordnetem Recht

1. Einleitung

Die Gemeinden verfügen über verschiedene Instrumente, übergeordnetes Recht auf kommunaler Ebene umzusetzen. Als Umsetzungsinstrumente in Frage kommen der Erlass kommunaler Rechtsnormen (kommunale Ausführungsgesetzgebung zum übergeordneten Recht), der Erlass von Vollzugshilfen

⁹ BGE 142 I 177, E. 3.1.1 f.

¹⁰ Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700).

¹¹ BGE 142 I 177, E. 4.2.

¹² BGE 142 I 177, E. 4.2.2.

(Verwaltungsverordnungen) oder aber die direkte Anwendung des übergeordneten Rechts im Rahmen eines Rechtsanwendungsaktes.

Welche konkrete Umsetzungskonkretisierungsform im Einzelfall sinnvollerweise zur Anwendung gelangen soll, hängt von mehreren Faktoren ab, so zum Beispiel von den aus dem Legalitätsprinzip fließenden Anforderungen (Stichwort: Abgaberecht), von den Anforderungen der Rechtsgleichheit (Gewährleistung eines rechtsgleichen Vollzugs) oder aber vom gewünschten Grad der Formalisierung der gewählten Lösung (nur vom zuständigen Organ abänderbares Ausführungsrecht oder aber jederzeit von der Verwaltung abänderbare Verwaltungsverordnung).¹³

2. Kommunale Ausführungsgesetzgebung

a) Ausgangslage

Während die Kompetenz der Gemeinden zum Erlass von Ausführungsbestimmungen zum übergeordneten Recht (Vollzugsvorschriften) in der Lehre teilweise angezweifelt wurde¹⁴, kann den Gemeinden diese Kompetenz meines Erachtens nicht abgesprochen werden, sofern sich ihre Ausführungsbestimmungen innerhalb des Rahmens bewegen, der ihnen vom übergeordneten Recht gesetzt wird.¹⁵ Werden den Gemeinden Aufgaben vom Bundes- oder aber vom kantonalen Recht zur Erfüllung zugewiesen, geht damit auch die Kompetenz der Gemeinden einher, Ausführungsbestimmungen zu erlassen.

b) Beispiele

Nach § 2 Abs. 1 des Hundegesetzes des Kantons Zürich¹⁶ sind die Gemeinden zuständig für dessen Vollzug. Nach § 2 Abs. 2 lit. c Hundegesetz erheben sie die Abgaben und können Orte signalisieren, die von Hunden nicht oder nur an der Leine betreten werden dürfen bzw. können sie hundefreundliche Zonen signalisieren (lit. d und e). Der Stadtrat der Stadt Zürich hat mit den «Vollzugsvor-

¹³ Vgl. diesen Gedanken bei UHLMANN/HOFSTETTER, S. 463 f.

¹⁴ HANGARTNER, S. 216.

¹⁵ So auch IMBODEN/RHINOW, S. 75 mit Hinweis.

¹⁶ Hundegesetz des Kantons Zürich vom 14. April 2008 (LS 554.5).

schriften zum Hundegesetz»¹⁷ Normen erlassen, welche das kantonale Hundegesetz in den genannten Punkten konkretisieren.

Gemäss § 8 Abs. 1 des Informations- und Datenschutzgesetzes des Kantons Zürich¹⁸ darf das öffentliche Organ Personendaten bearbeiten, soweit dies zur Erfüllung seiner gesetzlich umschriebenen Aufgaben geeignet und erforderlich ist. Das Bearbeiten besonderer Personendaten bedarf einer hinreichend bestimmten Regelung in einem formellen Gesetz (§ 8 Abs. 2 IDG/ZH). Gestützt auf diese Bestimmung hat der Stadtrat der Stadt Bülach ein Reglement zur Videoüberwachung auf öffentlichem Grund der Stadt Bülach erlassen.¹⁹

3. Erlass von Vollzugshilfen

a) Ausgangslage

Eine weitere Möglichkeit zur Umsetzung von übergeordnetem Recht besteht im Erlass von Vollzugshilfen, in der verwaltungsrechtlichen Terminologie auch Verwaltungsverordnungen genannt.²⁰ Vollzugshilfen bzw. Verwaltungsverordnungen richten sich an die Verwaltung und sollen einen rechtsgleichen Vollzug gewährleisten.²¹

b) Beispiele

Die Gemeinde Wettingen hat Richtlinien zur Gestaltung und Einordnung von Solaranlagen erlassen.²² Diese zeigen die wesentlichen Anforderungen an eine genügende Integration von Solaranlagen und *dienen dem Gemeinderat als Grundlage für die Beurteilung von Bauvorhaben*. Das Erfordernis der genügenden Anpasstheit von Solaranlagen fliesst seinerseits aus dem Bundesrecht.²³ Die Richt-

¹⁷ Vollzugsvorschriften zum Hundegesetz vom 31. Mai 2017, AS-Nummer 554.510.

¹⁸ Gesetz über die Information und den Datenschutz des Kantons Zürich (IDG/ZH) vom 12. Februar 2007 (LS 170.4).

¹⁹ Reglement über die Videoüberwachung auf öffentlichem Grund der Stadt Bülach vom 9. Februar 2011, SRB Nr. 52.

²⁰ Statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 81 ff.

²¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 81, 83.

²² www.wettingen.ch → Informationen → Reglemente → Richtlinie zur Gestaltung und Einordnung von Solaranlagen (besucht am 05.01.2020).

²³ Seit dem 1. Mai 2014 bedürfen gemäss Art. 18a RPG «auf Dächern genügend angepasste Solaranlagen» grundsätzlich keiner Baubewilligung mehr, sondern sind der zu-

linie dient gemäss ihrer Selbstdeklaration der Veranschaulichung bestimmter Teilaspekte, es können daraus keine allgemein gültigen Aussagen abgeleitet werden; gleichwohl dient sie dem Gemeinderat als Grundlage für die Beurteilung von Bauvorhaben.²⁴

Die Stadt Uster hat Submissionsrichtlinien erlassen.²⁵ Die Submissionsrichtlinien stellen nach eigener Aussage ein internes Arbeitsinstrument für die mit der Auftragsvergabe betrauten Stellen der Stadt Uster dar und *präzisieren die kantonalen Vorschriften*. Sie sollen den politisch Verantwortlichen die Sicherheit vermitteln, dass Aufträge gesetzeskonform vergeben werden und sind die Grundlage für eine offene und transparente Kommunikation mit den Anbietern.²⁶

4. Direkte Anwendung des übergeordneten Rechts

a) Ausgangslage

Manche übergeordnete Norm des Bundes- oder des kantonalen Rechts kann oder muss von den Gemeinden ohne Zwischenschritte direkt im Rahmen eines Rechtsanwendungsaktes angewendet werden. Dies gilt sowohl für Normen des übergeordneten Rechts, welche die Gemeinden als Körperschaften verpflichten, wie auch für solche, welche von den Gemeinden gegenüber den Rechtunterworfenen vollzogen werden.

ständigen Behörde lediglich zu melden (Meldepflicht). Art. 32a Abs. 1 der Raumplanungsverordnung (RPV) vom 28. Juni 2000 (SR 700.1) definiert, was unter «genügend angepasst» im Sinne von Art. 18a RPG zu verstehen ist.

²⁴ Immerhin kann man sich die Frage stellen, ob eine Gemeinde angesichts der abschliessenden Definition des Begriffs «genügend angepasst» in Art. 32a Abs. 1 RPV überhaupt berechtigt ist, *faktisch weitergehende* gestalterische Anforderungen an Solaranlagen zu stellen.

²⁵ www.uster.ch → Politik Verwaltung → Verwaltung → Reglemente (besucht am 05.01.2020).

²⁶ In einer früheren Version der Submissionsrichtlinien der Stadt Uster wurde dem Kriterium des Preises als Zuschlagskriterium bei allen Beschaffungen das gleiche Gewicht zugemessen. Das Verwaltungsgericht hat sich zu dieser auf der Submissionsrichtlinie gründenden Praxis kritisch geäussert, siehe Verwaltungsgericht Zürich, Urteil VB.2013.00599 vom 5. Dezember 2013, E. 5.2.

b) Beispiele

Im Rahmen der Baubewilligungsverfahren wenden die Gemeinden nicht nur das kommunale Recht (Bau- und Zonenordnung) direkt an, sondern auch das übergeordnete kantonale Bau- und Planungsrecht und das Umweltrecht des Bundes.

Nach § 3b Abs. 1 des Sozialhilfegesetzes des Kantons Zürich²⁷ können die Gemeinden von Hilfeempfängern Gegenleistungen zur Sozialhilfe verlangen, die nach Möglichkeit der Integration der Hilfeempfänger in die Gesellschaft dienen. Entsprechende Gegenleistungen werden von vielen Gemeinden im Kanton Zürich direkt gestützt auf diese gesetzliche Grundlage im Einzelfall verfügt bzw. in entsprechenden Vereinbarungen zwischen Behörde und Hilfeempfänger festgesetzt.²⁸

III. Fazit

Setzen die Gemeinden übergeordnetes Recht (Bundesrecht oder kantonales Recht) um, so stehen ihnen hierfür verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung. Eine erste Möglichkeit besteht darin, dass die Gemeinden die übergeordneten Rechtsnormen ohne Zwischenschritte direkt im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit in der Form eines Rechtsanwendungsaktes anwenden.

Eröffnet das übergeordnete Recht den Gemeinden einen Spielraum bei dessen konkreter Umsetzung, so können die Gemeinden diesen Spielraum mit eigenen Umsetzungsinstrumenten ausfüllen. Als Umsetzungsinstrumente kommen der Erlass von kommunalem Ausführungsrecht oder aber der Erlass von Vollzugshilfen in Frage. Welches Instrument im Einzelfall sinnvollerweise zur Anwendung gelangt, hängt von verschiedenen Faktoren ab.

²⁷ Sozialhilfegesetz des Kantons Zürich (SHG/ZH) vom 14. Juni 1981, LS 851.1.

²⁸ Siehe zur zweitgenannten Variante § 3b Abs. 2 SHG/ZH.

Literatur

- HANGARTNER YVO, Rechtsetzung durch Gemeinden, in: Francis Cagianut/Willi Geiger/Yvo Hangartner/Ernst Höhn (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts, Festschrift für Ott K. Kaufmann, Bern 1989, S. 209 ff.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016
- HÄNER ISABELLE/RÜSSLI MARKUS/SCHWARZENBACH EVI (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007 (zit. BEARBEITER, Kommentar KV/ZH)
- IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I: Allgemeiner Teil, Basel 1976
- JAAG TOBIAS/RÜSSLI MARKUS/JENNI VITTORIO (Hrsg.), Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz und zu den politischen Rechten in den Gemeinden, Zürich 2017 (zit. BEARBEITER, Kommentar GG/ZH)
- UHLMANN FELIX / HOFSTETTER DAVID, Die Verordnung aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre, ZBI 113/2012, S. 455 ff.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BEARBEITER in: BSK BV)

Praxisbeispiele aus dem Organisations- und Verfahrensrecht für die Zivil-, die Straf- und die Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen

August Mächler

Inhaltsübersicht

I. Das Organisations- und Verfahrensrecht für die Rechtspflege – eine Dauerbaustelle in den Kantonen	166
II. Ausstand von Urkundspersonen	167
1. Ausgangslage	167
2. Einzelaspekte	168
a) Zulässigkeit einer kantonalen Regelung	168
b) Regelungsstufe	169
c) Kommunale Regelungen	170
d) Übergangsregelung	170
III. Ausstand in der Verwaltungsrechtspflege und im Verwaltungsverfahren	171
1. Bundesrechtliche Vorgaben	171
2. Einzelaspekte	172
a) Konkretisierung im Gesetz	172
b) Verweisungen	173
c) Regelung auf kommunaler Stufe	174
IV. Vollzugsrechtliche Sicherheitshaft	174
1. Lücke in der StPO	174
2. Zulässigkeit einer kantonalen Regelung	175
V. Zusammenarbeit für die kommunalen Schlichtungsbehörden	176
1. Schlichtungsbehörden, Friedensrichter, Vermittler	176
2. Regelungen auf Gesetzesstufe	176
3. Einführungsvorkehren der Kantone	177
a) Auswahl	177
b) Genehmigungsvorbehalt	178
VI. Einzelne Folgerungen	178
Literatur	179

I. Das Organisations- und Verfahrensrecht für die Rechtspflege – eine Dauerbaustelle in den Kantonen

In den letzten rund 30 Jahren waren die Kantone laufend damit beschäftigt, ihr Organisations- und Verfahrensrecht für die Zivil-, die Straf- sowie die Verwaltungsrechtspflege wie auch für das Verwaltungsverfahren zu revidieren. Ausgelöst wurde dieser Anpassungsbedarf zunächst durch Rechtsentwicklungen im *Völker- und Europarecht* wie auch im *Bundesrecht*. Verwiesen werden kann in diesem Zusammenhang etwa auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, die sich nachhaltig auf die Behördenorganisation und die Verfahrensausgestaltung in den Kantonen ausgewirkt hatte.¹ Eine Anpassung von Verfahren und Behördenorganisation war sodann in den meisten Kantonen in der Folge der Ratifikation des Lugano-Übereinkommens nötig.² Im Nachgang zur Justizreform des Bundes³ und insbesondere zu deren Umsetzung mit dem Erlass einer Schweizerischen Zivilprozessordnung⁴ sowie einer Schweizerischen Strafprozessordnung⁵ mussten die Kantone ihre eigenen Prozessordnungen aufheben und ihre Behördenorganisation teils in weitreichendem Masse anpassen.⁶ Umfangreichere, aber auch kleinere Anpassungen

¹ Vgl. GRIFFEL in Kommentar VRG N 17 zur Einleitung betreffend der Auslegung von Art. 6 Ziff. 1 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950 (SR 0.101), und des daraus resultierenden Anspruchs auf Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht bei Streitigkeiten aus «civil rights». Besonders bedeutsam war der Entscheid *Bellos c. Schweiz* vom 29. April 1988 Nr. 10328/83 (EuGRZ 1989, S. 21 ff.).

² Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) vom 16. September 1988, AS 1991 S. 2436 ff. Es trat für die Schweiz erstmals 1991 in Kraft und wurde rund zwanzig Jahre später revidiert (vgl. dazu Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 18. Februar 2009, BBl 2009 1777 ff.).

³ Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 (AS 2002 3148 ff.). – Im Nachgang dazu hat der Bund auch die Verfahrensgesetze für seine eigenen Gerichtsbehörden angepasst bzw. erlassen (u.a. Bundesgesetz über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG] vom 17. Juni 2005, [SR 173.110]).

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

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

⁶ KOLLER, S. 64 ff.

im kantonalen Recht waren in der jüngeren Vergangenheit erforderlich und werden in absehbarer Zeit aufgrund der fortdauernden *Gesetzgebungstätigkeit des Bundes* im Organisations- und Verfahrensrecht für die eigene und die gesamte Rechtspflege nötig sein.⁷

Eine vom Regierungsrat des Kantons Schwyz eingesetzte «Arbeitsgruppe Justizgesetzgebung» legte am 10. Februar 2016 einen Abschlussbericht vor.⁸ Darin werden in drei Paketen Vorschläge für eine Bereinigung und Nachführung des Organisations- und Verfahrensrechts im Kontext mit Änderungen im Bundesrecht, eine vollständige Kantonalisierung der Strafverfolgung und des Strafvollzugs sowie Verbesserungen der gesetzlichen Grundlagen für die Zusammenarbeit für die Justizbehörden auf kommunaler Stufe unterbreitet. Ausgehend von diesen *Grundlagenarbeiten* sollen im Folgenden einzelne Praxisbeispiele aus dem Organisations- und Verfahrensrecht für die Zivil-, die Straf- und die Verwaltungsrechtspflege sowie für das Verwaltungsverfahren in den Kantonen diskutiert werden.

II. Ausstand von Urkundspersonen

1. Ausgangslage

Für verschiedene Rechtsgeschäfte schreibt das Bundesprivatrecht eine öffentliche Beurkundung vor.⁹ Erfasst von dieser Form der Beurkundung werden indi-

⁷ Erwähnt werden kann etwa das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht zur Hauptsache in den Art. 360 ff. – Für die absehbare nächste Zeit: Botschaft des Bundesrates zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes vom 15. Juni 2018, BBl 2018 4605 ff. Nach Auffassung des Bundesrates entsteht durch die beantragte Revision nur – aber immerhin – ein untergeordneter Anpassungsbedarf. Sodann Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung) vom 28. August 2019, BBl 2019, 6697 ff., 6781. Zwischenzeitlich wurde die Vorlage in den eidgenössischen Räten verworfen.

⁸ Siehe ABSCHLUSSBERICHT DER ARBEITSGRUPPE JUSTIZGESETZGEBUNG DES KANTONS SCHWYZ.

⁹ So u.a. in Art. 81 Abs. 1 ZGB für die Stiftungerrichtung, in Art. 184 ZGB für die Erstellung von Eheverträgen, in Art. 499 für die öffentliche letztwillige Verfügung, in Art. 657 Abs. 1 ZGB sowie Art. 216 Abs. 1 Schweizerisches Obligationenrecht (OR) vom 30. März 1911 (SR 230) für den Vertrag auf Eigentumsübertragung an Grundstücken und in Art. 629 OR für die Gründung einer Aktiengesellschaft sowie in Art. 777 Abs. 1 OR für die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

viduelle Erklärungen, die Protokollierung veranstaltungsgebundener Erklärungen sowie bestehende Tatsachen.¹⁰ Nach Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB bestimmen die *Kantone*, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung erstellt wird.

Für den Ausstand der Urkundspersonen verwies das EGzZGB in seiner ursprünglichen Fassung auf die zwischenzeitlich aufgehobene Zivilprozessordnung des Kantons Schwyz.¹¹ Im Hinblick auf die Aufhebung derselben bei der Inkraftsetzung der ZPO auf den 1. Januar 2011¹² wurde § 14 EGzZGB/SZ angepasst und es wurde fortan auf die Regelungen über den Ausstand in der ZPO verwiesen. In der Praxis setzte sich alsbald die Meinung durch, dass die Art. 47 ff. ZPO den *Besonderheiten* der *nicht streitigen Beurkundungs- und Beglaubigungsverfahren* nicht ausreichend Rechnung tragen. Bei strenger Handhabung der Regeln in der ZPO wäre für eine Urkundsperson, die zu einem Mandanten ein langjähriges Beratungsverhältnis unterhielt, ein Tätigwerden nicht mehr zulässig gewesen.

2. Einzelaspekte

a) Zulässigkeit einer kantonalen Regelung

Nach Art. 5 Abs. 1 ZGB dürfen die Kantone lediglich in Bereichen zivilrechtliche Bestimmungen erlassen, in welchen sie dazu im Bundesrecht ausdrücklich ermächtigt werden. Es gilt das sogenannte *Kodifikationsprinzip*.¹³ Die Regelungen über die Behördenorganisation und das Verfahrensrecht gehören nicht zum Bundeszivilrecht, weshalb kantonale Regelungen dazu bundesrechtlich lediglich ausgeschlossen sind, wenn der Bund ausnahmsweise dazu Vorschriften erlässt (Art. 122 Abs. 2 BV). Im Bundesprivatrecht finden sich keine Vorgaben für den Ausstand von Urkundspersonen.

Die ZPO trifft keine umfassende Ordnung für die Zivilrechtspflege in den Kantonen, die jegliche kantonale Verfahrensregelungen ausschliesst.¹⁴ Art. 54 Abs. 3

¹⁰ § 9 Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Schwyz (EGzZGB) vom 14. September 1978 (SRSZ 210.100).

¹¹ GS 17 – 79. Ferner ABSCHLUSSBERICHT DER ARBEITSGRUPPE JUSTIZGESETZGEBUNG DES KANTONS SCHWYZ, S. 41 f.

¹² Für die Inkraftsetzung Bundesratsbeschluss (BRB) vom 31. März 2010 (AS 2010 1739).

¹³ BGE 143 I 403, E. 7.3.1; 137 I 135, E. 2.5.1.

¹⁴ A.A. LEUENBERGER in SG-Kommentar BV Art. 122 N 5 für das Streitige Verfahren.

SchlT ZGB bestimmt vielmehr explizit, dass die Kantone das Verfahren festlegen, soweit nicht die Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 anwendbar ist. Die Beurkundung, soweit nicht den Gerichten aufgetragen, wird in der bundesrätlichen Botschaft von der Verfahrensordnung der ZPO ausgenommen, weil diese Art der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem Verwaltungsverfahren zugerechnet wird.¹⁵ Die Beurkundung durch nicht richterliche Behörden fällt gemäss Umkehrschluss zu Art. 1 Bst. b nicht unter den *Regelungsgegenstand* der ZPO.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Kantone mit der Regelung des Ausstandes von Urkundspersonen weder gegen das Kodifikationsprinzip für das Bundesprivatrecht verstossen noch in den Regelungsgegenstand der ZPO eingreifen.

b) Regelungsstufe

In Art. 52 Abs. 2 SchlT ZGB werden die Ordnungsgeber in den Kantonen ermächtigt, notwendiges Ausführungsrecht zu neuem Bundesprivatrecht vorläufig zu erlassen. Von der ordentlichen Zuständigkeit für den Erlass von kantonalem Ausführungsrecht dürfen die Kantone gestützt auf die bundesrechtliche Ermächtigung aber lediglich abweichen, wenn eine Ergänzung des kantonalen Rechts notwendig ist.¹⁶ Bestehen indessen Regelungen, überzeugen diese aber formal oder inhaltlich nicht, so kann für eine Behebung eines solchen Mangels nicht von der ordentlichen Zuständigkeit für die Gesetzgebung abgewichen werden. Rechtspolitische Unzulänglichkeiten sind von den ordentlich zuständigen Organen im dafür vorgeschriebenen Gesetzgebungsverfahren zu beseitigen. Wichtige Vorschriften zur Behördenorganisation und zum Verfahren – wie etwa zum Ausstand – sind dabei in Gesetzesform zu erlassen.¹⁷

¹⁵ Ebenso Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff., 7257 f.

¹⁶ Zur Tragweite von Art. 52 Abs. 2 SchlT ZGB: BGE 108 Ia 178, E. 3.

¹⁷ Für den Bund: Art. 164 Abs. 1 Bst. g BV. Für den Kanton Zürich HAUSER in Kommentar KVZH Art. 38 N 26.

c) Kommunale Regelungen

Beurkundungsbefugnisse werden im kantonalen Recht mitunter auch kommunalen Behörden zugewiesen.¹⁸ Bundesrechtlich ist eine solche Aufgabenteilung nicht ausgeschlossen. Da kommunale Gebietskörperschaften durchaus auch die Organisation und das Verfahren für Behörden und Verwaltungsstellen ordnen können, erweist es sich nicht ausgeschlossen, dass die Regelung des Ausstandes im kantonalen Recht der unteren staatlichen Ebene zugewiesen werden darf. Wichtige Regeln über die Organisation und das Verfahren der Behörden bedürfen – wie im vorangehenden Abschnitt gesehen – einer Regelung in einem Gesetz. Eine gesetzliche Grundlage kann auch in einem Gemeindeerlass bestehen, sofern dieser «von der nach kantonalem Recht ermächtigten Gemeindelegislative (Gemeindeversammlung oder -parlament) beschlossen wurde oder aber dem (obligatorischen oder fakultativen) Referendum unterstand».¹⁹

Die Zuweisung der Zuständigkeit zum Erlass von kommunalen Regelungen über den Ausstand für Urkundspersonen erscheint lediglich in einem Kanton sinnvoll, in welchem Gemeindeorganen Beurkundungskompetenzen zugewiesen werden. Ein überzeugendes *Bedürfnis*, kommunalen Eigenheiten mit eigenen Regelungen zum Ausstand von Urkundspersonen Rechnung zu tragen, ist *keines* zu erkennen. Schliesslich sind Bemühungen auszumachen, die auf eine Marktöffnung im Notariatswesen hinauslaufen.²⁰ Einer solchen stehen eigene Regelungen in jeder einzelnen Gemeinde entgegen.

d) Übergangsregelung

Eine Verletzung von Ausstandsvorschriften ist in der Regel mit Rechtsfolgen verbunden. Werden Ausstandsregeln für die öffentliche Beurkundung geändert, so stellt sich zwangsläufig die Frage, ob Urkunden, die gegen die neuen Regelungen verstossen, weiterhin gültig sind. Für die Klärung dieser intertemporalen Fragestellung ist der Erlass einer Übergangsregelung angezeigt.²¹

¹⁸ Häufig sind kommunale Funktionäre neben anderen zur Beurkundung und Beglaubigung zuständig (siehe Notariatsgesetz (NotG) des Kantons Graubünden vom 18. Oktober 2004, GRRB 210.300; § 10 und 12 EGzZGB SZ).

¹⁹ BGE 127 I 60, E. 2e mit Hinweisen auf weitere Urteile; JAAG/RÜSGLI, Rz. 435; SCHINDLER in SG-Kommentar BV Art. 5 N 22.

²⁰ WETTBEWERBSKOMMISSION, S. 24.

²¹ Siehe ABSCHLUSSBERICHT DER ARBEITSGRUPPE JUSTIZGESETZGEBUNG DES KANTONS SCHWYZ, S. 42.

III. Ausstand in der Verwaltungsrechtspflege und im Verwaltungsverfahren

1. Bundesrechtliche Vorgaben

Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden jede Person Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Art. 30 Abs. 1 BV gewährleistet sodann u.a. ein unparteiisches gerichtliches Verfahren. Aus den beiden Bestimmungen ergibt sich für die Behörden die Verpflichtung, bei Befangenheit in den Ausstand zu treten. Völkerrechtlich verankert sind entsprechende Garantien auf Unbefangenheit in Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie in Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II.²² Für die Rechtspflege vor Bundesbehörden, für das Verwaltungsverfahren im Bund, für die Zivil- und Strafrechtspflege sowie die Zwangsvollstreckung und die Sicherstellung von Geldforderungen hat der Bundesgesetzgeber den Ausstand auf Gesetzesstufe konkretisiert.²³ Die Kantone ordnen für die Verwaltungsrechtspflege und das Verwaltungsverfahren im Kanton im Rahmen der *verfassungs- und konventionsrechtlichen Mindestgarantien* den Ausstand eigenständig.²⁴

Nach Art. 1 Abs. 3 VwVG gelten für Verfahren letzter kantonaler Instanzen, die gestützt auf öffentliches Recht des Bundes nicht endgültig verfügen, gewisse Bestimmungen aus dem Gesetz ebenfalls. Die Art. 110 bis 112 BGG legen ausserdem gewisse Regeln für die den bundesgerichtlichen vorangehenden Verfahren in den Kantonen fest. Bewerkstelligt werden soll damit ein reibungsloser Übergang vom kantonal zum bundesrechtlich geregelten Verfahren. Hergestellt werden soll eine *Einheit des Verfahrens*.²⁵ Die Geltung der bundesgesetzlichen Regelungen über den Ausstand wird unter diesem Titel allerdings nicht auf das kantonale Verfahren ausgedehnt.

²² Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2). – Vgl. KIENER in Kommentar VRG § 5a N 4 u.a. auch mit dem Hinweis auf eine Verankerung in der Zürcher Kantonsverfassung.

²³ Siehe namentlich Art. 34 ff. BGG, Art. 10 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021), Art. 47 ff. ZPO sowie Art. 56 ff. StPO, Art. 10 Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889 (SR 281.1).

²⁴ KIENER in Kommentar VRG § 5a N 6.

²⁵ Explizit so der Titel für Art. 111 BGG. Siehe ausserdem TSCHANNEN in Kommentar VwVG Art. 1 N 27 ff.

2. Einzelaspekte

a) Konkretisierung im Gesetz

Die Gesetzgeber von Bund und Kantonen konkretisieren die Vorgaben im Verfassungsrecht und in den Konventionen zum Ausstand sodann fast durchwegs in den Verfahrensgesetzen. Nachdem sich das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zu den Ausstandsvorschriften im kantonalen Recht oftmals allein an den verfassungsmässigen und konventionsrechtlichen Garantien für die Unbefangenheit von Gerichts- und anderen Behördenmitgliedern orientiert,²⁶ kann man sich fragen, ob es eine Regelung auf Gesetzesstufe überhaupt noch braucht.

Erforderlich ist eine gesetzliche Verankerung sicher dann, wenn ein kantonaler Gesetzgeber die Garantien über den bundesrechtlich gebotenen Mindestinhalt hinaus *ausdehnen* möchte.²⁷ Die Gesetzgeber erfüllen sodann mit dem Erlass von Normen zum Verfahrensrecht eine wichtige Ordnungsfunktion und schaffen damit *Rechtssicherheit* und begünstigen eine *rechtsgleiche Behandlung* Betroffener.²⁸ Die Zusammensetzung von entscheidenden Behörden wird mit einer Regelung im Gesetz *voraussehbarer*. Diese Anliegen sind vor allem für Verwaltungsverfahren wichtig, die vielfach von juristischen Laien in Bund, Kantonen und Gemeinden geführt werden. Soweit die verfassungsrechtlich verbürgten Garantien mit widerstreitenden Anliegen abgestimmt werden müssen, obliegt das Treffen eines solchen Interessenausgleichs dem Gesetzgeber.²⁹ Dabei kommen die Gesetzgeber allerdings nicht darum herum, neben bestimmt normierten Ausstandstatbeständen auch offen umschriebene Auffangtatbestände einzufügen,³⁰ um der Verschiedenheit möglicher Formen der Befangenheit hinlänglich Rechnung zu tragen. Im Rahmen einer verfassungskonformen Kon-

²⁶ Das Bundesgericht prüft in der Regel, ob der verfassungsrechtliche Mindestgehalt bei Rügen der Verletzung kantonalen Ausstandsbestimmungen beachtet wird (STEINMANN in SG-Kommentar BV Art. 29 N 13).

²⁷ KIENER in Kommentar VRG § 5a N 6.

²⁸ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 19.

²⁹ STEINMANN in SG-Kommentar BV Art. 29 N 8 spricht in diesem Zusammenhang von Einschränkungen der Verfahrensgarantien.

³⁰ Art. 56 Bst. f StPO («aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft und Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand, befangen sein könnte») und Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG («aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten»).

cretisierung dieser wenig bestimmten Teilgeneralklauseln fliessen auf diesem Wege die verfassungs- und konventionsrechtlich verbürgten Garantien in den Rechtsverwirklichungsprozess ein.³¹ Mit der Schaffung eigenständiger Regelungen in der kantonalen Gesetzgebung vor allem für das Verwaltungsverfahren kann schliesslich dem *Charakter* und den *besonderen Funktionen von Verwaltungen* besser Rechnung getragen werden.³²

b) Verweisungen

Neben der Festlegung eigenständiger Regelungen über den Ausstand in Verwaltungsrechtspflege- und Verwaltungsverfahren können die kantonalen Gesetzgeber aber auch auf bestehende Regelungen in den Organisations- und Verfahrensgesetzen des Bundes verweisen.³³ Zu beachten ist dabei, dass solche Verweisungen eindeutig sind. Es ist zu klären und entsprechend in der Regelung zum Ausdruck zu bringen, auf welche Normen umfassend oder auf welche Teile eines Abschnittes daraus sowie auf welche Fassung verwiesen werden soll.³⁴ Mit einer Verweisung auf eine bundesgesetzliche Regelung kann der kantonale Gesetzgebungsprozess entlastet werden. Die Kantone tragen mit Verweisungen auf das Bundesrecht im Mehrebenenstaat zu einer Rechtsvereinheitlichung bei. Mit der Übernahme einer bundesgesetzlichen Regelung durch eine Verweisung wird allerdings die Handhabung der Gesetze vor allem für Verwaltungsbehörden etwas anspruchsvoller. Sie können die Ausstandstatbestände sowie die damit verbundenen Verfahrensregelungen nicht einem kantonalen Gesetz, mit dem sie ansonsten bereits arbeiten, entnehmen. Demgegenüber kann bei Regelungen mit Verweisungen auf eine gefestigte Praxis zu einem Bundesgesetz zurückgegriffen und es kann die dazu publizierte Literatur konsultiert werden.³⁵

³¹ STEINMANN in SG-Kommentar BV Art. 29 N 7.

³² FELLER/KUNZ-NOTTER in Kommentar VwVG Art. 10 N 1.

³³ Zum Begriff und zu den Funktionen von Verweisungen vgl. MÜLLER/UHLMANN, Rz. 360, 362.

³⁴ Zu den Grenzen einer dynamischen Verweisung namentlich auch vom kantonalen Gesetzgeber auf eine Regelung in einem Bundesgesetz siehe MÜLLER/UHLMANN, Rz. 368 ff.

³⁵ KIENER in Kommentar VRG § 5a N 7.

c) **Regelung auf kommunaler Stufe**

Nicht ausgeschlossen ist, dass in den kantonalen Verfahrensgesetzen die Gemeinden zur Regelung des Ausstandes für die eigenen Verwaltungsverfahren ermächtigt werden. Ein besonderes Bedürfnis dafür lässt sich allerdings nicht ausmachen. Insbesondere bestehen auf Gemeindeebene in Bezug auf die Verfahrensabwicklung keine speziellen Verhältnisse, die nach partikulären Regelungen in den Gemeinden rufen würden. Die Gemeinden sind sodann kaum durchgängig in der Lage, anspruchsvolle Regelungen zum Verfahrensrecht selbst zu schaffen.

IV. **Vollzugsrechtliche Sicherheitshaft**

1. **Lücke in der StPO**

Die Vollzugsbehörde kann eine verurteilte Person unter gegebenen Voraussetzungen bedingt aus einer Freiheitsstrafe, einer stationären therapeutischen Massnahme oder einer Verwahrung entlassen. Bewährt sich die bedingt entlassene Person während der Probezeit nicht, kann das Gericht im Rahmen eines nachträglichen Verfahrens die Rückversetzung anordnen. Um die Rückversetzung zu sichern oder eine allfällige Gefahr für die Öffentlichkeit abzuwenden, kann es geboten sein, die bedingt entlassene Person bereits vor dem richterlichen Entscheid über die Rückversetzung in Haft zu setzen. Art. 440 StPO sieht vor, dass die Vollzugsbehörde die verurteilte Person zur Sicherung des Vollzugs in Sicherheitshaft nehmen darf. Vorausgesetzt wird dafür allerdings ein vollstreckbares Urteil. Ist eine verurteilte Person bedingt entlassen worden, besteht kein vollziehbares Urteil, sofern das Gericht noch nicht die Rückversetzung angeordnet hat. Art. 440 StPO allein bildet damit keine ausreichende Grundlage. Sind auch die Voraussetzungen für die Anordnung von Untersuchungshaft zum Beispiel wegen einer erneuten Delinquenz nicht gegeben (Art. 221 StPO), besteht nach geltendem Recht keine gesetzliche Grundlage, um eine bedingt entlassene Person bereits vor Einleitung oder während eines nachträglichen Verfahrens in Sicherheitshaft zu setzen. Ein Entzug der Bewegungsfreiheit darf aber nur auf der Grundlage eines Gesetzes angeordnet werden.³⁶ Für die Kan-

³⁶ Art. 31 Abs. 1 BV sowie Art. 5 EMRK.

tone stellt sich damit die Frage, ob sie befugt sind, diese Lücke zu schliessen und im kantonalen Recht eine gesetzliche Grundlage für die vollzugsrechtliche Sicherheitshaft zu schaffen.

2. Zulässigkeit einer kantonalen Regelung

Nach Art. 1 Abs. 1 StPO regelt das Gesetz die Verfolgung und Beurteilung der Straftaten nach Bundesrecht durch die Strafbehörden des Bundes und der Kantone. Strafverfahren können nur in den vom Gesetz vorgesehenen Formen durchgeführt und abgeschlossen werden (Art. 2 Abs. 2 StPO). Gemäss Art. 14 Abs. 1 StPO bestimmen Bund und Kantone ihre Strafbehörden und deren Bezeichnungen. Sie regeln Wahl, Zusammensetzung, Organisation und Befugnisse der Strafbehörden, soweit die StPO oder andere Bundesgesetze diesbezüglich keine abschliessenden Regelungen treffen (Art. 14 Abs. 2 StPO). In der Botschaft zur StPO geht der Bundesrat davon aus, die StPO bilde eine umfassende *Kodifikation*. Liest man den Botschaftstext genauer, so erkennt man, dass mit dieser Aussage vor allem Verordnungsrecht ausgeschlossen wird. Darüber aber, ob die Kantone weiterhin prozessrechtliche Vorschriften erlassen dürfen, macht die Botschaft keine Aussagen.³⁷ Im Kontext mit der Sicherheitshaft hat das Bundesamt für Justiz die Auffassung vertreten, eine solche Regelungskompetenz stehe den Kantonen zu. Das Bundesgericht hat dies unter Bezugnahme auf das Schreiben des erwähnten Bundesamtes ebenfalls bestätigt.³⁸ Das Bundesgericht hat allerdings angenommen, dass die vollzugsrechtliche Haft auch gestützt auf die gesetzlichen Bestimmungen über die Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft angeordnet werden dürfe. Der Bundesrat greift das Regelungsbedürfnis auf und unterbreitet den eidgenössischen Räten in seiner Botschaft vom 28. August 2019 einen Vorschlag für die Schliessung der ausgemachten Lücke.³⁹

³⁷ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff., 1101.

³⁸ Urteil BGer 1B_186/2015 vom 15. Juli 2015, E. 3.4.2. Vgl. auch das zwischenzeitlich ergangene und zur amtlichen Veröffentlichung bestimmte Urteil BGer 1B_111/2020 vom 31. März 2020.

³⁹ Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung) vom 28. August 2019, BBl 2019 6697 ff., 6717 f.

V. Zusammenarbeit für die kommunalen Schlichtungsbehörden

1. Schlichtungsbehörden, Friedensrichter, Vermittler

Den Zivilprozessen vor einem Gericht muss in der Schweiz in den meisten Fällen ein Schlichtungsverfahren vorangehen.⁴⁰ In gewissen Sachbereichen und bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem geringen Streitwert können diese Schlichtungsstellen den Parteien auch einen Urteilsvorschlag unterbreiten (Art. 210 f. ZPO). Liegt der Streitwert gar unter 2000 Franken, darf die Schlichtungsbehörde auf Antrag einer der Parteien in der Sache selbst entscheiden (Art. 212 ZPO). Die Schlichtungsbehörden sind von den Kantonen zu bezeichnen. Sie heissen in der Praxis Schlichtungsbehörden, Schlichtungsstellen, Friedensrichterämter, Vermittler oder dergleichen.

2. Regelungen auf Gesetzesstufe

Wichtige Entscheidungen über die Organisation von Behörden und das Verfahren hat der Gesetzgeber zu treffen.⁴¹ Davon ist auch bei einer interkommunalen Zusammenarbeit für die Rechtspflege auszugehen. Gegenstände, über die kantonale oder kommunale Gesetzgeber für die Zusammenarbeit Regelungen erlassen müssen, können sein:⁴²

- Zusammenarbeit als solche und Aufgabenzuteilung an eine interkommunale Einrichtung;
- Sitz;
- Personalrecht;
- Kostenaufteilung;
- Haushaltsführung;

⁴⁰ Art. 197 ff. ZPO.

⁴¹ Siehe oben Ziff. II.2.b.

⁴² Siehe Anhang 3 zum ABSCHLUSSBERICHT DER ARBEITSGRUPPE JUSTIZGESETZGEBUNG DES KANTONS SCHWYZ. – Für gemeinsame richterliche Behörden der Kantone haben diese nach THURNHERR, S. 184 ff. festzulegen: Sitz, Finanzausstattung, Abgeltung Standortvorteil, Modalität der Vertragsänderungen und der Kündigung, Einsetzung einer Wahlvorbereitungskommission, Regelung der Oberaufsicht sowie Finanzkontrolle.

- Kündigung der Vereinbarung;
- Wahl bzw. Anstellung;
- Wahlvorbereitung, Vertretung in Gemeindeversammlungen und Gemeindepardamenten in Bezug auf die Haushaltsführung;
- Oberaufsicht und Finanzaufsicht;
- Genehmigungspflicht für kommunalen Regelungen.

Die angeführten Gegenstände können in einem Gesetz auf Kantons- oder auf Gemeindestufe oder in einer interkommunalen Vereinbarung mit Gesetzeskraft geordnet werden. In Betracht kommt es, dass neben einer Grundsatzregelung im Gesetzesrecht untergeordnete Gegenstände in einer Verwaltungsvereinbarung festgesetzt werden. Im Regelfall wird für einzelne Gegenstände auf bereits bestehende Regelungen etwa für das Personalrecht, für die Haushaltsführung sowie für das Wahlverfahren auf Kantonsstufe oder in einer der beteiligten Gemeinde verwiesen werden.

3. Einführungsvorkehren der Kantone

a) Auswahl

Für eine erfolgreiche Einführung neuer Regeln für die Zusammenarbeit der Gemeinden bei der Führung ihrer Justizbehörden kommen neben anderen nachfolgende Massnahmen in Betracht:

- Einbezug von Gemeindefunktionären bei der Ausarbeitung von Vorentwürfen, Entwürfen und Vorlagen;
- Eingehendes Vernehmlassungsverfahren bei Betroffenen (Vermittlerämter, Vermittlervereinigung, Gemeinden, Gemeindeverbänden)
- Kreisschreiben;
- Musterverträge für die Zusammenarbeit;
- Tagungen;
- Beratungen;
- Genehmigungsvorbehalte.

b) Genehmigungsvorbehalt

Für die Zusammenarbeit der Schwyzer Bezirke und Gemeinden bei der Führung ihrer Justizbehörden schreibt das kantonale Recht eine Genehmigung durch den Regierungsrat vor. Die Kantonsregierung als Aufsichtsbehörde über die Bezirke und Gemeinden hat vor der Genehmigung das Kantonsgericht (Obergericht) anzuhören.⁴³ Der Genehmigungsvorbehalt stellt ein Instrument der präventiven Gemeindeaufsicht dar.⁴⁴ Es bedarf einer gesetzlichen Grundlage.⁴⁵ Die Genehmigung hat konstitutive Wirkung. Geprüft werden dürfen die Verträge – vorbehaltlich einer weitergehenden Regelung – auf ihre Recht-, nicht aber auf ihre Zweckmässigkeit.⁴⁶

VI. Einzelne Folgerungen

Bei der Regelung der Organisation und des Verfahrens für die Rechtspflege (einschliesslich für die Verwaltungstätigkeit) in den Kantonen sind unter anderem folgende Aspekte zu beachten:

1. Der Bund regelt das materielle Zivil- und Strafrecht sowie das jeweilige Prozessrecht. Die Organisation der Behörden sowie die Durchführung der Rechtspflege obliegt den Kantonen, soweit Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen.
2. Für den Erlass von Organisations- und Verfahrensrecht der Zivil-, der Straf- und der Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen sind Vorgaben im Staatsvertragsrecht (namentlich in der EMRK) und im Bundesrecht zu beachten. Die Vorgaben im Bundesrecht können ausschliessender, verpflichtender, ermächtigender und inhaltlich anleitender Art sein.
3. Das Bundesprivatrecht bildet eine Kodifikation und schliesst eine Rechtsetzung der Kantone – vorbehaltlich besonderer Ermächtigungen für das Privatrecht aus. ZPO und StPO sind keine Kodifikationen und schliessen damit kantonale Regelungen nicht in umfassender Weise aus.

⁴³ Siehe Anhang 3 zum ABSCHLUSSBERICHT DER ARBEITSGRUPPE JUSTIZGESETZGEBUNG DES KANTONS SCHWYZ.

⁴⁴ JAAG/RÜSSELI, Rz. 2810 ff.

⁴⁵ JAAG in Kommentar KVZH Art. 94 N 11.

⁴⁶ JAAG/RÜSSELI, Rz. 2816 f.

4. Mehrfach werden im Bundesrecht die Kantone verpflichtet, für die Einheit des Verfahrens mitbesorgt zu sein (Art. 1 Abs. 3 VwVG, Art. 110 und 111 BGG), um einen reibungslosen Übergang vom kantonalen zum Verfahren auf Bundesebene zu gewährleisten.
5. Die Ermächtigung der Gemeinden zum Erlass eigenständiger Regelungen macht an sich nur Sinn, wenn die Gemeinden damit bedeutsamen kommunalen Eigenheiten Rechnung tragen können.
6. Wie die Kantone in Art. 191b Abs. 2 BV für die eigenen Justizbehörden können auch die Gemeinden von den Kantonen ermächtigt werden, gemeinsame Behörden für die Rechtspflege in einem weiten Sinne zu schaffen (Friedensrichterämter, Betreibungsämter, Notariate, Grundbuchämter). Dabei hat der Gesetzgeber dafür besorgt zu sein, dass diese Behörden ihre Aufgaben funktionsgerecht ausüben können (z.B. Unabhängigkeit der Friedensrichter) und ordnungsgemäss in eine Rechtsordnung eingebunden sind (Wahlkompetenzen, Personalrecht, Finanzhaushaltsrecht usw.).

Literatur

- ABSCHLUSSBERICHT DER ARBEITSGRUPPE JUSTIZGESETZGEBUNG DES KANTONS SCHWYZ vom 10.02.2016, abrufbar unter: https://www.sz.ch/public/upload/assets/22585/Arbeitsgruppe_Justizgesetzgebung_Abschlussbericht_vom_10.02.2016.pdf (besucht am 28. April 2020) (zit. ABSCHLUSSBERICHT DER ARBEITSGRUPPE JUSTIZGESETZGEBUNG DES KANTONS SCHWYZ)
- AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019 (zit. BEARBEITER in Kommentar VwVG)
- 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 SG-Kommentar BV)
- GRIFFEL ALAIN (Hrsg.), Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. BEARBEITER in Kommentar VRG)
- HÄNER ISABELLE/RÜSSLI MARKUS/SCHWARZENBACH EVI (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007 (zit. BEARBEITER in Kommentar ZHKV)
- JAAG TOBIAS/RÜSSLI MARKUS, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 5. Aufl., Zürich 2019
- KOLLER HEINRICH, Grundzüge der neuen Bundesrechtspflege und des vereinheitlichten Prozessrechts, ZBI 107/2006, S. 57 ff.

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

THURNHERR DANIELA, *Organisation der Verwaltungsjustiz: Herausforderungen und Perspektiven*, ZSR 138/2019, S. 101 ff.

WETTBEWERBSKOMMISSION WEKO, *Empfehlungen Nr. 614-0002 vom 23. September 2013 zuhanden der Kantone und des Bundesrats betreffend Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden* (zit. WETTBEWERBSKOMMISSION)

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.–

Bd. 5 Felix Uhlmann (Hrsg.)

Private Normen und staatliches Recht

14. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre

2015. 127 Seiten, broschiert, CHF 42.–

Bd. 6 Felix Uhlmann/Stefan Höfler (Hrsg.)

Professional Legislative Drafters

Status, Roles, Education

2016. 148 Seiten, broschiert, CHF 45.–

Bd. 7 Felix Uhlmann (Hrsg.)

Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre

15. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre

2017. 170 Seiten, eBook, CHF 39.–

Bd. 8 Felix Uhlmann/Stefan Höfler (Hrsg.)

Gute Gesetzessprache als Herausforderung für die Rechtsetzung

16. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre

2018. 238 Seiten, broschiert, CHF 72.–

Bd. 9 Felix Uhlmann (Hrsg.)

Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung

17. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre

2019. 110 Seiten, broschiert, CHF 39.–

Die meisten Rechtsfragen lassen sich heute nur unter Beizug der Rechtsordnungen mehrerer Gemeinwesen lösen. Eine einfache Submission in einer Gemeinde muss internationales Recht (GPA), bilaterale Verträge, Bundesrecht (BGBM), interkantonales Recht, kantonales Recht und allenfalls kommunales Recht berücksichtigen.

Wenig untersucht sind die Fragestellungen aus dem Blickwinkel der Rechtsetzung: Wie bringt ein Bundesgesetz zum Ausdruck, dass kein Raum für ergänzendes kantonales Recht besteht? Wie weiss die Gemeinde, ob der Regierungsrat eine offene kantonale Norm zu konkretisieren hat oder die Gemeinde weitere Bestimmungen erlassen soll? Welche Schwierigkeiten, namentlich redaktioneller Art, ergeben sich, wenn Bund, Kantone und Gemeinde europarechtliche Bestimmungen umsetzen müssen? Diesen und weiteren Fragen geht der 10. Band des Zentrums für Rechtsetzungslehre nach.

Dike Verlag, Zürich/St. Gallen

ISBN 978-3-03891-239-2



9 783038 912392